

Mondialisation et sources du droit

par Mafalda Miranda Barbosa

(Professeur à la Faculté de Droit de Coimbra)

Question 1 :

La mondialisation n'est pas un concept juridique, comme on peut le lire dans le questionnaire qui nous a été adressé, mais un état de fait qui est susceptible de produire des effets sur la manière dont le droit est élaboré dans l'ordre juridique nationale.

Un des effets que cette réalité dynamique produit est l'émergence d'autres sources de droit, en tant que forme de constitution de la normativité juridique, différents des classiques sources de droit. Elles n'ont pas la même légitimité et elles n'ont pas la même force obligatoire.

I – Normes d'instances internationales ou globales

Tout d'abord, nous devons considérer les sources formelles du droit international.

Dans l'ordre juridique portugais, sont en vigueur, conformément à l'article 8° CRP, de nombreuses sources du droit international: les normes et les principes du droit international général ou commun fait partie intégrant de l'ordre juridique national ; les normes des conventions internationales ratifiées ou approuvées sont en vigueur dans l'ordre juridique interne depuis leur publication en tant qu'elles sont obligatoires pour l'État portugais ; les normes édictées par les organismes de las organisations internationales auxquels Portugal est partie sont en vigueur dans l'ordre juridique national, en tant que on est prévue dans les traités constitutifs respectifs ; les dispositions des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne et les normes émanant par ses institutions dans l'exercice de leurs pouvoirs sont en vigueur dans l'ordre juridique national, selon le droit de l'Union, dans le respect des principes fondamentaux de l'État de droit démocratique.

En ce qui concerne le droit communautaire, la compréhension généralisée de la doctrine c'est que, lorsque originaire, à savoir, ce qui résulte des traités fondateurs, il a une valeur supraconstitutionnelles ; et que, lorsque dérivé, il a une valeur infraconstitutionnelles.

Toutefois, l'État portugais s'oblige, devant l'Union européenne, à transposer et à appliquer les dispositions communautaires. Par rapport à les directives, si l'État portugais

ne les transpose pas, les particuliers peuvent invoquer directement son contenu (effet horizontal direct des directives). C'est une garantie d'harmonisation législative dans le contexte européenne.

II – *Codes de Conduite recommandés ou suggérés par les instances internationales*

Le fait que le Portugal est membre de l'Union européenne a d'autres conséquences.

Numéraux résolutions et décisions conduire l'État à adopter des mesures, dont certaines sont particulièrement importantes. Considérons, par exemple, la Résolution du Comité des ministres, adoptée lors de la réunion du 6 septembre de 1997, comportant des principes relatifs aux combats à la corruption. Entre autres, les principes incluant la nécessité d'élaborer des codes de conduite qui déterminent un comportement qui est espéré des agents publics. En 2000, une Recommandation du Comité des ministres a été approuvée sous cette matière. Au même temps, a été approuvée une Convention contre la corruption – Convention de Merida des Nations Unies. Portugal a été lié à l'approbation de un guide sur les obligations de conduite des fonctionnaires et agents publics.

III – *Recommandations d'organismes internationaux*

En tant que membre d'autres organisations internationales, comme le OCDE, les Nations Unies, l'État portugais se soumette à leurs dispositions et aux recommandations que les organes qu'ils ont créés sont amenés à formuler.

Il existe de nombreuses et sous nombreux matières : l'exécution du budget, le recouvrement des impôts, la coopération entre les États, l'éducation, la protection des malades, des enfants et des anciens, *inter alia*. Certains ne supposent pas force impératif. Nonobstant, elles influencent la législation nationale et font pression sur l'État portugais à légiférer sur certaines questions et atteindre certains objectifs. C'est pourquoi numéraux lois, dans leurs préambules, faisant référence à ces sources non formelles de droit.

IV – *Normes techniques e normes juridiques émises para organisations international en matière financière et bancaire*

Il y a aussi numéraux normes techniques que, édictées par des organismes publics et privés au niveau international, génèrent effet impératif aux niveaux interne.

Par exemple, les normes du comité de Bâle relatifs aux matières bancaires et financières. Les banques portugais sont liées à satisfaire certains règles concernant les ratios de fonds. Ces règles sont aujourd'hui plus strictes, relativement à la qualité de ceux-ci et leur propension à absorber les pertes ; à les niveaux d'endettement des banques qui sont assujetties à des limites quantitatives ; et à création de réserves propres. Notez, cependant,

que Portugal est lié à ces règles par la voie de la législation communautaire. La Directive 2013/36/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 – CDR IV (*Capital Requirements Directive*), relatif à la nécessité de les établissements de crédit sont protégés avec le capital, en termes de qualité et de quantité, suffisamment pour être en mesure d'absorber les chocs et les crises de liquidité dans le système financier, a été transposée pour l'ordre juridique portugais ; et le règlement (CE) n. 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 – CRR (*Capital Requirements Regulation*) –, qui définit les exigences prudentielles et les règles de calcul nécessaires à l'établissement de niveaux minimaux de fonds propres applicables aux établissements de crédit, est autre des instruments réglementaires par excellence dans ces domaines. Parallèlement, les banques portugaises sont actuellement sous la supervision directe de la Banque centrale européenne, raison pour laquelle il faudrait adapter leurs pratiques à une série de règles internationales qui les insèrent sur le système financier mondial.

V – La notation de crédit et l'évaluation de la solvabilité des débiteurs

Dans ce domaine, c'est important de considérer le rôle que les agences de notation de crédit prennent aujourd'hui dans le contexte des marchés financiers.

Leur puissance est celle d'un privé. Malgré cela, la notation de crédit qu'ils accordent à une institution financière particulière peut être déterminant pour l'avenir de la même. C'est pourquoi il y a la tendance pour conformer la conduite des institutions financières en accordance avec les recommandations dictées par les agences de notation. Cette idée est également centrale par l'État portugais, en ce qui concerne la notation de crédit de la dette souveraine, surtout parce que la Banque Centrale Européenne peut acheter des obligations d'État seulement si, au moins, une des agences de notation partenaires ne avait pas attribué une notation de crédit sous un certain seuil.

L'influence des organisations internationales au sein du système juridique portugais, en passant, a été ressentie avec une précision croissante à partir du moment où le Portugal est entré dans un programme d'aide financière. Cette programme implique évaluations périodiques par les créanciers, qui ne sont pas limités à contrôler les budgets préparés et l'exécution du budget, mais imposent des objectifs et déterminent des lignes directrices en vue d'adopter certaines mesures dans des secteurs stratégiques, afin de rendre l'économie portugaise plus compétitive. Fait intéressant, ces données nous montrent que plus d'un phénomène de la mondialisation avec reflexes dans le système juridique portugais, nous assistons à une perte progressive de la souveraineté nationale, avec des graves conséquences dans l'ensemble social et juridique.

VI – *Autres normes techniques*

Portugal est également lié par des normes techniques, telles que les normes ISO, ICANN, IFRS, édictées par l'IASB, ainsi que de nombreuses normes en matière alimentaire, médical, environnemental, relatif à la protection du consommateur, *inter alia*.

VII – *Décisions juridictionnelles non nationales*

En outre, l'État portugais s'oblige par les décisions rendues par les tribunaux internationales.

Nous parlons non seulement des arrêts de la Cour européenne de justice, comme des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, à laquelle quelque personne peut faire appel si lésé par l'État portugais ou toute entité de l'Etat au motif de violation d'un droits énoncés dans la Convention européenne des droits de l'homme.

Les tribunaux portugais ne sont pas liés par les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, mais les décisions de ces tribunaux peuvent être indirectement contrôlées par cette Cour, car, si un leurs arrêt remise en cause un droit prévue à la Convention européenne des droits de l'homme, l'État portugais peut être condamné.

Il est à noter, cependant, que, souvent, l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme rend les droits en question ne correspond pas à ce qui semble être la meilleure interprétation des droits de la personnalité.

VIII – *Droit comparé*

Une influence particulièrement importante que le contexte international exerce sur le système juridique portugais résulte des études de droit comparé. Depuis toujours, la doctrine portugaise a tient son engagement à accéder aux contributions de la doctrine étrangère, à savoir la doctrine française, allemande et italienne. Il y a des domaines normatifs où l'influence est particulièrement forte. Par exemple, dans le Droit Civil, le Code civil portugais suit la systématique et beaucoup de solutions consacrées dans le BGB, malgré le caractère novateur qui dispose, dans certains aspects, notamment en matière de droits de la personne. Et même dans le passé, bien que le Code de 1867 a été l'œuvre d'un seul homme - Viscount Seabra - et, comme tel, refléter les particularités de leur pensée, en essayant le syncrétisme entre la pensée de Kant et Kruse par influence de Vicente Ferrer Neto Paiva, il a été influencé clairement par le code Napoléon.

Au-delà s de la connaissance de la doctrine étrangère, que chaque auteur portugais engage dans leurs études, il y a, aussi, études de droit comparé institutionnalisée.

Portugal, grâce à les spécialistes nationaux, fait partie des groupes institutionnalisés de droit comparé, qui, en raison de leurs travaux, ont publié des documents normatifs

d'importance significative, comme les *Principles of European Tort Law*, os *Principles of European Contract Law* e o *Draft Common Frame or Reference*. Ces sont précieux documents de droit privé qui servent d'auxiliaires pour mettre en évidence les lignes de continuité et de dissemblance aux différents systèmes juridiques européens¹. En même temps, ils servent de source d'inspiration pour toutes les réformes législatives nationales et de modèle pour que les particulières établissent leurs propres contrats²⁻³. Mais, les préceptes fait allusion sont *soft law*, et non compris les États membres.

Au niveau de l'Etat il y a aussi des préoccupations avec la bonne connaissance du droit des autres Etats. Certaines initiatives législatives ont été même déterminées par l'influence que le droit étranger a sur le législateur. Cet n'est pas toujours positive, puisque ignorent souvent le contexte social spécifique dans lequel les règles adoptées doivent être appliquées.

IX – Instruments contractuels d'harmonisation du régime normatif applicable

Dans le plan privé, les sujets ont souvent recours aux contrats-type des organismes tels que l'ISDA, sur les produits dérivés, ou que la CCI, sur l'arbitrage. C'est signifie que, grâce à la puissance de l'autonomie privée, se opère une harmonisation au niveau mondial des clauses contractuelles e des clauses arbitrales.

Question 2 :

L'État portugais, à son tour, a tenté de s'adapter et a son droit au contexte de la mondialisation, avec ses contraintes et ses opportunités. Ainsi :

- a) Adopte certaines mesures juridiques visant à protéger les règles juridiques et les intérêts nationaux. Ces mesures incluent l'introduction de la clause anti-abus en matière fiscal. Elle vient permettre que l'administration fiscale annule les effets des certains contrats parfaites, quand le but de ce contracte est contourner les obligations fiscales.
- b) Il est considéré que les transactions conclues en fraude à la loi sont nuls parce qu'ils sont considérés comme des actes illicites. Nonobstant, la doctrine établi une

¹ DAVID HOWARTH, "The General Conditions of Unlawfulness", *Towards a european civil code*, Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA, Edgar du PERRON, Muriel VELDMAN (eds.), 3^a edição, Amsterdam, 2004, p. 607 e ss., p. 619.

² Christian VON BAR, "A Common Frame of Reference for European Private Law – Academic Efforts and Political Realities", cit., p.

³ Luisa ANTONIOLLI, Francesca FIORETINI (eds.), *A factual assessment of the draft common frame of reference by the common core evaluating group*, 2009, http://www.common-core.org/doc/CCoreDraftEvaluationDCFR_June2009_1.pdf, p. 17

distinction entre les situations dans lesquelles la norme est destinée à interdire un résultat particulier et les situations dans lesquelles la norme considère seulement interdit un moyen concret de parvenir à un résultat. Ainsi, seulement dans le premier cas, la transaction est nulle, comme explique Menezes Cordeiro⁴. Fait intéressant, cette notion de fraude à la loi est particulièrement mobilisée dans le cadre du droit international privé. Il est intéressant, aussi, considérer la clause de l'ordre public internationale, en vertu de laquelle les préceptes (de la loi étrangère) indiquées par la règle de conflit ne sont pas applicables, lorsque cette application viole les principes fondamentaux de l'ordre public de l'État portugais.

- c) Crée lois destinées à produire des effets extraterritoriaux, par exemple la loi relative à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (loi n. 25/2008). Cette loi impose, conformément à l'article 29^o, que les institutions financières adoptent les mesures équivalentes à celles prévues par la loi sur les devoirs d'identification, diligence, conservation et de formation par rapport à leurs succursales ou filiales établis dans un pays tiers, dans lesquelles détiennent une participation majoritaire. Si la législation de ces pays tiers ne permet pas l'adoption de ces mesures, les institutions financières doivent informer les autorités de contrôle respectives et de prendre des mesures supplémentaires pour prévenir le risque de blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.
- d) Compte tenu des recommandations formulées dans divers secteurs par plusieurs organismes internationales, l'État portugais a adopté diverses mesures au cours des dernières années, parmi lesquels se distinguent:
 - a. Mesures de correction des problèmes de recettes excessives dans le secteur de l'énergie;
 - b. Réformes du marché des produits, des services et des professions réglementées;
 - c. Réformes du secteur d'investissement immobilier et location d'immeubles ;
 - d. Mesures visant à accroître la transparence dans les marchés publics
 - e. Mesures visant à réformer le secteur judiciaire, comme la réforme de la carte judiciaire et des règles de procédure civile. A cette propos, il est particulièrement important de noter, également, la nouvelle loi sur

⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, II, *Parte Geral/Negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 2005

l'arbitrage volontaire (loi n.63/2011) et d'autres lois visant à encourager le recours à les moyens de résolution extrajudiciaire des conflits afin de rendre l'administration de la justice plus rapide et plus efficace au Portugal (par exemple, la nouvelle loi sur les moyens de résolution extrajudiciaire des conflits pour les litiges de consommation et la création d'une plateforme de résolution des différends en ligne).

- e) L'État a pris des mesures pour inciter l'acquisition par les étrangères de la nationalité portugaise. Dans ce contexte, il est particulièrement important le programme connu sous le nom « Vistos Gold ». L'ARI ou l'autorisation de résidence pour l'activité d'investissement est la possibilité d'investisseurs étrangers (ressortissants de pays tiers) requièrent un permis de séjour aux fins d'exercice d'une activité d'investissement en remplissant de certaines conditions, notamment le transfert de capitaux, la création d'emplois ou l'achat de biens immeubles. Il a également été créé le soi-disant Crédit Fiscal Extraordinaire à l'Investissement, c'est-à-dire, l'incitation fiscale à l'investissement pour les montants jusqu'à 5 M €, qui permettra, dans le régime de l'IRC (l'impôt sur les sociétés), la déduction à la collecte de 20% du montant investi, à condition qu'elle ne dépasse pas 70% du montant de cette collecte. Le Régime Fiscal d' Assistance à l'Investissement sera prolongée jusqu'en 2017 et, simultanément, la limite du bénéfice ira augmenter du courant de 25% à 50% de la collecte d'IRC. Les sociétés continuent à bénéficier jusqu'à 2017 des exemptions d'IMI (cinq ans pour les bâtiments de sa propriété qui constituant un investissement pertinent), IMT et les droits de timbre (dans ces cas, pour l'acquisition d'immeubles qui constituant un investissement pertinent).
- f) La doctrine a également posé des questions sur la pertinence d'adopter des clauses de stabilisation du droit national dans les contrats d'investissement. Ceci est une pratique courante dans les contrats dans le secteur pétrolier. Les auteurs portugais ont demandé s'il est possible, par exemple, introduire les clauses nationales de stabilisation en matière environnement, en raison du fait que les investisseurs ont peur non pas tant avec les systèmes juridiques où le les normes de protection de l'environnement sont élevés, mais dans lesquelles l'instabilité est le mot d'ordre⁵.

⁵ Cf. SUZANA TAVARES, "Algumas Reflexões sobre a Responsabilidade Ambiental no Sistema Jurídico do Investimento Estrangeiro", RISCO AMBIENTAL – ATAS DO COLÓQUIO RISCO AMBIENTAL 29 DE MAIO DE 2015 (SINDE MONTEIRO e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, coord.), Instituto Jurídico, Coimbra, 2015

