

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DES ÉTATS-UNIS
DU DISTRICT SUD DE NEW YORK

02 Civ. 5571 (RJH) (HBP)

IN RE VIVENDI UNIVERSAL, S.A.
LITIGE SUR TITRES DE PLACEMENT

OPINION ET
ORDONNANCE REVISÉE*

Les demandeurs introduisent la présente class action en matière de dol relatif à des valeurs mobilières, contre les défendeurs Vivendi Universal, S.A. (« Vivendi ») et ses deux anciens dirigeants les plus hauts placés, Jean-Marie Messier (ancien Président-Directeur général) et Guillaume Hannezo (ancien Directeur financier), individuellement et pour le compte d'acquéreurs de valeurs mobilières en situations semblables. Les demandeurs allèguent que les déclarations essentiellement fausses et trompeuses des défendeurs ont causé la négociation des valeurs mobilières de Vivendi à des prix artificiellement gonflés et qu'en outre, les défendeurs les ont induits à acheter ou acquérir autrement des valeurs mobilières de Vivendi en vertu d'une déclaration de cotation en bourse et d'un prospectus en date du 30 octobre 2000, émis en rapport avec la fusion de trois sociétés le 8 décembre 2000, à savoir Vivendi, Seagram Company Limited (« Seagram ») et Canal Plus, S.A. (« Canal Plus »), en infraction respectivement aux sections 10(b) et 20(a) de la Loi sur les bourses de valeurs de 1934 (« Loi sur les bourses de valeurs ») telle qu'amendée et codifiée dans le Code des États-Unis 15 U.S.C. §78j(b), et la Règle 10b-5 promulguée ci-dessous, ainsi que des sections 11, 12(a) et 15 de la Loi sur les valeurs mobilières de 1933 (« Loi sur les valeurs mobilières ») telle qu'amendée et codifiée dans le Code des États-Unis 15 U.S.C. §77k.¹

* L'Opinion et l'Ordonnance du 26 mars 2007 est par la présente révisée pour corriger les erreurs de frappe à la page deux et soixante-huit qui indiquaient inexactement que la Période de la Classe proposé par les demandeurs commençait le 20 octobre 2000; le Période de la Classe proposé par les demandeurs commence le 30 octobre 2000.

¹ La réclamation invoquant la section 12(a)(2) tel qu'allégué contre le défendeur Hannezo en sa qualité de personne physique a été rejeté dans l'affaire *In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.*, 381 F. Supp. 2d 158, 187 (S.D.N.Y. 2003) et n'a pas été réintroduit dans la Première demande consolidée de la class action. (*Voir* Stipulation et Ordonnance [107], 17 déc. 2003.) La réclamation invoquant la section 12(a) tel qu'allégué contre le défendeur Messier subsiste.

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

Les demandeurs invoquent maintenant les Règles 23(a) et 23(b)(3) des Règles fédérales de procédure civile aux fins de requérir la certification d'une classe consistant en toutes les personnes, de nationalité étrangère ou des États-Unis, qui ont acheté ou acquis d'autre manière des actions ordinaires ou des Actions américaines en dépôt (*American Depository Shares* ou « ADS ») de Vivendi Universal, S.A. entre le 30 octobre 2000 et le 14 août 2002. Pour les raisons examinées ci-dessous, le Tribunal fait droit en partie à la demande des demandeurs [234] et la rejette en partie.

CONTEXTE

Historique

La présente action a débuté le 18 juillet 2002 par le dépôt de la demande initiale introductive d'instance. Le 19 août 2002, les demandeurs ont déposé une demande amendée et consolidée. Par ordonnance en date du 1er octobre 2002, l'Honorable juge Harold Baer, Jr., à qui l'examen de cette affaire avait été dévolu initialement, a joint quatorze actions connexes contre Vivendi. Le 7 janvier 2003, les demandeurs ont déposé une demande consolidée de class action. Des actions intentées par des actionnaires supplémentaires ont été jointes à la présente par ordonnances en date des 25 juillet 2003 et 3 septembre 2003. Par notification en date du 24 février 2003, les défendeurs ont déposé des conclusions demandant le non-lieu de la class action jointe en déclarant, entre autres, que le Tribunal n'avait pas de compétence sur l'objet en ce qui concerne les réclamations des membres étrangers de la classe ayant acquis des actions ordinaires de Vivendi auprès de bourses étrangères. Par application du « test du comportement » pour déterminer s'il y avait lieu de faire application extraterritoriale des lois fédérales sur les valeurs mobilières, le Juge Baer, dans son opinion en date du 4 novembre 2003, a rejeté la demande des défendeurs en vue de la déclaration d'un non-lieu fondé sur l'absence de compétence sur l'objet. Voir *In re Vivendi Universal, S.A.*, 381 F. Supp. 2d, à la page 169. Le Juge Baer a conclu que la demande des demandeurs alléguait de manière adéquate que « le comportement des défendeurs aux États-Unis était plus qu'une simple préparation au dol, et que des actes particuliers ou des omissions coupables d'actes commises sur le territoire des États-Unis avaient directement causé des pertes aux investisseurs étrangers, à l'étranger. »

Idem. (citation de *Alfadda v. Fenn*, 935 F.2d 475, 478 (2d Cir. 1991)) ; voir également, *idem* page 170 (déduisant « que le dol allégué en bourse américaine, était une cause « substantielle » ou « une cause contribuant de manière significative » aux décisions [des investisseurs étrangers] d’acheter les titres [de Vivendi] à l’étranger ») (le texte entre crochets dans l’original, citation omise). Les demandeurs ont d’abord déposé une Première demande amendée et consolidée de class action (*First amended consolidated class action complaint* ou « FACC ») le 24 novembre 2003. Peu de temps après, le 4 décembre 2003, cette affaire a été attribuée en second lieu au présent Tribunal. Les défendeurs ont alors déposé une demande de réexamen de l’ordonnance du Juge Baer, que le Tribunal a rejetée par ordonnance en date du 21 septembre 2004. Le Tribunal a délivré une Opinion et Ordonnance séparée traitant de l’une des nombreuses questions soulevées dans les demandes des défendeurs requérant le réexamen ; à savoir, si le Tribunal est doté de la compétence sur l’objet, eu égard aux réclamations des demandeurs étrangers en vertu de la section 10(b) de la Loi sur les bourses de valeurs et la Règle 10b-5 promulguée ci-dessous. Voir *In re Vivendi Universal, S.A.*, No. 02 Civ. 5571 (RJH), 2004 WL 2375830 (S.D.N.Y. 22 oct. 2004). En concluant que les réclamations des membres étrangers de la classe qui avaient acquis des actions ordinaires de Vivendi sur des bourses de valeurs étrangères étaient correctement déposées devant le Tribunal et soumises à la Loi fédérale sur les valeurs mobilières des États-Unis, le Tribunal a tenu le raisonnement que le comportement aux États-Unis allégué par les défendeurs « contribuait de manière significative au dol allégué et qu’un tel comportement avait directement causé les pertes alléguées des investisseurs étrangers ». *Idem* au *7 (citant *Europe & Overseas Commodities Traders, S.A. v. Banque Paribas London*, 147 F.3d 118, 128-29 (2d Ci. 1998)).

Par notification en date du 15 juillet 2005, les demandeurs ont déposé une requête en substitution tendant à la certification de la classe en vertu des Règles 23(a) et 23(b)(3) des Règles fédérales de Procédure civile.² Comme cela a été noté, la classe proposée consiste en toutes les personnes qui ont acheté

² Dans la Première demande amendée et consolidée, les demandeurs ont défini la classe proposée comme suit :
(a) en leur propre nom et au nom de toutes les personnes ayant acheté ou acquis de toute autre façon les actions ordinaires et ou des Actions américaines en dépôt (*American Depository Shares* ou « ADS ») de Vivendi (la « Classe des acquéreurs ») entre le 30 octobre 2000 et le 14 août 2002 compris (la « Période de

ou acquis de toute autre manière des actions ordinaires ou des ADS de Vivendi entre le 30 octobre 2000 et le 14 août 2002. La requête tend à obtenir la nomination des demandeurs Olivier M. Gerard, Le système de retraite pour les employés généraux de la ville de Miami Beach (*Retirement System for General Employees of the City of Miami Beach*, « RSMB »), Bruce Doniger, Gérard Morel, Capital Invest Die Kapitalanlagegesellschaft der Bank Austria Creditanstalt Gruppe GmbH (en sa qualité de gérant et de fondé de pouvoir de APK EU-Big Caps Fund) (« Capital Invest »), et William Cavanagh (collectivement, les « représentants de la classe proposée », en tant que représentants de la classe, et Milberg, Weiss, Bershad & Shulman LLP ainsi que Abbey Gardy, LLP, en tant qu'avocats représentant la classe. (*Idem*))

Le contexte des faits

Vivendi est une société constituée en vertu de la législation française. C'est un conglomérat mondial dont les activités appartiennent à deux domaines principaux : « Médias et communications » et « Services environnementaux » (FACC ¶30.) Pendant toute la durée de la Période de la Classe, le nombre total d'actions en circulation du capital de Vivendi (actions ordinaires et ADS comprises) était d'environ 1,08 milliards. (Déclaration de François Bisiaux à l'appui du mémoire de Vivendi Universal, S.A. s'opposant à la requête des demandeurs tendant à obtenir la certification de la classe, 30 septembre 2005, (« Déclaration Bisiaux »), Annexes 1 à 5)). Environ vingt-cinq pour cent de ces actions étaient détenues par des actionnaires des États-Unis. (*Idem.*) Environ trente-sept pour cent du nombre total d'actions de Vivendi étaient détenus par des actionnaires français. (*Idem.*) Le reste des actions de Vivendi était détenu de manière prédominante par des personnes physiques ou morales européennes non françaises, et un petit

la Classe », alléguant des infractions à la Loi sur les bourses de valeurs de 1934 (la « Loi sur les bourses de valeurs » ; (b) en leur propre nom et au nom de toutes les personnes ayant acquis des actions ordinaires ou des ADS de Vivendi (la « Sous-classe issue de la fusion ») en vertu d'une déclaration de demande de cotation en bourse et d'un prospectus en date du 30 octobre 2000 émis en rapport avec la fusion de trois sociétés (la « Fusion »), à savoir la fusion de Vivendi, S.A., The Seagram Company Limited (« Seagram ») et Canal Plus, S.A. (« Canal Plus ») qui a créé Vivendi Universal, S.A., alléguant des infractions à la Loi sur les valeurs mobilières de 1933 (la « Loi sur les valeurs mobilières ») ; et (c) en leur propre nom et au nom de toutes les personnes qui étaient actionnaires de Vivendi ou de Seagram à la date du 25 novembre 2000 et dotées du droit de vote sur la Fusion (la « Sous-classe des procurations » en vertu de la Déclaration relative aux Procurations-Prospectus conjoints émis en rapport avec la Fusion, alléguant des infractions à la Loi sur les bourses de valeurs.

(FACC §1.) La requête des demandeurs tendant à obtenir la certification de la classe et leurs mémoires à l'appui ne proposent la certification d'aucune sous-classe.

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

pourcentage (environ cinq pour cent) était détenu régulièrement par des actionnaires d'autres pays non identifiés. (*Idem.*) Pendant cette période, pratiquement toutes les ADS de Vivendi—qui étaient négociées à la bourse de New York (NYSE)—étaient détenues par des personnes physiques ou morales en Amérique du Nord, tandis que pratiquement toutes les actions ordinaires de Vivendi—négociée de façon prédominante à la bourse de Paris—étaient détenues par des personnes physiques ou morales en dehors des États-Unis, surtout en France et dans le reste de l'Europe. (Déclaration Bisiaux ¶ 7.)

À partir de juin 1996, moment auquel le défendeur Messier est devenu Président-Directeur général et où le défendeur Hannezo était Directeur financier, Vivendi (qui s'appelait Générale des Eaux, et est devenue plus tard, en avril 1999, Vivendi, S.A.) s'est engagée dans des opérations d'acquisition en masse, qui ont compris un certain nombre d'acquisitions à hauteur de plusieurs milliards de dollars. (FACC ¶¶ 48 à 51.) Vivendi a acquis des participations substantielles dans plusieurs sociétés américaines et non américaines, utilisant les actions de Vivendi comme moyen de paiement, et en empruntant des liquidités garanties par les revenus futurs. Le financement de cette stratégie de croissance a causé pour Vivendi une augmentation considérable de sa dette. (*Idem* ¶ 50.) Les demandeurs allèguent que de manière à soutenir la stratégie de croissance de Vivendi, la société s'est vue obligée de déclarer des résultats financiers favorables (voir *idem* ¶ 53.), ce qui a conduit à une série de déclarations publiques fausses et trompeuses faisant rapport de résultats financiers « meilleurs que les prévisions » et « forts », tandis que la société étouffait régulièrement les rumeurs de problèmes (voir en général *idem* ¶¶ 56 à 113.), et au dépôt, auprès de la Commission des opérations de bourse des États-Unis (« Securities and Exchange Commission » ou « SEC »), de déclarations d'états financiers matériellement faux et trompeurs, parce que, entre autres, ils omettaient d'enregistrer en temps voulu les dégradations du goodwill³ et appliquaient incorrectement les principes comptables généralement reconnus (*Generally accepted accounting principles* ou « GAAP ») (voir en général *idem* ¶¶ 54 à 55 et 119 à 180).

³ Le goodwill est la différence entre le prix d'achat et la valeur vénale d'un actif. Elle reflète la valeur des actifs incorporels tels que la réputation, la marque, les bonnes relations avec la clientèle, les bonnes relations avec le personnel, tous les brevets et toutes les technologies exclusives de l'entreprise ainsi que tous les autres biens intangibles améliorant les affaires d'une société. Le goodwill est une valeur entrée dans le bilan d'une société et elle est amortie sur une certaine durée.

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

Comme ceci a été discuté par le Juge Baer dans son opinion antérieure rejetant la requête des défendeurs en vue d'un non-lieu, 381 F. Supp. 2d 158, et dans l'opinion complémentaire antérieure de ce Tribunal rejetant la requête des défendeurs tendant au réexamen de leur demande, 2004 WL 2375830, le dol allégué dans la FACC a été infligé, pour une part importante, aux États-Unis. Le programme d'expansion rapide de Vivendi impliquait l'acquisition de nombreuses sociétés américaines d'édition et du spectacle bien connues, telles que Universal Studios, Houghton Mifflin et USA Networks (FACC ¶ 23), et afin de réussir la réalisation de ce programme, il a fallu endosser une dette de 21 milliards de dollars tandis que, selon les allégations, on rassurait frauduleusement les investisseurs par des rapports faux et trompeurs déposés auprès de la SEC et des communiqués de presse selon lesquels on disposait de flux de trésorerie suffisants pour gérer la dette (*idem* ¶¶ 24 et 54 à 192). Il est significatif que les deux acteurs principaux allégués dans ce programme, Messier et Hannezo, vinrent s'établir aux États-Unis en 2001. Messier, en particulier, a établi sa résidence principale à New York en septembre 2001 et a passé la moitié de son temps aux États-Unis depuis ce moment-là jusqu'à la fin de la Période de la Classe (31 août 2002), dans le but déclaré d'augmenter les investissements américains dans Vivendi. (*Idem* ¶¶ 69, 77, 90 à 92, 105.) De nombreuses déclarations alléguées comme étant fausses et trompeuses ont été faites par le défendeur Messier après son établissement à New York. Voir 2004 WL 2375830, au *4 ; (voir également FACC ¶¶ 73 à 76, 81 à 97.)

À la suite de la fusion, le 8 décembre 2000, de Vivendi, Seagram et Canal Plus, Vivendi a fait des prévisions répétées de « perspectives de forte croissance » et claironné des résultats financiers dépassant même les attentes « trop ambitieuses ». (*Idem* ¶ 57 à 68.) En septembre 2001—l'époque à laquelle Messier et Hannezo venaient s'établir aux États-Unis—des rumeurs ont commencé à circuler selon lesquelles les bénéfices de Vivendi seraient décevants. Messier a répondu en niant systématiquement tous les problèmes—en fait, jusqu'au jour précédant sa démission ultime il désavoua qu'il existât aucun problème sérieux—ce qui étouffa certaines spéculations négatives. (Voir *idem* ¶¶ 73 à 77.) Vers la fin 2001, Vivendi a annoncé son acquisition de USA Networks pour la somme de 10,3 milliards de dollars en communiquant

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

que cette opération augmenterait le résultat net des flux de trésorerie de Vivendi à hauteur projetée de 350 millions de dollars. (*Idem* ¶¶ 80 à 81.) Pendant tout le printemps 2002, Vivendi (et Messier) ont continué à faire des déclarations positives dans la presse pour « dissiper les craintes concernant le niveau de la dette de la Société et ses pratiques comptables ». (*Idem* ¶ 83 ; voir aussi *idem* ¶¶ 84 à 87, 89, 94 à 97.) Cependant, le 3 mai 2002, Moody's a abaissé la notation de la dette à long terme de Vivendi qui n'était plus alors qu'un cran au-dessus de l'état de « junk » attribué aux investissements spéculatifs, en raison d'inquiétudes au sujet de Vivendi selon lesquelles la société « pourrait se trouver dans l'impossibilité de réduire sa dette aussi rapidement et complètement que prévu. » (*Idem* ¶ 99.) En réponse, Vivendi a minimisé l'importance de cette notation et annoncé qu'il n'avait « aucune influence sur les liquidités de Vivendi Universal », que la société a qualifiées de « confortables » et capables de financer la réduction continue de la dette de Vivendi. (*Idem* ¶¶ 100, 102 à 103.)

En réponses aux craintes continues au sujet du niveau de la dette de Vivendi, un communiqué de presse du 25 juin 2002 a été publié, prenant note des mesures prises pour réduire la dette et de ce que la situation des flux de trésorerie de Vivendi n'était pas précaire, et le 26 juin 2002, Messier a tenu une téléconférence pour assurer aux investisseurs qu'il n'existait pas de « passif caché », et exprimant sa confiance relative à la dette et à la situation de trésorerie de Vivendi. (*Idem* ¶¶ 104 à 105). Le 2 juillet 2002, Messier a envoyé des mails à son personnel affirmant que malgré les rapports selon lesquels Vivendi risquait de se trouver en défaut, il n'existait aucun risque caché dans la comptabilité de la société. (*Idem* ¶ 109.) Le lendemain même, Messier a toutefois soumis sa démission et les cours des valeurs mobilières de Vivendi se sont effondrés. (*Idem.*) Vivendi a publié un communiqué de presse émanant de la nouvelle direction, reconnaissant son « problème de liquidité à court terme », bien que Messier continuât à déclarer que les états financiers de Vivendi étaient transparents. (*Idem* ¶ 110.) Contrairement aux nombreux communiqués de presse, états financiers, et déclarations déposées auprès de la SEC pendant toute la Période de la Classe, les demandeurs allèguent que la société se trouvait en fait au bord du désastre financier. Au moment de l'acquisition de USA Networks, annoncée le 17 décembre 2001, (*idem* ¶ 8),

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

« Vivendi se trouvait déjà sujette à des contraintes financières sérieuses », malgré les déclarations contraires faites par Messier aux investisseurs et au conseil d'administration (*idem* ¶ 184). Vivendi était prétendument à la veille de l'insolvabilité à la fin de 2001, et avait à peine une « trésorerie suffisante pour payer ses factures », déjà en mai 2002. (*Idem* ¶ 85.) Néanmoins, Vivendi a continué à rassurer les investisseurs en assurant que la société pouvait satisfaire à ses obligations pendant les douze prochains mois, alors qu'en privé elle était avisée de son horizon financier bouché. (*Idem* ¶ 186.)

Le 14 août 2002, la nouvelle direction a annoncé que Vivendi avait souffert d'une perte nette de 12 milliards d'euros pour la première semestre 2002 et déprécierait son goodwill à hauteur de 11 milliards d'euros d'actifs dépréciés, le jour même où Standard & Poor's a mis les obligations à long terme de Vivendi dans la catégorie des obligations pourries (« *junk* »). (*Idem* ¶ 114.) La nouvelle direction a plus tard admis que Vivendi « aurait été obligée de se déclarer en faillite dans un délai de 10 jours si Jean-Marie Messier n'avait pas donné sa démission ». (*Idem* ¶ 187.)

DISCUSSION

I. Droit applicable

L'analyse que doit faire le tribunal de grande instance en matière de certification d'une classe a généralement lieu en deux étapes, toutes deux régies par la Règle 23 des Règles fédérales de Procédure civile. Au niveau du seuil, le tribunal doit être convaincu, « après une analyse rigoureuse, que les conditions préalables à la Règle 23(a) ont été remplies ». *Gen. Tel. Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 161 (1982). La Règle 23(a) dispose comme suit :

(a) Conditions préalables à une class action. Un ou plusieurs membres d'une classe peuvent intenter une action ou être poursuivis en justice à titre de parties mandataires pour le compte de toutes et tous seulement si (1) la classe est si nombreuse qu'il est pratiquement impossible de joindre tous les membres, (2) il existe des questions de droit ou de fait communes à la classe, (3) les réclamations ou les défenses des parties mandataires sont caractéristiques des réclamations ou des défenses de la classe, et (4) les parties mandataires protégeront équitablement et adéquatement les intérêts de la classe.

Règle fédérale de Procédure civile 23(a).

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

Si un tribunal détermine que les conditions de la Règle 23(a) sont satisfaites, il doit alors décider si la classe peut être maintenue en vertu des dispositions de l'une des sous-sections de la Règle 23(b), qui régissent, entre autres, la forme de recours disponible et les droits des membres absents de la classe. Lorsqu'ils essaient de certifier une classe en vertu de la Règle 23(b)(3), les demandeurs doivent satisfaire aux deux critères supplémentaires suivants : (1) les questions de droit ou de fait communes aux membres de la classe doivent prédominer sur toutes questions concernant les membres individuels ; et (2) le véhicule que représente la class action doit être supérieur à toute autre méthode de recours. Règle fédérale de Procédure civile 23(b)(3). L'exigence d'une « analyse rigoureuse » pour assurer « la conformité réelle, et non présumée » à la Règle 23(a) s'applique avec « une force égale à toutes les conditions de la Règle 23, y compris celles indiquées dans la Règle 23(b)(3) ». *Miles v. Merrill Lynch & Co. (In re Initial Public Offering Sec. Litig.)*, 471 F.3d 24, 33 & n.3 (2d Cir. 2006) (citant *Falcon*, 457 U.S. aux pages 160-161). C'est ainsi qu'il ne suffit pas que les demandeurs « montrent simplement » que les conditions de la Règle 23 sont remplies. *Idem* aux pages 35-36 (citant et distinguant les cas de jurisprudence *Caridad v. Metro-North Commuter Railroad*, 191 F.3d 283, 292 (2d Cir. 1999) et *In re Visa Check/Master Money Antitrust Litigation*, 280 F.3d 124, 134-135 (2d Cir. 2001)). Au contraire, les principes suivants s'appliquent maintenant aux requêtes demandant la certification d'une classe dans la présente circonscription judiciaire :

(1) un juge du tribunal de grande instance peut certifier une classe uniquement après avoir déterminé que chacune des conditions de la Règle 23 a été remplie ; (2) une telle détermination peut être faite seulement si le juge résout les questions de fait pertinentes à chacune des conditions de la Règle 23 et s'il décide que les faits pertinents sous-jacents à l'une ou l'autre des conditions particulières de la Règle 23, quels qu'ils soient, ont été établis, et s'il est persuadé de juger, sur la base des faits pertinents et des principes de droit applicables, que la condition a été remplie ; (3) l'obligation de prendre ces décisions déterminantes n'est pas diminuée par le chevauchement d'une condition de la Règle 23 et d'une question des mérites, même lorsqu'il s'agit d'une question des mérites identique à l'une des conditions de la Règle 23 ; (4) en prenant une telle décision déterminante, un juge du tribunal de grande instance ne doit évaluer aucuns aspects des mérites sans relation avec les conditions de la Règle 23 ; et (5) un juge du tribunal de grande instance a toute discrétion pour circonscrire à la fois l'étendue de la recherche des preuves concernant les conditions de la Règle 23 et l'étendue d'une audience aux fins de déterminer si ces conditions ont été remplies, afin d'assurer qu'une requête tendant à la certification d'une classe ne devient pas le prétexte d'un jugement partiel sur les mérites.

In re IPO Sec. Litig., 471 F.3d, page 41. En gardant à l'esprit ces principes, le Tribunal en revient à l'analyse de la Règle 23.

II. Règle 23(a)

A. Multitude de membres

La Règle 23(a)(1) exige que la classe proposée soit « si nombreuse qu'il est pratiquement impossible de joindre tous ses membres ». Règle fédérale de Procédure civile 23(a)(1). « L'expression 'pratiquement impossible' signifie difficultés ou inconvénients pour joindre [et non] ... impossibilité de joindre », *In re Blech Sec. Litig.*, 187 F.R.D. 97, 103 (S.D.N.Y. 1999) (citation omise), et la Seconde circonscription judiciaire a observé que « l'on présume qu'il y a multitude au niveau de 40 membres ». *Consol. Rail Corp. v. Town of Hyde Park*, 47 F.3d 473, 483 (2d Cir. 1995), recours devant la Cour suprême rejeté, 515 U.S. 1122 (1995) (citant 1 *Newberg on Class Actions* § 3.05 (2d ed. 1985)) ; voir aussi *Presbyterian Church v. Talisman Energy, Inc.*, 226 F.R.D. 456, 466 (S.D.N.Y. 2005) (« On présume qu'il y a multitude lorsque la classe comprend quarante membres ou plus. »). « La quantification précise des membres de la classe n'est pas nécessaire parce qu'un tribunal peut formuler des hypothèses basées sur le bon sens en ce qui concerne la multitude. » *In re Blech Sec. Litig.*, 187 F.R.D. à la page 103 (citations omises) ; voir aussi *de la Fuente v. DCI Telecomms., Inc.*, 206 F.R.D. 369, 390 (S.D.N.Y. 2002) ; *Weissman v. ABC Fin. Servs., Inc.*, 203 F.R.D. 81, 84 (E.D.N.Y. 2001).

« Dans les class actions concernant le dol en matière de valeurs mobilières émises par des sociétés faisant appel à l'épargne publique et cotées en bourse, l'exigence de la multitude peut être satisfaite par la démonstration qu'un grand nombre d'actions étaient en circulation et négociées pendant la période pertinente. » *Teachers' Ret. Sys. of La. v. ACLN Ltd.*, No. 01 Civ. 11814 (LAP), 2004 WL 2997957, au *3 (S.D.N.Y. 27 déc. 2004) (citations et guillemets internes omises) ; voir aussi *In re Globalstar Sec. Litig.*, No. 01 Civ. 1748 (PKC), 2004 WL 2754674, aux *3 et *4 (S.D.N.Y. 1er déc. 2004) (« [i]l n'est pas inhabituel que les tribunaux de grande instance certifient des classes de demandeurs dans les actions mettant en cause des valeurs mobilières d'après le volume des actions en circulation. » (citations omises)) ; *In re Deutsche*

Telekom AG Sec. Litig., 229 F. Supp. 2d 277 (S.D.N.Y. 2002) (« La certification d'une classe est fréquemment appropriée dans les actions concernant le dol en matière de valeurs mobilières mettant en cause un grand nombre d'actions négociées en bourse sur un marché établi. ») ; *In re Frontier Group Ins. Sec. Litig.*, 172 F.R.D. 31, 40 (E.D.N.Y. 1997). Avec plus de 107 millions d'ADS et environ 1 milliard d'actions ordinaires en circulation pendant la Période de la Classe, les demandeurs ont établi que le cumul était pratiquement impossible et que la classe proposée remplit la condition de multitude. (Voir FACC ¶ 41 ; Déclaration Bisiaux Annexe 2 (indiquant 1,086 milliard d'actions Vivendi en circulation, actions ordinaires et ADS incluses, au 30 juin 2001).)

B. Éléments communs

La condition requise d'une présence d'éléments communs, préalablement à la certification d'une classe exige « qu'il y ait des questions de droit ou de fait communes à la classe... » Règle fédérale de Procédure civile 23(a)(2) ; *Marisol A. v. Giuliani*, 126 F.3d 372, 376 (2d Cir. 1997) (par le tribunal) (« Les griefs des demandeurs [doivent] partager une question de droit ou de fait commune. »). Ce n'est pas « chaque question qui doit être identique en ce qui concerne chacun des membres [de la classe], mais... le demandeur [doit] identifier un facteur d'unification parmi les réclamations des membres qui justifie le traitement en tant que classe. » *Cutler v. Perales*, 128 F.R.D. 39, 44 (S.D.N.Y. 1989) (omission des guillemets internes et des citations). La condition de présence d'éléments communs « a été appliquée avec une certaine latitude » dans les actions relatives au dol en matière de valeurs mobilières. *In re Nortel Networks Corp. Sec. Litig.*, No. 01 Civ. 1855 (RMB), 2003 WL 22077464, au *3 (S.D.N.Y. 8 sept. 2003) (omission des guillemets internes); voir également *In re Frontier*, 172 F.R.D., à la page 40. Dans ce cas, les demandeurs allèguent les questions de fait ou de droit suivantes communes à tous les membres de la classe proposée : (1) si les défendeurs ont commis ou non des infractions aux lois sur les valeurs mobilières par des actes et un comportement allégués dans la FACC ; (2) si les défendeurs ont fait ou non des déclarations matériellement fausses et trompeuses pendant la Période de la Classe ; (3) si les défendeurs ont agi ou non en connaissance de cause en faisant des déclarations matériellement fausses et trompeuses ; (4) si les cours

sur le marché des actions ordinaires et des ADS Vivendi pendant la Période de la Classe ont été ou non artificiellement gonflés en raison du comportement fautif des défendeurs, et (5) si les membres de la classe ont ou non subi des dommages, et si oui, quelle est la façon appropriée de quantifier les dommages. (FACC ¶ 45.) Cf. *In re Interpublic Sec. Litig.*, No. 02 Civ. 6527 (DLC), 2003 WL 22509414, au *3 (S.D.N.Y. 6 nov. 2003) (détermination que la condition d'éléments communs a été satisfaite lorsque les demandeurs ont soulevé des questions communes en ce qui concerne la question de savoir si les déclarations et les communiqués publics des défendeurs contenaient des fausses déclarations matériels, si les défendeurs ont agi en connaissance de cause en représentant faussement des faits matériels dans les déclarations et les communiqués de presse, et si les dommages causés aux investisseurs ont été causé par les fausses déclarations des défendeurs) ; *In re Ashanti Goldfields Sec. Litig.*, No. CV 00-0717 (DGT), 2004 WL 626810, au *12 (E.D.N.Y. 30 mars 2004) (décision reconnaissant des éléments communs dans des allégations semblables). Les défendeurs ne mettent pas en cause les éléments communs. Les demandeurs ont démontré adéquatement que ces réclamations sont communes aux membres de la classe proposée et le Tribunal détermine que la condition de présence d'éléments communs est remplie.

C. Élément caractéristique et adéquat

La Règle 23(a)(3) exige que « les réclamations ou les défenses des parties mandataires soient caractéristiques des demandes ou des défenses de la classe ». Règle fédérale de Procédure civile 23(a)(3). « Tandis que l'examen des éléments communs établit l'existence d'une classe susceptible de certification, l'examen de l'élément caractéristique met l'accent sur le fait de savoir si les demandes des mandataires putatifs de la classe sont caractéristiques de la classe partageant des questions communes. » *In re Frontier*, 172 F.R.D., à la page 40. L'élément caractéristique exige que « les réclamations des demandeurs nommément désignés proviennent de la même pratique ou du même comportement que la pratique ou le comportement qui a donné naissance aux réclamations des membres de la classe proposée. » *Marisol A. v. Giuliani*, 929 F. Supp. 662, 691 (S.D.N.Y. 1996), affirmé par 126 F.3d 372 (2d Cir. 1997) ; voir également *Robidoux v. Celani*, 987 F.2d 931, 936-36 (2d Cir. 1993) (« Lorsqu'il est allégué que le même

comportement illégal était dirigé contre ou affectait à la fois le demandeur nommément désigné et la classe essayant d'être représentée, la condition d'existence d'un élément caractéristique est normalement remplie malgré des variations mineures dans la séquence des faits sous-jacents aux demandes individuelles. »). La Règle 23(a)(4) exige que les demandeurs établissent que « les parties mandataires vont protéger équitablement et adéquatement les intérêts de la classe ». Règle fédérale de Procédure civile 23(a)(4). Cette preuve exige que les demandeurs démontrent que les mandataires proposés de la classe n'ont « aucun intérêt s'opposant aux intérêts des autres membres de la classe. » *Baffa v. Donaldson, Lufkin & Jenrette Sec. Corp.*, 222 F.3d 52, 60 (2d Cir. 2000). Comme l'ont observé de nombreux tribunaux, les questions relatives aux éléments caractéristiques et adéquats tendent à se confondre parce qu'elles « servent de guides pour déterminer si... la réclamation du demandeur nommément désigné et les réclamations de la classe ont une telle corrélation que les intérêts des membres de la classe seront protégés équitablement et adéquatement en leur absence. » *Falcon*, 457 U.S., à la page 157, n° 13.

Dans cette affaire, les mandataires proposés de la classe présentent l'argument comme quoi la condition d'un élément caractéristique est remplie parce que leurs réclamations « proviennent du même modèle de comportement uniforme—c.-à-d., le défaut par les défendeurs de divulguer que les opérations et la situation financière de Vivendi étaient spectaculairement plus faibles que ce que leurs déclarations publiques représentait ». (Mémoire complémentaire des demandeurs, page 11.) Dans la Première demande amendée et consolidée, les demandeurs nommément désignés, ont affirmé, comme les autres membres de la classe désignée, qu'ils ont acheté ou acquis de toute autre façon des valeurs mobilières de Vivendi pendant la Période de la Classe, et qu'ils ont été lésés par les déclarations fausses et trompeuses des défendeurs faites pendant toute la Période de la Classe, en infraction aux lois sur les valeurs mobilières. L'élément central à toutes les réclamations des mandataires proposés de la classe est le modèle de comportement allégué des défendeurs pendant toute la Période de la Classe. En continuant leurs poursuites, les demandeurs vont nécessairement essayer de développer les faits relatifs aux allégations d'irrégularités comptables et à la diffusion des prétendues déclarations fausses ou trompeuses sous-jacentes à leurs

réclamations. On considère généralement que de telles allégations sont suffisantes pour satisfaire à la condition de présence d'un élément caractéristique. Voir, par ex., *In re Interpublic Sec. Litig.*, No. 02 Civ. 6527 (DLC), 2003 WL 22509414, au *3 (S.D.N.Y. 6 nov. 2003) ; *In re WorldCom Inc. Sec. Litig.*, 219 F.R.D. 267, 280 à 281 (S.D.N.Y. 2003). En outre, les arguments individualisés des défendeurs concernant les éléments caractéristiques et adéquats des mandataires proposés de la classe sont inutiles. Le Tribunal traitera en succession les arguments proposés en ce qui concerne les six demandeurs nommément désignés.

1. Olivier Gérard

Le mandataire proposé de la classe Gérard est un résident de France qui, le 11 décembre 2000, a échangé des actions de Vivendi, S.A. contre des actions de Vivendi Universal, en vertu de la fusion des trois sociétés avec Seagram et Canal Plus. (Voir Déposition d'Olivier Marie-Guillaume Gérard, 24 juin 2005 (« Déposition Gérard ») aux pages 81:05 à 82:13 ; Deuxième certification corrigée de Gérard, 24 juin 2005 dans la pièce jointe A, Déclaration Zach, Annexe 7.)

Les défendeurs avancent que Gérard n'est pas un mandataire adéquat de la classe pour deux raisons. D'abord, les défendeurs avancent que les personnes telles que Gérard, qui ont obtenu des actions et/ou des ADS de Vivendi Universal uniquement lors de l'échange titre pour titre des valeurs mobilières de Vivendi, S.A. ne peuvent pas être correctement incluses dans la classe putative parce que de telles personnes⁴ n'ont pas subi de dommage économique et ne peuvent prouver l'aspect matériel. (Voir Mémoire en opposition des défendeurs (« Opposition ») 21 à 23, 27.)

Les défendeurs avancent que ce groupe de membres de la classe, comme les actionnaires préexistants de Vivendi, « ne peuvent pas montrer que la fausse déclaration alléguée gonflant la valeur des actions ou des ADS qu'ils déjà détenaient étaient essentielles pour eux ou leur ont causé des dommages économiques quelconques ». (Opposition 21.)

Les demandeurs proposent comme solution aux questions soulevées par les défendeurs que les mots « et ont de ce fait subi des dommages » soient insérés dans la définition de la classe. Les demandeurs

⁴ La prétention des défendeurs selon laquelle toutes les personnes étrangères devraient être exclues de la classe proposée est discutée dans les présentes en rapport avec la question de savoir si une class action incluant des actionnaires étrangers serait supérieure à d'autres méthodes possibles de recours.

avancent également qu'il serait prématuré d'exclure les membres de la classe ayant déjà échangé les actions de Vivendi S.A. contre des actions de Vivendi Universal, parce que la question de savoir si les fausses déclarations des défendeurs ont été ou non matérielles pour ces demandeurs ne peut pas être déterminée au stade de la certification de la classe.

Étant donné les enseignements tirés de *In re IPO Sec. Litig.*, 471 F.3d, pages 41-42, il n'est pas inapproprié d'envisager, soit les dommages, soit l'aspect matériel lors de l'évaluation de l'élément caractéristique des réclamations des demandeurs individuels, même s'il est nécessaire d'évaluer les mérites de leurs réclamations. Toutefois, le Tribunal n'est pas persuadé que ces questions excluent une décision considérant que la condition de l'élément caractéristique est remplie dans le cas présent. L'aspect matériel pour tous les membres de la classe sera déterminé par la nature et l'exactitude de toutes les déclarations publiques des défendeurs, y compris, évidemment, celles faites en rapport avec la fusion des trois sociétés Vivendi, Seagram et Canal Plus, en décembre 2000. Le fait que les actionnaires de Vivendi S.A. aient reçu des actions de Vivendi Universal à la suite de la fusion ne modifie pas la matérialité des fausses déclarations alléguées des défendeurs dans la décision des actionnaires et demandeurs d'approuver la fusion et d'accepter des actions de la nouvelle entité. Et dans la mesure où, selon les allégations, les défendeurs étaient en train de bâtir un château de cartes en expansion continue, les anciens actionnaires de Vivendi S.A. qui ont accepté des actions de Vivendi Universal ont probablement subi des dommages de ce fait.⁵ Par conséquent, le Tribunal décline d'exclure les membres de la classe

⁵ Outre l'opposition à l'inclusion de ceux qui ont acquis des actions de Vivendi lors de l'échange titre pour titre, les défendeurs s'opposent à l'inclusion des acquéreurs dits éphémères de toute classe certifiée—c'est-à-dire, ceux qui ont acheté des actions et les ont revendues pendant la Période de la Classe. Les défendeurs ne s'opposent pas à la nomination des mandataires proposés de la classe pour ces motifs. Cependant, même s'ils ont soulevé cet argument, les tribunaux ont décidé régulièrement que ceci ne rend pas caractéristique la réclamation d'un mandataire. Voir, par ex., *In re Gaming Lottery Sec. Litig.*, 58 F. Supp. 2d 62, 69-71 (S.D.N.Y. 1999) (rejetant la prétention des défendeurs selon laquelle la proposition d'un acquéreur éphémère comme mandataire de la classe était inadéquate parce que, entre autres, il n'avait pas été lésé du fait qu'il avait vendu et de même, acheté, à des cours gonflés) ; *Werner v. Satterlee, Stephens, Burke & Burke*, 797 F. Supp. 1196, 1215 (S.D.N.Y. 1992) (rejetant la tentative de disqualification des mandataires proposés de la classe en raison du timing de leurs achats, et indiquant que bien que les questions de date pouvaient éventuellement faire surgir des différences dans les intérêts des membres de la classe, « le poids le plus important des décisions de jurisprudences récentes qui s'imposent milite du rejet de la certification de classe pour ces motifs » (citation interne omise)) ; *In re Sumitomo Copper Litig.*, 182 F.R.D. 85 (S.D.N.Y. 1998) (rejetant les prétentions des défendeurs concernant les conflits créés par l'inclusion des acquéreurs éphémères dans les sous-classes proposées et remarquant que « il est bien établi dans cette circonscription judiciaire que les différences de fait dans le montant des dommages, la date, le volume ou le mode d'achat,

qui ont acquis leurs actions lors de l'échange titre pour titre, incluant Gérard comme mandataire de la classe, sur la base des arguments des défendeurs concernant les dommages ou la matérialité.

Les défendeurs allèguent également que Gérard est incapable de remplir les obligations fiduciaires d'un mandataire de la classe du fait que Gérard avait admis avoir détruit des documents. (Opposition aux pages 27-28 n° 23.) Les documents auxquels font allusion les défendeurs, toutefois, paraissent être des articles de journaux français et européens concernant le scandale Vivendi, et peut-être quelques notes personnelles prises par Gérard pendant des réunions avec son avocat français. (Déposition Gérard 28:24-29:16, 30:23-31:02.) Gérard a témoigné qu'il s'était débarrassé des articles de journaux parce qu'il pensait que les avocats dans cette affaire avaient recueilli toute la documentation pertinente ainsi que les articles publiés dans la presse, et qu'il n'y avait aucune raison pour qu'il les garde. (*Idem* pages 29:11-30:05.) Les défendeurs ne citent aucune jurisprudence à l'appui de la proposition qu'un tel comportement rendrait Gérard inadéquat pour représenter les intérêts de la classe, et le Tribunal décide que Gérard est un mandataire adéquat de la classe. Voir, par ex., *In re Initial Pub. Offering Sec. Litig.*, 227 F.R.D. 65, 88 (S.D.N.Y. 2004) (rejetant l'argument des défendeurs sur la crédibilité pour obtenir le rejet de la nomination d'un demandeur nommément désigné comme mandataire de la classe lorsque « il n'y [avait] aucune preuve qu'un quelconque comportement était en l'espèce le résultat de la mauvaise foi ou une tentative pour tromper les défendeurs ou le tribunal »).

2. Gérard Morel

Gérard Morel est également un résident de France qui a échangé ses actions de Vivendi, S.A. et de Canal Plus contre des actions de Vivendi Universal après la fusion de décembre 2000. (Déclaration de Gérard Morel, 19 fév. 2005 (« Déclaration Morel » dans la pièce jointe A, Déclaration Zach, Annexe 8.) Il a également acheté et vendu des actions ordinaires de Vivendi à la Bourse de Paris pendant la Période de la Classe. (*Idem.*) Sa dernière opération sur valeurs mobilières Vivendi a eu lieu le 11 janvier 2002. (*Idem.*)

le type d'acquéreur, la présence d'acquéreurs et de vendeurs, et les autres questions de ce genre ne s'opposeront pas à la certification de la class action lorsque les demandeurs allèguent que le même modèle de comportement illégal a affecté tous les membres de la classe proposée ». (citant *Green v. Wolf*, 406 F.2d 291, 299 à 301 (2d Cir. 1968), rejet du recours devant la Cour suprême sous le nom de *Troster, Singer & Co. v. Green*, 395 U.S. 977 (1969)).

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

Les défendeurs avancent que Morel est seulement justifié pour représenter une classe comprenant des européens ayant acheté des valeurs mobilières de Vivendi sur un marché boursier européen et ce, seulement jusqu'à la date la plus tardive à laquelle il s'engagea dans une opération sur des titres de Vivendi. (Opposition page 28.) Les défendeurs avancent que sans mandataire adéquat pour la classe proposée ayant acheté des actions ordinaires de Vivendi à la Bourse de Paris après le 11 janvier 2002, la période d'une classe quelconque comprenant les actionnaires français, ne peut être prolongée au-delà de cette date.⁶ Les défendeurs avancent en outre que les contradictions dans le témoignage de Morel, les soumissions de Morel, et les documents produits relatifs à la question de ses opérations sur les valeurs mobilières de Vivendi deviendront un point focal du contre-interrogatoire et de moyens de défense uniques pendant le procès, au détriment de la classe. (*Idem*, page 28 n° 25.)

En ce qui concerne le droit d'agir en tant que mandataire de la classe, il est bien établi que, comme c'est ici le cas, lorsque les demandeurs allèguent que leurs pertes sont le résultat d'un modèle de conduite soutenue qui a fait monter les cours de l'action d'un défendeur pendant toute la Période de la Classe, la classe peut être représentée par un individu ayant acheté ses actions avant la date de clôture de la Période de la Classe. Voir *Robbins v. Moore Med. Corp.*, 788 F. Supp 179, 187 (S.D.N.Y. 1992) (décision selon laquelle les mandataires de la classe avaient le droit de présenter des réclamations en vertu de la section 10(b) « qui proviennent de déclarations faites tant avant qu'après la date d'acquisition s'il est allégué que les déclarations avaient été faites pour perpétrer un programme commun de fraude » (citant *Nicholas v. Poughkeepsie Savings Bank/FSB*, No. 90 Civ. 1607 (RWS), 1990 WL 125154, au *5 (S.D.N.Y. 27 sept. 1990))) ; *Zucker v. Sasaki*, 963 F. Supp. 301, 306-307 (S.D.N.Y. 1997) (discutant *Robbins* et notant que si les défendeurs ayant des intérêts identiques font une série de « fausses déclarations interdépendantes » dans le cadre d'un « modèle de comportement commun », les déclarations postérieures à l'acquisition sont pertinentes au regard de l'allégation de comportement fautif) ; cf. *Denny v. Barber*, 576 F.2d 465, 468-69 (2d Cir. 1978) (décision selon laquelle le mandataire proposé de la classe ne pouvait pas représenter

⁶ Les défendeurs, comme noté, font objection à l'inclusion de tout actionnaire étrangère dans la classe proposée. Voir ci-dessus, note 5, et la discussion sur la question de supériorité, ci-dessous.

convenablement les personnes ayant acquis des valeurs mobilières sur la foi de déclarations frauduleuses lorsqu'il avait fait son acquisition avant que les fausses déclarations alléguées n'aient été faites). C'est ainsi que le Tribunal décide que Morel peut représenter adéquatement des acquéreurs ultérieurs. Voir *Nicholas*, 1990 WL 145154, au *6 (rejetant l'implication que seulement une personne ayant acheté le dernier jour de la Période de la Classe serait qualifiée pour intenter une action en son propre nom ou pour le compte de la classe entière, et déclarant que « il existe des précédents considérables permettant à des demandeurs de la classe de représenter des acquéreurs ultérieurs » (citations internes omises)).

3. Capital Invest

Capital Invest, société de gestion du fonds de la Bank Austria Creditanstalt Gruppe GmbH (« Banque d'Autriche ») tente de représenter les réclamations du fonds APK EU-Big Caps (« Big Caps Fund », en sa qualité de gestionnaire et de fondé de pouvoir. (Déclaration d'Irene Reisenberger, 30 août 2005 (« Déclaration Reisenberger ») ¶ 2, Déclaration Zach, Annexe 12.) Le seul propriétaire des actions (c.-à-d., unités) dans le Big Caps Fund est une grande caisse de retraite autrichienne connue sous le nom de APK Pensionskasse Aktiengesellschaft (« APK »). Le Big Caps Fund a obtenu des actions de Vivendi Universal en échange d'actions de Vivendi, S.A. qu'il détenait antérieurement, et a également acheté et vendu des actions de Vivendi Universal sur des marchés boursiers étrangers, la dernière acquisition ayant eu lieu le 21 janvier 2002. (Déclaration Zach, Annexes 15, 16.) Pour des raisons examinées plus en détail ci-dessous, les demandeurs autrichiens devront être exclus de la classe dans la présente action. Par conséquent, le Tribunal décide qu'il n'est pas nécessaire de traiter des questions concernant l'élément caractéristique/adéquat de la représentation dans la mesure où elles sont liées à ce demandeur compte tenu du fait qu'il ne peut pas jouer convenablement le rôle de mandataire de la classe.

4. William Cavanagh

William Cavanagh est un résident des États-Unis. Il a acheté 100 ADS de Vivendi Universal à la bourse de New York, NYSE, le 13 juin 2002. (Déclaration Zach, Annexe 31, page 21 ; Déposition de William Cavanaugh, 29 juillet 2005, Déclaration Parr, Annexe 24 (« Déposition Cavanaugh ») aux pages

170:23-171:07.) Les défendeurs questionnent le caractère adéquat de Cavanagh comme mandataire de la classe en raison de son manque de connaissance « frappant » concernant sa réclamation. (Opposition page 34.) Les défendeurs citent les exemples suivants à l'appui de cet argument : (1) l'incapacité de Cavanagh à se rappeler l'année au cours de laquelle la demande initiale fut déposée, les dates pertinentes de la Période de la Classe, ou les circonstances dans lesquelles il a décidé de tenter de devenir mandataire de la classe proposée, ou à énoncer les éléments clés des réclamations ; (2) l'incapacité semblable de Cavanagh à témoigner au sujet de ses opérations sur les valeurs mobilières de Vivendi outre son témoignage qu'il a vendu ses 100 actions de Vivendi Universal à un moment donné, bien qu'il ne se rappelle ni quand ni à quel cours (Déposition Cavanagh aux pages 259:23 à 260:11, 181:14 à 182:03 ; (3) le défaut par Cavanagh de surveiller l'avocat de la classe, comme l'a prouvé son incapacité à se rappeler avoir jamais rencontré ou parlé avec l'avocat associé au cabinet d'avocats Milberg Weiss, et de ne travailler qu'avec des avocats des cabinets Murray Frank et Abbey Gardy (*Idem* aux pages 15:25 à 16:19, 278:25 à 280:02). « La Cour suprême... a explicitement désapprouvé les attaques contre le caractère adéquat d'un mandataire d'une classe fondées sur l'ignorance du mandataire. » *Baffa*, 222 F.3d à la page 61 (citant *Surowitz v. Hilton Hotels Corp.*, 383 U.S. 363, 370 à 374 (1966)). Les tribunaux de cette circonscription judiciaire ont maintenu que « les demandeurs ont le droit de se fier à “la qualité d'expert d'un avocat” » et « le mandataire d'une classe sera déclaré inadéquat en raison de son ignorance uniquement lorsqu'il aura “des connaissances si faibles de la class action et une implication si minime dans cette dernière qu'il serait incapable ou peu disposé à protéger les intérêts de la classe contre la possibilité d'intérêts concurrents des avocats”. *In re Worldcom Inc. Sec. Litig.*, 219 F.R.D. 267, 286 (S.D.N.Y. 2003) (citant *Baffa*, 222 F.3d à la page 61) ; accord *Maywalt v. Parker & Parsley Petroleum Co.*, 67 F.3d 1072, 1077-1078 (2d Cir. 1995). « Il est bien établi que dans ‘des litiges complexes tels que les actions concernant les valeurs mobilières, un demandeur n'a pas besoin d'avoir des connaissances spéciales de tous les aspects de l'affaire pour être qualifié comme mandataire de la classe, et l'on doit s'attendre à placer une grande confiance dans la qualité

d'expert de l'avocat' ». *Fogarazzo v. Lehman Bros.*, Incl, 232 F.R.D. 176, 181 (S.D.N.Y. 2005) (citant *In re AM Int'l, Inc. Sec. Litig.*, 108 F.R.D. 190, 196-197 (S.D.N.Y. 1985).

Malgré l'inquiétude manifestée par les défendeurs en ce qui concerne la mémorisation imparfaite de Cavanaugh telle que rapportée ci-dessus, il n'existe rien dans le dossier qui suggérerait que Cavanaugh est peu disposé ou incapable de poursuivre l'action pour le compte de la classe. Le témoignage de Cavanaugh lors de sa déposition reflète le fait qu'il est conscient qu'il est mandataire proposé de la classe (Déposition Cavanaugh aux pages 97:22 à 97:24), qu'il comprend que ce rôle comporte une obligation « de représenter les membres de la classe dans toute la mesure de [ses] moyens, en consultation avec [son] avocat » et une obligation de surveiller les avocats de la classe (*idem* aux pages 278:04 à 278:09, 278:25 à 279:04), qu'il sait que l'action est contre Vivendi et ses anciens Président-Directeur général et Directeur financier, et qu'il est conscient des réclamations (*idem* aux pages 117:20 à 117:25, 254:10 à 255:22, 306:02 à 306:08), et qu'il a exprimé le souhait de poursuivre l'action « vigoureusement », en consultation avec les avocats (*idem* aux pages 306:02 à 306:08). Voir *Baffa*, 222 F.3d, à la page 62. Les critiques des défendeurs spécifiant que Cavanaugh est en communication seulement avec l'un des deux cabinets désignés comme avocats de la classe sont insignifiantes. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal décide que Cavanaugh est un mandataire adéquat de la classe.

5. RSMB

RSMB administre la caisse de retraites générale des employés de la Ville de Miami Beach, en Floride. Lors de la fusion de décembre 2000 entre trois sociétés, RSMB a échangé des ADS de Vivendi, S.A. et de Canal Plus contre des ADS de Vivendi Universal. (Déclaration Zach, Annexe 33, à la page 3.) RSMB n'a pas acquis d'autres valeurs mobilières de Vivendi Universal pendant la Période de la Classe. Dans cette situation, les défendeurs avancent que RSMB ne peut représenter que des résidents d'Amérique du Nord ayant acquis des ADS de Vivendi Universal dans le cadre de la fusion et que RSMB n'a aucun droit d'agir pour représenter des réclamations basées sur les fausses déclarations alléguées faites après l'échange d'actions en vertu de la fusion. Comme ceci a été examiné ci-dessus, dans la section 2.C.ii.

(discussion sur le caractère adéquat du mandataire proposé de la classe Gérard Morel), ces arguments ne sont pas persuasifs dans une affaire comme celle-ci, où un programme commun ayant comme but la fraude rend pertinentes des déclarations ultérieures pour marquer le cheminement du comportement fautif sous-jacent aux réclamations d'un acheteur (ou acquéreur) antérieur.⁷

Les défendeurs prétendent en outre que RSMB n'est pas un mandataire adéquat parce que le représentant « le mieux informé » chez RSMB, Rick Rivera, administrateur de la caisse de retraites de RSMB, manque des connaissances suffisantes pour démontrer que RSMB est un mandataire adéquat de la classe. Les défendeurs avancent que le témoignage de Rivera démontre que RSMB ne comprend pas certains aspects importants de la présente action ni les responsabilités accompagnant le rôle du mandataire de la classe.⁸ Cependant, les demandeurs avaient établi que Rivera comprend que la caisse de retraites tente d'être nommée mandataire de la classe, et qu'en cette qualité elle pourrait demander des dommages et intérêts pour le compte de la classe entière, et que ses responsabilités comprendraient le suivi de l'affaire, l'examen des documents et les soumissions, ainsi que les consultations avec les avocats. (Déposition de Rick Rivera, 20 mai 2005 (« Déposition Rivera » aux pages 152:21 à 153:14, 150:02 à 150:11.) Il avait également compris qu'en tant que mandataire de la classe, RSMB devrait représenter les intérêts les plus avantageux pour la classe, ce qui comprend tous ses membres ayant subi des dommages par suite du dol allégué de Vivendi. (*Idem* aux pages 153:24 à 154:03, 107:03 à 108:07.) Il avait également compris que la demande initiale allègue que « les défendeurs ont fourni de faux états et déclarations qui ont gonflé les

⁷ Le Tribunal note que la situation de RSMB est légèrement différente de celle de Morel en ce que RSMB détenait des actions de Vivendi S.A. et de Canal Plus au moment de la fusion. Cette distinction n'affecte en rien l'analyse du Tribunal sur la matérialité, les dommages ou la capacité d'un actionnaire à représenter adéquatement d'autres actionnaires ayant acheté des titres plus tard au cours de la Période de la Classe.

⁸ Par exemple, Rivera ne pouvait (1) ni décrire l'étendue de la classe proposée (Déposition Rivera, aux pages 107:15 à 108:07) ; (2) ni identifier aucun document pertinent à l'action que RSMB avait examiné, ni déclarer avec une quelconque certitude si RSMB avait examiné la demande initiale (ou compris le terme « demande ») (*idem* aux pages 27:07 à 27:20, 58:02 à 58:04) ; (3) ni déclarer avec une quelconque certitude si RSMB avait lu ses réponses aux interrogations écrites des défendeurs, bien qu'il ait personnellement vérifié les réponses (*idem* aux pages 73:08 à 73:25) ; (4) ni identifier combien de fois RSMB avait parlé avec les avocats des demandeurs, ni si RSMB l'avait effectivement fait au cours de l'année précédente (*idem* aux pages 57:03 à 57:25) ; (5) ni identifier le nombre d'actions que RSMB avait acquises pendant la Période de la Classe proposée, ni quand lesdites actions avaient été acquises ou vendues (*idem* aux pages 85:14 à 86:09) ; (6) ni déclarer avec certitude si RSMB a cédé toutes ses valeurs mobilières Vivendi pendant la Période de la Classe proposée (*idem* aux pages 185:16 à 186:02) ; (7) ni décrire les intérêts des membres de la classe ni comment RSMB déterminerait quels sont ces intérêts (*idem* aux pages 124:16 à 124:10).

cours de l'action ». (*Idem* aux pages 59:15 à 59:23.) Le Tribunal n'a reçu aucune preuve suggérant que RSMB serait incapable ou peu disposée à représenter adéquatement la classe, ni que RSMB aurait des intérêts contraires à ceux de la classe considérée dans son ensemble, critères qui sont les questions pertinentes en l'espèce. Le manque de connaissances dont se plaignent les défendeurs n'atteint pas la sorte d'ignorance qui justifierait le rejet de l'état de mandataire de la classe. Voir, par ex., *In re Worldcom*, 219 F.R.D., page 286.

6. Bruce Doniger

Bruce Doniger est résident des États-Unis. Doniger a acquis des ADS de Vivendi Universal en échange contre les actions de Seagram qu'il détenait antérieurement, suite à la fusion des trois sociétés en décembre 2000. Les défendeurs avancent que Doniger n'est pas justifié à présenter des réclamations fondées sur les fausses déclarations alléguées et faites après qu'il avait échangé ses actions, et ils remarquent qu'il n'existe aucun autre mandataire ayant qualité pour représenter les réclamations postérieures à décembre 2000. Cet argument a déjà fait l'objet d'un examen par le Tribunal qui l'a rejeté.

Les défendeurs signalent également que Doniger est cousin au second degré d'Edgar Bronfman, Sr. et de Charles Bronfman (respectivement père et oncle d'Edgar Bronfman, Jr.) et par le passé, avait recommandé Samuel Minzberg comme membre du conseil d'administration de Vivendi. Avant la fusion de décembre 2000, les propriétaires principaux de Seagram étaient Edgar Bronfman, Jr. et la famille Bronfman, lesquels sont devenus les actionnaires les plus importants de Vivendi après la fusion. (FACC ¶ 51.) Edgar Bronfman, Jr. a occupé le poste de Président adjoint du conseil d'administration de Vivendi jusqu'en décembre 2001, lorsqu'il remit sa démission. (FACC ¶ 79.) Les défendeurs déclarent en outre que Doniger avait reçu ses actions de Seagram en raison de ses liens familiaux. (Déposition Doniger, aux pages 20:03 à 23:10, 38:23 à 39:08, 101 à 11-102:11.) Les défendeurs semblent argumenter que, étant donnés les liens familiaux de Doniger, ce dernier ferait l'objet de moyens de défense uniques qui deviendraient probablement le point de mire du procès, et lui confèreraient un élément non caractéristique préjudiciable aux membres absents de la classe. Cependant, les défendeurs omettent d'indiquer une preuve quelconque

comme quoi Doniger serait l'objet de moyens de défense uniques relatifs, par exemple, au manque de confiance, du fait des informations non publiques obtenues en vertu de ces liens. Cf. *Landry v. Price Waterhouse Chartered Accountants*, 123 F.R.D. 474, 475-76 (S.D.N.Y. 1989) (décision selon laquelle les mandataires proposés de la classe manquaient de l'élément caractéristique lorsque leurs témoignages fournis pendant leur déposition reflétaient qu'ils avaient reçu des informations non publiques et des recommandations de la part d'amis ou d'associés). En outre, le Tribunal n'estime pas que les liens familiaux de Doniger, sans preuve supplémentaire, soient suffisants pour conclure que Doniger a des intérêts contraires à ceux de la classe, ni qu'il serait peu disposé ou incapable de représenter équitablement et adéquatement la classe.

III. Règle 23(b)(3)

Après avoir examiné les conditions de la Règle 23(a), le Tribunal va maintenant examiner si les conditions de la Règle 23(b)(3) ont été remplies. La Règle 23(b)(3) exige qu'un tribunal décide « que les questions de droit ou de fait communes aux membres de la classe prédominent sur toutes les autres questions affectant seulement les membres individuellement, et qu'une class action est un recours supérieur à tout autre recours disponible pour résoudre équitablement et efficacement le litige en cause ». Règle fédérale de Procédure civile 23(b). Une classe certifiée en vertu de la Règle 23(b)(3) est parfois désignée « classe avec exclusion » parce que la Règle 23(b)(3) rend impérative la condition que les membres d'une classe certifiée en vertu de la Règle 23(b)(3) aient la possibilité de « demander l'exclusion » de cette classe.⁹ L'élément particulièrement pertinent pour une classe destinée à comporter des acquéreurs étrangers consiste en ce que quiconque n'informe pas le Tribunal explicitement qu'il souhaite être exclu de la classe est lié par la décision définitive clôturant l'affaire.

A. Prédominance des questions communes

La Règle 23(b)(3) permet la certification d'une classe lorsque « les questions de droit ou de fait communes aux membres de la classe prédominent sur toutes les autres questions affectant seulement les

⁹ La Règle 23(b)(3) dispose, dans ses parties pertinentes, que la notification aux membres de « toute classe certifiée en vertu de la Règle 23(b)(3) ... doit déclarer clairement et précisément, en langage ordinaire, facilement compréhensible... que le tribunal exclura de la classe tout membre qui demandera son exclusion ».

membres individuellement ». Règle fédérale de Procédure civile 23(b). Cet examen « porte sur les questions de droit ou de fait qualifiant l'affaire de chacun des membres de la classe de dispute raisonnable... [et] soumet aux tests la question de savoir si les classes proposées sont suffisamment cohérentes pour justifier l'arbitration par représentation ». *Amchem Prods. v. Windsor*, 521 U.S. 591, 623 (1997). L'examen sur la prédominance de la Règle 23(b)(3) « est un critère plus exigeant que l'examen sur l'aspect commun de la Règle 23(a). Les questions qui s'étendent à la classe prédominent si la résolution de certaines des questions de droit ou de fait qui qualifient l'affaire de chacun des membres de la classe de litige raisonnable peut être obtenue par des moyens de preuve généralisés, et si ces questions particulières sont plus substantielles que les questions soumises uniquement à des moyens de preuve individualisés ». *Moore v. Paine Webber, Inc.*, 306 F.3d 1247, 1252 (2d Cir. 2002) (guillemets et citations internes omises). Cependant, la Cour suprême a remarqué que « le test de la prédominance est facile à réussir dans certains cas alléguant... le dol en matière de valeurs mobilières ». *Amchem Prods.*, 521 U.S., à la page 625 (citant les remarques du comité consultatif dans Règle fédérale de Procédure civile 23, Amendement de 1966, 28 U.S.C.A. Règle 23, à la page 385).

Dans le cas présent, il existe des questions de droit et de fait communes concernant des infractions aux lois sur les valeurs mobilières fondées sur un modèle de comportement commun envers la classe entière, et prédominant sur toutes les questions individualisées pouvant exister. Les questions communes dans l'affaire en cause comprennent la question de savoir si les défendeurs ont fait des déclarations matériellement fausses et trompeuses relativement aux bénéficiaires de Vivendi (en rapport avec une déclaration de cotation en bourse et un prospectus en date du 30 octobre 2000, et ultérieurement), la connaissance de cause, la confiance et la causalité. Tous les demandeurs se fieront aux mêmes documents, déclarations et principes de droit ou à des documents, déclarations et principes de droit substantiellement semblables, pour prouver la responsabilité des défendeurs. Les défendeurs ne présentent aucun argument selon lequel les réclamations en cause pourraient ne pas être satisfaites pour une grande part par des moyens de preuves applicables à la classe entière. En fait, ils ne paraissent pas contester que le critère de

prédominance soit satisfait dans l'affaire. Étant donné que les questions de fait et de droit prédominent sur toutes les questions individuelles, le Tribunal détermine que cette condition a été satisfaite. Voir, par ex., *In re AOL Time Warner, Inc. Sec. and ERISA Litig.*, No. 02 Civ. 5575 (SWK), 2006 WL 903236, au *5 (S.D.N.Y. 6 avril 2006) (décision selon laquelle la condition de prédominance a été facilement satisfaite du fait que des « allégations de fausses déclarations faites par les défendeurs et le gonflement inapproprié des bénéfices comptabilisés d'AOL sont sous-jacents aux réclamations de fait et de droit de chaque membre de la classe ») ; *In re Globalstar Sec. Litig.*, No. 01 Civ. 1748 (PKC), 2004 WL 2754674, au *5 (S.D.N.Y. 1er déc. 2004) (décision selon laquelle le critère de prédominance est satisfait lorsqu'il existe des questions communes relatives au fait de savoir si les défendeurs ont fait des déclarations matériellement fausses et trompeuses en ce qui concerne les taux et les revenus de souscription de Globalstar, la connaissance de cause, la confiance et la causalité).

B. Supériorité du recours sous forme d'une class action

La condition de supériorité du moyen de recours est un critère qui demande aux tribunaux d'équilibrer, en termes d'équité et d'efficacité, les avantages d'une class action par rapport à ceux des autres moyens de recours disponibles. Voir les remarques du comité consultatif dans Règle fédérale de Procédure civile 23, Amendement de 1966, 28 U.S.C.A. Règle 23, à la page 385. (« La sous-division (b)(3) englobe les affaires dans lesquelles une class action ferait faire des économies de temps, de travail et d'argent, et assurerait l'uniformité de décision au regard de personnes se trouvant dans une situation semblable, sans sacrifier la justesse de procédure ni susciter des solutions indésirables. ») La Règle 23(b)(c) identifie plusieurs facteurs à prendre en considération lors de la détermination du fait de savoir si une class action est en fait « supérieure aux autres moyens de recours disponibles pour obtenir la résolution équitable et efficace de la dispute » :

(A) l'intérêt des membres de la classe à contrôler individuellement les poursuites ou la défense d'actions séparées ; (B) l'étendue et la nature de toute procédure en justice concernant le litige déjà entamée par ou contre des membres de la classe ; (C) le caractère souhaitable ou indésirable de la concentration des poursuites devant la juridiction particulière ; (D) les difficultés probables qui seront soulevées lors de la gestion de la class action.

Règle fédérale de Procédure civile 23(b)(3). Cette liste de facteurs pertinents n'est pas exhaustive, voir les remarques du comité consultatif dans Règle fédérale de Procédure civile 23, Amendement de 1966, 28 U.S.C.A. Règle 23, à la page 386 (1992), « et les objectifs de la Règle 23 devraient peser lourdement dans cette détermination », 2 Alba Conte & Herbert Newberg, *Newberg on Class Actions* § 4:28 (4e édit. 2002).

1. Intérêts de la poursuite d'actions individuelles ; l'étendue et la nature des autres actions en instance

Comme l'indiquent les remarques du comité consultatif sur la Règle 23, « [l]e tribunal doit prendre en considération les intérêts individuels des membres de la classe à exercer leur propre contrôle sur leur procédure propre et la conduite à tenir pour la mener à bien ». Remarques du comité consultatif dans Règle fédérale de Procédure civile 23, Amendement de 1966, 28 U.S.C.A. Règle 23, page à la page 386. Pour évaluer cet intérêt, « le tribunal devrait s'informer sur toutes les procédures alors en cours... intentées par les individus », parce que l'existence d'actions en cours peut révéler que « [l]es intérêts des individus à poursuivre des actions en justice séparées [sont] tellement forts qu'ils imposent le rejet d'une class action ». *Idem* ; voir également *In re « Agent Orange » Prod. Liability Litig.*, 818 F.2d 145, 165 (2d Cir. 1987) (« Il est possible que tous les demandeurs ne désirent pas la certification de la classe... parce que ceux qui ont des preuves solides risquent de mieux s'en sortir en procédant avec des poursuites individuelles. »).

Comme les tribunaux l'ont fréquemment remarqué, le recours de la class action est particulièrement approprié lorsque les demandeurs demandent réparation des infractions en matière de lois sur les valeurs mobilières. Voir *Mills v. Elec. Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375, 382 (1970) ; *Green v. Wolf Corp.*, 406 F.2d 291, 296 (2d Cir. 1968) (« Une class action dans une action fédérale en matière de valeurs mobilières pourrait bien être le moyen approprié pour la résolution rapide des disputes, parce qu'un grand nombre d'individus risquent d'avoir été lésés sans qu'aucune personne ait peut-être subi des dommages au point d'avoir été incitée à intenter sa propre action uniquement en son propre nom. ») ; *Eisenberg v. Gagnon*, 766 F.2d 770, 785 (3d Cir. 1985) (« Les class actions sont un moyen particulièrement approprié et souhaitable de résolution des litiges fondés sur les lois sur les valeurs mobilières puisque l'efficacité de ces lois dépend,

dans une grand mesure, de l'application du recours de la class action. » (guillemets et citations internes omis) ; *In re Blech*, 187 F.R.D. à la page 101 ; *Baron v. Commercial & Indus. Bank of Memphis*, No. 75 Civ. 1274 (LBS), 1978 WL 168588, au *2 (S.D.N.Y. 21 août 1978) (« Parce que la plupart des actions fondées sur le dol en matière de valeurs mobilières sont concernées par des réclamations émanant d'acquéreurs qui pourraient être autrement trop impuissants pour justifier une action individuelle, les tribunaux ont conclu dans les actions concernant les valeurs mobilières que la procédure de la class action est non seulement supérieure, mais encore, qu'elle est probablement indispensable pour faire justice aux droits des demandeurs... et pour assurer l'application vigoureuse des lois sur les valeurs mobilières. » (guillemets et citations internes omis) ; 5 James Wm. Moore et al., *Moore's Federal Practice* § 23:03 (3e édit. 2004). Dans une telle affaire, où chaque demandeur individuel ne peut détenir qu'une fraction de l'intérêt dans le résultat des poursuites contre les défendeurs, tout intérêt que les membres de la classe pourraient avoir à contrôler individuellement la procédure des actions séparées est fortement compensé par les avantages évidents d'actionner leurs réclamations en tant que classe. Voir *Amchem*, 521 U.S., à la page 617 (« 'La politique au cœur du mécanisme de la class action consiste à surmonter le problème posé du fait que de petites indemnités ne donnent aux individus aucune motivation pour intenter seuls une action en vue de faire valoir leurs droits. Une class action résout ce problème par l'agrégation d'indemnités relativement maigres en un montant valant pour quelqu'un (généralement un avocat) la peine d'y travailler.' » (citant *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F.3d 338, 344 (1997))).

Les actions intentées contre Vivendi par des membres de la classe putative actuellement en instance devant les tribunaux français ne changent en rien, selon l'opinion du Tribunal, ce calcul. Selon des soumissions de pièces faites par les deux parties, Vivendi est actuellement en train de se défendre dans deux actions intentées par des actionnaires individuels devant le Tribunal de grande instance de Paris, en France, *Société Richard Hugo v. Vivendi Universal, S.A.* et *Courage v. Vivendi Universal, S.A.* (Déclaration

Bisiaux ¶¶ 12-13 et Annexes 8-9).¹⁰ Le fait que ces deux actions soient en instance ne persuade pas le Tribunal que l'intérêt de tout actionnaire individuel à diriger sa propre procédure séparée compense suffisamment les avantages de tous les actionnaires à agir comme une seule classe. Voir les remarques du comité consultatif dans Règle fédérale de Procédure civile 23, Amendement de 1966, 28 U.S.C.A. Règle 23, à la page 386 (remarquant que même lorsque des actions supplémentaires sont en instance, les intérêts dans la conduite d'actions séparées peuvent être « théoriques plutôt que pratiques » parce que, entre autres, « les montants en cause pour les individus peuvent être tellement faibles que des actions séparées seraient pratiquement impensables »).

2. Caractère souhaitable ou indésirable de la concentration des poursuites devant la juridiction particulière

La définition de la classe proposée par les demandeurs englobe un nombre significatif de membres étrangers de la classe ; en fait, trente-sept pour cent des actions ordinaires de Vivendi sont détenues par des ressortissants français qui les ont acquises en Bourse, tandis que les investisseurs des États-Unis détiennent vingt-cinq pour cent des actions de Vivendi sous forme d'ADS achetées à la bourse de New York (NYSE). (Déclaration Bisiaux ¶ 7.) En se fondant principalement sur l'opinion du Juge Friendly dans *Bersch v. Drexel Firestone, Inc.*, 519 F.2d 974, 996 (2d Cir. 1975), les défendeurs avancent que tous les demandeurs étrangers doivent être exclus de la classe parce qu'il « est presque certain » que si cette action faisait l'objet d'un non-lieu, était poursuivie jusqu'au jugement définitif ou était réglée, les défendeurs ne pourraient pas faire valoir l'exception d'irrecevabilité des demandes pour faire opposition à des actions ultérieures dans les pays où résident les demandeurs étrangers. Bien que les défendeurs ne caractérisent pas régulièrement leur argumentation de cette façon, le Tribunal considérera cet aspect de leur opposition comme une attaque contre la supériorité de la class action comme moyen de recours pour les acquéreurs étrangers.

¹⁰ Une troisième action, *Pasturaud v. Vivendi Universal, S.A.*, intentée par quatre-vingt dix-sept actionnaires individuels, a fait l'objet d'un non-lieu sous toutes réserves du fait que les demandeurs ont manqué d'enregistrer la demande. (Second mémoire en réponse des défendeurs, à la page 1 n° 1.)

(a) Test de la « quasi certitude »

Bersch concernait une action pour le compte de tous les acquéreurs des titres d'une société canadienne basée en Suisse, faisant valoir des réclamations pour infraction contre les lois fédérales sur les valeurs mobilières relatives aux offres de titres faites en dehors des États-Unis. La classe proposée comprenait environ 50 000 acquéreurs, dont 386 étaient américains et le reste tous des étrangers. *Idem* aux pages 977 à 978 n° 2. Le Tribunal a d'abord déterminé que les lois fédérales sur les valeurs mobilières ne s'appliquaient *pas* aux pertes provenant de la vente de titres à des étrangers en dehors des États-Unis parce qu'aucun acte n'était survenu aux États-Unis causant directement ces pertes, voir *idem*, pages 986 à 990. Après avoir déclaré non recevables les réclamations fondées sur les lois fédérales sur les valeurs mobilières pour manque de compétence d'objet, le Tribunal a alors examiné si la classe pourrait malgré tout être certifiée en incluant les acquéreurs étrangers à l'égard de leurs réclamations fondées sur les lois des états. Les demandeurs *Bersch* prétendaient qu'il existait la compétence litispendante concernant leurs réclamations fondées sur l'allégation de dol en vertu du droit jurisprudentiel (*common law*) et que ceci justifierait l'inclusion des acquéreurs étrangers dans la classe proposée. *Idem*, à la page 993. La seconde circonscription judiciaire a rejeté cette prétention, qualifiant de « ridicule » le fait d'envisager comme litispendantes les réclamations des acquéreurs étrangers en vertu du droit des états et a décidé que ce serait un abus de discrétion de la part du tribunal de grande instance de déclarer cette compétence litispendante applicable aux réclamations des acquéreurs étrangers relatives au dol en droit jurisprudentiel (*common law*). *Idem* à la page 996 (citant *United Mine Workers v. Gibbs*, 383 U.S. 715, 726-727 (1960)). Le Tribunal a également fait connaître ses préoccupations d'ordre pratique, telles que l'introduction de questions complexes sur le choix de la loi applicable et la nécessité qui en résulterait d'examiner les lois d'au moins quatorze autres pays où des ventes étaient faites, ainsi que l'influence locale minime d'une opération substantiellement étrangère, le tout pesant lourdement contre la revendication de litispendance.

Bien que cela n'ait pas été nécessaire à sa décision en faveur de l'absence de compétence juridictionnelle, le Tribunal a remarqué que la gestion d'une classe comprenant des milliers d'acquéreurs

étrangers pouvait imposer des fardeaux aux tribunaux de grande instance surchargés. En outre, et ce qui est d'importance critique dans l'argumentation des défendeurs dans ce cas, le Juge Friendly a également pris en considération la probabilité de reconnaissance à l'étranger d'un jugement américain pouvant éventuellement être rendu dans l'action : « Aussi, bien qu'un tribunal américain n'ait pas besoin de s'abstenir de rendre un jugement simplement parce que la possibilité existe qu'un tribunal étranger ne le reconnaisse pas ou ne lui confère pas force exécutoire, l'affaire prend un aspect différent lorsque ceci est une *quasi certitude*, » parce que, comme l'a observé le Juge Frankel dans son ordonnance du tribunal de grande instance certifiant une classe, « si les défendeurs gagnent contre une classe ils ont droit à une victoire non moindre que ne l'aurait été leur défaite. » *Idem.* (accent ajouté).¹¹ Vues les « déclarations sous serment n'ayant pas fait l'objet d'opposition, selon lesquelles l'Angleterre, la République fédérale d'Allemagne, la Suisse, l'Italie et la France ne reconnaîtraient pas un jugement américain en faveur des défendeurs comme une interdiction à une action intentée par l'un de leurs ressortissants », et qu'une déclaration sous serment indiquant que plusieurs centaines d'individus avaient intenté des actions en litispendance devant les tribunaux suisses et qu'au moins quatre-vingt dix avaient été réglées, la Seconde circonscription judiciaire a ordonné au tribunal de grande instance d'exclure de la class action tous les acquéreurs étrangers dont les réclamations—fait important—n'étaient ni fédérales ni en litispendance. *Idem*, aux pages 996 à 997.

(b) La suite de *Bersch*

Depuis *Bersch*, et sans l'avantage de directives ultérieures de la part de la Seconde circonscription judiciaire, les tribunaux de ce district et d'ailleurs ont considéré, d'une manière quelque peu aléatoire, le risque de non reconnaissance par les tribunaux étrangers comme un facteur pertinent pour estimer si, dans le but de satisfaire aux conditions de la Règle 23(b)(3), l'inclusion des acquéreurs étrangers dans la classe était un moyen de recours supérieur.

Les défendeurs signalent trois cas postérieurs à *Bersch* qui soutiennent l'exclusion des acquéreurs étrangers de la classe proposée dans ce cas. Dans *CL-Alexanders Laing & Cruickshank v. Goldfield*, 127

¹¹ La décision du Juge Frankel du 28 juin 1972 n'a pas été publiée mais il paraît qu'en dépit de ses préoccupations sur la non-recevabilité des réclamations, il ait certifié une classe de tous les acquéreurs, étrangers et nationaux. *Idem*, à la page 982.

F.R.D. 454, 459 (S.D.N.Y 1989), le Juge Mukasey a rejeté la certification de la classe dans une action concernant le dol en matière de valeurs mobilières en raison du fait que l'association (1) d'une déclaration sous serment non contestée indiquant qu'un tribunal britannique « ne reconnaîtra pas » un jugement étranger dans une class action américaine avec exclusion, (2) d'une classe dont le nombre n'était que de vingt-cinq membres, et (3) de réclamations comportant des éléments non caractéristiques émanant du demandeur nommément désigné, ne satisfaisait pas aux conditions de la Règle 23. « L'association de ces problèmes », remarquait le Juge Mukasey, « dont pas un seul considéré individuellement ne justifiait forcément le rejet de la certification de classe, rend pratiquement péremptoire le rejet de la class action en cette espèce. » *Idem*, à la page 460. Alors qu'on ne devine pas clairement quel est le principe normatif appliqué par le Juge Mukasey à l'égard de l'irrecevabilité de la réclamation, il apparaîtrait qu'il ait considéré une déclaration sous serment non contestée, indiquant avec certitude qu'un tribunal britannique ne reconnaîtrait pas un jugement américain, insuffisante en soi pour rejeter la certification de la classe. Semblablement, dans l'affaire *Ansari v. New York University*, 179 F.R.D. 112 (S.D.N.Y. 1998), le Juge Mukasey a décidé que les doutes concernant l'irrecevabilité des réclamations dans les juridictions étrangères allaient à l'encontre d'une requête tendant à la certification de la classe dont le fondement était par ailleurs faible. Dans *Ansari*, un dentiste a intenté une action contre l'Université de New York, son école de dentisterie et diverses responsables de l'université, alléguant une rupture de contrat et des infractions aux lois de l'état relatives à un manquement allégué de fourniture de services d'éducation. La classe des demandeurs proposée comprenait seulement trente-cinq membres, dont certains des étrangers, et a manqué de satisfaire au critère de multitude de la Règle 23(a)(1). *Idem*, à la page 116. En second lieu, et bien « que cela ne soit pas un manquement aussi significatif que celui de la condition de multitude », la certification de la classe a été rejetée parce que « un nombre limité de cas de jurisprudence... suggère » qu'au moins six des pays étrangers à prendre en considération n'accorderaient pas l'irrecevabilité des réclamations à une class action avec exclusion. *Idem*, à la page 117. Le Juge Mukasey a estimé que ce fait « constituait une preuve supplémentaire rendant la certification de la classe inappropriée », bien que naturellement, la décision

aurait pu être fondée entièrement sur le défaut des demandeurs à satisfaire à la condition de multitude.

Idem.

Dans *In re Daimler Chrysler AG Securities Litigation*, 216 F.R.D. 291 (D. Del. 2003), sur lequel les demandeurs s'appuient également, les demandeurs fondaient leurs réclamations concernant le dol en matière de valeurs mobilières contre le constructeur d'automobiles allemand sur les fausses déclarations alléguées qui auraient été faites en relation avec l'acquisition d'un constructeur d'automobiles américain. Le tribunal n'a pas cité *Bersch* mais a cité en fait *Ansari* et *CL-Alexanders* pour proposer que la certification de la classe pourrait être inappropriée lorsqu'il existe des « obstacles » causés par l'inclusion de membres étrangers dans la classe. *Idem*, à la page 301. Décision selon laquelle « des difficultés pratiques » existaient pour maintenir une classe avec des investisseurs étrangers, et en outre, les demandeurs n'avaient pas adéquatement traité des questions d'administration ni des dommages, et le tribunal a donc limité la classe aux investisseurs américains.

Aboutissant à un résultat différent dans l'affaire *Cromer Finance Limited v. Berger*, 205 F.R.D. 113 (S.D.N.Y. 2001), le Juge Cote a considéré l'effet de chose jugée d'un jugement rendu dans une class action comme « facteur devant être pris en considération lors de l'évaluation de la supériorité du recours sous forme de class action », mais a distingué les cas « dans lesquels la 'possibilité' existe qu'un tribunal étranger ne reconnaisse pas un jugement, et ceux dans lesquels il est 'quasi certain' que le jugement ne sera pas reconnu ». *Idem*, aux pages 134-135 (citant *Bersch*, 519 F.2d page 996). Le Juge Cote a conclu, après examen des déclarations sous serment des experts, mises en concurrence, qu'il existait « au plus une 'possibilité' » que les tribunaux étrangers ne reconnaissent pas un jugement américain, et il a certifié une classe comprenant des demandeurs étrangers alléguant au niveau fédéral le dol en matière de valeurs mobilières contre le gérant d'un fonds d'investissement à l'étranger et des cabinets comptables des Bermudes. *Idem*, à la page 135. Suivant une démarche différente, le Juge Sweet a interprété *Bersch*, dans l'affaire *In re Lloyd's American Trust Fund Litigation*, No. 96 Civ. 1262 (RWS), 1998 WL 50211, au *15 (S.D.N.Y. 6 fév. 1998), comme ne s'appliquant qu'à la question de savoir si une class action devait

procéder en vertu des principes de litispendance, et a souligné que *Bersch* ne traitait pas directement de la question de supériorité du recours en vertu de la Règle 23(b)(3). Sans appliquer le test de la « quasi certitude », le Juge Sweet a conclu qu' « un tribunal étranger peut se référer aux résultats obtenus dans ce cas pour se guider, ce qui contribue à la supériorité de la procédure de class action », et il a certifié la classe. *Idem* ; voir aussi *In re U.S. Fin. Sec. Litig.*, 69 F.R.D. 24, 50 (S.D. Cal. 1975) (déclarant que le « fondement sur *Bersch* » invoqué par le défendeur « était une mauvaise application parce que *Bersch* n'exclut pas les ressortissants étrangers de l'appartenance à une classe quelconque alléguant des infractions aux lois fédérales en matière de valeurs mobilières, simplement du fait de problèmes de chose jugée », et remarquant que « bien que le problème de la chose jugée soit l'un des facteurs à prendre en considération... il ne devrait pas être utilisé pour rejeter [la certification de la classe]... surtout lorsque le présent Tribunal a par ailleurs compétence d'objet »).

Dans l'affaire *Frietsch v. Refco, Inc.*, 92 C. 6844, 1994 WL 10014 (N.D. Ill. 13 jan. 1994), le tribunal de grande instance du District Nord de l'Illinois a examiné une requête tendant à la certification d'une classe d'investisseurs en parcs de marchandises comprenant un certain nombre de membres allemands dans la classe putative. Les demandeurs alléguaient, entre autres, des infractions aux sections 10(b) et 12(2) de la Loi sur les bourses de valeurs. *Idem* au *1. Dans ce cas-là, comme dans l'espèce présente, les défendeurs avançaient que le véhicule de la class action ne remplissait pas la condition de la Règle 23(b)(3) car la loi allemande ne reconnaîtrait pas un jugement dans une class action aux États-Unis. *Idem* au *11. À l'appui de cet argument, l'expert en droit allemand pour les défendeurs a déclaré qu'un jugement en faveur des défendeurs ne se verrait « très probablement pas » attribuer la force de chose jugée ». *Idem*. Par contraste, l'expert en droit allemand des demandeurs a déclaré que « la question de la force de chose jugée ne peut pas être prévue avec certitude car il n'existe pas de précédents, et toute décision par un tribunal allemand serait spécifique aux faits ». *Idem*. Mis en face de déclarations sous serment contradictoires, le tribunal a conclu que la question d'irrecevabilité « reste une incertitude qui ne devrait pas paralyser le tribunal et l'empêcher de prendre une ordonnance qui fournira à toutes les parties

les outils les plus efficaces disponibles pour résoudre le litige dans cette affaire ». *Idem*. Le tribunal de l'affaire *Freitsch* a distingué les cas de jurisprudence *CL-Alexanders* et *Bersch* parce que dans ces affaires le dossier contenait des affirmations sous serment non contestées qui ont persuadé les tribunaux respectifs de ce que les tribunaux étrangers n'accorderaient certainement pas la force de chose jugée à un jugement américain rendu pour le compte d'une classe. *Idem*.

Les cas de jurisprudence précédents révèlent, quel que soit leur résultat ultime, que les questions de chose jugée ont été greffées bien à propos sur l'examen de la supériorité du recours. Il n'apparaît cependant pas que les questions soulevées au sujet de la chose jugée aient besoin d'avoir effet sur la situation de l'action sans qu'il y ait, d'une part, une évaluation de la probabilité de non-reconnaissance et, d'autre part, la prise en considération d'autres facteurs qui auraient un impact sur la détermination de la condition de supériorité. *Ansari*, 179 F.R.D. à la page 116 (la chose jugée est « l'un des facteurs qui doivent être pris en considération » ; *Cromer*, 205 F.R.D. à la page 134 ; *In re U.S. Fin. Sec. Litig.*, 69 F.R.D. à la page 49, (« La question de la chose jugée était l'un des facteurs, parmi plusieurs, à prendre en considération ». (citant *Bersch*, 519 F.2d 974)). En ce qui concerne l'évaluation du risque de non-reconnaissance, le Tribunal ne trouve pas que le principe de « quasi certitude » soit un outil analytique particulièrement utile. Dans *Bersch*, le Juge Friendly a décidé, sur la base des déclarations sous serment non contestées, que la non-reconnaissance serait presque certaine ; cependant, il n'existe aucune indication que seulement ce niveau de certitude mettrait en cause la supériorité de la class action. Il n'est pas non plus vraisemblable que seulement là où la non-reconnaissance est « une simple possibilité » le tribunal doit décider que la supériorité est établie. Au lieu de cela, il semble plus à propos d'évaluer le risque de non-reconnaissance progressivement. Lorsque les demandeurs seront capables d'établir la probabilité que le tribunal étranger reconnaîtra l'effet de chose jugée à un jugement rendu dans une class action américaine, les demandeurs auront établi cet aspect de la condition de supériorité du recours. Voir *In re IPO Sec. Litig.*, 471 F.3d, à la page 33 (plaçant le fardeau de la preuve sur le demandeur non seulement pour produire « une certaine preuve » de la conformité à la Règle 23, mais aussi, pour montrer que les conditions qu'elle pose ont été

remplies). Lorsque les demandeurs sont incapables de montrer que la reconnaissance par le tribunal étranger est plus probable que l'inverse, ce facteur pèse contre une décision de supériorité et, pris en considération avec d'autres, ce facteur peut conduire à l'exclusion des demandeurs étrangers de la classe. Plus la probabilité de non-reconnaissance est proche de la « quasi certitude », plus il est approprié pour le Tribunal de rejeter la certification des requérants étrangers. En gardant à l'esprit ces principes, le Tribunal revient aux arguments des parties relatifs au niveau du risque de non-reconnaissance à l'étranger dans cette affaire.

(c) Reconnaissance en France

Les deux côtés ont soumis des déclarations d'experts volumineuses sur la question de savoir si les tribunaux étrangers qualifieraient de recevable un jugement ou un règlement dans le cadre de l'action en cours.¹² Étant donné qu'une vaste majorité d'actionnaires étrangers sont des ressortissants français, le Tribunal examinera d'abord, et de manière très approfondie, la probabilité de reconnaissance par un tribunal français.

Ainsi que les deux parties en conviennent, il n'existe aucun accord bilatéral (ou multilatéral) entre la France et les États-Unis régissant la reconnaissance et l'exécution des jugements et des décisions

¹² Les conventions suivantes en matière de citations seront suivies en ce qui concerne les déclarations des experts des parties mises en concurrence. Déclaration de Bernard Audit à l'appui de la requête de Vivendi Universal, S.A. s'opposant à la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 27 sept. 2005 (« Déclaration Audit ») ; Déclaration de Guy Carcassonne à l'appui de la requête de Vivendi Universal, S.A. s'opposant à la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 23 sept. 2005 (« Déclaration Carcassonne ») ; Déclaration de Daniel Cohen à l'appui de la requête de Vivendi Universal, S.A. s'opposant à la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 3 oct. 2005 (« Déclaration Cohen ») ; Déclaration de Gérard de Geouffre de la Pradelle à l'appui de la requête de Vivendi Universal, S.A. s'opposant à la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 29 sept. 2005 (« Déclaration de la Pradelle ») ; Déclaration d'Olivier Renard-Payen à l'appui de la requête de Vivendi Universal, S.A. s'opposant à la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 27 sept. 2005 (« Déclaration Renard-Payen ») ; Déclaration de François Terré à l'appui de la requête de Vivendi Universal, S.A. s'opposant à la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 30 sept. 2005 (« Déclaration Terré ») ; Déclaration conjointe de Daniel Cohen et de Gérard de Geouffre de la Pradelle à l'appui de la requête de Vivendi Universal, S.A. en réplique à l'opposition à la requête substituée des demandeurs tendant à la certification de la classe, 3 fév. 2006 (« Déclaration Cohen/de la Pradelle ») ; Déclaration d'Alexis Mourre à l'appui de la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 6 déc. 2005 (« Déclaration Mourre ») ; Déclaration d'Hélène Gaudemet-Tallon à l'appui de la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 1er déc. 2005 (« Déclaration Gaudemet-Tallon ») ; Déclaration de Hans Smit à l'appui de la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 20 déc. 2005 (« Déclaration Smit ») ; Déclaration complémentaire d'Alexis Mourre à l'appui de la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 22 juin 2006 (« Déclaration compl. Mourre ») ; Déclaration conjointe de Bernard Audit, Guy Carcassonne, Daniel Cohen, Gérard de Geouffre de la Pradelle et d'Olivier Renard-Payen présentant des observations relatives à la Déclaration complémentaire d'Alexis Mourre et à l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire *Prieur v. de Montenach*, 7 juillet 2006 (« Déclaration compl. des défendeurs »).

judiciaires rendues par leurs tribunaux respectifs. (Voir Déclaration Mourre ¶ 19 ; Déclaration Renard-Payen ¶ 12 ; Déclaration Audit ¶ 13 ; Déclaration de la Pradelle ¶ 15.) Le droit français ne suit pas le principe de réciprocité selon lequel un jugement étranger peut avoir des effets en France seulement si la juridiction étrangère donne effet aux décisions françaises. (Voir Déclaration Terré ¶ 14.) Ainsi, les règles des États-Unis concernant la reconnaissance des jugements étrangers ne sont pas pertinentes et la reconnaissance française d'un jugement américain est déterminée uniquement en référence au droit français. La question de savoir si un jugement rendu dans une class action aux États-Unis serait reconnu avec force exécutoire en France n'a jamais été directement tranchée par les tribunaux français. (Voir Déclaration Mourre ¶ 17 ; Déclaration de la Pradelle ¶ 35 ; Déclaration Gaudemet-Tallon ¶ 26 ; Déclaration Smit ¶ 91.) Cependant, la jurisprudence française décrit en termes généraux les circonstances dans lesquelles les jugements étrangers peuvent être reconnus. (Voir Déclaration de la Pradelle ¶ 15.)

Selon la jurisprudence française, avant qu'une décision étrangère puisse être exécutée ou reconnue (c.-à-d., étant donné l'effet de l'irrecevabilité) en France, elle doit d'abord être soumise à la procédure d'« exequatur ». (Voir Déclaration Terré ¶ 15 ; Déclaration de la Pradelle ¶ 30 ; Déclaration Mourre ¶ 154.) La procédure d'exequatur concerne le caractère exécutoire d'une décision étrangère en vertu du droit français, et non avec la substance de la dispute sous-jacent. (Déclaration Terré ¶ 16 ; Déclaration Smit ¶ 56.) Si l'exequatur est accordé, le jugement sous-jacent n'est pas modifié, mais au contraire, son contenu est incorporé dans le jugement d'exequatur, qui lui, reçoit le pouvoir exécutoire et la force de chose jugée en France. (Déclaration Terré ¶ 16 ; Déclaration Mourre ¶¶ 154 à 156.) Les déclarations des experts mises en concurrence s'accordent sur le fait que la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers (octroi de l'exequatur) en France sont principalement régies par l'arrêt *Munzer*, décision prise en 1964 par le tribunal le plus élevé en France, la Cour de cassation. (Voir par ex., Déclaration Audit ¶¶ 14, 16 ; Déclaration Mourre ¶ 20 ; Déclaration de la Pradelle ¶ 17 ; Déclaration Terré ¶ 19 ; Déclaration Renard-Payen ¶ 13.) Les conditions qui doivent être remplies en vertu de l'arrêt *Munzer* afin de ce que l'exequatur soit accordé sont résumées comme suit : (1) le tribunal étranger doit avoir compétence de juridiction en

vertu du droit français (« critère de la compétence ») ; (2) le tribunal étranger doit avoir appliqué le droit convenable en vertu des principes français sur les conflits de lois (« critère de la loi applicable ») ; (3) la décision ne doit pas être contraire aux principes français sur l'ordre public international (« critère de l'ordre public ») ; et (4) la décision ne doit être le résultat ni d'une fraude à la loi ni d'une recherche de forum (« critère de la recherche de forum »). (Voir Déclaration Cohen/de la Pradelle ¶ 5.)

(i) Le critère de la compétence

Le fait de savoir si le Tribunal serait considéré comme ayant correctement affirmé sa compétence juridictionnelle sur les défendeurs français est régi par l'arrêt de la Cour de cassation *Simitch v. Fairhurst* (Cass. 1e civ. 6 fév. 1985) (voir Déclaration compl. des défendeurs ¶ 3 ; Déclaration Mourre ¶ 22 ; Déclaration Smit ¶ 58). Le test de l'arrêt *Simitch* exige, pour que le tribunal étranger ait exercé correctement sa compétence juridictionnelle, que les conditions suivantes soient remplies : (1) l'affaire ne doit pas être de la compétence exclusive des tribunaux français, (2) les circonstances de l'affaire ou le jugement en question doit être lié « d'une manière caractéristique » au tribunal étranger, et (3) le choix du tribunal étranger ne doit pas être illicite. (Voir Déclaration Mourre ¶ 24 ; voir aussi Déclaration compl. des défendeurs ¶ 3.) Les pièces initialement soumises par les défendeurs s'appuyaient fortement sur le principe selon lequel les tribunaux français avaient compétence exclusive sur des défendeurs français en vertu de l'article 15 du Code civil français, et que, en l'absence d'une clause de renonciation, les tribunaux français ne reconnaîtraient jamais un jugement américain rendu contre une entité française. Ce point de vue n'est plus soutenable au vu de l'arrêt récent de la Cour de cassation dans l'affaire *Prieur v. Montenach* (Cass. 1e civ. 23 mai 2006), décidant que « l'article 15 ne prévoit qu'une soumission facultative à la compétence des tribunaux français ».

La question tourne alors autour du « lien caractérisé » suffisant justifiant l'exercice de la compétence d'un tribunal américain. Les experts des demandeurs prétendent que pour remplir cette condition, un tribunal français n'a pas besoin de déterminer si le tribunal étranger est compétent en vertu des règles sur le conflit de compétence du droit français, mais au contraire qu'il doit décider qu'il existait

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

des liens suffisants entre l'affaire et le tribunal étranger montrant que l'exercice de la compétence n'était pas inappropriée. (Déclaration Mourre ¶ 76.) Bien qu'il n'existe pas de critères précis pour définir ce qui constitue un « lien caractérisé » (*idem* au ¶ 75), l'un des experts des demandeurs, le Professeur Hans Smit, compare cette notion au concept américain de compétence d'objet. (Déclaration Smit ¶ 58). Ce Tribunal a naturellement déterminé que la compétence d'objet existe sur la base des allégations des demandeurs selon lesquelles un nombre substantiel de valeurs mobilières de Vivendi avaient été négociées aux États-Unis, que les défendeurs individuels s'étaient prétendument établis aux États-Unis pour y étendre la présence de Vivendi, et qu'un nombre d'actes illicites allégués ont été commis aux États-Unis. (Voir Déclaration Mourre ¶ 77.) D'après ce qui précède, les experts des demandeurs concluent que les conditions du « lien caractérisé » sont « facilement remplies dans cette affaire » (*idem* au ¶ 78), et qu'en réalité ceci « ne fait aucun doute » (Déclaration Smit ¶ 58).

Toutefois, les experts des défendeurs n'expriment aucune opinion aussi optimiste quant à la probabilité que la condition du « lien caractérisé » ait été remplie. Au contraire, ils sont « fermement d'avis qu'un tribunal français rejeterait l'affirmation de compétence d'un tribunal américain sur les membres étrangers/absents comme étant inappropriée ». (Déclaration compl. des défendeurs ¶ 5.) Les experts des défendeurs font reposer cette conclusion, pour une grande part, sur les circonstances sous-jacentes à la reconnaissance par la Cour de cassation de la compétence étrangère dans l'arrêt *Prieur* ci-dessus mentionné. Dans *Prieur*, le tribunal français a décidé que l'exercice de leur compétence par les tribunaux suisses était approprié dans une procédure d'annulation lorsque le mari et la femme étaient tous deux nés en Suisse, mariés en Suisse selon le droit Suisse et avaient établi leur résidence en Suisse après leur mariage. Bien que le mari soit citoyen français, ces « liens » avec la Suisse, a conclu le tribunal français, justifiaient que l'affaire soit renvoyée devant les tribunaux suisses pour obtenir une décision sur l'annulation du mariage. (Voir Déclaration compl. Mourre, Annexe A, à la page 3.) Les experts des défendeurs prétendent que l'arrêt *Prieur* montre qu'un tribunal français exigera des preuves semblables de contacts substantiels entre les parties et la juridiction étrangère avant de reconnaître un « lien caractérisé ». (Déclaration compl. des

défendeurs ¶¶ 8 à 9.) Contrairement à l'arrêt *Prieur*, les actionnaires étrangers dans la classe putative n'avaient aucun contact direct avec les États-Unis, et n'avaient pas acheté leurs actions Vivendi aux États-Unis. (*Idem* au ¶ 10.) En outre, les actionnaires étrangers n'ont explicitement indiqué aucun désir de poursuivre Vivendi—société française ayant son siège à Paris—en justice devant les tribunaux des États-Unis, ni d'être inclus dans la classe putative aux États-Unis. (*Idem*.)

La différence reconnue de degré dans le niveau des contacts entre les parties et le tribunal étranger dans l'arrêt *Prieur* et dans le présent cas n'est cependant pas suffisante pour persuader le Tribunal qu'un tribunal français ne trouverait pas un « lien caractérisé » suffisant entre le dol allégué dans la présente action et les États-Unis, suffisant pour justifier l'exercice de sa compétence par le Tribunal. Les experts des défendeurs ne font que montrer que si les liens d'une affaire avec la compétence étrangère sont significatifs au point d'être considérés comme quasi absolus, un lien caractérisé est facilement établi. Il ne s'ensuit pas que la relation entre le comportement illicite allégué des défendeurs, qui s'est manifesté suffisamment aux États-Unis pour justifier une déclaration de compétence d'objet en vertu de nos lois, serait insuffisante en vertu du principe de « lien caractérisé ». Dans l'arrêt *Prieur*, les liens entre les parties et le tribunal étranger tendent plus à établir le cas paradigmatique qu'à mettre en lumière ce que serait la décision d'un tribunal français mis en face d'une question potentiellement plus étroite comme celle qui se présente ici. Vu les faits présentés, où le Président-Directeur général et le Directeur financier de Vivendi ont transféré leurs activités aux États-Unis et, prétendument continué leur programme d'activités illicites ici, le Tribunal conclut qu'un tribunal français trouverait probablement un « lien caractérisé » suffisant pour remplir la seconde condition du test de l'arrêt *Simititch*.

L'élément final du test de l'arrêt *Simititch* consiste en ce que le choix des demandeurs en faveur d'un tribunal des États-Unis ne doit pas avoir été illicite. Cette condition comporte deux éléments différents. D'abord, le jugement étranger ne doit pas avoir été « obtenu par des manœuvres frauduleuses ». (Déclaration Mourre ¶ 79.) Les défendeurs ne contestent pas cet élément. En second lieu, l'affaire ne doit pas avoir été portée devant « un tribunal étranger afin d'obtenir une décision de ce tribunal étranger en

vertu du droit étranger différent de celui auquel serait soumis un litigant dans son pays ». (Déclaration Terré ¶ 45.) C'est-à-dire que le demandeur ne doit pas avoir fabriqué la compétence de juridiction afin de choisir un tribunal plus favorable quand c'est le droit français qui aurait dû s'appliquer. Les défendeurs avancent que l'action des demandeurs aux États-Unis a été « fabriquée » pour échapper à un jugement rendu par application du droit français. En 2002, l'association « ADAM » (protégeant les actionnaires minoritaires) ainsi qu'un certain nombre d'actionnaires de Vivendi (nominativement désignés) ont déposé une requête devant le tribunal de commerce de Paris tendant à examiner Vivendi, pendant la période de base couverte pour les membres de la classe. Le tribunal rejeta la requête en la trouvant « mal fondée » et déclara un non-lieu. La présidente de l'association ADAM a prétendument déclaré que le non-lieu la poussait à intenter une class action aux États-Unis pour le compte des actionnaires français. Les défendeurs prétendent donc que l'action aux États-Unis est une tentative pour échapper à l'application du droit français qui exclura l'octroi de l'exequatur. (Déclaration Terré ¶ 46 ; voir aussi Déclaration Cohen/de la Pradelle ¶ 21.)

Premièrement, il n'existe aucune preuve de ce que l'action en instance devant le Tribunal ait en fait été intentée à l'instigation de la présidente de l'ADAM. En outre, et tandis que les demandeurs dans cette affaire se sont nettement présentés devant ce Tribunal pour se prévaloir de causes d'action et d'outils procéduraux non disponibles en France, il n'y a absolument pas de certitude que cette allégation de recherche de forum constituerait une interdiction pour la reconnaissance [d'un jugement]. En fait, il est difficile d'imaginer comment les demandeurs dans cette affaire seraient engagés dans une fraude contre les tribunaux en présentant des réclamations fondées sur la législation des États-Unis sur les valeurs mobilières, qui sont, en partie, fondées sur des activités aux États-Unis, et qui ont été jugées comme relevant de la compétence d'objet du Tribunal. Le Tribunal conclut donc qu'un tribunal français ne trouverait probablement pas que les demandeurs se sont engagés dans une recherche inappropriée du forum en actionnant des poursuites aux États-Unis et conclurait que le troisième élément du test de l'arrêt *Simititch* (et par là même, le critère de la compétence juridictionnelle de *Munzer*) a été rempli.

(ii) Le critère de la loi applicable

Le critère de la loi applicable pose la question de savoir si en vertu des principes français du choix de la loi applicable, l'application du droit des États-Unis est applicable dans la présente action. Bien que le droit français reconnaisse que si une société française négocie ses titres sur des bourses étrangères elle est soumise à la législation des pays en cause (voir Déclaration Mourre ¶ 139), la question ici est de savoir si le droit américain a été correctement appliqué en ce qui concerne des investisseurs non américains qui n'ont pas acheté les valeurs mobilières de Vivendi à la Bourse de New York (NYSE). Aucune des parties ne fournit d'indications sur ce que sont en fait les principes français du choix de la loi applicable ni quelles règles d'analyse devraient être appliquées pour déterminer si, du point de vue français, le droit applicable correct a été appliqué.

Les opinions des experts des défendeurs ne sont pas uniformes en ce qui concerne leur analyse du critère de la loi applicable. Deux des experts des défendeurs croient qu'un tribunal français déterminerait que le droit applicable correct serait le droit français, parce que les défendeurs sont français, une grande partie des actes illicites allégués ont eu lieu en France et de nombreuses opérations pertinentes ont été effectuées par des investisseurs français en France. (Voir Déclaration Terré ¶ 28 ; Déclaration Audit ¶ 25.) Cependant, Terré et Audit reconnaissent tous deux que l'application du droit étranger peut être reconnue comme appropriée lorsque la doctrine de « l'équivalence » s'applique. (Voir Déclaration Terré ¶ 29 ; Déclaration Audit ¶ 26.) Il existe une équivalence lorsque la résolution d'une question en droit français aurait été la même que celle du droit étranger en cause ici. (Voir Déclaration Terré ¶ 29.) Terré et Audit avancent tous deux que l'application de la loi des États-Unis et de la loi française dans les circonstances dans ce cas ne serait pas considérée comme équivalente en raison de différences fondamentales dans la procédure, telles que le mécanisme d'exclusion [de la class action] et l'évaluation des dommages envisagés par la Règle 23.¹³ (Voir Déclaration Terré ¶¶ 30 à 31 ; Déclaration Audit ¶ 26.)

¹³ Sans préjudice des différences procédurales, Terré concède qu'au regard du droit substantif, les réclamations dans la présente action et dans des actions en cours en France intentées par deux actionnaires sont sans conteste semblables. (Déclaration Terré ¶ 31 ; voir aussi Déclaration Cohen ¶ 24 concernant la similarité des causes d'action alléguées en vertu du droit français.)

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

Les experts des défendeurs Cohen et de la Pradelle ont un point de vue légèrement différent, bien qu'ils arrivent à la même conclusion, à savoir qu'un tribunal français ne considérerait pas les conditions du critère de la loi applicable comme remplies. En droit français, une société dont le siège est sur le territoire français est soumise au droit français.¹⁴ (Voir Déclaration Cohen ¶ 18.) Cohen et de la Pradelle concluent que d'après les dispositions précédentes du droit français, aucun jugement appliquant la loi des États-Unis à une affaire impliquant une société française ne serait reconnu. (Voir Déclaration Cohen/de la Pradelle ¶ 15 ; voir aussi Déclaration Cohen ¶ 18.) Ces dispositions considérées indépendamment ne fournissent cependant aucune base pour conclure qu'une société dont le siège social est situé sur le territoire français ne pourrait pas, dans certaines circonstances, être soumise au droit d'une autre juridiction. Outre ces dispositions du droit français, Cohen et de la Pradelle s'appuient sur un arrêt de 1997 de la Cour de cassation, *Société Africatours* (Cass. 1e civ. 1er juillet 1997). (Voir Déclaration Cohen ¶ 20, Annexe 6.) La traduction de l'arrêt n'a pas été produite mais le résumé complet fourni par Cohen est le suivant :

Dans [l'arrêt *Société Africatours*], la Cour de cassation rejette la décision de la Cour d'appel qui avait déclaré que la loi sénégalaise était applicable à une société ayant son siège social au Sénégal mais l'avait interprétée du point de vue du droit français qu'elle avait pensé être semblable : ce faisant, elle a faussement appliqué le droit d'habitude applicable et l'a incorrectement interprété.

(Déclaration Cohen ¶ 20.) Bien que Cohen et de la Pradelle affirment que cet arrêt « [décide] spécifiquement que si le siège social d'une société est situé en France, alors, toute action en justice contre cette société intentée par les actionnaires doit se dérouler selon le droit français » (Déclaration Cohen/de la Pradelle ¶ 16), sans plus, la conclusion ne suit simplement pas le raisonnement décrit de la Cour de cassation.

Comme dans le critère de la compétence, les experts des demandeurs croient que le critère de la loi applicable est facilement satisfait dans le cas présent : « La condition selon laquelle le tribunal étranger doit avoir appliqué la loi applicable conformément aux règles françaises du choix de la loi est souple et... il est suffisant que le droit appliqué soit substantivement équivalent en vertu des principes français sur le choix

¹⁴ « Selon l'article 1837 du Code civil français et de l'article L.210-3 du Code de commerce français, 'les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire français doivent être soumises au droit français.' » (Déclaration Cohen/de la Pradelle ¶ 15 ; Déclaration Cohen, Annexe 5.)

de la loi. Cette condition paraît amplement remplie. » (Déclaration Smit ¶ 87.) De manière plus spécifique, l'expert des demandeurs, Mourre, avance d'abord que l'opinion dominante parmi les juristes français est que le critère de la loi applicable ne devrait pas être appliqué, et il déclare qu'en fait il est fréquent que les tribunaux ne remplissent pas cette condition. (Déclaration Mourre ¶ 142.) En vertu de cette « opinion dominante » l'examen correct pose la question de savoir si le juge étranger « s'est emparé de » la compétence avec l'intention d'éviter l'application de la loi française, ou si l'application du droit étranger constituerait une violation de l'ordre public. (*Idem.*) Dans l'alternative, Mourre prétend que les conditions du critère du droit applicable peuvent être remplies en vertu de la doctrine de l'équivalence, qui accepte l'application d'une loi autre que celle qui serait désignée par les principes français sur le choix de la loi, lorsque l'application de cette loi étrangère conduirait à un résultat équivalent à celui qui aurait été atteint en vertu du droit français (*Idem* au ¶ 146.) Compte tenu des éléments de la demande des demandeurs en sa section 10(b), de même que le fait que des dommages et intérêts pour dommages indirects, à titre de pénalité ou autres, ou à titre d'exemple, ne pourraient être accordés dans la présente action, Mourre conclut que le résultat dans cette action serait équivalent à celui obtenu en vertu de l'article L.465-2 du Code monétaire et financier.¹⁵ (*Idem* au ¶ 148.) Cette conclusion est justifiée indirectement par l'expert des défendeurs, Professeur Cohen, qui approfondit dans le détail les similitudes de la substance des lois américaines et françaises interdisant la diffusion d'informations fausses et trompeuses parmi les actionnaires. (Déclaration Cohen ¶¶ 27 à 43.) L'expert des défendeurs, Audit, émet l'opinion selon laquelle les différences procédurales entre les codes de procédure français et américain en ce qui concerne les actions en justice des actionnaires, excluent toute conclusion d'équivalence, mais il ne fournit aucun argument à l'appui de son opinion. (Déclaration Audit ¶ 26). Après avoir pesé le pour et le contre, le Tribunal conclut (a) que les différences procédurales concernent plus le sujet d'une analyse de l'ordre public et (b) que les similitudes de substance entre le droit américain et le droit français concernant le dol

¹⁵ Cette disposition dispose « qu'est engagée la responsabilité de toute personne physique ou morale qui 'diffuse dans le public, par un moyen quelconque, des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives d'évolution ou sur la situation d'un émetteur de valeurs mobilières dont les titres sont négociés sur une bourse de valeurs réglementée, ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier négocié sur un marché réglementé, d'une manière qui peut influencer la valeur marchande.' » (Déclaration Mourre ¶ 148.)

en matière de valeurs mobilières sont probablement suffisantes en vertu de la doctrine de l'équivalence pour remplir les conditions du critère de la loi applicable du test de *Munzer*.

(iii) Le critère de l'ordre public

Ce critère du test de l'arrêt *Munzer* exige que, pour être reconnu, le jugement étranger soit « conforme à l'ordre public international ». (Déclaration Audit, Annexe 5.) Cette exigence est peut-être la plus problématique de toutes les conditions posées dans l'arrêt *Munzer*, dans la mesure où le droit français ne reconnaît pas les class actions avec exclusion. (Déclaration Cohen ¶¶ 49 à 51 ; Déclaration Mourre ¶¶ 102 à 105.) Le fait que les class actions avec exclusion ne sont pas actuellement permises est, naturellement, une certaine indication que de telles actions sont contraires à l'ordre public français. Cependant, le fait qu'un droit particulier ne soit pas reconnu en France ne peut conduire à la non-reconnaissance du jugement étranger que si ce jugement « viole les principes de justice universelle ». *Lautour v. Guiraud* (Cass. 1e civ. 25 mai 1948) (Déclaration Mourre, Annexe 27) (« Les règles étrangères... ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international simplement parce qu'elles diffèrent des dispositions impératives du droit français, mais seulement dans la mesure où elles violent les principes de justice universelle considérés par la conception française comme ayant une valeur universelle. ».)

Les défendeurs prétendent qu'une class action avec exclusion constitue une infraction à de tels principes universels sous trois aspects. D'abord, l'un des principes reconnus en droit français consiste en ce que personne ne peut intenter une action en justice par procuration. Ce principe—qui s'énonce en français sous l'expression 'nul ne plaide par procureur'—requiert que quiconque agissant comme partie dans une action en justice doit faire connaître son identité individuellement dans la procédure judiciaire. (Voir Déclaration Terré ¶ 38.) Par conséquent, les défendeurs avancent que le fait que tous les membres de la classe putative ne seront pas identifiés nommément, mais au contraire, représentés par des mandataires de la classe désignés par le tribunal, sera fatal à la reconnaissance du jugement américain dans ce cas par un tribunal français. (Voir *idem* au ¶ 39 ; Déclaration Renard-Payen ¶ 15 ; Déclaration de la Pradelle ¶¶ 40 à

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

43 ; Cohen/de la Pradelle ¶¶ 19 à 20.) Les défendeurs invoquent en outre que le défaut d'identification individuelle de chacun des demandeurs est en infraction aux notions françaises de l'application régulière de la loi. (Déclaration Audit ¶ 30). Ceci résulte du « principe général » du droit français selon lequel personne ne devrait être demandeur sans son consentement express. (Déclaration Audit ¶ 31). Les membres d'une classe avec exclusion ne sont naturellement pas requis de prendre des mesures pour être inclus dans la classe. Les défendeurs avancent également que la classe avec exclusion est incompatible avec le principe fondamental du contradictoire, qui confère à chaque litigant la « liberté personnelle » de comparaître et d'être entendu pendant toute procédure affectant ses droits. (Déclaration Cohen/de la Pradelle ¶ 20 ; Déclaration Audit ¶ 32.) En particulier lorsque la notification individuelle n'est pas exigée (comme ceci est permis en vertu de la Règle 23), un membre de la classe pourrait être privé de son droit fondamental de comparaître sans avoir jamais reçu effectivement un avis de notification. (Déclaration Cohen/de la Pradelle ¶ 20.) Enfin, les pactes de quota litis sont interdits en droit français parce que ces honoraires réduisent le montant de l'indemnisation disponible pour les demandeurs, et par conséquent, un jugement américain qui accordait des honoraires d'avocat basés sur un pacte « pourrait bien être considéré » comme une violation de l'ordre public français. (Déclaration Audit ¶ 34.)

Les experts des demandeurs rejettent la notion selon laquelle les class actions de style américain seraient incompatibles avec les principes fondamentaux de justice tels qu'interprétés par les tribunaux français. (Déclaration Smit ¶¶ 85 à 90 ; Déclaration Mourre ¶¶ 97 à 105.) C'est ainsi que Mourre signale que les actions collectives peuvent être intentées par des syndicats pour le compte des employés sans consentement individuel, et que des associations de détenteurs de droits d'auteur ont la permission d'agir en justice pour le compte des membres de leur groupe. (Déclaration Mourre ¶¶ 99 à 101.) En outre, comme l'un des experts des défendeurs l'indique aussi, les associations d'actionnaires ont le droit de poursuivre en justice les sociétés et leurs administrateurs et de solliciter des procurations auprès des actionnaires individuels (au moyen du courrier postal et des annonces publiques) afin d'agir pour leur compte. (Déclaration Cohen ¶¶ 45 à 48.) Bien que ces procédures soient sûrement distinctes de la classe avec

exclusion de la Règle 23(b)(3), elles ne signalent aucune hostilité fondamentale à l'égard du concept d'action collective.

Les experts des demandeurs avancent en outre que les défendeurs font une erreur d'interprétation et d'application du principe nul ne plaide par procureur. Selon Mourre, le principe nul ne plaide par procureur signifie qu'une partie à une action en justice ne peut pas paraître agir dans son propre intérêt lorsqu'en réalité elle exerce les droits d'un tiers dont l'identité est dissimulée. Le but consiste à éviter la fraude procédurale afin qu'un défendeur connaisse les défenses spécifiques. (Déclaration Mourre ¶ 131 ; voir aussi Déclaration Smit ¶ 74 (opinion selon laquelle cette règle est l'équivalent français de l'obligation d'une partie réellement intéressée de la Règle 17).) Dans cette affaire, les défendeurs savent que les demandeurs représentent les membres absents de la classe, qui sont les véritables parties liées entre elles par les conditions d'intérêt commun et d'élément caractéristique de la Règle 23. (Voir Déclaration Smit ¶ 74 ; Déclaration Mourre ¶ 132.) En outre, Mourre signale une jurisprudence confirmant que l'adage nul ne plaide par procureur ne fait pas partie de la conception française de l'ordre public international et n'est pas un motif de rejet d'un jugement étranger. (Déclaration Mourre ¶¶ 133 à 134 (citant *Chenue v. Brachat* (Paris 5e B, 24 oct. 1991) ; *Colmar, Kruger v. Fougerolle* (30 avril 1996) ; *Mandel v. Coprim* (Paris 1e C, 27 oct. 1998))).

Les experts des demandeurs reconnaissent que les citoyens français ont le droit, au titre des « libertés individuelles », de comparaître et d'être entendus dans toute action, mais avancent, simplement, que la Règle 23(b)(3) honore ce droit en donnant à tout membre de la classe la faculté de s'exclure de la classe. (Déclaration Smit ¶ 88 ; Déclaration Mourre ¶¶ 109 à 110.) Mourre remarque également que les actions collectives des syndicats ont été permises par les tribunaux français comme un équivalent à l'option d'exclusion, à condition que les employés-membres reçoivent une notification de l'action. (Déclaration Mourre ¶ 99.) Il pourrait donc bien se faire que les tribunaux français fassent exécuter un jugement rendu dans une class action américaine contre un membre de la classe qui aurait effectivement reçu une notification et par là, aurait eu une vraie occasion d'exercer ses « libertés individuelles », mais qu'ils

déclineraient de faire appliquer un jugement contre un membre d'une classe qui pourrait prouver qu'il n'avait pas reçu une notification effective.

Après avoir pesé les déclarations sous serment détaillées des deux parties, le Tribunal conclut qu'un jugement rendu dans une affaire comportant une classe avec exclusion n'offenserait pas les concepts français d'ordre public international. Alors qu'il est clair que de telles class actions ne sont pas autorisées à présent, il est également clair que le contexte est en cours de changement rapide. L'expert même des défendeurs, Professeur Cohen, remarque au sujet des développements suivants :

Le droit français ne cesse d'évoluer dans une direction favorable aux class actions. Suivant la pratique des États-Unis, le Président de la République française a sérieusement souhaité développer les actions collectives et mettre en place une commission d'examen le 13 avril 2005, responsable de l'introduction d'une sorte de « class action » pour les relations avec les consommateurs.

Tout naturellement, la question de l'introduction des actions collectives en matière de valeurs mobilières (« *securities class actions* ») en droit français a été soulevée de manière à protéger plus efficacement les actionnaires et les investisseurs... Le moins que l'on puisse dire est que cette tendance gagne fortement du terrain et que l'évolution du droit français semble très rapide. Alors qu'il y a peu de temps on considérait qu'elles semblaient éloignées du droit français, les ouvrages se multiplient aujourd'hui pour tenter d'en prendre la mesure exacte et de les acclimater en France... Le droit français s'oriente ainsi vers les « class actions » en matière de protection des actionnaires et des investisseurs.

(Déclaration Cohen ¶¶ 49 à 50.) Les défendeurs se dépêchent de faire remarquer que l'étude citée en référence par le Professeur Cohen observait que la plupart des membres de la commission d'examen considéraient la classe avec exclusion contraire au droit français. (Déclaration Cohen/de la Pradelle, Annexe D à la page 32). Par ailleurs, un certain nombre de membres de la commission d'examen ont recommandé une législation établissant le mécanisme de la classe avec exclusion basé sur les modèles des États-Unis et du Québec. (Voir, par ex., *idem*, Annexe D, Rapport du groupe de travail, Commentaires de Jean-Guy Lévy, Bâtonnier.) Naturellement, on ne peut pas prévoir si ou quand la France adoptera une législation sur les class actions et si celle-ci inclura un mécanisme d'exclusion. Cependant, les vues exprimées par le Président français, ainsi que les débats actuels dans les professions juridiques et dans le monde des affaires apportent une bonne preuve de ce que le modèle de la class action n'est pas si contraire à l'ordre public français que son usage puisse, en toute probabilité, être caractérisé de violation aux

« principes de justice universelle » ou contraire à « l'ordre public international ». Par conséquent, les conditions du critère de l'ordre public du test de *Munzer* sont probablement satisfaites.

(iv) Absence de fraude à la loi

Le dernier critère du test de *Munzer*—la condition que l'action devant le tribunal étranger ne soit pas illicite—a été examinée par le Tribunal au cours de son analyse de la décision *Simitch*. Voir la discussion ci-dessus. Pour les raisons indiquées ci-dessus, il paraît improbable qu'un tribunal français dénoncerait le dol ou la recherche de forum dans les poursuites intentées par les demandeurs devant ce Tribunal, à propos de réclamations invoquant les lois des États-Unis relatives aux valeurs mobilières.

* * *

En résumé, le Tribunal conclut que les experts des demandeurs ont démontré qu'il existe une probabilité pour que les tribunaux français décident (i) que ce Tribunal a correctement affirmé sa compétence sur les réclamations qui ont « un lien caractérisé » avec la présente juridiction ; (2) que les lois des États-Unis relatives aux valeurs mobilières satisfont à la doctrine de l'équivalence et sont correctement appliquées ; (3) qu'un jugement dans cette affaire ne violera pas les principes de justice universelle ; et (4) que les demandeurs ne sont pas engagés dans une course interdite à la recherche de forum. Par conséquent, il est fortement probable qu'un jugement dans cette affaire bénéficiera de la reconnaissance lorsque la procédure d'exequatur sera entamée.

(d) Reconnaissance en Angleterre

Il n'y a pas de précédents faisant autorité traitant de l'effet de chose jugée d'une class action américaine en Angleterre. Étant donné qu'il n'existe ni loi ni convention en jeu, la question est traitée en vertu des règles du droit jurisprudentiel (*common law*). Le droit jurisprudentiel anglais contient des dispositions relatives à l'exécution d'un jugement étranger lorsque le tribunal étranger était « compétent. »¹⁶ Les autorités anglaises examinent régulièrement la compétence d'un tribunal étranger en termes de savoir

¹⁶ Les autres éléments généralement requis pour établir le caractère de la chose jugée sont (i) que le jugement soit définitif, (ii) qu'il y ait une identité des parties, et (iii) qu'il y ait identité d'objet. (Déclaration Rabinowitz ¶ 34 (citant *Good Challenger v. Navegante SA v. Metalexportimport SA* [2003] EWCA Civ. 1668).) Les défendeurs ne contestent pas que ces conditions ne seraient pas remplies.

s'il y avait compétence juridictionnelle sur le *défendeur*. Ainsi, un tribunal est compétent si (i) le défendeur était présent dans la circonscription juridictionnelle où la procédure était entamée, ou si (ii) le défendeur s'est soumis à ladite compétence. (Déclaration de Laurence Rabinowitz à l'appui de la réponse de Vivendi Universal S.A., en Opposition à la requête des demandeurs relative à la certification de la classe, 29 sep. 2005 (« Déclaration Rabinowitz »), ¶ 25.) D'après ces principes, naturellement, le Tribunal serait compétent étant donné que les opérations étendues de Vivendi aux États-Unis placent cette société dans la circonscription juridictionnelle du Tribunal.

Les défendeurs avancent, cependant, que si les tribunaux anglais étaient saisis de cette question, ils exigeraient également qu'un tribunal américain ait compétence personnelle sur les membres non américains de la classe par le biais de leur comparution individuelle dans l'action (Déclaration Rabinowitz ¶ 26.) Il est possible de trouver une justification de cette position dans les opinions offertes par le juge dans l'affaire *Campos v. Kentucky & Indiana Terminal Railroad Company* [1962] 2 Lloyd's Rep. 459 (QB). Dans cet arrêt, le tribunal a décidé en faveur du défendeur sur la base des mérites invoqués dans l'affaire, mais il a en outre remarqué que l'autre défense possible basée sur la chose jugée à l'égard d'un jugement favorable dans la class action américaine ne réussirait probablement pas pour les raisons suivantes : (i) l'action aux États-Unis était une class action fallacieuse,¹⁷ qui ne liait pas les parties absentes, même en droit américain, et (ii) dans tous les cas, le demandeur n'était pas un membre de la classe au moment du commencement de l'action aux États-Unis. Enfin, le tribunal a trouvé « une grande force » dans l'argument que la chose jugée ne fonctionnerait pas dans un tribunal anglais contre une partie qui n'avait pas reçu signification de l'action dans la procédure étrangère. Ceci impose de poser la question de savoir si un membre de la classe est une partie. C'est ainsi qu'on est loin de savoir clairement comment l'observation du tribunal—exacte autant qu'on le sache—aurait été appliquée dans le cas d'une « vraie » classe selon la Règle 23(b)(3) dans laquelle les membres absents de la classe ne sont pas des parties pour une variété de raisons liées à la procédure, y compris la signification d'un acte judiciaire. Conte & Newberg, ci-dessus, § 1,4 n° 2. L'expert des

¹⁷ « La class action fallacieuse n'était guère plus qu'un véhicule permettant la jonction, qui ne liait que les parties d'origine à l'action et ceux qui pourraient éventuellement intervenir ultérieurement. » 1 Conte & Newberg, ci-dessus, § 1:9.

défendeurs ignore simplement la question et assure, sans analyse, que les membres absents sont soumis aux mêmes règles juridictionnelles du droit jurisprudentiel anglais qui, comme remarqué, fait référence uniquement au besoin de signification, ou de comparution, des défendeurs personnes physiques et parties. Tandis que les tribunaux anglais ne sont pas liés par ce raisonnement, la Cour suprême l'a explicitement rejeté, décidant que les membres non résidents d'une classe n'étaient pas requis de comparaître individuellement, et qu'une notification adéquate avec faculté de s'exclure est suffisante pour établir un consentement limité à la compétence juridictionnelle. *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 806 à 814 (1984). En outre, la déduction qu'un tribunal anglais jugerait qu'un tribunal américain n'est pas compétent si des membres non résidents de la classe n'avaient pas été signifiés personnellement paraît incompatible avec la loi anglaise régissant les class actions ou les actions « par représentation » qui, en fait, permettent les parties absentes d'être liées. La Règle 19.6 des Règles de Procédure civile de 1998 dispose comme suit :

- (1) Lorsque plusieurs personnes ont le même intérêt dans une action—
 - a. l'action peut être commencée ; ou
 - b. le tribunal peut ordonner que l'action soit continuée par ou contre une ou plusieurs des personnes qui ont le même intérêt en qualité de mandataires de toute autre personne ayant cet intérêt.
- (2) Le tribunal peut ordonner qu'une personne n'ait pas qualité pour agir comme mandataire.
- (3) Toute partie peut requérir le tribunal d'ordonner comme il est indiqué au paragraphe (2).
- (4) À moins que le tribunal n'ordonne autrement, tout jugement ou ordonnance délivrée dans une action où l'une des parties agit en qualité de mandataire en vertu de la présente règle,
 - a. lie toutes les personnes représentées dans l'action ; mais
 - b. ne peut être mise à exécution par ou contre une personne qui n'est pas partie à l'action sans l'autorisation du tribunal.

(Déclaration Harris ¶ 44.) Ainsi, les actions par représentation en Angleterre lieront ceux pour le compte desquels une action est intentée (et, en vertu de la section 4(b), les personnes qui ne sont pas parties à l'action avec l'autorisation du tribunal). Voir généralement Neil Andrews, *Multi-Party Proceedings in England : Representative and Group Actions*, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 249 (2001). Il n'est pas exigé, explicitement ou implicitement, que les membres de la classe, étrangers ou ressortissants nationaux, comparaissent ou reçoivent une signification pour être liés. Il est vrai que le champ d'application des actions par représentation relatives à des actions concernant les dommages et intérêts est considérablement

plus étroit en Angleterre qu'aux États-Unis et qu'il est improbable que la présente action puisse passer pour une action par représentation en Angleterre. (Déclaration de Jonathan Harris à l'appui de la Requête des demandeurs relative à la certification de la classe, 8 déc. 2005, ¶ 45.)¹⁸ Cependant, ceci paraît être une distinction procédurale plus qu'une distinction de compétence, le point étant que le droit anglais reconnaît que ses propres tribunaux ont la compétence de lier des parties absentes dans des circonstances appropriées. Bien que la question soit loin d'être indubitable, d'après les déclarations sous serment qui lui ont été soumises, le Tribunal conclut que, s'ils sont ultimement saisis de la question, il est plus que probable que les tribunaux anglais estimeront que les tribunaux des États-Unis soient compétents pour résoudre finalement les réclamations des membres absents de la classe et, par conséquent, reconnaîtront un jugement ou un règlement dans cette affaire. (Déclaration Harris ¶¶ 14 à 20 et 50-51 (citant John C. L. Dixon, *The Res Judicata Effect in England of a US Class Action Settlement*, 46 Int'l & Comp. L. Q. 134, 145 à 150 (1997)).)¹⁹

(e) Reconnaissance en Allemagne

La question de la reconnaissance d'un jugement étranger en Allemagne est une question de droit procédural allemand. L'expert des demandeurs, Dr. Peter Mankowski et l'expert des défendeurs Dr. Gerhard Herman Otto Wegen conviennent qu'il n'existe pas de jurisprudence des tribunaux allemands relative à la question de savoir si une class action aux États-Unis serait reconnue en vertu du Code de Procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung*) (« ZPO »). (Déclaration de Peter Mankowski à l'appui de la Requête des demandeurs relative à la certification de la classe, 12 déc. 2005 (« Déclaration Mankowski »), ¶ 8 ; Déclaration de Gerhard Herman Otto Wegen à l'appui de la réponse des défendeurs en Opposition à la requête relative à la certification de la classe, 27 sep. 2005 (« Déclaration Wegen », ¶¶ 7 à

¹⁸ Mais l'expert des défendeurs remarque : « Un tribunal anglais pourrait déclarer recevable une class action (ou une action par représentation) contre Vivendi. Une telle procédure est permise par la Règle 19.6 des Règles de Procédure civile... » (Déclaration Rabinowitz ¶ 23.)

¹⁹ Comme en France, les tribunaux anglais ne reconnaîtront pas les jugements étrangers qui sont contraires aux « principes de justice naturelle ». Dixon, ci-dessus, à la page 148. Il est significatif que l'expert des défendeurs ne conteste pas ce point. (Voir, en général, la Déclaration Rabinowitz.)

8.) La section 328 du ZPO prévoit la reconnaissance des jugements étrangers si cinq conditions sont remplies :

(1) si le tribunal étranger était compétent pour décider de la matière des réclamations basées sur les dispositions allemandes sur la compétence, (2) si le défendeur a été correctement signifié (conformément aux procédures juridiques des États-Unis et de l'Allemagne selon la Convention de La Haye relative à la signification) dans les délais lui permettant d'assurer sa défense, (3) si le jugement n'est pas incompatible avec un jugement antérieur allemand ou étranger qui pourrait lui-même être reconnu en Allemagne, (4) si le contenu du jugement ne viole pas l'ordre public allemand, c.-à-d., les dispositions indispensables du droit allemand, et (5) s'il y a garantie de réciprocité, c.-à-d., si le tribunal allemand reconnaîtrait un jugement allemand correspondant.

(Déclaration Wegen ¶ 7.) L'expert des défendeurs ne met pas en question la réalisation de la première, la seconde, la troisième et la cinquième condition.

Cependant, le Dr. Wegen avance qu'un jugement dans une class action américaine violerait « l'ordre public ». (Déclaration Wegen ¶ 7.) La disposition constitutionnelle justifiant cette position se trouve dans l'article 103 de la Constitution allemande qui établit le droit de tout citoyen à être entendu et à participer à la procédure judiciaire. (Déclaration Wegen ¶ 7 ; Déclaration Mankowski ¶ 36.) Ce droit, dans le cadre de la protection de l'application régulière de la loi, est appelé « droit de représentation correcte » (Déclaration Wegen ¶ 10), ou la « maxime de la disposition » (Déclaration Mankowski ¶ 39.) Il est intéressant de constater que le Dr. Wegen paraît conclure que le droit de représentation correcte pouvait être satisfait, et qu'un jugement américain serait exécuté à l'égard des membres absents de la classe, à condition qu'ils reçoivent effectivement la signification de la class action et qu'ils aient eu la faculté de s'exclure. (Déclaration Wegen ¶ 12.) Toutefois, selon le Dr. Wegen, la signification de la notification doit être exécutée « d'une manière strictement conforme aux conditions requises par la Convention de La Haye relatives à la signification ». ²⁰ (Déclaration Wegen ¶ 17.)

Il est vrai que la signification des actes judiciaires conformément à la Convention de La Haye relative à la signification exigerait une signification individuelle par l'intermédiaire de l'Autorité centrale allemande et des tribunaux locaux allemands. (Déclaration Wegen ¶¶ 13 à 14.) Mais dans ce contexte, la

²⁰ Selon le droit allemand, les ressortissants allemands ne peuvent être signifiés par des demandeurs étrangers qu'en conformité avec les dispositions de la Convention de La Haye relative à la signification.

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

signification des actes judiciaires fait référence à la remise officielle d'un acte de procédure initial à une partie *opposée*, c.-à-d., le défendeur. On ne peut pas l'assimiler ipso facto à un moyen de notification par le demandeur à un membre de la classe des demandeurs. (Déclaration Mankowski ¶¶ 49 à 54.) Par analogie, dans le contexte américain, cela aurait peu de sens d'évaluer le droit d'un membre de la classe à la l'application régulière de la loi sous forme de notification adéquate en demandant si l'obligation de signification de la Règle 4 des Règles fédérales de Procédure civile a été satisfaite.

Il paraîtrait alors que les demandeurs puissent tirer le meilleur parti de l'argument selon lequel la conformité aux obligations de l'application régulière de la loi de la Constitution allemande pourraient être remplies par des mesures raisonnablement calculées pour fournir une réelle notification aux membres de la classe de leur droit de s'exclure dans une class action aux États-Unis et de poursuivre ou décliner de poursuivre leurs recours individuels. Mais même selon l'analyse du Dr. Mankowski, il semblerait qu'un jugement américain ne serait pas exécutoire à l'égard d'un membre de la classe qui n'aurait pas reçu une signification effective, malgré les mesures prises par les demandeurs pour largement publier la notification.

Il existe un autre souci relatif au caractère exécutoire d'un jugement rendu dans une class action qui n'est pas directement soulevée par l'expert des défendeurs. Si on laisse de côté la question de savoir si la Convention de La Haye relative à la signification constitue le moyen exclusif de notification des membres absents de la classe, peut-on dire que l'emploi du véhicule de l'action collective serait tellement contraire à l'ordre public allemand qu'un jugement rendu dans une class action américaine ne pourrait être reconnu sous aucun prétexte ? À cet égard, le Tribunal prend note de ce que, par contraste avec la France et l'Angleterre, les class actions demeurent inconnues en Allemagne. L'Allemagne a récemment adopté une loi sur une Procédure cadre en matière de protection des investisseurs, relative aux multiples actions intentées par des actionnaires alléguant des infractions à la législation sur les bourses de valeurs. (Déclaration Mankowski ¶¶ 32 à 33.) Cette loi prévoit l'utilisation des essais de cas de jurisprudence dont les décisions lieraient dans d'autres actions d'actionnaires individuels. (*Idem.*) Cependant, il ne s'agit pas d'action collective au sens où des actionnaires non parties seraient liés par les décisions. Par comparaison,

la France et l'Angleterre, quoique dans des circonstances limitées, reconnaissent toutes deux les actions collectives dans lesquelles les intérêts de personnes non parties sont pris en considération et des personnes non parties sont liées par les décisions. *Voir la discussion ci-dessus*. Considérant dans leur ensemble les déclarations sous serment des experts des parties, le Tribunal reste avec l'impression distincte que les formalités du droit allemand pourraient bien exclure la reconnaissance d'un jugement dans l'affaire en instance. En fait, l'expert des demandeurs conclut seulement que « l'on ne peut exclure la possibilité qu'un règlement ou un jugement intervenant dans une class action aux États-Unis... sera reconnu ou appliqué en Allemagne ». Cette sincère opinion est insuffisante en soi et le Tribunal est conduit à conclure que les demandeurs n'ont pas démontré la probabilité qu'un tribunal allemand accordera l'effet de la chose jugée à un jugement dans la présente affaire.

(f) Reconnaissance en Autriche

En ce qui concerne le droit autrichien, les experts des parties conviennent qu'en vertu du droit applicable actuellement, il doit exister une « réciprocité officielle » entre l'état étranger et la République d'Autriche comme condition de la reconnaissance d'un jugement étranger. (Déclaration de Christian Herbst à l'appui de la réponse de Vivendi Universal, S.A. en Opposition à la requête des demandeurs relative à la certification de la classe, 1er oct. 2005 (« Déclaration Herbst »), ¶ 34 ; Déclaration de Leopold Specht à l'appui de la Requête des demandeurs relative à la certification de la classe, 12 mai 2005 (« Déclaration Specht »), ¶ 23.) La réciprocité officielle peut être établie par un traité auquel l'état étranger et la République d'Autriche seraient parties, ou sous forme d'un décret autrichien dûment publié constatant l'existence de la réciprocité. (Déclaration Herbst ¶ 34 ; Déclaration Specht ¶ 23.) Les États-Unis et l'Autriche ne sont parties à aucun traité stipulant la réciprocité, et aucun décret autrichien n'a été publié qui prévoirait de donner force exécutoire à un jugement américain. (Déclaration Herbst ¶ 35.) L'expert des demandeurs ne fournit en réponse que des opinions émanant de divers juristes autrichiens selon lesquelles le droit autrichien imposant ces conditions serait inconstitutionnel. (Déclaration Specht ¶¶ 23 à 24.) Ces

opinions sont très loin d'établir la probabilité qu'un tribunal autrichien accordera un effet de chose jugée à un jugement ou un règlement quelconque émanant de la présente action.

(g) Reconnaissance aux Pays-Bas

Les demandeurs ont soumis l'opinion du Professeur Smit selon laquelle les tribunaux néerlandais attribueraient un effet de chose jugée à un jugement ou un règlement d'une class action américaine. Comme ceci est vrai dans les autres juridictions européennes, une class action intentée par des actionnaires ne paraît pas disponible aux Pays-Bas. (Déclaration Smit ¶ 46.) Néanmoins, l'organe législatif néerlandais a récemment mis en œuvre une législation sur les class actions dans d'autres contextes indiquant que la reconnaissance d'un jugement dans ce cas ne serait pas contraire aux principes fondamentaux de justesse du droit néerlandais (*Idem* ¶¶ 36 à 39.) Les défendeurs n'ont apporté aucune preuve contredisant la Déclaration Smit. Sur la base des pièces déposées devant lui, le Tribunal déclare que les demandeurs ont démontré l'existence d'une probabilité de reconnaissance, par les tribunaux néerlandais, d'un jugement ou d'un règlement dans la présente action.

(h) Le risque de non reconnaissance ne force pas à exclure tous les membres étrangers de la classe

Ayant pris en considération les arguments présentés par les deux côtés relatifs au risque de non reconnaissance à l'étranger d'un jugement rendu ou d'un règlement conclu aux États-Unis, le Tribunal conclut que ces questions, sans plus, ne justifient pas l'exclusion des ressortissants de France, d'Angleterre et des Pays-Bas qui sont par ailleurs membres putatifs de la classe proposée. Si et quand la question sera soumise à ces pays, il est très probable que les tribunaux de ces pays reconnaîtront et donneront force exécutoire à un jugement rendu ou à un règlement conclu dans la présente affaire.

Cependant, il est plus probable que les tribunaux allemands et autrichiens n'accorderont pas à présent l'effet de chose jugée à des jugements rendus ou des règlements conclus dans le cadre d'une class action avec exclusion intentée aux États-Unis. Étant donné que des actions pourraient être intentées par des ressortissants autrichiens ou allemands contre les défendeurs, alléguant les mêmes infractions que celles qui sont sous-jacentes aux allégations dans la présente affaire, le Tribunal conclut que la résolution des

réclamations des actionnaires allemands et autrichiens dans la présente class action n'est pas nécessairement un recours supérieur. La probabilité de non reconnaissance en Allemagne et en Autriche soulève des questions d'équité qui ont plus de poids et diminue, bien que dans des situations réalistes et limitées, la promesse d'économies, de compatibilité et de finalité rendue réalisable lorsque les membres d'une classe sont liées par un jugement ou un règlement définitif. Voir Règle fédérale de Procédure civile 23(b)(3)(C) ; voir aussi 7AA Charles Alan Wright et al., *Federal Practice and Procedure* § 1780 (3e édit. 2005) (remarquant que la Règle 23(b)(3)(C) exige, entre autres, qu'un tribunal « évalue si la permission qu'une action fondée sur la Règle 23(b)(3)(C) continue évitera la duplication des travaux et la possibilité de résultats incompatibles ») ; Edward F. Sherman, *American Class Actions: Significant Features and Developing Alternatives in Foreign Legal Systems*, 215 F.R.D. 130, 130 (2005) (« [La class action américaine] va dans le sens des économies en évitant l'examen des mêmes questions procès après procès. Elle va également dans l'intérêt de la compatibilité et de la finalité en évitant la possibilité de résultats incompatibles dans des procès de cas semblables séparés, et en résolvant toutes les réclamations au cours d'un seul et unique procès qui liera tous les membres de la classe. »).

Cependant, ceci soulève une question opposée, à savoir, que dans une économie mondiale, les sociétés ont des activités qui chevauchent les frontières internationales et elles négocient leurs valeurs mobilières dans le monde entier, et les actes illicites de ces sociétés—qu'ils soient commis aux États-Unis, à l'étranger ou sur tous les deux territoires à la fois—peuvent avoir des effets substantiels sur le marché des États-Unis. Lorsque, comme dans le cas présent, le Tribunal a déterminé qu'un comportement allégué significatif est intervenu aux États-Unis, justifiant l'application des lois fédérales sur les valeurs mobilières aux acteurs étrangers, voir *In re Vivendi*, 381 F. Supp. 2d, à la page 169, les États-Unis ont fortement intérêt à faire appliquer ces lois partout où cela est possible. Voir *Dirienzo v. Philip Servs. Corp.*, 294 F.3d 21, 32 (2d Cir. 2002) (rejetant les arguments de *forum non conveniens* avancés par les défendeurs, partiellement en raison de l'intérêt des États-Unis à faire appliquer leurs lois sur les valeurs mobilières, et remarquant également que « pour que les bourses de valeurs fonctionnent efficacement, les lois sur le dol

en matière de valeurs mobilières doivent être claires et susceptibles d'exécution. » ; *Fidenas AG v.*

Compagnie Internationale pour l'Informatique CII Honeywell Bull, S.A., 606 F.2d 5, 9 (2d Cir. 1979)

(« Le Congrès n'a pas eu l'intention 'de permettre que les États-Unis soient utilisés comme base pour la fabrication de moyens illicites pour l'exportation de valeurs mobilières, même lorsque ces dernières sont vendues uniquement à des étrangers.' » (citant *ITT v. Vencap, Ltd*, 519 F.2d 1001, 1017 (2d Cir. 1975))) ;

Ilana T. Buschkin, Note, *The Viability of Class Action Lawsuits in a Globalized Economy—Permitting Foreign Claimants to be Members of Class Action Lawsuits in the U.S. Federal Courts*, 90 Cornell L. Rev. 1563, 1569 (2005) (plaidant en faveur de la « présomption par défaut visant à inclure les requérants étrangers dans les class actions relatives aux demandes de faibles montants concernant les valeurs mobilières », parce qu'une attitude contraire diminuerait l'effet de menace de la résolution des litiges par la class action).

En outre, en considérant si la menace de non reconnaissance anéantit la supériorité de la classe proposée, le Tribunal ne devrait pas ignorer les réalités pratiques qui réduisent le risque suivant lequel les défendeurs subiraient en fait un préjudice du fait de toute non reconnaissance possible, sous la forme de duplication de travail ou de résultats incompatibles. Voir *Cromer*, 205 F.R.D. à la page 135, n° 32 ;²¹ *In re U.S. Fin. Sec. Litig.*, 69 F.R.D. à la page 48 (remarquant « que les difficultés pratiques dans chaque pays rendent les actions en justice intentées par ces [demandeurs étrangers] virtuellement impossibles ») ; voir aussi Buschkin, ci-dessus, à la page 1597. En ce sens, les craintes des défendeurs au sujet de la chose jugée sont « plus hypothétiques que réelles » puisque la probabilité d'une nouvelle action par des membres absents

²¹ Les conditions qu'il faudrait remplir avant que les véritables questions sur la chose jugée soient soulevées dans le cadre d'un jugement ont été décrites comme suit :

« De nombreux événements devraient survenir avant que [le défendeur] subisse un préjudice résultant d'une incapacité à faire valoir avec succès le moyen de défense de la chose jugée. Spécifiquement, (1) la class action devrait avoir atteint le stade du jugement, malgré la forte probabilité que l'affaire fasse l'objet d'un règlement ; (2) la classe devrait avoir perdu sur les mérites ; (3) un membre absent de la classe devrait avoir intenté une action ultérieure devant un tribunal [étranger], malgré les menaces pratiques telles que l'indisponibilité d'une représentation avec pacte de quota litis ou du véhicule de la class action devant ces tribunaux ; (4) le membre absent de la classe devrait avoir réussi à établir la compétence du tribunal étranger sur les défendeurs ; (5) le membre étranger de la classe devrait avoir convaincu le tribunal étranger d'ignorer le jugement du présent Tribunal et de décider en sa faveur sur les mérites ; et (6) le membre absent de la classe devrait avoir convaincu un tribunal des Bermudes d'attribuer force exécutoire au jugement étranger et d'ignorer le jugement rendu par le présent Tribunal. »

Cromer, 205 F.R.D. page 135 n° 32.

de la classe devant un tribunal européen est faible. (Mémoire en réponse des demandeurs 11.) Comme le signale l'expert des demandeurs, les membres absents de la classe rendus mécontents par un jugement défavorable invoqueraient des moyens (1) déjà évalués contre eux, (2) sans l'avantage d'un pacte de quota litis, (3) avec les risques ajoutés d'avoir à déboursier les honoraires des avocats et les frais de litige. En outre, des tels demandeurs auraient à faire face au risque que les défendeurs aient pu invoquer avec succès la compétence du présent Tribunal pour faire barrage à toute indemnisation. (Voir la Déclaration Smit ¶ 105.) De semblables obstacles dissuaderaient les membres absents de la classe rendus mécontents par un jugement favorable mais qu'ils estimeraient inadéquat. (*Idem.*) Et dans l'éventualité d'un règlement, le Tribunal peut façonner un mécanisme inattaquable prévu pour lier tous les participants et décourager toute tentative de nouvelle action. Voir *Cromer*, 205 F.R.D. à la page 135. Alors que l'on pourrait avancer l'argument que les considérations d'ordre pratique pèsent lourdement en faveur de l'octroi à tous les acquéreurs étrangers de l'autorisation de participer à la classe proposée par les demandeurs, le Tribunal choisit de procéder avec prudence et, devant l'éventualité peu vraisemblable d'actions successives, de limiter la classe aux actionnaires étrangers dont les tribunaux accorderaient probablement l'effet de chose jugée à tout jugement rendu dans la présente action. Cette double couverture de sécurité devrait alléger les craintes légitimes des défendeurs et persuader en faveur de l'inclusion des actionnaires français, britanniques et néerlandais dans la classe proposée.

3. Questions d'administration

En déterminant si une class action est un moyen de recours supérieur pour une action particulière, les tribunaux doivent aussi prendre en considération les difficultés d'administration qu'il faudra vraisemblablement surmonter si l'action est poursuivie sous forme d'une class action, notamment la charge représentée par la nécessité de remplir les conditions de notification de la Règle 23. Voir 7AA Charles Alan Wright et al., *Federal Practice and Procedure* § 1780 aux pages 187 à 190. Le pouvoir de déterminer si l'administration d'une action particulière est réalisable relève « étrangement » de la discrétion du tribunal

de grande instance. *In re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litig.*, 280 F.3d 124, 141 (2d Cir. 2001), recours à la Cour suprême rejeté, 536 U.S. 917 (2001).

La Règle 23(c)(2) nécessite qu'« une notification soit ordonnée, et ceci n'est pas une simple faculté, pour donner aux membres d'une class action relevant du sous-paragraphe (b)(3) la possibilité de s'exclure de la classe ». Remarques du comité consultatif dans Règle fédérale de Procédure civile 23, Amendement de 1966, 28 U.S.C.A. Règle 23, à la page 388. La Règle 23(c)(2) déclare que la notification exigée doit être « la meilleure notification, vues les circonstances, incluant l'avis de notification individuel à tous les membres qui peuvent être identifiés par des mesures raisonnables ». Règle fédérale de Procédure civile 23(c)(2)(B). De plus,

la notification doit indiquer précisément et clairement en langage ordinaire, facilement compréhensible : la nature de l'action, la définition de la classe certifiée, les réclamations de la classe, les questions ou moyens de défense, le fait qu'un membre de la classe peut demander à comparaître par l'intermédiaire d'un avocat s'il le désire, que le tribunal exclura de la classe tout membre qui demande à être exclu, indiquant quand et comment les membres peuvent opter pour l'exclusion, et l'effet obligatoire d'un jugement relatif à la classe sur les membres de celle-ci en vertu de la Règle 23(c)(3).

Idem. Les défendeurs avancent que, du fait que Vivendi ne conserve pas l'information, n'a pas accès à l'information et n'a pas le droit d'accéder à l'information qui permettrait les notifications individuelles aux actionnaires détenant « d'actions au porteur », une notification individuelle ne serait possible que pour un petit nombre de membres européens de la classe détenant des « actions nominatives ». (Voir la Déclaration Bisiaux ¶ 9 ; Déclaration Heiser ¶¶ 13, 23.) Les défendeurs prétendent que la publication de l'avis de notification dans un certain nombre de pays et dans un certain nombre de langues étrangères serait difficile et insuffisante pour satisfaire aux critères de l'application régulière de la loi.

Bien que la notification individuelle, lorsqu'elle est raisonnablement possible, est exigée, quand les noms et adresses des membres d'une classe ne peuvent pas être vérifiés par des mesures raisonnables, la publication d'un avis de notification a été jugée adéquate pour satisfaire aux critères de l'application régulière de la loi. Voir *Eisen*, 417 U.S. à la page 173 (exigeant une notification individuelle pour tous les membres de la classe dont les noms et adresses pouvaient être vérifiés par des mesures raisonnables) ;

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

Mullane v. Cent. Hanover Bank & Trust Co., 339 U.S. 306 (1950) (décision selon laquelle la notification par publication était constitutionnellement suffisante en ce qui concernait les bénéficiaires du trust dont les noms et adresses étaient inconnus). Tant que le Tribunal est persuadé que « l'avocat de la classe a pris des mesures raisonnables pour choisir les moyens qui informeront vraisemblablement les personnes concernées », la notification sera considérée adéquate. *Denney v. Jenkins & Gilchrist*, No. 02 Civ. 5460, 2005 WL 388562, au *20 (S.D.N.Y. 18 fév. 2005) ; voir aussi *In re Western Union Money Transfer Litig.*, No. 01 Civ. 0335 (CPS), 2004 WL 3079932, au *5 (E.D.N.Y. 19 oct. 2004) (décision selon laquelle, dans une affaire mettant en cause une classe partiellement constituée de membres étrangers, l'avis de notification individuelle devait être envoyé à tous les membres de la classe identifiables dans la base de données informatique du défendeur, et la publication est requise d'un avis de notification incluant, entre autres, « des moyens de communication utilisant les médias, les communiqués de presse, les informations diffusées par vidéo, par radio, devant être traduites en diverses langues étrangères et diffusées internationalement ») ; *In re Austrian & German Bank Holocaust Litig.*, 80 F. Supp. 2d 164, 175 (S.D.N.Y. 2000) (décision décrivant la notification du règlement aux membres étrangers de la classe comme incluant l'envoi de l'avis de notification par courrier postal aux membres identifiables et la publication de l'avis de notification, y compris, entre autres, une campagne de notification étendue dans les journaux étrangers, des annonces promotionnelles dans des villes étrangères importantes.) ; *In re Holocaust Victim Assets Litig.*, 105 F. Supp 2d 139, 144 (E.D.N.Y. 2000) (décision approuvant un plan de notification à multiples facettes comprenant l'envoi direct par courrier postal, une campagne de publication mondiale, de relations publiques, Internet et une campagne de notification à des organismes locaux, vue l'impossibilité d'envoyer l'avis de notification exclusivement par courrier postal). En fait, dans un règlement récente relatif à une class action incluant des acquéreurs mondiaux de certificats de dépôt américains et/ou des actions ordinaires de Royal Ahold N.V., le Tribunal fédéral de grande instance pour le district du Maryland a décidé que l'avis de notification comprenant des envois directs par courrier postal à toutes personnes physiques et morales raisonnablement identifiables, l'affichage sur des sites Internet, et la publication d'avis

dans de nombreux pays différents et dans des langues différentes « remplissait complètement les conditions de la Règle 23 des Règles fédérales de Procédure civile et les exigences de l'application régulière de la loi ». *In re Royal Ahold N.V. Sec. & ERISA Litig.*, 437 F. Supp. 2d 467, 472 (D. Md. 2006).

En réponse aux craintes relatives à l'administration manifestées par les défendeurs, les demandeurs ont déposé une déclaration sous serment détaillée décrivant dans les grandes lignes l'efficacité de leurs méthodes proposées pour assurer la notification dans les pays étrangers. (Voir la déclaration sous serment de Todd B. Hilsee sur la capacité d'assurer une notification multinationale aux membres de la classe, 19 déc. 2005 (« Déclaration Hilsee » ¶ 7.) Selon cette déclaration, les méthodes de notification suivantes seront utilisées pour diffuser l'avis de notification requis en vertu de la Règle 23(c)(2) : (1) un avis de notification individuel envoyé par courrier postal aux membres raisonnablement identifiables de la classe ; (2) la publication d'un avis de notification par des médias multinationaux appropriés pour atteindre, en association avec les publipostages, un pourcentage élevé d'actionnaires dans chaque pays ; (3) un communiqué de presse neutre et informatif, qui devra être préalablement approuvé par le Tribunal, annonçant le début du programme de notification afin d'augmenter le niveau de conscience ; (4) la notification par les canaux de communication avec les actionnaires qui pourraient exister, y compris le site Internet de Vivendi ; et (5) un site Internet neutre, qui devra être préalablement approuvé par le Tribunal, traduit dans toutes les langues pertinentes, affichant les avis de notification, la demande initiale des demandeurs, les réponses des défendeurs, l'ordonnance de certification de la classe ; un formulaire de demande d'exclusion et tous autres documents pertinents. (*Idem* ¶ 11.) Bien que la question de l'exécution d'une notification appropriée sera nécessairement réexaminée, pour les besoins de l'examen de la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, le Tribunal est satisfait de ce que les demandeurs ont l'intention d'assurer la notification individuelle des membres de la classe dont les noms et adresses sont vérifiables, et que les formes de publication de l'avis de notification qu'ils proposent, bien que complexes,

s'avéreront être gérables et constituer les meilleurs moyens pratiques de notification.²² A ce stade, « la question de la notification à l'étranger n'est pas suffisamment sérieuse pour faire obstacle à la certification de la classe ». *In re Lloyd's*, 1998 WL 50211, au *16 ; cf. *In re DaimlerChrysler*, 215 F.R.D. à la page 301 (décision notant les difficultés impliquées dans le maintien de la classe comprenant les investisseurs étrangers, et observant que les demandeurs principaux n'avaient pas répondu adéquatement aux craintes des défendeurs relatives à l'administration de la classe).

IV. Sous-classes

Les défendeurs avancent qu'il n'existe pas un marché mondial intégré pour les actions ordinaires et les ADS de Vivendi, et que par conséquent, une seule classe comprenant les détenteurs de ces deux types de valeurs mobilières ne peut pas être certifiée. (Opposition 4 à 6). Il prétend implicitement, dans leur argumentation, que s'il est fait droit à la requête des demandeurs tendant à la certification, des sous-classes séparées devraient être établies pour les acquéreurs d'ADS et les acquéreurs d'actions ordinaires. Le Tribunal a l'autorité, en vertu de la Règle 23(c)(4)(B) des Règles fédérales de Procédure civile de diviser une classe en sous-classes. L'existence d'intérêts divergents est la raison principale d'établir des sous-classes. Voir *1 Conte & Newberg*, ci-dessus, § 8:12. Les défendeurs avancent qu'on ne peut certifier une seule classe parce que les bourses américaines et européennes ne sont pas totalement intégrées et, par conséquent, chaque groupe d'acquéreurs exigera des preuves différentes pour les questions de fiabilité et de dommages. (Second mémoire en réponse des défendeurs, 8 à 9). Selon l'expert des défendeurs, Professeur Gompers, il y a deux marchés distincts pour la négociation parce que (1) les investisseurs basés aux États-Unis font face à un risque de cours des devises auquel les investisseurs étrangers ne font pas face ; et (2) les investisseurs dans chaque type de valeur mobilière ont suivi des stratégies de négociation différentes et avaient des possibilités de négociation différentes du fait des différences de fuseaux horaires entre les

²² La prétention des défendeurs selon laquelle la notification des membres étrangers de la classe ne serait pas gérable est minée par ailleurs par l'approbation récente par le Juge P. Kevin Castel d'un programme détaillé destiné à la notification aux requérants qualifiés de sommes d'argent reçues d'un règlement entre la *Securities Exchange Commission* et Vivendi, Messier et Hannezo relatif à la violation des lois sur les valeurs mobilières. Voir *SEC v. Vivendi Universal, S.A.*, No. 03 Civ. 10195 (PKC) (S.D.N.Y. 18 déc. 2006). Le plan de notification était, sous de nombreux aspects, semblable à celui proposé par Hilsee dans la présente action. Bien que cette décision ne lie naturellement pas le Tribunal, elle suggère qu'il est réaliste d'assurer la notification des membres étrangers de la classe impliqués dans la présente affaire.

marchés. (Déclaration de Paul A. Gompers à l'appui de la demande de Vivendi Universal, S.A. en opposition à la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 3 oct. 2005, ¶ 6.) Le manque d'intégration totale est mis en évidence par les dimensions du marché qui montrent une segmentation et un retard allégué entre les marchés, les informations étant incorporées au cours des actions ordinaires sur la Bourse de Paris avant d'avoir impact sur les cours des ADS à la bourse de New York (NYSE). *Idem* ¶¶ 40 à 44.) Les demandeurs présentent leur propre expert, Jane D. Nettesheim, dont l'opinion est que les marchés pour les actions ordinaires et les ADS de Vivendi sont « fortement intégrés », bien que l'on puisse concéder qu'ils ne soient pas « parfaitement intégrés ». (Déclaration de Jane D. Nettesheim à l'appui de la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe, 19 déc. 2005, ¶ 7.) Analysant les cours relatifs de chaque valeur mobilière pendant la période où les négociations sont ouvertes dans les deux bourses en même temps, Nettesheim trouve que les cours étaient « presque toujours effectivement équivalents ». (*Idem* ¶ 8 & Annexes 4, 5.) Alors que le NYSE et la Bourse ne sont peut-être pas parfaitement intégrés, au point que les actions ordinaires et les ADS de Vivendi soient des substituts parfaits ayant des cours et des taux de rendement identiques, cette distinction n'exige pas la création de sous-classes. Il est incontestable que les deux marchés sont fortement intégrés et rien dans les pièces déposées par les défendeurs ne justifie la proposition que de telles inefficacités mineures pouvant exister entre les marchés auraient un impact sur la preuve de l'élément de fiabilité au niveau de la classe entière. Et les petites différences de rendement supportées par les détenteurs d'ADS et d'actions ordinaires peuvent affecter le montant des dommages mais il est peu probable qu'elles modifient les méthodes de calcul, au moins dans une mesure qui nécessiterait, à ce stade, la création de sous-classes.

CONCLUSION

Conformément à ce qui précède, IL EST FAIT DROIT en partie à la requête des demandeurs tendant à la certification de la classe [234]. Par les présentes, une classe est certifiée et consiste en toutes les personnes originaires des États-Unis, de France, d'Angleterre et des Pays-Bas qui ont acheté ou autrement

Translation Provided by Plaintiffs – For Informational Purposes Only

acquis des actions ordinaires ou des actions américaines en dépôt (*American Depository Shares, ADS*) de Vivendi Universal, S.A. entre le 30 octobre 2000 et le 14 août 2002.

PAR ORDRE DU TRIBUNAL.

Date : New York, New York
21 mai 2007

/s/
Richard J. Holwell
Juge du Tribunal d'instance des États-Unis