

L'action de groupe à l'aune de la « class action » américaine

Entretien avec

Yasmine Tarasewicz,

Avocat associé, cabinet Proskauer et

Geoffrey Roche, Juriste en droit social, cabinet Proskauer

Semaine sociale Lamy : *Quels sont les temps forts d'une action en discrimination aux États-Unis ?*

Yasmine Tarasewicz et Geoffrey Roche : Aux États-Unis, la *class action* se déroule en trois temps. Le lancement de l'action (*filing of a complaint*), la certification de *class action* par le juge (*class certification*) et le règlement final du litige (*court decision* ou *settlement*).

Dans un premier temps, une *class action* est introduite par une ou plusieurs personnes afin qu'un juge homologue un groupe de personnes (*class*) qui s'identifient comme potentiellement victimes. Vient ensuite la phase de certification de la *class action*. Le juge doit déterminer l'existence d'un groupe homogène valablement représenté par un ou plusieurs de ses membres. L'homologation de la *class action* prend la forme d'une ordonnance de certification dans laquelle le juge définit le périmètre de la *class action* et les demandes formulées (par exemple, salariés ou anciens salariés ayant exercé le poste de vendeur au sein de l'entreprise entre juin 2012 et mai 2015). Le juge ne statue pas, à ce stade, sur le bien-fondé du recours. Cette

ordonnance est notifiée à l'ensemble des personnes faisant parties du groupe homologué et la notification doit préciser que les membres de la *class action* peuvent s'exclure de la *class* (*opt-out*). En effet, aux États-Unis, toute victime correspondant à la *class* identifiée par le tribunal est automatiquement partie à la procédure, même si elle ne s'est pas manifestée. Aussi, pour que le jugement ou l'accord ne lui soit pas applicable la personne doit indiquer explicitement ne pas vouloir faire partie de la *class action*. En ce cas, elle pourra toujours introduire une action individuelle.

Quelles sont les issues possibles au procès ?

Y.T. et G.R. : Aux États-Unis, le juge rend sa décision de façon différente de ce qui est prévu en France car il statue sur un préjudice global. Trois issues sont possibles. Les demandeurs se désistent car les frais sont trop élevés ou parce qu'ils pressentent que la *class* ne sera pas certifiée. En ce cas, l'action s'arrête. Un accord peut aussi être trouvé entre les parties (*settlement*). Il peut intervenir jusqu'au prononcé de la décision. C'est le cas dans plus de 90 % des *class actions*. Dans cette hypothèse, la Cour doit

homologuer l'accord au cours d'une dernière audience (*fairness hearing*) afin de vérifier que les intérêts des membres de la *class* ont été adéquatement protégés. Une fois l'accord homologué, le défendeur doit indemniser les victimes. Dans certaines *class actions*, un accord intervient entre les parties afin d'organiser l'indemnisation (*claims-made settlement*). La partie ayant perdu le litige constitue un fonds, les membres de la *class* disposant alors d'une période donnée pour réclamer la somme qui leur revient. Passé ce délai, le défendeur récupère les sommes restant dans le fonds ou verse ces dernières à un organisme à but non lucratif (*Cy pres fund*). À défaut d'accord, le juge rend sa décision (*judgment*). Soit il statue uniquement sur la responsabilité du défendeur, en ce cas, les membres du groupe doivent engager des recours individuels pour que soit déterminé leur propre préjudice. Soit le juge fixe directement

l'enveloppe globale d'indemnisation et les modalités de réparation entre les différentes victimes. La décision est

exécutoire pour tous les membres de la *class* qui n'ont pas souhaité être exclus de la procédure. Certains États, comme la Californie, sont très protecteurs et les *class actions* y sont nombreuses.

Quelles sont les principales différences entre l'action de groupe en France telle que prévue par la loi de modernisation de la justice du xx^e siècle et la class action américaine ?

Y.T. et G.R. : Tout d'abord, le champ d'application de l'action de groupe en France est limité (consommation, santé, discrimination, données personnelles et environnement) alors qu'aux États-Unis son champ d'application est extrêmement large (droit de la consommation, droit boursier, droit sanitaire, droit de l'environnement, droit des affaires, discrimination, atteinte aux droits fondamentaux...).

De nombreuses *class actions* portent notamment sur les heures supplémentaires, le temps de travail, le temps de pause ou encore la rémunération complémentaire de certains salariés... Plus globalement, l'action porte aux États-Unis sur tout droit individuel susceptible d'impacter un grand



Aux États-Unis, le juge rend sa décision de façon différente de ce qui est prévu en France car il statue sur un préjudice global

FORUM INTERVIEW

●●● nombre de salariés. Par exemple, un studio de production cinématographique a fait l'objet d'une *class action* portant sur le respect des règles relatives aux heures supplémentaires (3 600 salariés ou anciens salariés concernés ayant travaillé entre août 2008 et septembre 2015). Un accord transactionnel a été conclu en septembre 2016. La procédure aura duré quatre années en tout.

Les acteurs sont-ils les mêmes ?

Y. T. et G. R. : Non. En France, seules certaines associations ou les organisations syndicales représentatives peuvent engager une action de groupe à la différence des États-Unis où la procédure peut être engagée directement par un particulier, conseillé le cas échéant par un avocat. Dans la procédure de *class action*, l'avocat a bien souvent un rôle moteur. Aux États-Unis, il peut, par exemple, sur la base d'un cas individuel concernant des rappels d'heures supplémentaires, dépister une problématique globale, et engager une *class action*. Certains cabinets d'avocats se sont spécialisés dans ce type de procédure. Ils ne sont pas soumis aux mêmes règles de déontologie ce

qui leur permet de démarcher des salariés afin que ces derniers engagent une *class action*. La procédure est souvent financée par les avocats qui se rémunèrent sur la base d'un pourcentage du montant total des indemnités obtenues par les victimes (*contingency fee*).

Quid des règles procédurales ?

Y. T. et G. R. : La *discovery*, telle qu'appliquée aux États-Unis (voir encadré) diffère aussi grandement des règles d'administration de la preuve applicables en France ce qui peut avoir des conséquences sur l'issue de l'action et sur sa durée, certaines *class actions* pouvant s'étaler sur de nombreuses années avant que le litige ne soit terminé. Le coût engendré par la *discovery* explique que dans de nombreux cas l'affaire se termine avant toute décision, par un accord entre les parties.

Autre différence procédurale, l'action de groupe « à la française » prévoit une phase de négociation préalable durant laquelle l'action ne peut être introduite. Une telle obligation n'existe pas aux États-Unis.

Par ailleurs, dans une *class action* américaine, le juge homologue dans un premier temps un groupe homogène de potentielles victimes. Ce n'est qu'à l'issue du litige que la responsabilité du défendeur est ou non retenue. L'action de groupe française prévoit, elle, que la mise en cause de la responsabilité du défendeur est examinée au même stade que la définition du groupe de personnes concernées.

Autre divergence, aux États-Unis le mécanisme d'*opt-out* s'applique par principe. Par conséquent, le salarié n'ayant pas indiqué souhaiter sortir de la *class action* ne peut plus introduire une action individuelle sur le même fondement. L'action de groupe française prévoit, à l'inverse, un mécanisme d'*opt-in* : le salarié doit solliciter son inclusion dans le groupe bénéficiant de l'indemnisation au titre de l'action de groupe.

Enfin, la réparation du préjudice est limitée s'agissant de l'action de groupe en matière de discrimination, alors qu'aux États-Unis, des dommages et intérêts visant à sanctionner un comportement fautif (*punitive damages*) peuvent être prononcés en plus des dommages-intérêts visant à compenser le préjudice réellement subi par les victimes.

Que pensez-vous de l'action de groupe telle qu'introduite par la loi de modernisation pour la Justice du xx^e siècle ?

Y. T. et G. R. : La loi confère une assise juridique à une pratique préexistante. En effet, l'absence de régime de *class action* n'empêchait pas les salariés d'une même entreprise de se grouper pour introduire des procès devant un même conseil de prud'hommes sous l'égide d'un seul avocat et de présenter des demandes sur la base d'un fondement commun

La « discovery »

La *duty to comply with discovery* (ou *discovery*) est une règle de procédure applicable aux États-Unis qui impose à chaque partie de produire toutes les pièces en relation avec le litige, quelle que soit sa nature (contrats, accords, emails, notes de services, bulletins de paie) ou sa teneur (favorable ou défavorable à la partie détenant les documents). Les informations considérées comme confidentielles sont, elles, écartées du spectre très large de la *discovery*, ainsi que les échanges entre l'avocat et son client. La *discovery* est présente à tous les stades de la *class action* (précertification, certification...) sans être toutefois propre à ce type d'action.

Concrètement, les parties peuvent demander la production de documents, l'organisation de dépositions (des parties, de témoins, d'experts...) ou encore formuler des requêtes en admission afin que le défendeur, notamment, acquiesce à la véracité d'un fait. Au final, la *discovery* permettra à une partie de disposer d'informations détenues par son adversaire et qui pourront soutenir ses prétentions.

La *discovery* pèse sur la durée et le coût de la procédure, les parties devant engager des moyens humains, techniques et donc financiers importants pour réunir les documents (pour la partie détenant les informations) ou les traiter (pour la partie recevant les informations). Elle impacte donc de manière importante le traitement des litiges. Ainsi que le souligne un juge de la Cour Suprême aux États-Unis, « *la discovery et les processus judiciaires qui traitent la "discovery" prennent du temps, sont chers, et les coûts et délai, ou la menace des coûts et délai, peuvent, eux, inciter les parties à transiger les disputes sous-jacentes* » (Breyer J., *dissenting, Intel v. Advanced Micro Devices*, 542 U.S. 241, 268 (2004)).

comme, par exemple, la discrimination syndicale. Autre changement important, l'action sera désormais introduite devant le tribunal de grande instance, donc devant un juge professionnel. Enfin, troisième point positif, la loi prévoit une phase préalable de négociation. Ainsi, à partir du moment où l'employeur aura reçu la mise en demeure, il pourra discuter avec ses organisations syndicales de l'existence ou non d'une discrimination collective et tenter de trouver par la voie du dialogue les mesures appropriées pour y mettre fin et ce avant que soit donnée une publicité à cette action. En revanche, le dispositif est critiquable en ce qu'il pourra y avoir trois, quatre, cinq groupes d'actions puisque la saisine du juge au titre de l'action de groupe interrompt la prescription. Les salariés qui ne se sont pas joints à l'action auront une deuxième chance si le jugement est favorable à ceux qui ont agi les premiers. On risque donc d'avoir des décisions successives, pour des groupes successifs.



Autre changement important, l'action sera introduite devant le tribunal de grande instance, donc devant un juge professionnel

Quelle est l'étendue de la réparation du préjudice par l'action de groupe en matière de discrimination ?

Y. T et G. R. : Si le texte (et notamment l'article L. 1134-8) a connu plusieurs évolutions à l'occasion des diverses navettes parlementaires, le projet de loi prévoyait déjà que seuls les préjudices « nés après la réception de la demande prévue à l'article L. 1134-9 peuvent être réparés » (Projet de loi portant application des mesures relatives à la justice du *xx^e* siècle). La version finale du texte, tel qu'adopté par l'Assemblée nationale, prévoit que « Sauf en ce qui concerne les candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation, sont seuls indemnisables dans le cadre de l'action de groupe les préjudices nés après la réception de la demande mentionnée à l'article L. 1134-9. » (Texte adopté en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 12 octobre 2016). La volonté du législateur semble donc de limiter l'éventuelle indemnisation de la discrimination, à l'occasion d'une action de groupe,

aux seuls préjudices nés après la demande de faire cesser la situation de discrimination collective alléguée. Le rapport de Monsieur Yves Détraigne déposé le 21 septembre 2016 au Sénat à l'occasion de la seconde lecture du texte indique à cet égard que : « D'autre part, et surtout, le texte initial, auquel nos collègues députés sont également revenus sur ce point, dispose que cette action de groupe a non seulement une vocation de cessation du manquement, mais aussi une vocation indemnitaire pour les salariés ou les candidats. Toutefois, cette action ne peut permettre que l'indemnisation du préjudice résultant de la

discrimination à compter de la réception de la demande de cessation du manquement adressée à l'employeur par

l'organisation syndicale. Si le salarié souhaite une réparation intégrale de son préjudice, il devra ensuite saisir le conseil de prud'hommes, car l'action de groupe relève de la compétence du tribunal de grande instance (TGI). Cette indemnisation partielle complexifie à l'évidence la procédure pour les salariés concernés, à l'excès selon votre rapporteur, d'autant que les montants concernés seront nécessairement limités devant le TGI, car portant sur une courte période et que le conseil de prud'hommes pourrait faire une appréciation ultérieure différente de celle du TGI, alors que le préjudice est de même nature et repose sur le même manquement. » L'étude d'impact corrobore une telle analyse : « Dans le champ du travail, c'est-à-dire lorsque l'action est dirigée contre un employeur, qu'il soit public ou privé, celle-ci doit tendre essentiellement à la recherche d'un diagnostic commun des partenaires sociaux en vue de la cessation du manquement. Il s'ensuit que si le juge retient la responsabilité de l'employeur, sont seuls indemnisables, dans cette hypothèse, les préjudices subis à compter de la demande adressée à l'employeur tendant à faire cesser la discrimination collective. » ■

Propos recueillis par Françoise Champeaux et Sabine Izard

Semaine Sociale Lamy

■ P-DG Wolters Kluwer France - Directeur de la publication Hubert Chemla ■ Directrice de l'Infocentre droit social Sylvie Duras ■ Rédactrice en chef Françoise Champeaux - Case postale 702 - francoise.champeaux@wolterskluwer.com ■ Chef de rubrique Sabine Izard - Case postale 702 - sabine.izard@wolterskluwer.com ■ Secrétaire de rédaction Carole Rebillat Lasinski - Case postale 702 - carole.lasinski@wolterskluwer.com - Tél. 01 85 58 32 73 ■ Fax 01 82 51 01 56 ■ Internet : www.wk-rh.fr - www.lamyline.fr ■ Édité par Wolters Kluwer France - 14, rue Fructidor - 75814 Paris Cedex 17 ■ SAS au capital de 155 000 000 € ■ Associé unique Holding Wolters Kluwer France ■ CPPAP 0218 T 82710 ■ RCS Paris 480 081 306 ■ Siret 480 081 306 00130 ■ TVA FR 55 480 081 306 ■ APE 5814 Z ■ Abonnement annuel 567,67 € TTC ■ Prix du numéro 45,89 € TTC ■ Prix des reliures 33,69 € TTC ■ Périodicité hebdomadaire ■ Dépôt légal à parution ■ ISSN 0223-4637 ■ Imprimerie Champagne (Langres 52) ■ Service clients : contact@wkf.fr : **0 825 08 08 00** Service 0,15 € / min + prix appel

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'existence d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France - Direction commerciale.