

## LOST IN TRANSLATION : LA COMPARAISON DES DROITS EN CONTEXTE DE DIVERSITÉ LINGUISTIQUE

par Catherine PICHÉ\*

*Puisque le droit s'exprime d'abord par la langue, à la fois écrite et parlée, et parce que chaque langue est véhicule de droit et de notions juridiques, le droit et la langue sont évidemment inséparables, indissociables. Lorsque des juges s'expriment sur la définition de leur rôle, sur leurs fonctions et pouvoirs, de même que sur leurs pratiques, ils le font en fonction de leur système juridique propre et des lois applicables, bien sûr, mais aussi de la langue parlée ou du médium de communication en cause. Sont analysées dans cet article les perceptions de juges francophones et anglophones de quatre systèmes juridiques différents, quant au rôle qu'ils exercent lors de l'approbation des règlements hors cour conclus dans le cadre de recours collectifs. En conclusion, l'usage d'une formulation plus universelle de ce rôle est préconisé.*

---

*Law and language are inherently inseparable. When judges are asked to explain their role, functions and powers in the approval of class action settlements, they speak by referring to their own jurisdictions, laws and specific language. This article addresses the connection between the evolution of law and linguistic diversity. Taking the example of the role of French- and English-speaking judges in adjudicating collective transactions in four jurisdictions, the author demonstrates that linguistic diversity can be a vector of development of the law across jurisdictions. The writer concludes that language permits the mutual enrichment of comparable legal processes and concepts, and calls for the harmonisation of standards of fairness in transactions relating to class actions.*

---

\* . Catherine Piché est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Elle est spécialiste de procédure et de preuve civile, de litiges complexes, de droit comparé et de droit international privé. Elle est docteure en droit de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill (« Fairness in Class Action Settlements », publiée aux Éditions Carswell en 2011). La professeure Piché a été formée en droit aux universités d'Ottawa (LL.L. *magna cum laude*, 1997) et de Dalhousie (LL.B., 1999), ainsi qu'à la New York University School of Law (LL.M., 2001). Elle est membre des barreaux du Québec, de New York et du Massachusetts. Cet article est le fruit de réflexions en vue de conférences présentées par l'auteure en 2011-2012 à l'occasion du 50<sup>e</sup> Colloque de l'Association québécoise de droit comparé, le 28 octobre 2011 à l'Université de Sherbrooke, et au 4<sup>e</sup> congrès du Irish Society of Comparative Law, Cork, University College Cork, le 3 mars 2012. Il a déjà fait l'objet d'une publication sous une forme différente en 2013 dans le *Irish Journal of Legal Studies*.

**SOMMAIRE**

<b>I -</b>	<b>Introduction .....</b>	<b>481</b>
<b>II -</b>	<b>Élaboration d'une problématique.....</b>	<b>483</b>
<b>III -</b>	<b>État du droit et comparaison des droits : juge « fiduciary », « protector », ombudsman ou protecteur? .....</b>	<b>485</b>
<b>IV -</b>	<b>Comparaison de droits procéduraux par le biais d'une langue de référence .....</b>	<b>495</b>
<b>V -</b>	<b>Diversité linguistique, traductions et droit comparé .....</b>	<b>506</b>
<b>VI -</b>	<b>Vers un rôle universel du juge .....</b>	<b>508</b>

Il est toujours possible de dire  
la même chose autrement<sup>1</sup>.

## I - Introduction

En juillet 2010, l'auteure et professeure Lera Boroditsky publiait dans le *Wall Street Journal* un article intitulé *Lost in Translation*<sup>2</sup>, dans lequel elle suggérait l'existence d'un lien causal entre la langue et la perception et conceptualisation des notions de temps, d'espace et de causalité, de même que leurs manifestations extérieures. Elle écrivait : « [d]o the languages we speak shape the way we think? Do they merely express thoughts, or do the structures in languages (without our knowledge or consent) shape the very thoughts we wish to express? »<sup>3</sup> Elle concluait que ce lien entre la langue et la pensée cognitive existait, illustrant son propos par l'exemple d'une tribu éloignée d'aborigènes australiens. Cette tribu avait pour particularité de se déplacer dans la jungle dense en fonction des points cardinaux, plutôt que par référence aux usuelles « droite » et « gauche ». Remarquant qu'à travers leur langage propre, les aborigènes avaient un sens de l'orientation beaucoup plus développé que d'autres peuples et tribus à caractéristiques sociales similaires, Boroditsky soutenait que la pluralité linguistique pouvait entraîner un compte-rendu distinct d'un même souvenir, ainsi que des perceptions divergentes d'une relation contemporaine.

Dans le présent article, est abordée, d'une manière similaire, la problématique de l'influence de la langue sur le droit de quatre systèmes juridiques nord-américains de deux traditions juridiques distinctes. Il y est question d'étudier empiriquement le processus d'approbation des transactions hors cour de recours collectifs, et plus précisément, le rôle des juges chargés d'approuver de tels projets de règlement. Plusieurs questions sont

- 
1. Paul RICOEUR, *Sur la traduction*, Paris, Bayard, 2004, p. 45.
  2. Lera BORODITSKY, « Lost in Translation », *Wall Street Journal* (23 juillet 2010), en ligne : <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703467304575383131592767868.html>> (consulté le 9 mai 2012).
  3. *Id.*

posées. Principalement, quels facteurs sont appelés à influencer la manière dont les juges perçoivent leur rôle et agissent, dans l'exercice de leur compétence et de leurs fonctions, dans ce processus d'approbation? L'usage de différentes langues dans les systèmes étudiés a-t-il un tel impact ou influence? Et si influence il y a, s'étend-elle à la comparaison des droits, en matière de recours collectifs, comme il en découle de la pratique de ces juges?

Puisque le droit s'exprime d'abord par la langue, à la fois écrite et parlée, et parce que chaque langue est véhicule de droit et de notions juridiques, le droit et la langue sont évidemment inséparables, indissociables<sup>4</sup>. Lorsque des juges s'expriment sur la définition de leur rôle, sur leurs fonctions et pouvoirs, de même que sur leurs pratiques, ils le font selon le droit applicable dans leur système juridique, bien sûr, mais aussi en fonction de la langue parlée ou du médium de communication en cause. C'est à travers cette lentille bien particulière que sont ici étudiées les perceptions de juges quant à leur rôle d'approbation d'une transaction à portée collective, rôle fondamental, car complexifié par la multitude d'intérêts en cause.

Le présent article a donc pour objet de traiter non seulement des divergences linguistiques et de leur lien avec la compréhension et perception d'un rôle judiciaire, mais aussi de traiter d'un processus de réflexion comparative, ainsi que de ses nombreux obstacles sous-jacents aux plans juridique et culturel. Les hypothèses initiales au projet sont d'abord abordées, puis notre analyse de la doctrine et de la jurisprudence, mise en parallèle avec les résultats commentés d'entrevues de juges. Sont ensuite discutées quelques notions de méthodologie en droit comparé. Plusieurs pistes de solutions sont offertes pour pallier le doute du chercheur et théoricien du droit par la linguistique, traduction et jurilinguistique. L'article se conclut par les enseignements qu'il est

---

4. Voir notamment Jean-Claude GÉMAR, « Langage du droit et (juri) linguistique. États et fonctions de la jurilinguistique » dans Jean-Claude GÉMAR et Nicholas KASIRER (dir.), *Jurilinguistique : Entre langues et droits*, Montréal, Éditions Thémis, Bruylant, 2005, p. 7 (ci-après « GÉMAR et KASIRER »).

permis de tirer du projet, ainsi que par les nombreuses questions qui malheureusement restent en suspens. Enfin, une définition plus universelle du rôle du juge approbateur est offerte en guise d'ouverture.

## II - **Élaboration d'une problématique**

Pour les fins du présent article ainsi que de notre projet d'étude doctorale (lequel a fait l'objet d'une publication distincte<sup>5</sup>), trois systèmes juridiques de common law, soit la Colombie-Britannique, l'Ontario et le système de droit fédéral américain, ont été choisis pour étude, ainsi qu'un principalement civiliste : le Québec. Pour chacun des systèmes choisis, ont été étudiées les différentes manières dont les rôles et pouvoirs des juges sont définis en droit des recours collectifs. À cette étude théorique s'est ajoutée une analyse du droit « en action », soit une perspective empirique, offerte par dix-sept entrevues de juges siégeant en recours collectifs dans ces mêmes systèmes sur une période de six mois<sup>6</sup>. Des dix-sept entrevues, plus du tiers ont été tenues en français, auprès de juges québécois, de telle sorte que le facteur de diversité linguistique est demeuré important et révélateur. Par ailleurs, il faut noter que ces entrevues devaient principalement servir de cadre au projet doctoral précité<sup>7</sup> beaucoup plus large.

S'est plus précisément posée, dans le contexte d'entrevues se déroulant dans l'une ou l'autre des deux langues officielles, la question de la traduction appropriée de plusieurs expressions pertinentes à ce domaine du droit, pour des fins de comparaison des droits. Quel sens donner au concept fondamental du « fiduciary judge » agissant à l'audience d'approbation de transactions collectives, utilisé par les juges américains et considéré fondamental dans la doctrine et la jurisprudence américaines, mais n'existant

- 
5. Catherine PICHÉ, *Fairness in Class Action Settlements*, Toronto, Carswell, 2011.
  6. *Id.*, pour une discussion plus poussée de la sélection des juges, de la validité de l'échantillonnage et des questions méthodologiques plus largement.
  7. *Id.*

pas au Canada? Fallait-il alors traduire cette expression *a priori* intraduisible? L'expression d'un rôle de « juge protecteur », utilisée allègrement par les juges canadiens autant en français (« protecteur ») qu'en anglais (« protector »), pouvait-elle être traduite intégralement comme « protector judge » ou « role of protection » alors que l'entrevue était tenue, tour à tour, avec un juge anglophone, puis francophone? Et dans la mesure où les juges québécois semblaient s'inspirer énormément de la jurisprudence ontarienne quant au standard d'équité d'une transaction de recours collectif, était-il adéquat et pertinent d'utiliser sans réserve aucun des mots « protector » et « protecteur » de manière interchangeable à l'étape de la révision et de l'approbation de telles transactions, autant au courant des entrevues que des écrits et rapports d'entrevues subséquents?

Il a d'abord été tenu pour acquis – par le biais d'une hypothèse de départ – que les juges avaient probablement des rôles, responsabilités et pouvoirs identiques – ou du moins, similaires – dans les quatre systèmes juridiques étudiés, compte tenu des structure, nature et objectifs généraux du recours collectif énoncés dans chacun<sup>8</sup>. De fait, le recours collectif y est conçu comme une procédure particulière intéressant et concernant un nombre élevé de membres vulnérables ignorant le plus souvent l'existence et la nature du recours, mais étant pourtant liés par le jugement ou la transaction mettant fin au litige<sup>9</sup>. De plus, dans chacun des systèmes, l'approbation d'une transaction collective se fait en fonction d'un standard d'équité de la transaction proposée pour tous les membres du groupe<sup>10</sup>. Ainsi, il existe un « noyau de comparaison », les droits y étant comparables<sup>11</sup>. Et même si la culture

---

8. *Id.*, p. 25-43, pour une discussion beaucoup plus détaillée de la question et une élaboration des arguments soutenant notre hypothèse.

9. *Id.* Voir aussi : Shaun FINN, *Recours singulier et collectif – Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, p. 44-49; Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 211-216 (ci-après « LAFOND »).

10. C. PICHÉ, préc., note 5, p. 177 et suiv.

11. Jacques VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Diegem, E. Story-Scientia, 1995, p. 399-418 (ci-après « VANDERLINDEN »).

judiciaire des systèmes identifiés y est distincte, à plusieurs égards<sup>12</sup>, les politiques sous-jacentes du droit applicable à l'approbation des transactions collectives sont comparables<sup>13</sup>. Il a donc semblé utile de porter plus loin l'exercice de comparaison des droits, autant sur le plan théorique qu'empirique.

Alors que les dix-sept entrevues permettaient de relever des divergences d'attitudes et d'opinions des juges quant à leur rôle, une problématique intéressante émergeait. Les juges francophones et anglophones décrivaient leur rôle comme étant un rôle de « protecteur » ou « protector » en français puis en anglais, mais à en écouter la description de leurs pratiques, il devenait évident qu'ils exerçaient souvent ce rôle bien différemment. Ces divergences étaient-elles liées, exclusivement ou non, à l'usage d'expressions juridiques distinctes, et surtout, d'une langue distincte? Étaient-elles plutôt tissées, beaucoup plus fondamentalement, à la culture et aux traditions propres à ces systèmes juridiques? Peut-être y avait-il un peu des deux facteurs? Alors que l'usage alternatif des qualificatifs « fiduciary », « protector », « ombudsman » ou « ombudsperson » apparaissait influencer la manière dont les juges examinaient la transaction et en appréciaient le caractère équitable, l'hypothèse élaborée initialement quant à la similarité ou l'identité du rôle du juge à travers les systèmes était remise en question.

### **III - État du droit et comparaison des droits : juge « fiduciary », « protector », ombudsman ou protecteur?**

Contrairement à la transaction hors cour de l'instance civile traditionnelle, laquelle peut se conclure privément entre parties contractantes, les transactions collectives doivent être approuvées par un tribunal pour être valides et surtout, lier tous et chacun

---

12. C. PICHÉ, préc., note 5 et Catherine PICHÉ, «The Cultural Analysis of Class Action Law», (2009) 2 *J. Civ. L. Stud.* 101.

13. VANDERLINDEN, préc., note 11.

des membres d'un groupe de recours collectif<sup>14</sup>. Ces transactions résultent de négociations souvent complexes entre le ou les représentants de recours collectifs envisagés ou autorisés, les défendeurs au recours et leurs procureurs respectifs. Elles seront ensuite soumises à un tribunal pour évaluation et approbation, le tout à l'occasion d'une audience tenue en bonne et due forme. À cette audience, le tribunal évaluera le caractère « juste, raisonnable et équitable de la transaction proposée pour l'ensemble des membres du groupe »<sup>15</sup>.

Le rôle du juge à cette étape du recours collectif est complexe. On lui demande d'évaluer et d'approuver une transaction complexe visant un nombre élevé d'intéressés, qu'il peut ne comprendre que superficiellement. De surcroît, les parties et leurs avocats n'auront le plus souvent présenté à l'audience qu'un portrait bien partiel et incomplet de la transaction, comprenant les éléments les plus favorables du document<sup>16</sup>. Toutes et chacune des parties seront d'accord sur le contenu et les modalités de la transaction, s'y étant entendues et désirant au final la faire approuver sans contradiction ni adversaire, dans un contexte fort différent de celui de l'audience civile traditionnelle, adversative et

---

14. Voir, notamment l'art. 1025 du *Code de procédure civile* du Québec (« C.c. »), puis C. PICHE, préc., note 5, p. 177 et suiv. pour certaines références au droit d'autres systèmes juridiques.

15. Voir, pour ce standard, les articles de lois et jurisprudences suivants : U.S. *Federal Rule of Civil Procedure* 23(e) (le règlement de recours collectif doit être « fair, reasonable, and adequate » pour être approuvé par un juge). Au Canada, le standard d'équité du règlement de recours collectif est prévu en jurisprudence: *Dabbs c. Sun Life Assurance*, (1998) O.J. No. 1598 (Gen. Div.) au par. 11. Voir aussi *Smith Estate v. Oriet*, [2010] O.J. No. 873 au par. 18; *Ainslie v. Afexa Life Sciences Inc.*, [2010] O.J. No. 3302; *Killough v. Can. Red Cross Society* (2007) B.C.J. No. 1262 (B.C.S.C.) (qui ajoute un élément de bonne foi au test); *Rideout v. Health Labrador Corp.*, (2007) N.J. No. 292 (Nwfd'l and Lab. S.C.), par. 138; *Sparvier v. Canada (Att. Gen.)*, (2006) S.J. No. 752 (Sask. C.Q.B.); *Mont-Bleu Ford Inc. v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.*, [2004] O.J. No. 1270 (Sup.Ct.J.), para. 58; *Landry c. Syndicat du transport de Montréal*, (2006) J.Q. no. 3043 (S.C.) (QL), para. 31.; *Pelletier c. Baxter Healthcare Corp.*, 2007 QCCS 2490, p. 10.

16. C. PICHE, préc., note 5, p. 130-134.



contradictoire<sup>17</sup>. Les parties signataires auront ainsi tout intérêt à ce que la transaction soit approuvée par le tribunal. Et comme le décrivait si habilement le juge André Prévost, de la Cour supérieure du Québec, le débat contradictoire évacué, le juge doit se montrer « vigilant »<sup>18</sup>, car il est le « gardien et le protecteur des droits des membres »<sup>19</sup>. De fait, « bien que le représentant agisse en leur nom, il n'est pas tenu en principe de les consulter relativement à la conduite du recours »<sup>20</sup>. Alors qu'il « n'a généralement qu'une connaissance limitée des circonstances et des enjeux du litige [...], [le juge] doit en principe encourager le règlement des litiges par la voie de la négociation, ceci étant généralement dans le meilleur intérêt des parties »<sup>21</sup>.

À l'analyse comparative de la doctrine et de la jurisprudence dans les quatre systèmes juridiques sélectionnés – les « objets de comparaison »<sup>22</sup> –, on notera que le processus d'approbation y est envisagé de manière identique. Dans ces systèmes, il existe un processus de négociation du règlement hors cour, par le biais de conférences téléphoniques ou de gestion auxquelles participent avocats, représentants du groupe et défendeurs, accompagné d'une ou plusieurs audiences visant l'approbation de la transaction<sup>23</sup>. Les projets de transactions collectives sont ensuite transmis à un tribunal pour évaluation et approbation à l'audience<sup>24</sup>. À l'audience, le projet de transaction est présenté – favorablement dans l'ensemble – par les procureurs de demande et de défense, les représentants n'étant que très rarement interrogés, si ce n'est

---

17. *Id.*

18. *Demers c. Johnson & Johnson*, 2009 QCCS 2760, par. 21 (ci-après « *Demers* »). Voir aussi le juge Gagnon dans *M.G. c. Association Selwyn House*, 2008 QCCS 3695 (première audience sur l'approbation de la transaction collective – rejetée) et *M.G. c. Association Selwyn House*, 2009 QCCS 989 (deuxième audience sur l'approbation de la transaction – transaction acceptée).

19. *Demers*, *id.*, par. 19.

20. *Id.*, par. 20.

21. *Id.*, par. 21.

22. VANDERLINDEN, préc., note 10.

23. C. PICHÉ, préc., note 5, chap. 1.

24. *Id.*

que pour confirmer leur assentiment avec le document<sup>25</sup>. Les membres du groupe autres que ceux qui le représentent sont également exclus du processus d'approbation, à moins de s'objecter formellement au projet proposé. Fait intéressant, les juges se montreront plus ou moins interventionnistes, selon les systèmes juridiques, et pourront choisir de suggérer quelques modifications au projet de transaction avant de l'approuver, ou simplement de l'approuver en bloc<sup>26</sup>. Ainsi, l'étude du droit applicable dans chacun des systèmes permet de conclure que la matière et le sujet du projet se prêtent bien à la comparaison<sup>27</sup>.

L'étude comparative des droits permet toutefois de relever que le rôle du juge y est énoncé distinctement dans chacun des systèmes juridiques étudiés. Ainsi, dans le système de droit fédéral américain, il s'agit d'un rôle de « fiduciary »<sup>28</sup>, lequel est décrit par la doctrine et la jurisprudence comme requérant d'exercer un devoir « of vigilance » tout en exerçant une « increased judicial scrutiny when settlement negotiations raise red flags »<sup>29</sup>. Il s'agit donc d'un devoir de loyauté à l'égard des membres du groupe qui autrement n'auraient pas eu la possibilité de donner leur opinion, d'une « affirmative obligation [to exercise] due care in balancing a list of case-specific factors, to determine whether the judge has adequately protected the absent class members »<sup>30</sup>.

---

25. *Id.*, p. 130-134.

26. *Id.*, p. 136-138 et p. 141-146.

27. Harold Cooke GUTTERIDGE, *Le droit comparé : Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953, p. 102 et suiv. (ci-après « GUTTERIDGE »).

28. Voir *Reynolds v. Beneficial National Bank*, 288 F.3d 277, p. 280 (7<sup>th</sup> Cir. 2002). (« [T]he district judge in the settlement phase of a class action suit is a fiduciary of the class, subject therefore to the high duty of care that the law requires of fiduciaries. »); *Culver v. City of Milwaukee*, 277 F.3d 908, p. 913-915 (7<sup>th</sup> Cir. 2002). (Class representative, lawyer for putative class, and district judge are all fiduciaries). Voir aussi C. PICHE, préc., note 5, p. 124-25.

29. Chris BRUMMER, «Sharpening the Sword: Class Certification, Appellate Review and the Role of the Fiduciary Judge in Class Action Lawsuits», (2004) 104 Colum. L. Rev. 1042, p. 1066-67 (ci-après « BRUMMER »).

30. *Id.*, p. 1065-66.

Le rôle de « fiduciary » apparaît alors, de prime abord, comme n'étant pas strictement un rôle de protection, mais comme étant plutôt un rôle de représentation. Le juge est perçu comme une sorte d'avocat des membres plutôt que comme l'adjudicateur neutre et impartial qu'il doit être – du moins en théorie – dans le système adversatif<sup>31</sup>. Ainsi, ce juge devient un agent des membres du groupe, et est – étonnamment! – tenu d'agir de bonne foi et avec le plus haut degré de vigilance possible<sup>32</sup>.

Dans les provinces canadiennes de common law choisies, soit l'Ontario et la Colombie-Britannique, le rôle du tribunal à l'approbation de transactions collectives est plutôt décrit comme celui d'un protecteur des membres « absents » du groupe, soit ceux qui ne sont pas des représentants envisagés ou désignés du groupe<sup>33</sup>. Ainsi, la jurisprudence des provinces de common law décrit très simplement le rôle du tribunal à l'approbation comme un rôle de protecteur des membres dans l'examen des critères d'équité de la transaction proposée. En comparaison, en droit civil québécois, il n'y a ni équivalent du rôle de « fiduciary judge », ni quelque trace d'un devoir fiduciaire quelconque du juge. Cette distinction pourrait découler logiquement du fait que le mot « fiduciaire » a un sens bien différent en français, davantage lié au droit des fiducies<sup>34</sup>.

- 
31. C. PICHÉ, préc., note 5; Voir aussi Mirjan R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986 (ci-après « DAMASKA »). Pour une vision plus globale des différents systèmes de droit judiciaire dans le monde.
  32. *In Re. AT & T Mobility Wireless Data Services Sales Tax Litig.*, 2011 W.L. 2204584 (N.D.Ill. E.Div.) (les tribunaux doivent exercer le « highest degree of vigilance » dans la révision des transactions collectives).
  33. Pour une définition des membres absents du groupe, voir C. PICHÉ, préc., note 5, p. 119-120.
  34. En français, on pense au mot « fiduciaire » comme signifiant « [q]ui se rapporte à la fiducie, au fidéicommiss. » Voir *Le Trésor de la langue française informatisé* : <<http://atilf.atilf.fr/>> (consulté le 9 mai 2012). Voir aussi Bureau de la traduction, *Lexique du droit des fiducies*, BT-259, 2005 Ottawa : <<http://www.btb.gc.ca/publications/documents/fiducies-trusts.pdf>> (consulté le 9 mai 2012).

Les tribunaux québécois décrivent plutôt le rôle du juge approbateur comme étant un rôle de « protection » des membres absents du groupe proposé et souvent même un rôle d'« ombudsman » ou « ombudsperson »<sup>35</sup>. Selon les auteurs québécois, le juge doit toujours chercher à faire respecter les droits des membres absents et cela, de préférence à ceux du représentant du groupe proposé<sup>36</sup>. Ainsi, le tribunal « exerce un rôle de surveillance des intérêts des membres du groupe. Il doit, en conséquence, ana-

---

35. Voir *Brochu c. Québec (Société des loteries)*, 2009 QCCS 5678, par. 41; *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Nortel Networks*, 2007 QCCS 266, par. 32 (réfère au rôle de « gardien » et « protecteur » des « droits des membres ») (ci-après « APEIQ »); *Doyon c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, [1997] J.Q. no. 3126 (C.S.), par. 13 (« ombudsman »); *Hotte c. Servier Canada inc.*, 2002 CanLII 609 (QC CS); *Rouleau c. Placements Etteloc inc.*, 2006 QCCS 5319; *Brochu c. Québec (Société des loteries)*, J.E. 2003-1295 (C.S.). Mais voir *Spieser c. Canada (Procureur général)*, 2009 QCCS 4042, par. 20 (réfère à un juge « fiduciaire » en relation avec l'article 1016 C.p.c.). Fait intéressant, sur lequel nous reviendrons un peu plus loin, la Cour supérieure a récemment énoncé, dans *Cornellier c. Province canadienne de la congrégation de Sainte-Croix*, EYB 2011-19963, par. 33 (ci-après « *Cornellier* »), que le juge devait, à l'étape de l'approbation de la transaction, « néanmoins se montrer vigilant, car il est le fiduciaire des membres absents. »

36. LAFOND, préc., note 9, p. 448 :  
 « [d]ans le cas où les parties impliquées dans une action ne sont pas toutes présentes devant le tribunal – et c'est précisément le cas du recours collectif –, non seulement le juge peut-il intervenir dans le déroulement de l'instance, mais a-t-il le devoir de le faire pour assurer à ces parties une représentation adéquate devant l'appareil judiciaire et, en conséquence, un traitement juste et équitable de leurs droits. Le juge devient en quelque sorte l'"avocat", le protecteur de l'intérêt des membres absents, tout en se forçant de demeurer impartial, ce qui le place dans une position pour le moins inconfortable. Compte tenu de l'importance de l'enjeu et de l'autorité du jugement sur les droits des membres absents, le représentant ne peut disposer seul et librement de l'enjeu collectif en litige. L'obligation d'une représentation adéquate ne pèse pas uniquement sur les épaules du représentant et de son procureur, mais repose également sur une protection judiciaire attentive et efficace. ... Le tribunal a pour mission d'assurer un contrôle constant des activités du représentant tout au long de la procédure, pour garantir le caractère adéquat de la représentation des membres du groupe et y suppléer, s'il y a lieu. »

lyser les effets que pourrait avoir [la transaction] sur les droits et recours des membres. »<sup>37</sup>

Comment définir, réconcilier et enfin, comparer, à proprement parler, ces expressions du rôle du juge de recours collectif de « fiduciary », d'« ombudsman » (ou « ombudsperson ») et de protecteur ou « protector »? De prime abord, il ne s'agit pas de les traduire tout simplement ou de les assimiler l'un à l'autre. Les incohérences linguistiques découlant de l'analyse jurisprudentielle doivent d'abord être élucidées dans leur langue respective, et les expressions jurisprudentielles divergentes du rôle clarifiées en obtenant les impressions des juges relatives à leur rôle par le biais d'entrevues.

Une première impression se dégage toutefois de cette variété d'expressions d'un rôle dans la jurisprudence et la doctrine. On interprète le rôle du juge « fiduciary » comme requérant qu'il se place davantage dans la peau de celle de ses protégés, lorsqu'il évalue leurs intérêts, par rapport au juge « protecteur » qui protège plus largement – et moins fondamentalement – les intérêts des membres absents du groupe de recours collectif. Cette interprétation découle d'une étude précise de la jurisprudence et des explications données par les juges interrogés du processus d'évaluation et d'approbation des transactions dans chacun de leurs systèmes juridiques, de la manière dont ils décrivent leur implication, leur rôle, leur raisonnement. Dans une logique similaire, la référence au qualificatif « ombudsman », lequel trouve racine dans les langues scandinaves et signifie « représentant » ou « médiateur »<sup>38</sup>,

---

37. *Ostiguy c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2005-1639 (C.S.) EYB 2005-93093. Voir aussi *Union des consommateurs c. Ford du Canada ltée*, J.E. 2005-353 (C.S.), REJB 2004-81180; *Dufour c. Bayer inc.* (6 novembre 2001), Montréal, n° 500-06-000139-010, B.E. 2002BE-45 (C.S.); *Doyon c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, B.E. 97BE-899 (C.S.).

38. Office québécois de la langue française, *Grand dictionnaire terminologique* : « [p]ersonne qui a la responsabilité de soutenir les droits, les intérêts et les demandes des clients auprès de la société productrice de biens ou de services » ou « [c]'est par analogie avec le rôle du protecteur du citoyen que l'emprunt *ombudsman* est employé au sens général de "médiateur". On utilisera plutôt les termes *défenseur*, *protecteur* ou

appelle à un plus haut degré d'implication du juge que celle du simple « protecteur » des membres du groupe.

L'étendue de la comparaison est certes limitée par les difficultés linguistiques inhérentes aux systèmes judiciaires étudiés et à leur culture intrinsèque<sup>39</sup>. En effet, dans les systèmes civilistes, le concept d'un devoir fiduciaire n'existe généralement pas<sup>40</sup>. Si la caractérisation du juge de common law comme juge fiduciaire des membres absents est conforme au devoir des fiduciaires de protéger spontanément les intérêts des personnes vulnérables, elle n'est pas conforme au droit traditionnel du « agency »<sup>41</sup>, comme l'explique le professeur Brummer :

[...] the description of the judge as a fiduciary is incongruous with basic principal-agent relationships usually indicative of such duties. Judges are not agents of plaintiffs, traditionally conceived. There is neither a contract nor a pledge of loyalty to plaintiffs; if anything, they act on behalf of the state and larger civil society<sup>42</sup>.

Ainsi, puisque le mandat ne s'applique pas à la relation entre le juge et les parties à l'action civile, les tribunaux canadiens ont généralement tendance à plutôt choisir de référer à un rôle de protecteur des membres absents du groupe<sup>43</sup>. De plus, dans cha-

---

*médiateur* (et leurs désignations féminines) qui sont déjà généralisés en français. » <[http://granddictionnaire.com/BTML/FRA/r\\_Motclef/index800\\_1.asp](http://granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp)> (consulté le 9 mai 2012).

39. GUTTERIDGE, préc., note 27, p. 103.

40. *Supermarché A.R.G. Inc. c. Provigo Distribution Inc.*, [1995] R.J.Q. 464, p. 492-93 et p. 504-05 (C.A.).

41. BRUMMER, préc., note 29, p. 1064.

42. *Id.* L'attribution d'un devoir fiduciaire au juge a aussi été critiquée par le professeur Samuel Issacharoff : « in no other context do we find courts entering binding decrees with such a complete lack of access to quality information and so completely dependent on the parties who have the most to gain from favorable court action. » Voir SAMUEL ISSACHAROFF, « Class Action Conflicts », (1997) 30 U.C. Davis L. Rev. 805, 808.

43. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : Impact et évolution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 44 et suiv.

cun des systèmes judiciaires étudiés, le devoir d'impartialité du juge implique qu'il n'affiche aucune préférence pour l'une ou l'autre des parties et qu'il ne soit l'agent de personne. De surcroît, le juge du système adversatif nord-américain a comme fonction traditionnelle d'être un chercheur de la vérité<sup>44</sup>, un acteur neutre<sup>45</sup>, ce qui n'est ni conforme, ni conciliable avec des responsabilités de fiduciaire<sup>46</sup>. La détermination du caractère équitable de la transaction collective proposée doit donc se faire en tout respect des positions respectives des parties et sans prendre le parti de l'une ou l'autre<sup>47</sup>.

Néanmoins, la jurisprudence des provinces de common law assimile le processus d'approbation judiciaire de règlements de recours collectif à celui où le tribunal doit intervenir pour approuver une décision concernant une personne vulnérable, tel un mineur ou le bénéficiaire d'un trust<sup>48</sup>. Dans ces situations, la personne vulnérable n'est pas réellement en mesure de prendre une décision éclairée ou d'exercer un jugement à proprement parler. Cela voudra-t-il dire que les notions de « fiduciary », « protecteur(or) » et « ombudsman(person) », quoi qu'intrinsèquement et linguistiquement distinctes, pourront se rejoindre, s'entrechoquer?

Il existe ici une difficulté qui tient en partie au fait qu'au dialogue bilingue se superpose le dialogue entre systèmes et traditions juridiques. Les descriptions des rôles des juges pourront-elles jamais s'équivaloir ou du moins se définir de manière similaire à travers les différents systèmes juridiques? Comment s'inscriront-elles dans la tradition juridique d'un système donné?

---

44. Lon Luvois FULLER, «The Forms and Limits of Adjudication», (1978) 92 Harvard L. Rev. 353.

45. Voir aussi Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication*, Cambridge, Harvard University Press, 1997; et DAMASKA, préc., note 31.

46. PICHÉ, préc., note 5, p. 128-129.

47. *Baxter c. Canada (A.G.)*, 83 O.R. (3d) 481 (2006), par. 10-11 (« [the Court's function] is not to substitute its judgment for that of the parties who negotiate the settlement. Nor is it the Court's function to litigate the merits of the action. »)

48. PICHÉ, préc., note 5, p. 123 et suiv.

Par ailleurs, le choix de référer à un rôle en anglais – « protector » – ou en français – « protecteur » – pourra aussi avoir un impact sur le droit comparé des recours collectifs, la méthode de comparaison des droits des systèmes juridiques choisis. Ce rôle pourra affecter la manière dont les juges agissent et s'approprient leur rôle à l'étape d'approbation de la transaction.

L'impact pourra certes exister lorsque les juges importeront, puis exporteront le droit d'autres systèmes juridiques, à travers la jurisprudence publiée, dans le but d'éclaircir ou de raffiner un aspect plus obscur de leur droit, en référant au passage au droit étranger, en le traduisant ou non. Par exemple, dans la récente affaire en Cour supérieure dans *Cornellier*<sup>49</sup>, rendue en décembre 2011, il était question pour le tribunal d'approuver une transaction proposée. La Cour expliqua que « [l]e Tribunal doit, en principe, encourager le règlement des litiges par la voie de la négociation. Il doit néanmoins se montrer vigilant, car il est le fiduciaire des membres absents. » De prime abord anodine, cette explication dénote une influence de la langue sur la méthode d'analyse des systèmes de droit des recours collectifs. De fait, même si la Cour supérieure ne cite pas de jurisprudence ou de doctrine pour soutenir cette explication, son origine ressort clairement d'une lecture attentive de la jurisprudence américaine classique sur le rôle de l'approbateur de transaction collective, précisément dans l'arrêt *Reynolds*, rendu par la Cour du 7<sup>e</sup> Circuit<sup>50</sup>. L'on note alors l'intéressant choix des termes « vigilant » et

---

49. *Cornellier*, préc., note 35.

50. *Reynolds*, préc., note 28, p. 279-80 (« Before such a settlement may be approved, the district court must determine that a class action settlement is fair, adequate, and reasonable, and not a product of collusion. [...] The principal issue presented [...] is whether the district judge discharged the judicial duty to protect the members of a class in class action litigation from lawyers for the class who may, in derogation of their professional and fiduciary obligations, place their pecuniary self-interest ahead of that of the class. This problem, repeatedly remarked by judges and scholars, [...] requires district judges to exercise the highest degree of vigilance in scrutinising proposed settlements of class actions. We and other courts have gone so far as to term the district judge in the settlement phase of a class action suit a *fiduciary of the class*, who is subject



« fiduciaire des membres absents » par la Cour dans *Cornellier*, lequel, à notre avis, n'est pas le fruit d'un hasard, mais bien d'une traduction directe du droit américain et d'une illustration de l'importation en notre droit d'un droit étranger. Ainsi, le droit local serait influencé à la fois par la langue utilisée et par la traduction d'un droit étranger sur lequel on se fonde ou qui influence notre raisonnement.

Dans ce contexte, un juge québécois citant une jurisprudence ontarienne sur le devoir de « protector » agira-t-il alors à l'évaluation de la transaction proposée comme un juge ontarien le ferait? Seule une entrevue particulière suivant la prise de la décision en cause aurait permis d'élucider ce questionnement. Les juges ne pouvant commenter leurs décisions, par devoir de réserve, aucune telle entrevue n'a pu être tenue, ni aucune conclusion tirée de manière ferme à ce titre. Comment alors comparer adéquatement les rôles des juges à travers les différences systèmes juridiques?

#### **IV - Comparaison de droits procéduraux par le biais d'une langue de référence**

Le droit comparé renvoie « à une démarche intellectuelle consistant à comparer entre eux des systèmes juridiques ou des éléments de ces systèmes (objets de droit, relations entre de tels objets). »<sup>51</sup> Pour Rodolfo Sacco, le droit comparé permet de « connaître les différences existant entre modèles juridiques, et contribuer à la connaissance desdits modèles. »<sup>52</sup> En l'espèce, le choix d'une étude comparative des processus d'approbation des transactions de recours collectifs devait permettre d'interpréter et de connaître plus adéquatement les systèmes judiciaires étudiés. Elle devait aussi permettre de comprendre les divergences et de les

---

therefore to the *high duty of care that the law requires of fiduciaries* » [nos italiques]).

51. Marie-Laure IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », (2001) 2 R.I.D.C. 289 (ci-après « IZORCHE »).

52. Rodolfo SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 8 (« ci-après SACCO »).

exploiter, tout en cherchant à solidifier une proposition éventuelle d'un rôle plus universel du juge approbateur de transactions de recours collectifs, dans une perspective d'unification, d'harmonisation et de réforme de ce droit.

Pour certains auteurs, le comparatiste doit s'efforcer de « mettre en évidence des ressemblances et des différences entre des objets appartenant à des univers juridiques distincts, [et de] « confronter un certain nombre de systèmes juridiques », afin de comprendre les divers droits nationaux. »<sup>53</sup> Ainsi, il faut d'abord examiner les objets de comparaison et se poser la question de leur ressemblance et potentiel de comparaison. Comment s'assurer, toutefois, que les objets sont bel et bien comparables? La difficulté est que « pour comparer, il faut connaître, et pour connaître, il faut comparer. »<sup>54</sup> Serons notées, dans l'effort, les ressemblances, différences, relations entre éléments explicatifs des différences et entre les objets d'étude eux-mêmes<sup>55</sup>. En l'espèce, la comparaison était possible, et même idéale, entre les objets de recherche, comme énoncé précédemment<sup>56</sup>, car les processus d'approbation judiciaire des transactions collectives étaient très similaires dans les quatre systèmes étudiés.

Pour Jacques Vanderlinden<sup>57</sup>, la méthode comparative requiert d'abord de cerner adéquatement le « matériau de la compa-

---

53. *Id.*, p. 291.

54. IZORCHE, préc., note 51, p. 296.

55. *Id.*, p. 303-4.

56. Voir précédents textes accompagnant les notes 10 et 12.

57. VANDERLINDEN, préc., note 11; Pierre LEGRAND et Roderick MUNDAY, *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Mark. VAN HOECKE, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004; René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil compare: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950. Voir aussi Mary-Ann GLENDON, Michael GORDON, Christopher OSAKWE, *Comparative Legal Traditions*, 2<sup>e</sup> éd., St-Paul, Minnesota, 1994, p. 12 (ci-après GLENDON *et al.*); Basil MARKESINIS, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford, Hart Publishers, 1997; Otto PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », (2001) R.I.D.C. 2; Béa-

raison », soit les mots qui pourront être ceux du législateur, de la jurisprudence, de la doctrine, et aussi, des comportements<sup>58</sup>. Ainsi, toute étude comparative doit d'abord passer par l'étude des références comportementales ou contextuelles, et « [p]lus les paramètres sont nombreux (prise en compte de données scientifiques, sociologiques, économiques, historiques, philosophiques, religieuses, linguistiques etc.), plus la comparaison a des chances d'être fertile. »<sup>59</sup> À cet égard, le terrain de comparaison du présent projet est considéré fertile, car constitué de législation, de jurisprudence et de doctrine, mais aussi d'une étude des comportements des acteurs constituée de données tirées d'entrevues de juges.

Une des difficultés à la comparaison, qu'il faut tout de même souligner, est la distinction, dans les systèmes juridiques choisis, entre traditions juridiques. Trois sont des systèmes de common law et un est principalement civiliste. À cet égard, toutefois, le droit judiciaire québécois est mixte<sup>60</sup>, et son interprétation ne se fait pas en vase clos, mais plutôt, en laissant possible l'influence de la common law<sup>61</sup>. Ainsi, alors que les juges québécois sont appelés à travailler avec des codes civils, la conceptualisation et la perception de leurs compétences, rôles, devoirs et

---

trice JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : Bilan et prospective », (2005) R.I.D.C. 1 (ci-après « JALUZOT »). Voir aussi Gerard-René DE GROOT, « The Point of View of a Comparative Lawyer », (1987) 28(4) *Cahiers de droit* 793.

58. VANDERLINDEN, *id.*, p. 399 et suiv. (et surtout, p. 404 : « [c]omparer donc, mais ne jamais perdre de vue que la loi constitue un matériau rudimentaire, ne donnant parfois qu'une image très approximative, voire erronée du droit, même si c'est souvent le seul stade que puisse ambitionner, voire souhaiter franchir le comparatiste. »)

59. Olivier MORÉTEAU, « Premiers pas dans la comparaison des droits » dans GÉMAR et KASIRER, préc., note 4, p. 414 (« ci-après MORÉTEAU ») (expliquant que « [t]out questionnement sur la teneur et les contours d'une règle, son efficacité et son effectivité doit passer par une étude de terrain et une évaluation du contexte. À défaut, la comparaison n'est pas pertinente ou est incomplète. »).

60. *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, par. 32 (ci-après « *Lac d'amiante* »).

61. *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, par. 27.

pouvoirs doit passer par une étude du texte de loi, d'abord, puis du contexte, en laissant une certaine place à la common law comme source interprétative<sup>62</sup>.

Pour Konrad Zweigert et Hein Kötz, travailler la méthode initialement choisie est la meilleure manière d'aborder le droit comparé<sup>63</sup>. Il faut d'abord poser une question, une hypothèse – même très brève – une idée, un problème. Ensuite, au stade préliminaire, il s'agit de décrire, sans analyse ni commentaire, le droit applicable dans chacun des systèmes juridiques<sup>64</sup>. L'étape de comparaison commence formellement à l'étude de l'origine des règles, dans une perspective historique, contextuelle. Il faudra donc éviter de seulement juxtaposer, et plutôt accueillir cette approche fonctionnaliste voulant que « les lois doivent être étudiées à la lumière de leur finalité »<sup>65</sup> et que les règles ne soient comparables « que [lorsqu'elles] remplissent la même fonction »<sup>66</sup>. L'objectif ultime de cette approche étant de considérer l'objet que l'on étudie en vertu des objectifs sociaux qu'il sert<sup>67</sup>. Ayant choisi cette méthode, il est ici question de repasser au peigne fin les lois, jurisprudence et doctrine en cause de même que leurs objectifs et finalités sous-jacents.

Dans l'approche fonctionnelle, l'étape subséquente est celle où l'on construit un système; pour ce faire, il faut développer une syntaxe spéciale ainsi qu'un certain vocabulaire. Cette étape pose problème dans les contextes de diversité linguistique. Le système doit être particulièrement flexible, et impliquer des « concepts

---

62. *Lac d'amiante*, préc., note 60.

63. Konrad ZWIEGERT et Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 33-34 (ci-après « ZWIEGERT et KÖTZ »).

64. *Id.*, p. 40 et suiv.

65. Harold Cooke GUTTERIDGE, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 148-151.

66. Rudolf SCHLESINGER, Hans BAADE, Peter HERGOZ, Eduard WISE, *Comparative Law-Cases-Texts-Materials*, 6<sup>e</sup> éd., New-York, Foundation Press, 1998, p. 48. Aussi, MORÉTEAU, préc., note 59, p. 421.

67. JALUZOT, préc., note 57, p. 40, citant GLENDON *et al.*, préc., note 57, p. 12.

large enough to embrace the quite heterogeneous legal institutions which are functionally comparable. »<sup>68</sup> Finalement, après toute cette recherche, le comparatiste doit procéder à une analyse et évaluation critique de ce qu'il a découvert<sup>69</sup>. Parfois, l'une des solutions apparaîtra comme étant la meilleure ou la pire. Le comparatiste offrira alors une solution nouvelle, supérieure aux autres et distincte de l'un des droits nationaux<sup>70</sup>.

Évidemment, il existe d'autres approches à la comparaison des droits : la méthode factuelle, d'abord, qui préconise la « juxtaposition comparative de situations de faits semblables », par laquelle l'observateur « compare des situations qui lui sont familières et n'est pas embarrassé par des structures ou une terminologie qui sont soit intraduisibles, soit trompeuses. »<sup>71</sup> Puis, l'approche contextualiste ou culturelle, laquelle comprend le droit comme étant une « manière de structurer l'expérience sociale ».<sup>72</sup>

Pour certains auteurs, avec la reconnaissance d'expressions nouvelles telles « famille juridique »<sup>73</sup>, « culture juridique »<sup>74</sup> et « tradition juridique »<sup>75</sup>, il y aurait malgré tout deux tendances méthodologiques opposées<sup>76</sup>. En effet, selon eux, « la méthode de

---

68. ZWEIGERT et KÖTZ, préc., note 63, p. 44.

69. *Id.*, p. 44-45.

70. *Id.*, p. 47.

71. Basil MARKESINIS, « Unité ou divergence; à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », (2001) R.I.D.C., 810 et suiv. cité dans JALUZOT, préc., note 57, p. 42.

72. JALUZOT, *id.*, p. 43.

73. VANDERLINDEN, préc., note 11, p. 309 et suiv.

74. Guenther DOEKER-MACH et Klaus ZWEIGART, *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2004, p. 26; Clifford GEERTZ, « Deep Play: Notes on the Balinese Cockfight » dans *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 1973; C. PICHE, préc., note 5; Roger COTTERELL, « The Concept of Legal Culture » dans David NELKEN (dir.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1997, p. 13.

75. Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 33-40.

76. JALUZOT, préc., note 57, p. 47.

lecture de l'objet observé (un système juridique par exemple) est liée à notre culture»<sup>77</sup>, et

en s'éloignant des objets observés, et en se plaçant au niveau des comparaisons (et non plus des objets concrets) on a peut-être plus de chances d'échapper aux déformations liées aux cadres conceptuels des systèmes observés. Mais on n'échappera pas aux déformations dues aux cadres conceptuels de l'observateur lui-même, et peut-être faut-il conclure, avec Christian Jacq, que 'la vérité n'existe que dans la recherche de la vérité [...]'<sup>78</sup>.

D'autres auteurs, enfin, simplifient le processus en indiquant qu'il suffit de deux opérations pour le comparatiste : d'abord, (1) de prendre de la distance, en essayant de se détacher des anciennes connaissances et de résister aux préjugés de sa propre culture juridique, puis, (2) de faire la différence en développant une attention particulière à la diversité et en ayant conscience de l'impact de la perspective et de l'expérience du comparatiste<sup>79</sup>.

---

77. IZORCHE, préc., note 51, p. 322.

78. *Id.*, p. 325.

79. Gunter FRANKENBERG, « Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law », (1985) 26 *Harvard Int'l L. J.*, 414 et suiv. Voir aussi Marie-Claire PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique » (2005) 1 *R.I.D.C.* 7, p. 13 (pour Ponthoreau, « la comparaison est une activité subjective car elle suppose comme l'interprétation, une évaluation des choix. ... Pour rendre compte d'un système juridique étranger ou bien d'une institution étrangère, il faut déterminer quelles en sont les principales caractéristiques, éventuellement l'originalité de certaines règles écrites ou non ... la comparaison ne consiste pas à mesurer les différences et les ressemblances, mais à donner un sens à cette activité de mesure. »). À cet égard, elle rappelle à la page 14 qu'il faut faire attention aux préjugés. Voir aussi deux auteurs que Ponthoreau cite, soit : Mark VAN HOEKE et Mark WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », (1998) 47 *Int'l Comp. L. Q.* 496, p. 497 (« [d]écrire et comprendre les règles d'un système juridique devrait être, en principe, très similaire à décrire et comprendre les règles de deux ou plusieurs systèmes juridiques. ... Si comprendre le droit suppose beaucoup plus lorsque l'on compare un système juridique étranger à son propre système, cela signifie qu'il y a beaucoup d'éléments qui implicitement ou in-

Quoi qu'il en soit, selon Moréteau, le comparatiste doit dire ce qu'il fait et se justifier<sup>80</sup>. Pour adéquatement décrire, puis comparer et comprendre le droit étranger en s'inspirant de ses solutions dans le but d'influencer le développement du droit national, il faut élaborer certaines hypothèses ainsi qu'une méthode. Et lorsqu'il s'agit de méthode, une « langue de référence »<sup>81</sup> est nécessairement requise, afin de compléter l'exercice de comparaison de droits énoncés dans plus d'une langue. Comment toutefois choisir une telle « langue de référence », plus neutre et universelle, dans un contexte de diversité linguistique? Comment identifier une expression – ou une série d'expressions – caractéristique du rôle du juge, pouvant survivre au temps et à l'évolution du droit des recours collectifs? Même si un texte de loi, de jurisprudence ou de doctrine décrit le rôle du juge d'une certaine manière, ce rôle peut ensuite s'exprimer très différemment en pratique<sup>82</sup>. Quoique l'analyse comparative permette de mieux comprendre le rôle du juge approbateur de transactions, de mieux encadrer une réforme éventuelle<sup>83</sup>, quel(s) mot(s) commun(s) peuvent servir à exprimer ce rôle et en cerner les limites?

Comme le suggérait Michael MacAuley, « words must be selected that overarch all traditions and as many languages as possible [...] »<sup>84</sup>; et un peu plus loin, « [...] common words are the best shorthand for complicated notions. »<sup>85</sup> Selon lui, pour pouvoir choisir et utiliser des mots communs (« common words ») et poser

---

consciemment déterminent la manière dont est compris, interprété et appliqué le droit pour chaque système juridique. ... le droit comparé rend attentif aux éléments qui influencent le droit à tous les niveaux; il oblige à nous confronter à nos structures idéologiques cachées. »).

80. MORÉTEAU, préc., note 59.

81. À ce sujet, voir MORÉTEAU, *id.*

82. Peter GOTTWALD, « Comparative Civil Procedure », (2005) 22 *Ritsumeikan L. Rev.* 23, 24. Voir aussi Raymond LEGEAIS, « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux », (1994) 46(2) *R.I.D.C.* 347.

83. SACCO, préc., note 52, p. 8-10.

84. Michael MACAULEY, « The Enskymment of Property », dans GÉMAR et KASIRER, préc., note 4, p. 179-186 (ci-après « MACAULEY »). Voir aussi David GERBER, « System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law? », (1998) 46 *Am.J. Comp. L.* 719.

85. MACAULEY, *id.*, p. 186 et suiv.

les bonnes questions dans un domaine du droit, il faut être sensible au sens donné par les différentes cultures aux mots les plus ordinaires<sup>86</sup>. Certains mots auront un certain sens précis dans une langue, et un sens tout différent dans une autre, comme le notait Ruttledge en traitant du concept de bonne foi :

[l]es mots bonne foi ont un son familier pour les oreilles anglaises; on ne doit pas considérer pourtant qu'ils soient l'équivalent de notre concept de « good faith » : quoique les notions aient à leur base un même idéal, celui de la conduite honnête et loyale entre les individus, la manière dont on conçoit sur le continent sa nature et ses caractéristiques donnent à la bonne foi un champ plus vaste que celui assigné à la 'good faith' dans notre droit<sup>87</sup>.

En l'espèce, même si les mots « protecteur » et « protector » s'équivalent sur le plan de leur traduction, ils ne sont pas, dans la pratique des juges, *équivalents*. Au fur à mesure des entrevues, ces mots sont apparus comme ayant un sens divergent pour les juges interviewés, malgré leur objectif similaire. Cette divergence devait-elle faire obstacle à l'objectif de recherche d'une langue de référence?

Le tableau suivant illustre la diversité de perceptions du rôle du juge à travers l'usage de langues distinctes. À l'occasion des entrevues, les juges ont eu à répondre aux questions suivantes : « [d]o you have a role of protection (or protector) at the approval of proposed settlements? », « [c]an you please describe your role at the settlement's approval stage? » ou « [q]ue pensez-vous du rôle de protecteur du juge » ou « [p]ouvez-vous me décrire votre rôle à l'approbation du recours collectif? » Des extraits d'entrevues les plus représentatifs sont reproduits dans le tableau résumé suivant :

---

86. *Id.*, p. 189.

87. GUTTERIDGE, préc., note 27, p. 130 et suiv.



Province	Description–type du rôle
Québec	« Notre rôle est de savoir si le règlement est juste et équitable pour les membres... étant un peu le protecteur des membres, on doit s'assurer que ceux qui ont été laissés de côté, pourquoi ont-ils été laissés de côté. ...c'est un peu notre jugement, notre évaluation à nous qu'on va substituer à celle des membres...on est obligés de se servir un peu de ce qui nous semble, nous, être dans l'intérêt des membres, ce qui nous semblerait être les préoccupations, si on se mettait dans les souliers des membres, comment pourraient-ils réagir, puis d'essayer de cheminer dans cette direction-là. »
Ontario	"I don't think we have that role (of protector) save insofar as it's subsumed by the test and the factors that are examined...the court is not class counsel and we're not an advocate...I regard it as a by-product of the processes as opposed to being the role of the court...I don't see myself as taking on the role of the class' protector...I simply measure whether or not the class has been protected, which I think is different. ...I don't have a job to protect the class; I have a job to see that a test is met...deciding that something is in their best interest and acting in their best interest is not the same thing."
C.-B.	The obligation of the judge is to ensure that the settlement is one that's fair and in the best interest of the class members as a whole... evaluate the fairness and reasonableness of a proposed settlement, how do they find out the interests of the class members that are absent. I don't know that phrase (the judge as protector) as such. In terms of the test for a settlement, it's implied to a certain degree, the best interests of the class members as a whole.
US	"...we are a <i>fiduciary</i> for the class. That's not a role that a judge is accustomed to having and suddenly you are more like a continental judge with an inquisitorial role and you have no adversaries to help you anymore because everybody is on the same side and telling you how wonderful the settlement is, etc., etc. So it's a very demanding role."

Plusieurs éléments intéressants ressortent de cet exercice d'analyse et de comparaison, comme il appert du tableau résumé. D'abord, il faut se rappeler que les juges canadiens s'expriment à l'occasion en français (principalement en français, d'ailleurs, au Québec, pour les fins de notre exercice) et à l'occasion en anglais (principalement en anglais, dans les provinces de common law).

L'aspect le plus révélateur des entrevues a donc été l'expression des rôles de « protecteur » ou « protector » par les juges.

À titre de rappel<sup>88</sup>, la jurisprudence québécoise révèle que les juges se décrivent comme des « protecteurs » et souvent même « ombudsperson » ou « ombudsman » des membres du groupe. Fait intéressant toutefois, lorsqu'elle s'inspire plus directement de la jurisprudence ontarienne de l'arrêt *Dabbs*<sup>89</sup>, cette jurisprudence réfère principalement à un rôle de « protector of absent class members »<sup>90</sup>. Et c'est de la doctrine québécoise que découle le standard, peut-être plus élevé, d'ombudsperson ou ombudsman des membres du groupe<sup>91</sup>. En droit fédéral américain, le rôle du juge « fiduciary », approbateur de transactions collectives, trouve plutôt origine dans la doctrine<sup>92</sup>.

Or, les descriptions divergentes offertes par les juges interviewés de leur rôle d'approbation révèlent des degrés d'implication bien différents selon les systèmes juridiques. D'une part, les juges de l'Ontario et de la Colombie-Britannique décrivent leur rôle en entrevue comme étant un rôle de « protector » des membres, à travers l'application du test d'équité de la transaction. Ils expliquent s'assurer que les intérêts des membres sont soupesés dans la transaction, sans pour autant se substituer à ces membres<sup>93</sup>. En aucun temps ne tentent-ils véritablement de se substituer aux membres, ni ne chaussent-ils réellement les souliers des membres. C'est une perspective que l'on qualifiera d'externe aux membres du groupe, plus objective aussi. Pour ces juges de com-

---

88. Voir ci-haut, Section III.

89. *Dabbs v. Sun Life Assurance*, (1998) O.J. No. 1598 (Gen. Div.).

90. Voir notamment *APEIQ*, préc., note 355.

91. Ginette PICHÉ, « Un premier rôle pour le juge » dans Alain PRUNJER et Jacqueline ROY (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec, Actes de la première conférence Yves Pratte*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 149-50.

92. Barbara ROTHSTEIN et Thomas WILLGING, « Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges », 2<sup>e</sup> éd., Washington, Federal Judicial Center, 2009, p. 27.

93. C. PICHÉ, préc., note 5, p. 135-141.

mon law, le protecteur est celui qui fait respecter la loi, tout simplement.

Le juge québécois se décrit dans les entrevues comme étant un « protecteur », gardien des membres du groupe, représentant les intérêts de ces derniers. Agissant en quelque sorte comme leur avocat, il considère leur intérêt avant tout, tel un « ombudsman » des membres. Il est beaucoup plus actif aussi, dans la détermination des intérêts de ses protégés, adoptant une perspective interne aux membres<sup>94</sup>. Le juge américain, enfin, est obligé comme « fiduciary » de protéger les membres avec un degré de vigilance beaucoup plus élevé, agissant comme un mandataire des membres du groupe<sup>95</sup>. Ainsi, il doit se substituer, en quelque sorte, à ces membres pour comprendre ce qui est ou non dans leur meilleur intérêt et évaluer comment ceux-ci réagiraient, face à la transaction.

Fait intéressant et important, les juges québécois s'expriment dans les entrevues à l'occasion en français, et à l'occasion en anglais. Tendance générale et intéressante, toutefois, les juges s'exprimant en anglais réfèrent à un rôle de « protector », puis en français, principalement à un rôle d'« ombudsman » pour décrire ces mêmes fonctions. Cette divergence peut-elle être expliquée par l'unique facteur de diversité linguistique, ou est-elle liée plus étroitement à la personnalité du juge, ou à des facteurs ethniques, sociaux, culturels? Notre discours juridique se trouve évidemment complexifié par ces suggestions. Nous n'osons pas répondre à ces questions de manière ferme. Mais au lieu de s'alarmer de cette complexité, peut-être y a-t-il lieu de s'en réjouir, comme le suggère Michael MacAuley :

[w]hen people in the law speak to each other about the law, they may cross systems, traditions and cultures. They may talk about the law formally or informally. The identity of the interlocutors and the objectives of the discourse will influence the choice of words and the register

---

94. *Id.*

95. *Id.*

of the remarks. There is no single style of address for the law as a philosophical discipline, as a social topic, or as a body of norms. This is true even within a single legal system where scholars, students and citizens approach the law with their own lexical specifications; they make it their own. *The nature of the law's discourse is, therefore, uncertain. It is normatively unstable.* However unsatisfactory this might seem to some, *it is a positive thing.* It is *this rhetorical diversity that is nourishing. It's positively thrilling [...].* Asking questions and suggesting solutions to [a certain legal problem] on the basis of ideas embedded in institutions of many legal systems will *foster a core understanding of [this legal problem] and other interests*<sup>96</sup>.

Ainsi, est-il intéressant de découvrir qu'à travers l'usage de mots que les dictionnaires et traducteurs qualifieront d'équivalents – « protecteur » en français et « protector » en anglais – les juges expriment un rôle et des devoirs distincts ainsi qu'une perspective nuancée : interne dans le cas de ceux s'exprimant en français, œuvrant en province civiliste, et externe dans le cas de ceux s'exprimant en anglais, de provinces canadiennes de common law. C'est donc dire que ces juges exercent leur rôle d'approbation différemment, aussi, dans un cas comme dans l'autre.

## **V - Diversité linguistique, traductions et droit comparé**

La relation entre le droit comparé et la traduction du droit a été bien peu abordée par les juristes et théoriciens du droit, comme l'énonce très clairement l'un des experts dans ce domaine, D<sup>r</sup> Sieglinde Pommer : « bien que beaucoup ait été écrit sur l'interrelation entre la langue et le droit par des linguistes ainsi que des juristes, pas assez d'attention a été consacrée aux implications, multiples et complexes, entre la traduction juridique et le droit comparé, ni en théorie ni en pratique. »<sup>97</sup> Il apparaît logique

96. MACAULEY, préc., note 84. (Nos italiques).

97. Sieglinde POMMER, «Re-evaluating Interdisciplinarity: The Significance of Comparative Law for Legal Translation Methodology», FIT Proceedings, XVIIth World Congress of the International Federation of Translators,

que la traduction aide à la comparaison des droits, et *vice versa*, mais qu'en est-il vraiment? Quelle est la meilleure manière d'accueillir et de tirer avantage de cette diversité linguistique dans la comparaison des droits?

La comparaison des termes « propriété », « ownership » et « property »<sup>98</sup>, celle des expressions « good faith » et « bonne foi »<sup>99</sup>, et enfin, celle des termes « fiduciary », « protecteur » et « ombudsman(person) » s'avère complexifiée par la « superposition » du dialogue bilingue à celui des traditions juridiques<sup>100</sup>. Mais est-il vraisemblable de penser mettre de côté le facteur tradition (et même, éventuellement, la culture) – ou de l'annihiler complètement, dans l'exercice de comparaison des droits, pour ne préserver que la langue comme facteur causal dans l'exercice? L'auteure France Allard décrivait, dans un article abordant le concept de « propriété », la « quête de sens » qu'elle percevait en ce terme coincé entre le droit civil et la common law<sup>101</sup>. Le concept du juge « fiduciary » est certainement lui aussi en telle quête de sens. Et compte tenu de la dimension empirique du projet en cause, et des données relevées en ce sens, le terme « protecteur » l'est certes aussi. Il en reste que la diversité de langues est « sans doute l'obstacle le plus puissant au comparatisme juridique [, puisque là] où elle disparaît, la comparaison fleurit. »<sup>102</sup>

Nombreux sont les exemples, dans la jurisprudence québécoise notamment, où les juges importeront le droit ontarien des recours collectifs, par analyse comparative, pour ensuite développer, au fil des ans, un standard ou un test distinct de celui

---

Tampere, 4 au 7 août 2005, p. 72. Voir aussi Sieglinde POMMER, «Droit comparé et traduction juridique – Réflexions jurilinguistiques sur les principes communs » dans Adèle ST-PIERRE et Mélanie THIBEAULT (dir.), Actes des XXI<sup>es</sup> Journées de Linguistique de l'Université Laval, Québec, 8 au 10 mars 2007, p. 27.

98. France ALLARD, « Entre le droit civil et la common law: La propriété en quête de sens » dans GÉMAR et KASIRER, préc., note 4, p. 195-223.  
99. GUTTERIDGE, préc., note 27.  
100. F. ALLARD, préc., note 98, p. 193 et suiv.  
101. *Id.*, p. 196.  
102. MORÉTEAU, préc., note 59, p. 425.

d'origine<sup>103</sup>. Ils reprendront la jurisprudence étrangère, dans leur langue d'origine, l'appliquant ainsi à leur propre système. Le feront-ils alors de manière « informée », quant à l'impact immédiat et futur sur le développement et l'interprétation de ce droit? La question est légitime.

Mais il est plus intéressant encore de remarquer que même si le rôle de « protector » est, par exemple, utilisé par les juges québécois après y avoir été importé de la common law, ces juges exercent et conceptualisent différemment ce rôle de protection par rapport à leurs collègues ontariens. Comme il l'a été énoncé préalablement, ils seront de plus ardents protecteurs des intérêts des membres du groupe, en se rapprochant davantage de leurs intérêts. C'est donc dire que même si l'on reconnaît que la langue implique et affecte le cognitif<sup>104</sup>, il pourra être plus sage d'attribuer l'usage de différents qualificatifs décrivant le rôle du juge à l'existence de cultures et traditions divergentes<sup>105</sup>.

## VI - Vers un rôle universel du juge

Le droit des recours collectifs canadien est importé, exporté et souvent traduit par les juges d'une langue officielle à l'autre. Ainsi, l'étude de la comparaison des droits sera facilitée en envisageant un rôle universel du juge approbateur, dans une langue « commune ». Dans le présent article, il a été question d'un processus de réflexion comparative, avec comme défi sous-jacent le contexte de diversité linguistique. L'expression du rôle du juge nous a été offerte dans deux langues, le français principalement

---

103. Voir notamment l'affaire *Cornellier*, préc., note 35.

104. Vivian GROSSWALD CURRAN, «Comparative Law and Language» in Reinhard ZIMMERMAN et Mathias REIMANN, (dir.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, à être publié: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=851506](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=851506)> (consulté le 10 mai 2012), p. 8.

105. Houman SADRI & Madelyn FLAMMIA, *Intercultural Communication: A New Approach to International Relations and Global Challenges*, New York, The Continuum International Publishing Group, 2011, p. 135 (« [l]anguage reflects different cultural values rather than different perceptions of the world »).

pour les juges québécois, et l'anglais pour les autres. Nous nous sommes alors questionnés quant à la méthodologie à préconiser dans l'étude des droits de recours collectifs de manière comparative. Ont été abordés bien concrètement les défis et obstacles inhérents à la question de la traduction, relativement à cette comparaison des droits.

Nous concluons l'article en suggérant que la plus adéquate, pertinente et universelle formulation du rôle du juge demeure celle de « protecteur » des membres du groupe, laquelle pourra être traduite dans d'autres langues (dont l'anglais). Cette formulation devra toujours, à notre sens, être accompagnée d'une élaboration concrète des pouvoirs et devoirs relatifs à ce rôle. Le juge protecteur sera ici celui protégeant les intérêts de l'ensemble des acteurs visés par la transaction, de la manière la plus neutre et désintéressée possible, et toujours dans l'objectif d'évaluation de la transaction selon les critères d'équité généralement reconnus.

C'est ainsi que nous admettrons, comme Vanderlinden, qu'il existe des limites au langage juridique, dues « à la complexité des phénomènes culturels, économiques, politiques et sociaux qui sous-tendent le juridique »<sup>106</sup>. Ce faisant, nous aurons humblement contredit Gutteridge, en quelque sorte, dans notre suggestion d'une langue universelle comme un « rêve » possible plutôt qu'« impossible »<sup>107</sup>.

---

106. VANDERLINDEN, préc., note 11, p. 413.

107. GUTTERIDGE, préc., note 277.

