

**Actions collectives :
un défi à la déontologie**

Jean-Pierre Buyle

*avocat au barreau de Bruxelles
maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles*

Dans ce rapport, nous étudierons les principes juridiques applicables à la *class action* américaine (I) et à l'action d'intérêt collectif au regard du droit belge (II).

Nous examinerons aussi comment ces actions se concilient avec les obligations déontologiques de l'avocat aux États-Unis et en Belgique (III).

I. LA CLASS ACTION AMERICAINE

Après avoir défini l'action collective américaine (A), nous aborderons le régime juridique applicable (B).

A. DEFINITION ET APERCU

La *class action* américaine est « une action introduite par un représentant pour le compte de toute une classe de personnes ayant des droits identiques ou similaires qui aboutit au prononcé d'un jugement ayant autorité de chose jugée à l'égard de tous les membres de la classe »¹.

D'un point de vue historique, l'origine de la *class action* se trouve dans le *Bill of Peace* anglais, procédure d'*Equity* destinée à permettre de juger des affaires où la multiplicité des parties rend la jonction des causes impossibles². Son développement dans le droit moderne anglais a cependant été bloqué par une décision qui jugea que la communauté d'intérêts des membres de la classe exigée pour qu'une telle action soit recevable n'existait pas lorsque cette action tendait à l'obtention de dommages-intérêts puisque ces membres pouvaient avoir des droits à des indemnités différentes³.

Aux Etats-Unis, la *class action* va, au contraire, connaître un essor plus favorable. La procédure de la *class action* fait tout d'abord l'objet d'une codification dans les *Equity Rules* de 1912⁴, puis est finalement contenue dès 1938 dans la *Rule 23* de la procédure civile fédérale, règle qui permet l'utilisation de la *class action* aussi bien pour l'obtention de dommages-intérêts que pour le prononcé d'injonction⁵. Mais cette règle différencie trois types de *class actions* différentes, et cette distinction était d'une utilisation difficile⁶. Aussi, la *Rule 23* subit une modification fondamentale en 1966 et c'est d'ailleurs à partir de cette époque que la *class action* prit son véritable envol aux Etats-Unis⁷.

¹ L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Bibliothèque de droit privé, T. 278, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 359.

² MARCIN, *Searching for the origin of the class action*, 23 *Cath. U.L. Rev.* 515 (1974).

³ *Markt v. Knight Steamship Lines* (1910), 2 K.B. 1021.

⁴ *Rule 38* : « Lorsque la question posée à la Cour est d'intérêt collectif ou commun pour des personnes constituant une classe si nombreuse qu'il est impraticable de les citer toutes, l'une d'elle au moins peut poursuivre ou être poursuivie au nom de l'ensemble » (traduction issue de F. CABALLERO, « Plaidons par procureur », *Rev.t.dt.civil.*, 1985, p. 262).

⁵ L. BORE, *o.c.*, p. 359.

⁶ En effet, cette règle reposait sur la distinction entre la vraie (*true*), l'hybride (*hybrid*) et la fausse (*spurious*) *class action*. (F. CABALLERO, *o.c.*, p. 262).

⁷ Certains auteurs estiment que le véritable essor de la *class action* aux Etats-Unis est plus le fruit de l'évolution de la situation économique et sociale du pays que de la révision même de la *Rule 23*. Voy. en ce sens A. MILLER, « Of Frankestein monsters and shining knights : myth, reality and the class action problem », 92 *H.L.R.* 664 (1979).

Toutefois, cet essor fut freiné, d'abord en 1969 puis en 1973, par deux jugements de la Cour suprême des Etats-Unis qui décidèrent que l'on ne pouvait pas additionner le montant des demandes individuelles des membres de la classe pour franchir le seuil de compétence fédérale de 10.000 \$⁸ et que chacune des demandes individuelles devait dépasser cette somme pour que les juridictions fédérales soient compétentes⁹. En effet, cela eut pour conséquence de bloquer pratiquement toute *class actions* visant à l'obtention de dommages-intérêts au niveau fédéral¹⁰.

En revanche, ces deux décisions de la Cour suprême encouragèrent le développement de la *class action* au sein des Etats fédérés, et aujourd'hui, tous ces Etats, à l'exception de la Virginie et du Mississippi, ont adopté une loi instituant la *class action* devant leur tribunal¹¹. Un jugement ultérieur de la Cour suprême alla encore plus loin dans l'encouragement en permettant aux juridictions d'un Etat fédéré de juger une *class action* comprenant des personnes relevant de la juridiction d'autres Etats¹².

Une telle politique jurisprudentielle se justifie par la volonté de désengorger les juridictions fédérales, mais il n'en reste pas moins que ces dernières disposent généralement de plus de moyens pour juger ce type d'actions que celles des Etats fédérés. De toute façon, les juridictions fédérales restent exclusivement compétentes pour juger les questions de droit fédéral¹³.

D'un point de vue pratique, la *class action* américaine remplit trois fonctions importantes qui sont perçues comme autant d'avantages par rapport à l'action individuelle¹⁴ :

1) une économie de temps et de travail tant pour l'appareil judiciaire que pour les parties. En effet, la *class action* permet d'éviter qu'une multiplicité de litiges

⁸ *Sydnor v. Harris*, 394 U.S. 332 (United States Supreme Court 1969).

⁹ *Zahn v. International Paper Co.*, 414 U.S. 292 (United States Supreme Court 1973).

¹⁰ Les *class actions* fédérales chutèrent de 3.061 actions engagées en 1975 à 1.023 en 1983 et 930 en 1991. (*Reports of the proceedings of the judicial conference of the United States*, Administrative office of the United States courts 1983 et 1991). Cependant, les chiffres les plus récents témoignent d'une remontée croissante du nombre de class actions fédérales depuis l'année 1996 où 1356 class actions furent recensées contre 3092 fin 2001 (Source : www.classactionreports.com/classactionreports/stats2.htm).

¹¹ L. BORE, *o.c.*, p. 360 ; Voy. T. DICKERSON, *Class actions : The law of 50 states*, Law Journal Seminars-Press, 1992.

¹² *Phillips Petroleum Co. V. Shutts*, 472 U.S. 797 (United States Supreme Court 1985).

¹³ L. BORE, *o.c.*, p. 360 ; Voy. aussi N. WILLIAMS, *Mass tort class actions : going, going, gone ?*, 98 F.R.D. 323 (1983).

¹⁴ C.A. GROENENDIJK, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1981, p. 327.

individuels, dont l'objet et la cause sont identiques, soient introduits, et prévient également l'apparition de décisions contradictoires résultant de procès successifs ;

2) la création d'une possibilité de jugement pour des gens qui isolément ne verraient pas l'utilité d'introduire une action individuelle ou qui individuellement n'en auraient pas les moyens financiers ;

3) un élément de dissuasion efficace par rapport à l'adversaire de la classe. La *class action* empêche, en effet, que de trop nombreuses violations, relativement minimes pour chaque individu mais diffusées sur un très grand nombre, demeurent à l'abri d'une éventuelle sanction¹⁵.

En raison de ses prérogatives avantageuses, la *class action* fut et est encore utilisée au profit des groupes les plus divers : consommateurs, usagers de services publics, salariés, victimes d'accidents de masses ou de nuisances, groupes ethniques ou minorités, détenus d'une prison, écoliers, ...¹⁶

Elle connut d'ailleurs ses succès les plus retentissants dans des actions visant à obtenir des injonctions au profit de minorités (noirs, immigrés, femmes, ...) et s'avéra être un instrument particulièrement efficace en faveur du mouvement de défense des droits civiques¹⁷.

De nos jours, la *class action* est plutôt perçue par ses défenseurs comme un des seuls moyens laissés aux individus pour lutter contre les injustices et les dérives occasionnées par de puissantes et riches sociétés ou institutions¹⁸, tandis que ses détracteurs mettent en évidence l'aspect coûteux et relativement long d'une telle procédure pour la partie défenderesse, ainsi que son caractère lucratif pour les avocats, souvent pointés comme les seuls bénéficiaires¹⁹.

¹⁵ O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux, transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bibliothèque de la faculté de droit de l'UCL, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 937.

¹⁶ Pour une liste détaillée et actualisée des différents cas pouvant donner lieu à une *class action* voy. notamment <http://www.bigclassaction.com>

¹⁷ En effet, selon une statistique fédérale établie en 1976, les actions en matière de droits civiques représentaient 59,7 % du total des *class actions* (*Administrative offices of the United States Courts*, 1976, *Semi-annual Report*).

¹⁸ Ainsi, selon William O. DOUGLAS, ancien juge à la Cour suprême des Etats-Unis, "*The class action is one of the few legal remedies the small claimant has against those who command the status-quo*" (source : www.lieffcabraser.com/about.htm).

¹⁹ J.H. SHENEFIELD et J. GORDON COONEY Jr., "Class actions in the United States", *Revue des affaires européennes*, 1994, n° 4, p. 115 ; Les mêmes critiques sont formulées à l'encontre des avocats depuis la fin des années 1960, notamment suite au célèbre *Playboy* casé où une *class action* fut engagée par un avocat californien au nom des 460 000 membres

B. REGIME APPLICABLE

Pour décrire le régime applicable à la *class action* américaine, nous nous fonderons essentiellement sur la *Rule 23* des *Federal Rules of Civil Procedures*, mais nous ferons également référence à des décisions émanant des juridictions fédérées étant donné l'importance pratique que prennent celles-ci dans cette matière, et le fait que la majorité des législations des Etats fédérés s'inspirent directement de la *Rule 23*²⁰.

Dans un premier temps, nous nous intéresserons aux conditions de recevabilité de la *class action* (1), pour finalement examiner les règles de procédure et de jugement qui lui sont spécifiques (2).

1. RECEVABILITE DE LA CLASS ACTION

La *class action* est une action qui tend à obtenir le prononcé d'un jugement qui aura autorité de chose jugée à l'égard de tous les membres d'un groupe qui peut compter des milliers voire des millions de personnes dans certains cas. Une action d'une telle ampleur ne peut donc être engagée que si elle répond à un certain nombre de conditions²¹.

A cet effet, la *Rule 23* fait débiter toute *class action* par une *procédure de certification* au cours de laquelle une partie au litige demande au juge à être *pouvoir certifiée* comme représentante de l'ensemble des personnes placées dans la même situation. Cette certification, qui servira également à définir les contours de la classe, ne sera accordée que si elle satisfait à certaines conditions. Parmi ces conditions, trois sont tirées du texte de la *Rule 23*²² et la jurisprudence est venue en ajouter deux supplémentaires.

du *Playboy Club* suite à la rupture unilatérale du contrat liant le Club à sa clientèle. Cette action déboucha sur une transaction dans laquelle l'avocat perçu des honoraires de 275.000 \$ tandis que les membres du groupe n'ont eu droit qu'à un crédit de quelques dollars sur les consommations prises dans les Clubs *Playboy* (*Grossman v. Playboy Clubs Int'l*, -Inc. Civ. n° 882939 (L.A. Super. Ct.).

²⁰ L. BORE, *o.c.*, p.360 ; O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 907 et note (1) qui précise que « de nombreuses lois étatiques s'inspirent du texte de cette disposition pour régir la *class action* dans les juridictions de l'Etat fédéré. Lorsque tel est le cas, les interprétations données de la règle fédérale peuvent être prises en compte afin d'influencer l'interprétation des règles étatiques au libellé semblable » voy. notamment V. DICKERSON, *o.c.* ; pour un exemple d'interprétation voy. *Morgan v. Deere Credit, Inc.*, *Tex. App.-Hous.* (14 Dist.) 1994, 889 S.W. 2d 360.

²¹ L. BORE, *o.c.*, p. 361.

²² Les conditions posées dans la *Rule 23* sont souvent reprises dans les lois des Etats fédérés.

1.1. Conditions issues de la *Rule 23*

Les conditions générales (*prerequisites*) que toute *class action* doit remplir pour pouvoir être admise se trouvent au point (a) de la *Rule 23*. Ainsi, la *class action* ne doit être admise qu'à titre subsidiaire ; les membres de la classe doivent se trouver face à des questions de fait ou de droit communes et la situation du représentant de la classe doit à cet égard être typique ; enfin, la représentation doit présenter un caractère équitable et adéquat.

Ces conditions sont, on le verra, formulées en des termes assez souples et laissent une large place à la libre appréciation des juges, pour qu'ils puissent rendre à chaque fois des jugements non pas répétitifs mais élaborés sur mesure²³.

1.1.1. Caractère subsidiaire de la *class action*

Une *class action* ne sera admise que lorsque la jonction des actions individuelles de chacun des membres de la classe apparaîtrait impossible²⁴.

Cette exigence ne présente toutefois pas un caractère absolu, car il suffit, en réalité, que la jonction des affaires individuelles soit « *excessivement difficile* » à pratiquer²⁵. En général, les critères pris en compte pour l'appréciation de cette exigence sont le nombre des membres potentiels de la classe²⁶, l'éloignement géographique des membres de la classe²⁷, et une charge excessive imposée à l'appareil judiciaire qui rendrait la *class action* ingérable²⁸.

Le caractère subsidiaire de la *class action* s'apprécie également par rapport à l'alternative du test case (action individuelle). Ainsi, la *class action* ne sera

²³ L. BORE, *o.c.*, p. 368.

²⁴ «The class is so numerous that joinder of all members is impracticable» (Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedures).

²⁵ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 910.

²⁶ Sur ce point, il n'existe pas de jurisprudence constante. Ainsi, les tribunaux américains ont accepté de juger des *class actions* dont le groupe comportait 5 ou 16 millions de personnes, mais ils ont aussi refusé de le faire pour des groupes de 60 millions ou de 700.000 personnes. Voy pour exemples : *Lazar v. Hertz Corp.*, 191 Cal. Rptr. 849 (California Court of Appeal 1983); *Feldman v. Quick quality Restaurants Inc.*, N.Y.L.J., 22 juil. 1983, p. 12 (New York Supreme Court 1983); *Boshes v. General Motors Corp.*, 59 F.R.D. 589 (Northern District Court of Illinois); *Reader v. Magna-Superior Copper Co.*, 515 P. 2d 860 (Arizona Supreme Court 1973).

²⁷ Pour un exemple voy. *Murillo v. Musegades*, 809 F. Supp. 348 (W.D.Tex. 1992) ; *Lewis v. National Football League*, 146 F.R.D. 5 (D.D.C. 1992).

²⁸ Pour un exemple voy. *State of Minnesota v. United States Steel Corp.*, 44 F.R.D. 559, 566 (D. Minn., 1968).

accordée que si elle est préférable au test case. En effet, si les personnes ayant des droits identiques ou similaires étaient peu nombreuses, la procédure classique de jonction des actions connexes suffirait pour les juger de façon efficace, et cette procédure serait préférable à la *class action*, car chaque demandeur serait personnellement partie à l'instance et exercerait un contrôle direct sur celle-ci²⁹.

1.1.2. Exigence de « *commonality* » et de « *typicality* »

La condition suivante imposée par la *Rule 23* contient en fait deux pré-requis qui doivent être analysés ensemble par le juge³⁰. Il s'agit des exigences de « *commonality* » (*commonality requirement*) et de « *typicality* » (*typicality requirement*).

La « *commonality* » exige qu'il existe des questions de fait ou de droit communes à la classe dans son ensemble³¹. En effet, le recours à une *class action* ne se justifie que s'il existe un lien de connexité entre les prétentions des membres du groupe.

En général, cette condition suppose que l'ensemble des membres de la classe aient à faire à un adversaire commun, sous réserve de l'hypothèse où des adversaires différents se rendraient coupables de pratiques concertées où appliqueraient un même règlement qui est l'objet de la contestation.

Pour l'appréciation de ce pré-requis, le juge doit souvent anticiper sur l'effet du jugement afin de déterminer avec précision l'identité des personnes que le jugement, favorable ou défavorable, affectera³².

Cette exigence a été admise dans des matières aussi diverses que la violation des libertés publiques³³, l'atteinte à la vie privée³⁴ ou l'inexécution contractuelle³⁵, ...

²⁹ L. BORE, *o.c.*, p. 361.

³⁰ Selon la cour de district du District of Columbia, «l'exigence de "typicality" et celle de "commonality" tendent à se confondre» (*Gonzales v. Brady*, 136 F.R.D. 329, 334 (D.D.C. 1991)).

³¹ «There are questions of law or fact common to the class» (Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedures).

³² O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 911.

³³ *Mitchem v. Melton*, 227 S.E. 2d 895 (West Virginia Supreme Court 1981).

³⁴ *Vinci v. American Can Co.*, 459 N.E. 2d 507 (Ohio State Court 1984).

³⁵ *Trapp v. Madera Pacific Inc.*, 390 N.E. 2d 558 (South Dakota Supreme Court 1986).

La « *typicalité* » est la condition suivant laquelle les demandes ou les défenses du représentant doivent être typiques de la classe dans son ensemble³⁶.

En principe, un seul représentant suffit, mais celui-ci doit exercer une action identique ou très proche de celles qui seraient exercées par les autres membres du groupe si ceux-ci avaient saisi la justice³⁷. Cela suppose donc que le représentant soit titulaire d'une action individuelle et que cette action soit déclarée recevable³⁸.

Cette condition a pour objectif de garantir aux membres du groupe que leur représentant agira tant dans son intérêt que dans celui du groupe, ceux-ci étant indissociables, et que les arguments qu'il fera valoir profiteront à tous. Cependant, cette identité d'intérêts ne doit pas être absolue et il suffit en principe qu'il n'y ait pas d'opposition d'intérêts entre le représentant et le groupe³⁹.

L'exigence de « *typicalité* » est intrinsèquement liée à celle de « *commonality* ». En effet, si l'ensemble de la classe se trouve face à des questions de droit ou de fait communes, ses membres recourront en principe aux mêmes stratégies dans leur demandes ou leurs défenses. Dès lors, il est évident que les deux conditions doivent être examinées ensemble.

Ce lien se justifie d'autant plus que c'est en fonction de la cause de la demande que l'exigence de « *typicalité* » sera vérifiée⁴⁰. Par exemple, l'appartenance ethnique ou sexuelle sont retenus comme critères pertinents en vue d'obtenir une certification comme représentant lorsque l'action est dirigée contre un employeur accusé de discrimination raciale ou sexuelle⁴¹.

Un lien semblable existe également entre la cause de la demande et l'exigence de « *commonality* » qui doit être comprise non pas comme une exigence

d'identité entre les membres de la classe⁴², mais comme requérant que les questions communes unissant les membres de la classe les uns aux autres soient reliées de manière substantielle à la résolution du litige⁴³.

1.1.3. Représentation équitable et adéquate

Le dernier pré-requis inscrit à la *Rule 23* exige que le représentant assure de manière appropriée la défense des intérêts de l'ensemble de la classe⁴⁴.

Cette règle présume que le plaignant représentatif ou ses conseils conduiront le litige avec compétence et l'intention réelle d'aboutir⁴⁵. A cet égard, la jurisprudence considère habituellement que l'expérience du conseil du plaignant représentatif en matière de *class action* et la compétence qui lui est reconnue dans le droit substantiel en cause dans l'affaire constituent des indices permettant de rencontrer cette exigence⁴⁶.

La jurisprudence a parfois souligné le lien entre ce dernier pré-requis et l'exigence de « *typicalité* » dont il est fait état ci-dessus⁴⁷. En effet, ces deux conditions visent à empêcher un éventuel conflit entre l'intérêt du représentant et celui de l'ensemble de la classe.

En réalité, cette règle n'est pas très exigeante. Ainsi, la jurisprudence n'exige généralement de la part du représentant qu'un investissement minimal dans l'affaire et pas spécifiquement que celui-ci ait une bonne connaissance de l'affaire⁴⁸.

⁴² "The requirement of commonality does not require that every question or fact or law be common to every member of the class" (O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 912).

⁴³ "the requirement of commonality requires that the common questions be substantially related to the resolution of the litigation" (O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 912).

⁴⁴ "The representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class" (Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedures).

⁴⁵ "Will competently and vigorously prosecute the lawsuit" (O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 913).

⁴⁶ Voy. notamment *Walsh v. Pittsburgh Press Co.*, 160 F.R.D. 527 (W.D.Pa 1994) ; *Johnson v. Shreveport Garment Co.*, 422 F. Supp. 526 (Western District Court of Louisiana) ; *Levine v. Berg*, 79 F.R.D. 95 (Southern District Court of New York 1978) ; "En pratique, avant de se prononcer sur la recevabilité de la *class action*, le juge tient une audience au cours de laquelle le défendeur et son avocat interrogent longuement le demandeur pour démontrer qu'il ne peut représenter correctement le groupe" (L. BORE, *o.c.*, p. 369).

⁴⁷ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 913.

⁴⁸ Voy. *Rand v. Mosanto Co.*, C.A.7 (III) 1991, 926 F.2d 596 (7th Cir., 1991).

³⁶ "The claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class" (Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedures).

³⁷ L. BORE, *o.c.*, p. 368.

³⁸ Voy. notamment *Adams v. Pipeliners Union*, 699 P. 2d 343 (Alaska Supreme Court 1985), *Fetterman v. University of Connecticut*, 559 A. 2d 246 (Connecticut Court of Errors 1988).

³⁹ L. BORE, *o.c.*, p. 369 ; *oulette v. International Paper Co.*, 86 F.R.D. 476 (District Court of Vermont 1980).

⁴⁰ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 912 ; Voy. aussi H.M. DOWNS, "Federal Class Actions : Due Process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of *Genreal Telephone v. Falcon*", 54 *Ohio St. L.J.* 607 (1993).

⁴¹ Voy. notamment *Comp International Woodworkers of America*, AFL-CIO, CLC v. *Chesapeake Bay Plywood Corp.*, C.A. Md. 1981, 659 F.2d 1259 (4th Cir., 1981) et *Tucker v. Union Underwear Corp., Inc.*, 144 F.R.D. 325 (W.D. Ky. 1992).

L'exigence la plus rigoureuse pour le représentant reste toutefois d'accepter et d'être capable de payer les frais de procédure de la *class action*, ceux-ci pouvant s'avérer très élevés en cas de notification notamment. Mais il est tout à fait concevable qu'une organisation finance une procédure où les représentants de la classe n'apparaissent que comme simples figurants (*figureheads*)⁴⁹. Une pratique s'est même développée dans laquelle l'avocat du représentant lui avance les fonds nécessaires, lui permettant d'être déclaré solvable, à charge pour lui de la rembourser qu'il remporte ou non le procès⁵⁰.

En définitive, ce qui est déterminant en la matière est moins l'apparence ou la forme de la représentation que sa réalité, à savoir l'absence de conflit d'intérêts.

Afin de cerner avec plus de précision l'exigence de représentation équitable et adéquate, la jurisprudence trace également un lien entre cette exigence et le caractère étendu qui s'attache à l'autorité de chose jugée d'un jugement prononcé dans le cadre d'une *class action*. En effet, une des particularités de la *class action* est de permettre à un individu de conduire un litige dont le résultat sera opposable ou pourra bénéficier à tous les membres de la classe qu'il représente. Ceux-ci devenant parties au litige, l'autorité de chose jugée qui s'attache au jugement empêchera qu'ils introduisent une nouvelle demande en leur nom propre sous forme de *test case*. Dans cette optique, l'exigence de représentation équitable et adéquate s'impose également comme une conséquence du respect dû aux droits de la défense⁵¹.

1.2. Conditions issues de la jurisprudence

1.2.1. Définition de la classe quant à ses frontières

Afin de juger de la recevabilité d'une *class action*, les cours et tribunaux américains exigent en principe que la classe soit susceptible d'une définition suffisamment précise quant à sa composition. Cette condition supplémentaire s'explique également par l'autorité de chose jugée étendue qui s'attache au jugement rendu dans le cadre d'une telle action (voir *supra*). En effet, une définition suffisamment précise s'impose afin que les personnes à l'égard de qui

⁴⁹ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 914 ; Voy. également *Lewis v. National Football League*, 146 F.R.D. 5, 10 (D.D.C. 1992).

⁵⁰ L. BORE, *o.c.*, p. 370 ; Voy. aussi Section 1.8(e) of the American Bar Association Model Rules of Professional Conduct.

⁵¹ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 914 ; Voy. également *Siegel v. Realty Equities Corp. Of New York*, D.C.N.Y. 1972, 54 F.R.D. 420 (1972) ; *Albertson's Inc. V. Amalgamated Sugar Co.*, C.A. Utah 1974, 503 F.2d 459 (10th Cir., 1974) ; *Issen v. GSC Enterprises, Inc.*, D.C. III 1981, 508 F.Supp. 1278 (1981).

le jugement se voit reconnaître pareille autorité puissent être identifiées avec la précision requise⁵².

La précision avec laquelle la classe doit être définie varie en fonction de l'évolution du litige. Ainsi, il n'est pas exigé d'identification individuelle de tous les membres de la classe dès le début du litige. L'essentiel est qu'il soit possible de se prononcer, *a posteriori*, sur l'appartenance de tel ou tel individu à la classe, soit pour opposer l'exception de chose jugée à la réitération de sa demande individuelle, soit pour justifier que le premier jugement rendu sur la *class action* énonce, à son égard, ce qui devrait être considéré comme la vérité légale et vaille pour lui titre exécutoire⁵³.

Dans l'hypothèse où la classe doit être définie à partir d'une situation dont l'illégalité est dénoncée, il est possible d'avoir à faire à une classe « mouvante » pouvant comprendre aussi bien les victimes actuelles que les victimes potentielles ou futures. Par exemple, lorsqu'une *class action* tend à faire constater que les conditions de détention dans un établissement pénitentiaires sont constitutives de traitements inhumains ou dégradants, la classe pourra être constituée de l'ensemble des détenus, présents et à venir⁵⁴. Dans un tel cas, l'exigence de subsidiarité inscrite à la *Rule 23* se trouve également vérifiée, car une jonction des actions individuelles se prêterait mal à la modification que ne cesse de subir la composition de la classe.⁵⁵

1.2.2. Le plaignant représentatif doit être membre de la classe

La dernière condition issue de la jurisprudence exige que la partie qui demande la certification comme représentant en soit effectivement membre⁵⁶. Cette condition est appréciée au moment où la certification est accordée ou refusée par

⁵² O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 915.

⁵³ *Ibid.*, p. 915 ; Voy. aussi notamment *Carpenter v. Davis*, 424 F.2d 257 (5th Cir. 1970) ; *Berman v. Narragansett Racing Association Inc.*, 414 F.2d 311 (1st Cir. 1969) ; *Rodger v. Electronic Data Systems Corp.*, 160 F.R.D. 532 (E.D.N.C. 1995).

⁵⁴ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 916 ; Voy. *Rentschler v. Carnahan*, 160 F.R.D. 114 (E.D. Mo. 1995) ; *Hiatt v. County of Adams, Ohio*, 155 F.R.D. 605 (S.D. Ohio, 1994).

⁵⁵ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 916 ; Voy. notamment *Ray M. by Juana D. v. Board of Educ. Of City School District of City of New York*, 884 F. Supp. 696 (E.D.N.Y. 1995) et *Hiatt v. County of Adams, Ohio*, 155 F.R.D. 605 (S.S. Ohio, 1994).

⁵⁶ Voy. notamment *Greene v. Brown*, 451 F. Supp. 1266 (1976) ; *Alexander v. Yale University*, C.A. Conn. 1980, 631 F.2d 178 (2d Cir., 1980) ; *Bishop v. Committee on Professional Ethics and Conduct of Iowa State Bar Association*, Iowa 1982, 686 F. 2d 1278 (8th Cir., 1982) ; *Powell v. National Football League*, 711 F. Supp. 959, 966 (D. Minn. 1989) ; *In re Worker's Compensation*, 130 F.R.D. 99, 103 (D. Minn. 1990) ; *Gonzales v. Brady*, D.D.C. 1991, 136 F.R.D. 329 (1991).

la juridiction devant qui la *class action* est introduite. Si après la certification de la classe, il apparaît que le représentant, en raison de sa situation personnelle, n'a plus d'intérêt à agir, l'action pourra néanmoins donner lieu à un jugement tant que les autres membres de la classe conserveront un intérêt à ce qu'il soit statué sur le fond de la prétention émise⁵⁷. Cette règle jurisprudentielle repose sur l'idée que la classe acquiert un intérêt propre et distinct de celui du plaignant représentatif dès le moment où la certification est accordée⁵⁸. En d'autres termes, la classe acquiert, pour le temps limité du procès et dans les bornes étroites de sa spécialité que viennent définir l'objet et la cause de la demande introduite pour son compte, la qualité de sujet de droit⁵⁹.

2. PROCÉDURE ET JUGEMENT DE LA CLASS ACTION

2.1. La procédure de notification

1. Une fois la certification accordée et la *class action* déclarée recevable par le juge, le contrôle judiciaire se poursuit avec la *procédure de notification*. Cette dernière consiste pour le représentant de la classe à informer les membres de celle-ci de l'existence de l'action afin que ces derniers puissent, s'ils le souhaitent, s'exclure du groupe (« *opt-out* ») ou intervenir à l'instance en prenant un avocat⁶⁰. Une telle procédure n'est exigée que pour une certaine forme de *class action* dite « *non-obligatoire* » (*non-mandatory*), par opposition à « *l'obligatoire* » (*mandatory*), pour laquelle aucune notification n'est requise et aucune possibilité d'exclusion pour les membres n'est permise, sous réserve bien entendu de dérogations éventuelles au niveau des Etats fédérés⁶¹.

2. La distinction entre ces deux formes de *class action* est établie par la *Rule 23* (b) qui prévoit toute une série d'hypothèses dans lesquelles la notification est ou non obligatoire.

⁵⁷ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 917 ; Voy. aussi M.K. KANE, "Standing Mootness, and Federal Rule 23 - Balancing Perspectives", 26 *Buff. L. Rev.* 83 (1976) ; C.J. BEYSSELANCE, "Certification of class actions on appeal : considerations of mootness and the typicality of the plaintiff's claims", 56 *Tulane L. Rev.*, 1331 (1982) ; J. BURNS, "Standing and mootness in class actions : a search for consistency", 22 *U.C. Davis L. Rev.* 1239 (1989).

⁵⁸ "Class of unnamed persons described in certification acquire legal status distinct separate from interest asserted by plaintiff" (*Diduck v. Kaszycki & Sons Contractors, Inc.*, 147 F.R.D. 60 (S.D.N.Y. 1993)).

⁵⁹ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 918.

⁶⁰ L. BORE, *o.c.*, p. 370.

⁶¹ Ainsi, certains Etats fédérés imposent une telle notification dans tous les types de *class actions*, tandis que d'autres ne l'imposent jamais, laissant les juges libres d'apprécier son opportunité (Voy. T. Dickerson, *o.c.*, § 7.02 (2)).

Ainsi, la *class action* adoptera une forme *obligatoire* dans les hypothèses suivantes :

1) lorsqu'une introduction successive d'une multiplicité de litiges individuels risquerait de conduire à des jugements imposant à la partie adverse des comportements contradictoires⁶². Tel sera le cas d'une action qui tend à obtenir une injonction de faire ou de ne pas faire ;

2) lorsque la décision judiciaire sur laquelle pourrait déboucher l'action individuelle produirait des effets à l'égard de parties non représentées à la cause ou affecterait leurs intérêts de façon significative⁶³. Tel sera le cas d'une action en réparation qui aboutit et qui peut avoir comme conséquence l'insolvabilité du débiteur, et ainsi priver les autres membres du groupe de la possibilité effective d'obtenir réparation pour le même fait dommageable ;

3) et enfin, dans l'hypothèse où la partie à laquelle la classe s'oppose se voit reprocher un comportement qui, parce qu'il affecte les membres de la classe dans leur ensemble, est de nature à justifier l'octroi d'un remède à l'échelle de la classe entière⁶⁴.

En revanche, la forme de la *class action* sera *non-obligatoire* lorsque la technique de la *class action* paraît la plus appropriée à l'adjudication du litige en cause, et que le juge, en choisissant d'y recourir, laisse aux membres de la classe désignée la possibilité d'exercer une option de sortie (« *opt-out* »)⁶⁵. Cette forme

⁶² La *Rule 23* prescrit en son point (b)(1)(A) que "An action may be maintained as a class action if (...) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class".

⁶³ La *Rule 23* prescrit en son point (b)(1)(B) que "An action may be maintained as a class action if (...) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the others members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests".

⁶⁴ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 918 ; La *Rule 23* prescrit en son point (b)(2) que "An action may be maintained as a class action if (...) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole".

⁶⁵ La *Rule 23* (b)(3) définit la *class action non-obligatoire* : "The court finds the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include : (A) the interest of the members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions ; (B) the extent and nature of any litigation concerning the

de *class action* vise pour l'essentiel l'hypothèse d'une action tendant à l'obtention de dommages-intérêts.

Au regard de ces différentes hypothèses, on se gardera toutefois d'opposer trop nettement l'une à l'autre les deux formes que peut prendre la *class action*, dans la mesure où il est possible, dans un cas comme dans l'autre, d'avoir affaire à une action en réparation.

En définitive, le choix de la forme est étroitement lié à l'objet de la demande par laquelle s'exerce le droit d'action individuelle. Ainsi, lorsque l'objet de la demande consiste en l'octroi d'un remède qui bénéficiera à la classe entière, la *class action* sera admise sous sa forme « obligatoire » ; au contraire, lorsque l'objet consiste en l'octroi de dommages, dont le montant doit pouvoir être négocié par chacun des membres de la classe envers laquelle la réparation est due, la forme « non-obligatoire » de la *class action* doit être préférée afin de laisser à chacun des membres la possibilité d'exercer son option de sortie (*opt-out*)⁶⁶.

3. La rédaction de la notification doit répondre à certaines conditions sur lesquelles s'exerce en général un contrôle relativement poussé de la part des tribunaux.

Ces conditions sont inscrites à l'alinéa (c)(2) de la *Rule 23* qui exige, dans le cadre d'une *class action* de forme non-obligatoire, que le tribunal adresse aux membres du groupe la notification la mieux adaptée aux circonstances, notamment une notification individuelle à tous les membres qu'un effort raisonnable permet d'identifier. La même règle poursuit en précisant que la notification doit informer chaque membre que le tribunal l'exclura du groupe s'il le demande, que le jugement, qu'il soit ou non favorable, aura autorité sur tous les membres qui n'auront pas demandé à être exclus du groupe et que chaque membre qui reste inclus dans le groupe pourra se faire représenter par un avocat⁶⁷.

class ; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum ; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action".

⁶⁶ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 920 ; Au niveau fédéral, la règle de l'*opt-out* fut préférée à celle de l'*opt-in* encore d'application dans certains Etats-fédérés. Alors que dans l'*opt-out*, les membres sont présumés faire partie du groupe à défaut de s'en exclure ; dans l'*opt-in*, les membres doivent manifester leur acceptation pour faire partie du groupe. (L. BORE, *o.c.*, p. 372-373).

⁶⁷ En effet, selon les termes de la *Rule 23* (c)(2) : "In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court

En pratique, le tribunal exigera également que la notification soit rédigée de la façon la plus claire possible, car elle sera le plus souvent adressée à des personnes qui, pour la plupart, n'ont aucune formation juridique⁶⁸.

4. Le choix d'un mode de notification doit aussi respecter le prescrit de l'alinéa (c)(2) de la *Rule 23*. On exige donc une notification individuelle à tous les membres du groupe qu'un effort suffisant permettra d'identifier. En principe, la notification s'effectue par lettre simple, mais étant donné le coût énorme que peut représenter un tel mode de notification, spécialement si des millions de personnes sont en cause et qu'il est particulièrement difficile de les identifier individuellement, une notification par voie de presse⁶⁹, de radio ou de télévision⁷⁰ peut être accordée par le juge. Il est même arrivé que certains tribunaux ordonnent l'affichage de la notification dans les magasins du défendeur⁷¹ ou son impression sur les boîtes de lait qu'il distribuait⁷², ce qui constituait évidemment une redoutable contre publicité⁷³.

En principe, les coûts de la notification sont supportés par le représentant du groupe, ce qui peut parfois entraîner le désistement de ce dernier si ces coûts s'avèrent prohibitifs⁷⁴. Afin de remédier à ce problème, la cour suprême a parfois accepté qu'une partie des coûts de notification soit supportée par le défendeur⁷⁵. De même, certains Etats fédérés admettent que tout ou partie des

will exclude the member from the class if the member so requests by a specific date ; (B) the judgement, whether favorable or not, will include all members who does not request exclusion ; and (c) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel".

⁶⁸ L. BORE, *o.c.*, p. 371 ; Voy. pour exemple B.C. MOORE Jr., "Maximizing and minimizing the class recovery in the United States", in *Le recours collectif en Ontario et au Québec*, Wilson et Lafleur, 1992, p. 169.

⁶⁹ *Domestic Air Transportation Antitrust Litigation*, 137 F.R.D. 677 (Northern District Court of Georgia 1991).

⁷⁰ *Ellis v. Georgia-Pacific Corp.*, 550 So. 2d 1310 (Louisiana Court of Appeals 1989).

⁷¹ *Feldman v. Quick Quality Restaurant Inc.*, N.Y.L.J., 22 juil. 1983, p. 12 (New York Supreme Court of the County of New York 1983).

⁷² *In re Arizona Dairy Products Litigation*, 2 Trade Cases 60555 (District Court of Arizona 1975).

⁷³ Sur ce point, Voy. notamment *Katz v. Carte Blanche Corporation*, 496 F. 2d 747, 760 (1974), où le test case fut préféré à la class action par le juge en raison du caractère dommageable de la notification pour le défendeur et de l'absence d'avantage clairement identifié dans le chef du demandeur. Dans un tel cas, ceci équivaut à une forme d'abus de droit d'estimer en justice (O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 925).

⁷⁴ Voy. par exemple *Eiser v. Carlisle and Jacquelin*, 417 U.S. 156 (United States Supreme Court 1974).

⁷⁵ *Oppenheimer Fund Inc. v. Sanders*, 437 U.S. 340 (United States Supreme Court).

coûts de la notification pèsent sur le défendeur si le succès au fond de la *class action* paraît probable⁷⁶.

Mis à part le coût de la notification, les tribunaux prendront également en compte, pour choisir le mode de notification le mieux adapté, d'autres critères comme la nature de la condamnation demandée, l'importance des préjudices individuels, les ressources du représentant du groupe⁷⁷, ...

5. Le représentant du groupe peut profiter de la notification pour y inclure la demande que les membres du groupe lui adressent une copie des preuves concernant l'affaire en cause. En effet, le représentant doit réunir les preuves nécessaires afin de démontrer que la *class action* est fondée. La recherche de ces preuves peut être longue, coûteuse, et difficile, ce qui explique que le juge doit vérifier les capacités financières du représentant avant de juger la *class action* recevable (voyez *supra*).

Une fois la notification réalisée, le juge examine le fond de l'affaire dont va évidemment dépendre l'issue de la *class action*⁷⁸.

2. 2. Gestion de la *class action*

Dans la procédure de *class action*, le juge assiste souvent à une confrontation d'intérêts et d'opinions tant entre les membres de la classe représentée qu'entre le représentant et la classe.

Afin de maintenir un équilibre entre ces exigences contradictoires, la Rule 23 fournit aux juges certains instruments lui permettant de gérer les *class actions* efficacement.

Ainsi, si au cours de la procédure, le juge s'aperçoit que certaines questions ne peuvent pas être tranchées de façon uniforme pour tout le groupe, il peut restreindre l'objet de la *class action* aux questions pouvant faire l'objet d'un jugement global⁷⁹. Le juge peut, par exemple, limiter la *class action* à la question de l'existence de la faute ou du fait générateur de responsabilité et

⁷⁶ Voy. *Hoover v. May Department Stores Co.*, 378 N.E. 2d 541 (Illinois Court of Appeal 1978) – *Mountain States v. District Court*, 778 P. 2d 667 (Colorado Supreme Court 1989).

⁷⁷ L. BORE, *o.c.*, p. 372.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 373.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 374 ; Rule 23 (c) (4) (A) : "When appropriate an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues".

renvoyer la question des dommages et des liens de causalité à des actions individuelles engagées par chaque victime⁸⁰.

Il peut également subdiviser le groupe en différentes sous-classes si la différence des situations le justifie⁸¹. Tel sera le cas, par exemple, d'une subdivision utilisée afin de résoudre des problèmes de conflits de lois entre les Etats⁸².

2.3. La transaction et le jugement de la *class action*

1. La très grande majorité des *class actions* engagées se termine par des transactions⁸³. Ce phénomène s'explique tant par la tradition américaine qui utilise très largement la transaction, que par l'importance des condamnations encourues dans le cadre de *class actions* qui constitue une incitation efficace à transiger pour le défendeur⁸⁴.

En pratique, le représentant de la classe ne peut accepter de conclure une transaction avec le défendeur avant d'avoir réuni suffisamment de preuves démontrant la responsabilité du défendeur. En effet, toute transaction ne prend force obligatoire⁸⁵ qu'avec l'approbation du tribunal, qui ne l'autorise que si le représentant du groupe dispose d'éléments suffisants pour vérifier que le groupe représenté n'est pas lésé par cette transaction⁸⁶.

A ce sujet, le rôle joué par le juge dans le contrôle de la transaction a parfois été qualifié de « gardien du groupe ». Celui-ci doit, en effet, veiller à ce que le représentant et son avocat ne concluent pas une transaction à leur seul avantage et au détriment des membres⁸⁷.

⁸⁰ Voy. *Warner v. Waste Management Co.*, 36 N.E. 2d 1091 (Ohio State Court 1988).

⁸¹ Rule 23 (c) (4) (B) : "When appropriate a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provision of this rule shall then be construed and applied accordingly".

⁸² Voy. *School Asbestos Litigation*, 789 F. 2d 996 (Third Circuit Court of Appeals 1986).

⁸³ Voy. en ce sens S.E. Abitenta, *Bifurcation of liability and damages in Rule 23(b)(3) class actions : history, policy, problems, and a solution*, 36 S.L.J. 743 (1982).

⁸⁴ Certains auteurs soutiennent même que la *class action* constitue un moyen de chantage légal ("legalized blackmail") (V.P. HANDLER, *The shift from substantive to procedural innovations in Antitrust suits*, 71 Colum. L.R. 1 (1971)).

⁸⁵ Rule 23 (e) : "A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs".

⁸⁶ L. BORE, *o.c.*, p. 373.

⁸⁷ Voy. Rule 23 (e), *o.c.*

De son côté, l'avocat du défendeur cherchera à obtenir une transaction dès qu'il estime que le représentant du groupe a recueilli suffisamment de preuves pour gagner le procès, et il l'obtiendra souvent s'il propose des conditions suffisamment intéressantes. Le défendeur peut alors s'engager à se soumettre à une injonction⁸⁸, à changer ses méthodes de vente⁸⁹, à verser une somme forfaitaire qui sera ensuite distribuée par le représentant aux membres du groupe⁹⁰, à payer les frais et honoraires de l'avocat du groupe⁹¹, ...

En contrepartie, évidemment, il demandera que les membres du groupe renoncent à toute poursuite contre lui fondée sur l'objet du litige⁹².

Le texte de la transaction doit être notifié à tous les membres de la classe⁹³ par lettre simple, sinon par voie de publication. L'avocat du représentant veillera en principe à rédiger celui-ci en des termes clairs et compréhensibles pour de non-juristes. Il est également indispensable d'y préciser le droit pour les membres de la classe de faire parvenir par écrit au tribunal leurs objections contre le projet de transaction. Ces objections peuvent porter aussi bien sur la procédure que sur le fond du droit⁹⁴ ; elles peuvent critiquer la forme de la notification, le montant des sommes proposées et la manière dont elles seront distribuées⁹⁵, le montant des frais et honoraires versés à l'avocat⁹⁶, ...

Toutes les transactions conclues dans le cadre de *class actions* sont soumises à un contrôle exercé par les tribunaux américains, mais ces derniers ne se montrent cependant pas d'une rigueur excessive, car ils considèrent généralement qu'une transaction vaut en général mieux qu'un procès⁹⁷.

2. Que la fasse l'objet d'un jugement au fond ou d'une transaction, le juge doit toujours se prononcer d'une part sur le mode d'évaluation des dommages-

⁸⁸ *Koolauloa Welfare Rights Group v. Chang*, 652 P. 2d 185 (Hawaii Supreme Court 1982).

⁸⁹ *Waters v. City of Chicago*, 420 N.E. 2d 599 (Illinois Court of Appeals 1981).

⁹⁰ *Agent Orange Product Liability Litigation*, 818 f. 2d 145 (Second Circuit Court of Appeals 1987) où une somme de 180 millions de dollars fut versée.

⁹¹ *Audi Class action Litigation*, Illinois Circuit Court of the Cook County 1988 in B.C. Moore Jr., o.c., 1992.

⁹² L. BORE, o.c., p. 375.

⁹³ Voy. Rule 23 (e), o.c.

⁹⁴ L. BORE, o.c., p. 375.

⁹⁵ *Weinberger v. Kendrick*, 698 F. 2d 61 (Second Circuit Court of Appeals 1983).

⁹⁶ *Geller v. Tabas*, 462 A. 2d 1078 (Delaware Supreme Court 1983).

⁹⁷ *Ibid.*, p. 376 ; En pratique, le juge ne refusera pas son approbation à la transaction au motif que certains membres individuels de la classe s'y opposent ou que certaines clauses de l'accord ne lui paraissent pas pleinement suffisantes. En revanche, il refusera de donner son assentiment s'il estime que les termes de la transaction ne bénéficient pas d'un soutien suffisant parmi les membres de la classe (O. DE SCHUTTER, o.c., p. 934 ; Voy. pour exemple *Flinn v. FMC Corp.*, 528 F.2d 1169, 1173 (4th Cir. 1975) et *Armstrong v. Bd of School Directors*, 616 F. 2d 305, 315 (7th Cir. 1980)).

intérêts, et d'autre part sur le montant des honoraires qui doivent être attribués aux avocats.

3. La question de l'attribution des dommages-intérêts est une question délicate dans le cadre de *class actions* fondées sur des dommages de masse dans la mesure où, même en cas de notification individuelle, il est rare que toutes les victimes soient informées de l'existence de l'action, et où certains d'entre elles peuvent renoncer à réclamer une indemnité étant donné son montant parfois très faible⁹⁸. Dans de pareilles hypothèses, certains tribunaux américains ont estimé qu'il serait anormal de permettre au défendeur de conserver la différence et que celle-ci devait être versée à l'Etat⁹⁹ ou à des organismes de bienfaisance ou d'éducation¹⁰⁰.

4. Dans une action en réparation, il est également possible d'avoir affaire à une classe « mouvante » (voir supra), ce qui a généralement pour conséquence qu'une partie des victimes est inconnue au moment du procès. Pour remédier à cette carence, certains tribunaux américains utilisent un mode révolutionnaire de réparation appelé « *fluid class recovery* »¹⁰¹.

Ce mode de réparation consiste à utiliser une méthode privant le défendeur d'une somme correspondant au montant global des préjudices qu'il a causés au bénéfice d'un groupe dont on suppose qu'il comportera un nombre important de victimes¹⁰². Ainsi, dans une affaire où une compagnie de taxi avait pratiqué une hausse illicite des tarifs, le juge a ordonné une baisse des prix équivalente à la hausse illégale, pendant la même période de temps. De la sorte, le tribunal faisait l'économie du coût important qu'aurait impliqué la recherche de l'identité des personnes qui avaient pris ces taxis pendant la période de hausse des prix, et cette baisse des prix profitait tant aux clients réguliers qui avaient payé ces tarifs exorbitants qu'aux clients futurs qui n'avaient subi aucun dommage¹⁰³.

L'usage d'un tel mode de réparation permet à la *class action* de se démarquer encore plus de la justice individuelle. En effet, la réparation accordée au

⁹⁸ L. BORE, o.c., p. 376.

⁹⁹ *Voy. State of West Virginia v. Chas. Pfizer and Co.*, 314 F. Supp. 710 (Southern District Court of New York 1970).

¹⁰⁰ *Voy. Chicken antitrust Litigation*, 560 F. Supp. 957 (Northern District Court of Georgia 1980) et *Ohio Public Interest Campaign v. Fisher Foods Inc.*, 546 F. Supp. 1 (Northern District Court of Ohio 1982).

¹⁰¹ « Au plan fédéral, après quelques décisions témoignant d'une hostilité à l'encontre de cette forme de réparation, la jurisprudence semble aujourd'hui l'admettre, même si elle privilégie toujours les formes de réparation classiques lorsqu'elles sont possibles » (L. BORE, o.c., p. 377).

¹⁰² L. BORE, o.c., p. 377.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 377 ; *Daar v. Yellow Cab*, 433 P. 2d 732 (California Supreme Court 1967).

bénéfice de la classe ne compense pas nécessairement tous les individus qui ont subi les conséquences dommageables de l'illégalité dénoncée, mais elle constitue, en outre, un remède à l'illégalité que la *class action* tend à faire constater¹⁰⁴. On passe donc, avec la « *fluid class recovery* », du modèle de justice individuelle, visant prioritairement à la réparation des torts causés à tel individu, à un modèle de justice structurelle, tourné vers l'avenir plutôt que vers le passé, et destiné à la prévention plutôt qu'à la réparation¹⁰⁵.

5. Une autre question difficile à résoudre est celle des honoraires attribués aux avocats. La tâche du juge consiste ici à limiter les honoraires des avocats, si ceux-ci sont excessifs par rapport aux sommes perçues par les membres du groupe, tout en ne les réduisant pas à une part infime qui risquerait de mettre en péril l'existence de la profession.

Pour cela, un contrôle poussé a été mis en place à partir de 1973 avec l'utilisation de la méthode dite de « l'étoile polaire » (« *lodestar* »)¹⁰⁶. Cette technique, approuvée par la Cour suprême des États-Unis¹⁰⁷, est fondée sur l'idée que dans les *class actions*, la plupart des clients de l'avocat n'étant pas là pour le surveiller, l'avocat du groupe doit être rémunéré en fonction du temps qu'il a consacré à travailler sur cette affaire. L'avocat doit établir un compte rendu précis des heures passées au téléphone, en réunion, à la bibliothèque ou au tribunal ainsi que des frais engagés pour le compte du groupe et doit soumettre ce compte rendu au juge¹⁰⁸. Celui-ci contrôle les honoraires demandés et si ceux-ci lui paraissent trop élevés, il peut les réduire à la moyenne des honoraires demandés par les avocats du ressort du tribunal¹⁰⁹. La Cour suprême admet parfois le dépasement de cette moyenne si la qualité du service fourni par l'avocat le justifie¹¹⁰.

La méthode de « l'étoile polaire » a été critiquée en raison du temps considérable que ce contrôle poussé demandait à l'appareil judiciaire, ce qui constituait évidemment une incitation pour l'avocat à faire durer le procès aussi

¹⁰⁴ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 916.

¹⁰⁵ C. SUNSTEIN, *The partial Constitution*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1993, pp. 324-325.

¹⁰⁶ L. BORE, *o.c.*, p. 378 ; *Lindy Brothers Builders Inc. v. American Radiator and Standard Sanitary Corp.*, 487 F. 2d 161 (Third Circuit Court of Appeals 1973).

¹⁰⁷ *Hensley v. Eckerhart*, 461 U.S. 424 (United States Supreme Court 1983) et *Blum v. Stenson*, 465 U.S. 886 (United States Supreme Court 1984).

¹⁰⁸ L. BORE, *o.c.*, p. 378.

¹⁰⁹ *Voy. New York State Association for Retarded Children Inc. v. Carey*, 711 F. 2d 1136 (Second Circuit Court of Appeals 1983) et *Agent Orange Product Liability Litigation*, 818 F. 2d 226 (Second Circuit Court of Appeals 1987).

¹¹⁰ *Voy. Pennsylvania v. Delaware Valley Citizens Counsel for Clean Air*, 478 U.S. 546 (United States Supreme Court 1975).

longtemps que possible. Aussi, certaines juridictions admettent que les avocats perçoivent comme honoraires un pourcentage sur les sommes perçues par le groupe¹¹¹.

II. L'ACTION D'INTERET COLLECTIF AU REGARD DU DROIT BELGE

A. INTRODUCTION

L'article 17 du Code judiciaire dispose que l'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former.

L'intérêt est tout avantage – matériel ou moral – effectif mais non théorique que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme¹¹². L'existence d'un tel intérêt s'apprécie logiquement avant la reconnaissance ou non du droit dont le demandeur en justice se prévaut¹¹³.

L'intérêt doit être direct et personnel. Ce principe vaut tant pour les personnes morales que pour les personnes physiques¹¹⁴ et donne lieu, en doctrine et en jurisprudence, à un débat sur la reconnaissance éventuelle de l'action d'intérêt collectif.

B. ACTION D'INTERET PROPRE, ACTION DE DEFENSE DES INTERETS INDIVIDUELS ET ACTION D'INTERET COLLECTIF

Traditionnellement, la doctrine distingue trois types d'actions qu'un groupement pourrait, théoriquement, engager : l'action d'intérêt propre, l'action de défense des intérêts individuels et l'action d'intérêt collectif.

Bien que les définitions théoriques de ces différents types d'action permettent de les différencier, il est parfois malaisé de les démarquer en pratique. Cette

¹¹¹ Il s'agit de la méthode classique aux États-Unis du *contingent fee* (L. Boré, *o.c.*, p. 378) ; *Voy. aussi Sala v. National Rail Passenger Corp.*, 128 F.R.D. 210 (Eastern District Court of Pennsylvania 1989).

¹¹² *Rapport Van Reepinghen*, Bruylant, p. 320.

¹¹³ Civ. Namur, réf., 15 février 1991, *Aménag.*, 1991, p. 109.

¹¹⁴ Cass., 16 oct. 1991, *J.T.*, 1992, p. 367 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1987, n° 31, p. 41.

démarcation est pourtant vitale dans la mesure où les conditions de recevabilité peuvent différer¹¹⁵.

1) *L'action d'intérêt propre* est celle par laquelle le groupement vise à se protéger d'une atteinte soit à ces intérêts patrimoniaux, soit à ses intérêts extra-patrimoniaux tels que l'honneur et la réputation¹¹⁶.

Ce type d'action ne pose aucune difficulté en terme d'intérêt et est, par conséquent, recevable.

La seule difficulté spécifique aux groupements que pose ce type d'action concerne la capacité du groupement à ester en justice. En la matière, seuls les groupements possédant la personnalité juridique ont cette capacité, sous réserve d'exceptions prévues par la loi¹¹⁷.

2) *L'action de défense des intérêts individuels* est celle par laquelle le groupement agit en justice au nom et pour le compte de sujets de droits – il s'agira parfois de ses membres, parfois d'autres personnes –, pour demander la protection de leurs droits et intérêts propres¹¹⁸.

Ce type d'action relève d'une forme de substitution processuelle plutôt que d'une représentation avec mandat puisque le groupement introduit l'action en son nom propre dans le but de défendre l'intérêt d'autrui¹¹⁹. Pareille action déroge à la règle suivant laquelle « nul ne plaide par procureur », en ce sens que

¹¹⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, "L'action d'intérêt collectif au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation", in *Les actions collectives devant les différentes juridictions*, CUP, Mai 2001, Vol. 47, n° 3.

¹¹⁶ O. DE SCHUTTER, "Action d'intérêt collectif, remède collectif, cause significative", note sous Cass. 19 septembre 1996, *R.C.J.B.*, p. 113.

¹¹⁷ J. van COMPENOLLE, "Le droit d'action en justice des groupements", Bruxelles, Larcier, 1972, pp. 61 et s.; G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, Vol. 47, n° 4; Voy. à propos des syndicats, L. FRANCOIS, "Les syndicats et la personnalité juridique", note sous Cass. 28 avril 1966, *R.C.J.B.*, 1968, p. 34, et M. TAQUET et P. DENIS, note sous le même arrêt, *J.T.*, 1966, p. 544; J. LINDEMANS, "Recente ontwikkelingen inzake rechtspersoonlijkheid van vakbonden", in *Liber amicorum Raf Hulpiau*, Bruxelles, 1978, p. 195. En général voy. J. LINDEMANS, "Het optreden in rechte van groeperingen ter verdediging van de individuele of collectieve belangen van hun leden", *o.c.*, col. 2085-2087; J. van COMPENOLLE, "L'action en justice des sociétés et groupements", *T.P.R.*, 1980, pp. 95-102.

¹¹⁸ J. van COMPENOLLE, *o.c.*, 1972, p. 278; Ce type d'action est parfois appelé "exercice social de l'action individuelle" voy. O. De Schutter, *o.c.*, p. 114.

¹¹⁹ Th. BOURGOIGNIE, G. DELVAUX, Fr. DOMONT-NAERT et Ch. PANIER, *L'aide juridique au consommateur*, Bruxelles – Louvain-la-Neuve, Bruylant-Cabay, 1981, p. 331.

nul ne peut introduire une action en son nom propre, en se revendiquant de l'intérêt d'autrui¹²⁰.

Sur le plan de la recevabilité, on verra que la Cour de cassation traite, de manière identique, l'action de défense des intérêts individuels et l'action d'intérêt collectif.

3) *L'action d'intérêt collectif* s'entend en principe de l'action en justice introduite par un groupement, ayant ou non la personnalité juridique, afin de protéger la fin en vue de la défense de laquelle il s'est constitué¹²¹.

La notion d'intérêt collectif est difficile à définir en raison des contenus variés qu'elle peut adopter. La plupart des auteurs l'appréhendent par opposition à la notion d'intérêt individuel¹²². L'intérêt collectif est alors celui qui concerne un groupe en tant que tel, et non pas un individu ou plusieurs individus isolés¹²³, ou encore l'intérêt de la collectivité considérée comme une entité générale et abstraite qui absorbe et dépasse la somme des intérêts individuels de ses membres¹²⁴.

La distinction qui existe en théorie entre l'action d'intérêt collectif et l'action de défense des intérêts individuels s'efface toutefois dans les faits, où il est parfois malaisé de les distinguer¹²⁵.

Les raisons principales de cette confusion tiennent, d'une part, à la jurisprudence de la Cour de cassation qui les condamne toutes les deux pour un motif identique, à savoir l'absence dans le chef du groupement d'un intérêt direct et personnel (voir *infra*); et, d'autre part, à la constatation selon laquelle plus le groupement comporte de membres et plus ceux-ci ont des intérêts variés et diffus, moins se marque la différence entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif¹²⁶. En effet, en pareille hypothèse, l'action d'intérêt collectif, qu'on croit pouvoir qualifier telle parce que l'intérêt dont elle vise la protection semble

¹²⁰ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 115; La règle selon laquelle "nul ne plaide par procureur" s'entend ici comme règle de fond relative à l'intérêt plutôt que simplement comme règle de forme quant à la vérification de la qualité, en ce sens voy. F. CABALLERO, *o.c.*, p. 257 et J. van COMPENOLLE, *o.c.*, 1972, p. 250.

¹²¹ *Ibid.*, p. 113.

¹²² G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, Vol. 47, n° 6.

¹²³ B. OPPEIT, *Les rapports de la personne morale et de ses membres*, thèse, Paris, 1965, p. 55.

¹²⁴ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, t. I, 1961, n° 245.

¹²⁵ Voy. notamment O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 118, qui conclut à l'indissociabilité en fait des deux formes d'action qu'on peut opposer sur le plan analytique.

¹²⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, "Vers une reconnaissance jurisprudentielle de l'action d'intérêt collectif", *J.T.*, 1999, p. 442.

en opposition avec les intérêts individuels de chacun des membres de la collectivité, peut n'être qu'une traduction de ces intérêts individuels, traduction simplement plus efficace parce qu'elle n'envisage pas les situations individuelles isolément les unes des autres, mais que, les considérant ensemble, elle en fait la synthèse¹²⁷.

C. POINT DE VUE DE LA COUR DE CASSATION

1. La Cour de cassation réserve le même sort aux actions d'intérêts collectifs et aux actions de défense des intérêts individuels. Cette jurisprudence constante de la Cour est suivie par la majorité des juridictions de fond, et peut se résumer comme suit : sauf dérogations légales, un groupement, même légalement constitué, n'a pas d'action pour obtenir réparation d'un préjudice causé à tout ou partie de ses membres ou affectant le but pour lequel ce groupement a été constitué¹²⁸.

2. Ces principes ont été établis et rappelés, à maintes reprises, par la Cour de cassation dans des arrêts importants où la question de principe était chaque fois posée. Nous en relevons les plus significatifs.

1) Dans un arrêt du 9 décembre 1957, la Cour de cassation estime qu'il ne résulte ni des dispositions de la loi du 31 mars 1898 sur les unions professionnelles, ni des dispositions de la loi du 27 juin 1921 sur les a.s.b.l., que les intérêts professionnels que les associations professionnelles ont pour objet de protéger, s'identifient à leur intérêt propre et que ces associations, alors même qu'elles ne seraient pas constituées en unions professionnelles, pourraient réclamer la réparation du préjudice causé par l'atteinte aux intérêts en vue desquels elles ont été constituées. La Cour poursuit en précisant que le seul intérêt à la répression d'agissements interdits par la loi pénale se confond avec

¹²⁷ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 116 et note de bas de page (19) dans laquelle l'auteur cite l'exemple du syndicat, par rapport au mot d'ordre duquel chacun choisirait de pouvoir se déterminer librement (pouvoir faire grève ou non), alors que, par ailleurs, chacun souhaite que le syndicat ait les moyens d'exercer efficacement une forme de pression sur l'employeur (ce qui implique de pouvoir imposer à ses affiliés de suivre le mot d'ordre de grève) ; pour une autre illustration des difficultés liées à la différenciation des deux types d'action voy. dans le même article n° 7 et 8 ; sur le sujet voy. aussi Sh. LEADER, "Les intérêts des syndicats, les intérêts individuels et les intérêts du public: une analyse", in Ph. GERARD, *Fr. OST et M. van de KERCHOVE, Droit et intérêt*, vol. 3, F.U.S.L., Bruxelles, p. 383.

¹²⁸ J. van COMPENOLLE et G. CLOSSET-MARCHAL, "Examen de jurisprudence : 1985 à 1996 - Droit judiciaire privé", *R.C.J.B.*, 1997, p. 514, n° 30.

l'intérêt social dont la sauvegarde ressortit exclusivement à l'exercice de l'action publique¹²⁹.

Cet arrêt a donné lieu à une note remarquable de Jean Dabin, dans laquelle l'auteur établit une distinction claire entre l'action de défense des intérêts individuels et l'action d'intérêt collectif. En ce qui concerne la première, il considère que bien que les membres forment le corps du groupement, le préjudice qui les atteint tous personnellement, même dans les intérêts en vue desquels ils ont formé corps, demeure leur préjudice propre, sans répercussion sur le corps. Il en conclut que le groupement ne peut demander réparation en son nom propre du préjudice matériel ou moral que pourraient avoir subi personnellement tous et chacun de ses membres. Toujours selon cet auteur, la solution d'irrecevabilité est encore plus claire pour l'action d'intérêt collectif, le groupement ne pouvant agir en réparation au titre d'un préjudice personnellement subi en cas d'atteintes portées aux fins poursuivies¹³⁰.

2) Dans un arrêt du 25 octobre 1985, la Cour refuse de reconnaître à une association de défense de l'environnement un intérêt suffisant pour agir en référé aux fins d'entendre ordonner la suspension de travaux de construction d'un terrain de sport, au motif que ceux-ci étaient de nature à rompre l'équilibre biologique du milieu. Selon la Cour, l'introduction d'un recours devant le Conseil d'Etat et les efforts déployés par le groupement pour obtenir l'annulation du permis de bâtir ne suffisent pas à transformer l'intérêt général ainsi défendu en intérêt personnel¹³¹.

3) Dans un arrêt du 19 septembre 1996, la Cour de cassation considère que l'a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme n'a pas intérêt à ce qu'il soit mis fin à

¹²⁹ Cass., 9 décembre 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 247; dans le même sens voy. Cass., 1 décembre 1930, *Pas.*, 1930, I, 373; Cass., 28 mai 1934, *Pas.*, I, 1934, p. 294 (rejet de la constitution de partie civile de la Ligue belge pour la défense du cheval de mine, approuvée par la Cour de cassation pour le motif que "la demanderesse pourrait se prévaloir tout au plus d'un intérêt à la répression pénale des actes de cruauté commis envers les chevaux de mine", alors que "pareil intérêt se confond avec l'intérêt social dont la sauvegarde est exclusivement dans l'exercice de l'action publique"); Cass., 19 et 24 novembre 1982, *R.P.S.*, 1983, p. 1, note J. van COMPENOLLE; voy. aussi pour un aperçu global de ces arrêts G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, Vol. 47, n° 9 et P. LEMMENS, "Het optreden van verenigingen in rechte ter verdediging van collectieve belangen", *R.W.*, 83-84, pp.2009-2010.

¹³⁰ J. DABIN, "La recevabilité des actions en réparation intentées par les groupements privés autres que les sociétés, en raison du dommage causé soit à la généralité de leurs membres, soit aux fins qu'ils poursuivent", note sous Cass. 9 décembre 1957, *o.c.*

¹³¹ Cass., 25 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 219 et concl. E. KRINGS; G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, Vol. 47, n° 9; dans le même sens voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, "Le droit d'action en justice des groupements", in *Le droit pour les associations de défense de l'environnement d'ester en justice*, éd. H. BOCKEN, Story-Scientia, 1988, p. 29 et 30.

l'atteinte portée aux droits fondamentaux des détenus de la prison de Namur. L'irrecevabilité est fondée sur le double motif que « l'intérêt propre d'une personne morale ne comprend que ce qui concerne l'existence de la personne morale, ses biens patrimoniaux et ses droits moraux, spécialement son patrimoine, son honneur et sa réputation » et que « le seul fait qu'une personne morale poursuit un but, fût-il statutaire, n'entraîne pas la naissance d'un intérêt propre »¹³².

Cet arrêt mérite toute notre attention, car il interrompt une évolution enregistrée dans certaines juridictions inférieures et favorable à la recevabilité des actions d'intérêt collectif. Ces décisions seront examinées dans un paragraphe ultérieur (point 6).

3. Selon la conception de la Cour de cassation, les dérogations au principe de l'intérêt direct et personnel ne peuvent être que légales et sont d'interprétation restrictive¹³³. Le législateur, conscient de l'utilité et de l'efficacité des actions de défense des intérêts individuels et d'intérêt collectif, multiplie ces dérogations, plus particulièrement dans certains contentieux.

A cet égard, les dispositions des lois du 31 mars 1898 relative aux unions professionnelles et du 5 décembre 1968 au profit des syndicats sont particulièrement exemplatives. L'union professionnelle reconnue peut demander réparation non seulement au titre des droits individuels que ses membres tiennent de leur qualité d'associés (article 10) mais aussi du chef de l'atteinte portée aux intérêts en vue de la défense desquels elle a été constituée, c'est-à-dire les intérêts de la profession. Quant aux organisations représentatives des travailleurs et des employeurs, elles peuvent ester en justice dans tous les litiges auxquels l'application de la loi du 5 décembre 1968 donnerait lieu et pour la défense des droits que leurs membres puisent dans les conventions conclues par elles (article 4)¹³⁴. La recevabilité de l'action d'intérêt collectif et/ou de l'action de défense des intérêts individuels est également consacrée dans d'autres législations plus récentes¹³⁵. La plupart de ces lois concernent des actions en

¹³² Cass., 19 septembre 1996, *o.c.*, p. 105.

¹³³ Cass., 17 octobre 1986, *R.C.J.B.*, 1988, p. 327 et note P. DE VROEDE ; Cass., 1er février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 641.

¹³⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, vol. 47, n° 10.

¹³⁵ Lois du 14 juillet 1991 en matière de pratiques du commerce et de protection du consommateur ; du 30 juillet en matière de racisme et de xénophobie ; du 2 mars 1989 et du 4 décembre 1990 en matière d'offres publiques d'acquisition, d'opérations et de marchés financiers ; du 12 juin en matière de crédit à la consommation ; du 21 octobre 1992 en matière de publicité trompeuse en ce qui concerne les professions libérales ; du 8 décembre 1992 en matière de protection de la vie privée ; du 12 janvier 1993 en matière de protection de l'environnement (sur cette loi voy. notamment J. VAN DEN BERGHE, « De wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu »,

cessation dont la nature et la technique se rapprochent du contentieux de légalité¹³⁶. On demande au juge, généralement le président du tribunal de première instance ou du tribunal de commerce, de prononcer, selon la procédure du référé mais par une décision au fond, la cessation de comportements considérés comme illégaux. L'action peut être introduite, non seulement par le ou les particuliers intéressé(s), mais aussi par les groupements oeuvrant dans le domaine considéré et présentant des garanties de représentativité définies par la loi¹³⁷.

D. EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS DE FOND

1. Malgré la jurisprudence constante de la Cour de cassation, certaines juridictions de fond, encouragées par un certain courant doctrinal¹³⁸, ont consacré la reconnaissance de l'action d'intérêt collectif, dans le domaine des droits de l'homme. A cet égard, nous pointons, outre les décisions qui ont donné lieu à l'arrêt de cassation précité du 19 septembre 1996, quelques décisions récentes qui vont également dans le même sens.

1) Le 7 décembre 1993, une ordonnance du juge des référés de Namur déclare recevable la demande formée par l'a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme contre l'Etat belge aux fins d'obtenir, avant dire droit, une descente sur les lieux et toute autre mesure d'instruction que le tribunal jugera utile pour établir au mieux la réalité des conditions de détention dans l'établissement pénitentiaire de Namur.

L'ordonnance est motivée de la sorte : « s'il est certain que l'intérêt propre d'une personne morale à agir en justice ne comprend que ses biens

T.M.R., 1993, p. 134 ; A. CARETTE, « Wet betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu », *R.W.*, 1992-1993, p. 1392 ; D. VAN GERVEN, « Le droit d'action en matière de protection de l'environnement », *J.T.*, 1993, p. 613 ; B. JADOT, « L'action en matière de protection de l'environnement organisée par la loi du 12 janvier 1993 : une action populaire ? », *J.T.*, 1994, p. 440 ; du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand, pendant la seconde guerre mondiale ; du 6 août 1990 en matière de soins de santé ;...

¹³⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, 1999, p. 441.

¹³⁷ G. CLOSSET-MARCHAL, « Eléments communs aux procédures comme en référé », in *Le développement des procédures comme en référé*, C.I.U.D.J., Kluwer, Bruylant, 1994, p. 27 et s. ; voy. aussi D. VAN GERVEN, *o.c.*, 1993, p. 613 et s. ; B. JADOT, *o.c.*, 1994, p. 440 et spécialement note de bas de page (4).

¹³⁸ Voy. P. LEMMENS, *o.c.*, p. 2001 ; Th. BOURGOIGNIE, *Elements pour une théorie du droit de la consommation*, Story-Scientia, 1988, n° 195 et s.

patrimoniaux et ses droits moraux, les griefs relatifs aux conditions matérielles de détention sont susceptibles d'atteindre les droits moraux de la Ligue des droits de l'homme et la rendent, par conséquent, recevable à agir en justice »¹³⁹.

Malgré cette référence aux droits moraux propres de la personne morale, il s'agit, en réalité, d'une action d'intérêt collectif déclarée recevable par le président¹⁴⁰.

2) L'Etat belge interjette appel contre cette ordonnance devant la Cour d'appel de Liège qui, dans un arrêt du 29 avril 1994, déclare que c'est à bon droit que le premier juge a ordonné une mesure d'instruction permettant de rendre compte objectivement de la situation exacte qui est critiquée.

Quant à la recevabilité de l'action portée en référé par l'a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme, la motivation de la Cour d'appel fait état du même « dérapage » entre la protection des droits moraux propres et celle de l'objet social de l'association¹⁴¹. Ainsi, la ligue, parce qu'elle est une personne morale, a incontestablement intérêt à ne point voir méconnue ou violée la fin – entendue comme valeur – qu'elle s'est donnée pour mission de réaliser et dont elle est en quelque sorte l'instrument. Entre elle et cette valeur, une relation directe existe assurément en manière telle que toute atteinte à cette valeur est ressentie par le groupement comme une atteinte portée à son être même. En pareil cas, le groupement éprouve un préjudice moral direct qui suffira pour le qualifier à agir¹⁴².

Un pourvoi en cassation fut formé contre cette décision et aboutit à l'arrêt de cassation précédemment cité.

3) Dans un arrêt du 15 décembre 1997, la Cour d'appel de Mons déclare recevable la demande formée par l'a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme contre l'Etat belge, tendant à faire défendre à celui-ci de continuer de détenir des personnes dans les parties de l'établissement pénitentiaires de Mons, dans lesquelles les conditions de détention sont telles qu'elles constituent des traitements inhumains ou dégradants contraires à la dignité humaine¹⁴³. Cet arrêt se démarque des deux décisions précédentes quant à sa motivation. Ainsi, on peut lire :

¹³⁹ Civ. Namur, réf., 7 décembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 169.

¹⁴⁰ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, vol. 47, n° 12.

¹⁴¹ *Ibid.*, n° 12.

¹⁴² Liège, 29 avril 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 926 ; *Journ. Procès*, 1994, p. 27 et note R. ERGEC : "L'action d'intérêt collectif à l'honneur" ; voy. aussi Gent, 27 juin 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 717 et note A. CARETTE.

¹⁴³ Mons, 15 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 685.

« qu'il est indéniable que les violations alléguées de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à les supposer établies, ne sauraient être résolues dans le cadre de recours individuels de chaque détenu, mais nécessiteraient, en réalité, un remède collectif ;

« qu'à s'en tenir à la conception traditionnelle de la notion d'intérêt, inscrite dans l'article 17 du Code judiciaire, force est de constater qu'en l'espèce, le juge ne pourrait être saisi de la situation générale à la prison de Mons susceptible de constituer un manquement à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que par des actions individuelles de détenus assurément inopérantes ;

« qu'en conséquence, si l'action d'intérêt collectif n'est pas admise, la garantie judiciaire des détenus, contre les traitements éventuellement inhumains ou dégradants, demeurerait lettre morte ;

« que, dès lors, en raison de la primauté du droit international conventionnel directement applicable sur la norme de droit interne, il s'impose d'écarter l'application de l'article 17 du Code judiciaire qui fait obstacle à la recevabilité de la demande qui tend, précisément, à faire cesser une situation susceptible de contrevenir à une disposition de droit international directement applicable en droit interne ».

4) Une ordonnance rendue par le président du tribunal de première instance de Tournai, le 16 décembre 1998, déclare recevable la demande formée par l'a.s.b.l. Ligue des droits de l'homme contre l'Etat belge, à propos des conditions de détention à la prison de Tournai, et ordonne avant dire droit une descende sur les lieux¹⁴⁴. Cette ordonnance est motivée de la même manière que l'arrêt précédent. Il y est, en effet, précisé que : « dans la mesure où une a.s.b.l. fonde son action non seulement sur la violation d'une règle de droit interne (article 2 de la Constitution), mais également et surtout sur la violation des normes internationales auxquelles l'Etat belge a adhéré (notamment l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme), il échet d'écarter l'application de l'article 17 du Code judiciaire et de lui préférer les normes de droit international ».

2. La motivation de ces décisions, et plus particulièrement des deux dernières, doit être soulignée. En effet, après avoir déclaré irrecevable l'action de la demanderesse, sur base de la conception traditionnelle de la notion d'intérêt dans l'article 17 du Code judiciaire, les décisions considèrent cependant que l'obligation est faite au juge national d'écarter les dispositions de droit interne qui sont contraires au droit international, en l'espèce à l'article 3 de la

¹⁴⁴ Civ. Tournai, réf., 16 décembre 1998, *J.T.*, 1999, p. 451.

Convention européenne des droits de l'homme qui condamne les traitements inhumains et dégradants¹⁴⁵.

Pareille motivation se déduit de la thèse exposée par Olivier De Schutter dans sa note suivant l'arrêt de cassation du 19 septembre 1996¹⁴⁶. Cette thèse peut se résumer en trois temps :

1) l'action d'intérêt collectif donne lieu à une question de compétence dont le juge peut décider seul,
2) dans notre ordre juridique, l'applicabilité directe est reconnue aux dispositions de droit international¹⁴⁷, dont l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme,

3) il revient au juge national d'écarter l'application d'une disposition de droit interne (en l'espèce, l'article 17 du Code judiciaire) empêchant la pleine efficacité du droit international directement applicable¹⁴⁸.

3. La thèse prônée par Olivier De Schutter est critiquée par d'autres auteurs, dont Gilberte Closset-Marchal, qui souligne les faiblesses d'une démonstration qui, selon elle, ne paraît pas pouvoir fonder la recevabilité des actions d'intérêt collectif en général¹⁴⁹.

La critique tient principalement en deux points :

1) s'il est vrai que la contradiction entre une disposition de droit interne et une disposition de droit international directement applicable entraîne la non-application ou l'écarterment de la disposition de droit interne, on aperçoit mal en quoi les articles 17 et 18 du Code judiciaire sont en contradiction avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la victime de traitements inhumains ou dégradants a un droit d'accès direct à la justice, et ce droit n'est pas méconnu par cela que le législateur assortit de conditions l'exercice de l'action ;

¹⁴⁵ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, 1999, p. 444.

¹⁴⁶ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 1997, p. 142 à 144, n° 29 et 30 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, Vol. 47, n° 14 ; voy. aussi M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, "La responsabilité de l'Etat législateur", *J.T.*, 1998, p. 825 et s., spéc. n° 89 et 90.

¹⁴⁷ Voy. Cass. (1er ch.), 21 avril 1983, note M. WAELBROECK, "Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux", *R.C.J.B.*, 1985, p. 22.

¹⁴⁸ Voy. notamment C.J.C.E., 19 juin 1990, *The Queen v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame*, C-213/89, *Rec.*, p. I-2433 (pt 23).

¹⁴⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, 1999, p. 444 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, vol. 47, n° 14.

2) dès lors que la solution adoptée est essentiellement dictée par l'importance de la matière traitée, celle des droits de l'homme, et encore, des droits de l'homme les plus fondamentaux. Comment alors justifier la recevabilité d'actions d'intérêt collectif qui ne poursuivent pas la protection de droits aussi essentiels ou qui poursuivent la défense d'intérêts non expressément consacrés par une norme de droit international directement applicable ?

4. En droit de l'environnement, un débat a également lieu sur la recevabilité de l'action d'intérêt collectif, en dehors des hypothèses légales de dérogation au principe de l'intérêt direct et personnel¹⁵⁰. Ainsi, certains auteurs estiment que l'action d'intérêt collectif intentée, devant les juridictions judiciaires, par les associations de défense de l'environnement doit être déclarée recevable. Deux arguments sont principalement avancés pour justifier pareille recevabilité¹⁵¹ :

1) les solutions jurisprudentielles restrictives actuelles sont peu compatibles avec l'article 23 de la Constitution qui consacre le droit de chacun à la protection d'un environnement sain et qui, par conséquent, entraîne que toute personne physique ou morale possède un intérêt permanent à ce que ce droit ne soit pas méconnu ;

2) ces solutions jurisprudentielles restrictives heurtent le principe du droit d'accès à la justice, consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'elles aboutissent à mettre certaines situations ou certaines décisions à l'abri de tout recours judiciaire.

Cette démonstration est également critiquée par une partie de la doctrine, pour les mêmes raisons que celles avancées à l'encontre de la thèse de la recevabilité des actions d'intérêt collectif intentées par la Ligue des droits de l'homme (voir *supra*)¹⁵².

¹⁵⁰ B. JADOT, "L'intérêt à agir en justice pour assurer la protection de l'environnement", in *Les juges et la protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 13 et s. ; voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, 1988, pp. 15-37 ; S. DUFRENE, *Le droit d'action des associations en matière d'atténuation à l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 143 à 158 ; A. CARETTE, *Herstel van een vergoeding voor aantastingen aan niet-toegeëigende milieubestanddelen*, antwerpen, Intersentia, 1997, n° 151 à 203.

¹⁵¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, 1999, p. 444 ; G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, vol. 47, n° 15.

¹⁵² G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, 1999, p. 444, n° 26.

E. VERS UNE RECONNAISSANCE DE L'ACTION D'INTERET COLLECTIF

1. Actuellement, l'importance croissante du mouvement associatif dans notre organisation sociale semble se prêter à une évolution de la reconnaissance de l'action d'intérêt collectif.

Une telle consécration est-elle possible par voie jurisprudentielle, ou doit-elle nécessairement passer par une modification législative ? Enfin, quelles conditions doivent être mises en place afin d'éviter l'insécurité juridique et l'invasion du prétoire ?¹⁵³

2. En théorie, la reconnaissance de l'action d'intérêt collectif semble possible par voie jurisprudentielle. Cependant, pareille consécration pose certaines questions, dont la plupart sont de fond :

1) La première de ces questions concerne la nature même de l'intérêt dans le contentieux des droits subjectifs¹⁵⁴. La notion d'intérêt peut être perçue de deux manières différentes, si l'on se place soit dans le contentieux de légalité, soit dans le contentieux des droits subjectifs.

Au contentieux de légalité devant le Conseil d'Etat, l'enjeu de la contestation n'est pas la reconnaissance d'un droit que le demandeur a ou auquel il prétend, mais bien la régularité d'une mesure qui s'apprécie abstraction faite de ce qu'elle lèse ou non ce qui revient en patrimoine du demandeur¹⁵⁵.

L'unique condition de recevabilité des recours en annulation devant la section administrative du Conseil d'Etat est inscrite à l'article 19 des lois sur le Conseil d'Etat, qui exige que le requérant démontre « une lésion ou un intérêt ». La volonté du législateur et du gouvernement, en fixant cette condition, était en fait d'exclure l'action populaire, action dont la recevabilité aurait rendu possible à n'importe qui d'attaquer n'importe quoi devant le Conseil d'Etat¹⁵⁶.

¹⁵³ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, vol. 47, n° 16 ; Pour des précisions quant aux avantages offerts par l'action d'intérêt collectif, voy. notamment T. MOREAU, "L'action d'intérêt collectif dans la lutte contre la pauvreté", *J.T.*, 1994, p. 491.

¹⁵⁴ J. DABIN, "La recevabilité des actions en réparation intentées par les groupements privés autres que les sociétés, en raison du dommage causé soit à la généralité de leurs membres, soit aux fins qu'ils poursuivent", note sous Cass., 9 décembre 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 268 et s. ; J. van COMPENOLLE, *o.c.*, 1971, p. 248 et s. ; L. BORE, *o.c.*, pp. 14 et s. ; G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, Vol. 47, n° 17.

¹⁵⁵ CAMBIER, *Précis de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 525.
¹⁵⁶ *Voy. Doc. Parl.*, Chambre, 1937-1938, n° 200, 11 ; *Ann. Parl.*, Chambre, 1945-1946, 134 et 142 ; Deuxième rapport complémentaire au nom de la commission spéciale de la Chambre par M. Kluytskens, *Pasin.*, 1946, p. 1113 ; C.E., n° 30.003, 5 mai 1988, *Van Aelst - De*

L'intérêt, dont il est question ici, est une notion de pur fait, qui, selon les souhaits du législateur, doit recevoir une interprétation large¹⁵⁷. C'est d'ailleurs pour cette raison que le ministre compétent a fait rejeter un amendement tendant à ce que le texte de la loi précise que le requérant devait avoir un intérêt personnel et direct¹⁵⁸.

Défini de cette manière, la notion d'intérêt ne s'oppose pas à la recevabilité d'une action, devant le Conseil d'Etat, intentée par une association qui postule l'annulation d'un acte faisant grief à son objet social¹⁵⁹.

Dans le contentieux des droits subjectifs, l'intérêt se déduit de la violation d'un droit. En effet, dans l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, à propos de l'action déclaratoire, il est question de « la violation d'un droit gravement menacé ». Ainsi, dès lors que la notion d'intérêt ne relève pas d'une question de pur fait, mais exige, au contraire, la lésion d'un droit, on comprend donc mieux la position traditionnelle de la Cour de cassation. En effet, au contentieux des droits subjectifs, l'action introduite par le groupement dans l'intérêt collectif ne pourra normalement être reçue, l'intérêt direct et personnel faisant défaut dans son chef¹⁶⁰.

Berlangeer c/ Commune de Jette; C.E., n° 30.004, 5 mai 1988, *Motte c/ Commune de Linkebeek*; C.E., n° 30.005, 5 mai 1988, *Sliete c/ Commune de Putte*.

¹⁵⁷ *Doc. Parl.*, Chambre, 1936-1937, n° 229, 17-18 ; *Doc. Parl.*, Sénat, S.E., 1939, n° 80, 46 ; Sur la notion d'intérêt au Conseil d'Etat, voy. J. SALMON, *Le conseil d'Etat*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 305 et s. ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Faculté dr. Liège, 1997, n° 306 et s.

¹⁵⁸ *Ann. parl.*, Chambre, 1945-1946, 134 et 142 ; Rapport au nom des commissions réunies de la Justice et de l'Intérieur du Sénat, *Pasin.*, 1946, pp. 1327-1328, article 11 ; I. SCHIPPERS, "L'action d'intérêt collectif au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat", in *Les actions collectives devant les différentes juridictions*, CUP, Mai 2001, Vol. 47, p. 89.

¹⁵⁹ Des conditions sont cependant mises, par la jurisprudence, à la recevabilité de l'action collective. Ainsi, l'association ne peut se substituer à ses membres pour l'exercice de l'action qui leur revient individuellement (C.E., 22 mai 1991, *R.A.C.E.*, n° 37.061 ; C.E., 21 avril 1993, *R.A.C.E.*, n° 42.633). Ensuite, le principe de spécialité doit être respecté, c'est-à-dire que l'acte attaqué doit être suffisamment lié à la réalisation de l'objet social poursuivi par l'association (C.E., 6 février 1991, *R.A.C.E.*, 1991, n° 36.361 ; C.E., 18 février 1994, *R.A.C.E.*, 1994, n° 46.127). Enfin, l'association doit être suffisamment représentative au sens qu'on doit pouvoir présumer raisonnablement que les points de vue qu'elle défend coïncident avec ceux des intéressés eux-mêmes (C.E., 11 septembre 1981, *R.C.A.E.*, n° 21.384) (G. Closset-Marchal, *o.c.*, 1999, p. 443).

¹⁶⁰ O. DE SCHUTTER, compte-rendu de l'ouvrage de L. BORE ("La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires"), *J.T.*, 1998, p. 463.

2) La seconde question concerne les critères que le juge va adopter pour apprécier la recevabilité d'une action d'intérêt collectif formée devant lui.

Pour répondre à cette interrogation, un détour par le droit français peut être utile, dans la mesure où la jurisprudence française est confrontée aux mêmes difficultés¹⁶¹.

En effet, la Cour de cassation française veille fermement au respect du principe de l'irrecevabilité de l'action d'intérêt collectif, en dehors des dispositions légales qui l'autorisent¹⁶², mais les juridictions de fond admettent de plus en plus cette action¹⁶³, au point que certains auteurs considèrent que subrepticement le principe pourrait bien être renversé¹⁶⁴.

A ce sujet, la thèse développée par L. Boré¹⁶⁵ pourrait contribuer fortement à la consécration de l'action d'intérêt collectif en France. Pour pouvoir agir en justice, l'auteur plaide pour une « *légitimité immanente* » des groupements conférée par les membres eux-mêmes sur la base de leur investissement personnel, par opposition au régime des habilitations légales, qualifiée de « *légitimité transcendante* » des associations. Cette légitimité immanente devrait être contrôlée par le juge sur la base de critères empruntés à l'appréciation de la recevabilité des actions devant les juridictions administratives françaises (correspondance exacte entre l'acte attaqué et les personnes défendues par le groupement, entre le ressort territorial concerné par l'acte attaqué et l'objet social du groupement, ...).

Pareille thèse pose toutefois de sérieux problèmes, car laisser au juge le choix des critères de recevabilité de l'action collective et notamment, le choix des critères de légitimité des associations, présente un danger, non seulement en terme de séparation des pouvoirs, mais également pour la sécurité juridique des justiciables¹⁶⁶.

¹⁶¹ Voy. G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, 1999, pp. 443-444 ; O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 1998, p. 463 ; F. CABALLERO, *o.c.*, p. 249 et s.

¹⁶² Cass. fr. civ., 16 janvier 1985, *D.*, 1985, p. 317, note AUBERT ; Pour un exemple de dérogation, voy. notamment les associations de défense des consommateurs qui "peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs (C. consom., art. L. 421-1).

¹⁶³ S. GUINCHARD, *droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 1998, n° 43 et s.; Paris, 3 juillet 1995, *J.C.P.*, 1996, II, 22-601, note Duvert.

¹⁶⁴ L. CADIEU, *Droit judiciaire privé*, Litec, 2° éd., 1998, n° 855, p. 374.

¹⁶⁵ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 1998, p. 463.

¹⁶⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, vol. 47, n° 18.

3. Pour toutes les raisons qui viennent d'être invoquées, la reconnaissance de l'action d'intérêt collectif ne semble pouvoir être réalisée que par l'intervention du législateur. Pour ce faire, deux solutions peuvent être envisagées :

1) La première des solutions consiste à continuer, au gré des besoins, à multiplier des dérogations légales au principe de l'intérêt direct et personnel. L'avantage réside dans l'élaboration, sur mesure, d'une action collective, dans chaque cas spécifique.

Cette solution est toutefois risquée, car, à terme, les principes généraux gouvernant l'action peuvent se trouver démantelés, sans compter que les divergences de régime juridique, qui existent entre les différentes actions collectives, peuvent s'accroître et, par la même, semer encore plus la confusion et l'insécurité juridique parmi les justiciables¹⁶⁷.

2) La seconde solution passe la mise en place d'une théorie générale de l'action collective et de sa recevabilité. On passerait donc de la règle de l'irrecevabilité de l'action collective, avec dérogations légales, au principe de la recevabilité, moyennant conditions. Parmi ces conditions, deux doivent impérativement y être précisées, sous peine d'insécurité juridique et d'invasion des prétoires¹⁶⁸.

Tout d'abord, les textes doivent consacrer le principe de spécialité, qui consiste à limiter l'action des associations au domaine défini par leur objet social. L'association ne pourrait agir que pour défendre les intérêts collectifs expressément définis par ses statuts. Le juge serait chargé d'apprécier la recevabilité de l'action, en comparant le contenu de la demande et l'objet de l'association. En cas d'absence de concordance entre ces deux éléments, l'action devrait être rejetée faute d'intérêt à agir.

Ensuite, les textes devraient prévoir des conditions de légitimité strictes tenant au groupement eux-mêmes telles que des conditions d'ancienneté et de représentativité¹⁶⁹. En l'absence de pareilles conditions, tout groupement, quel qu'il soit et quel que soit son objet social, serait recevable à introduire une action collective pour autant qu'il reste dans son objet social.

¹⁶⁷ *Ibid.*, n° 18.

¹⁶⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, *o.c.*, 1999, p. 445, n° 28.

¹⁶⁹ On retrouve des conditions similaires dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage qui, dans un arrêt du 18 février 1993, précise que "lorsqu'une association sans but lucratif qui se prévaut d'un intérêt collectif souhaite avoir accès à la Cour, il est requis que l'objet social de l'association soit réellement poursuivi, ce que doivent faire apparaître les activités concrètes de l'association; que l'association fasse montre d'une activité durable, aussi bien dans le passé que dans le présent".

4. Dans la législation actuelle, deux propositions de loi, relatives à la reconnaissance de l'action d'intérêt collectif, ont récemment été déposées. Ces propositions de loi méritent toute notre attention, car elles s'inspirent largement de la solution qui vient d'être envisagée.

La première proposition de loi¹⁷⁰ prévoit la mise en place d'une théorie générale de l'action collective et de sa recevabilité, sans toutefois déroger aux dispositions des lois particulières déjà existantes. Ainsi, il est proposé de compléter l'article 17 du Code judiciaire par un deuxième alinéa, libellé comme suit : « *Sans préjudice de la recevabilité des actions intentées conformément aux prescriptions des lois particulières, toute action est recevable si elle se fonde sur un intérêt ressortissant au but statutaire de la personne morale qui intente l'action* ».

Par sa référence au but statutaire, la proposition consacre le principe de spécialité, mais ne prévoit toutefois aucune conditions de légitimité. En pratique, cela a donc pour conséquence qu'une association, même si elle ne peut pas former ni importer quelle demande, est recevable à introduire une action d'intérêt collectif pour autant que son but statutaire renferme l'intérêt que celle-ci prétend défendre.

La seconde proposition de loi¹⁷¹ tend à généraliser le droit des organisations des consommateurs d'ester en justice pour défendre les intérêts collectifs des consommateurs. Dans l'état actuel de notre législation, un certain nombre de lois particulières accordent déjà aux organisations de consommateurs la faculté d'ester en justice lorsque l'intérêt collectif des consommateurs est en cause. Ce type d'action reste toutefois limité aux infractions à la législation particulière qui a prévu cette action.

Il est donc proposé d'insérer dans le Code judiciaire un article 18bis, libellé de la sorte : « *Sans préjudice des dispositions relatives à la recevabilité des actions prescrites par des lois particulières, les associations de défense des intérêts des consommateurs qui jouissent de la personnalité juridique et sont représentées au sein du Conseil de la consommation ou reconnues par le ministre des Affaires économiques, selon des critères fixés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, peuvent ester en justice lorsque les intérêts collectifs des consommateurs sont lésés ou risquent d'être lésés* ».

¹⁷⁰ Proposition de loi, déposée le 3 décembre 2003, et complétant l'article 17 du Code judiciaire et l'article 3 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en vue d'instaurer au profit des associations une action d'intérêt collectif (Doc 51 0528/001).

¹⁷¹ Proposition de loi, déposée le 28 juillet 2003, et insérant, dans le Code judiciaire, une disposition relative au droit d'action des organisations de consommateurs (Doc 51 0124/001).

Cette proposition entend donc mettre en place un droit de portée générale, devant permettre aux organisations de consommateurs d'ester en justice sans qu'une loi particulière les y autorise.

Contrairement à la proposition de loi précédente, des conditions, tenant à la légitimité l'association qui entend exercer l'action d'intérêt collectif, sont ici prévues. En effet, afin de prévenir les abus consistant en la création d'associations de consommateurs dans l'unique but de pouvoir intenter une action d'intérêt collectif, la proposition de loi limite le droit d'action collectif aux organisations de consommateurs suffisamment représentatives. A cet égard, la proposition de loi s'inspire directement de la loi sur les pratiques du commerce, qui prévoit un régime analogue conférant aux organisations de consommateurs le droit d'introduire une action en cessation¹⁷².

Enfin, l'exigence de spécialité semble également se déduire de l'article proposé, car, même s'il ne fait pas expressément référence au but statutaire de l'association, l'indication des termes « *associations de défense des intérêts des consommateurs* » plaide pour une restriction du droit d'action collectif aux seules organisations dont il ressort de l'objet social qu'elles poursuivent effectivement la défense des intérêts des consommateurs.

A ce stade, aucune de ces deux propositions de loi ne permet de fournir une solution pleinement satisfaisante en ce qui concerne la reconnaissance légale de l'action d'intérêt collectif. En effet, soit c'est l'exigence de légitimité qui fait défaut, soit la solution proposée ne profite qu'aux seules organisations oeuvrant dans le domaine de la défense des intérêts des consommateurs.

La mise en place d'une règle générale consacrant la recevabilité des actions d'intérêt collectif, moyennant respect des conditions de spécialité et de légitimité, semble être la solution la plus souhaitable, sauf à considérer, comme dans la seconde proposition de loi, que la nécessité d'un remède collectif n'intéresse qu'un seul domaine du droit.

Il conviendra donc d'être particulièrement attentif à la suite réservée à ces deux propositions de loi.

¹⁷² Voy. article 98, § 1er 4°, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

III. LES OBLIGATIONS DEONTOLOGIQUES DE L'AVOCAT

Nous examinerons les obligations déontologiques applicables aux avocats américains (A) et aux avocats belges (B).

A. LA CLASS ACTION ET LES OBLIGATIONS DEONTOLOGIQUES DE L'AVOCAT AMERICAIN

Les contraintes déontologiques de l'avocat américain concernent principalement le secret professionnel (1), la publicité, le démarchage (2), les relations avec une personne représentée par un autre avocat (3) et les conflits d'intérêts (4)

1. RESTRICTIONS AU CARACTERE CONFIDENTIEL DES COMMUNICATIONS ENTRE LE PLAIGNANT REPRESENTATIF ET SON CONSEIL ¹⁷³

1. Les avocats américains ont l'obligation déontologique de garder secrètes les confidences de leurs clients. Ce devoir découle notamment de la *Rule 1.6* de l'*American Bar Association Model Rules of Professional Conduct*, selon laquelle « un avocat ne peut pas révéler des informations relatives à la représentation d'un client... ».

Cette obligation de confidentialité se retrouve également dans un principe applicable aux avocats américains, le « *privilege avocat-client* » (*attorney-client privilege*), qui protège des divulgations obligatoires les informations confidentielles entre l'avocat et son client relatives aux conseils juridiques donnés par l'avocat. Ce privilège, que seul le client peut lever, s'applique à la fois dans les procédures civiles et pénales¹⁷⁴.

L'obligation déontologique de confidentialité issue de la *Rule 1.6* est, en réalité, plus étendue que l'obligation de confidentialité que l'on retrouve dans le privilège avocat-client. En effet, les injonctions déontologiques protègent les informations et les communications de la divulgation volontaire, même lorsque de telles affaires ne sont pas protégées par le privilège avocat-client.

¹⁷³ Voy. "The attorney-client privilege in class actions : fashioning an exception to promote adequacy of representation", 97 *Harv. L. Rev.* 947 (1984); E. S. EPSTEIN, "The attorney-client privilege and the work-product doctrine", Fourth Edition, Section of litigation, American Bar Association, p. 15.

¹⁷⁴ Voy. notamment Mc LAUGHLIN, *The Treatment of Attorney-Client and Related Privileges in the Proposed Rules of Evidence for the United States District Courts*, 26 *Rec. A.B. City N.Y.* 30, 31 (1971).

Par exemple, un avocat, qui reçoit des informations d'affaires confidentielles de la part d'un client, est tenu de conserver la confidentialité de l'information, en dépit du fait que cette dernière ne soit pas couverte par le privilège avocat-client.

2. Une partie de la doctrine américaine considère que la confidentialité qui découle du privilège avocat-client bloque le flux d'informations que peut recevoir les membres de la classe absents de la part des représentants, en ce qui concerne l'évaluation de l'exigence de représentation équitable et adéquate.

Dès lors, il a parfois été suggéré que l'exercice effectif des droits de la défense des membres de la classe pouvait impliquer que des restrictions soient apportées au caractère confidentiel des communications entre le plaignant représentatif et son conseil, celui-ci devenant, dès la certification, mandataire de la classe entière, et non de son seul client individuel¹⁷⁵.

2. LA PUBLICITE ET LE DEMARCHAGE ¹⁷⁶

Ce sont les *Rule 7.1* à *7.3* de l'*ABA Model Rules of Professional Conduct* qui traitent de l'information relative aux services juridiques offerts par l'avocat. Ainsi, la *Rule 7.1* concerne les communications relatives aux services offerts par l'avocat, tandis que les *Rules 7.2* et *7.3* traitent respectivement de la publicité et de la sollicitation de clients potentiels.

En ce qui concerne les *class actions*, les règles relatives à la publicité et à la sollicitation n'empêchent pas les communications autorisées par la loi, comme un avis envoyé aux membres d'une classe dans le cadre d'une procédure de *class action*.

Ainsi, un cabinet d'avocats qui représente des actionnaires est autorisé à envoyer une lettre de sollicitation à d'autres actionnaires dans le but d'agrandir le nombre de membres de la classe¹⁷⁷. De même, un avocat peut faire publier des publicités dans des magazines ou des journaux ou envoyer des lettres aux actuels ou anciens employés d'une certaine entreprise afin d'annoncer qu'il a l'intention d'intenter une *class action* contre cette entreprise, et peut accepter de travailler

¹⁷⁵ O. DE SCHUTTER, *o.c.*, p. 914, note (24).

¹⁷⁶ Voy. "Annotated *Model Rules of Professional Conduct*", Fifth Edition, Center for Professional Responsibility, American Bar Association, p. 552.

¹⁷⁷ *Kittler v. Eckberg, Lammers*, 535 N.W.2d 653 (Minn. Ct. App. 1995).

pour ces contacts, si le succès dans la reconnaissance des droits des clients en litige dépend de la venue de ceux-ci dans la classe¹⁷⁸.

3. LA COMMUNICATION ENTRE UN AVOCAT ET UNE PERSONNE REPRESENTEE PAR UN AUTRE AVOCAT¹⁷⁹
L'ABA Model Rules of Professional Conduct contient une quatrième section qui concerne les transactions entre l'avocat et les personnes autres que ses clients.

Ainsi, la Rule 4.2. dispose, en ce qui concerne la communication entre un avocat et des personnes représentées par un autre avocat, que « dans le cadre de la représentation d'un client, aucune communication au sujet de la représentation ne peut avoir lieu entre un avocat et une personne dont l'avocat sait qu'il est représenté par un autre avocat en la matière, à moins que l'avocat obtienne le consentement de l'autre avocat ou qu'il soit autorisé à le faire par la loi ou une décision de justice ».

Actuellement, l'application de cette règle aux membres potentiels d'une classe demeure incertaine. Ainsi, certaines décisions admettent que les membres potentiels d'une class soient protégés par la Rule 23¹⁸⁰. Toutefois, cette position n'est pas partagée par toutes les juridictions, et il a été également jugé que jusqu'à ce que les membres potentiels d'une classe établissent une véritable relation client-avocat, les avocats du défendeur sont autorisés à les contacter¹⁸¹.

4. LA PREVENTION DES CONFLITS D'INTERET ENTRE L'AVOCAT ET SES CLIENTS ACTUELS¹⁸²

La Rule 1.7. (a) de l'ABA Model Rules of Professional Conduct dispose « qu'un avocat ne peut pas représenter un client si la représentation implique un conflit d'intérêt. Un conflit d'intérêt existe si : (1) la représentation d'un client est défavorable pour un autre client... ».

¹⁷⁸ N.Y. State Ethics Op. 676 (1995); Voy. toutefois Iowa Ethics Op. 93-13 (1993); « Un avocat ne peut pas faire de publicité par courrier pour se proposer de représenter des clients dans le cadre d'une class action ».

¹⁷⁹ Voy. "Annotated Model Rules of Professional Conduct", o.c., p. 426.

¹⁸⁰ *Dondore v. NGK Metals Corp.*, 152 F. Supp. 2d 662 (E.D. Pa.).

¹⁸¹ *EEOC v. Dana Corp.*, 202 F. Supp. 2d 827 (N.D. Ind. 2002); Voy. dans le même sens *Hammond v. City of Junction City*, 167 F. Supp. 2d 1271 (D. Kan.); Voy. généralement *Bassett, Pre-Certification Communication Ethics in Class Actions*, 36 Ga. L. Rev. 353 (2002).

¹⁸² Voy. "Annotated Model Rules of Professional Conduct", o.c., pp. 113 et 128-129.

La représentation dans le cadre d'une class action peut présenter des conflits d'intérêts pour des avocats qui veulent représenter la classe ou s'y opposer¹⁸³.

Quand un avocat représente ou cherche à représenter une classe de plaignants ou de défendeurs dans une class action, les membres anonymes de la classe ne sont généralement pas considérés comme des clients de l'avocat en raison de l'application de la Rule 1.7. (a) (1). Ainsi, de façon générale, l'avocat ne doit pas obtenir le consentement d'une personne déterminée avant de représenter un client poursuivant cette personne dans le cadre d'une autre affaire. De même, un avocat, qui cherche à représenter un adversaire dans une class action, n'a généralement pas besoin d'obtenir le consentement d'un membre anonyme de la classe que l'avocat représente dans le cadre d'une autre affaire.

B. L'ACTION D'INTERET PROPRE, L'ACTION GROUPEE D'INTERETS PROPRES, L'ACTION D'INTERET COLLECTIF ET LES OBLIGATIONS DEONTOLOGIQUES DE L'AVOCAT BELGE

L'action d'intérêt propre et l'action d'intérêt collectif lorsqu'elle est reconnue ou autorisée, ne pose en soi pas beaucoup de problèmes spécifiques.

Lorsque le groupement ou le collectif n'a pas la personnalité morale et que l'avocat agit au nom et pour compte de différentes personnes qui ont un intérêt identique, voire commun, - ce que nous pourrions qualifier d'action groupée d'intérêts propres - plusieurs questions se posent sur le plan déontologique.

1. LE DEMARCHAGE ET LA PUBLICITE

1.1. Principe

Le démarchage qui consiste en "toute forme de sollicitation de clientèle, dépassant la simple information, consistant à offrir d'initiative un service défini ou personnalisé à une clientèle potentielle individualisée, en ce compris la mise à disposition, notamment sur un site, de services juridiques définis" est interdit^{184 185}.

¹⁸³ Voy., notamment, *Petrovic v. Amoco Oil Co.*, 200 F.3d 1140 (8th Cir. 1999).

¹⁸⁴ Règlement du 20 juin 2000 sur la publicité (articles 1 et 2), *Recueil des règles professionnelles du barreau de Bruxelles*, 2003, p.269. Cette interdiction est aussi rappelée dans le règlement du 12 juin 2001 relatif à la création par les avocats de sites internet, à l'enregistrement des noms de domaines ainsi qu'à l'offre de services juridiques par la voie

1.2. Application

Plusieurs cas d'application ont été soumis aux autorités ordinales ces dernières années :

- dans le cadre d'une procédure pénale en cours, un site internet avait été créé par une association prétendant réunir les victimes. L'identité et les coordonnées des avocats de cette association étaient mentionnés sur ce site. Sur injonction du bâtonnier, le nom des avocats dû être supprimé¹⁸⁶ ;
- des clients avaient été dupés par une compagnie d'assurances. Un avocat avait été contacté par quelques clients. Il avait écrit à d'autres clients préjudiciés en signalant le nom et l'adresse des clients qu'il représentait déjà – ce qui posait aussi le problème du non respect du secret professionnel- et leur proposait d'assurer leur défense afin de lancer une procédure collective. Il attirait l'attention sur le fait que l'action allait être prescrite bientôt. Sur injonction du bâtonnier, l'avocat dut se déporter ;
- un avocat avait écrit à un syndicat pour proposer de représenter les intérêts individuels de travailleurs en conflit avec le directeur de leur entreprise. Il faisait également distribuer dans l'entreprise un mandat destiné à se faire désigner par chaque membre du personnel afin d'assurer leur défense, ce que l'avocat contestait.

A cette occasion, les autorités ordinales ont décidé que :

- rien n'empêchait un avocat de soutenir une action collective,
- il était formellement interdit à l'avocat de solliciter la clientèle, précisément pour obtenir la création de ce collectif.

Nous pensons cependant que rien n'empêche un avocat de rédiger un mandat destiné à circuler pour obtenir sa désignation par d'autres personnes, à condition qu'il ne le distribue pas lui-même. Ceci est usuel dans les conflits mettant en cause des copropriétaires, des riverains lésés par un aéroport, des victimes d'inondation ou des actionnaires minoritaires préjudiciés ;

électronique, recueil des règles professionnelles du barreau de Bruxelles, 2003, p.272 et le règlement du 21 octobre 2002 de l'O.B.F.G. relatif à l'usage des technologies de l'information et de la communication, recueil des règles professionnelles du barreau de Bruxelles, 2003, p.273 (article 4).

¹⁸⁵ Cons. J.J. BARBIERI, *Mon droit@moi.com, regards sur le "démarchage déontologiquement correct"*, D.S., Ch. 2003, p.983.

¹⁸⁶ *Lettre barreau de Bruxelles*, novembre-décembre 1997, janvier 1998, p.83.

- dans un cas récent, le conseil de l'Ordre de Bruxelles a été amené à devoir préciser que l'avocat ne devait jouer aucun rôle dans la constitution du groupement ou du syndicat des personnes dont les intérêts sont mis en cause et que l'avocat est susceptible de défendre.

En l'espèce, l'avocat intervenait comme conseil d'actionnaires minoritaires dans le cadre de procédures liées à des O.P.A. Le conseil de l'Ordre a admis que la mise sur pied d'un syndicat des actionnaires minoritaires dans le cadre d'une O.P.A. ou de victimes qui poursuivent l'indemnisation de leur préjudice était le moyen naturel de regroupement de plusieurs personnes pour envisager efficacement une action judiciaire qu'il serait impossible de financer individuellement. Le conseil a cependant précisé qu'il n'appartenait pas spécifiquement à l'avocat d'être celui qui, en son nom organisait ledit syndicat¹⁸⁷.

L'initiative du regroupement doit revenir aux clients eux-mêmes. Elle peut aussi revenir à des tiers, telles que des compagnies d'assurances.

2. LES RELATIONS AVEC LA PRESSE

2.1. Principe

Même si les relations entre l'avocat et les médias ont considérablement évolué ces dernières années, les principes restent inchangés :

1. les activités de l'avocat peuvent entraîner son intervention en public, à la télévision, à la radio ou par voie de presse, sur des questions d'intérêts scientifique ou général ou, exceptionnellement sur des affaires déterminées. A l'occasion de ces interventions, l'avocat peut, en règle, faire usage de son titre d'avocat ;

2. l'avocat n'interviendra qu'avec mesure, sans céder à la sollicitation de renseignements. Il sera attentif à respecter le secret professionnel et l'obligation de réserve et de discrétion. Il évitera de dénaturer son intervention en une recherche de publicité personnelle.

En ce qui concerne plus particulièrement les affaires en cours, l'intervention de l'avocat n'est, en règle, admissible que si elle est exclusivement inspirée par le souci du droit de défense ;

¹⁸⁷ Séance du 15 janvier 2002, *Lettre du barreau*, 2001-2002, 1^{er} trimestre 2002, p.102.

3. L'avocat veillera à donner des informations exactes et à interpréter les faits de manière objective. Il répond de son serment et ne jouit pas de l'immunité réservée à la plaidoirie. Il ne parle qu'en son nom et sous sa propre responsabilité, sans engager l'Ordre qui ne s'exprime que par le bâtonnier et le conseil de l'Ordre¹⁸⁸.

2.2. Application :

- Dans une affaire où un avocat intervenait comme conseil d'actionnaires minoritaires dans le cadre de procédures liées à des OPA, le conseil de l'Ordre de Bruxelles s'est interrogé sur la façon dont certaines interviews sont conduites et sur les risques que ces interviews puissent apparaître comme un démarchage prohibé.

Le conseil de l'Ordre a d'abord constaté qu'il fallait être conscient de ce que des sociétés importantes, parfois à structure multinationale, potentiellement défenderesses dans ce type d'actions, disposaient de services de presse et de communication compétents et organisés. Il faut pouvoir y répondre de manière adéquate, sans qu'une déontologie étroite ou mal comprise empêche les avocats consultés d'intervenir efficacement dans des procédures dirigées contre elles.

Le conseil a distingué quatre cas de figure, selon lesquels l'avocat qui s'exprime par voie de presse est ou non consulté au préalable par un ou plusieurs clients, que l'intervention se fasse par une interview sollicitée par le journaliste ou à l'occasion d'un communiqué ou d'une conférence de presse, à l'initiative de l'avocat. Ce qui sera presque certainement assimilé à un démarchage interdit sera la communication par voie de presse, à l'initiative de l'avocat, alors qu'il n'est pas consulté à ce moment. Dans cette hypothèse, s'il s'agit d'une interview, il devra éviter tout risque de sollicitation. En revanche, l'avocat consulté peut, dans les limites de la défense des intérêts de son ou de ses clients, communiquer d'une façon qui lui paraît adéquate, sous sa responsabilité, mais avec un contrôle a posteriori des autorités de l'Ordre¹⁸⁹.

- Dans une autre affaire, plusieurs investisseurs préjudiciés à l'occasion de l'introduction en bourse d'instruments financiers souhaitaient mettre en cause la responsabilité d'intermédiaires financiers "teneurs de marché" et de l'autorité de marché.

¹⁸⁸ Résolution du barreau de Bruxelles du 27 juin 1989 relative aux interventions de l'avocat en public, à la télévision, à la radio ou par voie de presse, rec. règles professionnelles, 2003, p.177 ; cons. Forum n°48 et bulletin de prévention de l'O.B.F.G., n°3, septembre 2003.

¹⁸⁹ Séance du 15 janvier 2002, *Lettre du barreau*, 2001-2003, 1^{er} trimestre 2002, p.102.

Ces investisseurs décidèrent de s'organiser et de créer un syndicat de défense. Ce genre de dossiers suppose en effet une connaissance approfondie du droit financier et engendre des coûts qui excèdent souvent les montants des investissements individuels.

Ils consultèrent un avocat qui leur donna une consultation concluant à l'existence d'infractions au droit financier et au règlement de marché applicable.

Les investisseurs lésés décidèrent d'informer le public via les journaux de l'existence de ces manquements en vue de fédérer le plus grand nombre possible de personnes et d'intenter une procédure à l'intermédiaire de l'avocat consulté.

Des articles parurent dans la presse et plusieurs personnes lésées se manifestèrent auprès du premier groupe d'investisseurs qui s'était constitué.

Ils décidèrent de constituer un syndicat de fait de défense des actionnaires, en mandatant l'avocat précité pour les représenter dans le cadre des négociations et procédures à mener.

Un communiqué de presse mentionnant le nom de cet avocat et les personnes de contact fut diffusé aux médias, au départ du fax du cabinet de cet avocat, les clients lésés n'ayant pas de secrétariat à leur disposition. Une Asbl rejoignit les clients lésés. Elle avait pour objet "la défense des intérêts matériels et moraux des actionnaires de sociétés, porteurs d'obligations et plus généralement détenteurs d'instruments financiers. L'association, qui poursuit un but non lucratif a notamment pour objet de leur apporter un appui logistique et financier dans le cadre des revendications, actions judiciaires ou autres entamées en vue du respect de leurs droits. Elle peut faire tout ce qui se rattache directement ou indirectement à son objet social". Cette Asbl décida de soutenir l'action des clients préjudiciés.

Plusieurs autres clients se manifestèrent à la lecture des articles publiés dans la presse, auprès des personnes de contact qui leur expliquèrent la position du syndicat de défense, la stratégie et les moyens envisagés en vue de la mettre en oeuvre. Si les clients grugés le souhaitaient, ils transmettaient leurs coordonnées afin qu'un courrier d'information leur soit envoyé. La personne de contact transmettait ces fiches à l'avocat désigné.

Dans ce cas d'espèce, le bâtonnier a estimé qu'il n'y avait pas de sollicitation de clientèle. Le syndicat n'avait pas été créé par l'avocat (cf. supra 2.1) et les contacts avec la presse n'avaient pas été faits par lui.

On peut quand même s'interroger sur le fait de savoir si l'avocat des investisseurs préjudiciés, nécessairement informé de ce que son nom figurerait sur un communiqué de presse dont l'objet même consistait à démarcher d'autres clients potentiels et qui était envoyé aux médias à l'intermédiaire de son propre fax, n'aurait pas dû veiller à un peu plus de délicatesse.

3. LES RELATIONS AVEC LES CLIENTS

3.1. Principe

En acceptant sa mission, l'avocat s'engage à une obligation de compétence¹⁹⁰ dans la préparation et la conduite de la procédure, depuis la constitution du dossier jusqu'à l'avis sur la solution à choisir.

L'avocat comme tout professionnel a un devoir d'information de chacun de ses clients. Il doit éclairer son client pour lui permettre de se déterminer en connaissance de cause. En raison de la nature de ses missions, il a en outre un devoir spécifique de conseil. Il doit veiller à ce que les actes qu'il accomplit soient couverts par un mandat exprès donné par ses clients.

3.2. Application

Lorsqu'un avocat accepte de représenter un grand nombre de justiciables dans le cadre d'une même procédure, il se pose la question de savoir comment il peut matériellement assurer le respect de ces devoirs d'information et de conseil à l'égard de chaque client. De quelle manière les clients vont prendre une décision en toute connaissance de cause (approbation des conclusions, acquiescement à une décision, appel, transaction...). Faut-il obtenir l'unanimité de chaque client ou la majorité des clients constituant le groupement peut-elle suffire ?

Lorsque des clients préjudiciés décident de créer un syndicat pour assurer leur défense, le seul lien existant entre eux résulte du fait qu'ils ont fait choix du même avocat pour éviter les problèmes liés au droit de la procédure (cf. supra sur l'intérêt à agir d'une éventuelle Asbl à qui les droits et obligations des actionnaires lésés seraient transférés).

¹⁹⁰ M. MAHIEU, "La prévention de la responsabilité civile de l'avocat en matière de consultation et de négociation", in *La responsabilité de l'avocat*, Ed. du jeune barreau, Bruxelles, 1992, p.53-54.

Les risques de prise de contrôle du syndicat par des éléments hostiles ne doivent pas être sous-estimés.

L'avocat consulté par des clients d'un groupement, avec lequel existe un lien "intuitu personae" doit veiller à ce que chaque membre de cette association de fait puisse quitter à tout moment le syndicat.

Vu le nombre important de justiciables que peut comporter un tel syndicat -plusieurs centaines, voire plusieurs milliers de personnes- il n'est pas étonnant que les règles régissant la relation entre l'avocat et ses clients puissent être adaptées.

Dans un cas d'espèce où un millier d'investisseurs préjudiciés avait décidé de créer un syndicat de défense, l'avocat consulté avait mis au point les conditions contractuelles suivantes :

"Il était décidé de réserver la détermination de la stratégie du syndicat en accord avec quelques clients, composant un comité d'accompagnement de syndicat. Les documents importants (lettres, conventions, conclusions) étaient soumis à ce seul comité. Les autres clients étaient tenus au courant régulièrement. Si des décisions importantes devaient être prises (ex. : transaction), elles étaient soumises individuellement à chaque actionnaire mais un vote majoritaire (à 90%) pouvait être requis pour éviter des blocages de minorité.

Sur le plan des honoraires, des provisions régulières étaient demandées (1 eur par titre souscrit avec un minimum de ...) étant entendu que l'honoraire final tiendrait compte du résultat obtenu et pourra représenter de 10 à 15% des montants récupérés".

Le bâtonnier, informé de ces conditions, n'a émis aucune objection de principe. Ce mode de fonctionnement de syndicat pose cependant la question de la bonne exécution des devoirs d'information et de conseil de l'avocat à l'égard de chaque client. Par ailleurs, l'avocat mandataire consulté peut-il poursuivre valablement l'exécution de ses prestations pour un client minoritaire, si celui-ci ne marque pas son accord par exemple sur le contenu de conclusions prises en son nom, sur le dépôt d'une requête d'appel ou sur un accord transactionnel ?

Lorsque l'avocat conseille les clients dans un sens déterminé et que la plupart d'entre eux suivent ce conseil, peut-il se maintenir comme avocat des autres clients minoritaires, qui ne le suivent pas ?

IV OBSERVATIONS FINALES

Les Etats-Unis connaissent la *class action* depuis près de cent ans. Cette procédure y est utilisée tant pour obtenir des dommages et intérêts que pour prononcer des injonctions. Elle connaît un certain essor depuis la fin des années soixante et permet aux individus de lutter contre les injonctions et les dérives occasionnés par de puissantes sociétés et institutions.

Nous avons examiné le régime applicable des actions collectives, tant sur le plan des conditions de recevabilité que des règles de procédure et de jugement qui lui sont spécifiques. Les avocats américains sont tenus à certaines contraintes déontologiques sur le plan du secret professionnel et des conflits d'intérêts. Les règles relatives à la publicité et au démarchage sont cependant plus souples que celles applicables aux avocats belges.

La Belgique ne connaît pas la *class action* sensu stricto, même si plusieurs projets de loi en ce sens ont été déposés au parlement. A côté des actions d'intérêt propre, notre droit ne reconnaît que très timidement certaines actions d'intérêt collectif et certaines actions de défense des intérêts individuels. Il en est ainsi, comme on l'a vu, des actions introduites par les unions professionnelles et les syndicats. En dehors de leur reconnaissance légale, la cour de Cassation considère qu'un groupement, même légalement constitué, n'a pas d'action pour obtenir réparation d'un préjudice causé à tout ou partie de ses membres ou affectant le but pour lequel ce groupement a été constitué.

Certaines juridictions de fond ont cependant consacré des actions d'intérêt collectif dans le domaine des droits de l'homme.

Lorsqu'un avocat intervient dans le cadre d'une action groupée d'intérêts propres divers ou dans le cadre d'une action d'intérêt collectif, lorsqu'elle est autorisée ou reconnue, nous avons tracé le cadre des contraintes déontologiques existantes tant sur le plan du démarchage, de la publicité, des relations avec les médias que des rapports avec les clients. Nous avons ainsi pu constater que les actions collectives constituent un véritable défi à la déontologie.