

CHAPITRE 1. LA CONCURRENCE NORMATIVE EUROPÉENNE ET GLOBALE

Benoit FRYDMAN

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB)
Président du Centre Perelman de philosophie du droit

I. – Intérêt du sujet. Objectif et plan de l'étude

La concurrence normative à laquelle se livrent les États aux niveaux européen et mondial, en matières sociale, fiscale, ainsi que dans bien d'autres domaines, et les conséquences délétères qu'elle produit, notamment sur les ordres juridiques nationaux, est devenue un sujet d'intérêt et de préoccupation majeur. Le problème intéresse, au-delà du cercle des juristes, les milieux politiques et administratifs et, plus largement encore, l'ensemble des citoyens, alertés par des affaires qui s'imposent régulièrement à la Une de l'actualité mondiale¹ et inquiets, en particulier pour les Européens, de la survie de leur modèle politique et social.

Sur le plan juridique, la mondialisation a intensifié le développement et l'emprise, non pas tant d'un droit global, au sens d'un ordre juridique mondial de règles communes établies par des institutions planétaires, que d'un marché global des droits nationaux². Parmi ceux-ci, les ci-devant « sujets de droit » ont de plus en plus largement la possibilité de choisir les normes qui leur conviennent, notamment en ce qu'elles sont moins exigeantes ou moins coûteuses pour eux. La concurrence est d'autant plus féroce que les écarts sont très importants entre les régimes juridiques des près de deux cents États à travers le monde, sans compter les milliers de zones franches et autres régimes d'exception. Les écarts résultent non seulement de la différence de développement des États et de leurs ordres juridiques, mais aussi des pratiques des États eux-mêmes, qui réduisent parfois

¹ On pense évidemment aux pratiques fiscales révélées par la presse et les médias à l'occasion de l'affaire *Luxleaks* et encore plus récemment des *Panama Papers* en avril 2016.

² B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1998 (3^e éd. actualisée en 2010).

drastiquement leurs exigences en vue d'attirer vers eux des capitaux, des investissements mais aussi des entreprises et des activités économiques. Si les « paradis fiscaux » sont l'expression la plus radicale et la plus connue de ce phénomène, un très grand nombre d'États, y compris les plus développés notamment quant à leur modèle social et fiscal, recourent activement à ce type de pratiques.

La concurrence normative est également utilisée comme un mode de gouvernance globale, en particulier par les organisations économiques et financières, internationales ou régionales, notamment au sein de l'Union européenne. La mise en concurrence des États et de leurs droits fonctionne comme une technique alternative à l'harmonisation des droits et favorise la diffusion d'un modèle normatif unique.

En dépit de son importance pratique, l'étude de la concurrence normative est encore trop souvent délaissée à la philosophie et à l'analyse économique du droit, considérées à tort comme extérieures au droit positif³. C'est là une position qui n'est guère réaliste ni tenable, dès lors que, d'une part, la concurrence normative affecte directement l'effectivité et peut-être le fondement des ordres juridiques nationaux et que, d'autre part, cette concurrence se manifeste elle-même directement par des modifications observables des règles de droit positif nationales.

Cet article a pour objet, dans un premier temps, de proposer une définition de la concurrence normative (II), de retracer l'origine et l'évolution du concept (III) et d'indiquer la méthode que requiert son utilisation en droit positif (IV). Nous pourrons ensuite montrer comment le tournant global a retourné l'infrastructure juridique de l'ordre moderne (V) en un marché des droits nationaux orienté vers la demande des utilisateurs de droit (VI) et en mesurer concrètement les effets dans les réformes des droits positifs nationaux (VII). Nous verrons également comment la concurrence des États est

³ L'importation du concept dans la littérature en langue française est liée à l'étude des conséquences de la mondialisation sur le droit : « La mobilité des agents économiques, qui pratiquent de manière généralisée le "forum shopping" (choix du droit le plus favorable ou le moins exigeant), suscite une course à la dérégulation compétitive entre les États. Un marché législatif international se met en place, qui met les ordres juridiques nationaux en concurrence et provoque, sous la pression de la demande, une baisse tendancielle de la "pression juridique", dans un sens conforme à la loi du marché global ». (B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, op. cit., ch. 2, section 2, § 1^{er} « La loi du marché global »). La première étude doctrinale approfondie et de grande ampleur en langue française est due à Horatia MUIR WATT dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye : *Aspects économiques du droit international privé : réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions*, Leiden-Boston, Collection des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 2004. La première partie de ce cours a pour titre spécifique : « La mise en concurrence des droits ».

instrumentalisée, au moyen des indicateurs, comme un dispositif clé de la gouvernance européenne et globale contemporaine (VIII) avant de conclure sur le rôle de l'ingénierie juridique et la perspective d'une concurrence internormative, qui risque d'échapper davantage encore au contrôle et à l'intervention des États (IX).

II. – Définitions

La notion de *concurrence* en économie définit à la fois la rivalité entre les acteurs sur un marché et l'état de ce marché lui-même. On peut, sur la même base, définir la concurrence normative de deux manières différentes.

Les termes « concurrence normative » ou « concurrence réglementaire » (en anglais « *regulatory competition* ») désignent le plus souvent la compétition à laquelle se livrent les États, au niveau global ou régional, ou même à l'intérieur d'un cadre étatique fédéral, pour rendre leur droit plus favorable que celui des autres à tous ou certains sujets de droit, biens ou opérations que les États souhaitent attirer sur leur territoire ou sous leur juridiction.

Cette première définition, qui a le mérite de mettre l'accent sur la manifestation la plus spectaculaire et lourde de conséquences du phénomène, n'en saisit pas cependant le principe moteur ni l'ensemble des aspects. Les États ne sont pas les seuls agents actifs sur le marché de la concurrence des droits et ceux-ci recourent à d'autres techniques que la réduction de leurs exigences normatives et la modification de leurs lois et règlements pour faire face à la situation de concurrence dans laquelle ils sont placés. Je propose dès lors de désigner ces pratiques par l'expression plus spécifique de *dérégulation compétitive*.

On définira l'état de *concurrence normative*, comme la situation dans laquelle des sujets de droit se mettent ou sont mis en position de choisir, parmi plusieurs ordres juridiques ou régimes normatifs, les règles qui s'appliqueront à eux, soit de manière générale, soit pour une opération particulière. Cette définition large, privilégiant le point de vue des sujets de droit, permet une analyse plus complète du phénomène, de ses causes et de ses effets, en ce compris la pratique de la dérégulation compétitive⁴.

La *concurrence réglementaire* est l'une des formes de la concurrence normative par le moyen de l'activité législative et réglementaire. Mais la concu-

⁴ Elle rejoint la notion de « pluralisme radical » développée par Jacques VANDERLINDEN dans son livre *Les pluralismes juridiques*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2013.

rence normative recouvre aussi la mise en œuvre et l'application pratique du droit, par les diverses administrations et les professionnels du droit, ainsi que par les juges et donc la jurisprudence. La concurrence normative ou internormative peut également désigner la concurrence imposée par d'autres types de normes aux règles de droit et aux institutions qui les édictent et assurent leur application⁵.

III. – Origine du phénomène et évolution du concept

La concurrence des normes est un phénomène ancien, probablement aussi ancien que la rivalité politique, économique et culturelle qui oppose, depuis l'aube de l'histoire, les cités, les États et les empires. Comme l'observe Jacques VANDERLINDEN, dès que plusieurs systèmes juridiques ou normatifs entrent en contact, ils entrent nécessairement aussi en compétition⁶. La concurrence est la règle et non l'exception.

Parmi les exemples dont l'histoire a conservé la mémoire, on pense immédiatement à la féodalité où se côtoient et donc se concurrencent en Europe l'ordre ecclésiastique, les administrations royales et seigneuriales, les institutions statutaires des villes et des communes, les coutumes locales. Le droit international moderne lui-même, envisagé comme droit interétatique, a été conçu sur le modèle de la concurrence des puissances souveraines européennes⁷. Et l'entreprise de colonisation qui en est le produit a débouché elle aussi sur un pluralisme normatif au sein des colonies où coexistent, selon des régimes variables, les droits imposés par les colonisateurs et les multiples régimes autochtones. L'État fédéral contemporain est également le théâtre de compétitions permanentes comme en témoignent l'exemple des États-Unis d'Amérique, ainsi que d'autres États où l'union est également, voire surtout un combat. Il en va de même des alliances et constructions régionales, comme l'Union européenne. En politique et en droit, tout comme en économie et dans le monde vivant, la compétition est omniprésente et permanente.

Si le phénomène de la concurrence normative est ancien, le concept n'en sera dégagé que progressivement à l'époque moderne et surtout contemporaine. La philosophie et l'histoire politiques modernes ont été pensées tout

⁵ Voy. *infra*, IX.

⁶ J. VANDERLINDEN, *Les pluralismes juridiques*, *op. cit.*

⁷ C'est la thèse de C. SCHMITT dans *Le nomos de la terre (infra, V)*.

entières, depuis Machiavel et Hobbes, sur le principe de la rivalité et de la lutte entre les Souverains. Celle-ci se prolonge, sur le terrain économique, par une politique mercantiliste abritée derrière de fortes barrières protectionnistes. À l'ère des Lumières, les partisans du libre-échange en renversent le principe. Adam Smith⁸, suivi de David Ricardo⁹, proposent la création d'un libre marché international, régulé par la main invisible, par la suppression volontariste des barrières juridiques étatiques, qui profitera à tous par l'effet de la division internationale du travail, selon la théorie des avantages comparatifs.

Il revient cependant à Emmanuel Kant d'avoir véritablement saisi, sans pourtant la nommer, la dynamique de la concurrence. Dans sa philosophie du droit et de l'histoire, il en fait, quelques années après la Révolution française, le principe moteur de la conquête des droits et libertés et de la construction du droit cosmopolitique¹⁰. Le souci de développer leur commerce et leur rayonnement culturel met les États européens en situation de concurrence pour attirer vers eux les esprits les plus créatifs et les plus entreprenants, qui circulent par-delà les frontières, et les amener à s'établir chez eux. Ils sont ainsi conduits à desserrer progressivement l'étau du pouvoir monarchique en accordant à leurs sujets des libertés et des droits civils, sur lesquels ceux-ci se fondent ensuite pour réclamer des droits politiques. Les monarchies d'Ancien Régime se transformeront ainsi en républiques qui, soucieuses avant tout de la vie de leurs enfants, formeront entre elles une confédération d'États libres, liés par un traité de paix perpétuelle.

Il faudra attendre plus d'un siècle avant que le concept de concurrence passe de la philosophie du droit et de la théorie économique dans le droit positif, mais avec une connotation nettement négative cette fois, dans le contexte de la crise des années 1930 aux États-Unis et du New Deal de l'administration Roosevelt. Dans son célèbre ouvrage *The Modern Corporation and Private Property*, publié en 1932 en collaboration avec l'économiste Gardiner Means¹¹, le grand juriste Adolf Berle montrait comment la concurrence réglementaire et fiscale entre les États fédérés des États-Unis provoquait une « course vers le bas » qui réduisait globalement le niveau d'exigence normative et de prélèvement fiscal dans le pays. Ces notions de « *regulatory competition* » and « *race to the bottom* » furent entérinées dès

⁸ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des Nations* (1776).

⁹ D. RICARDO, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt* (1817-1821).

¹⁰ *Vers la paix perpétuelle* (1795) et *Histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique* (1804).

¹¹ *The Modern Corporation and Private Property*, New York, Macmillan, 1932.

l'année suivante par la Cour suprême des États-Unis qui les reprit telles quelles dans l'opinion rédigée pour la Cour par Louis Brandeis dans l'affaire *Ligget & Co v. Lee*¹².

Bien que conçue de manière générale, l'analyse de Berle s'appuyait principalement sur l'observation de la concurrence que s'étaient livrés les États américains dès la fin du XIX^e siècle pour libéraliser les modalités de création des sociétés commerciales, tout en réduisant les frais d'enregistrement et les impôts. On parle aujourd'hui d'« effet Delaware », du nom de ce minuscule État de la côte est qui a remporté durablement la compétition. Aujourd'hui encore, près de la moitié des sociétés américaines y ont leur siège, dont plus de la moitié des 500 plus grandes compagnies, mais aussi de nombreuses sociétés étrangères. Le parlement du Delaware veille d'ailleurs très soigneusement, au jour le jour, en collaboration étroite et officielle avec le barreau de l'État, à conserver ou à accroître cet avantage compétitif. Le barreau exerce ainsi une veille sur l'ensemble des modifications réglementaires envisagées dans les autres États des États-Unis, et ailleurs, et soumet directement au parlement ses propositions d'amendement de la loi des sociétés, qui sont presque toujours et rapidement votées.

Les États-Unis n'étaient pourtant pas à l'origine du phénomène qu'ils avaient importé tardivement d'Europe. Dès la seconde moitié du XIX^e siècle, les États européens étaient en effet entrés en compétition, en libéralisant à qui mieux mieux les modalités de constitution des sociétés par actions, bénéficiant de la personnalité morale, dont la création requerrait jusqu'alors l'autorisation spéciale de la loi ou du gouvernement. Les États européens voulaient ainsi susciter et attirer à eux de nouveaux courants d'affaires et stimuler les projets d'investissement en favorisant la levée des importants capitaux nécessaires notamment à la construction de voies de chemin de fer et d'autres grands travaux et entreprises liés à la deuxième révolution industrielle et à la colonisation. Cette libéralisation, sous l'effet de la concurrence interétatique, des conditions de création et d'établissement des sociétés commerciales, a contribué de manière déterminante à façonner l'économie et le capitalisme contemporain en donnant sa forme juridique et son statut aux acteurs qui dominent aujourd'hui, dans tous les secteurs et au niveau planétaire, les activités de production et de distribution des biens et des

¹² 288 U.S. 517, 558-559 (1933).

services et qui concentrent dans leur patrimoine une très grande partie des richesses et des ressources¹³.

IV. – Méthode

L'introduction relativement tardive de la concurrence normative dans la littérature juridique à partir des années 1930 est le fruit d'une nouvelle conception dite « sociologique », puis « économique » du droit, qui émerge au tournant des XIX^e et XX^e siècles et plus spécifiquement de la méthode pragmatique, qui connaît son apogée à l'époque de l'administration Roosevelt¹⁴.

Le droit est désormais considéré comme un phénomène social, provoqué par le conflit des intérêts. Il est donc le produit de causes sociales, mais aussi un instrument d'action sociale et de réformes et devient à ce titre le moyen d'intervention privilégié de l'État et de ses organes (y compris judiciaires), lorsque celui-ci se transforme progressivement en État social¹⁵.

Selon la méthode pragmatique, les normes juridiques sont étudiées et interprétées, moins en considération de leur origine (les sources du droit) ou des relations, logiques ou hiérarchiques, qu'elles entretiennent entre elles (l'ordre ou le système juridique) que des effets qu'elles produisent ou sont susceptibles de produire dans les contextes de leurs applications. Le souci de l'effectivité est déterminant de même que l'étude de l'impact des règles et des institutions et de leurs modifications sur les individus et les groupes, la jouissance des droits et l'allocation des ressources.

¹³ On peut ainsi constater qu'en renonçant finalement, après plusieurs dizaines d'années d'efforts et de nombreuses directives, au projet d'harmoniser le droit européen des sociétés pour mettre en concurrence sciemment et explicitement les droits des sociétés des États de l'Union, la Commission en est finalement revenue aux vieilles pratiques de l'Europe des Nations, mais dans un cadre concurrentiel organisé.

¹⁴ Le pragmatisme est apparu aux États-Unis dans les dernières années du XIX^e siècle. La légende en situe la naissance au sein du mythique et éphémère *Metaphysical Club* de Harvard qui a réuni quelquefois des juristes, dont le fameux Oliver Wendell Holmes, et des philosophes comme Charles Sanders Peirce et William James, qui en ont formulé les maximes et la méthode, développée ensuite par John Dewey. Le pragmatisme inspire indéniablement l'action du *New Deal*, à laquelle participera activement Adolf Berle. Louis Brandeis est l'un des pionniers du tournant sociologique du droit, avec son fameux *Brandeis Brief* et un juriste engagé dans le combat pour la justice sociale par le droit. Nommé juge à la Cour suprême, il s'alliera très souvent à Holmes pour contrer l'opinion majoritaire conservatrice.

¹⁵ Sur le modèle sociologique, le modèle économique et la méthode pragmatique, on peut consulter mon ouvrage *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011.

Tant que la méthode juridique a pour objet de déterminer à l'intérieur d'un ordre juridique, tel qu'il se présente à un moment donné, qu'il s'agisse d'un ordre national, régional ou de l'ordre international, la solution à une question de droit par l'application et l'interprétation des règles de cet ordre, la notion de concurrence normative ne peut à l'évidence apparaître, sinon comme un phénomène totalement extérieur au droit.

L'appréhension et l'analyse de la concurrence normative supposent, outre la reconnaissance d'une forme de pluralisme juridique, d'intégrer les éléments principaux de la méthode juridique pragmatique :

1° il est indispensable d'envisager les règles et les ordres juridiques d'un point de vue *dynamique* et sur la durée, comme des éléments en perpétuelle évolution et en constante transformation ;

2° les règles et les ordres juridiques doivent être considérés dans leurs *contextes* d'élaboration et d'application, en tenant compte de tous les facteurs pertinents notamment politiques, économiques et sociaux, en comparaison avec les autres régimes juridiques avec lesquels ils sont en relation directe ou indirecte ;

3° les règles de droit doivent en outre être envisagées du *point de vue stratégique des acteurs* afin de pouvoir prédire ou anticiper leurs comportements. Ces acteurs sont en l'espèce tant les producteurs du droit, comme les États, que les destinataires des règles, comme les entreprises et les personnes privées, mais aussi les intermédiaires qui interviennent dans le processus d'élaboration, de diffusion et de contrôle des normes.

4° enfin, une attention toute particulière doit être accordée aux *effets* qui résultent des interactions stratégiques des acteurs et notamment des modifications des règles de droit, de leur disponibilité et de leur mise en œuvre. Ces effets peuvent d'ailleurs eux-mêmes se transformer en cause comme dans le mouvement en spirale de « la course vers le bas ».

V. – L'infrastructure du droit international moderne et la subversion du tournant global

La concurrence normative globale contemporaine résulte structurellement de la *différence d'échelle* entre, d'une part, le niveau des relations et des échanges et, d'autre part, celui de la réglementation par le droit de ces interactions.

L'organisation politique et juridique du monde moderne se fonde sur le découpage des continents¹⁶ en zones distinctes, dont les limites déterminent les territoires placés sous la puissance et la juridiction d'États souverains. Cet « ordre global moderne », comme le qualifie déjà Carl Schmitt, constitue le *nomos de la terre* tel qu'il a été fixé, à partir du XVI^e siècle, par les États souverains européens émergents pour réguler la lutte pour la puissance qui les opposait entre eux, d'une part, sur le continent européen, et, d'autre part, pour la prise des terres découvertes et occupées dans le Nouveau Monde et sur toute l'étendue de la planète¹⁷. Cet ordre européen projeté sur l'ensemble du globe à la faveur du double mouvement de colonisation et de décolonisation est toujours formellement en vigueur aujourd'hui. Les règles de son fonctionnement sont déterminées, sur la base du principe fondamental de la souveraineté étatique, par le droit des gens, redéfini en droit international au XIX^e siècle. Le droit international public règle les modalités de la collaboration et de la confrontation des États, qui déterminent en outre, par le droit international privé, de manière unilatérale ou concertée, l'étendue de leur juridiction respective par référence à des facteurs de rattachement et aux règles de conflit.

Ce régime s'est épanoui au cours du XIX^e siècle dans un contexte idéologiquement favorable au libre-échange et à la compétition économique entre États et entre acteurs économiques, qui a stimulé un développement très considérable des échanges et des relations par-delà les frontières étatiques. Ce mouvement a été freiné au XX^e siècle par les deux conflits mondiaux, suivis de la guerre froide, caractérisée par la fermeture des blocs et le renforcement de régimes nationaux juridiquement très encadrés, y compris dans les pays occidentaux. Dans le même temps, la décolonisation a contribué, avec d'autres éléments, à élargir le cercle de la société internationale et donc le nombre d'ordres juridiques potentiellement concurrents.

Le tournant global de la fin du XX^e siècle marque la reprise et l'intensification de la libéralisation et du développement des relations et des échanges transfrontaliers par l'effet cumulé de trois facteurs complémentaires et convergents. Premièrement, sur le plan politique et juridique, la chute du bloc communiste et le déchaînement du néolibéralisme économique favorisent le déploiement mondial de l'économie de marché et le

¹⁶ À l'exception de l'Antarctique. Ces zones continentales reçoivent en outre des extensions maritimes qui s'agrandissent au fil du temps.

¹⁷ C. SCHMITT, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum* (1950), Paris, PUF, 2001.

démantèlement des barrières juridiques aux échanges, à la circulation des capitaux et des investissements. Deuxièmement, un nouveau modèle macroéconomique émerge de la délocalisation de la production industrielle vers les pays en développement, accompagné d'un nouveau réseau de distribution et de transport, sur lequel circulent les nouvelles chaînes globales de valeur. Troisièmement, la révolution technologique de l'information et de la communication fait basculer la société mondiale dans un espace physique nouveau qui rend dans une large mesure obsolète les notions de durée, de distance et de localisation en vigueur dans l'espace géographique.

Ces facteurs contribuent à déterminer ce qu'on appelle le « tournant global » sur le plan épistémologique. Ce tournant signifie la remise en cause du nationalisme méthodologique, c'est-à-dire la contestation du point de vue étatique comme point de vue privilégié et cadre déterminant pour la pensée et l'action. S'y substitue un horizon global par référence auquel les acteurs interprètent les phénomènes et conduisent leurs projets. Ainsi, à la perspective (inter)nationale de la concurrence des souverainetés se substitue le point de vue global de la mosaïque et du marché des droits nationaux.

VI. – Le marché global des droits nationaux. – Son orientation tendancielle vers la demande et la réduction des exigences normatives

Si les principes du jeu d'échec moderne, que codifient le droit international public et privé, demeurent les mêmes, les modalités en sont complètement modifiées par la démultiplication des cases de l'échiquier et la fluidité des déplacements des pièces d'une case à l'autre, en sorte que le cours du jeu s'en trouve changé, de même que les rapports de force entre les catégories de joueurs.

À défaut d'un régime juridique mondial unifié ou harmonisé, qui n'a jamais été dans les projets ni dans les moyens du droit international public, sinon dans ses tendances utopistes et contestataires, le régime de concurrence interétatique, défini par le droit international moderne, s'est transformé à la faveur du tournant global en un marché global des droits nationaux. Alors que les États, ou du moins ceux qu'on appelait « les puissances », parvenaient dans une certaine mesure à imposer leur volonté, de force si besoin, à leurs sujets et aux personnes juridiques gravitant dans leur orbite, ils sont désormais conduits à adapter et donc souvent à réduire leurs exigences afin d'attirer vers eux ou de conserver sous leur juridiction des personnes,

des biens et des activités, dont ils ont absolument besoin pour assurer leur financement, le fonctionnement des services publics, ainsi qu'un certain niveau d'activité et de prospérité. En termes économiques, la tendance s'est retournée d'un marché du droit principalement dicté par l'offre vers un marché fortement orienté par la demande, c'est-à-dire les destinataires ou les utilisateurs des règles¹⁸.

Les personnes privées ont absolument besoin de règles pour garantir leur personne et leur patrimoine, poursuivre leurs activités et leurs relations et requérir la protection de l'autorité ou l'arbitrage d'un juge. Mais la soumission à un régime juridique représente également pour eux une charge : les coûts directs et indirects de la conformation aux règles, de la responsabilité et de l'assurance, ainsi que le poids des diverses contributions fiscales, cotisations sociales et autres prélèvements obligatoires. Ils recherchent dès lors de façon opportuniste les régimes et les règles les plus favorables à leurs intérêts et les moins onéreux. D'où l'assimilation de la règle de droit à un produit disponible pour un certain prix.

La tendance s'est retournée en faveur des utilisateurs du droit par le double effet d'un choc de l'offre et d'un accroissement de la mobilité de la demande. Le nombre d'États et d'ordres juridiques a considérablement augmenté après la Seconde Guerre mondiale à la suite de la décolonisation, de la scission et de la fédéralisation d'États existants, ainsi que par la création de multiples zones franches et autres régimes d'exception. Parmi cette offre devenue pléthorique, les différences sont fortes. Elles résultent non seulement des choix politiques et idéologiques, voire de pure opportunité, mais aussi plus prosaïquement des écarts énormes de développement économique et politique des États.

Ce choc de l'offre crée dans le chef des destinataires des opportunités d'autant plus importantes d'obtenir le régime juridique le plus favorable et le moins coûteux (*regulatory arbitrage*) que le tournant global augmente considérablement leurs facultés de choix, de même que la rapidité avec laquelle ces choix peuvent être mis en œuvre et le cas échéant modifiés. L'importance des écarts combinée à la mobilité de la demande et à la vélocité des opérations met les États en recherche d'activités ou en mal de

¹⁸ L'expression « utilisateur de droit » semble plus adéquate dans ce contexte que le terme classique de « sujet de droit » qui désigne certes le titulaire de droits, mais comporte également une connotation d'assujettissement que le marché des droits a pour effet de supprimer ou de réduire dans une large mesure.

ressources sous la pression des destinataires de règles et oriente durablement la tendance à la baisse du niveau global de la régulation juridique.

VII. – Réactions des États et effets concrets en droit positif. – Observations et données chiffrées

Si la théorie explique ainsi la dynamique de la concurrence normative, encore faut-il en vérifier la réalité dans les faits, c'est-à-dire en l'occurrence dans le droit positif. Il est possible d'étudier, selon les méthodes éprouvées en droit interne et en droit comparé, les réactions des États à la concurrence normative par l'observation et l'interprétation des modifications que ceux-ci apportent à leur droit positif en vue de s'en protéger ou d'y faire face. J'ai ainsi pu mener, dans le cadre des travaux de l'Association Henri-Capitant en 2016, une recherche collective sur ce thème portant sur une douzaine d'ordres juridiques, appartenant tous à la famille du droit continental, dont sept États membres de l'Union européenne, en ce compris la France. J'en livre ici certains résultats partiels, qui paraissent significatifs¹⁹.

On peut distinguer deux grands types de mesures prises par les États : d'une part, des mesures défensives, par lesquelles l'État tente de se prémunir contre les effets néfastes du libre choix du droit par les destinataires ; d'autre part, des mesures offensives, par lesquelles l'État adapte son droit pour le rendre plus attractif.

Parmi les mesures de défense, on observe que des dispositions juridiques visant à interdire ou à faire obstacle à des pratiques de « *law shopping* » ou de « *forum shopping* » en vue de protéger les règles juridiques ou les intérêts nationaux ont été adoptées dans deux tiers des États étudiés. Plusieurs États ont ainsi modifié ou renforcé en ce sens leur régime interne de droit international privé. Certains ont ainsi introduit des dispositifs tout à

¹⁹ Cette étude a été menée dans les juridictions suivantes, sur la base des rapports nationaux rédigés par les auteurs mentionnés ci-après : Allemagne (Christophe Busch, U. d'Osnaabrück), Belgique (Isabelle Hachez, U. Saint-Louis Bruxelles), Brésil (Véra Fradera, U. féd. du Rio Grande do Sul, et Jânia Sal-danha, U. féd. de Santa Maria), Colombie (équipe de chercheurs de la Faculté de Droit de l'Université Externado de Bogota), France (Marie Goré, U. Paris II Panthéon-Assas), Italie (Domenico di Micco, U. de Turin), Pologne (Anna Klimaszewska, U. de Gdansk), Portugal (Mafalda Miranda Barbosa, U. de Coimbra), Québec (Michelle Cumyn, U. Laval), Roumanie (Raluca Bercea, U. de Timisoara) Tunisie (Mohamed Hamouda, U. de Tunis) et Turquie (Gökçe Kurtulan, U. Bilgi Istanbul). Les résultats en ont été présentés par B. Frydman dans le rapport général « Mondialisation et Sources du droit » lors des *Journées internationales 2016*, à Münster (Allemagne), le 23 mai 2016. Ce rapport sera publié dans les Travaux de l'Association Henri-Capitant 2016. On y renvoie le lecteur pour les références précises aux données résumées ci-après.

fait classiques de ce droit, telles la réserve d'ordre public ou l'interdiction de la fraude à la loi, dont ils étaient jusqu'à présent dépourvus. D'autres ont adopté récemment des clauses spécifiques « anti-abus » tout spécialement en matières fiscale et sociale. On observe également le développement et le renforcement des lois de police, des lois impératives, voire « super-impératives », ainsi que des lois d'application immédiate. Deux tiers des États étudiés ont pris des mesures afin d'étendre davantage le champ d'application de leur législation au sens large. Outre le phénomène des lois de compétence universelle dans le domaine du droit humanitaire, on observe que l'action du Groupe d'action financière (GAFI) a conduit à l'adoption dans de nombreux États de dispositions étendant considérablement les compétences nationales en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. On constate également au-delà de l'Union européenne, un développement important du droit et des autorités nationales de régulation de la concurrence, qui s'accompagne d'une extension considérable, spécialement sur le plan territorial, de leur champ d'application et domaine de compétence. Des tentatives semblables sont observées dans le domaine, en continue expansion, de l'Internet et des réseaux de communication.

Mais, dans le même temps où les États se mobilisent pour préserver ou même étendre l'emprise de leur droit, menacé par les moyens accrus dont disposent les particuliers de leur échapper, ils entrent également de plain-pied dans la compétition régionale et globale du marché des normes. Ils usent de carottes autant sinon plus encore que de bâtons pour tenter de garder ou d'attirer vers eux des personnes, des biens et des activités. Certains États n'hésitent d'ailleurs pas à pratiquer un *double jeu* en introduisant dans leur législation, notamment en matière fiscale, des dispositions attractives, dont ils tentent simultanément de se prémunir de la part des autres États par la mise en place de clauses anti-abus.

Les résultats de notre enquête sont ici assez impressionnants puisqu'il résulte de la collection des rapports nationaux que 90 % des États étudiés ont modifié leurs réglementations en vue de la rendre plus attractive pour les utilisateurs de droit.

Les initiatives les plus fréquemment observées visent à inciter les sociétés et les entreprises à établir leur siège et leurs activités sur le territoire de l'État. On constate ainsi des modifications importantes dans le domaine du droit des sociétés, dans le sens d'un allègement des contraintes et des formalités d'enregistrement. Ce phénomène touche tout particulièrement les États de l'Union européenne, où l'on assiste à un nouvel épisode de dérégulation

compétitive. C'est ainsi que l'Allemagne, qui, suite à l'arrêt *Inspire Art* de la Cour de justice de l'Union européenne en 2003 autorisant le recours à des formes sociales étrangères, a vu exploser l'utilisation par des entreprises actives en Allemagne de sociétés à responsabilité limitée régies par la loi britannique, a introduit en 2008 une nouvelle forme de société de droit allemand se voulant plus attractive, la *Unternehmergeellschaft*. En Belgique, la loi du 12 janvier 2010 a créé la société privée à responsabilité limitée « Starter », qui permet la création d'une SPRL avec un capital réduit, dans le but de lutter contre la concurrence normative, qui favorise la création de sociétés à l'étranger avec l'ouverture d'une simple succursale en Belgique. La Pologne a mis en place une procédure simplifiée de constitution de société. Celle-ci ne nécessite plus l'intervention d'un notaire mais simplement la signature d'un contrat-type, téléchargeable sur le site du ministère de la Justice, complétée par des procédures électroniques d'immatriculation administratives, fiscales et sociales. La Roumanie, de même que d'autres États candidats ou nouveaux membres de l'Union européenne, a également réformé en profondeur son droit des sociétés en vue de et après son adhésion à l'Union. L'adoption de nouveaux régimes en matière de faillite et de règlement collectif concerne de nombreux États à travers le monde et en Europe, comme l'Italie par exemple.

La volonté d'attirer les entreprises, les capitaux et les investissements se traduit également, comme on sait, par des mesures de dérégulation compétitive en matière fiscale. Celle-ci se manifeste de la manière la plus visible par la baisse des taux d'imposition sur les bénéficiaires des sociétés ou les revenus du capital, souvent corrélée à un accroissement du taux d'imposition sur la consommation ou les revenus du travail. D'autres mesures visent à parvenir à des résultats similaires, mais de manière plus discrète. On pense aux niches fiscales et autres dispositifs plus ou moins sophistiqués aménagés dans les recoins de réglementations de plus en plus complexes, ou à certaines pratiques contestables des administrations fiscales, comme le *ruling*, par exemple, dont l'ampleur a été mise en évidence par les révélations du *Luxleaks*. Nous observons également que certains États mettent en place des mesures ciblées, spécialement orientées vers des secteurs industriels stratégiques, en faveur de l'industrie minière au Canada, du secteur pharmaceutique en Belgique ou du secteur bancaire et financier au Luxembourg.

Certains États vont même jusqu'à accorder une autorisation prolongée de séjour ou le bénéfice de leur citoyenneté, dans des conditions totalement dérogatoires au droit commun, aux particuliers qui investissent une certaine somme dans l'économie nationale. Cette innovation juridique touche tout

particulièrement les États membres de l'Union européenne. Le programme « *Vistos Gold* » du Portugal, qui transpose le principe de la *golden card* des cartes de crédit vers les cartes d'identité, a particulièrement retenu l'attention. Mais des régimes similaires ont été mis en place en Roumanie, en Grèce, à Malte et dans d'autres États de l'Union. L'acquisition de la nationalité d'un État européen est particulièrement recherchée en tant qu'elle confère en même temps la citoyenneté européenne et donc la liberté de circulation et la jouissance des droits dans l'ensemble de l'Union. Ainsi se met en place un marché européen de la citoyenneté européenne par l'intermédiaire des États de l'Union.

Ce n'est pas la seule occasion où les États monnaient ainsi l'exercice de prérogatives souveraines. Notre enquête fait apparaître que 67 % des États étudiés ont ainsi pris des dispositions qui impliquent la renonciation à certaines de leurs compétences, y compris la compétence législative par les clauses de stabilisation dans les contrats ou les traités bilatéraux d'investissement, et à certains de leurs privilèges souverains, comme l'immunité de juridiction et d'exécution, notamment dans les contrats d'emprunts d'États.

75 % des États étudiés ont en outre modifié les règles de leur droit judiciaire, en vue de rendre leurs juridictions plus attractives et donc d'en favoriser la saisine. C'est ainsi que l'Allemagne a lancé des projets pilotes, en 2010 et 2014, pour permettre que certains litiges, qui relèvent du droit des affaires international, puissent être traités en anglais. Mais ces initiatives, qui suscitent la controverse quant à leur validité constitutionnelle, n'ont pas rencontré un grand succès en pratique. Certains États, comme la Pologne, développent des procédures juridiques électroniques de règlement de certains litiges. De très nombreux États mettent en place des réformes managériales de leur organisation judiciaire, non seulement pour en maîtriser les coûts, mais pour en accroître le rendement et l'efficacité, et par suite en augmenter l'attractivité pour les plaideurs, notamment par la réduction de la durée des procédures. Ces mesures manifestent la prise de conscience par les États de l'importance des juges et des décisions judiciaires pour le rayonnement et l'influence de l'État et de son ordre juridique au moment où celui-ci est menacé par la concurrence, notamment par l'évasion de certains contentieux spécialisés vers les juridictions et les arbitres des places financières de Londres et de New York.

En matière d'arbitrage, nous observons que nombre d'États ont adapté très récemment leur régime juridique sur le modèle de la loi type, amendée en 2006 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial inter-

national (CNUDCI). C'est le cas notamment, dans l'échantillon étudié, de la Belgique, du Brésil, de la Pologne et de la Turquie, qui a également mis en place une procédure d'arbitrage accéléré dans un délai de trois mois. Ces réformes poursuivent clairement un but différent du rayonnement du droit national, puisque la localisation de l'arbitrage ne présume pas de la loi de celui-ci et que les arbitres sont totalement indépendants de l'appareil d'État. Les ambitions affichées sont plus nettement d'ordre économique. Il s'agit de constituer un « hub » régional d'arbitrage ou en tout cas d'augmenter le volume et donc le chiffre d'affaires des arbitres locaux. Cela met en évidence une autre dimension de la concurrence normative qui intéresse de plus en plus les gouvernements et les organisations économiques internationales et régionales. Les uns et les autres considèrent le domaine juridique et ses entreprises, notamment les cabinets d'avocats, comme une industrie ou un secteur économique de pointe, à haute valeur ajoutée et à fort potentiel de croissance dans une économie régionale et globale largement ouverte, où les « services juridiques » sont d'ailleurs en cours de déréglementation et de libéralisation accélérées.

VIII. – La concurrence comme instrument de la gouvernance globale et européenne. – La fonction centrale des indicateurs

Cette dérégulation compétitive, dont nous avons pu commencer à prendre la mesure, n'est pas le résultat spontané de l'évolution du monde ni la manifestation de la prévalence inéluctable d'un droit naturel économique libéral. De même que la mise en place du marché global des droits nationaux doit beaucoup à l'incitation et à la contrainte au démantèlement des barrières juridiques nationales, son fonctionnement est encadré et sa dynamique intensifiée par la mise en place de dispositifs ingénieux, qui reposent en particulier sur le jeu des indicateurs internationaux²⁰. Plusieurs indicateurs publics ou privés mesurent et comparent ainsi, généralement sur une base annuelle, les performances respectives des États en ce qui concerne leur « compétitivité » ou encore leur « attractivité » pour les investisseurs. Le plus célèbre est l'indice *Doing Business*, lancé par la Banque mondiale

²⁰ Sur les indicateurs comme instruments de gouvernance en général, voy. B. FRYDMAN et A. VAN WAEYENBERGE, *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013. Sur la fonction des indicateurs en droit global, voy. D. RESTREPO AMARILES (ed.), « Special Issue on Legal Indicators, Global Law and Legal Pluralism », *The Journal of Legal Pluralism*, vol. 47, n° 1 (2015).

en 2002, qui mesure et classe 189 États en fonction de l'environnement plus ou moins favorable aux affaires. Il s'agit d'un indicateur composite qui agrège de manière pondérée un très grand nombre de variables, parmi lesquelles beaucoup portent sur le fonctionnement des droits nationaux, par exemple, les formalités requises pour constituer une entreprise, la protection de la propriété et notamment de la propriété intellectuelle, la protection des actionnaires minoritaires, les procédures d'exécution forcée des contrats et en matière d'insolvabilité et de règlement collectif, etc. La Banque mondiale y a ajouté un indicateur qui prétend mesurer spécifiquement la qualité de l'État de droit (*Rule of Law Index*)²¹. Cet indicateur se base sur la perception des personnes interrogées quant à un certain nombre de paramètres censés influencer sur la vie économique comme à nouveau la protection de la propriété et des contrats, mais aussi la fiabilité de la police et de la justice ou encore le taux de criminalité.

Ces indicateurs ont pour fonction annoncée d'informer les opérateurs économiques et financiers afin de leur permettre de faire jouer la concurrence et de les aider dans leurs décisions d'investissements. Mais ils remplissent en réalité surtout une fonction de gouvernance et de discipline des États et des gouvernements, dont les performances sont jugées, tant au plan international qu'interne, notamment dans les médias et devant l'opinion publique, à l'aune de leurs résultats et de l'évolution de leurs positions relatives dans ces classements. Ce management des États par les indicateurs est d'ailleurs parfaitement assumé par la Banque mondiale, qui a créé et mis à la disposition des États une base de données incluant une liste de réformes préconisées, accompagnée d'un « simulateur de réformes », permettant aux États d'anticiper les gains en points dans l'indice *Doing Business* que certaines réformes devraient leur permettre d'obtenir. L'outil semble efficace puisque le rapport 2015 de la Banque mondiale révèle que, depuis 2004, les États ont procédé au total à plus de 2 400 réformes en vue de rendre leur ordre juridique plus favorable à la vie des affaires. Sur la seule période d'un an, de juin 2013 à juin 2014, 230 réformes législatives ou réglementaires ont été enregistrées dans 123 juridictions. Parmi celles-ci, les États d'Europe et d'Asie centrale sont de loin en tête avec 85 % qui ont procédé à des réformes dans l'année. Ils sont 65 % parmi les États de l'OCDE à haut revenu²². Plus de 50 États ont mis en place des commissions spéciales de

²¹ D. RESTREPO AMARILES, « *The mathematical turn* : l'indicateur *Rule of Law* dans la politique de développement de la Banque mondiale », in *Gouverner par les standards et les indicateurs*, op. cit., pp. 193-234.

²² *Doing Business Report 2015 : Going Beyond Efficiency*, 2014, Washington International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2014, p. 6.

réformes en vue d'améliorer leur position dans le classement²³ et certains d'entre eux n'hésitent pas à vanter leurs performances dans des campagnes de publicité. C'est notamment le cas de l'Allemagne qui, dans une brochure publiée par le ministère de la Justice, intitulée « *Law Made in Germany : Global, Effective, Cost-Efficient* » se prévaut de son classement en 2^e position de l'index *Rule of Law* pour ce qui concerne l'accès à la justice civile, qu'elle compare aux performances plus mitigées de la justice britannique et américaine, classées respectivement aux 10^e et 21^e rangs²⁴.

Les effets de gouvernance sont en outre renforcés par le fait que les performances des États, notamment la note qu'ils obtiennent dans l'index *Rule of Law*, conditionnent en partie l'octroi de certaines aides et financements de la Banque. Cette note influence également les décisions d'autres organisations financières internationales et d'opérateurs publics et privés comme les banques et les assurances. Leurs données sont en outre intégrées dans d'autres indicateurs, notamment ceux par lesquels les agences de notation mesurent la solvabilité des débiteurs souverains, influençant par là même la capacité et le coût du financement des États sur les marchés financiers²⁵.

Pourtant, ces indicateurs ne sont évidemment pas neutres, ni le reflet d'un droit naturel économique ou du *nomos* cher à Hayek²⁶. Ils sont directement le produit du référentiel normatif sous-jacent, construit par les auteurs de l'indicateur et par rapport auquel les performances des États sont mesurées. Or la détermination de ce modèle juridique idéal est lui-même fonction de choix politiques, idéologiques et stratégiques, qui sont contestables et effectivement contestés. C'est ainsi que l'Organisation internationale du travail et la Confédération internationale des syndicats ont protesté contre le fait que toutes les protections en faveur des travailleurs établies par le droit social sont systématiquement pénalisées dans l'index *Doing Business* et que leur suppression ou leur réduction conduisent dès lors, pour cette même raison, à une amélioration du classement dans l'index. La Confédération internationale

²³ D. RESTREPO AMARILES, « Transnational Legal Indicators : the Missing Link in a new Era of Law and Development Policy », in P. FORTES, L. BORATTI, A. PALACIOS and T. DALY (eds), *Law and Policy in Latin America : Transforming Courts, Institutions and Rights*, Palgrave, Macmillan, 2016 (en cours de publication).

²⁴ La brochure répondait ainsi à une initiative similaire du Royaume-Uni qui vantait son droit et le recours à ses juridictions dans une brochure intitulée « England and Wales : the jurisdiction of choice ».

²⁵ Sur la fonction normative et de gouvernance exercée par les agences de notation : B. FRYDMAN, « Le pouvoir normatif des agences de notation », in B. COLMANT et G. LEWKOWICZ (dir.), *Les agences de notation entre les États et les marchés*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 173-184 ; G. LEWKOWICZ, « Gouverner les États par les indicateurs : le cas des agences de notation de crédit », in *Gouverner par les standards et les indicateurs*, op. cit., pp. 145-192.

²⁶ F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, 3 vol. (1973, 1976 et 1979), coll. Quadrige, Paris, PUF, 1995.

des syndicats a réagi en développant et en publiant son *Global Rights Index*, un contre-indicateur qui met en évidence, pour les stigmatiser, les pires pays en ce qui concerne la condition et les droits des travailleurs²⁷.

De même, il est reproché à plusieurs indicateurs internationaux de prendre pour idéal la culture anglo-saxonne, son modèle économique et le système juridique de la *Common Law*, favorisant ainsi, dans les classements, les États appartenant à cette famille. L'Union européenne a ainsi pris plusieurs initiatives en vue de créer des indicateurs concurrents, notamment en termes de notation de crédit²⁸ ou de classement des universités²⁹. Pour ce qui concerne le droit proprement dit, la Fondation pour le droit continental est en train de développer un indice de la sécurité juridique, qui a pour objectif de redresser la cote et la réputation des droits des pays de droit écrit par rapport aux juridictions de *Common Law* et dont le premier rapport, portant sur 13 juridictions, a été publié en juillet 2015³⁰.

Cette bataille des indicateurs, qui constitue actuellement la ligne de front de la lutte globale pour le droit, reflète l'importance majeure de cet outil dans la technologie de la gouvernance globale par le moyen de la concurrence normative.

La concurrence normative s'impose également comme un modèle de gouvernance régionale, spécialement au niveau de l'Union européenne. Elle fait figure d'alternative à l'harmonisation des droits, notamment en matière fiscale et en matière sociale où l'Union n'a guère développé ses compétences et ses pouvoirs. Mais l'Union n'hésite pas non plus à y recourir dans ses domaines de compétence, comme le droit des sociétés par exemple, où la

²⁷ *The 2015 ITUC Global Rights Index : The World's Worst Countries for Workers*, consultable en ligne : http://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/survey_global_rights_index_2015_en.pdf. Les États sont notés sur une échelle de violation croissante du droit social international, graduée de 1 à 5+, où 1 sanctionne une violation occasionnelle des droits et 5 une absence totale de droits, cette note étant portée à 5+ lorsque l'absence de droits sociaux s'inscrit dans un effondrement complet de l'État de droit. Les dix pires États selon l'index sont, dans l'ordre alphabétique, l'Arabie saoudite, le Bélarus, la Chine, la Colombie, l'Égypte, les Émirats arabes unis, le Guatemala, le Pakistan, le Qatar et le Swaziland. Les zones qui reçoivent les notes les plus alarmantes sont le Moyen-Orient et l'Afrique du Nord (4,25) et l'Asie-Pacifique (4,14).

²⁸ L'Union a finalement renoncé à son projet de créer une agence de notation publique européenne. Par contre, la Chine a suscité et favorise le développement de l'agence de notation *Da Gong*, que les Américains refusent de reconnaître, et qui propose, notamment en matière de dette souveraine, un classement très différent des trois grandes agences établies.

²⁹ L'Union européenne a créé le classement *U-multirank*, notamment dans le but de contrer le classement de Shanghai, mis au point par une université chinoise, mais en se fondant sur le modèle américain de Harvard.

³⁰ Ce rapport a été établi sous la direction de Bruno Deffains et Catherine Kessedjian, professeurs à Paris II. L'index classe en premiers la Norvège, l'Allemagne et la France, suivies immédiatement du Royaume-Uni et de la Chine, les États-Unis n'obtenant que le 12^e et avant-dernier rang.

stimulation de la concurrence entre les États membres s'est substituée à la politique d'harmonisation par voie de directives, menée pendant plusieurs dizaines d'années, mais sans résultats jugés satisfaisants.

La mise en concurrence des États par le moyen des indicateurs constitue en outre un mode assez efficace de gouvernance à distance des services publics des États, qui ne nécessitent pas de moyens juridiques contraignants. Prenons le cas de l'éducation avec l'influence du classement de Shanghai et des autres classements universitaires, ainsi que le dispositif des enquêtes Pisa mis en place par l'OCDE, qui fournit un puissant incitant aux réformes scolaires. La méthode ouverte de coordination repose également sur la « coopération » des États membres, par le moyen des indicateurs et du *benchmarking*, comme d'autres politiques spécifiques de l'Union européenne, qui visent à piloter la gestion de services publics nationaux comme la politique de l'eau par exemple³¹.

Le service public de la justice est particulièrement affecté par ce mode de gouvernance ainsi qu'en témoignent les nombreuses réformes des procédures et de l'organisation judiciaire à travers le monde et au niveau européen. Les classements *Doing Business* et *Rule of Law* intègrent de manière sensible des données relatives aux « performances » des services judiciaires (durée, coût et simplicité des procédures, effectivité des remèdes judiciaires, impartialité des juges et indice de corruption, etc.). Le Conseil de l'Europe a, quant à lui, mis en place une Commission pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), qui collecte et compare l'ensemble des données nationales relatives aux systèmes judiciaires nationaux afin d'établir des indicateurs et des normes de référence (*benchmarks*). Son action est relayée au sein des différents États membres par des instances spécialisées dans le management judiciaire³² et, au niveau supranational, directement par la Cour européenne des droits de l'homme, qui se réfère notamment à ces mesures pour contrôler le respect du fameux délai raisonnable dans le très gros contentieux qui lui est déféré sur ce point.

Au total, la technique managériale de mise en concurrence des États par les indicateurs fournit un mode souple, mais effectif de gestion à distance et de pilotage des réformes des institutions et des services publics nationaux. Elle constitue en outre une alternative à l'harmonisation du droit par

³¹ Voy. sur ce point l'ouvrage de A. VAN WAEYENBERGE, *Les nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2015.

³² Les conseils supérieurs de la justice, dans le modèle de la CEPEJ, dont la généralisation a été précisée dans tous les États membres précisément à cette fin.

les États dans la mesure où elle incite ceux-ci à se rapprocher toujours davantage du régime juridique unique qui constitue le référentiel de base de l'indicateur, sans offrir cependant les mêmes garanties dans le processus de négociation et de décision.

IX. – Conclusion. – De la concurrence des droits à la concurrence des normativités

Nous avons vu comment la concurrence normative globale fragilise les États et leurs ordres juridiques en les mettant sous la pression des opérateurs économiques, mais aussi d'indicateurs émanant d'organisations publiques ou privées qui tendent à influencer ou même à piloter à distance l'évolution de leurs institutions, de leurs règles et la gestion de leurs services publics.

Cette analyse repose sur un modèle de marché qui met aux prises deux types d'acteurs sur un seul produit : les États qui produisent les règles juridiques et les personnes privées qui les choisissent. Mais ce modèle basique, auquel recourent la plupart des études en la matière, est trop réducteur pour saisir la réalité et les enjeux de la situation présente et son évolution probable.

D'une part, les États ne produisent que la matière première du droit, mais celle-ci est ensuite transformée par les professionnels qui utilisent et combinent les règles dans des actes juridiques ou des « montages » plus ou moins complexes. Ce sont ces produits dérivés qui sont effectivement mis sur le marché et proposés de façon tarifée aux utilisateurs de droit³³. Mis au point avec les ressources de l'ingénierie juridique, au sein des « *global law firms* » ou par des experts spécialisés, ces instruments, destinés à tirer un maximum de profit de l'état de concurrence globale, ne se limitent pas toujours à désigner un droit national, mais combinent souvent diverses règles juridiques d'ordres juridiques différents, comme une construction *Lego* ou *Meccano* dont les éléments ont été puisés dans des boîtes multiples. Le modèle fiscal de Google en Europe qui associait une « double irlandaise » à un « sandwich hollandais » en fournit une illustration désormais fameuse. Cette technique généralisée relativise encore davantage les capacités d'intervention et de contrôle des États, ainsi que la cohésion de leurs ordres

³³ Voy. G. LEWKOWICZ et A. VAN WAUYENBERGE, « La montée en puissance des avocats et la formation d'un droit global », *Revue de la Recherche Juridique*, Cahiers de méthodologie juridique, 2010, pp. 2203-2211.

juridiques, dès lors qu'ils ne fournissent sur le marché des droits que les pièces détachées qui serviront à l'élaboration de produits complexes dont les effets se retourneront le plus souvent contre eux.

D'autre part, les règles des États sont de plus en plus concurrencées non pas seulement par celles des autres États, mais par d'autres types de normes, dont l'élaboration, la mise en œuvre et la sanction échappent en grande partie, voire en totalité, à leur contrôle et à leur intervention. Tel est le cas, par exemple, des protocoles qui gouvernent l'Internet et les réseaux globaux de communication, de nombreuses normes techniques, comme les normes ISO par exemple, élaborées par des instances parallèles aux institutions politiques et mises en œuvre par des procédés très différents des moyens juridiques classiques, comme la certification et le label. L'Union européenne et l'OMC leur ont conféré un rôle important³⁴ et leur champ d'intervention s'étend désormais au point de concurrencer les normes de droit dans des domaines toujours plus nombreux et plus vastes. Les normes comptables IFRS en fournissent un autre exemple particulièrement intéressant puisque l'Union européenne a décidé de pallier l'échec d'un long processus d'harmonisation en déléguant à une association d'experts professionnels privés le pouvoir d'élaborer les règles, dans la perspective stratégique que celles-ci s'imposent comme la norme de référence globale.

Cette concurrence d'autres types de normativités, élaborées en dehors des institutions politiques internationales et qui recourent à leur propre arsenal pour assurer leur effectivité, pourrait bien se révéler plus délétère encore pour les États que celle qui les oppose entre eux. Car ces normes risquent, et c'est d'ailleurs l'objectif des institutions qui les produisent, de marginaliser complètement les États dans la lutte globale pour le droit.

³⁴ Dans l'Union européenne, avec la nouvelle approche, dont il est prévu d'étendre le mécanisme aux prestations de services et, au niveau de l'OMC, avec les accords sur les obstacles techniques au commerce sur la libéralisation des services. Voy. l'étude d'A. VAN WAAYENBERGE, « Les normes ISO, CEN et celles issues des consortiums privés : bric-à-brac ou système pour l'Union européenne », in *Gouverner par les standards et les indicateurs*, *op. cit.*, pp. 93-116, qui aborde spécialement la question de la concurrence normative européenne.