

12

Concurrence normative et stratégies juridiques : opportunités et limites d'une interaction complexe

Bertrand WARUSFEL

Professeur à l'Université de Lille 2

Avocat au barreau de Paris

1. La vision que nous avons aujourd'hui du champ juridique, et particulièrement du champ du droit des affaires, est beaucoup moins positiviste que celle qui prévalait il y a encore quelques décennies. Loin de considérer que le droit résulte uniquement d'un processus descendant par lequel les acteurs sociaux et économiques appliquent à chacune de leurs situations particulières les normes édictées par l'autorité publique et interprétées par la jurisprudence, on fait aujourd'hui une place importante à une vision plus systémique des choses. Face à la norme, les acteurs développent des stratégies d'adaptation, de contournement ou de dépassement tandis que – par effet de rétroaction – l'articulation des différentes stratégies qui se croisent ou s'opposent sur le terrain contribue à faire évoluer la norme elle-même, voire à en susciter de nouvelles.

2. Diverses influences ont poussé à ce retournement de la perspective, depuis les travaux précurseurs de l'École de la « doctrine de l'entreprise », qu'illustre parmi nous aujourd'hui le Professeur Champaud¹, jusqu'aux analyses d'économie du droit en passant par les réflexions qu'avec d'autres nous avons développées

1. Notamment son ouvrage : CHAMPAUD (C.) et DANET (D.), *Stratégies judiciaires des entreprises*, Paris, Dalloz, 2006.

depuis une dizaine d'années autour des notions d'intelligence économique et d'« intelligence juridique »².

3. Dans ce mouvement circulaire permanent où l'application du droit par le marché rétroagit sur l'évolution des normes, tandis que l'élaboration de celles-ci est bien souvent la résultante d'efforts coordonnés des acteurs concernés pour créer un cadre réglementaire qui leur soit favorable (veille juridique, actions des organisations professionnelles ou associatives, lobbying, contentieux...), la question des stratégies juridiques rencontre nécessairement une autre réalité qui est celle de la concurrence normative.

4. Les travaux d'économie du droit nous ont, en effet, familiarisé avec l'existence, au niveau mondial, d'un véritable « marché du droit » sur lequel différentes normes sont en concurrence pour prendre en compte un même sujet. En ce qui concerne le droit des entreprises, il est de plus en plus fréquent qu'un acteur économique présent sur plusieurs marchés puisse arbitrer entre les différentes « offres » de droit qui correspondent aux législations nationales ou régionales applicables et choisir celle qui paraît lui apporter la meilleure réponse à son besoin. Et chacun comprend que les États (et plus généralement, toutes les instances normatives ou de régulation) ont à cœur de développer des offres concurrentielles, dans le but d'accroître leur influence et d'attirer vers elles les entreprises les plus efficaces.

5. Notre propos consistera donc à étudier en quoi ces deux mécanismes parallèles (les stratégies juridiques de terrain et la concurrence normative entre espaces juridiques) se complètent ou se neutralisent et comment leur interaction peut déboucher sur une maîtrise efficace et équitable du changement juridique.

6. Après avoir successivement constaté que la concurrence normative stimule naturellement les stratégies juridiques (1), tandis qu'en retour, celles-ci alimentent la compétition entre les systèmes juridiques (2), nous formulerons l'hypothèse selon laquelle cette interaction produit à terme une forte incitation à l'harmonisation juridique (3).

I. La concurrence normative stimule naturellement les stratégies juridiques

7. L'un des effets de la concurrence normative est de faire coexister sur des espaces différents des normes juridiques distinctes bien que s'appliquant à des objets économiques ou sociaux identiques ou similaires.

2. Voy. WARUSFEL (B.), « Intelligence économique et droit », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 140, novembre 1995, pp. 13-15 ; WARUSFEL (B.), « Intelligence économique et pratiques juridiques », *Revue de l'Intelligence économique*, n° 5, octobre 1999.

8. On comprend donc facilement comment un différentiel de normes donné (entre deux législations nationales portant sur le même sujet) va provoquer naturellement une réaction d'adaptation de la part des acteurs qui en sont les destinataires³.

9. En effet, il faut être réaliste et accepter le fait, comme le fait Jean-Sylvestre Bérge, que « comme la plupart des réalités juridiques, l'enchevêtrement des normes est aussi employé à des fins utiles – parfois même à des fins d'instrumentalisation – et pas seulement au titre d'un vaste mouvement de convergence universelle du droit »⁴.

10. Un exemple d'adaptation stratégique peut prendre la forme de décisions d'implantation ou de délocalisation d'une activité en direction du système normatif jugé le plus attractif. On connaît, bien évidemment, le fameux « effet Delaware »⁵ en droit des sociétés, mais l'existence de normes sociales ou fiscales est également un déterminant classique et important des choix de localisation d'activités.

11. Plus en aval, la concurrence existant entre les systèmes de droit et les mécanismes juridictionnels est à la source du phénomène de plus en plus répandu du « forum shopping »⁶. L'arbitrage est déjà à ce stade plus complexe : en choisissant un tribunal pour engager l'action contentieuse, le demandeur doit à la fois considérer les avantages respectifs des différents fors en ce qui concerne leurs caractéristiques contentieuses (procédures, pouvoirs du juge, portées des décisions, durée et coût des procès) mais aussi relativement au droit substantiel applicable à la matière considérée sur les différents territoires⁷. Vaut-il mieux une décision rapide et coûteuse plutôt qu'un procès peu onéreux mais plus long ? Doit-on faire prévaloir la performance du tribunal sur le contenu des règles juridiques applicables ? Ces questions n'ont pas de réponse univoque et dépendent tout à la fois de l'appréciation de chacun, des particularités de leurs situations sur le marché et des litiges concernés. Il en résulte donc naturellement

3. « un processus de concurrence est donc susceptible d'émerger quand les acteurs économiques ont la capacité de choisir entre plusieurs systèmes de régulation ou réglementation et si cet arbitrage conduit les régulateurs à modifier leur régulation pour être compétitifs » (BARBOU DES PLACES (S.), « Contribution(s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation », *RF adm. publ.*, 2004/1, n° 109, p. 37.

4. BERGE (J.-S.), « L'enchevêtrement des normes internationales et européennes dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du phénomène de régionalisation du droit », *Les Petites Affiches*, 5 octobre 2004, n° 199, p. 32.

5. Pour une synthèse sur ce cas classique, voy. ROE (M.J.), « Delaware's Competition », *Harvard Law Review*, Vol. 117, n° 2, décembre 2003, pp. 588-646.

6. Voy. sur cette thématique du forum shopping, la contribution de Laurence Usunier : USUNIER (L.), « Concurrence normative et stratégies juridiques en droit international privé » dans ce même volume, pp. 435-460.

7. Sur ces « deux sens » du forum shopping, voy. DE LY (F.), cité in « Des juridictions économiques efficientes en concurrence – La mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux : handicap ou avantage pour les opérateurs économiques ? », *Gaz. Pal.*, 26 août 2008, n° 239, p. 39.

des stratégies contentieuses très diversifiées, qui vont, par exemple, de la recherche de l'indemnisation la plus forte à celle d'un effet dissuasif ou médiatique, ou encore d'une forte incitation à transiger.

12. Dans le domaine particulier des litiges internationaux de propriété industrielle, par exemple, différents facteurs peuvent entrer en ligne de compte pour choisir un tribunal compétent suivant, par exemple que l'on veut bénéficier de modes de preuve efficaces à l'encontre du contrefacteur⁸, que l'on recherche un niveau d'indemnisation élevé (comme aux États-Unis ou en Grande-Bretagne), que l'on souhaite bénéficier de magistrats ayant une forte capacité technique (comme en Allemagne) ou encore que l'on recherche une décision qui puisse produire des effets directs sur d'autres territoires (comme ce fut notamment le cas avec la pratique des injonctions transnationales rendues par les tribunaux néerlandais).

13. Mais la réactivité des acteurs économiques aux effets de la concurrence normative peut conduire également à la mise en place de montages contractuels complexes jouant non seulement sur les juridictions compétentes, mais encore sur le droit applicable à l'exécution de certaines obligations contractuelles. D'où, comme l'explique Laurence Usunier, une réaction notamment du droit communautaire pour tenter d'endiguer le phénomène sans toutefois pouvoir trop contraindre la liberté contractuelle⁹.

14. En d'autres termes, et si l'on veut emprunter ainsi au vocabulaire économique, on peut considérer que les conséquences différentiatrices de la concurrence normative créent nécessairement un « effet de marché ». Comme sur un marché de valeurs où un différentiel de taux ou de cours donne des opportunités de gain, le différentiel de normes donne de la valeur à un certain positionnement juridique (soit en termes de sécurité ou d'avantages, soit en termes de réduction de risques). Il est donc naturel et sain que les opérateurs du marché (en l'occurrence, les entreprises et, autour d'elles, leurs conseils juridiques et tous les intermédiaires du marché du droit) cherchent à optimiser le profit qu'ils peuvent en tirer en construisant des stratégies juridiques appropriées¹⁰.

8. En cette matière, l'existence en France (comme dans quelques pays européens proches : Belgique, Italie, notamment) d'une procédure efficace de saisie-contrefaçon a été souvent une raison du choix de la juridiction française, maintenant ainsi la France au second rang des litiges de brevet en Europe (voy. notamment sur ce point, STERNITZ (C.) et GAULTIER (J.-F.), « Avantages compétitifs du système judiciaire français au sein de l'Union européenne (1^{er} volet) », *Propriété industrielle*, n° 6, juin 2008, étude n° 12).

9. Cf. USUNIER (L.), *op. cit.*, pp. 435-460.

10. La typologie des stratégies juridiques proposée par Antoine MASSON prend bien en compte cet effet de marché dû à la concurrence normative, lorsqu'elle retient comme cinquième grande famille de stratégies « les stratégies qui puisent leur origine dans l'absence d'universalité des normes ce qui limite leurs caractères impératifs. Ces stratégies seront basées sur la gestion des opportunités légales : choix du système juridique le plus favorable auquel l'entreprise se soumettra au niveau international (forum shopping), mais également choix de la règle de droit la plus efficiente » (MASSON (A.), « Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques – Essai de théorie des stratégies juridiques », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2008-1, pp. 443-449).

15. On soulignera enfin que dans ce mécanisme de stimulation incessante des stratégies juridiques par les effets de la concurrence normative, il est un secteur d'activité qui joue un rôle central d'accélérateur et d'intermédiation. Ce sont ces entreprises juridiques que certains appellent les « multinationales du droit », ou encore les « supermarchés du droit », selon l'expression de Mireille Delmas-Marty¹¹. Ces cabinets transnationaux d'avocat et de conseil juridique ou stratégique ont, en effet, pour principal avantage comparatif d'être généralement mieux placés que les avocats locaux (spécialisés dans l'application efficace de leurs droits nationaux ou sectoriels) pour détecter les différentiels de normes, pour les anticiper, pour en prévoir les conséquences et pour conseiller à leurs clients les arbitrages stratégiques supposés en maximiser les effets. De même, leurs implantations dans les différents pays permettent de proposer à leur clientèle de réaliser rapidement et à distance des montages transnationaux complexes. Il n'est donc pas anodin de constater que la montée en puissance de ces grands réseaux de prestation de services est relativement corrélée avec le développement des stratégies juridiques des acteurs de terrain.

16. Mais l'interaction entre concurrence normative et stratégies juridiques n'est pas univoque, car il faut reconnaître que ce développement de l'« intelligence juridique » des entreprises alimente indirectement le mécanisme de compétition entre les systèmes juridiques nationaux et régionaux.

II. Les stratégies juridiques alimentent la concurrence normative

17. Comme le décrit Ségolène Barbou des Places, le modèle de la concurrence normative « met en évidence le processus par lequel les régulateurs (ou autorités titulaires du pouvoir normatif) élaborent des réglementations ou régulations en fonction des demandes des destinataires de ces régulations et normes juridiques (particuliers, entreprises) et en fonction de leurs compétiteurs (les autres régulateurs ou autorités normatives) »¹².

18. Il est donc possible de considérer que sur un marché donné et s'agissant d'un sujet juridique particulier, des stratégies juridiques bien menées par des acteurs déterminés peuvent influencer suffisamment les autorités normatives afin de les conduire à adopter des dispositifs juridiques différenciants (et qui, donc, vont faire jouer la concurrence normative).

19. Les exemples sont, là encore, assez nombreux. On pense naturellement en premier lieu à toutes les politiques de niches fiscales, qui répondent au souci de catégories particulières de contribuables de voir leurs intérêts pris en compte de

11. DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Paris, Éditions du Seuil, 1994, p. 210.

12. BARBOU DES PLACES (S.), *op. cit.*, p. 37.

manière à les inciter à investir (ou à ne pas désinvestir) sur certains territoires ou dans certains secteurs. La conséquence en est – y compris au sein même de l'Union européenne – une sévère « concurrence fiscale » (que certains appellent même un « dumping fiscal ») qui peut se définir comme « la compétition non coopérative entre une pluralité d'acteurs publics, cherchant à améliorer l'attractivité de leur territoire pour les acteurs économiques par une fiscalité avantageuse, dont le produit doit néanmoins leur permettre de financer leurs politiques »¹³.

20. Mais on peut constater dans d'autres domaines ce phénomène par lequel la pression des stratégies des firmes peut pousser les systèmes juridiques à exacerber leurs avantages comparatifs, au point de constituer ce qu'un auteur a pu appeler – à propos des réglementations nationales relatives aux prix de transfert – un « droit de l'attractivité »¹⁴. Ce domaine de l'encadrement des prix de transfert pratiqués au sein des groupes internationaux est effectivement une illustration non seulement de la manière dont une réponse normative s'articule pour faire face aux pratiques des acteurs du marché, mais aussi du fait que ce mécanisme d'attractivité « nécessite une interaction entre les stratégies des sociétés transnationales et les politiques publiques »¹⁵.

21. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, on peut citer la directive communautaire du 11 mars 1996 qui a institué un « droit *sui generis* » au profit des producteurs de base de données¹⁶. Ajoutant ainsi à la possibilité de protéger par le seul droit d'auteur les bases de données ayant une structure originale (ce que la Convention de Berne ainsi que la plupart des jurisprudences nationales admettent indirectement), ce droit permet au producteur d'une base de données d'obtenir une protection privative, alors même que cette base ne constituerait qu'une compilation triviale, à condition qu'il puisse justifier avoir consenti des investissements substantiels pour sa constitution ou son entretien. Ce faisant, cette innovation juridique purement européenne s'est inscrite en rupture vis-à-vis de la doctrine et de la jurisprudence nord-américaines (laquelle rejette définitivement – depuis l'arrêt *Feist* de la Cour suprême en 1991¹⁷ – la possibilité de protéger un travail non original pour le seul motif qu'il a nécessité un effort de son concepteur)¹⁸. Et l'on peut estimer que ce choix de politique

13. Voy. notamment BRACHET (A.) et VERDIER (A.), « Entre concurrence et convergence fiscale, quel projet européen ? », *Questions d'Europe*, n° 39, Fondation Robert Schumann, 25 septembre 2006.

14. SNOUSSI (M.), « Les stratégies juridiques des sociétés transnationales : l'exemple des prix de transfert », *RIDE*, 2003, p. 445, citant lui-même MICHALET (Ch.-A.), *La séduction des nations, ou comment attirer les investissements*, Paris, Economica, 1999.

15. SNOUSSI (M.), *op. cit.*, p. 445.

16. Dir. 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.C.E.*, L 77 du 27 mars 1996, pp. 20-28.

17. *Feist Publications v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991).

18. Sur l'opposition entre les approches communautaires et américaines, voy. notre article, WARUSFEL (B.), « La protection des bases de données en question : un autre débat sur la propriété intellectuelle européenne », *Propriétés intellectuelles*, n° 13, octobre 2004, pp. 896-906.

législative résulte à la fois des efforts des industriels européens du secteur du traitement de l'information (soucieux de renforcer leurs positions face à leurs concurrents nord-américains)¹⁹ et de la volonté de la Commission européenne de créer un « marché européen des services d'information »²⁰ et de trouver un nouveau support juridique à la protection de ces services d'information alors que différentes décisions semblaient rendre impossible la protection par le seul droit d'auteur²¹.

22. Les processus de normalisation technique peuvent aussi devenir un terrain de développement pour des stratégies juridiques d'entreprise visant à l'adoption de normes nationales ou internationales susceptibles de leur donner des avantages comparatifs vis-à-vis de leurs concurrents. Didier Danet a bien montré en quoi la normalisation peut être un processus de production du droit intermédiaire entre les caractéristiques des systèmes de droit légiféré et de droit spontané²². Mais les avantages qu'il détecte dans ce type de processus ne le protègent pas d'une exploitation opportuniste par une entreprise disposant d'une position forte sur le marché ou par un groupe d'entreprises sectoriellement homogènes.

23. Certains travaux mettent, par exemple, en évidence les possibilités d'utilisation stratégique des forums de normalisation en matière d'environnement²³. Une des stratégies majeures en la matière serait d'augmenter le coût des concurrents en imposant une certaine norme²⁴. Cela aurait ainsi été le cas en matière forestière, lorsque les groupes papetiers scandinaves ont réussi, par une convergence d'intérêts avec les associations et les ONG écologistes, à imposer un standard de certification forestière durable qui s'est traduit par « une augmentation des coûts de production (au mieux), ou une disqualification (au pire) pour tous ceux qui n'atteignaient pas les standards "écologiquement exemplaires" en usage sous ces latitudes nordiques. Les normes environnementales ont servi de

19. Sur la présence d'actions de lobbying tout au long du processus d'adoption de la directive, voy. REICHMAN (J.H.), « Database Protection in a Global Economy », *RIDE*, 2002/2-3, t. XVI, p. 464.

20. Voy. le livre vert de la Commission de 1988, *Le droit d'auteur et le défi technologique - Problèmes de droit d'auteur appelant une action immédiate*, COM(88) 172, juin 1988, p. 205.

21. Voy. notamment HUGENHOLTZ (B.), « Implementing the European Database Directive », in *Intellectual Property and Information Law - Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*, KABEL (J.C.) & MOM (G.J.H.M.) Dir., Kluwer Law International, 1998, pp. 183-200 (qui insiste sur le facteur déclencheur qu'a pu jouer l'arrêt de la Cour suprême néerlandaise rendu dans l'affaire *Van Dale v. Romme* du 4 janvier 1991).

22. DANET (D.), « Entre droit spontané et droit légiféré : la production du droit par la normalisation », *Economie publique - Études et recherches*, 2001/1, n° 7, pp. 83-101.

23. BEN YOUSSEF (H.), GROLLEAU (G.) et JBSI (K.), « L'utilisation stratégique des instances de normalisation environnementale », *RIDE*, 2005, pp. 367-388.

24. *Ibid.*, pp. 376-379.

cordon protecteur pour assurer habilement pendant quinze ans la prospérité des filières de bois suédoises et finlandaises »²⁵.

24. À la charnière entre les stratégies juridiques privées d'entreprises et leur capacité à influencer sur le processus public de décision de manière à alimenter la concurrence normative, se trouvent les pratiques de lobbying. Ces activités d'intermédiation sont aujourd'hui de mieux en mieux identifiées institutionnellement et font l'objet d'études du point de vue de la science politique mais aussi parfois de l'économie du droit ou des sciences de l'information²⁶.

25. On sous-estime en revanche la dimension juridique de ces modes d'influence. Or, celle-ci nous paraît doublement présente. D'une part, l'objectif final de la prestation de lobbying vise à l'adoption par l'autorité compétente d'une règle juridique de référence (loi, directive, règlement, décision,...) et sa réalisation passe par une participation indirecte mais active des lobbyistes à la rédaction de la future norme (notamment par le biais de propositions d'amendements ou de la transmission de notes juridiques). D'autre part, le recours à une possible action contentieuse (soit pour faire évoluer la règle actuelle que l'on veut modifier, soit comme menace pour tenter d'annihiler la norme nouvelle si elle n'était pas conforme au but stratégique poursuivi) est de plus en plus souvent pris en compte²⁷. La doctrine américaine a ainsi modélisé, dans une perspective de *common law*, le processus par lequel des actions contentieuses peuvent aboutir au final à une modification de la législation : dans une première étape, une partie à un procès obtient un résultat inattendu ou rompant avec la jurisprudence antérieure ; dans un second temps, la connaissance de cette décision incite d'autres plaideurs à copier la même stratégie contentieuse ; enfin – si d'autres parties intéressées n'arrivent pas à rétablir le statu quo –, dans un dernier temps, l'autorité normative modifie la règle écrite pour s'aligner sur cette évolution de la jurisprudence²⁸.

25. D'ANTIN DE VAILLAC (D.), « L'enjeu de la fabrication des normes environnementales au niveau international », *Cahiers de la sécurité*, n° 3, janvier-mars 2008, qui renvoie également à LAMBERG (J.-A.), NÄSI (J.), OJALA (J.) et SAJASALO (P.), *The evolution of competitive strategies in global forestry industries : Comparative Perspectives*, Dordrecht (P.B.), Springer, 2006.

26. Parmi quelques travaux récents sur ce thème dans la production française (encore peu fournie, il est vrai), on peut citer : BERNY (N.), « Le lobbying des ONG internationales d'environnement à Bruxelles. Les ressources de réseau et d'information, conditions et facteurs de changement de l'action collective », *Revue française de science politique*, 2008/1, vol. 58, pp. 97-121 ; DEMORTAIN (D.), « Le lobbying à Bruxelles, ou la politisation comme métier (observation) », *Terrains & Travaux*, 2005/1, n° 8, pp. 34-52 ; GROSSMAN (E.) et SAURUGGER (S.), « Les groupes d'intérêt français : entre exception française, l'Europe et le monde », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 11, n° 4, 2004, pp. 507-529 ; RIVAL (M.), « Le lobbying : une stratégie collective des entreprises face aux pouvoirs publics – Le cas français », *Journée de recherche AIMS*, Montpellier, 2004 (accessible sur le site hal.archives-ouvertes.fr).

27. Sur ce deuxième aspect plus particulièrement, voy. MICHEL (H.), « Pour une sociologie des pratiques de défense : le recours au droit par les groupes d'intérêt », *Sociétés Contemporaines*, 2003, n° 52, pp. 5-16.

28. LOPUCKI (L.M.) et WEYRAUCH (W.O.), « A Theory of Legal Strategy », *Duke Law Journal*, vol. 49, n° 6, avril 2000, pp. 1473-1474.

26. À notre sens, il convient de ranger ces actions de lobbying et d'influence juridiques – y compris dans leur dimension contentieuse –, qui mobilisent d'importantes ressources juridiques, parmi l'arsenal des moyens de ce que nous appelons « l'intelligence juridique ». Là encore, l'identification des opérateurs intermédiaires n'est pas sans intérêt. Comme le remarque Hélène Michel, « il s'agit souvent des mêmes cabinets de consultants qui proposent indifféremment de mener des actions auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes et de faire du lobbying auprès des fonctionnaires, commissaires et parlementaires européens ; de même, ces individus cumulent souvent les titres de "lobbyiste", de "juriste d'affaire" voire "d'avocat" ou, à défaut, ils savent trouver des alliés compétents pour continuer la lutte politique sur le terrain juridique »²⁹.

27. De même, il est intéressant de relever que les instances représentatives de la profession d'avocat (le CCBE, Conseil des barreaux européens, et, en France, le Conseil national des barreaux) se sont récemment prononcées officiellement en faveur de la compatibilité des fonctions de lobbyiste avec celle d'avocat. Le rapport adopté par le Conseil national des barreaux en septembre 2008 conclut notamment que « les règles internes applicables à l'avocat français ne lui interdisent pas l'exercice d'une activité de représentant d'intérêts ou lobbyiste » et que « le code de conduite imposé par la Commission européenne en cas d'inscription sur le registre peut être intégralement respecté par les avocats français sans que soit porté atteinte à leur déontologie propre »³⁰.

28. On peut donc considérer que l'expression active des stratégies juridiques des entreprises (non seulement par la voie contentieuse, mais aussi par des pratiques de collaboration juridique et d'influence auprès des autorités normatives) peut – si elle bien coordonnée – alimenter la créativité des différents systèmes juridiques nationaux ou régionaux qui sont de plus en plus à l'écoute des destinataires de leur droit. Il n'y a donc pas, selon nous, de contradiction théorique ou pratique entre stratégies juridiques et concurrence normative.

29. En revanche, cette interaction circulaire entre les deux phénomènes nous paraît produire à terme une forte incitation à l'harmonisation juridique.

III. Une forte incitation à l'harmonisation juridique

30. Si l'interaction entre les stratégies juridiques et la concurrence normative paraît boucler sur elle-même en un mouvement circulaire perpétuel, il semble

29. MICHEL (H.), *op. cit.*, p. 9.

30. CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX, *Avocat français et lobbying*, Rapport adopté par l'Assemblée générale du CNB des 12-13 septembre 2008 (accessible sur le site www.cnb.avocat.fr).

pourtant qu'à y regarder de plus près, l'ensemble prend plutôt une forme spiralee et ascendante, c'est-à-dire que le processus engendre progressivement un rapprochement des normes et pousse à leur harmonisation au niveau transnational, régional et international.

31. C'est bien évidemment ce dont la pratique européenne rend déjà largement compte, mais on peut penser que ce mouvement de convergence juridique va prendre une ampleur de plus en plus grande au niveau mondial, sans pour autant que cela soit forcément gage d'un droit commun équitable et efficace.

32. Il n'est pas dans notre propos de détailler ici les nombreux travaux contemporains qui sont consacrés à cette thématique de l'harmonisation internationale des droits, voire de la mondialisation du droit. Mireille Delmas-Marty voudrait fonder le droit mondial qu'elle appelle de ses vœux sur un croisement entre les droits de l'homme et le droit économique³¹, tandis que d'autres approches, plus fortement critiques, dénoncent les contradictions, voire les risques d'hégémonie et de manipulation, que peut cacher une mondialisation libérale des systèmes de droit³². De leur côté, les communautaristes décrivent parfois le processus d'intégration du droit communautaire comme une forme de « régionalisation du droit »³³.

33. Contentons-nous d'apprécier comment il nous paraît possible de concilier l'existence d'une forte concurrence normative stimulée par des stratégies juridiques opportunistes avec le développement de ces processus d'harmonisation transnationale.

34. La première hypothèse que l'on peut formuler est que la concurrence entre normes et entre régulateurs va tendre souvent à ce que dans un domaine juridique déterminé, un modèle devienne dominant et suscite le choix préférentiel des opérateurs. Comme le résume justement Christine Pochet lorsqu'elle présente les arguments des défenseurs de la concurrence normative : « la concurrence favorise l'émergence de règles qui sont en adéquation avec les besoins de leurs destinataires. Elle stimule également l'expérimentation et l'innovation juridique en vue de parvenir à des règles efficaces. Enfin, en suscitant des mécanismes de révélation des préférences et de comparaison de solutions alternatives, elle favorise la diffusion, entre juridictions, de l'information relative aux règles de droit les plus efficaces. Sur le long terme, la concurrence des systèmes juridiques est censée promouvoir une convergence des droits nationaux car les États concurrents sont incités à imiter les règles qui ont obtenu la faveur des « consommateurs »³⁴.

31. DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Editions du Seuil, 1998.

32. Voy., notamment, SALAH (M.-M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, P.U.F., 2002.

33. « Qu'on le veuille ou non, le droit communautaire a doté le monde d'une nouvelle "région juridique" » (BERGÉ (J.-S.), *op. cit.*).

34. POCHET (C.), « Fédéralisme, droit des sociétés et gouvernance d'entreprise : quelles leçons l'Europe peut-elle tirer de l'expérience américaine ? », *RIDE*, 2006, pp. 308-309.

35. Ce phénomène peut notamment favoriser l'importation dans les différents droits nationaux ou régionaux des meilleurs instruments juridiques identifiés par la pratique internationale des affaires. On peut ainsi penser que la création par la loi du 10 juillet 1994 de la société par actions simplifiée (SAS) constitue un bon exemple de ce processus de convergence par lequel on modifie la règle antérieure afin de parer aux effets d'éviction par une norme concurrente préférentielle. Il s'agissait en l'espèce de décourager l'implantation hors des frontières des holdings d'entreprise, en instituant dans le droit français des sociétés un cadre aussi souple et attractif que l'étaient les statuts en vigueur dans certains autres pays européens (comme les NV néerlandaises, notamment). Et il en va de même, dans son principe, pour la récente introduction en droit français du contrat de fiducie par la loi du 19 février 2007, qui vient doter notre droit d'un dispositif supposé aussi attractif que celui du « trust » anglo-saxon et qui pourrait d'ailleurs permettre à la France de ratifier désormais la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance³⁵.

36. Selon un processus différent mais aboutissant à un résultat qui se veut aussi efficient et harmonisé, l'adoption de certaines directives communautaires revient à introduire dans chaque droit national un ensemble d'instruments juridiques issus d'une sélection des meilleures pratiques nationales. En matière de lutte contre la contrefaçon, par exemple, la directive du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle a généralisé l'emploi au sein de l'Union de techniques procédurales existant déjà dans l'un ou l'autre des États membres. C'est ainsi qu'un mécanisme proche de la saisie-contrefaçon d'inspiration française a été généralisé par son article 7, tandis que l'article 8 instaure pour sa part un droit d'information sur l'origine et les circuits de distribution des marchandises qui s'inspire des droits allemand et belge en la matière³⁶. Dans le même domaine et à un autre niveau, l'adoption par tous les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) des accords ADPIC signés en 1994 a marqué un certain ralentissement de la concurrence normative entre les différents droits de la propriété intellectuelle (notamment entre les pays du Nord et du Sud, et entre le modèle européen et le système américain) au profit d'une harmonisation mondiale minimale imposant à tous un standard de protection de base.

37. Cette réduction progressive des effets de la concurrence normative au profit d'une harmonisation sélective n'est pas uniquement le fruit de politiques étatiques favorables à la mondialisation des règles de droit. Elle obéit aussi, semble-t-il, à une évolution progressive des stratégies juridiques privées.

35. Voy. WITZ (C.), « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au *trust* », *D.*, 2007 p. 1369.

36. Dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L 195 du 1^{er} juin 2004, p. 16.

38. Les entreprises privées (et au premier rang desquelles on trouve les groupes transnationaux) ne se cachent pas pour s'affirmer généralement comme de ferventes partisans des processus d'harmonisation régionale et mondiale. Cette prétention est parfois mal jugée, car elle peut être interprétée comme une forme de marchandisation du droit : « admettre l'idée qu'un système juridique s'exporte d'autant mieux qu'il est conforme aux intérêts des utilisateurs les plus puissants, c'est déjà admettre la substitution d'intérêts privés à l'intérêt général »³⁷.

39. Mais lorsque l'entreprise accepte d'abandonner ses stratégies de différenciation qui jouent sur les différentiels de normes pour œuvrer à l'harmonisation juridique, elle le fait le plus souvent au nom d'un intérêt encore plus fort à moyen terme : celui de la recherche d'une plus grande sécurité et prévisibilité juridiques.

40. Lors du colloque au Sénat « Droit des affaires et justice en Europe » en février 2000, Denis Kesler, alors vice-président du MEDEF, s'était exprimé sur ce point avec une particulière clarté : « L'instabilité juridique est d'après moi la pire des situations. (...) Au Medef, nous souhaitons une très forte stabilité des règles juridiques et fiscales, après les avoir modifiées comme nous le souhaitons. Stabilité ne veut pas dire immobilisme. Que nous soyons écoutés, que nous apportions des changements à ces règles et qu'ensuite il n'y soit plus touché me semble être la voie de la vertu. (...) Véritablement, je crois qu'il faut penser, au-delà de l'eurocompatibilité, à une forme de compatibilité mondiale. Ce sera la conclusion que j'aimerais tirer, de façon à pouvoir, demain, envisager un cadre environnemental juridique, social et fiscal qui prépare la liberté des échanges, de l'implantation et la liberté financière »³⁸.

41. On retrouve dans ces quelques phrases tous les éléments de l'interaction que nous étudions : la stratégie juridique pour obtenir une modification favorable de la norme applicable, la prise en compte par l'autorité normative de la demande des utilisateurs du droit économique et, *in fine*, le dépassement de la concurrence normative par une harmonisation supranationale, seule capable d'apporter à terme aux entreprises un haut niveau de stabilité et de sécurité juridiques.

42. Dans ce contexte, il serait faux d'imaginer que les stratégies juridiques cessent d'exister. Tout au plus, peut-on considérer qu'elles changent de forme et d'objectifs. Là, en effet, où les stratégies juridiques privées consistaient souvent en des pratiques de contournement ou de substitution, on devrait voir se développer

37. DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, op. cit., p. 23.

38. KESSLER (D.), cité in MARINI (P.), « Comment les entreprises intègrent-elles désormais dans leur stratégie les contextes juridiques dans lesquels elles évoluent ? », *Les Petites Affiches*, 13 juillet 2000, n° 139, p. 51.

surtout des stratégies d'adaptation destinées à tirer le meilleur profit des processus d'harmonisation.

43. Un dernier exemple, à nouveau pris dans le champ fécond de la propriété intellectuelle, peut nous aider à comprendre ce retournement. En octobre 1998, le Congrès américain adopta le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) of 1998*, loi rallongeant de vingt ans la durée des droits patrimoniaux des auteurs³⁹. Ce texte accédait directement aux demandes pressantes des titulaires de droit de l'industrie américaine du divertissement, à tel point qu'on le surnomme souvent le « Mickey Mouse Protection Act » (puisque'il a eu pour effet de proroger la durée d'exploitation privative des premiers dessins animés de Mickey)⁴⁰. Mais cet exemple est d'autant plus intéressant qu'en l'espèce, il s'agissait aussi pour les firmes américaines d'inciter le Congrès à rattraper l'avance qu'avait prise l'Union européenne en adoptant quelques années auparavant la directive du 29 octobre 1993 qui reportait déjà la durée de protection jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur.

44. Dans ce cas, la stratégie ne visait plus la différenciation à tout prix par rapport à un autre système normatif, mais simplement à répondre à la concurrence normative instaurée par l'initiative communautaire en recherchant une harmonisation transatlantique de cette question de la durée des droits d'auteur.

45. En conclusion, il nous semble clair que les moyens du droit sont devenus, pour le meilleur et pour le pire, des instruments de pouvoir ou d'attractivité dont les acteurs publics et privés se partagent le contrôle et la mise en œuvre au gré de leurs intérêts économiques, sociaux ou politiques. Les interactions réciproques en sont multiples et leur décryptage dépasserait largement le cadre de cet article. Mais leur complexité induit nécessairement, pour celui qui veut en tirer profit, le développement parallèle d'une véritable intelligence juridique que l'on peut définir comme l'ensemble des techniques et des moyens permettant à un acteur de connaître l'environnement juridique dont il est tributaire, d'en anticiper les évolutions, d'agir sur son évolution et de pouvoir utiliser les instruments juridiques disponibles pour réaliser ses objectifs stratégiques.

46. L'Union européenne, avec son processus d'intégration et d'harmonisation dans la diversité, doit devenir un laboratoire privilégié de cette intelligence juridique collective qui permettra de construire, à partir du croisement des stratégies privées et publiques, un véritable espace de droit et de liberté.

39. US Public Law 105-298, 27 octobre 1998.

40. Pour une analyse critique de ce processus d'extension continue des droits des créateurs, qui relève explicitement les interventions de l'industrie des loisirs et particulièrement de la Walt Disney Corporation, voy. LANDES (W.L.) et POSNER (R.A.), « Indefinitely Renewable Copyright », *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, n° 2, 2003, pp. 483 et 491-492.

