

OBSERVATIONS prononcées à la suite de la communication de Sir Basil Markesinis (*séance du lundi 13 mars 2006*)

Roland Drago : Permettez-moi d'aller dans votre sens à l'aide d'un exemple qui concerne l'examen des faits et des motifs de faits sous le contrôle d'un juge dans des décisions administratives. Dans presque tous les pays du monde, on contrôle l'existence matérielle de ces faits. Mais il y a beaucoup de domaines dans lesquels les juges refusent de contrôler la qualification juridique en estimant qu'elle ressortit à la compétence discrétionnaire de l'administration.

Cette situation a paru si bizarre qu'à un certain moment on a coupé la poire en deux. Il a été décidé que quand l'erreur était manifeste, les juges pouvaient annuler sur cette base. Cette jurisprudence existait dans les tribunaux britanniques, mais de façon peu visible. Elle est apparue nettement par la suite au cours d'une sorte de ronde internationale. Les tribunaux allemands se sont en effet mis à contrôler l'erreur manifeste. Puis la notion a transité jusqu'au Tribunal fédéral suisse qui l'a reprise avec les mêmes fondements. Ensuite, elle est entrée au tribunal administratif de l'OIT, qui est la juridiction internationale ayant compétence en matière de jugement des fonctionnaires internationaux. Ce tribunal comprenait un membre du Conseil d'Etat français qui, dans les années 70, a ramené cette notion au Conseil d'Etat. On sait qu'aujourd'hui, même le Conseil constitutionnel a recours au système de l'erreur manifeste d'appréciation.

Il y a là un jeu international d'influences juridiques tout à fait significatif et j'aimerais connaître votre sentiment sur ce point.

*
* *

François Terré : J'évoquerai un sujet qui agite beaucoup les esprits en France à l'heure actuelle. Il s'agit de la question des *class actions*, méta-procédure américaine qui suscite bien des réticences en France. Il me semble qu'il y a cinq problèmes-clefs de toute la procédure qui sont impliqués.

Voici un avocat qui déclenche une procédure relative à des dommages de masse, mais qui va le faire aux Etats-Unis suivant une procédure tout à fait insolite par rapport aux traditions européennes continentales.

1°) Est-il concevable qu'à la suite d'une notification publique émanant d'un avocat ou d'un premier plaideur, notification publique adressée à une masse indéfinie (ou définie) de personnes, les personnes qui ne répondent pas puissent être entraînées dans une procédure qu'elles ignorent ?

2°) Est-il normal que la définition des personnes qui participent à une procédure soit moins assurée en termes de recevabilité par un contrôle a priori du juge, mais a posteriori par le juge qui dispose d'un grand nombre de pouvoirs, ignorés dans les procédures européennes en matière civile du fait du principe fondamental d'inertie.

3°) Ces avocats qui déclenchent des procédures à des fins souvent purement lucratives le font par démarchage, par publicité dans la presse. Est-il normal de démarcher ainsi des plaideurs ?

4°) Tout au long de la procédure, ceux qui n'ont pas réagi, sont, comme ceux qui ont réagi, entraînés dans la procédure sans qu'à aucun moment ils n'aient eu à discuter de leurs prétentions, de sorte que c'est le principe même de contradiction, fondement des procédures européennes, qui se trouve remis en cause.

5°) Comment se fait-il que, lorsque la décision est rendue, il soit possible de considérer qu'à l'égard de ceux qui n'ont pas manifesté leur intention, il y ait chose jugée, avec même peut-être, du fait d'une action reconventionnelle, la condamnation de ceux qui n'ont rien demandé ?

Est-ce que ces différences entre la procédure américaine et la procédure continentale européenne sont de pure technique ou est-ce qu'elles tiennent à des raisons fondamentales de philosophie politique ?

*
* *

Jacques Boré : Vous avez gardé le silence sur l'Amérique dite latine. Possédez-vous de cette région une connaissance suffisante pour affirmer que le droit français en a disparu ? Il semble pourtant que les livres français continuent à s'y vendre aussi bien qu'auparavant.

*
* *

Alain Plantey : Je ferai plusieurs observations.

Cette communication nous montre clairement que les systèmes juridiques sont en compétition, politique mais aussi pécuniaire. Les cabinets d'avocats sont devenus internationaux et jouent sur tous ces registres.

Pour le juge français, la situation devient très complexe car il lui faut appliquer non seulement le droit français, mais aussi le droit communautaire, la convention européenne des droits de l'homme. Ainsi pour le droit qui résulte des négociations diplomatiques, particulièrement avec des Etats européens.

Je ne crois pas que l'on puisse unifier le système anglo-saxon. Les Ecossais, par exemple, se vantent d'appliquer directement, grâce à leur grande autonomie, la convention européenne des droits de l'homme ; mais Londres trouve cela scandaleux puisque c'est le Royaume-Uni qui l'a ratifiée et qui est responsable de son application ou de sa non-application en Ecosse. *Due process* signifie encore quelque chose en Angleterre, mais qu'en est-il aux Etats-Unis, compte tenu de ce qui a été dit précédemment ?

4°) Le juge français est lié par la loi. Il ne peut, ni ne doit, inventer la procédure, comme le font, aux Etats-Unis certains juges. La référence aux codes peut être une entrave ou un garde-fou pour le juge français, mais elle est aussi une force.

*
* *

Réponses :

A Roland Drago : Ma thèse est bien que l'innovation en droit comparé vient des cours et non des professeurs. Il est bon que le Conseil d'Etat ou la cour de cassation utilisent des exemples venus de l'étranger. Ce que l'on peut toutefois déplorer, c'est que les cours américaines ou anglaises restent réticentes à l'utilisation du droit français ou tout au moins des idées juridiques françaises, à quelques exceptions près.

Permettez-moi de citer un exemple. Avocat devant la Chambre des Lords dans l'affaire *Fairchild vs. Glenhaven*, j'ai fait état de décisions et de citations provenant de France. Toutes ont

été acceptées. On peut trouver dans l'arrêt de la Chambre des Lords des éléments repris du code civil allemand ainsi que des décisions de la Cour de cassation.

Cette réceptivité au droit étranger est un excellent modèle qu'il conviendrait de suivre partout. C'est d'ailleurs dans cette optique que j'ai introduit l'enseignement du droit français – en français – à Cambridge, Oxford et Londres.

En droit administratif, la Grande Bretagne est un peu en retrait par rapport à la France. Ainsi le droit anglais n'accepte-t-il pas la possibilité d'actions en dommages et intérêts dans les cas de fautes graves de la part de l'administration. Personnellement, je regrette qu'il ne soit pas fait plus de place aux idées françaises.

Aux Etats-Unis, la situation est différente. Au XIX^e siècle, Pottier était souvent cité devant les cours. Deux ou trois grands arrêts jurisprudentiels ont fait référence à ses écrits. Aujourd'hui, tout cela a disparu ; c'est regrettable.

A François Terré : La *class action* dont vous avez parlé n'existe pas en Angleterre, mais seulement aux Etats-Unis. Comme disait George Bernard Shaw : « *England and America are two countries separated by a common language* ». Cela vaut aussi pour le droit. Les implications de la *class action* sont à mon sens aussi regrettables que complexes. Elle aboutit à une multiplication effrayante du nombre des actions.

J'ai été avocat dans trois affaires de *class action* aux Etats-Unis. La première était l'affaire *Silicone Breast*, où 400 000 femmes ont intenté une action contre un fabricant de prothèses mammaires au silicone. Le procès a duré dix ans et s'est terminé par un compromis de 5 milliards de dollars ! Ce sont les avocats qui ont tiré le plus de profit de la procédure. Dans une *class action* de ce type, l'avocat ne commence pas par démarchage, mais par un entretien avec son banquier. Il lui fait miroiter les enjeux du procès et lui demande une avance sur recette de plusieurs dizaines de millions de dollars qui lui permettra d'organiser l'accusation et de démarcher les plaignants.

Les excès sont évidents. Ils sont dus également à la tendance des jurys américains d'accorder des sommes pharamineuses en dommages et intérêts. Il me suffit de citer l'affaire du café trop chaud qui avait brûlé une cliente de Mc Donald, laquelle s'est vu attribuer deux millions de dollars.

Pourquoi un tel système, sans doute inapplicable en Europe, fonctionne-t-il bien aux Etats-Unis ? Sans doute parce que n'existe pas là-bas de sécurité sociale, pas de frais médicaux pris en charge par l'Etat.

A Jacques Boré : Les pays d'Amérique latine de langue espagnole étaient jadis influencés principalement par le droit espagnol, c'est-à-dire à l'origine par le Code civil. Le Brésil fonctionnait selon le système portugais. Mais aujourd'hui se manifeste un mouvement qui les éloigne de ces systèmes et les rapproche soit du droit allemand, soit du droit américain. Ce phénomène est également sensible en Australie malgré les liens de ce pays avec l'Angleterre. On peut s'étonner de l'utilisation du droit allemand. Elle est, là comme en Afrique du Sud, le résultat de l'attribution généreuse de bourses d'études à de jeunes juristes qui ont ainsi pu étudier en Allemagne. Par contraste, je suis véritablement atterré de constater que le droit français n'existe pas – ou plus – dans ces pays.

A Alain Plantey : Je suis bien d'accord avec vous, les systèmes juridiques sont en concurrence les uns avec les autres. Malheureusement, la France n'est guère présente dans cette compétition. Je n'en veux pour preuve que le fait que les plus grands cabinets d'avocats parisiens sont américains ou anglais.

Le mieux, à mon sens, serait de réagir à cette compétition au lieu de la subir. Dans le domaine de l'éducation, la France aurait dû recourir au secteur privé. Dans le domaine du droit comparé, les Français envisagent bien la création d'instituts, mais toujours sous la direction du ministère de l'Enseignement supérieur, avec toute la lourdeur administrative que cela implique.

Vous avez évoqué les différences juridiques au sein du monde anglo-saxon. Mais aujourd'hui l'équilibre est rompu, au profit des conceptions américaines qui s'imposent peu à peu dans le monde. Le monde a changé et il faut en tenir compte. Il ne s'agit certes pas de se laisser envahir par les idées étrangères ou de les copier servilement, mais de s'en inspirer pour faire évoluer son propre droit.

*
* *