

Le règlement amiable des différends en droit privé thaïlandais: Situation actuelle. Problèmes et insuffisances. Améliorations proposées et souhaitables.*

Nontawat Nawatrakulpisut **

บทคัดย่อ

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณี ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทนในทางสัญญาหรือข้อพิพาทในทางละเมิด คู่กรณีมักเลือกที่จะฟ้องร้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกคืนข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น เนื่องจากให้ความเชื่อถือแก่ผู้พากษาหรือศาลทั้งในด้านความรู้ความสามารถและความเป็นกลาง อย่างไรก็ตาม เป็นที่สังเกตได้ว่า ปัจจุบันที่การดำเนินคดีทางศาลกลับมีได้นำมาซึ่งผลลัพธ์อันเป็นที่น่าพอใจ เนื่องจากการดำเนินคดีมักใช้ระยะเวลายาวนาน มีความ слับซับซ้อน และนำมาซึ่งค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ศาลเองก็มีคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบเป็นจำนวนมากอันทำให้การพิจารณาคดีไม่สามารถสิ้นสุดลงได้ในเวลาอันสมควร อันนำมาซึ่งคำกล่าวว่า “ความยุติธรรมที่ล้าช้าย่อมเท่ากับความไม่ยุติธรรม”

นักกฎหมายในประเทศไทยต่าง ๆ จึงจำเป็นจะต้องหาวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอย่างอื่นนอกจากการฟ้องร้องคดีต่อศาล อันเป็นที่มาของ “การระงับข้อพิพาทางเลือก” หรือ “Alternative

* บทความนี้เขียนขึ้นและใช้นำเสนอเป็นผลงานวิชาการในงานสัมมนาระหว่างประเทศ หัวข้อเรื่อง “Le droit comparé au secours des modes amiables de règlement des différends” ซึ่งจัดขึ้นโดยคณานิติศาสตร์มหาวิทยาลัย Franche-Comté ในวันที่ 16 มีนาคม 2560 คณานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย Franche-Comté เมือง Besançon ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส

** Docteur en Droit (Jean Moulin-Lyon III) Maître de conférences en droit des affaires Ancien directeur du Centre d'Etudes de Droit Français à la Faculté de Droit de l'Université Thammasat, Bangkok

dispute resolution - ADR” เช่น การประนีประนอมความ การไกล่เกลี่ย ตลอดจนการตั้งอนุญาโตตุลาการ อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศต่าง ๆ จะพยายามกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกในรูปแบบต่าง ๆ ขึ้นใช้บังคับและส่งเสริมให้คู่กรณีเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก ที่กำหนดขึ้นนั้นก่อน แต่การดำเนินการระงับข้อพิพาทนอกศาลโดยวิธีการต่าง ๆ นั้นกลับยังไม่ค่อยได้รับการปฏิบัติตามเท่าที่ควร เนื่องจากวิธีการระงับข้อพิพาท เช่นนั้นยังมีข้อจำกัดและอุปสรรค ในหลายประการ

สำหรับประเทศไทย ศาลและองค์กรต่าง ๆ ของรัฐต่างก็พยายามส่งเสริมให้มีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกให้มากยิ่งขึ้นแทนการฟ้องร้องคดีต่อศาล ดังจะเห็นได้ว่าวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาล มีกำหนดไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ ทั้งที่เป็นกฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะเรื่อง นอกจากนี้ ในปัจจุบัน ได้มีการเสนอ “ร่างพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ย พ.ศ.” ขึ้นใช้บังคับ ในฐานะเป็นกฎหมายกลางเพื่อการระงับข้อพิพาทนอกศาลทั้งในทางแพ่งและในทางอาญา ร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ เพื่อจัดอุปสรรคหรือปัญหาที่เกิดขึ้นจากการดำเนินวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลที่ผ่านมา อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ นั้นน่าจะยังไม่เพียงพอ และจำเป็นจะต้องได้รับการปรับปรุงให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น เพื่อให้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกได้รับการปฏิบัติตามอย่างแพร่หลายสมตามเจตนาرمณ์ของ ร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวอย่างแท้จริง

Abstract

When disputes, whether in contract or in tort, arise between parties, resort to litigation in court is usually pursued by parties for resolving such disputes simply because of the trust in knowledge, ability and impartiality of judges or the judiciary. However, it is also noted that a pursuit of legal proceedings before the Court, more often than not, is not conducive to satisfactory results, given a lengthy period, procedural complication and high costs surrounding the litigation. A consistent overflow of litigious actions also prevents completion of judicial trial and adjudication within a reasonable time; hence, the “Justice delayed is justice denied” truism.

Lawyers in various jurisdictions have, therefore, attempted to find means of dispute settlement other than by way of court litigation. Such an alternative procedure is usually known as “alternative dispute resolution” or “ADR” and takes the form of, for instance, a compromise, a mediation or an arbitration. Despite such endeavours to formulate and promote various forms of alternative dispute



resolution to be elected by parties, such means of out-of-court settlement of disputes have appeared to gain insufficient adherence as they are plagued with a plethora of limitations and obstacles.

As far as Thailand is concerned, Courts and State agencies have made attempts to promote increasing resort of alternative dispute resolution in lieu of litigation in court, as reflected in the recognition of out-of-court settlement of disputes in several pieces of legislation, whether general law or *sui generis* legislation. In addition, at present, the “Mediation Bill, B.E.” has been proposed with a view to putting forth general legislation dealing with out-of-court settlement of disputes in both civil and criminal matters. Such draft law sets forth rules and conditions in an endeavour to get rid of obstacles or difficulties thus far encountered in a pursuit of out-of-court settlement of disputes. However, the rules and conditions introduced by such draft law seem inadequate and deserve revision to achieve greater appropriateness, with a view to practical popularity of alternative dispute resolution in line with the true contemplation of this draft.

1. Introduction

En Thaïlande, comme partout, des différends peuvent naître à l'occasion de relations contractuelles ou quasi délictuelles. En cas de non-paiement à l'échéance, un vendeur dispose d'une action judiciaire, tout comme un acheteur qui ne reçoit pas sa livraison. Une action en dommages et intérêts peut résulter d'une situation délictuelle ou quasi délictuelle. L'action pénale peut également s'accompagner d'une action civile en réparation.

Le recours à la justice est la solution classique, y compris en droit de la consommation, car les personnes font d'ordinaire confiance au juge, à sa compétence et à son impartialité. Cependant le résultat n'est pas toujours au rendez-vous. La procédure judiciaire peut être longue, complexe et couteuse, et les tribunaux sont de plus en plus encombrés par les actions en indemnisation au point que souvent se vérifie l'adage « *une justice lente est une justice injuste* ».

Le législateur a donc été amené à envisager d'autres solutions que judiciaires. On parle alors de modes alternatifs de résolution des conflits¹ ou d'*« alternative dispute resolution »* (ADR)², tels que la négociation, la conciliation, la médiation, ou encore l'arbitrage.

L'ensemble du droit privé est concerné, mais tout particulièrement le droit de la consommation. Cependant le recours à ces techniques est loin d'être généralisé en Thaïlande. Des limites légales ou de fait freinent son développement.

Il est sans aucun doute nécessaire d'apporter des modifications à ces techniques et d'inciter les personnes à y recourir. Des réformes sont certes

¹Les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC) sont des solutions mises en place, à côté des pratiques classiques habituelles, par les États et les gouvernements (recours contentieux, système judiciaire) impliquant un règlement à la fois juridique et judiciaire d'un défendre. En anglais, il s'agit des ADR, soit Alternative Dispute Resolution.

Ces modes ont fait l'objet d'un livre vert au sein de la commission européenne qui souhaite promouvoir ces nouveaux modes de résolution des conflits. https://fr.wikipedia.org/wiki/Mode_alternatif_de_résolution_des_conflits (consulté le 27 février 2017).

²Alternative Dispute Resolution means Any method of resolving disputes other than by litigation. Abbreviated as ADR. Public courts may be asked to review the validity of ADR methods, but they will rarely overturn ADR decisions and awards if the disputing parties formed a valid contract to abide by them. Arbitration and mediation are the two major forms of ADR. https://www.law.cornell.edu/wex/alternative_dispute_resolution (consulté le 27 février 2017).



programmées mais elles demeurent limitées et, à notre sens, insuffisantes, et nous serons amenés à suggérer une amélioration de ces propositions.

Nous envisagerons, ainsi, de présenter la situation actuelle de ce mode alternatif de règlement des différends en droit privé thaïlandais (I), avant d'examiner les problèmes posés (II) et de voir, enfin, les perspectives d'amélioration (III).

IV LA SITUATION ACTUELLE EN DROIT THAÏLANDAIS

Les techniques de règlement amiable doivent être classées en deux grandes catégories. Celles qui sont utilisées avant l'action judiciaire, en fait pour la prévenir, et celles utilisées pendant l'action judiciaire, pour y mettre un terme. On parle alors de règlement *a priori* (A) et de règlement *a posteriori* (B).

Les modes de règlement antérieurs à une action judiciaire se rencontrent tant en droit privé général, civil, commercial, ou du travail³ que dans le droit plus spécifique de la consommation.

Ces deux types de règlements ont en commun, tous deux, de reposer sur la seule volonté des parties, l'un permettant à celles-ci de régler par elles-mêmes leurs problèmes, l'autre faisant appel à une tierce personne.

A/ Les modes amiables de règlement antérieurs à une action judiciaire

Ils sont fondés sur la libre volonté des parties de mettre un terme à leurs différends et s'exercent tant en droit civil général qu'en matière du droit de la consommation.

³En matière de droit du travail, il est prévu dans la Loi de 1975 sur les Relations du travail (JO 26 février 1975) les modes préalables du règlement amiable. Une réclamation éventuelle relevant de la convention collective posée soit par l'employeur soit par les salariés, doit faire l'objet d'une négociation préalable entre eux. En cas d'échec, le conflit du travail en relevant doit ensuite être soumis à la médiation obligatoire avec l'intervention d'un médiateur désigné à cet effet. Il est résolu si les parties arrivent à parvenir à un accord. A défaut, il devient le conflit sérieux du travail donnant lieu à la procédure de résolution du conflit menée par les agents-arbitres désignés par les parties.

1. Les modes amiables de règlement en droit civil général

Les recours amiables de résolution des différends en droit civil général s'expriment dans le contrat de conciliation (a) mais aussi dans la convention d'arbitrage (b).

a) Le contrat de conciliation (« *compromise* »), un contrat spécifique du droit thaï

Il est repris dans le Code Civil et de Commerce thaï⁴ comme l'un des contrats spéciaux⁵. Il s'agit de résoudre volontairement et librement un différend, pour prévenir une action judiciaire, par des concessions réciproques sans formalisme légal. Il est l'expression d'un consentement mutuel.

L'écrit n'est qu'un moyen de preuve devant les tribunaux et non la condition de sa validité, étant précisé que l'une des parties au contrat peut alors demander à la juridiction de mettre en force ce contrat si l'autre partie refuse de s'y conformer.

En pratique, cette convention, nécessairement écrite, résulte souvent d'un acte séparé différent du contrat visé dont le respect est en cause.

b) La convention d'arbitrage

Fréquemment utilisée en droit des affaires, mais aussi dans les autres branches du droit privé, elle repose sur la désignation par les parties d'un arbitre chargé de résoudre ou de prévenir les différends. Une loi thaïe spécifique l'a organisée en 2002 dite « *Loi relative à l'Arbitre* »⁶.

La loi définit la convention d'arbitrage comme une mesure visant à confier à un ou des arbitres la résolution des différends nés ou à naître concernant l'exécution des contrats. Peu importe qu'il s'agisse d'une responsabilité contractuelle ou d'une responsabilité délictuelle.

⁴Article 850, C. civ. et de com. thaï La conciliation (ou *compromise*) est défini comme un contrat par lequel les deux parties parviennent à résoudre un différend né ou à naître du contrat de base par des concessions réciproques.

⁵*Livre III*, Des Contrats Spéciaux, C. civ. et de com.thaï

⁶Loi de 2002 relative à l'Arbitre (JO 29 avril 2002), abrogeant la loi de 1987. Elle est inspirée de l'UNCITRAL Model Law International Commercial Arbitration.



La convention d'arbitrage peut résulter de l'insertion simple d'une clause compromissoire dans le contrat principal, mais peut aussi se faire sous forme d'un accord séparé par la volonté des contractants équivalent à un compromis *à la française*⁷. Elle présente des particularités qui la différencient nettement de la convention de conciliation.

La convention d'arbitrage nécessite un écrit, en plus du contrat d'origine, et si aucun formalisme n'est requis, correspondance, fax, courriel muni d'une signature électronique peuvent être utilisés, la volonté de s'engager doit être manifeste, même si cet écrit, tout comme pour la convention de compromis, n'est exigé qu'à titre de preuve (à la différence du droit français où, pour l'arbitrage, l'écrit est une condition de validité)⁸.

La convention d'arbitrage doit préciser la nature et l'étendue des différends soumis à l'arbitrage, comporter les modes de désignation de l'arbitre, préciser sa qualification ainsi que l'étendue de ses pouvoirs, préciser également le nombre des arbitres désignés par les parties, en veillant à ce que leur nombre soit impair, les arbitres eux-mêmes pouvant désigner un arbitre supplémentaire susceptible de les départager, prévoir aussi la possibilité d'une désignation judiciaire des arbitres, en cas d'inertie de l'une des parties à le faire spontanément.

L'arbitre, toujours une personne physique comme en droit français⁹, doit nécessairement posséder des qualités d'impartialité, d'indépendance et de

⁷Article 1442 C. proc. civ., modifié par Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011- art. 2.

« La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La Clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage. »

⁸Article 1443 C. proc. civ., modifié par Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011- art. 2.

« A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale ».

⁹Article 1450 C. proc. civ., modifié par Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011- art. 2.

« La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.

Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage ».

compétence, son décès ou son incapacité mettant fin à la mission et nécessitant son remplacement.

Quant à l'instance elle-même, son déroulement doit être conforme aux dispositions de la loi de 2002 et éviter toute publicité. La décision rendue doit faire référence au droit applicable retenu par les parties dans la convention d'arbitrage, être rédigée par écrit et signée par au moins la majorité des arbitres ayant rendu la décision. Elle doit être datée et localisée.

2. Le règlement amiable des différends dans le droit de la consommation

Le règlement amiable des différends s'exerce également en matière du droit de la consommation et présente certaines particularités. La loi de 1979 sur la Protection du Consommateur¹⁰ a jeté les bases d'un droit de la consommation en Thaïlande, comme dans tous les pays de droit écrit et en particulier en France et en Europe.

Certes, en matière de consommation, la plupart des différends continuent à se régler par la voie judiciaire, même si le législateur a cherché à encourager le règlement amiable en élargissant la représentation des consommateurs en Thaïlande par la Commission de la Protection des Consommateurs¹¹ (la CPC) ainsi que par des organismes privés, la plupart du temps des associations de consommateurs.

Particulièrement, le législateur cherche encore à promouvoir le droit à justice des consommateurs en Thaïlande par la mise sur pied, en 2008, d'une procédure allégée, dans le cadre judiciaire, et ce par voie d'une loi dite de la « Procédure

¹⁰Loi de 1979 sur la Protection des consommateurs (JO 4 mai 1979) se présente comme la première loi reconnaissant d'une façon officielle, des droits des consommateurs et prévoient des mesures légales pour les protéger contre les mauvaises pratiques des professionnels.

Cf. également, Nontawat NAWATRAKULPISUT, « *La protection des consommateurs en Thaïlande face aux grands groupes de production* », intervention au Colloque sur « *La Justice Sociale* » organisé à l'Université Thammasat, par la Faculté de Droit de l'Université Thammasat, les 18 - 19 décembre 2014.

¹¹La Commission de la protection des consommateurs est l'autorité publique établie en vue de la protection des droits des consommateurs en Thaïlande. Elle comprend deux catégories de membres, i.e. les membres représentants des autorités publiques concernées et les membres désignés par le Conseil des Ministres. Elle dispose de pouvoirs très étendus y compris le pouvoir de procéder à la médiation ou à la conciliation des conflits relatifs à la consommation.



*relative aux contentieux de la consommation*¹². Et plus récemment encore, en 2016, la possibilité d'une *Class action*¹³ de type Américain a été reconnue, toujours dans le cadre judiciaire, en faveur des consommateurs.

Parallèlement, la loi de 1979 a prévu certaines mesures de prévention ou de règlement des litiges de consommation avant toute procédure judiciaire. On parle donc, d'une part, des mesures préventives concernant la sécurité des produits et des services (a), notamment, d'autre part, de la négociation pouvant être mise en œuvre par la CPC (b).

a) Les mesures préventives relatives à la sécurité des produits et des services

Au titre des mesures préventives, la législation thaïe ne se limite pas à la Loi relative à la Responsabilité du fait des produits défectueux¹⁴. Comme toute législation de droit écrit, Européenne ou Française, cette loi a envisagé une simple action en réparation des dommages causés par le défaut d'un produit, qu'il s'agisse de dommages corporels ou même moraux. Le législateur de la loi de 1979, a également prévu de mesures préventives, pour assurer la santé ainsi que la sécurité des consommateurs face à des produits mis en circulation dans le marché intérieur comme face à des services rendus.

¹²Loi de 2008 sur la Procédure relative aux contentieux de la consommation (JO 25 août 2008), a créé des techniques procédurales spéciales au profit des consommateurs par rapport aux professionnels. Ces mesures favorables sont réservées aux « *contentieux des consommateurs* » qui sont les contentieux civils entre consommateurs et professionnels relatifs aux droits et obligations relevant de la consommation de produits ou de services. Ce terme juridique important concerne aussi les contentieux relevant de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux.

¹³La loi de 2016 relative à l'Action de groupe (la « *Class Action* » en anglais) (JO 8 avril 2016) établit une procédure qui autorise un grand nombre de personnes, dont les consommateurs, à poursuivre une personne, souvent une entreprise ou une institution publique, afin notamment d'obtenir une indemnisation financière.

Cf. également, Nontawat NAWATRAKULPISUT, « *La « Class Action » : s'agit-il d'une mesure convaincante pour protéger les droits des consommateurs en Thaïlande ?* », R. R. J. 2011, n° 4, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 2149 - 2155.

¹⁴Loi de 2008 relative à la Responsabilité du fait des produits défectueux (JO 20 février 2008) réglemente la responsabilité civile des professionnels du fait de leurs produits défectueux, en appliquant le principe de la responsabilité sans faute des professionnels.

« *Produit défectueux* » signifie donc le produit donnant lieu ou risque de donner lieu à des dommages relevant d'un défaut dans la fabrication ou la conception, ou dans le manque d'informations ou d'une insuffisance d'informations relatives à la conservation, les mises en garde.

La CPC peut ainsi interdire l'usage ou la circulation d'un produit qu'elle considère comme dangereux ou susceptible d'être dangereux pour les consommateurs. Elle peut également ordonner le retrait du marché de ces produits dangereux.

De même, pour les services rendus par un professionnel aux consommateurs, la CPC a aussi droit d'exiger de ce dernier, la modification de la manière de rendre ce service voire son interdiction.

Cependant, on ne peut que déplorer, qu'en fait, la CPC n'intervienne qu'en présence d'un danger constaté ayant déjà créé des dommages.

b) La médiation mise en place par la CPC

Le souhait du législateur de voir recourir au règlement amiable se rencontre dans le droit de la consommation. Déjà dans la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, la négociation entre le professionnel et la victime consommateur, en vue de remédier aux préjudices relevant du produit défectueux, donne lieu à la suspension du délai de prescription légale jusqu'à ce que la négociation soit terminée. Le même esprit apparaît également dans la loi relative à la procédure des litiges de la consommation.

La CPC, à côté de ses pouvoirs de représentation judiciaire, a également la possibilité de résoudre les différends par la voie amiable de la médiation depuis la modification intervenue en 2013¹⁵ de la loi de 1979.

Lors du dépôt d'une réclamation d'un consommateur à l'encontre du professionnel, la CPC exerce son pouvoir de médiation en vue du règlement du conflit par des agents spécialement commis à cet effet auprès de son bureau.

Cependant, par manque de réglementation officielle relative à la procédure à suivre¹⁶, les agents procèdent à la médiation chacun à leurs manières, et les parties ont dû faire face à des interprétations différentes. Le processus à suivre n'est pas bien établi, ce qui n'a pas favorisé le développement de ce type de procédure. Le manque d'expérience et l'absence de formation nécessaire des agents en charge donnent également lieu à une vraie défiance pour ce mode amiable de règlement.

¹⁵La loi de 2013 a ajouté aux pouvoirs de la CPC celui de la mise en œuvre d'une médiation pour des différends relatifs à la violation des droits des consommateurs par un professionnel.

¹⁶Il a fallu, cependant, attendre 2016 pour voir apparaître le décret de mise en œuvre de ces dispositions.



B/ Les modes amiables de règlement en cours de procédure

Aujourd’hui, il est possible de régler par la voie amiable des différends alors même que l’instance judiciaire a été engagée.

Certes déjà l’article 20¹⁷ du Code de Procédure Civile thaïe le permettait expressément. En effet, le juge a droit de mettre en œuvre une médiation, avec ou sans avocat assistant ou représentant les parties, médiation qu’il peut assurer lui-même ou par l’intermédiaire d’un médiateur qu’il désigne, ou également par le centre de médiation créé à cet effet auprès des tribunaux, selon une procédure précise et déterminée par une Directive du Président de la Cour Suprême¹⁸.

La médiation, qu’elle soit exercée par le juge lui-même ou par un centre de médiation, tend à assurer une solution amiable, soit à la demande des parties, soit que le juge décide de lui-même de tenter ce règlement alternatif ou de le confier à un tiers sous certaines conditions et en respectant une certaine procédure.

1. Les conditions de la médiation confiée à un tiers

Un médiateur sera alors nommé par le juge mais avec le consentement des parties. Il sera choisi sur une liste établie auprès de chaque juridiction où il figure selon des conditions d’âge, de qualification et d’expérience.

Le médiateur est soumis à des règles strictes de comportement établies par la juridiction. Sa désignation peut, cependant, être contestée par l’une des parties pour de justes motifs, notamment en raison du non-respect de son impartialité.

2. La procédure à suivre

La procédure, quant à elle, implique en principe la comparution personnelle des parties qui doivent exprimer leurs points de vue et si l’une d’entre elles est une personne morale, celle-ci doit justifier d’une autorisation de représentation et d’un

¹⁷ L’article 20 du Code de Procédure Civile prévoit que le juge dispose du pouvoir de procéder à la médiation ou à la conciliation, alors même qu’une instance judiciaire est déjà en cours.

¹⁸ La Directive de 2011 du Président de la Cour Suprême relative à la Médiation (JO 7 octobre 2011) fixe le pouvoir du juge ou des juges en charge du litige de procéder eux-mêmes à la médiation ou par l’intermédiaire d’un médiateur qu’ils désignent. Elle a prévu les qualifications nécessaires d’un médiateur pouvant être désigné, mais aussi la procédure de médiation à suivre.

La Cour Suprême en Thaïlande est une Cour de Cassation. Elle ne statue qu’en droit

pouvoir aux fins de conciliation. Cependant, une personne physique peut également se faire représenter sous les mêmes conditions d'autorisation et de pouvoir de conciliation.

Le médiateur doit informer les parties de leurs obligations, des phases de la procédure à respecter, de la confidentialité de la procédure, du non enregistrement des débats sauf autorisation expresse de l'autre partie.

Le médiateur doit, en fin de procédure et au cas où les parties peuvent arriver à un accord, établir un accord de conciliation. Il a la possibilité de confier la rédaction d'un tel accord aux avocats des parties ou au personnel spécialisé du centre de médiation.

La procédure doit se dérouler dans le cadre de délais fixés par le juge, délais qui peuvent être éventuellement prorogés à la demande des parties ou du médiateur.

II/ LES PROBLEMES POSES PAR LA MISE EN ŒUVRE DES MODES DE RÈGLEMENT AMIABLE

Dans les différentes branches du droit où ces modes de règlement sont pratiqués, droit civil, droit de la consommation mais également droit du travail et même droit pénal, on constate les mêmes difficultés et une hésitation permanente des parties à recourir à ces techniques.

Aussi, même si le droit thaïlandais, Code Civil et de Commerce et Code de Procédure Civile, permet le recours à des modes alternatifs de règlement depuis maintenant plus de trente ans, les particuliers continuent-ils toujours à privilégier l'action judiciaire.

A/ Un mode de règlement peu satisfaisant

Les limites de la procédure du règlement amiable consistent non seulement dans le principe de la liberté des parties, mais aussi dans le choix des personnes chargées de la mission de médiateur. Or, le problème le plus important de ce mode alternatif de règlement, nous semble-t-il, porte sur l'absence d'autorité de la chose jugée de la décision en résultant.



1. L'obstacle relevant de la liberté totale des parties

Cette procédure spécifique, la conciliation comme la médiation, ne peut être engagée que par le seul accord des parties. C'est le principe de la liberté contractuelle, au même titre que le contrat de vente, de location ou d'entreprise. Aussi les parties sont-elles libres non seulement de recourir à ce mode amiable de règlement, mais encore de renoncer à la médiation à n'importe quel moment et pour n'importe quel motif. Ainsi, la renonciation par l'une seule des parties peut mettre fin à ce mode amiable de règlement déjà engagé. Les parties perdent donc du temps pour rien, et, *a fortiori*, supportent les dépenses éventuellement suscitées à cet effet.

De surcroît, que se passera-t-il si l'une des parties choisit de recourir à la juridiction malgré l'instance de médiation mise en place, ce qui est cependant interdit, en principe, pour les parties à la convention d'arbitrage qui ne peuvent faire l'économie de la procédure arbitrale engagée¹⁹.

2. Les difficultés tenant à la fiabilité des intervenants

La faible qualification des agents de la CPC et la lenteur des opérations constituent également un handicap, tout comme, et notamment, l'absence d'impartialité ou d'indépendance de certains médiateurs ou arbitres officiels qui ont pu être à l'origine, comme en France²⁰, de scandales qui ont nui gravement à la diffusion des contrats de conciliation ou des conventions d'arbitrage.

D'autre part, les modes de désignation et les qualités requises des médiateurs ou des arbitres sont souvent mis en cause alors qu'ils sont essentiels pour créer la confiance, d'autant plus que cette procédure est souvent couteuse et finalement pas toujours plus rapide qu'une procédure judiciaire.

¹⁹ Selon l'article 14 de la Loi de 2002 sur l'Arbitre, il est interdit pour les parties à la convention de recourir à la juridiction sans porter le différend devant l'arbitre suivant la convention conclue. L'autre partie a donc droit de demander au juge la non recevabilité du litige et ensuite l'application obligatoire de la convention d'arbitrage.

²⁰ En France, l'affaire *Bernard Tapie* où la probité et l'impartialité d'un arbitre, par ailleurs membre de la Cour de Cassation, ont été mises en cause.

3. Le manque d'autorité de la chose jugée de la décision prise

A notre sens, les réticences des parties sont surtout dues à l'absence d'autorité de la chose jugée de ces modes de règlement et des risques qu'ils peuvent même susciter.

Dans le cas d'un contrat de conciliation, celui-ci, contrairement à la décision arbitrale²¹, pour être mis en œuvre en cas de mauvaise volonté de l'une des parties, nécessite l'homologation par une décision judiciaire (véritable *exequatur*) retardant d'autant l'issue du contentieux et accentuant finalement son coût.

De plus, le contrat de conciliation, par l'effet de la **novation**, substitue ses propres obligations et ses propres garanties à celles initialement prévues. Les parties peuvent y perdre une partie de leurs droits et avantages d'origine et ne peuvent, ultérieurement, dans le cas d'une éventuelle procédure judiciaire, que se prévaloir de ceux figurant dans le contrat de conciliation qui a nécessité des concessions réciproques. Le créancier peut se voir ainsi privé de la solidarité des codébiteurs ou de clauses pénales initialement prévues en sa faveur.

B/ Le consommateur lui-même est loin d'être mieux protégé que par une instance judiciaire

La CPC a certes un pouvoir de négociation mais, jusqu'à aujourd'hui, elle ne dispose pas d'un véritable pouvoir de médiation. Et faute d'une réglementation claire l'encadrant, la négociation est soumise aux aléas des interprétations des négociateurs. Elle ne peut même pas contraindre les parties à une négociation.

On constate, d'ailleurs, un résultat inattendu de l'application de la procédure relative aux contentieux de la consommation. Malgré les mesures prises en faveur des consommateurs, non seulement les consommateurs n'exercent pas leurs droits contre les professionnels plus qu'avant mais, au contraire, ils sont surtout concernés par des contentieux de la consommation initiés par les professionnels. Cette situation est due à la définition discutable de la notion « *contentieux des consommateurs* », notion qui permet également à des

²¹Il résulte de la Loi de 2002 sur l'Arbitre, que la sentence arbitrale, en cas de non-respect par le débiteur de ses obligations, n'est donc pas soumise à l'homologation nécessaire du juge, mais simplement à son ordre d'exécution consécutif à la décision prise par l'arbitre.



professionnels d'agir contre les consommateurs par le biais du contentieux des consommateurs, et donc de bénéficier des avantages offerts par la procédure spéciale qui leur est réservée. En effet, ce contentieux ne se limite pas uniquement au contentieux où les consommateurs sont demandeurs, mais ils sont aussi des contentieux « entre » professionnels et consommateurs²².

Cependant, en définitive, et nous y revenons, nous pensons que c'est surtout l'absence d'autorité de la chose jugée et la possibilité de renoncer à tout instant à la procédure déjà engagée de médiation, et non d'arbitrage, qui pénalisent fortement le développement de ces modes de règlement alternatif, puisqu'ils peuvent finalement retarder la solution et augmenter les coûts, et ne sont fondés que sur la seule bonne volonté, pas toujours présente, des parties.

On comprend donc aisément que les particuliers aient manifesté peu d'enthousiasme depuis la création en 1979 de ces procédures alternatives²³. Ils sont, *a fortiori*, amenés plus souvent à se présenter devant la juridiction de fait plus utilisée par les professionnels contre les consommateurs²⁴, aboutissant ainsi à un véritable détournement d'une procédure à l'origine mise en place en faveur des consommateurs

²²Cf. Nontawat NAWATRAKULPISUT, « *La Protection des consommateurs en droit positif thaïlandais : la protection tant dans le « contenu » que dans la « procédure »* », R. R. J. 2011, n° 1, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 255 - 260.

²³A titre d'exemple, au mois d'octobre 2016, les consommateurs ont saisi la CPC de 564 affaires : 241 étaient des affaires immobilières soit de 42,73% du total, 200 étaient des affaires de produits de consommation soit 35,46 % du total et 123 concernaient les services soit 21,81 % du total, mais sur l'ensemble de ces affaires seules 29 se sont terminées par une médiation réussie.

Plus récemment, au mois de novembre 2016, les consommateurs ont saisi la CPC de 636 affaires : 272 étaient des affaires de produits de consommation soit 42,77% du total, 224 concernaient les services soit 35,22% du total et 140 étaient des affaires immobilières soit 22,01% du total, mais sur l'ensemble de ces affaires seules 37 affaires se sont terminées par une médiation réussie. (Source : <http://www.ocpb.go.th> (consulté 27 février 2017).

²⁴Il s'agit, par exemple, dans la plupart des cas, de contentieux de banquiers contre des consommateurs pour le remboursement d'un prêt, par exemple, par l'utilisation d'une carte de crédit, ou de contentieux des opérateurs de télécommunication contre des consommateurs pour défaut de paiement des services rendus; ou même de contentieux des professionnels de motocycles contre des consommateurs à l'occasion de contrats de vente ou de crédit-bail.

III/ LES PERSPECTIVES

Les constats précédents ont amené le législateur à proposer une amélioration des méthodes et une meilleure qualification des intervenants : arbitre, conciliateur ou médiateur.

Certaines dispositions précises ont déjà été envisagées (A). Elles nous paraissent cependant largement insuffisantes et nous nous permettrons de suggérer quelques pistes nouvelles (B).

A/ Des améliorations sont en cours

Les mesures visant à améliorer la procédure du règlement amiable sont actuellement étudiées par le législateur en vue d'une loi générale sur la médiation (1), mais sont déjà en vigueur réglementations spécifiques pour les conflits de la consommation (2).

1. Les propositions intéressantes du Ministère de la Justice

Un projet de loi intitulé ‘ « *Loi sur la Médiation* » ’a déjà été examiné par le Conseil d'Etat de Thaïlande. Il doit bientôt être transmis aux Conseils des Ministres puis à l'Assemblée Nationale.

Deux points importants sont à relever.

a) L'extension du champ de la médiation

L'ensemble du droit civil pourrait être concerné: droit des biens, successions, contrats et de manière générale tous les litiges de moins d'un million de baht (environ 3.000 euros), y compris ceux concernant la consommation, et également, en ce qui concerne le droit pénal, tout ce qui concerne les contraventions.

Mais subsistera la condition de fond essentielle, l'accord des parties pour se soumettre à une procédure de médiation, dont la mise en marche ne pourra se faire qu'à la demande d'une partie et l'une des parties pourra toujours, à n'importe quel moment de la procédure de médiation, renoncer à celle-ci.

Il est à noter qu'en matière pénale si la médiation aboutit à une conciliation cela entraînera la disparition de l'infraction (« *compoundable offence* »)²⁵.

²⁵ Article 39 (2), C. proc. Pénal thaï



b) La modification du déroulement de la médiation

Le projet de loi tend à améliorer la qualification des médiateurs figurant sur la liste officielle. Ils devront être indépendants et impartiaux tout au long de la procédure, sinon ils pourront être récusés, mais cependant rien n'est prévu pour vérifier réellement ces conditions.

Le médiateur verra son rôle renforcé. Il devra poursuivre sa mission jusqu'à son terme en veillant à l'exécution de la décision de médiation qu'il devra rédiger, sans s'en décharger sur un tiers, avocat ou employé d'un centre de médiation.

En contrepartie, il sera rémunéré selon un barème et bénéficiera d'une immunité de responsabilité, sauf en cas de faute volontaire ou de grave négligence.

Mais la mesure la plus importante de la réforme serait de voir le bénéfice de l'autorité de la chose jugée enfin conférée à la décision de médiation, si elle a recueilli l'accord des parties, la juridiction ne pouvant que donner force à la médiation, sauf en cas de partialité établie ou d'erreurs de procédure ou de droit manifestes.

2. Une avancée du droit de la consommation

Pour remédier à l'incertitude dans le processus de la médiation, la CPC a récemment adopté une nouvelle réglementation officielle relative à la médiation.

Ainsi, il appartient au bureau de la CPC d'organiser la médiation lors d'un différend suscité entre professionnel et consommateur, et ensuite de collaborer avec ces derniers en vue de parvenir à un accord.

La médiation se poursuivra à un double niveau. Dans une première étape, la médiation est effectuée par des agents du bureau de la CPC et elle ne doit pas excéder les 90 jours. En cas d'accord entre les parties, l'agent responsable prépare les procès-verbaux qui sont transmis à la CPC. A défaut d'accord, le dossier sera transmis à un comité désigné par la CPC en vue d'une deuxième médiation, laquelle ne devra pas non plus excéder les 90 jours.

Concernant la procédure de la médiation, celle-ci ne doit pas être publique. L'enregistrement des informations au cours de la procédure ne peut s'effectuer

Il en résulte que le droit d'exercer une action devant la juridiction pénale est éteint, pour les infractions commises à l'encontre de l'intérêt personnel d'une personne, telle la diffamation, si les parties parviennent à un accord valable de conciliation.

qu'avec le consentement des parties. Personne n'aura le droit de l'utiliser dans l'instance arbitrale tout comme devant la juridiction.

Mais les parties resteront libres de renoncer, à tout moment, à la procédure. Pour résumer, cette réglementation reprend le texte général de la loi sur médiation proposée par le Ministère de la Justice.

B/ De nouvelles perspectives sont encore à concrétiser

Comme tous, nous souhaitons voir se développer le recours au règlement amiable antérieur à une action judiciaire. Les suggestions que nous voulons proposer visent, nous semble-t-il, à améliorer encore davantage ce mode de règlement amiable. Les suggestions proposées pourraient être valables tant pour le projet de loi relatif à la médiation en général qu'à la réglementation sur la médiation à mettre en œuvre par la CPC. Elles consistent, selon nous, en deux points principaux, l'un relatif aux conditions d'accès à la médiation, et l'autre concernant l'instance de médiation.

1. Pour une médiation avec un accès élargi et une issue plus contraignante

Si nous voulons voir réellement se développer ce mode alternatif de règlement, tout d'abord, il est nécessaire d'élargir son champ d'application. Ainsi, tous les litiges civils devraient être soumis à la médiation et non plus seulement les litiges de peu d'importance tels que prévus dans le projet de loi. En matière pénale, ce mode amiable de règlement pourrait concerner toutes les contraventions.

Ensuite, et surtout, à notre sens, il faut faire en sorte que la médiation devienne enfin une instance préalable obligatoire avant de saisir la juridiction. Ceci pourrait concerner les différends relevant de droits spécifiques, droit de l'environnement, droit de la consommation, selon ce qui fonctionne déjà plutôt bien dans le cadre du droit du travail. Pour ce faire, certaines mesures d'encouragement pourraient être mises en place comme, par exemple, la diminution des droits à payer lors d'une action judiciaire pour des différends préalablement passés par le stade de la médiation légalement engagée mais sans succès.

De plus, contrairement au projet de loi du ministère, tout comme la réglementation concernant la médiation de la CPC en vigueur, selon lesquels une



partie, avant le terme de la médiation, à n'importe quel moment, pourra toujours renoncer à celle-ci, il est nécessaire, selon nous, de prévoir que seuls des motifs graves pourraient permettre aux parties de sortir de cette procédure. On songe notamment au problème de l'indépendance ou de l'impartialité du ou des médiateurs. Dans ce même esprit, si l'une partie engageait une action judiciaire malgré la médiation déjà en cours, il faudrait aussi prévoir la non recevabilité du litige par la juridiction.

2. Pour une médiation avec une instance souple mais sûre

Seule une procédure efficace peut inciter les parties à recourir à ce mode de règlement. La suggestion porte donc, d'une part, sur la personne chargée de la médiation, et, d'autre part, sur l'instance de la médiation elle-même.

Si le projet de loi prévoit que les parties peuvent librement choisir la ou les personnes chargées de la mission de médiateur selon leur choix, par contre, ces médiateurs doivent obligatoirement être choisis sur la liste établie par la juridiction. Contrairement à l'arbitre qui dispose de pouvoirs dans la poursuite de l'instance arbitrale et du pouvoir de rendre la sentence, le médiateur, à notre sens, ne joue aucun rôle aussi important. Il ne peut que concilier ou collaborer pour faire en sorte que les parties puissent parvenir à un accord. Or, ce dernier relève ainsi de la seule volonté des parties et non du médiateur. On se demande donc si limiter le choix du médiateur à la seule liste répond effectivement à l'objectif recherché. Que se passera-t-il si l'une partie préfère choisir une personne plus compétente que celle figurant sur la liste. Vaut-il mieux laisser le libre choix aux parties ?

Un problème identique se pose pour la médiation mise en œuvre en droit de la consommation où l'agent du bureau de la CPC prendra en charge automatiquement la mission de médiateur. Celui-ci manque souvent d'expérience voire, même parfois, ne suscite pas la confiance des consommateurs. La médiation à un double niveau, agent et comités, risque d'allonger la procédure. Il nous apparaît plus raisonnable de prévoir une seule phase de médiation tout en mettant l'accent sur la compétence du ou des médiateurs en charge ainsi que sur la garantie véritable de l'indépendance et de l'impartialité de ces personnes, en prévoyant surtout des moyens concrets de contrôle par exemple renseignements

sur leurs activités passées, sur les diplômes obtenus et surtout sur l’absence de confusion d’intérêts avec les parties en cause²⁶.

Enfin, en matière de consommation, il faut reprendre la même formule prévue au projet de loi général selon lequel l’accord de conciliation auquel les parties pourraient parvenir au terme de la médiation, devrait aussi jouir de l’autorité de la chose jugée. L’inexécution par l’une partie ayant participé à l’accord donnerait alors lieu à une exécution forcée ordonnée par la juridiction.

Conclusion

Force est de constater que le législateur a bien eu l’intention de chercher des moyens de résolution des différends autres que ceux de la voie judiciaire. Le recours aux modes amiables de règlement existe depuis pas mal de temps, en Thaïlande comme partout. La tendance actuelle va aussi vers ces modes alternatifs. De plus, la doctrine et les tribunaux y sont favorables.

La sincérité des rédacteurs du dernier projet de loi nous paraît indiscutable. Mais, encore faudrait-il que les parties qui seraient amenées à recourir à ce mode de règlement aient également la volonté de se comporter avec sincérité. Chose difficile encore dans notre société thaïe comme dans toute société.

Si ces conditions n’étaient pas réunies, nous n’aurions encore qu’une loi supplémentaire qui n’apporterait pas les fruits escomptés.

²⁶A titre du modèle intéressant, voir la Directive 2013/11/EU DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (L 165/63 JO 18 juin 2013). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0011&from=EN> (consulté le 27 février 2017).