

Droit des affaires

Mécanismes de gestion du risque d'abus (*)

Face au risque d'abus en droit des affaires, le juge a usé de mécanismes existants pour exercer un pouvoir modérateur tandis que le législateur recherche la mise en place de mécanismes préventifs et correcteurs pour envisager les « risques d'abus collectifs » dans la gestion desquels se situe notamment l'action de groupe.

« C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir a tendance à en abuser. Tout homme va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le nierait ! La vertu même a besoin de limites... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

Montesquieu, *L'esprit des lois*

Photos : DR



Bénédicte BURY
Avocat au barreau de Paris
Président de la Commission de droit bancaire de l'Ordre des avocats au barreau de Paris et membre du Conseil national des barreaux



Benoît LE BARS
Avocat au barreau de Paris
Maître de conférences en droit privé
Professeur associé à la Vermont Law School (USA)
Directeur du master DJCE de Cergy-Pontoise

Le rapport entretenu entre des professionnels et des consommateurs de produits financiers, donc entre la banque et ses clients, constitue l'un de ces rapports économiques par nature, rapports de forces ⁽¹⁾, susceptibles de devenir l'instrument de pratiques abusives, l'abus ayant pour origine la détention par son auteur d'un certain pouvoir. Le législateur et le juge interviennent pour une recherche d'équilibre et il se produit parfois que le pouvoir n'est pas là où l'on croit qu'il soit et que l'abus naisse, par l'effet ainsi perverti d'une volonté initiale de rééquilibrage, d'une certaine utilisation des droits des consommateurs.

Le juge dispose d'un pouvoir modérateur prétorien ou régulé, il renvoie et incite aussi à la médiation, tandis que cette culture de la modération doit se développer nécessairement par la formation à un état d'esprit, constructif, favorisant la recherche de solutions adaptées, par le développement d'une habi-

leté des acteurs à la négociation, aux modes dits « alternatifs » de règlement des différends, autant d'appels à l'intelligence des situations et à la modération.

La réflexion est orientée vers le risque d'abus et sa gestion par la prévention et par la correction (I) ⁽²⁾ avant d'aborder un exemple de mise en œuvre, celle de la gestion du risque d'abus collectif (II) ⁽³⁾.

I. LA MISE EN PLACE DE MÉCANISMES DE GESTION DU RISQUE

A. Les mécanismes correcteurs d'abus

Sans reprendre toutes les thèses permettant de justifier l'utilisation de cette théorie de l'abus de droit ⁽⁴⁾, nous retiendrons que la doctrine contemporaine a abandonné le terrain des principes pour analyser l'évolution jurisprudentielle. Le développement d'une doctrine de l'abus de droit fondée sur la théorie générale du pouvoir, liée à ce souci de régulation du rapport de force mérite de retenir l'attention. La jurisprudence a montré une certaine continuité pour voir dans l'abus de droit un mécanisme modérateur ⁽⁵⁾ et nous avons distingué l'abus de droit, procédé d'équité modératrice ou pouvoir modérateur prétorien et pouvoir modérateur régulé.

1. Le pouvoir modérateur prétorien

Bonne foi et abus de droit : l'histoire d'une intimité ⁽⁶⁾. Les décisions rendues ces dernières années ont régulièrement visé l'article 1134, alinéa 3 du Code civil : les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » ⁽⁷⁾.

(1) M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz 2001.

(2) Partie rédigée par Bénédicte Bury.

(3) Partie rédigée par Benoît Le Bars.

(4) G. Courtier, *Abus de droit, notion*, J.-Cl. civil, articles 1382 à 1386, fasc. 131-10, n°s 2 et s.

(5) Jean Carbonnier y voit un procédé d'équité modératrice à la disposition du juge.

(6) L. Cadet et P. Le Tourneau, *Abus de droit*, Répertoire civil Dalloz.

(7) B. Bury, « La bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client », *Gaz. Pal.*, n° 6 du 17 mars 2009, p. 6, H3216.

(*) Contribution au Colloque « L'abus en droit des affaires et le pouvoir modérateur du juge » (Paris, 7 octobre 2009), organisé par la Commission générale de droit économique du barreau de Paris et coordonné par Georges Teboul, *Gaz. Pal.*, n° 353 du 19 décembre 2009.

La jurisprudence et la doctrine rapprochent tant et si bien ces deux notions que parfois même elles les assimilent : « *L'abus se traduira donc par une faute du contractant, consistant d'une manière générale à manquer à la bonne foi. Elle crée à la charge de l'agent une dette de responsabilité, d'ordre délictuel ou quasi délictuel* » ⁽⁸⁾.

La liberté de contracter rend possible la rupture de pourparlers, dont les circonstances peuvent néanmoins engager la responsabilité de leur auteur. L'incohérence du comportement, l'attitude contradictoire établissent la violation de la bonne foi, norme comportementale fondement de la responsabilité en l'absence de conclusion du contrat, l'abus jouant un moindre rôle.

La bonne foi n'a cependant pas été retenue pour permettre la sanction d'un abus dans l'usage par le consommateur de certains droits ⁽⁹⁾, lorsqu'il s'est agi de l'utilisation du droit de renonciation en matière d'assurance-vie ⁽¹⁰⁾. La Cour a refusé de faire droit au moyen tiré des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil jugeant que « *l'exercice de la faculté de renonciation... est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise* », « *le législateur a entendu contraindre l'assureur à délivrer au souscripteur une information suffisante et choisi d'assortir cette obligation d'une sanction automatique, dont l'application ne peut être modulée en fonction des circonstances de l'espèce* » ⁽¹¹⁾. « *Le droit du renard est érigé au rang de principe général du droit* » ⁽¹²⁾. La nature étant ainsi faite, cette solution critiquable et d'ailleurs critiquée ⁽¹³⁾ conduit la Cour de cassation à adopter des solutions destinées à contourner cette règle ainsi érigée. Cependant, les juges du fond n'hésitent pas à faire usage de l'exercice de leur pouvoir modérateur pour tenir compte de l'utilisation abusive, parce que dévoyée, de dispositions protectrices des droits du consommateur, au mépris de la bonne foi exigée dans l'exécution du contrat.

De même que le droit de ne pas contracter, le droit de rompre est susceptible d'un exercice abusif. Libertés désormais surveillées dans un souci de loyauté et de sécurité ⁽¹⁴⁾. C'est en ces matières qu'est né un véritable devoir

de cohérence du cocontractant ⁽¹⁵⁾. Son inconstance fera présumer sa mauvaise foi et constituera l'exercice abusif de la liberté, de ce pouvoir qui lui avait été accordé. La rupture par le banquier d'une convention de crédit peut être jugée abusive (article L. 313-12 du Code monétaire et financier). La loi du 19 octobre 2009 a ajouté à l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier : « *Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption, qui ne peuvent être demandées par un tiers, ni lui être communiquées* ». Le prêteur ne devait motiver sa décision que lorsqu'il prétendait se trouver dans l'une des hypothèses le dispensant d'un préavis, c'est-à-dire en cas de comportement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise du bénéficiaire du crédit. Cette obligation de motivation est une mesure de prévention destinée à n'envisager la rupture que motivée alors que le principe en était la dispense. C'est un appel à la modération, à un rétablissement des équilibres et pouvoirs, à la suppression du risque d'arbitraire tandis que le pouvoir du juge apparaît inchangé, il n'apparaît devoir sanctionner que la seule rupture abusive, tandis que désormais l'absence de motivation pourrait faire présumer le caractère abusif de la rupture.

Procédures et abus de droit : la modération, remède à l'esprit de chicane. Le droit d'utilisation d'une voie d'exécution peut dégénérer en abus. Même Ripert, Mestre, Normand, réservés à l'égard de l'abus de droit, l'admettaient non seulement lorsqu'elle traduisait une intention malveillante, mais encore si elle avait été pratiquée sans attention ni précautions suffisantes ⁽¹⁶⁾.

La jurisprudence a retenu une conception extensive de la notion d'abus de droit, sanctionnant aussi bien la faute grossière que celle d'imprudence, parfois sans aucune référence à l'existence d'une faute.

Sans l'exprimer clairement, l'obligation du créancier professionnel de mesurer le risque grave que fait courir au débiteur la mise en oeuvre d'une voie d'exécution conduit le juge à exiger de lui depuis longtemps un comportement « impeccable » par référence aux pratiques et usages... à la bonne conduite attendue du professionnel.

Cette modération dans l'exécution est reprise à l'article 22 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1992, « *l'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation* » conférant au « *juge de l'exécution (a) le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie* ».

(8) L. Cadiet et Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n°s 78 et s.

(9) B. Bury, « Observations sur l'exigence d'un consentement libre et éclairé et le recentrage de l'obligation d'informer du banquier », *RD banc. fin.*, 2009, n° 3, p. 65 et références citées.

(10) Cass. civ. 2^e, 7 mars 2006, pourvoi n° 05-12338.

(11) Pour un arrêt de la Cour de cassation semblant chercher à modérer l'excès de la solution édictée : Cass. civ. 2^e, 19 février 2009, pourvoi n° 08-12280, le droit de renonciation est empêché par le rachat total du contrat d'assurance vie, qui met fin à celui-ci et ne saurait voir revivre ensuite aucun des effets qu'il est seul susceptible de générer. L. Mayaux, *JCP*, éd. G 2009, 1, 133 ; J. Djoudi, *RDBF*, mai-juin 2009, n° 96 ; S. Hovasse, *JCP*, éd. E, 9 juillet 2009, n° 1704, p. 16 ; S. Gossou, *LPA* n° 129, p. 18 et s.

(12) J. Kullmann, *RGDA* 2006, n° 2, p. 482, référence à « le droit du renard », M. Belmont et H. Lascombes, *RGDA* 2003, p. 420.

(13) Cf. notes bas de pages 10 et 13.

(14) B. Lassalle, *Les pourparlers*, *RRJ*, 1994-3, p. 825 et s. ; A. Laude, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PU Aix-Marseille, 1992 ; D. Mazeaud, « La genèse du contrat : un régime de liberté surveillée », *Droit et Patrimoine*, juillet-août 1996, p. 44 et s.

(15) D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *L'avenir du droit*, in Mélanges F. Terré, Dalloz 1999, p. 614 et s. ; C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441-472 ; B. Bury, *L'exigence de cohérence*, *Gaz. Pal.* du 31 mars 2005, p. 3.

(16) G. Courtieu, *J.-Cl. civil*, articles 1382 à 1386, fasc. 131-30, *Droit à réparation, Abus du droit d'agir en justice*, n°s 49 et s.

Le droit de s'opposer à une proposition de vente amiable des biens saisis peut aussi être sanctionné « *si le refus d'autoriser la vente est inspiré par l'intention de nuire au débiteur* » (article 52, loi du 9 juillet 1991) mais aussi « *l'auteur d'une demande de sursis à exécution manifestement abusive peut être condamné...* » (article 31 du décret du 31 juillet 1992).

Toutes les formes de voies d'exécution et de mesures conservatoires peuvent faire l'objet d'un abus lequel résulte de la pratique d'une saisie manifestement exagérée, disproportionnée au regard de l'importance des sommes dues ⁽¹⁷⁾, comme de la multiplication non indispensable des mesures. Une telle attitude, voire l'inutilité d'une mesure de la part d'un professionnel fait présumer le caractère intentionnel.

Le débiteur peut « *en cas de résistance abusive* » être condamné à des dommages-intérêts par le juge de l'exécution. La faute du débiteur, sa « *carence obstinée* » chasse l'abus du créancier. « *La corrélation des moyens employés pour la satisfaction de l'intérêt légitime du créancier ne saurait être interprétée indépendamment de l'attitude du débiteur* » ⁽¹⁸⁾.

La prévention et la gestion du risque d'abus de sûretés : la proportion exprimée. L'abus de sûretés a été l'occasion d'un important développement contentieux. Abus dans le principe même du créancier de recourir à une sûreté ou plus récemment le développement jurisprudentiel sanctionnant comme fautive la constitution de sûreté lorsqu'existe une disproportion manifeste entre la situation patrimoniale du garant et l'éventuelle portée de son engagement.

Le législateur est intervenu ne laissant parfois aucun pouvoir de modération au juge tandis que par une sanction radicale il manifestait sa volonté de prévenir le risque d'abus (article 313-10 du Code de la consommation) : le créancier « *ne pouvant se prévaloir d'un contrat de cautionnement..., lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* » ⁽¹⁹⁾.

Ainsi, le législateur a consacré des solutions prétoriennes fondées sur l'abus de droit et intervient de plus en plus pour une meilleure gestion des risques d'abus afin de prévenir mais aussi de gérer le risque survenu en conférant au juge un pouvoir modérateur qu'il encadre. Par ailleurs, la théorie de l'abus de droit doit permettre de modérer l'usage abusif de certains textes fussent-ils initialement instaurés pour rééquilibrer les forces. Ce pouvoir modérateur

permet de corriger la création de déséquilibres nouveaux non encore régulés par une intervention législative.

2. Le pouvoir modérateur régulé

La clause pénale : la mesure du pouvoir modérateur. Avant la réforme du 9 juillet 1975, le juge disposait déjà de la faculté de réduire les clauses pénales excessives, en application des dispositions de l'ancien article 1231 du Code civil, mais ce texte n'étant pas d'ordre public il pouvait être écarté par la volonté des parties. En 1975, le législateur a donc rendu d'ordre public les dispositions de l'article 1152 du Code civil. Pour autant, cette réduction ou augmentation de la clause pénale doit être exceptionnel, puisque le principe demeure l'application des stipulations contractuelles. Alors que dans les clauses abusives on tend à une liste de clauses réputées abusives, l'appréciation du caractère excessif dans les clauses pénales relève du pouvoir souverain du juge du fond. Pour autant le juge n'use de sa faculté que dans des cas extrêmes ⁽²⁰⁾. La Cour de cassation ne lui impose pas de motiver sa décision de refus d'user de ce pouvoir mais exige la motivation du caractère excessif ou dérisoire de la clause appliquée. Les juges tiennent compte du préjudice ressenti par la partie invoquant l'application de la clause pénale et se réfèrent parfois à la situation notamment patrimoniale du débiteur, ainsi qu'aux éléments factuels tels le taux d'intérêt conventionnel d'un prêt ou la bonne foi des parties, les auteurs évoquant alors la notion d'approche subjective ⁽²¹⁾. La Cour de cassation n'a sanctionné ou consacré aucune des approches objectives ou subjectives.

L'organisation du contrôle de la disproportion : la proportion incitée. Les articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation précités fournissent un exemple du pouvoir conféré au juge d'apprécier l'équilibre en cas d'« *engagement... manifestement disproportionné* » ⁽²²⁾. L'intervention du juge n'est envisagée que s'il caractérise une disproportion manifeste. Le législateur a ainsi veillé à ce que ce pouvoir dérogatoire, permettant l'ingérence dans le contrat, ne soit admissible qu'exceptionnellement. Le garde des Sceaux avait d'ailleurs indiqué qu'il s'agissait « *des garanties inhabituelles au regard de la pratique* » ⁽²³⁾. L'article L. 650-1 du Code de commerce prévoit en cas de « *procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire..., que... les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf... si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* » ⁽²⁴⁾. Le terme « manifestement » n'est pas employé. Il s'agit ici d'apprécier une exception au « principe d'irres-

(17) Cass. civ. 2^e, 18 juin 2009, pourvoi n° 08-18379 ; RD banc. fin. 2009, n° 4, comm. 138.

(18) V. note 16.

(19) Article L. 313-10 créé en 1993 et L. 341-4 applicable à toute caution personne physique créé par la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique.

(20) Pour une solution en droit administratif : CE, 29 décembre 2008, req. n° 296930, Droit administratif, 2009, n° 5, com. 70, « Le pouvoir du juge de moduler les pénalités », com. J.-B. Bousquet.

(21) RTD civ., 1998, n° 1, p. 110.

(22) Cf. note 13.

(23) 3^e séance du 8 mars 2005, 169^e séance de la session ordinaire 2004-2005, déb. AN, p. 1791.

(24) Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

ponsabilité ». Depuis la réforme ⁽²⁵⁾, les garanties prises en contrepartie des concours peuvent être annulées ou réduites par le juge.

B. Les mécanismes préventifs de l'abus

Les clauses abusives illustrent une démarche législative de prévention de l'abus de droit. La loi du 10 janvier 1978 a organisé la protection des consommateurs contre les clauses abusives et le rattachement à la théorie de l'abus de droit avait été clairement opéré lors des travaux préparatoires.

Antérieurement aux réformes du 1^{er} février 1995, étaient réputées non écrites par l'article L. 132-1 du Code de la consommation, les clauses imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et conférant à cette dernière un avantage excessif. Cette exigence est abandonnée par le nouveau texte et le verbe « imposer » a également disparu de la rédaction, la clause réputée non écrite est désormais légalement définie comme celle qui a pour objet ou pour effet de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat.

Il y a des clauses abusives indépendamment de leur interprétation. Ceci signifie qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si elles ont pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Il s'agit d'une part des clauses déclarées abusives et interdites par décret pris en Conseil d'État, et d'autre part des clauses contraires à des règles impératives. Le législateur, qui avait laissé une grande liberté au juge, établit sous l'impulsion de la Commission européenne de plus en plus de listes de clauses abusives, ainsi le 18 mars 2009 ⁽²⁶⁾ en déterminant une liste de 22 clauses abusives : liste de clauses noires déclarées abusives en tout état de cause, désormais interdites dans les contrats proposés aux consommateurs ; liste de clauses grises, présumées abusives, et en cas de litiges, il incombera aux professionnels, et non plus aux consommateurs d'apporter la preuve du caractère non abusif de la clause grise. L'évolution de la législation, comme le développement de la commission des clauses abusives, commémorant le 20 mars 2009 les 30 ans de la première recommandation de la commission des clauses abusives, marquent une objectivisation du dispositif légal autour de cette notion centrale de déséquilibre significatif sans recherche à effectuer sur l'intention ni nécessité de caractériser un comportement abusif.

Le caractère abusif peut aussi dépendre de l'interprétation de la clause. Cela laisse ainsi le juge intervenir et exercer un pouvoir modérateur, l'article L. 132-1 du Code

de la consommation déléguant au juge le pouvoir d'apprécier si les clauses contenues dans un contrat conclu entre des professionnels et non professionnels ou consommateurs ont pour objet ou effet de créer au détriment de ces derniers un déséquilibre significatif. Pour qualifier abusive une clause ni interdite par décret, ni illicite, le juge interprète et doit déterminer la portée de la stipulation contractuelle, autrement dit, vérifier si elle confère un avantage significatif au professionnel avec un guide d'interprétation fourni par l'article L. 132-1. Deux exemples sont fournis par les clauses de contrats de crédits permanents et les clauses de convention de compte de dépôts ⁽²⁷⁾.

Enfin, sur le régime procédural, un arrêt majeur et inattendu a été rendu par la CJCE le 4 juin 2009 ⁽²⁸⁾ au visa de la directive sur les clauses abusives et assignant au juge national l'obligation de relever d'office un tel moyen afin de « *suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel* ».

La clause abusive est réputée non écrite, ce qui ne soulève pas de difficultés lorsque c'est un consommateur individuel qui intente une action tandis que si l'action est engagée par une association de consommateurs en suppression des clauses abusives sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, il faut, comme l'avait déjà précisé la Cour de cassation en 2005 que les clauses litigieuses figurent dans un contrat type encore distribué à la date d'introduction de l'instance.

Cela étant, « *il ne suffit pas de faire des lois pour protéger les consommateurs. Il faut encore donner aux consommateurs les moyens de faire respecter leurs droits. Si ces moyens n'existent pas, le droit de la consommation reste une matière théorique sans portée pratique. L'expérience suivie dans nos divers pays montre la difficulté qu'éprouvent les pouvoirs publics à trouver des moyens vraiment efficaces* » ⁽²⁹⁾ tandis qu'« *en toute hypothèse, on ne saurait se résigner en la matière à cette alternative entre la paralysie judiciaire et l'égarement dans la nébuleuse des voies extrajudiciaires de règlement des conflits* » ⁽³⁰⁾ encore ici insuffisamment développées, connues et maîtrisées par les acteurs.

Enfin, si le « *droit des contrats est somme toute assez fluctuant... et qu'il n'a pas fallu bien longtemps pour que la*

(25) Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

(26) JCP, éd. E, 2009, n° 15, Act. 178, « Clauses abusives : les nouvelles clauses « noires » et « grises ». À propos du décret du 18 mars 2009 », note N. Sauphanor-Brouillaud.

(27) Cass. civ. 1^{re}, 8 janvier 2009, pourvoi n° 06-17630 et Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2009, pourvoi n° 08-15802 ; JCP, éd. E, 2009, n° 22, p. 12 ; CCC 2009, n° 3, comm. 85 ; RD banc. fin., 2009, n° 5, comm. 149 : la Cour juge abusive notamment la clause qui stipule l'assimilation du compte de dépôt au compte courant.

Cass. civ. 1^{re}, 5 février 2009, pourvoi n° 06-16349 : La clause exigeant un préavis en cas de remboursement anticipé d'un crédit à la consommation est illicite et entraîne la déchéance du droit aux intérêts.

Cass. civ. 1^{re}, 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-15226 ; JCP, éd. E, 2009, n° 24, p. 11 : Jugée abusive à raison de sa rédaction la clause prévoyant la résiliation du contrat de prêt pour une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat.

(28) CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08 ; D. 2009, p. 2312.

(29) J. Calais-Auloy, *Instituto do consumidor*, Lisbonne, 1994, p. 171, cité par Gilles Paisant dans « Libres propos sur les modes alternatifs de règlement des litiges de la consommation », in *Études de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 767 et s.

(30) G. Paisant, *op. cit.* Variations sur de minimis..., p. 779.

théorie de l'abus des droits n'imbibe le droit commun du contrat » dont la théorisation progressive illustre ce qui est appelé la socialisation du droit... la protection efficace des consommateurs, voire de la concurrence, peut-elle vraiment être assurée par le droit des contrats ou faut-il avoir recours à notre droit collectif⁽³¹⁾ ? « Collectif » par ailleurs au cœur des actions de groupe dont il y a lieu d'établir en quoi et comment elles seraient susceptibles de permettre « l'éclosion de cette fameuse société de confiance »⁽³²⁾.

II. MISE EN ŒUVRE DES MÉCANISMES DE GESTION DES ABUS : LE RECOURS À L'ACTION DE GROUPE

Les débats passionnés autour de la *class action* et de ses risques d'inflation contentieuse et de ses coûts, pour les uns, ou son caractère d'ultime outil de régulation du comportement des entreprises, pour les autres, occultent le fait que le recours collectif est une tradition qui remonte loin dans notre histoire. La tradition française des « ligues de défense »⁽³³⁾, ces groupements de représentation d'intérêts collectifs⁽³⁴⁾ et les réactions, dans le contexte révolutionnaire, à l'encontre des corporations, nous rappellent que la lutte entre représentation collective et représentation individuelle est présente dans notre tradition juridique et politique depuis très longtemps. Vue comme une menace pour l'ordre public, l'action collective est aussi un droit fondamental, à travers la liberté d'association ou le droit d'intenter librement une action en justice.

“ La réalité des faits se heurte à une mécanique juridique dont les principes constituent des blocages à la libre défense de la victime ”

Il est indéniable que l'action de plusieurs plaignants devant les tribunaux civils ou pénaux est une réalité française. La jurisprudence a très tôt reconnu le droit pour des associations d'agir en représentation de l'intérêt commun de leurs membres et l'utilisation faite par certains de la « plainte contre x », instrument d'enquête au service d'un plaignant

qui peut avoir des difficultés d'accès à l'information, révèlent aussi une véritable dynamique de recherche de solutions d'actions contentieuses permettant de représenter les préjudices subis à grande échelle.

La difficulté actuelle tient au fait que le contentieux a nettement évolué. De plus en plus souvent, les justiciables sont confrontés à des dommages sériels dont le poids est limité au niveau individuel, mais dont l'effet à grande échelle est énorme. Or, face à ce type de situation, qui peut se rencontrer notamment en matière de consommation comme d'information financière ou de préjudice collectif d'actionnaires, la procédure civile est encore en retard. Le droit peine à trouver des solutions d'indemnisation adaptées. Le principe « *nul ne plaide par procureur* » met également des barrières. C'est toute la difficulté de traiter le préjudice collectif : la réalité des faits se heurte à une mécanique juridique dont les principes constituent des blocages à la libre défense de la victime.

A. La difficile introduction d'une action de groupe en droit français

Toute la difficulté des actions collectives tient au fait qu'elles modifient fortement la manière de concevoir l'action en justice. Dans le système de l'*opt out*, un justiciable ou représentant de classe agit au nom d'un groupe non identifié de personnes qui pourront s'exclure de la classe pendant la procédure. La difficulté est, dans ce cas, d'être représenté à une action en justice dont on ne sait même pas qu'on est partie et, parfois, dont on n'a même pas connaissance. À l'inverse, l'*opt in* permet à toutes les personnes concernées par un type de préjudice de déclarer qu'elles souhaitent faire partie d'une classe, ce qui est plus respectueux des droits de la défense.

Quelles que soient les solutions procédurales adoptées, les actions collectives peuvent concerner des personnes qui n'ont en commun que d'avoir subi un même préjudice, parfois de faible montant, mais qui n'agiraient jamais à titre individuel car le coût du procès dépasserait de loin ses possibles effets positifs.

La réflexion sur ce sujet a été très tôt engagée et, sans remonter aux commentaires les plus anciens, il faut noter que la profession d'avocat a rapidement proposé des pistes pour faire évoluer nos règles de procédure. En 2004, un premier rapport rédigé sous l'impulsion du bâtonnier Lévy, a été suivi des conclusions d'une commission interministérielle aboutissant à un avant-projet de loi, demeuré lettre morte. Plus proche de nous, en 2009, l'ordre administratif lui-même s'est saisi de la question et le Conseil d'État s'est déclaré favorable au recours collectif pour les contentieux sériels, tout en ajoutant que des associations représentatives devraient avoir une compétence d'attribution pour initier et porter ces causes.

De son côté, la Commission des lois du Sénat a, par un communiqué de presse du 16 juillet 2009, formulé 28 recommandations de réforme de la responsabilité civile, parmi lesquelles figuraient une proposition concernant la

(31) C. Jamin, Rapport général, « Droit et économie de la concurrence » du 27 octobre 2005 au 9 novembre 2006, Cour de cassation, disponible sur le site de la Cour. Notamment I. La dimension collective des droits de la concurrence et de la consommation.

(32) *Op. cit.* note 31.

(33) Cass. civ., 23 juillet 1918, S. 1921, I, p. 289, note Chavegrin ; Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1975, pourvoi n° 74-11480 ; Cass. civ. 3^e, 10 octobre 1978, pourvoi n° 77-11979, D. 1979, p. 581, note E. Franck ; CA Paris, 13 janvier 1994, Gaz. Pal. du 3 mai 1994, p. 25, note M. Jobard ; sur l'intérêt agir des groupements, v. Y. Guyon, « Faut-il des associations d'actionnaires et d'investisseurs ? », *Rev. soc.* 1995, § 3, p. 208-209.

(34) Sur les conceptions de l'intérêt collectif élaborées par Planiol et Ripert, H. Solus, R. Perrot et J. Carbonnier, v. L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris 1, 1995, p. 11 et s. Cet auteur propose aussi une définition personnelle de l'intérêt collectif qu'il identifie à « une somme d'intérêts individuels, non pas par leur mode de définition mais par leur finalité ».

création d'une action collective pour dommages sériels et l'autorisation de dommages et intérêts punitifs versés à la victime et à un fonds d'indemnisation.

Les initiatives sont donc nombreuses mais elles se heurtent, presque systématiquement, à une opposition entre les tenants de deux thèses totalement différentes quant à la représentation à l'action. Un courant collectiviste, ou consumériste, retient que seules des associations agréées ou reconnues d'utilité publique devraient pouvoir introduire de telles actions.

Un courant plus libéral, relève que le défendeur naturel des causes est l'avocat. L'avocat devrait pouvoir agir au nom des plaignants après une phase de qualification de la classe ou du groupe. Un tel système de contrôle préalable de la recevabilité par le juge servirait de régulateur entre les actions introduites de manière légère et celles bénéficiant de solides fondements juridiques.

Entre ces deux thèses, se manifeste aussi une crainte de course aux honoraires, telle qu'elle est présentée aux États-Unis. Les avocats ne devraient pas pouvoir réaliser des honoraires trop élevés sous prétexte qu'ils agissent pour le compte de classes de victimes très vastes. Cette critique est connue mais elle omet de rappeler que les avocats outre-Atlantique assument la charge du procès jusqu'au dernier jour et qu'un mauvais procès leur retombe automatiquement sur les épaules, outre le fait que leurs honoraires sont contrôlés par le juge chargé du dossier. Rien n'interdit que de telles mesures protectrices soient imaginées ailleurs.

En tout état de cause, alors que les autres pays d'Europe avancent, il conviendrait que la France continue à progresser pour éviter que ne perdure les hiatus actuels au regard de l'article 11 de la CESDH et de la liberté de nos concitoyens d'intenter librement une action en justice en cas de préjudices sériels.

Il ne faut pas oublier une réalité pratique qui n'est peut être pas assez rappelée : les victimes de ce type de préjudices ne sont que très mal indemnisées. En effet, dans l'hypothèse de la défense des droits des consommateurs, la Commission des clauses abusives opère un travail extrêmement important, mais l'impact financier pour les victimes directes des manquements est assez peu substantiel.

Ainsi, réformer le régime des actions collectives en France signifie aussi poser des questions assez fondamentales sur la manière dont est structurée la défense des intérêts collectifs ou de l'intérêt global.

B. Les actions collectives américaines se tournent vers l'Europe

L'actualité récente nous montre que le besoin d'une réaction législative se fait d'autant plus sentir que nous vivons un des dommages sériels à grande échelle les plus importants de toute notre histoire, sans pouvoir réagir très efficacement, à savoir la crise financière. Alors qu'en France

certain auteurs s'interrogent sur les moyens d'apporter des solutions aux dommages subis à titre individuel par les épargnants, les actions collectives liées aux effets de la crise financière ont déjà dépassé les 200 aux États-Unis, et ces affaires concernent presque tous les grands opérateurs de la crise actuelle, qu'ils soient américains ou étrangers.

Il peut sembler étrange que des préjudices de taille mondiale soient appréhendés principalement par le juge étranger alors que les victimes de la crise se situent aussi en Europe. Cet état de fait met aussi cruellement en lumière les manques de notre procédure civile et des outils à la disposition des justiciables. Si ces victimes disposaient d'un mécanisme en France, elles pourraient se défendre, alors que faute de connaissance des *class action* en cours aux États-Unis et des moyens d'y participer, nombre des victimes européennes, dont les juges américains tiendront pourtant compte dans leurs calculs, ne demanderont jamais leur dû. L'économie globale est aussi le miroir des systèmes de droit et ses inadéquations sont particulièrement criantes en période de chocs.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence américaine continue son travail en faveur des justiciables non ressortissants américains. C'est ainsi que depuis une affaire *Morrison c/ National Australia Bank Ltd* (23 octobre 2008), le juge américain s'est prononcé en faveur de la participation des investisseurs étrangers impactés par le comportement des professionnels sur le sol américain. Cette évolution de la jurisprudence américaine est une bonne chose, mais qui va aller porter sa cause si loin pour obtenir réparation ? Les investisseurs institutionnels et les grands établissements financiers, fortement impactés par la crise, hésitent déjà à réagir. Alors que pourrait bien faire un investisseur individuel isolé ne disposant pas des mêmes moyens de se défendre ?

Il est donc temps de poser vraiment le débat de la *class action* en France, ou d'arrêter de le poser et de le trancher une bonne fois pour toutes. Mais une telle réforme n'est pas que de procédure. En effet, que nous sert-il de disposer d'une action de groupe quand la perte de valeur de titres est difficilement indemnisable ou quand les préjudices subis par des actionnaires sont peu entendus par le juge pénal et très mal par le juge civil ? Le mal serait donc plus profond et relèverait d'une réforme substantielle, ou d'une évolution du droit de la responsabilité des préjudices sociétaires et collectifs. Quelques parlementaires s'en sont saisis au titre de propositions de lois ou d'amendements, rapidement mis au tiroir en raison des questions de fond qui se posent. Mais il va sans doute falloir réagir, car un droit sans procédures adaptées est une chose, mais une victime sans droit d'agir est sans doute bien plus grave. ●