

DES JURIDICTIONS ÉCONOMIQUES EFFICIENTES EN CONCURRENCE

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

Diego CORAPI

Avocat au Barreau de Rome, Professeur à l'Université La Sapienza

Je désire vous donner simplement le fruit d'une réflexion et une observation.

La réflexion c'est simplement la réponse à la question que le titre de cette séquence du colloque nous pose : « La mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux, handicap ou avantage pour les opérateurs économiques ? ». Bien sûr, la réponse est claire. C'est certainement un avantage, pour un opérateur économique, d'avoir le choix entre différents ordres juridictionnels nationaux en compétition.

La véritable question, à mon sens, est autre. Il faut, en effet, examiner non pas un, mais deux types différents d'avantages que les ordres juridictionnels nationaux sont prêts à offrir aux opérateurs économiques. Et je crois que l'expression de *forum shopping* qu'on emploie couramment est significative. Les opérateurs économiques, il faut le rappeler, ne cherchent pas seulement l'efficience de la justice. Ils cherchent plutôt avec leurs avocats, l'efficacité. Ils veulent obtenir un résultat favorable, que ce résultat soit obtenu de façon efficiente, ou d'une façon un peu moins efficiente.

Dès lors, le problème à l'heure actuelle, ce n'est pas de favoriser simplement le « shopping », afin d'offrir comme une marchandise, comme un produit, les différents ordres juridictionnels, mais c'est plutôt de veiller à ce que cette offre soit réalisée dans un cadre de valeurs et de principes communs, qui doivent être sauvegardés: la recherche de l'efficience ne peut pas porter atteinte à des valeurs fondamentales de la justice. Pour cela, naturellement, il faut avoir un certain tapis de base, une base de valeurs, de principes et des règles de procédure communs qui sont encore en train de se développer dans la Communauté européenne.

La question alors est de savoir si ce développement est suffisant pour éviter que la mise en compétition des différents ordres juridictionnels des pays européens ne produise des effets pervers. Nous apprécions d'avoir ce développement sans déclencher ce que aux États-Unis on a appelé un *rush to the bottom* : une course vers le bas. L'exemple de ce pays est, je crois, utile dans une vision de droit comparé : il est toujours intéressant de voir ce qu'on fait de l'autre côté de l'océan, pas nécessairement pour copier, mais pour acquérir de l'expérience. Aux États-Unis, on a des conditions de base, des sortes de règles du jeu social, communes. Cette nation

présente une communauté de langue, de culture, de tradition juridique, de valeurs sociales (mais il faut quand même rappeler qu'on l'a atteinte à l'issue d'une guerre civile qui a été l'une des plus désastreuses de l'Histoire). L'ordre juridique est basé sur une Constitution écrite (la plus ancienne entre les constitutions en vigueur à l'heure actuelle dans les différents pays du monde). Le cadre juridique qui s'en est suivi peut être défini comme une sorte de pluralisme coordonné entre la juridiction fédérale et les juridictions étatiques.

La nécessité de choix entre les différentes juridictions et la concurrence entre elles est donc dans ce pays une situation normale. On en discute beaucoup pourtant parce qu'on s'est justement aperçu que très souvent le choix amène à une sorte de *rush to the bottom*. On peut en donner trois exemples.

Premier exemple : le droit des sociétés. Le droit des sociétés aux États-Unis d'Amérique est, en ce qui concerne leur organisation un droit étatique. Le Delaware en a fait une sorte de produit parce qu'il a introduit une législation très simple pour attirer les entreprises. De l'autre côté, le droit financier est un droit fédéral et la protection des épargnants se trouve plutôt assurée par le droit financier que par le droit des sociétés au sens strict du terme.

Deuxième exemple. Aux États-Unis, il y a la possibilité de se présenter devant les juges fédéraux chaque fois qu'il s'agit d'une situation de *diversity*, c'est-à-dire quand les parties sont des ressortissants d'États différents : s'il y a un litige sur un contrat de vente entre deux parties qui sont toutes les deux californiennes, le juge étatique est compétent ; si une des parties n'est pas de Californie mais de New-York, le juge fédéral est compétent. L'application de ce principe contribuait au développement d'une *common law* fédérale différente des *common laws* étatiques, mais de l'autre côté permettait aux parties de recourir très aisément au *forum shopping*. En effet, il est très simple de transférer sa résidence dans un autre État, et d'acquiescer ainsi le droit de se présenter devant le tribunal fédéral, ou au contraire de changer et d'intégrer le même État que la partie demanderesse ou défenderesse, et de se présenter devant le juge étatique. Cela a été résolu par une sentence historique, *Erie Railroad Co. v. Tompkins* dans les années 1930 : quel que soit le juge devant lequel on se présente, le droit qui va être appliqué sera le même. On ne peut pas chercher à avoir une solution différente en appliquant une soi-disant (qui en réalité n'existe pas) *common law* fédérale si on est devant le juge fédéral, et la *common law* d'un des 50 États si on est devant le juge d'un État. Quel que soit le juge amené à décider, la *common law* d'un État doit trouver application.

Troisième exemple, l'exemple le plus actuel, la *class action*, l'action collective. Pour l'action collective c'est le législateur fédéral qui est intervenu et a décidé que lorsqu'il s'agit d'une *class action* supérieure à un certain montant (considérable), le juge du tribunal fédéral est compétent. On évite ainsi que des problèmes très délicats de dommages causés à une très large collectivité de personnes soient tranchés par des juges ou pire par des jurys plutôt sujets à des réactions émotionnelles.

Les trois exemples nous montrent comment aux États-Unis il est possible de choisir le *forum* compétent mais que l'on y a essayé quand même d'éviter que le choix puisse favoriser la course vers le bas.

Qu'en est-il de la situation européenne ? Je crois que nous sommes loin de ce type de situation. Même si on apprécie les efforts qui ont été faits pour atteindre un certain niveau d'harmonisation ou d'unification des différents ordres juridictionnels nationaux, on est encore loin d'avoir trouvé cette base de règles du jeu social communes qui donne la possibilité d'examiner sans aucune perplexité, sans aucune arrière pensée, le choix, je dirais mieux, la possibilité d'élection de for. Cela arrive – et le Professeur De Ly a mentionné dans son rapport à ce colloque des cas dans lesquels des sociétés multinationales font ce choix sans beaucoup de difficulté – mais dans la plupart des cas, nous observons que les opérateurs économiques européens préfèrent jouer sur leur terrain. L'opérateur italien préférera rester en Italie parce qu'on parle et on pense en Italien, même s'il est douteux qu'y obtenir un jugement sera moins coûteux et plus rapide que devant le tribunal d'un autre pays européen. C'est un peu comme au foot : on préfère jouer à domicile. Le chemin sera assez long pour que cette situation soit renversée.

Maintenant, une observation : si la mise en compétition des ordres juridictionnels nationaux est sûrement un avantage, il n'empêche – comme je l'ai souligné – qu'elle entraîne aussi des dangers : on n'est pas encore arrivé à donner un avantage en termes d'efficacité, plutôt qu'en termes d'efficacités. Ce qui me semble être arrivé, d'un autre côté, c'est que les opérateurs économiques ont effectivement, à l'heure actuelle, le choix d'un *forum* en termes d'efficacité. Il s'agit de l'arbitrage et je dirais plutôt de l'arbitrage juridictionnel, qui peut donner la possibilité de développer une procédure nouvelle qui prendrait aux différentes expériences nationales : c'est, en quelque sorte, un mélange entre la procédure de *common law* et la procédure continentale. Aussi l'arbitrage peut développer une sorte de droit commun des affaires avec l'évolution des principes sur le droit des contrats commerciaux internationaux.

A cet égard, la décision de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire C-125/04 du 27 janvier 2005, *Collège d'arbitrage de la Commission de litiges Voyages*, selon laquelle un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction et partant que les arbitres ne peuvent pas présenter devant la Cour de justice une demande en interprétation du Traité n'est pas admissible. Certes, une petite porte est laissée ouverte par cette décision, parce qu'elle se réfère seulement aux arbitrages qui ne sont pas des arbitrages forcés. Je trouve la solution quand même un peu hypocrite parce que « arbitrage forcé » me semble plutôt relever de l'oxymore : l'arbitrage est quand même, par essence, un choix conventionnel libre. J'espère que cette décision sera changée et que l'arbitrage continuera son évolution.

Mais mon espoir le plus fort est que, plus généralement, la situation du droit européen évolue vers la construction de bases communes qui permettront la mise en compétition des différentes juridictions sans les effets négatifs d'une course vers le bas.