

DES JURIDICTIONS ÉCONOMIQUES EFFICIENTES EN CONCURRENCE

La mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux Handicap ou avantage pour les opérateurs économiques ?

Filip DE LY

Professeur à l'Université Erasmus de Rotterdam

Mesdames, Messieurs, je dois dire que pour ma part, je ne vois guère la différence entre l'harmonisation et l'unification. Nous dirons donc qu'il y a ce modèle d'une part « harmonisation – unification », et, d'autre part, le modèle traditionnel de coexistence des ordres juridictionnels nationaux, soit au moins 27 à l'heure actuelle.

Il faut quand même dire encore quelques mots sur l'unification ou l'harmonisation européenne puisque tout n'est pas bel et bien à cet égard. Et je vais vous donner quelques exemples. Je ne connais pas très bien la cuisine des institutions européennes, mais ce modèle d'unification présente quelques complexités.

D'abord, il y a les *opt out*. Il y a le problème du Danemark. On ne sait pas pour les nouveaux Règlements. On ne sait pas si la Grande-Bretagne va faire un *opt out* ou non, mais ça complique tellement les choses !

Ensuite, il y a le problème de la croissance continue de cette Union européenne avec maintenant 27 États membres, mais on ne peut pas exclure, à long terme, l'entrée dans l'Union d'autres pays comme la Turquie, la Serbie, la Croatie ; et il y en a beaucoup d'autres. Cela pose quand même un problème en ce qui concerne un des postulats de l'unification procédurale dans l'Union européenne. C'est le postulat qui a été mentionné ce matin de la confiance mutuelle, cette confiance qu'un jugement rendu en Écosse sera de même qualité qu'un jugement rendu en Grèce, en Roumanie ou en Espagne. Il s'agit d'un postulat. Je dirais même, il s'agit d'une religion ou d'une idéologie. C'est quelque chose que l'on ne peut pas prouver mais à laquelle nous voulons bien croire. Et la question est : pourra-t-on, dans cette Union croissante, continuer à opérer avec ce postulat de confiance mutuelle ?

Mais il y a d'autres problèmes : l'unification apporte-t-elle une amélioration du droit de la procédure ? Je vais vous donner un exemple qui concerne l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles ou de Lugano ou maintenant du règlement Bruxelles 1. Cette disposition, vous la connaissez tous, concerne une compétence alternative additionnelle pour le juge du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle en question. Eh bien, en ce qui concerne la Convention de Lugano ou de Bruxelles, il me fallait une heure afin d'expliquer à mes étudiants cette compétence du juge du lieu d'exécution de l'obligation en question. Maintenant qu'on a ajouté,

avec le règlement, un F, un 5, un A et un B, il me faut deux heures pour expliquer à mes étudiants quelque chose qui est quand même essentiel pour le monde des entreprises, c'est-à-dire la compétence.

Autre exemple, il y a dans ce même règlement une faute en ce qui concerne les contrats d'emploi, sur laquelle je ne m'étendrai pas. Mais pour la petite histoire, sachez que le représentant néerlandais faisait une pause toilette. À son retour, la discussion de cette disposition de l'avant-projet de règlement était terminée ! Et la faute est là, dans le règlement ! Le gouvernement néerlandais a demandé une modification du règlement pour rectifier cette erreur. Cela a été refusé. Reste donc un règlement avec une petite faute technique.

Dernier exemple : vous le savez tous – et je n'ai pas encore entendu ce mot aujourd'hui – il y a un mot qui est interdit dans l'Union européenne, c'est le mot « fédération », ou « États fédérés d'Europe ». Autant le dire tout de suite, je suis un grand partisan de ce mot interdit. Le mot « fédération » est interdit pour des raisons politiques. Nonobstant mes remarques critiques, je suis partisan d'une fédération européenne. La seule chose sur laquelle il faut bien s'entendre, c'est le périmètre du domaine réservé des États membres. C'est essentiel afin de calmer les craintes de souveraineté des États membres. Mais si on définit bien les domaines réservés des États membres, je ne vois pas d'obstacle à l'utilisation de ce mot interdit.

Ma dernière critique concernant le modèle d'unification est la suivante : vous avez entendu parler ce matin du règlement TEE, Titre exécutoire européen. Ce règlement a été arrêté le 21 avril 2004, soit exactement une dizaine de jours avant l'entrée de dix nouveaux États membres dans l'Union européenne. Et pourquoi a-t-on pris ce règlement si rapidement ? Afin de pouvoir l'imposer aux dix nouveaux États membres comme partie de l'acquis communautaire. Donc, vous voyez, s'il le faut, ça peut aller vite. Par contre, depuis 27 ans, on a la Convention de Rome en matière d'obligations contractuelles, droit applicable, convention extrêmement importante pour le milieu des affaires. Est-ce qu'on a déjà la transposition de cette convention dans un règlement ? Non ! On a le règlement Rome 2 – et mon ami Philippe Marchandise va en parler – mais on attend encore le règlement Rome 1. Et, s'il arrive avant la fin de l'année prochaine, j'en serais très heureux ! Il est vraiment scandaleux que la transposition, assez simple, d'une telle convention n'ait pas pu être faite nonobstant son importance. Quelle est sa position par rapport à la Convention de Rome ? Personne ne le sait. Un des plus grands spécialistes de droit international privé aux Pays-Bas a écrit un article avec toutes les références. Ce qu'il n'a pas vu c'est qu'il y a une Convention de Bruxelles qui étend la Convention de Rome aux dix nouveaux États membres qui sont entrés dans l'Union européenne le 1^{er} mai 2004. Et la raison est toute simple : cette Convention de Bruxelles ne se trouve pas sur le site internet de la Commission mais dans une banque de données du Conseil ; il faut donc bien savoir où regarder. Voilà donc mes critiques.

L'autre modèle, c'est la concurrence entre les États membres en matière de procédure civile. Et c'est là qu'on reparle du problème du *forum shopping*.

Le *forum shopping* a au moins deux sens : le sens traditionnel, où on fait le rapport avec les conflits de loi, où on dit : « bon, on va chercher – sur la base des règles de compétences internationales – un juge qui, en vertu de ses propres règles de conflit de loi, va appliquer un droit favorable à la position de la partie demanderesse dans une procédure ». Dans ce sens traditionnel, vous voyez immédiatement le rapport entre d'une part, l'unification des règles de compétence, les conflits d'autorité et, d'autre part, l'unification nécessaire par rapport aux règles de conflit.

Mais il y a le *forum shopping* dans un sens probablement beaucoup plus important, et dans un sens plutôt économique. Je vais vous soumettre un cas pratique pour identifier le problème. Il y a deux ans, un juriste d'entreprise qui travaillait pour une entreprise dans le secteur pharmaceutique, m'a appelé en me demandant : « Monsieur le Professeur, il y a des chefs de compétence qui nous amènent soit au Danemark, soit au Royaume-Uni. Où faut-il engager l'action, au Danemark ou au Royaume-Uni ? ». C'est un exercice de droit procédural comparé très difficile. Pendant une heure on a donc parlé de tous les aspects. Par exemple, les coûts. Sans doute il est bien meilleur marché de procéder au Danemark qu'au Royaume-Uni, vu le cours de la monnaie ou les honoraires des avocats en Angleterre. Mais il y a aussi des questions d'efficacité de la procédure. Par exemple, combien y a-t-il de degrés de juridictions ? Est-ce qu'il y a première instance, appel, cassation ? Ou est-ce qu'il n'y en a que deux, et peut-être des voies de recours plus limitées ? Faites vous-mêmes l'exercice ! Combien de temps va-t-il s'écouler en France, si on a le Tribunal de commerce par exemple, la Cour d'appel et la Cour de cassation ? Et bien, aux Pays-Bas, cela va prendre entre 4 et 7 ans suivant la complexité de l'affaire ; en Belgique, un peu plus de temps, en France probablement aussi, en Italie aussi. Eh bien, pour un tel contentieux au Royaume-Uni, les délais seront beaucoup plus courts, puisque les voies de recours sont beaucoup plus limitées. Cet exercice de droit de procédure comparée inclut d'autres possibilités. Il faut voir s'il y a des mesures provisoires. Et comme on le sait, par exemple, aux Pays-Bas, il y avait le référé provision – assez différent du référé provision qu'on connaît en France. Le référé néerlandais connaît l'encaissement en référé de factures non contestées pour le montant global et les intérêts de la facture. Un instrument très efficace qui était très fréquemment utilisé mais qui a été condamné par la Cour de justice européenne dans l'arrêt *Van Uden* que vous connaissez sans aucun doute. Autre exemple, on connaît les sanctions en Angleterre comme les *anti-suit injunctions* où un juge anglais peut interdire des procédures parallèles dans d'autres États membres ; attractive dans certains cas, cette position a été condamnée dans l'arrêt *Turner* de la Cour de justice de 2004. Et, affaire pendante à l'heure actuelle, en vertu du règlement est-il encore possible d'avoir des *anti-suit injunctions* par rapport à des procédures arbitrales ? C'est une autre affaire qui sera jugée probablement en 2008 par la Cour de justice européenne. Autre spécificité du droit néerlandais, c'est la possibilité d'avoir un témoignage provisionnel devant un juge, afin de tester son cas, de savoir si le témoignage est bon et est une bonne base pour entamer une procédure au fond. Cette procédure provisoire de témoignage provisionnel a aussi été condamnée en vertu du règlement 44 dans l'affaire *Paul Dairy Industries* en 2005. Et on pourrait continuer...

Tous les États ont, quelque part, probablement, des instruments de procédure qui peuvent être attractifs dans une procédure internationale. Deux derniers exemples : il est très facile d'obtenir une saisie conservatoire aux Pays-Bas. La seule contrainte est d'entamer une procédure au fond dans les 15 jours qui suivent la saisie conservatoire. Procédure qui n'est pas possible en Belgique par exemple, ou en France, je crois. En matière de preuve on peut aussi citer le *pre-trial discovery* en droit anglais.

Comme vous le voyez, il y a des avantages et des désavantages compétitifs dans différents centres juridictionnels nationaux. Ce modèle de concurrence présente donc des atouts mais aussi des risques. Pour une partie demanderesse, ce peut être un modèle beaucoup plus attractif que l'unification.

Il y a donc, me semble-t-il, des avantages et des désavantages en matière d'unification procédurale dans l'Union européenne. Mais il y a aussi des avantages correspondants et des désavantages correspondants à laisser les systèmes en concurrence. Et je crois que puisque ces deux modèles coexistent, il faut en profiter, et trouver une synthèse dans ce processus de coexistence.