

QUELQUES REMARQUES D'ORDRE PRATIQUE SUR LES PROCEDURES D' ACTIONS DE GROUPEⁱ AUX ETATS-UNIS

Jeffrey V. Hill, jhill@hill-lamb.com
Hill & Lamb LLP
Portland, Oregon

Introduction

Les tribunaux américains reconnaissent depuis longtemps qu'il est parfois important de permettre à des affaires individuelles d'être portées ensemble devant la justice. Dénommées « group litigation » à l'origine, les « actions de groupe » permettent à des personnes dont les affaires de petite envergure sont bien étayées sur le fond de s'unir en présentant une seule affaire. Cela permet à des demandeurs se trouvant dans des situations semblables de porter ensemble devant la justice des affaires qui auraient été laissées sans suite en d'autres circonstances. L'expérience américaine est empreinte d'enjeux et d'abus. Ce document présente succinctement la structure des actions de groupe américaines et la façon dont les tribunaux ont interprété la Federal Rule of Civil Procedure 23 (« FRCP »^o) [*Règle fédérale de procédure civile N° 23*]ⁱⁱ. Il traite notamment de certains problèmes, qui se sont posés et ont été résolus, et apportera peut-être des éléments de réflexion précieux à des problématiques qui risquent d'apparaître au fur et à mesure que l'Union européenne élabore et étoffe sa propre législation en matière d'actions de groupe.

Histoire des actions de groupe

Les actions de groupe américaines modernes trouvent leur origine en Angleterre et dans la Magna Carta. La législation anglaise ancienne reconnaissait une action en équité dénommée « Bill of Peace » dans le cadre de laquelle certains groupes de personnes saisissaient la justice d'une demande commune. C'est de là que proviennent les *representative suits* américaines, lesquelles permettaient de rassembler de nombreuses actions en une seule. Les décisions de justice américaines des débuts ont jeté les fondements pour des actions en justice assimilées à des actions de groupe, toutefois le système demeurait aléatoire et imprévisible. Le Congrès a promulgué les premières lois reconnaissant les actions de groupe en 1937, puis en 1966 avec la version initiale de la FRCP 23. Le Congrès apporte régulièrement des retouches à la loi et la version actuelle est issue d'une modification récente de 2003. La décision de la Cour suprême des Etats-Unis qui a suscité le plus de débats est celle qui a été rendue dans l'affaire *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 564 U.S. 338 (2011).

La règle fédérale de procédure civile 23

Conditions préalables de la règleⁱⁱⁱ 23(a)

La règle 23(a) énonce des conditions spécifiques qui doivent toutes être remplies pour qu'une action de groupe puisse être homologuée.

La règle 23(a)(1) exige que le groupe pressenti soit si important que des actions en justice séparées ne pourraient être traitées pour des raisons pratiques ; les tribunaux parlent de *numerosity*^{iv}. Il n'est pas nécessaire que la plainte formulée indique le nombre

exact de membres du groupe et le tribunal saisi a le droit de formuler des hypothèses de bon sens pour étayer son argumentaire lorsqu'il juge qu'un groupe est suffisamment important. Ainsi, il arrive que des groupes pressentis ne comptant que treize personnes puissent être estimés comme suffisants¹.

La règle 23(a)(2) exige que les demandes revêtent un caractère commun [ou *commonality*^v]. Les membres d'un groupe ne peuvent initier une action comme représentants que si le groupe est réuni autour de questions communes de droit et de fait. Le caractère commun est un élément crucial et le point central dans de nombreuses décisions qui déterminent si les affaires sont suffisamment semblables pour que le groupe soit homologué. La règle 23(a)(3) exige que les demandes ou les contestations des parties représentant le groupe soient représentatives des demandes et des contestations du groupe.

Enfin, la règle 23(b)(4) exige que les avocats représentant le groupe soient adéquats pour représenter le groupe en entier. La règle exige que le tribunal « désigne pour le groupe un conseil qui soit en mesure de représenter justement et adéquatement les intérêts du groupe ».

Règle 23(b) Homologation du groupe – question la plus importante

Outre la nécessité de remplir toutes les conditions énoncées dans la règle 23(a), une action de groupe doit aussi remplir au moins l'une des conditions de la règle 23(b). Ainsi, le groupe pressenti doit :

A. Eviter le risque d'une divergence dans les jugements (FRCP 23(B)(1)(a)) ;

B. Eviter de lier des parties qui ne sont pas membres du groupe et dont les intérêts peuvent être différents de ceux du groupe (FRCP 23(B)(1)(b)) ;

C. Présenter une demande d'*injunctive relief*^{vi} adaptée (FRCP 23(b)(2)) ; ou

D. Le tribunal doit conclure de manière spécifique que l'action de groupe est la meilleure manière de procéder (FRCP 23(b)(3)).

Règle 23(b)(1)(A) – Nécessité d'éviter le risque d'une divergence dans les jugements

La règle 23(b)(1)(A) se concentre sur la partie qui **s'oppose** au groupe, habituellement le défendeur. Cette règle exige qu'un grand nombre d'actions séparées soient initiées si l'action de groupe n'est pas homologuée.

Dans les affaires *In re*^{vii} *Federal Skywalk* (1982)², le tribunal a homologué un groupe de personnes qui alléguaient avoir subi des dommages suite à l'effondrement d'un hôtel. Le tribunal a envisagé la multiplicité d'actions en justice individuelles pour déterminer que l'invocation de la responsabilité du défendeur se révélerait inutile et potentiellement conflictuelle. Etant donné la nature des demandes, le tribunal a observé que ce serait une

¹ *Dale Electronics v. R.C.L.L Electronics, Inc.*, 53 F.R.D. 531, 534 (D.N.H. 1971) - groupe de treize membres jugé suffisant. *Rosario v. Cook County* (1983) – groupe de vingt membres jugé suffisant

² 93 F.R.D. 415 (W.D.Mo. 1982), 680 F.2d 1175 (8th Cir. 1982)

'naïveté grossière' de dire qu'un grand nombre d'actions en justice était très peu probable³. Le tribunal a donc homologué l'action de groupe.

Cependant, en vertu de cette même règle, à savoir l'absence de risque d'une divergence dans les jugements, la plupart des tribunaux arrivent à la conclusion que l'homologation d'un groupe est inadéquate. Dans l'affaire *O'Conner v. Boeing North American, Inc.* (1997)⁴, les plaignants ont allégué que des déchets dangereux libérés lors d'essais nucléaires les avaient exposés à un risque de maladie élevé. Le tribunal a décidé que les plaignants n'avaient pas démontré que des actions séparées éviteraient le risque d'une « divergence dans les jugements..., ce qui entraînerait des règles de conduite incompatibles » pour les défendeurs. Comme la plupart des tribunaux, le tribunal saisi de l'affaire *O'Conner* a estimé que l'homologation d'une action de groupe n'était pas adéquate si elle impliquait de nombreuses questions individuelles présentant un risque de divergence dans les jugements.

Règle 23(b)(1)(B) – Protection des membres du groupe

La règle 23(b)(1)(B) est centrée sur la *protection* des membres *du groupe*. Cette règle permet d'homologuer une action de groupe lorsque des procédures individuelles risquent de produire des résultats divergents ou variés et ce faisant un traitement différent des demandeurs. Un cas de figure de ce type est celui où un défendeur a des moyens financiers limités pour satisfaire toutes les revendications. Cette règle peut être invoquée dans les actions impliquant des relations entre employeurs et employés, des politiques publiques, des obligations entre mandataires dans le cadre d'une fiducie, et lorsque les droits de personnes autres que les parties peuvent être affectés par une action en justice individuelle⁵.

Règle 23(b)(2) – Adéquation de la mesure d'*injunctive relief*

La règle 23(b)(2) traite de situations dans lesquelles la mesure préalablement recherchée porte sur un jugement déclaratoire applicable à l'ensemble du groupe. Le Congrès a envisagé que cette subdivision serait très utilisée dans les affaires de droits civiques. La règle prévoit qu'un groupe peut être homologué lorsqu'une partie s'opposant au groupe a agi ou a refusé d'agir d'une façon particulière vis-à-vis d'un groupe donné. Cette subdivision ne s'étend pas aux affaires dans lesquelles la mesure finale adéquate se rapporte de façon exclusive ou prédominante à des dommages-intérêts.

Règle 23(b)(3) – Nécessité d'une conclusion spécifique sur l'adéquation de l'action de groupe

Cette règle est la plus importante lorsque l'on est en présence d'une action collective en responsabilité civile^{viii} ou d'autres actions visant une mesure semblable.

La règle 23(b)(3) exige que le tribunal arrive à deux conclusions : (1) que les questions communes sont prédominantes par rapport aux questions affectant uniquement certains membres du groupe, et (2) que le traitement de l'affaire sous forme d'une action de groupe est « supérieur » à un traitement individuel des demandes des membres. Les

³ Idem

⁴ 180 F.R.D. 259 (C.D.Cal. 1997)

⁵ Voir *Lloyd v. City of Philadelphia* 121 F.R.D. 246, 247-52 (D.Pa. 1988)

tribunaux peinent à déterminer ce que signifie la « prédominance » des questions communes par rapport aux questions affectant uniquement certains membres d'un groupe pressenti. Précisons qu'il appartient au plaignant d'établir que l'action de groupe permettra de réaliser les économies de temps, d'efforts et d'argent envisagées par la règle sans sacrifier à la justesse dans la procédure ni entraîner d'autres résultats non désirés.

En outre, la règle 23(b)(3) exige qu'un avis soit envoyé aux membres du groupe pouvant être identifiés *en déployant des efforts raisonnables*. Les membres potentiels du groupe qui ne peuvent pas être identifiés tout de suite doivent être avisés « dans les meilleurs délais possibles au vu des circonstances », et cela suscite souvent des litiges devant les tribunaux.

Enfin et toujours selon cette règle, les membres du groupe doivent être informés qu'ils ont la possibilité de s'exclure du groupe (ou de se « retirer »), qu'ils seront liés par le résultat de l'action s'ils ne se retirent pas, et qu'ils peuvent participer à l'action séparément avec leur propre avocat.⁶

Homologation du groupe – étape la plus importante dans une action de groupe

Un problème récurrent qui se pose avec l'homologation d'une action de groupe est le degré auquel un tribunal doit analyser le fond d'une affaire pour déterminer si l'action peut ou non être homologuée. Initialement, la tendance allait contre une analyse sur le fond, tandis que récemment, l'analyse va plus dans le détail. Aujourd'hui, il est habituel pour les tribunaux du fond de procéder à une 'analyse rigoureuse' pour décider si une partie cherchant à se faire homologuer [en tant que groupe] remplit les conditions préalables de la règle 23⁷. Actuellement, la stratégie adoptée par les défendeurs pour éviter qu'un groupe ne soit homologué consiste à demander une analyse détaillée du fond avant homologation et à renverser la procédure si le tribunal refuse de le faire.

La *commonality* parmi les demandeurs est cruciale. Il appartient à la partie cherchant à se faire homologuer [en tant que groupe] d'établir une *commonality* suffisante parmi les membres du groupe pressenti. Les défendeurs s'opposent souvent à l'homologation d'une action de groupe en démontrant que la *commonality* est insuffisante pour que les exigences de la règle 23 soient remplies.

Le critère de la *commonality* avait peu d'importance⁸ auparavant, cependant avec l'affaire *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*⁹, la Cour suprême des Etats-Unis en a fait un élément crucial. Dans l'affaire *Dukes*, six employés ont allégué avoir subi une discrimination personnelle au regard des politiques de Wal-Mart mais la Cour a jugé que l'analyse de *commonality* avait révélé que la demande de chaque personne était unique. Le fait que chaque demande reposait sur un cas de discrimination sexuelle au regard de la politique de l'employeur n'était pas suffisant pour que le critère de *commonality* soit satisfait.

⁶ Voir « *The Due Process Right to Opt Out of Class Actions*, 73 N.Y.U. L. Rev. 480, 488-89 (1998). (Les droits de retrait sont importants au regard du principe de régularité du procès : ils indiquent si [le membre concerné] consent ou non à ce que l'affaire soit portée devant les tribunaux et qu'il a la possibilité d'éviter d'être lié par le résultat du procès.)

⁷ Voir *Zinser v. Accufix Research Inst., Inc.* 253 F.3d 1180, 1186, modifié par 273 F.3d 1266 (9th Cir. 2001)

⁸ *Sprague v. Gen. Motors Corp.* 133 F.3d 388, 397 (6th Cir. 1998); (Faisant remarquer qu'il est bien établi qu'il suffit d'une seule question de droit ou de fait en commun pour que le critère de *commonality* soit satisfait.)

⁹ 564 U.S. 338 (2011)

La Cour suprême a insisté sur le fait que la *commonality* exigeait que les demandes des membres du groupe « fussent fondées sur un argumentaire commun » de sorte que la « détermination de sa vérité ou de sa fausseté puisse résoudre en une fois une question qui est centrale à la validité de chaque demande »¹⁰. Le plaignant doit démontrer la « capacité d'une procédure par action de groupe à générer des réponses communes » à des questions communes de droit ou de fait qui soient « aptes à diriger le procès vers la solution »¹¹. La décision rendue dans *Dukes* a été critiquée car nombreux sont ceux à estimer que la Cour aurait pu, dans le cas d'une action de groupe, conclure au caractère discriminatoire de la politique de l'employeur tout en permettant à chaque demande individuelle d'être évaluée entièrement sur son propre fond. De nombreuses questions demeurent sans réponse dans ce domaine et sont susceptibles d'être portées devant les tribunaux.

Notification aux membres du groupe pressenti

Charge de la notification.

Les actions régies par la règle 23(b)(3) sont uniques et il est obligatoire de notifier aux membres du groupe l'existence de l'action de groupe. Les demandeurs initiant une action au titre de la règle [23](b)(3) recherchent spécifiquement une compensation financière et la décision est contraignante vis-à-vis des demandeurs qui n'y participent pas, c'est principalement pour ces [deux] raisons que la règle prévoit l'obligation d'envoyer, « dans les délais les plus brefs possibles au vu des circonstances, un avis à tous les membres potentiels du groupe qui peuvent être identifiés moyennant des efforts raisonnables ».¹²

Ces exigences suscitent un questionnement tant au regard du formalisme de la notification que de celui à qui il appartient de prendre en charge le coût de la notification aux membres d'un groupe. Dans l'affaire *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* (1974), la Cour suprême a jugé que la charge de la notification portait sur les plaignants du groupe. Dans son argumentaire, la Cour a expliqué que les défendeurs ne devaient pas être tenus de payer tant que la responsabilité n'était pas déterminée et que le coût de notification ne pouvait être renvoyé sur le défendeur qu'à partir de ce moment-là.

Coût de la notification.

Le coût de la notification aux membres potentiels du groupe est un obstacle considérable dans certaines actions de groupe, notamment les actions de groupes de consommateurs. La notification des membres dans le cas d'un groupe étendu peut être onéreuse, voire rédhibitoire, en particulier dans les affaires où de nombreux demandeurs peuvent être identifiés et doivent donc être avisés par voie postale^{ix}. On avance souvent, et ceci est souvent vrai, que le fait d'exiger des plaignants qu'ils paient la notification risque d'empêcher des actions fondées si les plaignants n'ont pas les moyens d'en financer le coût. Toutefois, comme le fait remarquer la Cour^x dans l'affaire *Eisen*, les plaignants prennent en charge les coûts de leurs propres actions en justice mais le transfert des coûts de notification [sur les défendeurs] en fin de procédure permet d'indemniser les plaignants lorsque l'action est fondée.

¹⁰ Idem

¹¹ Idem

¹² FED. R. CIV. P. 23(c)(2)

La nature contraignante des actions de groupe

Le principe de régularité dans le déroulement d'une procédure exige qu'une partie soit avisée d'une action de groupe, de la possibilité qu'elle a d'y participer ou de s'en retirer, et de l'éventualité qu'elle se voie liée par la procédure. Les tribunaux sont très prudents et exigent que la notification soit effectuée dans les actions de groupe recherchant des dommages-intérêts avant qu'une partie ne puisse être liée par le résultat du procès. Une fois que la partie a reçu un avis en bonne et due forme, elle peut être liée par la procédure selon qu'elle décide ou non d'y participer. Si la partie se retire, elle peut engager sa propre action. Si la partie ne se retire pas, elle est liée par le résultat¹³.

Problème : de nombreuses demandes de petite envergure peuvent entraîner des sommes élevées en honoraires d'avocats et en pénalités

Bien que les actions de groupe aient été conçues pour aider de nombreux plaignants lésés, il y a bien sûr des circonstances où des abus sont commis. Cela peut se produire lorsqu'une action de groupe rassemble délibérément des demandes de pénalités inscrites dans la loi en un grand groupe de plaignants. Ce procédé peut entraîner pour le défendeur une condamnation à payer des pénalités considérables quand bien même on pourrait soutenir qu'il n'a commis de tort qu'une seule fois ou que quelques fois.

Il y a de fortes chances que le rassemblement des pénalités force les défendeurs à résoudre des affaires non fondées et entraîne des peines sans proportion avec la conduite du défendeur. Ainsi dans l'affaire *Price v. Lucky Strike Entertainment, Inc.*, (2007), le groupe pressenti d'environ 33 000 membres aurait pu récupérer des millions de dollars de pénalités en dommages-intérêts bien que les plaignants n'eussent allégué aucun préjudice¹⁴. Les défendeurs réussissent à s'opposer à ces actions de groupe à l'étape de l'homologation en soutenant que le rassemblement des plaintes en un groupe conduit à une indemnisation sous forme de dommages-intérêts tout à fait disproportionnée alors que des actions individuelles n'en entraîneraient aucune.

Quelques questions spécifiques aux assurances

Les actions de groupe posent des questions dans le domaine des assurances tant en ce qui concerne la couverture des assurés eux-mêmes que la couverture des tiers. La problématique de la *commonality* parmi les demandes et les décisions de traiter individuellement les demandes sont des thèmes récurrents dans les procédures initiées par les actions de groupe.

Sinistres concernant les assurés eux-mêmes

Un plaignant peut être tenté par l'homologation d'une action de groupe lorsqu'il existe de nombreux sinistres similaires mais d'importance relativement réduite. Le cas de figure le plus fréquent est probablement celui des demandes d'indemnisation qui opposent

¹³ *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 812 (1985). Dans les actions recherchant un *injunctive relief*, la Cour n'a pas encore dit que les membres absents avaient le droit d'être avisés et qu'ils avaient un droit au retrait comme l'exige le principe de régularité du procès, et les règles fédérales ne l'exigent pas non plus. Voir Lahav, A.D., 2012. *Due Process and the Future of Class Actions*. Loy. U. Chi. L.J. 44, p. 545

¹⁴ *Price v. Lucky Strike Entertm't, Inc.*, No. CV 07-960ODWMANX, 2007 WL 4812281, à *4 (C.D. Cal. Aug. 31, 2007)

une compagnie d'assurance et un assuré à propos d'un sinistre^{xi} pour dégâts matériels. Ces demandes sont par nature contractuelles et sont encadrées par le langage spécifique de la compagnie d'assurance. L'assuré déclare habituellement un sinistre pour couvrir ses propres dégâts et l'assurance l'indemnise selon les conditions définies dans la police d'assurance.

Les sinistres concernant les assurés eux-mêmes et portant sur de petites sommes, *semblables par les faits et par les questions qu'ils soulèvent*, peuvent apparaître suffisamment ressemblants pour donner lieu à une action de groupe. Cette ressemblance peut être accentuée lorsque l'assureur utilise un logiciel d'établissement de devis et de règlement de sinistres, et traite ainsi les sinistres de manière unifiée. Cela a conduit à de nombreuses actions de groupe dans des situations où des actions individuelles n'auraient pas été portées devant la justice à cause de leur petite envergure¹⁵. Pour argumenter en faveur de l'homologation de leur action de groupe, les représentants du groupe désignent habituellement les pratiques de traitement des sinistres comme étant similaires pour tous les demandeurs, exhortant ainsi à la reconnaissance de la *commonality*.

Les assureurs qui réussissent à s'opposer à l'homologation d'une action de groupe démontrent que les cas individuels sont trop différents pour invoquer la *commonality* au regard de la règle [de procédure fédérale]. Les faits relatifs à chaque sinistre sont différents et le logiciel est utilisé de manière très individualisée, les questions de fait et de droit *ne* sont donc *pas* communes à tous les membres du groupe. En dépit de l'utilisation du logiciel, le règlement des sinistres est un processus très individualisé : l'exploitation d'outils électroniques et de programmes d'analyse des sinistres nécessite toutefois le jugement et le pouvoir discrétionnaire d'un expert en sinistres. Dans l'affaire *Newell v. State Farm Gen. Ins. Co.* (2004)¹⁶, la cour [d'appel] a jugé qu'une action de groupe ne pouvait être acceptée car le droit de chaque assuré à se faire indemniser dépendait des faits particuliers qui caractérisaient son sinistre¹⁷. Cela est d'autant plus motivé par le fait que les biens immobiliers diffèrent en termes de conception, de matériaux de construction, d'élévation, d'emplacement et de nature des dégâts allégués¹⁸.

Dans l'affaire *Aguilar v. Allstate Fire and Casualty Company* (2007)¹⁹, le tribunal a jugé que, si l'on pouvait soutenir que les politiques générales de l'assureur en matière de règlement des sinistres soulevaient *une* question commune de fait – en démontrant un modèle et une pratique répréhensibles qui consistaient à ne pas régler les sinistres correctement – il demeurerait nécessaire de réaliser un examen approfondi des faits individuels. Qu'il était par exemple nécessaire d'analyser les demandes d'indemnisation de chaque membre du groupe pressenti, notamment : nature et étendue des dégâts, chronologie et méthode de règlement du sinistre de chaque membre du groupe, montant de l'indemnisation perçue par chaque membre du groupe pour son sinistre, dégât en cause, suffisance et ponctualité de l'indemnisation ; que tous ces éléments étaient à prendre en considération. Le tribunal a décidé ce qui suit : « Au vu des pièces du dossier, il est clair que ces questions individualisées et très personnelles soulevées par chaque membre du groupe sont telles qu'il est tout à fait impossible d'argumenter en faveur du

¹⁵ Marcy Hogan Greer, *A Practitioner's Guide to Class Actions*. American Bar Association. Chapitre *Tort Trial and Insurance Practice* (2010)

¹⁶ *Newell v. State Farm Gen. Ins. Co.* 118 Cal. App. 4th 1094 (2004)

¹⁷ *Idem*

¹⁸ *Idem*

¹⁹ *Aguilar v. Allstate Fire and Casualty Company* No. 07-1738, 2007 WL 734809 (E.D. La. Mar. 6, 2007)

caractère commun d'une quelconque question, ce qui rend les demandes inadaptées pour une action de groupe »²⁰. L'homologation de l'action de groupe a été refusée.

Sinistres concernant les tiers

Un sinistre concernant un tiers est bien entendu un sinistre qui est déclaré à l'encontre de l'assuré et par suite auquel l'assureur est sollicité pour défendre et/ou indemniser l'assuré. Lorsqu'ils sont traités sous forme d'actions de groupe, ces sinistres peuvent soulever la question de savoir si les demandes d'indemnisation formulées à l'encontre de l'assuré peuvent être rassemblées en un groupe. À titre d'exemple, citons l'affaire *In re Synthroid Marketing* (2001)²¹:

Dans l'affaire *Synthroid*, un groupe de consommateurs et de mutuelles de santé ont initié une action contre un laboratoire pharmaceutique en alléguant que ce dernier avait trompé les médecins quant à la bioéquivalence de médicaments moins chers dans le traitement de l'hypothyroïdie. Le tribunal a retenu que le critère de *commonality* était satisfait au vu des questions de fait et de droit soulevées par les membres du groupe, à savoir si les défendeurs avaient intentionnellement ou non supprimé les informations scientifiques d'une manière contraire à la loi fédérale et de l'Etat. Les plaignants avaient allégué que les défendeurs avaient orienté une conduite uniforme à l'égard des membres du groupe pressenti. En dépit des différences possibles entre les demandes individuelles des demandeurs, le tribunal a jugé que leurs allégations étaient suffisantes pour satisfaire le critère de *commonality* et pour homologuer le groupe.

Mis à part les différences entre la nature des sinistres, à savoir s'ils concernent les assurés eux-mêmes ou les tiers, il peut être impossible de rapprocher les résultats obtenus dans les cas précités. Dans les trois cas, en effet, il apparaîtrait que le tribunal pourrait établir une condition minimale pour déterminer les questions de droit et de fait – la méthode de règlement ou la procédure de commercialisation des médicaments était-elle adaptée ? – puis rechercher les différences individuelles de chaque demande. La différence des issues judiciaires reflète probablement une différence dans la perception qu'ont les tribunaux de l'adéquation du statut d'une action de groupe en matière de couverture des assurés eux-mêmes par rapport aux actions collectives en responsabilité civile. Quel que soit le cas, on observe que de nombreuses actions de groupe sont reconnues dans le cas d'actions collectives en responsabilité civile et relativement peu dans le cas de contrats privés.

Conflits d'intérêt et autres questions éthiques

Il ne fait aucun doute que les actions de groupe donnent à des demandes qui autrement seraient trop peu importantes pour être initiées individuellement, la possibilité d'aboutir à un dédommagement. Malheureusement, si les actions de groupe donnent aux plaignants l'avantage d'accéder à un forum pour faire entendre leurs cas, elles ouvrent aussi la voie aux abus, comme cela est évoqué précédemment, et elles constituent un procédé attractif à cet égard. La présente section identifie certaines questions éthiques auxquelles est confronté le conseil d'un groupe et qui ont donné lieu à des actions en justice, à une opposition à l'homologation d'actions de groupe, ou à d'autres problèmes encore.

²⁰ Idem

²¹ *In re Synthroid Mktg. Litig.* 264 F.3d 712 (7th Cir. 2001)

Sollicitation et procédures multiples

Les avocats de toutes les juridictions sont assujettis aux règles régissant la sollicitation d'affaires et leurs relations avec leurs clients. Les tribunaux ont conscience que les actions de groupe peuvent aussi être utilisées comme « instruments de sollicitation de procès... ce qui est clairement un résultat indésirable qui ne peut être toléré²² ». Pour les défendeurs, ce phénomène est particulièrement évident lorsque le conseil d'un plaignant a porté des actions de groupe semblables avec le même plaignant comme représentant.²³

Conflits entre les membres du groupe et le conseil du groupe

Dans une procédure ordinaire, un plaignant est présent physiquement pour suivre les actions de son avocat et pour approuver ou contester l'orientation du procès ou la résolution proposée après discussion avec son conseil²⁴. Si le plaignant n'est pas satisfait des décisions prises dans la procédure ou s'il désapprouve les décisions ou les conditions d'une résolution, le client peut demander à son avocat soit de rejeter la résolution, soit de la restructurer. Toutefois, dans les actions de groupe, les membres du groupe n'ont habituellement connaissance d'une résolution qu'une fois que leur conseil a négocié les conditions avec les adversaires, or à ce stade ils n'ont plus la possibilité de participer à la résolution, qu'il s'agisse d'en modifier les conditions ou d'élever une objection sensée contre la résolution. Le conseil du groupe doit veiller à ne pas créer un conflit en négociant un accord sur les honoraires d'avocat qui générerait pour lui un avantage manifestement différent de l'avantage conféré au groupe dans son ensemble.²⁵

Les conseils des groupes et les avocats des défendeurs comprennent la dynamique des actions de groupe et peuvent jouir d'un pouvoir discrétionnaire total dans la résolution de la procédure au nom des membres du groupe et en leur absence. Etant donné la taille d'une action de groupe homologuée, la perspective d'une rémunération fondée sur un pourcentage élevé, et le montant des dommages-intérêts induits par une action de groupe typique, les avocats participant à ces actions n'ont guère intérêt à engager des dépenses importantes pour faire évoluer l'affaire par les stades de l'enquête préalable et du jugement au fond. [Ainsi], si le conseil d'un groupe peut aboutir à une résolution anticipée de l'affaire, il percevra toujours un pourcentage élevé des dommages-intérêts destinés au groupe (ainsi que des honoraires élevés) moyennant des efforts et des dépenses réduits. Cela peut encourager une résolution anticipée dans laquelle le conseil du groupe, ainsi que, probablement, les défendeurs, perçoivent des avantages disproportionnés au dépens des membres du groupe.

Toutes ces questions ont suscité des procédures judiciaires de tous types : entre et parmi les membres d'un groupe, ainsi qu'entre les membres d'un groupe et leur conseil, et elles posent des enjeux éthiques quant à la façon dont se conduit le conseil. Ce sont là des domaines où les procédures judiciaires sont récurrentes aux Etats-Unis.

Soucis de confidentialité

²² *Rodriguez v. Family Publ'ns Serv., Inc.* 57 F.R.D. 189, 195 (C.D. Cal. 1972) (qui cite *Buford v. Am. Fin. Co.*, 333 F. Supp. 1243, 1251 (N.D. Ga. 1971))

²³ Voir par ex. *Saunders*, 2007 WL 4812287, à *2 n.5 (Qui fait remarquer que le conseil du plaignant a porté 37 actions de groupe au titre de la loi FACTA [Fair and Accurate Credit Transaction Act] avec Saunders comme plaignant dans 11 des affaires.) ; *Price*, 2007 WL 481281, à *5 (Qui fait remarquer que le conseil de l'action de groupe a été impliqué dans au moins 20 affaires au titre de la loi FACTA avec Price comme plaignant dans six des affaires.)

²⁴ Voir *In re Masters Mates and Pilots Pension Plan*, 957 F.2d 1020, à 1025-26 (2d Cir. 1992)

²⁵ Voir *Ramirez v. Sturdevant*, 21 Cal. App. 4th 904, 916-17 (1994)

La confidentialité des procédures judiciaires et des résolutions est souvent une question qui préoccupe les parties dans tous types d'affaires. Etant donné le nombre potentiellement important des membres d'un groupe et l'étendue des communications entre les avocats et leurs « clients », il est impossible de faire appliquer le principe de confidentialité dans les actions de groupe ou de l'étendre [à ce type d'actions]²⁶.

Le rôle des juges dans les actions de groupe

Dans un procès américain avec jury, le juge détermine la loi tandis que les jurés déterminent les faits et appliquent la loi aux faits. Or ces règles traditionnelles sont remises en question dans les actions de groupe. Comme cela a été évoqué, nombreuses sont les étapes d'une action de groupe où le juge prend des décisions qui sont habituellement d'ordre factuel et sont susceptibles d'avoir des effets significatifs sur le déroulement de la procédure et les droits des parties.

Dans le cas d'une action de groupe, le juge s'impliquera en général très tôt dans la procédure et de manière active pour surveiller et gérer l'action de groupe. A l'opposé, dans un contexte traditionnel, le juge peut ne rencontrer les parties que le jour du jugement. Dans le cas d'une action de groupe, le juge doit se prononcer le plus tôt possible pour déterminer si le groupe pressenti est adapté pour donner lieu à une action de groupe. Dans un contexte traditionnel, les parties ne sont pas tenues de demander l'agrément préalable du juge pour procéder. L'action de groupe pressentie doit répondre aux critères minimaux d'homologation, et cela suppose notamment que le juge estime si la représentation du groupe par le conseil et les représentants pressentis est adéquate. De plus, le juge doit désigner le conseil du groupe en fonction de critères établis dans la règle [fédérale de procédure civile]. Dans un contexte traditionnel, le juge ne se prononce sur l'adéquation de la représentation à aucun moment de la procédure, sauf en cas d'absolue nécessité.

Dans les actions de groupe, les juges sont investis d'importants pouvoirs de gestion pour superviser la procédure et ils sont encouragés à le faire de manière active. Dans un contexte traditionnel, les juges ne sont habituellement pas impliqués de manière active dans le déroulement de l'affaire ou dans le jugement. Tous ces rôles judiciaires placent inévitablement le juge dans une situation où son point de vue personnel affecte le déroulement et l'issue d'une procédure. Cela peut inciter le conseil d'une action de groupe à faire ses emplettes pour rechercher des juridictions et des juges ayant une orientation particulière ou ayant rendu des décisions précédentes particulières, et peuvent avoir un effet radical sur l'issue de la procédure. C'est pour cette raison que certaines juridictions attirent certains types de procédures et que les défendeurs craignent les « zones d'enfer judiciaire » où les plaignants de certaines affaires ont réussi leur procès, parfois dans des proportions considérables. Dans le contexte des actions de groupe, il est presque impossible d'éviter ces risques et ces situations ; les défendeurs et leurs conseils visés par une action de groupe doivent étudier [ces risques et situations] de manière approfondie et les planifier.

CONCLUSION

Les Etats-Unis comptent cinquante juridictions d'Etat et des circuits fédéraux séparés. Les règles varient. Les actions de groupe posent de nombreuses questions

²⁶ Voir Marc Z. Edell & Philips J. Duffy, *Ethical Pitfalls Confronting the Mass Tort Lawyer*, 166 N.J. LAW. 32, 33 (1995)

d'ordre juridique qui demeurent ouvertes. Les problèmes et les questions évoqués ont un caractère commun et les décisions de justice ont changé au fur et à mesure que la législation en la matière a évolué. De nombreux problèmes ont été résolus par des décisions qui peuvent paraître arbitraires, qui restreignent la souplesse individuelle des demandeurs et des défendeurs, et qui ont parfois de lourdes conséquences. Cette discussion élargie et générique mettra en lumière, nous l'espérons, les questions soulevées par l'expérience américaine qui seront utiles aux parties et à leurs conseils en Europe, dans un contexte où la législation européenne en matière d'actions de groupe poursuit son évolution.

Notes du traducteur

ⁱ Le terme « class action » peut être traduit de différentes façons : « recours collectif », « action collective » ou « action de groupe ». J'ai opté pour la dernière : « action de groupe » par souci de commodité linguistique.

ⁱⁱ Les éléments entre crochets ne font pas partie du texte original, je les ai insérés pour faciliter la compréhension.

ⁱⁱⁱ Nous sommes bien en présence d'un texte ayant force de loi telle que l'aurait un article du code de procédure civile en France, toutefois j'ai conservé le terme « règle » car nous sommes dans un système de Common Law.

^{iv} J'ai conservé le terme anglais dans la traduction car il est tiré d'un contexte juridique particulier.

^v Idem ici.

^{vi} Aux Etats-Unis, l'injunctive relief est une mesure prise par le juge interdisant à une partie (généralement le défendeur) de faire quelque chose de précis ou de se comporter d'une façon précise ; cette mesure est prise dans une situation où une indemnisation financière ne peut compenser les dommages subis ou pouvant être subis par le plaignant. Elle peut être temporaire (requête en référé) ou permanente.

Source : <https://legaldictionary.net/injunctive-relief/>

^{vii} Aux Etats-Unis, l'abréviation latine in re est en général utilisée pour désigner une affaire. De manière plus spécifique, elle peut désigner une affaire portant sur un litige relatif à des biens plutôt qu'à des parties (par ex. créances revendiquées quant aux biens d'une société en faillite), ou une affaire à partie unique (par ex. adoption). Cela explique l'absence de la partie défenderesse habituellement introduite par l'abréviation « v. » (versus).

^{viii} Le choix de traduction du terme « mass tort » est celui de « action collective en responsabilité civile » ; il existe une autre traduction, plus littérale : « litige de masse ». L'action en « mass tort » ne doit pas être confondue avec la « class action », qui est en fait un type de « mass tort ». La « class action » obéit à des critères plus restrictifs que l'action en « mass tort » ; quant à cette dernière, elle peut rassembler des préjudices différents d'une personne à l'autre, sa structure ne suit pas nécessairement les règles de procédure standard et la rend plus complexe, et il peut être plus difficile d'en déterminer la résolution et l'indemnisation.

Source : <http://www.cssfirm.com/2010/08/16/class-action-vs-mass-tort-whats-the-difference/>

^{ix} Les deux premières phrases du paragraphe se répètent sensiblement mais c'est bien le texte original tel qu'il est rédigé.

^x En toute logique, il s'agit bien ici de la Cour suprême des Etats-Unis et non d'une autre instance, d'où l'utilisation du terme « Cour » et non tribunal dans cette phrase.

^{xi} Le terme « claim » a de nombreuses significations possibles, la plus fréquente dans ce texte étant « demande formulée dans une action en justice » ; dans le chapitre relatif aux assurances, cependant, et selon le contexte de la phrase, ce terme à une signification différente, celle de « sinistre » ou de « demande d'indemnisation ».