

LE DROIT ENTRE CONCURRENCE ET COOPÉRATION*

I. INTRODUCTION

1. Le nouveau paradigme du droit international au XXI^{ème} siècle tourne autour de la concurrence des systèmes. L'influence indéniable de l'école de pensée américaine *law and economics* n'est pas étrangère à cette perspective. En schématisant un peu, selon cette école de pensée, les systèmes de droit seraient des services comme les autres et, partant, s'organiserait un véritable marché du droit qui nécessiterait une mise en concurrence. Les normes juridiques pourraient s'évaluer en prenant comme paramètre de mesure les conséquences économiques¹. Cette orientation de pensée touche tous les domaines du droit : la responsabilité civile délictuelle, les contrats, le droit des sociétés, les titres et même le droit de la famille. Ce phénomène est encore amplifié du fait du rôle inégalé de l'autonomie de la volonté qui permet aux acteurs de la vie sociale et économique de choisir les règles sous l'égide desquelles ils placeront leur activité.

2. Pour en avoir souvent discuté avec elle, nous savons que la dédicataire de ces lignes se déclare volontiers perplexe devant un tel schéma de pensée. C'est pourquoi, il nous a semblé opportun de proposer quelques pistes de réflexion dans un ouvrage qui est consacré à lui rendre hommage.

3. Qu'il soit clair dès le début que nous ne nions pas l'existence d'un phénomène qui a commencé à se développer dès le milieu du XX^{ème} siècle et qui a pris de l'ampleur avec la globalisation de l'économie². Il existe bel et bien un marché international du droit. Il a ses acteurs : les Etats, les organisations internationales de création normative (CNUDCI, Unidroit et Conférence de La Haye pour ne citer que les généralistes), les grands cabinets d'avocats, les institutions formant aux métiers du droit et les opérateurs eux-mêmes. Il a ses clients : ces mêmes opérateurs du commerce

* *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, pages 119 à 132.

¹ Voyez par exemple la contribution de Bertrand du Marais « L'attractivité économique du droit : optimiser nos atouts dans la compétition », *La lettre de Présaje*, juillet 2007 et le travail du Gip justice que l'on peut consulter sur <http://www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm>.

² Il est toujours périlleux pour quelqu'un d'autre qu'un historien de passer un jugement comparatif dans le temps sur l'évolution des activités humaines. Ce que nous disons au texte est notre perception de la société dans laquelle nous nous plaçons, qu'elle corresponde ou non à la réalité, ne change rien à l'analyse elle-même.

LE DROIT ENTRE CONCURRENCE ET COOPÉRATION

international, de quelque nature qu'ils soient, ainsi que ceux qui sont des utilisateurs en devenir, c'est-à-dire les étudiants. Il a son objet : la régulation des activités économiques et plus généralement humaines, de toutes natures, y compris la famille et les relations inter-personnelles. Il a ses méthodes : le pluralisme juridique en ayant démultiplié le nombre. Notons également qu'il n'existe aucune étanchéité entre ces différents éléments du phénomène, les clients pouvant notamment devenir acteurs et vice versa, le tout influençant à la fois la forme, la méthode et le contenu de la création normative. Tous ces éléments ont d'ores et déjà fait l'objet d'études approfondies et ce n'est pas l'objet des brefs propos présents d'y revenir.

4. En poussant le paradoxe un peu loin, on pourrait même dire qu'un certain « marché du droit » a probablement toujours existé pour les activités internationales, sauf qu'il ne s'appelait pas ainsi. Il était appréhendé par des mécanismes propres relevant d'une branche du droit spécifique : le droit international privé. La sémantique utilisée est d'ailleurs intéressante puisqu'en français la « concurrence » entre normes substantielles s'appelle « conflits de lois » alors que la « concurrence » entre tribunaux s'appelle « conflits de juridiction ». On retrouve la même idée dans un grand nombre d'autres langues. Mais la concurrence dont il était question ici n'était pas une concurrence au sens actuel du terme, mais une revendication de légitime application par un Etat de ses normes ou de l'action de ses tribunaux. Si la volonté des acteurs a effectivement toujours joué un rôle dans le règlement de ces « conflits », de nombreuses règles établies au cours des siècles ont imposé des solutions aux acteurs en privilégiant, selon des critères variés, souvent considérés comme « objectifs », telle loi plutôt que telle autre, telle juridiction plutôt que telle autre. Le plus souvent la solution des conflits se faisait de manière unilatérale par les Etats ou par des négociations multilatérales permettant d'allouer les compétences entre eux, en bonne harmonie.

5. Les choses ont changé dans les dernières décennies en raison de plusieurs facteurs conjugués. Un élargissement de la sphère de l'autonomie de la volonté qui touche de plus en plus de domaines du droit dans lesquels elle n'était pas forcément admise auparavant. Une multiplication des sources du droit, celui-ci n'étant plus créé uniquement par les Etats mais provenant de nombreuses autres sources, y compris des sources privées. Une réelle incompréhension pour les règles du droit international privé considéré comme trop savant, trop compliqué, comme retardant la solution des litiges, la *lex fori* étant devenue l'une des pierres angulaires de certains systèmes qui

LE DROIT INTERNATIONAL COLLABORATIF

préfèrent couper court ainsi au conflit de lois une fois le tribunal compétent désigné. La prolifération des normes sur un même sujet, soit par strates de niveaux (local, national, régional, universel), soit par type d'auteurs de normes. Le contrat de vente internationale de marchandises est un excellent exemple qui se voit régi à la fois par des normes matérielles internationales étatiques (la Convention de Vienne), des normes matérielles privées (les Incoterms pour n'en citer qu'un exemple), des normes de conflit de lois adoptées au niveau régional ou international (la Convention de Rome de 1980 et la Convention de La Haye de 1955 – celle de 1986 n'étant jamais entrée en vigueur), des normes matérielles et de conflit nationales, le tout en relation étroite avec l'autonomie de la volonté. La concurrence devient alors plus flagrante et s'exacerbe³ sans que l'on perçoive vraiment un mieux dans la régulation des activités visées par toutes ces normes.

6. Prenant appui sur cette constatation de l'existence d'un marché du droit, nous voudrions revenir sur l'hypothèse fondatrice de l'école de *law and economics* selon laquelle la concurrence serait un mode de régulation de ce marché, nécessaire, inévitable et, surtout, fructueux. A l'aide de quelques exemples concrets, nous pensons démontrer que cette concurrence est en réalité plus néfaste que positive. Le marché du droit n'existe pas seulement pour les normes substantielles⁴. On pourrait probablement dire sans se tromper qu'il a d'abord existé pour les modes de règlement des différends avant même de s'attaquer aux normes substantielles. Ces dernières années ont pourtant vu s'exacerber le phénomène. C'est non seulement la justice publique qui se voit concurrencée par divers modes de justice privée⁵ (eux-

³ Voyez par exemple les débats qui ont eu lieu lors du colloque intitulé « Commercial Law Theory and the Convention on the International Sale of Goods », 25 *International Review of Law and Economics*, 2005, p.311 à 511.

⁴ Nous pensons notamment aux fameux rapport « *doing business* » préparés sous l'égide de la Banque mondiale qui sont fondés sur un modèle bien précis d'efficacité économique en terme de temps (durée) et de coût, sans prendre aucunement en considération d'autres éléments, tels la culture ou la qualité intrinsèque du produit normatif mis en comparaison et évalué.

⁵ C'est en ce sens que si l'arbitrage est devenu un mode habituel de règlement des différends commerciaux transnationaux, il ne peut se suffire entièrement à lui-même et doit pouvoir compter sur le système judiciaire des Etats à titre complémentaire et non concurrentiel, d'où l'invention fort utile du « juge d'appui » qui tarde malheureusement à être adoptée dans d'autres pays que la Suisse (pays de son invention) et la France, pays de son adoption réussie. On notera à cet égard que la réforme proposée du droit français de l'arbitrage par le groupe d'experts qui a travaillé sous l'égide du Comité français de l'arbitrage fait du juge d'appui la clef de voûte du système. Voir le texte de cette proposition dans la Revue de l'arbitrage, 2006 p.491. Voir également notre article « Le règlement des différends entre professionnels : entre justice publique et justice privée », in *Le Code de commerce 1807-2007 – livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, pp.601-624. Grâce à cette invention judiciaire, l'arbitrage n'est plus considéré comme un processus en concurrence avec les procédures judiciaires nationales, mais au contraire, comme un mode de règlement des différends fort utile, parfaitement

LE DROIT ENTRE CONCURRENCE ET COOPÉRATION

mêmes étant en concurrence entre eux)⁶, mais la justice publique fait face à une concurrence renouvelée, les tribunaux nationaux étant considérés comme entrant en concurrence entre eux pour offrir de véritables « services judiciaires », que ce soit dans le cadre de litiges civils ou commerciaux relativement simples ou dans le cadre d'actions de masse, dites actions collectives ou actions de groupe, pour ne pas utiliser l'expression américaine très connotée de *class action*. Ce sont ces deux séries d'exemples qui nous permettront de montrer que la coopération permettrait d'obtenir des résultats beaucoup plus satisfaisants pour la paix sociale, à la fois en interne, au niveau régional et, surtout, dans les relations internationales, que le modèle de concurrence en vogue aujourd'hui.

II. LA CONCURRENCE ENTRE TRIBUNAUX

7. Il y a quelques années, en Inde, un éminent juriste, invité à parler devant un aréopage de spécialistes de l'arbitrage, traduisait l'acronyme ADR non plus par *alternative dispute resolution*, comme cela était devenu l'usage, mais par *appropriate dispute resolution*, montrant ainsi que la préoccupation première des personnes chargées de structurer les règles sur le règlement des différends dans un monde multidimensionnel et complexe devrait être de proposer aux acteurs un éventail complet de modes de règlement des différends afin qu'ils puissent trouver et choisir celui qui est le plus adapté à leurs litiges. Dans ce discours, l'idée était essentiellement de dire que les Etats ne devaient plus s'inquiéter de voir fleurir divers mécanismes privés de règlements des différends et que l'abondance ne pouvait qu'être favorable à la meilleure adaptation de ces mécanismes aux divers litiges qui pouvaient fleurir dans notre société transnationalisée. L'orateur ne pouvait probablement pas imaginer que, quelques années plus tard, la concurrence serait poussée beaucoup plus loin et que ce seraient les tribunaux nationaux eux-mêmes qui seraient mis en concurrence dans un contexte difficilement imaginable jusqu'à maintenant.

8. C'est, en effet, à cette autre forme de concurrence que l'on assiste aujourd'hui qui voudrait mettre les systèmes judiciaires publics des Etats à la disposition des litigants, quelle que soit leur situation géographique dans le

adapté à certains litiges, qui fonctionne avec satisfaction dans le cadre favorable des législations étatiques inspirées ou non par la loi modèle de la CNUDCI.

⁶ La multiplication des centres d'arbitrage et de médiation ainsi que des règles internationales et nationales régissant ces modes de règlement des différends atteste de la vitalité de ce « marché » du règlement des différends.