

TRIBUNAL DE DISTRICT DES ETATS-UNIS
DISTRICT SUD DE NEW YORK

----- x

02 Civ. 5571 (RJH) (HBP)

IN RE LITIGES SUR TITRES
(SECURITIES LITIGATION)
VIVENDI UNIVERSAL, S.A.

CONCLUSIONS
AVIS ET DÉCISION FINALE

----- x

Il s'agit de la « Class Action » pour fraude sur les valeurs mobilières déposée au nom des actionnaires de Vivendi S.A. (« Vivendi » ou la « Société ») à l'encontre de la Société, de son ancien président directeur général, Jean-Marie Messier, et de son ancien directeur financier, Guillaume Hannezo. Vivendi est une société par actions constituée en vertu du droit français. Les demandeurs reprochent aux défendeurs d'avoir caché un manque de liquidités qui, une fois connu, a entraîné une chute importante du cours de l'action Vivendi à la Bourse de New York et sur divers marchés boursiers, dont la Bourse de Paris.

Dans son avis du 4 novembre 2003, le tribunal (juge J. Baer) a rejeté la requête des défendeurs demandant la fin de non-recevoir du dossier, le tribunal n'étant pas compétent en la matière. *In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.*, 381 F. 2^e supp. 158, 169 (S.D.N.Y. 2002) (« *Vivendi I* »). Dans son avis du 21 septembre 2004, le tribunal (juge J. Holwell) a rejeté la demande de réexamen du dossier des défendeurs, jugeant que la compétence du tribunal était bien fondée sur le comportement reproché aux défendeurs, notamment les activités de la Société dirigées par le PDG et le DF du siège de New York, qui ont contribué à la fraude présumée et entraîné des dommages directs aux investisseurs locaux et étrangers. *In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.*, n° 02 Civ. 5571 (RJH), 2004 WL 2375830, à *7 (S.D.N.Y. 22 oct. 2004) (« *Vivendi II* »). Le 21 mai 2007, le tribunal (juge J. Holwell) a accepté la requête des demandeurs réclamant la certification de la « Class Action » et il a inclus les actionnaires américains, français, britanniques et néerlandais. *In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.*, 242 F.R.D. 76 (S.D.N.Y. 2007) (« *Vivendi III* »).

Les défendeurs s'acheminent maintenant vers une demande de réexamen partielle de la décision d'accorder une certification de la « Class Action ». Ils citent de « récentes » informations qui seraient censées démontrer que l'Exigence supérieure des règles de procédure civile fédérales 23(b)(3) ne peuvent s'appliquer à des actionnaires français qui, affirment les défendeurs, devraient pour cette raison être exclus de la « Class Action ». Bref, les défendeurs prétendent que les tribunaux français n'accorderaient jamais les effets de la *res judicata* à un jugement dans une « Class Action » de type opt-out en vertu de la Règle 23(b)(3), et que par conséquent cette « Class Action » ne peut être un moyen supérieur pour apporter une solution aux réclamations des actionnaires français.

Ayant examiné les soumissions relativement détaillées des parties, le tribunal a conclu que pratiquement tous les « récents » développements cités par les défendeurs reflétaient les débats en cours en France et dans l'Union Européenne pour savoir si des procédures, où ne deviennent membres de la « Classe » que les personnes qui en ont manifesté la volonté (opt-in) ou toutes les personnes entrant dans la définition de la « Classe » dès lors qu'elles n'ont pas exprimé la volonté de s'en exclure (opt-out) avant la date fixée dans le jugement autorisant l'action, devaient être adoptées. Toutefois, le problème sous-jacent — c'est-à-dire la ou les formes de « Class Action » qui seraient conformes à la Constitution française comme interprétées par le Conseil constitutionnel — demeure non résolu. Ce problème, et le problème plus immédiat consistant à savoir si un tribunal français refuserait d'appliquer la décision d'une « Class Action » prise par un tribunal américain puisque contraire aux règles juridiques internationales, a été amplement exposé par les parties et pris en compte par le tribunal dans le cadre de la requête originelle des défendeurs lors de la certification de la « Class Action ». Pour les raisons exposées dans *Vivendi III* et ci-dessous, le tribunal rejette la requête de réexamen des défendeurs.

CONTEXTE

Comme expliqué dans *Vivendi III*, le tribunal a conclu que les préalables à la certification de la « Class Action » indiqués dans la Règle 23(a) avaient été d'emblée satisfaits. La réunion d'actionnaires individuels était « irréalisable » compte tenu du milliard d'actions en circulation pendant la période pertinente. L'existence de « questions de droit ou de faits communs à la « Class Action » » ne pouvait être contestée. La typicité des requêtes des défendeurs nommés était suffisamment établie pour tous les membres, sauf un, de la « Class Action » proposée. *Vivendi III*, 242 F.R.D. à 83-90. Les défendeurs ne se sont pas sérieusement demandés si, en vertu de la Règle 23(b)(3), les questions de droit ou les faits communs avaient préséance sur toute autre question touchant des membres individuels. *Id.* à 90-91. Cependant, les défendeurs ne contestent pas que, en ce qui concerne les actionnaires étrangers, les demandeurs ont déterminé qu'une « Class Action » était le « moyen supérieur à tous les autres pour un règlement juste et rapide du litige », ce qui est aussi ce que requiert la Règle 23(b)(3). En solutionnant ce problème, le tribunal a pris séparément en compte la liste non exhaustive des facteurs pertinents indiqués dans la Règle :

(A) L'intérêt des membres de la « Class Action » à individuellement maîtriser la poursuite judiciaire ou la défense de recours individuels ; (B) La portée et la nature de tout litige concernant les différends déjà soulevés par ou à l'encontre des membres de la « Class Action » ; (C) L'utilité ou la non-utilité de concentrer la résolution des réclamations dans un tribunal particulier; (D) Les difficultés susceptibles de se présenter dans la gestion de la « Class Action ».

Id. à 91.¹

En ce qui concerne les deux premiers facteurs, le tribunal a conclu que ce cas de fraude prototypique aux règlements sur les valeurs mobilières était particulièrement adapté pour cette « Class Action ». Des milliers d'actionnaires individuels sont censés avoir subi les dommages de cette fraude des défendeurs, et la plupart d'entre eux auraient de trop petites requêtes pour justifier l'initiation d'un recours individuel. En outre, seules deux poursuites d'actionnaires individuels étaient en cours en France, indiquant que l'intérêt personnel de mener des recours séparés était minimal dans ce pays. *Id.* à 92.

¹ Dans *Vivendi III*, le tribunal s'est fié à la version 2003 de la Règle 23. La Règle 23 a depuis été modifiée, dans le cadre du « remodelage » des règles de procédure civile fédérales. Les citations relatives au présent avis se réfèrent à la version actuelle de la Règle 23.

À défaut de meilleur palliatif, le tribunal a pris en compte en vertu du troisième facteur exprimé — l'utilité de concentrer les requêtes dans ce tribunal — l'impact probable *res judicata* d'un jugement émis par le présent tribunal. Le tribunal a en particulier analysé dans quelle mesure les demandeurs pourraient être exposés à des appels en instance dans des pays étrangers non tenus d'appliquer le jugement rendu dans le cas présent.

Le juge Friendly a analysé la question dans l'affaire *Bersch contre Drexel Firestone Inc.*, 519 F.2d 974 (2^e Cir. 1975), et a déclaré en *dictum* que « bien qu'un tribunal américain devait s'abstenir de prononcer un jugement simplement parce qu'un tribunal étranger pourrait ne pas le reconnaître ou l'appliquer, le cas est différent lorsqu'il s'agit d'une *quasi-certitude* ». *Id.* à 996 (C'est nous qui soulignons). Compte tenu des déclarations sous serment irréfutées que c'est bien ce qui s'est passé avant cette affaire, la Cour d'appel du Deuxième Circuit a recommandé au Tribunal de District d'exclure les acheteurs étrangers de la « Class Action » dans l'affaire *Bersch*. Voir *Vivendi III*, 242 F.R.D. à 92-93 (résumé de l'affaire *Bersch*).

Trouvant la jurisprudence de la « quasi-certitude » incomplète comme guide général pour rendre son jugement, le tribunal a évalué les risques de non reconnaissance de sa décision dans cette affaire. Quand un demandeur ne peut démontrer dans le cadre général des exigences de la Règle 23, voir *In re Initial Public Offering Sec. Litig.*, 471 F.3d 24, 41 (2^e Cir. 2006), que la reconnaissance d'un tribunal étranger est fort probable, ce facteur joue en défaveur de l'Exigence supérieure; et s'il est associé à d'autres facteurs pertinents, il peut entraîner la disqualification de demandeurs étrangers au titre de l'Exigence supérieure. Généralisant les conclusions de l'affaire *Bersch*, le tribunal décida que « [p]lus la probabilité de non reconnaissance devenait une quasi-certitude, plus il devenait pertinent pour le tribunal de refuser à des demandeurs étrangers une certification de « Class Action » ». *Vivendi III*, 242 F.R.D. à 95.

Après avoir analysé une véritable montagne d'attestations sous serment d'experts en droit international, *voir id.* à 96 n.12, le tribunal a conclu que les tribunaux allemands et autrichiens n'étaient pas susceptibles d'avoir un impact *res judicata* sur la décision prise dans ce cas, alors que les tribunaux français, britanniques et néerlandais en auraient probablement un. En ce qui concerne la France, le tribunal a appliqué le test indiqué dans l'affaire *Munzer contre Jacoby*, Cass. civ. Ire, 7 janv. 1964, [1964] Juris-Classeur Périodique [J.C.P.] II 13590, qui demande, *inter alia*, si une décision étrangère enfreint les concepts français de « droit international »². Concluant que ce n'était pas le cas, et prenant en compte d'autres facteurs pertinents en matière de supériorité, le tribunal a inclus les actionnaires français dans la « Class Action ».

Le Deuxième Circuit a refusé d'entendre un appel interlocutoire et la Cour Suprême a refusé d'émettre une ordonnance de certiorari. *In re Vivendi Universal, S.A. Sec. Litig.*, n° 07-1419 (2è Cir. 8 mai 2007); *Vivendi S.A. contre Gérard*, 128 2è Ct. 391 (2007).

DISCUSSION

Selon les défendeurs, une série de « récents évènements » en France ont « maintenant établi sans contestation possible » que les « Class Action » de type opt-out n'étaient pas constitutionnelles en France, et qu'un tribunal français ne reconnaîtrait jamais la décision prise dans la présente affaire compte tenu que cela violerait les « concepts français du droit international » définis dans l'affaire *Munzer*. (Mém. Vivendi 1.5)

²Les quatre conditions qui doivent être remplies selon *Munzer* pour octroyer un *exequatur* peuvent être résumées comme suit : (1) Le tribunal étranger doit avoir compétence en vertu des lois françaises (la « juridiction compétente »); (2) Le tribunal étranger doit avoir appliqué la loi pertinente en vertu des principes français de droit privé (la « loi applicable »); (3) La décision ne doit pas enfreindre les concepts français de droit international (le « droit international »); et (4) La décision ne doit pas découler d'une *infraction à la loi* ou de la recherche du tribunal le plus accommodant (le « Tribunal de plus accommodant »). *Voir Vivendi III*, 242 F.R.D. à 96.

En conséquence, les défendeurs prétendent qu'en ce qui concerne les actionnaires français, une « Class Action » n'est pas un moyen supérieur d'obtenir un règlement juste et rapide du présent litige. (*Id.* à 2-3.)

En vertu de la Règle 23(c)(1)(C), un tribunal pourra annuler ou modifier une ordonnance prise pour certifier une « Class Action ». À sa discrétion, un tribunal pourra décider si « des faits tangibles » rendent son jugement d'origine sujet à caution. *In re FleetBoston Fin. Corp. Sec. Litig.*, n° 02 Civ. 4561, 2007 WL 4225832, à *5 (D.N.J. 28 nov. 2007). Néanmoins, retirer la certification ou redéfinir la portée d'une « Class Action » ne devra se faire que lorsque les défendeurs auront fourni la « preuve indiscutable » qu'une mesure aussi « draconienne » est nécessaire. *Gordon contre Hunt*, 117 F.R.D. 58, 61 (S.D.N.Y. 1987).

En demandant un réexamen, les défendeurs font valoir que le « fondement juridique » de la décision du tribunal - commentaire visant à dire que bien que les « Class Actions » de type opt-out ne sont pas encore autorisées en France, le sentiment à cet égard change rapidement - n'est plus exact. (Mémo de réponse Vivendi 2 n.3 (référence à *Vivendi III*, 242 F.R.D. à 101). Les défendeurs ont mal interprété le tribunal en prévoyant que la France adoptera une loi permettant une procédure de « Class Action » avec des mécanismes de type opt-out. Ce n'est pas le cas. Comme le montre bien le restant de l'avis juridique de *Vivendi III*, le tribunal n'est parvenu à aucune conclusion quant à savoir si la France adopterait une loi sur les « Class Actions », et dans l'affirmative, si cette loi inclurait des mécanismes de type opt-out. *Voir Vivendi III*, 242 F.R.D. à 101 (« Bien entendu, que le France adopte ou non une loi sur les « Class Actions » et que cette loi inclue ou non des mécanismes de type opt-out ne peut en aucun cas être prédit »). Après examen des débats houleux au sein de la société française, le tribunal a simplement conclu que le modèle de « Class Action », de type opt-in ou opt-out, n'était pas si contraire aux règles de droit pour qu'une inclusion d'actionnaires français dans un procès américain, alléguant des infractions aux lois sur les valeurs mobilières des États-Unis, soit considérée contraire aux « règles du droit international ». *Id.* Dans ces conditions, le tribunal examinera donc si les « récents événements » en France modifient ses conclusions précédentes.

I. « Récents évènements »

A. Les lettres de Guillaume/Clément /Fombour

Tout naturellement déçu de la décision du tribunal de certifier la « Class Action » des actionnaires de Vivendi en incluant les résidents français, il semblerait que l’avocat de Vivendi, Jean-François Debos, ait recherché l’avis d’un membre du ministère de la justice sur cet aspect de la décision. (*Voir* Lettre de Marc Guillaume, directeur des Affaires civiles, à Jean-François Dubos, secrétaire général, à 1 (3 avril 2007), Décl. Cameron Pièce B.) M. Guillaume a soumis un bref exposé indiquant un avis conclusif précisant qu’une « Class Action » de type opt-out serait contraire à une décision du Conseil Constitutionnel de 1989, CC Décision n° 89-257³ (*Id.*). La forme ou le contenu de la question de M. Dubos sont inconnus, même s’il semble que sa lettre ait été envoyée dans le cadre de l’appel interlocutoire de Vivendi, *Vivendi III*, au Deuxième Circuit et de sa requête d’ordonnance de certiorari qui a suivi. On ne sait pas si M. Guillaume a reçu un exemplaire de la décision *Vivendi III* ou des soumissions des parties sur lesquelles cette décision s’est fondée. Après que les demandeurs se soient plaints que la lettre de M. Guillaume n’ait pas vraiment été autorisée, Vivendi a présenté une lettre de Pascal Clément, ancien ministre de la justice, laissant entendre qu’il « serait bon » de prendre en compte les « arguments juridiques » de M. Guillaume, considérant aussi que les mécanismes des « Class Actions » américaines n’étaient pas compatibles avec la décision du Conseil Constitutionnel n° 89-257.

³ Cette décision est jointe, Pièce B de la déclaration de Jessica R. Buturla (2 juin 2008).

(Lettre de Pascal Clément à Hervé Pisani, à 1 (15 janvier 2008), Décl. Cameron Pièce N)⁴. Peu de temps après, une note de confirmation de M. Pascal Fombour, successeur de M. Guillaume au ministère de la justice, réitérant l'avis de M. Guillaume fut envoyée. (*Voir* Note de Pascal Fombour, directeur des Affaires Civiles (22 janvier 2008), Décl. Cameron Pièce P.)

Le tribunal respecte les avis des fonctionnaires du ministère de la justice qui ont été fournis après la décision de certification de la « Class Action » dans *Vivendi III*. Bien que le tribunal n'ait pas eu vent des éléments de l'analyse sous-tendant leurs avis, on peut dire sans détour que des avis plus détaillés ont été soumis par les experts retenus par Vivendi dans le cadre de l'opposition de Vivendi à la requête de certification de la « Class Action ». En outre, l'avis de M. Guillaume en ce qui concerne la constitutionnalité des « Class Actions » a déjà été pris en compte par le tribunal dans le cadre de son examen du rapport du Groupe de travail nommé par le président Jacques Chirac en 2005. Ce rapport recommandait l'adoption des « Class Actions » de type opt-in et posait la question de la constitutionnalité des recours de type opt-out. M. Guillaume était alors co-président du Groupe de travail.⁵

Bien que le tribunal ait bien pris en compte l'avis de M. Guillaume, il a aussi tenu compte de l'avis des experts des demandeurs (et des propres experts des défendeurs) qui ont déclaré que selon eux les mécanismes des « Class Actions » de type opt-out, utilisés aux États-Unis et dans plusieurs pays de l'Union Européenne et proposés au vote de l'Assemblée Nationale en 2006 en France, n'étaient pas contraires aux principes français de défense des libertés individuelles et étaient, bien entendu, cohérents avec la décision n° 89-257 du Conseil Constitutionnel.

⁴ M. Clément est actuellement avocat chez Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP, qui représente Vivendi dans une « Class Action » RICO contre Deutsche Telekom. *Vivendi S.A. contre T-Mobile Inc.*, 06 Civ. 1524 (W.D. Wash. 2006).

⁵ M. Guillaume a été nommé secrétaire général des services administratifs du Conseil Constitutionnel en 2007. Il a récemment écrit une autre lettre pour répondre à une autre enquête des avocats de Vivendi dans laquelle il est d'avis que « la loi française ne reconnaît pas les « Class Actions » de type opt-out utilisés en droit américain ». M. Guillaume cite à nouveau la décision du Conseil Constitutionnel n° 89-257 pour étayer son avis. (*Voir* Lettre de Marc Guillaume à Jean-François Dubos (9 mars 2009), *disponible dans les pièces B* Lettre de Paul Saunders au juge Richard J. Holwell (11 mars 2009).)

Il suffit de noter, à ce point, que les avis de fond de messieurs Guillaume, Clément et Fombeur sont donc connus du tribunal et ne constituent pas des éléments nouveaux qui permettent de réexaminer la décision de certification de la « Class Action » par un tribunal. *Voir* Fed. R. Civ. P. 23(c)(1)(C); S.D.N.Y. Local R. 6.3; *FleetBoston*, 2007 WL 4225832, à *5. Le tribunal accepte les conditions dans lesquelles M. Guillaume a donné son avis à Vivendi, c'est-à-dire « qu'il ne revient pas . . . au ministre de la justice d'évaluer une décision prise par un tribunal, surtout quand ce tribunal est celui d'un État souverain, pas plus qu'il ne lui appartient d'intervenir dans un conflit opposant des individus ». (Lettre de Marc Guillaume à Jean-François Dubos, à 1 (3 avril 2007) (capitalisation originale), Décl. Cameron Pièce B.)

B. La Commission Attali et le rapport Coulon

Nommée le 30 août 2007 par le président Sarkozy, la Commission Attali a rédigé un rapport de 242 pages proposant « 300 décisions pour changer la France ». (Décl. Cameron Pièce Q.) Une des propositions suggérait « d'introduire les « Class Actions » dans le droit français ». (*Id.*) La proposition spécifique visait à établir les « Class Actions » de type opt-in pour la fraude contre le consommateur. (*Id.*) Le rapport ne mentionne pas de propositions de type opt-out et ne parle pas de la constitutionnalité de telles procédures.

Le « Rapport Coulon », publié par un autre groupe de travail nommé par le gouvernement en janvier 2008, recommande fortement l'introduction des « Class Actions » en France.

(Décl. Cameron Pièce S (« Rapport Coulon Report »). Il est intéressant de noter que le rapport est très favorable à un modèle de « Class Action » comme au Québec, qui est un modèle de recours de type opt-out. (*Id.* À 76.)⁶ Le Rapport propose finalement un modèle de type opt-in, en faisant remarquer que le modèle de type opt-out est « constitutionnellement incertain ». (*Id.* à 80). Le tribunal est d'accord sur ce point et note que cette incertitude ne sera pas levée tant que le Conseil Constitutionnel n'aura pas abordé les implications constitutionnelles de toute « Class Action » adoptée par les législateurs⁷. Cette question n'a été que partiellement abordée dans la décision n° 89-257, même si c'est de façon favorable à la proposition de mise en place d'un modèle de type opt-out. *Voir* discussion, *infra*, § II. Bien entendu, le fait que la constitutionnalité d'un texte nouvellement adopté soit incertain ne veut pas dire qu'il est irréversiblement inconstitutionnel; des incertitudes similaires se posaient lors de l'adoption des modifications à la Règle 23 en 1966. Marvin E. Frankel, *Observations préliminaires concernant la Règle 23*, 43 F.R.D. 39, 44-47 (18 sept. 1967); *voir les généralités* Charles Alan Wright, Arthur R. Miller, & Mary Kay Kane, *Federal Practice & Procedure* § 1753 (Supp. 2008) (« Wright & Miller »).

C. Le MEDEF et l'article de La Tribune

À la demande de Vivendi, une association d'entrepreneurs français, le MEDEF (« Mouvement des entreprises de France ») a émis un « certificat » confirmant sa « ferme hostilité » à l'introduction des « Class Actions » dans le droit français, notamment au modèle opt-out. (Décl. Cameron Pièce U). De la même manière, Pierre Simon, président de la Chambre de commerce de Paris, a exprimé son avis dans un article du journal La Tribune, intitulé « Action de groupe, attention danger ! » (Décl. Cameron Pièce T).

⁶ Le Rapport continue de critiquer le système de « Class Action » américain, non à cause du modèle opt-out mais en raison des dommages-intérêts alourdis, qui sont pressentis comme un abus potentiel dans le processus de découverte, et des honoraires conditionnels pour les avocats. (Rapport Coulon 78.)

⁷ Bien entendu, si une loi sur les « Class Actions » n'est pas adoptée en France, les questions constitutionnelles n'arriveront jamais sur la table du Conseil Constitutionnel. Quant à la mise en application de la décision de justice dans ce cas précis, les questions de droit constitutionnel ou international pourront être soulevées dans un tribunal de première instance comme le Tribunal de grande instance de Paris. *Voir Vivendi III*, 242 F.R.D. à 92.

M. Simon pense que seule une « Class Action » de type opt-in devrait être adoptée du « point de vue constitutionnel ». (*Id.*) Le tribunal pense que le point de vue de ces groupes commerciaux n'est pas surprenant puisque c'est le point de vue des associations de protection des consommateurs qui soutiennent avec vigueur l'introduction d'une loi de type opt-out en France. (*Cf.* Mourre Décl. supp. ¶ 19 (11 avril 2008).) Il existe des raisons sociales et politiques profondes d'opposition et de soutien à l'adoption de lois sur les « Class Actions » en France, qu'elles soient de type opt-in ou opt-out. Toutefois, il ne revient pas à ce tribunal d'en décider.

D. Commentaires des Cahiers du Conseil

Pour le tribunal, un récent commentaire d'un auteur non identifié dans les *Cahiers du Conseil* (ou *Journal du Conseil Constitutionnel*) publié en 2007 se révèle plus important.⁸ (Commentaire n° 23, Décl. Cameron Pièce L (« Commentaire 23 »). Le Journal rapporte et commente les récentes décisions du Conseil Constitutionnel. Les commentaires ne sont pas de la main des juges du Conseil, mais de celle de ses services administratifs. Les commentaires n'engagent en rien le Conseil et sont présentés à titre d'information uniquement. Ils peuvent malgré tout être considérés persuasifs. (*Voir* Décl. Cameron Pièce V, à 3 (traduction anglaise); Décl. Mourre ¶ 24 (4 avril 2008).)

La décision objet du commentaire, décision n° 2007-556 du Conseil Constitutionnel, portait sur une disposition réglementaire qui, selon les requérants, limite le droit de faire grève

⁸ Une déclaration sous serment déposée auprès du juge Marrero attribue ce commentaire à M. Guillaume qui, comme il a été dit, a quitté le ministère de la justice pour devenir secrétaire général des services administratifs du Conseil Constitutionnel en 2007. (Décl. supp. de Jean-Paul Béraudo ¶¶ 41-42, *Louisiana State Employees' Retirement System contre Alstom U.S.A. Inc.*, No. 03 Civ. 6595 (VM) (12 avril 2008) (« C'est bien entendu le modèle opt-out qu'il vise [Guillaume] ! »).

des travailleurs du secteur du transport terrestre⁹. Le Conseil a conclu, *inter alia*, que l'allongement de la période de réflexion entre la date de notification de la décision aux syndicats et la date de commencement de la grève n'imposait pas de restrictions injustifiées à la liberté individuelle de faire la grève. En outre, la possibilité des représentants syndicaux d'agir de manière collective et représentative pour décider de l'envoi d'un préavis de grève n'enfreignait pas les droits constitutionnels compte tenu qu'un tel préavis « donne à chaque employé la liberté de décider de faire ou non la grève ». (*Id.* ¶¶ 11-13.)

Le Conseil ne se référait, ni ne donnait son avis dans sa CC Décision n° 89-257. Néanmoins, en évoquant la décision n° 2007-556 du Conseil Constitutionnel, le commentateur faisait une distinction entre le droit du syndicat à appeler à la grève, droit qui est protégé par la Constitution, et les autres droits, comme celui de déposer une « Class Action » au nom des employés. Citant la décision n° 89-257, le commentateur faisait remarquer que pour que cette grève soit constitutionnelle, l'employé(e) devait « donner son consentement en connaissant parfaitement les enjeux » et devait « conserver sa liberté de se retirer de cette grève ». (Commentaire 23 ¶ III.1.6.). Le commentateur ajoutait alors : « En ne respectant pas ce consentement individuel, qui n'existe pas par exemple dans le modèle de « Class Action » de type opt-out des anglo-saxons, le personne serait privée d'un droit que lui accorde expressément la Constitution. » (*Id.*)

Les experts des défendeurs prétendent que cette phrase confirme leur avis juridique précédent affirmant qu'une « Class Action » américaine de type opt-out ne peut être mise en application en France parce qu'elle viole les droits de « liberté individuelle » garantis par la Constitution française, mais aussi les concepts français du droit international.

⁹ Cette décision est jointe, Pièce K de la déclaration supp. de Timothy G. Cameron (17 mars 2008).

En tout état de cause, les experts des défendeurs sont d'avis qu'une « Class Action » ne serait pas constitutionnelle en France si les membres de cette « Class Action » recevaient des préavis personnalisés alors qu'un modèle de type opt-in est utilisé pour demander le consentement de chacun à participer audit recours. Les défendeurs font ensuite valoir que la « Class Action » certifiée ne respecte donc pas les normes de la Constitution; que les concepts du droit international sont donc violés; que les tribunaux français ne donneront pas préséance à une décision de justice; et finalement que, sans une protection *res judicata* totale, une « Class Action » avec les actionnaires français de Vivendi ne respecte pas l'Exigence supérieure de la Règle 23(b)(3). D'un autre côté, les demandeurs et leurs experts prétendent que le commentateur ne parle pas au nom du Conseil Constitutionnel, et qu'il a mal interprété la CC Décision n° 89-257, qui devrait être lue comme permettant les « Class Actions » de type opt-out. Compte tenu que ni la Constitution française, ni les concepts de droit international ne sont menacés, les demandeurs prétendent qu'un tribunal français donnerait vraisemblablement préséance à une décision de justice dans leur cas. Associée aux autres facteurs garantissant la certification, les demandeurs font valoir que l'Exigence supérieure de la Règle 23(b)(3) est donc satisfaite.

II. Exigences constitutionnelles en matière de préavis et de consentement

Pour évaluer les arguments des parties, on doit se rappeler que la France n'a jamais adopté de loi sur les « Class Actions » et, par conséquent, aucun tribunal français n'a eu à statuer sur la constitutionnalité d'une telle loi. Néanmoins, il semble que la France s'achemine vers l'adoption d'une législation concernant les « Class Actions ». (Décl. supp. de Mourre ¶ 9 (19 juin 2008).) Comme le fait remarquer le professeur Cohen pour les défendeurs : « La loi française ne cesse d'évoluer en faveur des « Class Action » ». *Vivendi III*, 242 F.R.D. à 101.

Les préoccupations sous-jacentes de cette évolution sont les mêmes que celles qui ont mené à l'adoption du système de « Class Actions » aux États-Unis en 1966 puis, dans d'autres pays. La majorité des participants au débat reconnaissent donc le besoin de législation pour permettre aux consommateurs et autres parties concernées d'être dédommagés lorsque le montant du préjudice individuel est trop faible pour justifier le coût des mesures de redressement. (Rapport Coulon 74-75). Les modalités proposées en France ont porté à la fois sur des modèles opt-in et opt-out similaires, mais pas identiques, à ceux de la Règle 23. Ces propositions reflètent la tendance d'autres pays à vouloir adopter des lois sur les « Class Actions » utilisant à la fois les mécanismes de types opt-in et opt-out. Par exemple, la législation mettant en place les procédures de « Class Action », notamment une certaine forme de mécanisme de type opt-out, a été adoptée aux Pays-Bas (Article 3:305 du Code civil néerlandais), au Portugal (loi du 31 août 1995), en Ontario (Article 9 de la Loi de 1992 sur les recours collectifs de l'Ontario), au Québec (loi du 23 janvier 1982), en Australie (Article 33 E de la Loi de 1976 de la Cour fédérale d'Australie), en Finlande (Loi 444/2007 concernant les « Class Actions ») et en Norvège (Article 35-7(1) de la Loi sur les résolutions de litiges). (*Voir* Décl. Mourre supp. ¶ 13 (11 avril 2008) (Recueil de sources).)

Le point de vue des défendeurs affirmant qu'une « Class Action » de type opt-out enfreint « de toute évidence » le droit de liberté individuelle ou international est sans conteste exagéré, ne serait-ce que parce qu'aucun tribunal français ne s'est encore penché sur le problème. Les défendeurs ont raison toutefois de dire qu'une procédure de type opt-out soulève des questions d'ordre constitutionnel qui tournent autour de la pertinence d'un préavis aux membres absents de la « Class Action » et de la protection des droits individuels pour ceux qui ne participeraient pas aux poursuites judiciaires. Il n'est pas surprenant de constater que ce sont les mêmes préoccupations constitutionnelles que celles observées lors de l'entrée en vigueur de la Règle 23 aux États-Unis. *Voir Phillips Petroleum Co. contre Shutts*, 472 U.S. 797, 811-12 (1985); *Mullane contre Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 313-15 (1950).

Au centre des systèmes juridiques américain et français, on retrouve l'idée que l'on fait appel aux tribunaux pour protéger les droits de recours individuels, et que personne ne peut être solidaire d'une décision de justice dans une affaire à laquelle il n'était pas partie prenante. *Hansberry contre Lee*, 311 U.S. 32, 40 (1940). Une « Class Action » en vertu de la Règle 23(b)(3) est un « éloignement fondamental du modèle de résolution de litige anglo-américain traditionnel », Joseph M. McLaughlin, *McLaughlin on Class Actions* § 1:2 (5^e éd. supp. 2008) (« McLaughlin »), comme ce sera le cas en France si un tel mécanisme est adopté.

Pour protéger les droits individuels dans une « Class Action » américaine, la Règle 23 ainsi que la Clause d'application de la loi exigent qu'un demandeur représenté ait des griefs communs avec la « Class Action » et soit capable de défendre adéquatement les intérêts de ladite « Class Action ». *Voir Amchem Products Inc. contre Windsor*, 521 U.S. 591, 623 (1997). Il semble que cela soit en totale harmonie avec les préceptes de la Constitution française, ou au moins les défendeurs ne prétendent-ils pas le contraire. En matière de recours individuel, la Règle 23(b)(3) exige également que les membres de la « Class Action » aient le droit absolu de sortir d'une « Class Action », et par conséquent de ne pas être solidaires de la décision de justice. *Voir Shutts*, 472 U.S. à 812 (« [L]a procédure de recours requiert qu'un demandeur absent ait au minimum la possibilité de se retirer de la « Class Action » en signant et en envoyant un formulaire de « retrait du recours » ou une « demande d'exclusion » au tribunal ».); *voir aussi* McLaughlin § 5:75 (« Le droit de se retirer de la « Class Action » est un droit individuel qui doit être exercé en toute connaissance de cause, et sur décision totalement individuelle de chaque membre »). Pour exercer ce droit individuel de ne pas participer, la Règle 23(c)(2) exige qu'un préavis soit envoyé de manière raisonnablement calculée pour informer les parties intéressées d'une mise à l'instance d'une « Class Action » et de leur droit de ne pas y participer. *Voir les généralités de l'affaire Mullane*, 339 U.S. à 314.

On peut noter que le préavis et le droit de se retirer sont des concepts distincts mais intimement liés. Le préavis individuel, envoyé généralement par la poste en traitement prioritaire, est obligatoire pour tous les membres de la « Class Action » pouvant être identifiés en déployant des efforts raisonnables. *Eisen contre Carlisle & Jacqueline*, 417 U.S. 156, 166-67, 177 (1974). Cependant, lorsque l'identification d'un membre de la « Class Action » est impossible, les tribunaux peuvent approuver d'autres méthodes, dont la publication, comme « meilleur moyen de diffusion du préavis dans ces circonstances ». Fed. R. Civ. P. 23(c)(2)(B).

Bien que les dispositions prises pour ces préavis puissent satisfaire les règles de la procédure de recours, les experts des défendeurs prétendent qu'elles enfreignent le concept français de liberté individuelle qui voudrait, selon la Constitution, que chaque membre de la « Class Action » reçoive un préavis personnel l'avertissant d'une mise à l'instance d'une « Class Action ». Même si l'on doit admettre qu'aucun tribunal français n'a pris de décision sur ce sujet, les défendeurs se réfèrent à la CC Décision n° 89-257, par laquelle le Conseil Constitutionnel a évalué la constitutionnalité d'une loi qui autoriserait les « Class Actions » des syndicats au nom de leurs membres. La loi prévoit que lesdits membres seraient avertis par lettre recommandée (avec accusé de réception) de l'intention du syndicat de mettre à l'instance une « Class Action ». Le membre aurait alors quinze jours pour décider de participer ou non aux poursuites judiciaires. Le Conseil a conclu que cette procédure était conforme au concept de liberté individuelle sous réserve que le préavis « contienne toutes les informations utiles » sur la nature des poursuites et le droit de la personne de ne pas participer. (*Id.* ¶ 26). Si l'employé(e) ne répond pas dans les quinze jours, « il/elle est considéré(e) avoir donné son accord ». (*Id.* ¶ 25.)

Focalisant dans un premier temps sur la question du préavis, les défendeurs font justement remarquer que le Conseil Constitutionnel confirmait une loi qui prévoit un préavis personnel.

Par conséquent, les défendeurs prétendent que c'est la *seule* méthode de soumission de préavis aux membres des « Class Actions » constitutionnellement acceptable en France. (Vivendi mémoire en réplique 4). Mais le tribunal ne voit pas vraiment la justification de ce raisonnement dans le contexte américain ou français. Il est intéressant de noter que si elle était confrontée à la même « Class Action » (c'est-à-dire en étant capable d'identifier tous les membres), la Cour suprême des États-Unis demanderait aussi que soient envoyés des préavis personnels. *Eisen*, 417 U.S. à 173-75; *Mullane*, 339 U.S. à 319-20. Par conséquent, contrairement à l'analyse du professeur Lagarde pour les défendeurs, la Règle 23 n'est pas significativement « moins rigoureuse » en matière de préavis dans un cas pareil. (*Voir* Décl. Lagarde ¶ 9 (23 mai 2008), Décl. Buturla Pièce C.) En outre, l'obligation d'envoi d'un préavis personnel dans un pareil cas ne répond pas au problème de constitutionnalité en France (ou aux États-Unis) des autres formes raisonnables de préavis lorsque l'envoi d'un préavis personnel est impossible. Bien que les défendeurs affirment qu'un préavis public serait un affront au concept français de liberté individuelle, un certain nombre de propositions de « Class Actions », qui envisagent un préavis par publication, ont été soumises en France. Bien entendu, le Rapport Coulon, sur lequel se fient amplement les défendeurs, propose l'adoption d'un mécanisme qui repose explicitement sur le préavis par publication. (Rapport Coulon 80). Selon le mécanisme proposé, un recours collectif pourrait être intenté par le représentant d'une association de consommateurs. Dans un premier temps, le tribunal décide de la responsabilité. Si la responsabilité est établie, le juge « ordonne la publication du jugement déclaratif selon les termes et les moyens qu'il juge appropriés ». (*Id.*) Bien entendu, il existe des différences importantes entre les mécanismes de type opt-in et opt-out. Nous en parlerons plus loin. Toutefois, des propositions telles que celles du Rapport Coulon sont une indication que le préavis personnel, lorsque ce préavis est impossible, n'est pas une condition *sine qua non* en droit constitutionnel français. Les propres experts des défendeurs peuvent discerner cette différence. Par exemple, le professeur Lagarde estime que la décision n° 89-257 exige la *connaissance* personnelle du membre du syndicat pour satisfaire les obligations constitutionnelles dans une situation de type opt-out, plutôt qu'elle n'exige un moyen exclusif d'établir cette connaissance. (Décl. Paul Lagarde ¶ 9).

De la même façon, Michel Verpeaux, sur qui les défendeurs se reposent aussi, a écrit par ailleurs que la décision n° 89-257 « loin de bannir toute réforme . . . ne fait que souligner . . . que la question de la *publicité* est fondamentale pour préserver la liberté d’agir des consommateurs dans le cadre de leur liberté personnelle ». (*Voir Michel Verpeaux, Un système de « Class Actions » peut-il être entériné dans la Constitution ?*, Recueil Dalloz, à 258 (2007) (« Commentaires Verpeaux »), décl. Vasilescu Pièce 7). En fait, M. Verpeaux, professeur de droit public à la Sorbonne et directeur du Centre de recherches de droit constitutionnel de l’Université Paris-1, conclut en disant :

Du point de vue constitutionnel, il n’existe pas . . . d’obstacle majeur à l’introduction en France d’une procédure de « Class Action » avec une possibilité d’exclusion, à la seule condition que chacune des victimes incluses dans ledit recours ait la possibilité de ne pas y participer de manière à respecter son droit de liberté individuelle. Par conséquent, la Constitution peut difficilement être invoquée comme obstacle direct à l’introduction d’un système de « Class Actions ».

(*Id.*) L’expert des demandeurs est d’accord. (Décl. Mourre ¶ 18 (11 avril 2008).)

On doit garder à l’esprit que la question est ici de savoir comment un *futur* Conseil Constitutionnel interprétera une *future* loi française sur les « Class Actions », ou plus précisément, la fiabilité d’une défense *res judicata* dans un *futur* recours éventuel présenté en première instance par un actionnaire français non satisfait d’un jugement. Comme le tribunal l’a fait remarquer dans *Vivendi III*, « il se peut qu’un tribunal français fasse exécuter une décision de justice américaine à l’encontre d’un membre d’une « Class Action » qui aurait reçu un préavis personnel et qui aurait donc eu la possibilité d’exercer son droit de « liberté individuelle », mais aussi qu’il refuse de faire exécuter une décision à l’encontre d’un membre d’une « Class Action » qui pourrait prouver qu’il n’a jamais reçu de préavis personnel ». *Vivendi III*, 242 F.R.D. à 101.

Passant du préavis au consentement, certains experts des défendeurs affirment qu'un réel consentement personnel est requis par la Constitution française, citant à nouveau la décision n° 89-257 du Conseil Constitutionnel. Mais comme le fait justement remarquer l'expert des demandeurs (et un expert des défendeurs), le Conseil Constitutionnel a justement indiqué dans sa décision qu'un mécanisme de type opt-out n'était pas constitutionnellement invalide. Le Conseil a fait remarquer que le concept constitutionnel de liberté individuelle exigeait que la personne accorde son consentement de participation à la « Class Action ». (Décision n° 89-257 ¶ 24). Il est toutefois important que l'employé(e) ait été « considéré(e) » avoir consenti s'il/elle ne répondait pas au préavis, le silence de l'employé(e) étant alors considéré comme un « accord tacite ». (*Id.* ¶¶ 25- 26). On ne peut échapper à la conclusion que la loi approuvée dans la décision n° 89-257 du Conseil Constitutionnel prévoit une procédure de type opt-out dans laquelle un silence informé est considéré être un accord tacite. Il ne peut donc être dit, comme le disent fréquemment les défendeurs, que seule une « Class Action » de type opt-in serait constitutionnelle en France. C'est dans ce contexte que l'on doit prendre en compte l'avis du commentateur des *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, qui déclare en référence à la même décision, « [à] défaut de respect du consentement personnel, qui n'existe pas dans les mécanismes anglo-américains des conventions collectives [c-à-d. des « Class Actions »], la personne serait injustement privée d'un droit que lui accorde la Constitution ». Le « défaut de respect du consentement personnel » ne réfère pas nécessairement au besoin matériel de consentement sous la forme d'une procédure de type opt-in pour autant que la décision citée par le commentateur avalise explicitement le consentement tacite sous la forme d'une procédure de type opt-out. Il semble plutôt probable que les préoccupations vis-à-vis de la forme américaine du mécanisme de type opt-out (et on ne sait pas si cet avis est partagé par le Conseil lui-même) portent sur le fait que le consentement, dans le contexte américain, est tacite sur présentation d'une preuve de préavis raisonnable plutôt que d'une preuve de connaissance réelle de la part du membre putatif de la « Class Action ».

Il semble en tout cas que ce soit l'avis des experts des défendeurs. (*Voir* Décl. Lagarde ¶ 27 (notant qu'un « jugement américain aurait pour conséquence, entre autres, de priver [les actionnaires français] qui n'étaient vraisemblablement pas au courant des poursuites en cours de leurs droits . . . »)). Ce ne serait pas le cas évidemment pour un actionnaire français qui aurait reçu un préavis en bonne et due forme, soit par la poste ou par voie de publication.

Se plaçant en position de repli, les défendeurs maintiennent que le mécanisme américain de type opt-out serait inconstitutionnel en France parce que tout membre d'une « Class Action » doit avoir le droit de se retirer à son gré, *y compris après que la décision de justice ait été prise*. (*Voir* Décl. Carcassonne ¶ 5 (13 mars 2008), Décl. Cameron Pièce V; Décl. Verpeaux ¶ 6 (24 juin 2008)¹⁰.) Il est généralement vrai que la période de retrait de la « Class Action » de la Règle 23(b)(3) est située au début de la procédure. Toutefois, dans le cas présent, le tribunal a reporté l'autorisation du préavis en attendant la résolution de la demande de réexamen des défendeurs. En conséquence, les actionnaires auront la possibilité, en toute connaissance de cause, de se retirer de la « Class Action » jusqu'à la veille du procès, soit un mois ou deux avant l'inscription du jugement. Le tribunal note aussi que lors des recours individuels les parties n'ont généralement pas le droit de se retirer après le jugement, et doivent donc intenter un nouveau procès. Même si le professeur Verpeaux n'est pas d'accord avec le principe dans le cadre de la loi de « Class Actions » proposée, qu'il a d'ailleurs examinée (*voir* Commentaire Verpeaux, à 1), il semblerait que certaines des propositions législatives en matière de « Class Actions » soumises à l'Assemblée nationale prévoient des possibilités de retrait une fois le jugement prononcé pour la simple raison que, en vertu de la législation proposée, le tribunal inscrirait un jugement déclaratif de responsabilité dans la phase initiale du litige, pour ensuite notifier les consommateurs qui se verraient alors attribuer les dommages-intérêts éventuels.

¹⁰ Il est intéressant de noter que dans sa déclaration soumise au nom des défendeurs, le professeur Verpeaux confirme que des recours de type opt-out « pourraient permettre de respecter les principes constitutionnels français ».

Dans un tel système, il n'y a bien entendu aucune procédure de retrait jusqu'à l'inscription du jugement initial et envoi de l'avis de cette inscription. (*Voir, par ex.* le Rapport Coulon 77.)

III. Éléments à prendre en compte en matière de droit international

En prenant en compte les exigences jumelles de préavis adéquat et de possibilité de retrait, on devra garder à l'esprit qu'il y a une différence fondamentale entre (a) le fait qu'une loi française (ou européenne) future puisse respecter les exigences constitutionnelles françaises et (b) les situations dans lesquelles cette loi enfreindra le « droit international » d'un actionnaire français qui serait membre d'une « Class Action » en vertu de la Règle 23(b)(3) serait empêché d'intenter un nouveau procès après la première décision de justice. Il se pourrait bien que, comme l'affirment les défendeurs, les courants politiques français actuels soufflent en faveur de l'adoption d'un mécanisme de type opt-in, comme celui recommandé par la Commission Attali, ou qu'il n'y ait aucune procédure de « Class Action » du tout. Il se pourrait aussi que le Conseil Constitutionnel en vienne à la conclusion que tout mécanisme de type opt-out adopté par les législateurs et permettant aux membres d'une « Class Action » d'être associés même s'ils n'ont pas reçu de préavis est inconstitutionnel. Il ne fait toutefois aucun doute que le droit constitutionnel et les concepts de droit international français ne sont pas synonymes. (Décl. Seraglini à 2-8 (7 avril 2008)). Par conséquent, tout jugement étranger qui serait d'une façon ou d'une autre incohérent avec les principes constitutionnels français sera rejeté. (Décl. supp. Mourre ¶¶ 9-12). Ou plutôt, seuls les jugements étrangers qui enfreignent les « principes universels de justice », *Lautour contre Guirand*, Cass. le Civ., 25 mai 1948, seront déclarés contraires au droit international.

Il est aussi intéressant de noter que la décision de déclarer un jugement étranger contraire au droit international sera prise sur une base individuelle au cas par cas et non par comparaison abstraite avec le droit français ou américain, ou en prenant en compte une loi non encore en vigueur en France. (Décl. supp. Mourre ¶ 9; Décl. Seraglini ¶ 10). Ainsi l'impact *res judicata* d'un jugement sur un actionnaire particulier de Vivendi devra attendre la détermination des faits entourant la mise à l'instance d'un second procès par cet actionnaire et, par la suite, l'assertion par Vivendi de la défense de la *res judicata*. Lorsqu'un actionnaire a été pleinement informé de la nature du procès et de son droit absolu de se retirer du recours, le tribunal conclut qu'il est fort improbable qu'un tribunal français refusera d'exécuter une décision de justice américaine parce que la forme du préavis (envoi par la poste ou publication) ou du consentement (mécanisme opt-in ou opt-out) est contraire aux principes constitutionnels ou aux concepts français de droit international¹¹. De la même manière, compte tenu que l'actionnaire qui reçoit un préavis personnel peut en toute équité être considéré avoir donné son consentement tacite à la « Class Action », il apparaît fort improbable qu'un tribunal français déclare l'incapacité d'un actionnaire de se retirer après jugement en vertu des lois américaines en enfreignant les concepts constitutionnels de liberté individuelle ou les principes de droit international.

La question semble se poser pour un actionnaire qui n'a jamais reçu de préavis du présent recours et qui cherche ensuite à intenter une action après jugement en France. D'un côté, la décision n° 89-257 du Conseil Constitutionnel peut être interprétée en considérant que l'accord tacite à la « Class Action » respecte les concepts de liberté individuelle uniquement si le demandeur absent est parfaitement informé de la nature du recours et de son droit de ne pas y participer.

¹¹ Comme indiqué dans la Décision de 1989, un tribunal français peut imposer la charge de la preuve du préavis à Vivendi. Le tribunal, fiduciaire de la « Class Action », est obligé d'approuver un plan de préavis en vertu duquel autant de membres de la « Class Action » que possible reçoivent ledit préavis. Par conséquent, bien que Vivendi puisse être forcé de défendre un plan de préavis que Vivendi n'a pas, au sens strict du terme, conçu, le tribunal est persuadé que ce plan sera aussi efficace que possible. Quoi qu'il en soit, Vivendi aura l'occasion de donner la preuve et de commenter sur la suffisance de ce plan de préavis.

D'un autre côté, bon nombre de propositions soumises en France et avalisées par les spécialistes du droit constitutionnel français retiennent clairement le principe du préavis par publication. (*Voir* Rapport Coulon 80 (suite à la jurisprudence sur la responsabilité, le tribunal « ordonnerait la publication du jugement déclaratif en respectant les termes et les moyens estimés appropriés »); *voir aussi* Commentaire Verpeaux à 2). Cette dissonance se reflète d'une certaine manière en droit américain. Bien que de nombreuses décisions des tribunaux fédéraux retiennent que les membres de la « Class Action » absents qui ne reçoivent pas le préavis puissent être associés dans certains cas, la Cour suprême a déclaré qu'un membre d'une « Class Action » « devait recevoir un préavis » pour être solidaire dudit recours, *Shutts*, 472 U.S. à 813, ce qui a provoqué des doutes. *Voir* Wright & Miller § 1789.1 (« *Shutts* peut aussi être interprété comme suggérant qu'un membre d'une « Class Action » peut se faire connaître [après le jugement] et déclarer n'avoir jamais reçu de préavis et par conséquent ne pas être solidaire . . . »).

En concluant qu'un tribunal français exécuterait vraisemblablement un jugement de « Class Action » américain, le tribunal sait parfaitement qu'un autre tribunal d'instance régional est parvenu à des conclusions contraires. *Voir In re Alstrom SA Sec. Litig.*, 253 F.R.D. 266 (S.D.N.Y. 2008) (J. Marrero). Les demandeurs de l'affaire *Alstrom* ont fait valoir des infractions aux lois sur les valeurs mobilières à l'encontre d'Alstrom S.A., société française ayant des activités dans le monde entier, y compris aux États-Unis. Les demandeurs ont cherché à faire certifier une « Class Action » de souscripteurs d'actions de la société aux États-Unis, au Canada, en France, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas. *Id.* à 272. Évaluant l'Exigence supérieure de la Règle 23(b)(3), le tribunal a appliqué ce qu'il appelle la « norme de probabilité », adoptée par le présent tribunal dans *Vivendi III*.

Le tribunal jugeant l'affaire *Alstrom* a certifié une « Class Action », incluant notamment les actionnaires américains, canadiens, britanniques et néerlandais, déclarant que les tribunaux de ces pays reconnaîtraient vraisemblablement un jugement à l'encontre de certains des défendeurs. Toutefois, le tribunal a refusé d'inclure les actionnaires français, déclarant que les demandeurs n'avaient pas suffisamment démontré qu'un tribunal français reconnaîtrait vraisemblablement un jugement américain impliquant des membres français d'une « Class Action » en lui accordant la préséance sur tout autre jugement. *Id.* à 287.

Le tribunal jugeant l'affaire *Alstrom* a distingué la décision du présent tribunal en s'appuyant sur le fait que de « récents événements juridiques » en France, tels qu'indiqués dans la lettre de M. Guillaume, postdataient la décision de certification de la « Class Action » dans ce cas. *Alstrom*, 253 F.R.D. à 286-87 n.11. Les conclusions d'importance critique du tribunal jugeant l'affaire *Alstrom* ne sont *pas* celles que tirent le présent tribunal, à savoir que la décision n° 89-257 retient que la « Class Action » doit fournir à chaque membre la possibilité d'un consentement individuel pour être jugé valable en vertu de la Constitution française. *Id.* à 285. (« Un tribunal français jugerait vraisemblablement que toute décision prise par le présent tribunal impliquant des membres français absents d'une « Class Action » est contraire au droit public parce que ces investisseurs français absents n'ont pas avalisé la compétence du présent tribunal . . . »). Ces conclusions, avancées aussi par les défendeurs dans le présent cas, sont une interprétation non valable de la décision de 1989 qui, comme il a été dit, approuve en fait une procédure de type opt-out par laquelle les membres d'un syndicat sont « considérés » avoir donné leur consentement « tacite » s'ils avaient reçu le préavis et ne s'étaient pas retirés [c'est-à-dire, exclus par mécanisme de type opt-out] dans les 15 jours.¹² (Décision n° 84-257 ¶¶ 25-26).

¹²La décision de l'affaire *Alstrom* attribue à tort au Conseil les remarques du commentateur relatant que les « Class Actions de type opt-out anglo-saxon » priveraient les personnes de leurs droits de « consentement personnel ». Le Conseil n'a fait aucune observation en ce sens. (*Comparer* la CC Décision n° 2007-556 du Conseil *au* Commentaire 23, à 7).

On peut donc se demander, comme le tribunal, quel type de préavis pourrait être nécessaire pour donner lieu à une conclusion de consentement tacite en France, ou bien entendu aux États-Unis, si ce n'est pour amalgamer les questions de préavis et consentement et rendre confuse l'analyse, comme l'ont fait les défendeurs. Le tribunal qui a jugé l'affaire *Alstrom* accepte aussi l'allégation totalement erronée des défendeurs que la décision du Conseil Constitutionnel n° 2007-556 « rejette expressément les mécanismes de « Class Action » de type opt-out comme étant contraires aux principes constitutionnels français ». *Alstrom* , 253 F.R.D. à 287 n.11. Ce n'est pas le cas. La décision n° 2007-556 contient une seule référence aux « Class Actions », ou aux conditions dans lesquelles une « Class Action » serait contraire action aux principes constitutionnels français. (*Voir* Décision n° 2007-556, Décl. Cameron Pièce K; *voir aussi* Décl. supp. Mourre ¶ 22 (11 avril 2008).)¹³ Ayant soigneusement passé en revue les traductions des décisions de 1989 et 2007, le tribunal conclut que l'interprétation des demandeurs est persuasive et qu'aucune des décisions ne conclut ou n'implique qu'un consentement personnel dans un mécanisme de type opt-out est constitutionnellement obligatoire ou, alternativement, qu'une procédure de type opt-out se basant sur un consentement tacite est constitutionnellement interdite, et encore moins contraire aux « valeurs constitutionnelles fondamentales françaises en vertu des principes de justice universelle ». (*Comparer Vivendi III*, 242 F.R.D. à 100-03 à *Alstrom* , 253 F.R.D. à 287.)

* * *

En conclusion, le tribunal ne trouve pas que les « récents événements » en France étayent la requête de réexamen partiel de la décision du précédent jugement de certification de la « Class Action » des défendeurs. Tous les éléments importants exposés par les deux parties ont été extrêmement détaillés au moment où les demandeurs ont initié la certification de la « Class Action ».

¹³ La décision de l'affaire *Alstrom* attribue la même conclusion au rapport 2008 de la Commission Attali. *Voir Alstom* , 253 F.R.D. à 287 n.11. Comme précédemment mentionné, *voir supra* p. 9, le Rapport ne tire aucune conclusion de cette sorte.

Le tribunal continue de penser que pour les actionnaires français, un jugement de « Class Action » inscrit au greffe du présent tribunal serait considéré comme un obstacle définitif au réexamen des requêtes ici présentées, qu'un second procès soit intenté ou non aux États-Unis ou en France. Le tribunal reconnaît l'hypothèse de voir certains membres des « Class Actions » françaises - ceux qui ne reçoivent pas le préavis de cette « Class Action » - perdre irrémédiablement leur droit d'intenter un nouveau procès. Ce n'est toutefois qu'une hypothèse. Pour qu'elle se matérialise, le droit français doit évoluer de façon à refuser d'entériner le préavis de publication comme dernier recours raisonnable et nécessaire par rapport au préavis personnel, (voir *Mullane*, 339 U.S. à 315; Rapport Coulon 80), et aussi de conclure qu'un tel préavis est contraire au droit international, voir discussion *supra*, à 21-23. À cet égard, et malgré les faits nouveaux invoqués, le tribunal se trouve dans quasiment la même situation qu'un autre tribunal appelé à décider d'une certification de « Class Action ». Ex ante, « le tribunal jugeant l'affaire ne peut prédéterminer les effets *res judicata* du jugement ». Fed. R. Civ. P. 23, Note du Comité consultatif de 1966, 28 U.S.C.A. Règle 23, à 20 (2008). En conséquence, la Règle 23 exige uniquement que le tribunal effectue une prédiction raisonnée des effets limitatifs probables de son jugement sur les membres absents des « Class Actions », et qu'il évalue les risques de non reconnaissance de son jugement en utilisant tous les facteurs pertinents pour déterminer si une « Class Action » est un moyen supérieur à tous les autres pour régler le litige. *Vivendi III*, 242 F.R.D. à 95.

Le fait qu'un nombre important d'actionnaires français soient susceptibles d'être solidaires agit en faveur de la certification. En outre, il y aurait d'importants moyens de dissuasion à initier des « appels en instance », dont les moindres seraient une décision défavorable dans le cas présent par manque de communication intégrale de documents à la France, le risque de voir l'actionnaire perdre une nouvelle fois et cette fois d'être condamné à payer à Vivendi ses frais d'avocat, et l'incapacité dans le cas présent de pouvoir rejuger en France sur la base d'une « Class Action ».

Le tribunal ne prend pas à la légère les griefs de Vivendi, mais la possibilité hypothétique de moins que les effets *res judicata* n'est pas un argument juridique pour évaluer si une « Class Action » est « un moyen supérieur à tous les autres pour régler équitablement et rapidement un litige ». *Voir, par ex., Cromer Fin. Ltd. contre Berger*, 205 F.R.D. 113, 135 (S.D.N.Y. 2001) (J. Cote) (« Même lorsque toutes les preuves disponibles indiquent que les demandeurs étrangers qui perdent un procès aux États-Unis auront la possibilité de poursuivre à nouveau les défendeurs dans leur propre pays, une « Class Action » demeure le meilleur moyen de régler le litige . . . »). Ici, une « Class Action » est un moyen efficace par lequel les plaintes d'actionnaires français déposées en vertu des lois américaines peuvent être réglées de manière vraisemblablement exécutoire pour une large catégorie d'actionnaires qui, en cas de jugement défavorable, peuvent songer à intenter un nouveau procès en France. *Voir Vivendi III*, 242 F.R.D. à 106-07. En outre, il est raisonnable de penser qu'il existe de nombreux actionnaires français de Vivendi qui ont des demandes de dédommagement trop faibles pour justifier une action individuelle, et il est certainement de leur intérêt de participer à une « Class Action ». De plus, il est de l'intérêt des États-Unis de procurer une tribune aux personnes, notamment les actionnaires étrangers, qui sont supposées avoir été lésées par une société opérant sur le territoire américain. *Voir Fidenas AG contre Compagnie internationale pour l'informatique CII Honeywell Bull S. A.*, 606 F.2d 5, 9-10 (2^e Cir. 1979). Finalement, il n'existe aucun problème de capacité de gestion qui pourrait écarter la possibilité d'une supériorité. Les défis que posent l'envoi direct et la publication de préavis ont été résolus à maintes reprises dans de nombreux cas impliquant des membres étrangers de « Class Actions ». *Voir, par ex., In re Royal Ahold N.V. Sec. & ERISA Litig.*, n° 1:03-MD-01539, 2007 WL 3128594 (D. Md. 26 sept 2007); *In re Holocaust Victim Assets Litig.*, 314 F. Supp. 2d 155 (E.D.N.Y. 2004). De nombreux membres français de « Class Actions » ont déjà été avertis de leur requêtes éventuelles à l'encontre de Vivendi par le préavis de la SEC et la distribution aux actionnaires d'amendes importantes payées par la Société dans le cadre du règlement des mesures exécutoires de la SEC. *Vivendi III*, 242 F.R.D. à 108 n.22.

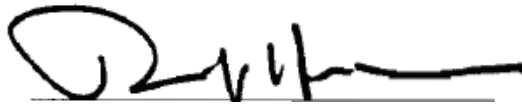
Rien dans le dossier n'indique que les actionnaires-requérants français aient eu quelque difficulté à comprendre leur droit à une partie de ces fonds ou les procédures de dépôt de plainte y afférentes.

CONCLUSION

Pour les raisons ci-dessus et pour la certification initiale par le tribunal d'une « Class Action » déposée par des actionnaires américains, français, britanniques et néerlandais, la requête de réexamen partiel de Vivendi est [457] rejetée.

AINSI ORDONNÉ

Fait à New York, New York
Le 31 mars 2009

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'R. J. Holwell', written over a horizontal line.

Richard J. Holwell
Juge de district du gouvernement des États-Unis