

Réflexion sur les méthodes de coordination/unification dans le cadre de l'évolution des ordres juridiques

Sylvaine POILLOT PERUZZETTO
Professeur Agrégé des Universités
Université des Sciences sociales de Toulouse

Conférence générale des Tribunaux de Commerce
19 Octobre 2000

Introduction : Le Renouveau des structures

S'interroger sur les liens entre les différentes règles de droit nécessite de se poser la question de l'évolution des ordres juridiques qui les génèrent et les mettent en œuvre.

A cet égard, le XXI^{ème} siècle se présente, on ne le dit que trop, comme le temps de la multiplication et l'accélération des mouvements de personnes, de biens et services, de capitaux, mais aussi d'informations et de pratiques.

Dans ce contexte, les ordres juridiques classiques se sont modifiés, en particulier la relation classique ordre interne/ordre international, tandis que d'autres sont apparus .

1 Le renouveau de la relation classique interne/ internationale : un ordre international renforcé

Le changement le plus considérable est sans doute le renforcement de l'ordre international. Ce renforcement passe d'abord par la multiplication des institutions internationales dans les relations privées. Si l'ordre international se renforce, c'est également parce qu'à côté des acteurs traditionnels qu'étaient les Etats, il faut désormais compter , avec l'OMC, personnalisation de l'ordre international. Tant que l'ordre international était géré par les Etats au coup par coup, il est clair que les ordres internes l'emportaient en substance. L'existence d'une institution confère à l'ordre international une substance mais aussi une permanence.

Il passe également par la multiplication des situations internationales : à la nécessité d'exporter pour les entreprises, répond aujourd'hui une mobilité des personnes pour des raisons économiques. Les situations présentant un élément d'extranéité, soit rattachées à plusieurs Etats, posent du coup la question de la définition des situations internationales par rapport aux situations internes : la frontière entre situation interne et situation internationale est désormais difficile à établir. L'exemple classique est évidemment celui des multinationales qu'il est impossible de rattacher à un système juridique pour sa globalité. Il faut cependant aujourd'hui ajouter les contrats électroniques passés sur un réseau mondial qui sont par essence internationaux, dès lors que la localisation des parties peut être totalement artificielle.

Ainsi, si pendant un temps on a pu considérer que les relations internationales devaient être la projection des ordres internes, et être ainsi gérées comme des situations internes, la modification des données nécessite de trouver une autre réponse.

De la même manière , si avec la montée du libéralisme on a pensé un temps que l'international était le dépassement des Etats et le royaume de la liberté, au point que les contrats internationaux pouvaient être des contrats sans loi, il est clair aujourd'hui que les Etats restent attachés à certaines valeurs , et que, selon le stade d'évolution de l'Etat, il peut y

avoir consensus. En d'autres termes, l'ordre international n'est pas celui du laisser-faire et ici encore une recherche de solutions juridiques s'impose.

Mais à cette relation ancienne qui se présente sous un jour nouveau répond la montée d'ordres nouveaux.

2 Des ordres nouveaux

Ces ordres nouveaux le sont soit dans leur évolution, soit dans leur essence. Dans le premier cas, il faut évidemment évoquer le renouveau de l'ordre des marchands avec la communauté des Internautes, dans le second, du nouveau de l'ordre intermédiaire qu'est l'ordre communautaire

Si le grand commerce a donné naissance à ce que l'on a pu appeler l'ordre des marchands qui généra spontanément la *lex mercatoria*, Internet aujourd'hui, par défaut de règles mondiales sur le réseau, génère des règles spontanées, une *lex numerica* qui, selon certains, répond à l'existence d'une communauté des Internautes, laquelle serait un nouvel ordre juridique. L'on peut discuter à l'infini sur l'existence de cet ordre juridique, il n'empêche que des règles ont été élaborées et l'existence de cybertribunaux favorisera et structurera cette éclosion spontanée. Ces règles ont l'avantage de répondre à l'absence non seulement de règles mondiales mais également à l'absence de règles nationales. Leur portée est évidemment discutable mais du moins il est certain qu'elles existent.

A la relation classique ordre interne/ordre international est de surcroît venu se greffer un ordre intermédiaire du fait de la régionalisation européenne : l'ordre communautaire. Cet ordre est distinct de l'ordre international et des ordres internes des Etats membres, même s'il vient s'inscrire dans les ordres internes. Il a construit des instruments particuliers comme le principe de primauté et d'effet direct et, pour asseoir l'application de ses normes, a fait des juges nationaux, des juges du droit communautaire.

Dans ce contexte ainsi modifié, comment les ordres juridiques peuvent-ils communiquer entre eux ?

A cet égard, les deux techniques classiques subsistent, soit la technique de l'unification et celle de la coordination, mais leur limite conduit à s'interroger sur une coordination ordonnée des systèmes juridiques.

I La limite des techniques de coordination et unification

Si les techniques d'unification et de coordination ont fait leur preuve, elles se trouvent aujourd'hui l'une et l'autre confrontées à des limites .

A L'unification

La technique de l'unification est sans doute la plus classique et en même temps la plus simpliste. Elle est celle qui permet à un ordre de s'affirmer à l'égard d'autres ordres.

L'efficacité de cette méthode explique qu'elle soit utilisée volontairement par les législateurs de tous ordres mais également qu'elle soit la méthode spontanée face à la diversité des solutions nationales.

1 L'unification volontaire

Les acteurs de l'unification spontanée sont évidemment les Etats, mais, dans ce contexte de renforcement de l'ordre international, il faut mentionner le rôle des organisations internationales dans la proposition de textes, en particulier la CNUDCI ou l'OMC et la CCI.

Les instruments de l'unification sont évidemment les conventions, mais, dans l'ordre communautaire il faut citer les règlements, ayant une portée générale et un effet direct, et les directives, qui, même si elles laissent aux Etats une marge de manœuvre, aboutissent à une unification des normes.

2 L'unification spontanée

L'unification spontanée est le fait des professionnels, des consommateurs, des arbitres et finalement de la doctrine.

Les professionnels ne sont plus seulement les marchands préparant la *lex mercatoria*. En effet, l'ampleur des normes techniques, qui ne sont pas toujours intégrées dans un ordre juridique, mais se présentent comme des règles d'une profession offrant une garantie aux consommateurs, donne voix aux ingénieurs. Il se peut d'ailleurs que ces normes soient réceptionnées dans un ordre juridique, ainsi par exemple de l'ordre communautaire.

Les consommateurs d'information, soit les internautes se présentent aujourd'hui comme des concepteurs de règles unifiées, en réponse aux lacunes des législations nationales, dans le strict domaine de l'utilisation d'Internet.

Le rôle de l'arbitrage dans l'élaboration de règles matérielles unifiées, en particulier dans le domaine du commerce international, n'est pas à démontrer d'autant qu'il s'est structuré et institutionnalisé.

Enfin, la doctrine montre aujourd'hui son intérêt pour le droit comparé et participe du mouvement, que certains qualifient d'utopie, de recherche d'un droit commun, au moins à l'échelle européenne, et particulièrement dans le domaine du contrat. En effet, en réponse aux mouvements d'extériorisation, la doctrine non seulement constate mais consacre l'existence de règles matérielles unifiées : par le biais d'Unidroit ou de la Commission Landon, elle recherche, dans le domaine des contrats, les principes communs à tous les systèmes juridiques.

Les instruments de l'unification spontanée se présentent comme un ensemble de normes ayant un effet juridique entre les parties, et qui peut servir de normes de référence à l'égard des parties à un contrat ultérieur, d'un législateur en recherche de texte, d'un juge ou d'un arbitre.

L'unification si elle se montre une méthode rapide et efficace, d'ailleurs utilisée par le droit communautaire pour les sujets où l'intégration rapide était nécessaire, comme par exemple le droit de la concurrence, n'en présente pas moins des limites. La limite politique se présente avec évidence car, pour certains domaines, les Etats ne sont pas prêts à abandonner leurs prérogatives. On le voit non seulement en matière de droit de la famille mais également dans le domaine de la fiscalité où, au sein même de l'ordre communautaire, l'unification est loin d'être acquise. Dans l'ordre mondial, la différence de niveau de développement rend illusoire l'idée d'une unification générale répond aux intérêts de tous.

La seconde limite est culturelle. En effet, le dynamisme de l'ordre communautaire et sa substance viennent de la diversité des ordres nationaux : en passant le rouleau compresseur de l'uniformisation, il est clair qu'à terme l'ordre communautaire perdra de sa richesse. D'ailleurs, la perpétuelle recherche d'uniformisation fondée souvent sur la recherche de la rationalité relève d'une utopie, et présente le même danger que la recherche de la pureté. Il est évident ainsi que la seule méthode de l'uniformisation n'est pas satisfaisante. Il est vrai qu'à cette méthode répond celle de la coordination.

B La coordination

Dans la mesure où la méthode de la coordination est plus sophistiquée, elle est toujours pensée et n'est donc pas générée spontanément. En d'autres termes, cette méthode, contrairement à la précédente, ne peut être que volontaire.

Cette méthode de coordination part du schéma classique des ordres nationaux qui doivent pouvoir communiquer entre eux, pour répondre à l'existence de situations internationales.

La coordination entre normes étatiques utilise la technique conflictuelle par laquelle, classiquement, chaque ordre national propose une solution, pour les situations internationales, ou présentant un élément d'extranéité, à la question de la loi applicable, de la compétence de ses juges nationaux, des conditions de réception, dans son ordre, des jugements rendus à l'étranger.

Cette méthode se présente comme la méthode par défaut, pour trouver une solution, chaque fois qu'une règle de droit matériel unifié n'a pu être prise, c'est dire que cette méthode est la plus couramment utilisée tant les règles de droit matériel unifié sont peu nombreuses et ne couvrent que des objets scrupuleusement limités par les instruments d'unification.

Pour autant, la coordination présente aussi des limites. La première résulte du fait que, sauf convention de droit international privé, chaque Etat donne une réponse à ces questions. En d'autres termes, il n'existe pas une coordination internationale entre les systèmes mais chaque Etat propose son système de coordination. Il n'existe pas de coordination internationale de fait dès lors que les règles de conflit de lois et de compétence internationale reposent sur des critères de rattachement différents d'un Etat à l'autre.

De surcroît, la technique conflictuelle ménage pour les Etats une possibilité de s'opposer à l'application d'une loi étrangère ou de refuser la réception d'un jugement étranger, par le mécanisme de l'ordre public international. Dans le même sens mais par un mécanisme différent, la technique des lois de police permet à un Etat d'imposer l'application de sa propre loi, sans passer par la technique conflictuelle. Le développement de cette catégorie des lois de police qui comprend les règles de protection des parties faibles, consommateurs, salariés, mais également les règles de direction économique, comme le droit de la concurrence, pose une sérieuse limite à la coordination par le droit international privé, même si un juge pourrait appliquer une loi de police étrangère, ainsi que le suggère la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

C'est en particulier le développement d'Internet, permettant la multiplication des échanges contractuels grâce à ce réseau mondial, et facilitant les piratages, qui montre la limite de la technique conflictuelle dès lors que les contrats conclus sur Internet sont par essence des contrats internationaux alors que la réponse juridique, même coordonnée par le droit international privé, reste nationale. Mais l'on pourrait, de la même manière, parler des faillites internationales, et de son équivalent dans le domaine de la famille, les successions internationales, qui n'ont d'international que le nom puisque le traitement juridique reste national et qu'il faut par conséquent raisonner en termes de faillites nationales parallèles ou de successions nationales parallèles, sous réserve cependant, dans l'ordre communautaire d'une coordination entre les procédures initiée par le règlement sur les procédures d'insolvabilité.

Ainsi, convient-il de réfléchir à des méthodes nouvelles qui utiliseraient à la fois l'unification et la coordination, en une coordination ordonnée aboutissant à la création d'un réseau de règles de droit.

II Vers une coordination ordonnée : un réseau de règles juridiques

La coordination ordonnée qui permettrait aux ordres nationaux de conserver leur richesse et leur potentialité passerait par une coordination généralisée accompagnée de la définition de principes généraux unifiés communs aux Etats.

A Une coordination généralisée

Si la coordination telle qu'elle est actuellement organisée permet le maintien des ordres nationaux dans la recherche des solutions aux situations internationales, cette coordination n'est pas exempte de critiques, en particulier du fait de son caractère limité.

La coordination pourrait ainsi acquérir une ampleur plus grande, du point de vue de sa source, du point de vue de son objet, du point de vue des ordres à coordonner : pour être plus efficace, dans un contexte international en développement, la coordination devait ainsi être de source internationale, avoir également pour objet la coordination entre autorités étatiques, et se porter sur la relation entre ordre interne et ordre communautaire.

Du point de vue des sources, on a vu en effet qu'en principe les règles de droit international privé sont de source nationale. Or, si la nécessité de maintenir les solutions nationales peut être défendue, il est aujourd'hui de plus en plus difficile de soutenir que les règles de coordination restent d'origine interne. D'ailleurs, dans le contexte européen, les conventions de Rome et de Bruxelles respectivement sur la loi applicable aux obligations contractuelles et sur la compétence internationale et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, ont fait leur preuve. Il faut saluer désormais l'existence d'un règlement en matière d'insolvabilité traitant à la fois de la question de la loi applicable et de l'autorité compétente. En dehors de l'ordre communautaire, les travaux de la conférence de La Haye ont également permis de trouver des solutions de coordination uniformes par le biais des différentes conventions, en particulier sur la loi applicable aux ventes d'objets mobiliers corporels, sur les contrats d'intermédiaire et la relation de représentation.

Du point de vue de son objet, la coordination pourrait ne pas se limiter à la coordination entre normes nationales et jugements nationaux. Elle pourrait passer par des relations plus étroites entre les autorités chargées de la mise en œuvre des différentes règles applicables dans les situations par essence internationale. D'ailleurs cette coordination n'est pas à inventer puisqu'elle vient d'être consacrée par le règlement sur les procédures d'insolvabilité en prévoyant une coordination entre les organes de la faillite principale et de la faillite secondaire. Elle existe par ailleurs, dans l'ordre communautaire pour l'application des règles de concurrence coordonnées.

Enfin, pour que l'ordre communautaire ne se définisse pas seulement dans une relation verticale, la coordination serait aussi à repenser au sein même de l'ordre communautaire entre norme communautaire et norme nationale. Elle pourrait l'être d'autant plus que l'ordre communautaire a déjà les instruments de coordination qu'il s'agisse des renvois aux droits nationaux opérés soit par les textes, soit par la Cour de Justice, ou des concepts de réserve nationale dont le plus important est sans doute celui d'ordre public.

Mais cette coordination généralisée si elle n'est pas porteuse d'une ligne de conduite risque de se présenter comme une simple mécanique. C'est pourquoi à cette coordination généralisée, il conviendrait d'associer un fonds commun de principes composant ainsi un ordre public international.

B Un ordre public international minimal

Il est toujours dangereux d'évoquer l'ordre public tant ce concept en droit est polysémique non point tant par son contenu que par sa fonctionnalité. L'ordre public international comme ensemble de principes à respecter par la communauté internationale n'aurait évidemment pas la même fonctionnalité que l'ordre public, réserve de compétence de l'ordre communautaire, ou que l'ordre public au sens du droit international privé qui permet d'évincer une loi étrangère normalement applicable ou d'écarter un jugement étranger . Cet ordre public rassemblerait, et en particulier pour les situations par essence internationale, les principes premiers à respecter ?

Evidemment, toute la difficulté consistera à donner un contenu à cet enveloppe qui part du principe, ou du postulat de l'existence d'une culture internationale . En fait, il faudra sans doute raisonner au cas par cas, situation internationale par situation internationale plutôt que de vouloir constituer d'entrée de jeu une liste de principes . Comme tout principe, les éléments édictés n'en seraient pas moins libellés de manière générale et abstraite. Il faudrait à cet égard partir des situations par essence internationales, comme les contrats électroniques ou les délits sur Internet ou les faillites des multinationales et proposer un principe de solution commune que chaque Etat mettrait en œuvre avec ses propres instruments.

Ce faisant, il est certain que les systèmes juridiques, à l'instar d'Internet, construiront à partir des règles de droit existantes, un réseau des réseaux, sans hiérarchie, sans centre, mais avec du sens.

