

LE RECOURS COLLECTIF, LE DROIT CIVIL ET LA JUSTICE SOCIALE

par H. Patrick GLENN*

Le recours collectif, comme innovation processuelle importante, doit se justifier par les traditions judiciaires dont il est issu ou par sa contribution à la justice sociale. Or, le recours collectif se montre exorbitant de la tradition civiliste et aussi de la tradition de la common law. Sa légitimité ne peut non plus se justifier en fonction de sa contribution à la justice sociale car, administré par une magistrature indépendante, il nous manque inévitablement les données nécessaires pour évaluer son effet. L'expérience récente montre qu'il peut même fonctionner comme instrument de déni de justice.

The class action, as an important procedural innovation, must be justifiable by the legal traditions within which it functions, or by its contribution to social justice. Analysis demonstrates, however, its incompatibility with both the civil and common law traditions. Nor can it be justified by its contribution to social justice since, administered by an independent judiciary, it is impossible to obtain the data necessary to evaluate its effect. Recent experience demonstrates that it may even function as a instrument of denial of justice.

*. Titulaire de la chaire Peter M. Laing, Faculté de droit & Institut de droit comparé de l'Université McGill.

40 *Le recours collectif,
le droit civil
et la justice sociale* (1998-99) 29 R.D.U.S.

SOMMAIRE

I.	<i>Le recours collectif et le droit civil</i>	42
1.	Les techniques d'application du droit civil	42
2.	Le droit civil dans le contexte nord-américain	45
II.	<i>Le recours collectif et la justice sociale</i>	49
1.	L'information sur le recours collectif	50
2.	Le contrôle exercé sur le recours collectif	52
	Conclusion	55

Le recours collectif québécois a vingt ans. Pourtant, son histoire n'est pas longue, puisqu'il se situe dans une tradition judiciaire québécoise qui date de plusieurs siècles, et cette tradition elle-même s'appuie sur d'autres traditions -- celles du droit civil et de la common law -- qui essaient depuis plus d'un millénaire de définir le rôle du juge face au droit. Comment le recours collectif se situe-t-il par rapport à ces traditions? La question a rarement été posée dans le débat sur le recours collectif,¹ qui a été largement dominé par des questions d'accès, d'efficacité, et de coûts. Pourtant, dans la longue durée, le recours collectif doit se montrer compatible avec ces traditions qui justifient l'activité judiciaire ou, en cas d'incompatibilité, doit se fonder sur de nouvelles justifications qui ouvriraient tout un nouveau domaine de la fonction judiciaire.

En droit privé, le droit québécois se définit comme du droit civil, c'est-à-dire, comme adhérant à la grande tradition romano-germanique qui, depuis, le 19e siècle, existe dans le monde surtout sous forme de codification. Puisque le recours collectif est construit pour fournir une compensation individualisée, à chaque membre de la classe, il existe surtout comme instrument de mise en oeuvre du droit civil. Cela n'empêche pas son utilisation dans des domaines du droit public, mais son importance principale se trouve surtout dans l'effort de rendre efficace à travers de grands phénomènes sociaux les règles du droit civil. La première question qui se pose est donc de savoir dans quelle mesure le recours collectif est compatible avec la tradition du droit civil. Cette question ne peut cependant être posée sans prendre en considération l'influence que la common law a déjà exercé sur le système judiciaire du Québec. Le recours collectif est-il donc compatible avec cette combinaison particulière du droit civil et d'une magistrature largement influencée par la tradition de la common law? Seulement en cas d'incompatibilité avec ces deux traditions sera-il nécessaire de se demander si le recours collectif est justifiable par des notions plus larges de la justice sociale.

1. Voir, cependant, pour son attention à la question, P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996 à la p. 598 (le recours collectif facilité au Québec par l'absence d'une distinction formelle entre le droit privé et le droit public, ce qui permet l'emploi du recours collectif dans les deux domaines; et par le rôle important du juge).

I. *Le recours collectif et le droit civil*

Le droit civil se caractérise surtout par l'existence de règles de droit substantif, ou matériel, qui sont articulées de manière formelle pour assurer leur application dans la résolution des litiges. Comme l'a dit récemment un distingué juriste autrichien, un code civil est fait pour être appliqué.² En France, l'article 12 du Code de procédure civile énonce ainsi: «Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables». Cette idée, très simple, est très riche en conséquences pour les pays de droit civil du continent européen. Quelles sont donc ces conséquences et quelle est leur importance pour la notion du recours collectif?

1. Les techniques d'application du droit civil

Puisque le droit civil est composé de règles de droit qui sont articulées pour être appliquées, il s'en suit que le juge doit les connaître, ou au moins doit être présumé les connaître. *Jura novit curia*. Le juge connaissant les règles, il en découle que parties ne doivent plaider que des faits.³ De manière peut-être plus significative, le juge doit aussi s'assurer que les règles sont appliquées aux faits qui justifient leur application; autrement, le but de la promulgation des règles formelles serait contourné. Le juge doit donc faire enquête lui-même et ne peut pas, à l'opposé du juge de la common law, laisser la preuve des faits largement entre les mains des parties. De la nature des règles du droit civil découlait donc tout le système de procédure civile du continent européen et de la Nouvelle France.

Ces structures de la tradition civiliste ont des conséquences importantes sur la portée d'un jugement en droit civil et la possibilité de l'étendre à toute une

-
2. F. Schwind, dans Colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé (1986 : Strasbourg), *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères : actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988 à la p. 50 («... laisser l'application du droit à l'appréciation du juge ne correspond pas parfaitement aux exigences d'un droit codifié; dès lors, un droit doit être appliqué»).
 3. Ainsi l'article 6 du Code de procédure civile français: «À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder».

classe de demandeurs. Puisque les parties ne doivent plaider que les faits, établir le lien entre les faits et le droit est la responsabilité du juge. Si le juge rejette l'action en raison d'une règle de droit donnée, mais que l'invocation d'une autre règle aurait permis de la maintenir, le rejet erroné de l'action lui est imputable. Il s'en suit alors que le demandeur devrait pouvoir reprendre son action. S'il le fait, on admet que la nouvelle action est fondée sur une autre cause d'action puisqu'une autre règle de droit est maintenant visée. La cause d'action, dans la tradition civiliste, est très étroitement définie.⁴ Le jugement, lui aussi, est étroitement défini, puisqu'il dépend de l'étendue de la cause d'action. Il n'est donc pas un jugement large et expansif, capable de s'étendre à toutes les causes d'action possibles de tous les membres d'une classe. Le concevoir autrement changerait la nature même du droit civil et de ses techniques d'application.

L'incompatibilité de la tradition du droit civil avec le recours collectif se concrétise dans le principe de la relativité du jugement. Le jugement n'a pas d'effet *erga omnes* et ne peut s'appliquer qu'entre les parties au procès.⁵ Ces parties sont nécessairement nommées et doivent démontrer un intérêt personnel et direct dans la poursuite de leur action.⁶ Autrement, le juge statuerait sur des causes d'action multiples et larges et cela en l'absence d'une allégation des faits particuliers à la situation de chaque plaideur. Il en est autrement en droit public, où des remèdes peuvent être plus larges et collectifs pour mettre en oeuvre des notions de légalité dites «objectives.»⁷ En droit privé, cependant, qui est le domaine des particuliers, la subjectivité et la particularité de chaque cause empêchent des jugements plus englobants. Appliquer le droit civil, c'est l'appliquer à l'égard d'un individu; si le droit est appliqué autrement qu'à l'égard d'un individu, ce n'est plus le droit civil.

-
4. Voir J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 24e éd., Paris, Dalloz, 1996. (Les divers cas de recherche de la paternité naturelle constituent autant de causes différentes, d'autres exemples); R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 2d éd., Paris, Editions Montchrestien, 1986 à la p. 581.
 5. Perrot, *supra* note 4 aux pp. 582-583; Vincent et Guinchard, *supra* note 4 à la p. 170 (« ... la chose jugée qui lie les plaideurs n'a aucun effet à l'égard des tiers»).
 6. L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 2e éd., Paris, Litec, 1998 à la p. 365.
 7. Pour l'intérêt en contentieux en droit administratif français voir J. Vincent, G. Montagnier et A. Varinard, *la justice et ses institutions*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1985 aux n^{os}. 726, 731.

Il est évident que le recours collectif et cette tradition du droit civil s'affrontent, et même brutalement. L'article 2848, para. 2, du Code civil du Québec -- «... le jugement qui dispose d'un recours collectif a l'autorité de la chose jugée ...» est impensable à l'intérieur de la tradition. D'ailleurs, avec les connaissances que nous possédons maintenant du fonctionnement du recours collectif, l'incompatibilité avec la tradition civiliste s'aggrave, car il devient évident que le recours collectif exerce son effet non pas uniquement sur les règles de procédure, mais aussi sur les règles de fond, sur le corpus même du droit civil. Ainsi, le jugement portant sur un recours collectif en matière de responsabilité civile peut condamner un défendeur, et ainsi faire une détermination de sa faute, sans qu'il n'y ait preuve du dommage souffert par chaque membre de la classe et preuve du lien de causalité entre le dommage de chaque membre et l'activité du défendeur.⁸ Les conditions de la responsabilité civile sont changées; le droit civil se retrouve à la remorque de la procédure, conçue de cette manière collective. Il n'est plus le même droit civil, ayant subi un changement profond, mais occulte, puisque le texte de la loi, le texte du Code, demeure inchangé.

Les pays de droit civil du continent européen restent donc réfractaire au recours collectif et les réactions à son égard sont souvent d'une certaine vigueur. Parlant des procédures collectives en matière de faillite, sans même envisager une notion plus large de recours collectif, le professeur Oppetit s'est exprimé récemment dans les termes suivants:

«...on sait à quel arbitraire, à quelle subjectivité, aboutit cette casuistique générée par un droit plus institutionnel que matériel dès lors que la part de la décision y est plus importante que celle de la règle; de même, le droit des procédures collectives, détaché aujourd'hui de toute logique du droit de l'obligation et de l'exécution et ordonné à la réalisation d'objectifs purement économiques ... est devenu le droit de l'aléatoire, sacrifiant délibérément les principes du

8. Voir H. P. Glenn, «Class Actions and the Theory of Tort and Delict» (1985) 35 U. of T.L.J. 287; Lafond, *supra* note 1 à la p. 279; et aux États-Unis, R. Marcus, «They Can't Do That, Can They? Tort Reform via Rule 23» (1995) 80 Cornell L. Rev. 858 à la p. 876; J. Siliciano, «Mass Torts and the Rhetoric of Crisis» (1995) 80 Cornell L.Rev. 990 à la p. 1011.

droit des obligations et des sûretés sans même atteindre pour autant à l'efficacité dont il se réclame et prétend se légitimer»⁹

De manière plus tempérée, un observateur grec, grand connaisseur de la procédure civile dans toutes ses manifestations nationales, observe que le juriste civiliste:

« ... tend à placer les recours collectifs dans le contexte plus large des parties nécessaires à chaque action ... [et] voit toute l'institution du recours collectif comme un carrefour de plusieurs avenues typiques du droit américain, plutôt comme un phénomène isolé ...»¹⁰

Le recours collectif serait donc le produit du croisement de plusieurs idées ou principes du droit et de la procédure civile, qui peut exister dans certains contextes, mais non dans d'autres. Il serait incompatible avec le droit civil, proprement compris, mais serait par contre le produit d'une autre conception de la procédure, et du rôle du juge, qui est celle de la common law, du moins dans sa version nord-américaine. Il faut donc chercher la justification processuelle du recours collectif dans cette version nord-américaine du droit civil qu'est le droit québécois, ouvert à certaines influences de la common law.

2. Le droit civil dans le contexte nord-américain

Le droit québécois n'est plus le droit de la Nouvelle France. Son droit civil a déjà été codifié deux fois, soit en 1866 et 1994. Cette codification est cependant compatible avec l'évolution historique de la tradition romano-germanique, et les codifications au Québec auraient permis au droit québécois de se maintenir à l'intérieur de cette grande tradition, du moins quant aux sources formelles de son droit civil.¹¹ Un Code civil est fait, cependant, pour

9. B. Oppetit, «Droit et économie» (1992) 37 Arch. phil. dr. 19 à la p. 25, ré-imprimé dans B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, Presses universitaires de France, 1998 à la p. 169, avec la citation à la p. 180.

10. K. Kerameus, «A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure» dans K. Kerameus, *Studia Iuridica III*, Athens, Sakkoulas/Kluwer, 1995 à la p. 15.

11. Voir, cependant, pour la perte d'influence des codifications européennes dans le monde, avec la croissance des modèles indigènes de codification, H. P. Glenn, «The Grounding of Codification» (1998) 31 U.C. Davis L. Rev. 765.

être appliqué, et ce sont les moyens d'application du droit civil qui, au Québec, ont changé sous l'influence de la common law et de sa conception du rôle du juge.

Dès le milieu du 19^e siècle le concept du juge au Québec se modifie, avec l'instauration de l'immunité judiciaire et l'élimination de la prise-à-partie de l'ancien droit.¹² Avec la première codification du droit civil en 1866, l'écart entre le droit judiciaire continental et le droit québécois s'accroît. Le nouveau Code civil du Bas-Canada n'interdit pas les arrêts de règlement, comme l'a fait textuellement l'article 5 du Code civil français.¹³ Le juge québécois n'est pas tenu responsable pour déni de justice en cas de refus de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.¹⁴ La jurisprudence, lentement, acquiert une certaine respectabilité. En 1897, avec la deuxième codification de la procédure civile, on en tire des conséquences. L'enquête -- l'obligation imposée au juge d'établir les faits pour mieux appliquer la loi -- est abolie. Dorénavant, le Code civil sera appliqué selon un modèle accusatoire (*adversarial*) de procédure. Ce sera aux parties de fournir et d'administrer les preuves nécessaires à leur cas. Le juge ne sera plus tenu à l'application correcte de la loi; lentement il ne sera même plus présumé la connaître. On exige que les parties citent les précédents judiciaires; on s'approche du principe de «l'ignorance judiciaire» de la common law. Le Code sera appliqué, ou non, selon la volonté de cette nouvelle magistrature.

La transformation de la magistrature québécoise étant largement effectuée, ce sont les grands principes de la procédure civile qui seront nécessairement mis en cause par la suite, et ce processus est demeuré très actuel. La procédure civile de la common law est différente de celle de la tradition romano-germanique. Historiquement, la common law représenterait une tradition que le professeur Jolowicz a récemment appelé «la justice

12. Pour le processus, voir H. P. Glenn, «La responsabilité des juges» (1982-83) R.D. McGill 228 aux pp. 237-239.

13. «Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.»

14. Comparer les articles 4 du Code civil français et 11 du Code civil du Bas-Canada (interdiction du refus de juger dans les deux cas mais seul le juge français peut être poursuivi comme coupable de déni de justice).

procédurale».¹⁵ Elle visait avant tout la résolution des différends, et était largement indifférente à la *manière* de les résoudre. Cette tâche appartenait plutôt au jury; la common law s'occupait surtout de la procédure pour arriver devant cette source des jugements. Le contraste, c'est avec une tradition de «justice substantive», qui serait celle du droit civil (un Code est fait pour être appliqué). Ainsi, la common law a toujours été beaucoup plus ouverte aux transactions des parties. En l'absence d'un droit pré-établi à appliquer à leur cause, il est plus facile d'encourager la transaction des parties que de faire du nouveau droit pour eux. Dans les pays de common law, il faut donc lutter *contre* les «*settlements*» au nom de la justice substantive, car la notion de la justice substantive ne serait pas un acquis du système judiciaire.¹⁶

Le jugement judiciaire étant une chose plus rare dans la common law que dans de le droit civil, il est normal qu'il acquiert plus d'importance. Il ne s'agit pas seulement de sa force de précédent, bien connue, mais (ce qui est plus important pour notre discussion du recours collectif) de l'étendue de la force de *res judicata* qui est assignée au jugement. On retrouve ici l'une des grandes différences de structure entre les traditions du droit civil et de la common law. Car si le droit civil, dans sa version continentale, restreint très sévèrement la notion de chose jugée vu le caractère investigatif de sa procédure (la partie perdante doit pouvoir poursuivre encore une fois si le juge n'a pas bien épuisé les motifs juridiques de la cause), la common law gonfle délibérément ses jugements pour empêcher toute poursuite ultérieure. La définition de la cause d'action est très large dans la common law, car c'est aux parties de la définir dans le système accusatoire de la procédure. Ce sont les parties qui portent la responsabilité de tout inclure dans leurs plaidoiries -- écrites ou orales. Si elles ne le font pas, elles perdent leur chance; toute cause d'action est submergée dans le jugement, qui constitue un obstacle à toute action ultérieure (la notion de *merger and bar*). Qui plus est, la common law connaît une notion supplémentaire de *res judicata* qui est l'*issue estoppel*. Même là où la cause d'action est différente, et dans une cause distincte, une partie peut être empêchée

15. J. A. Jolowicz, «The Woolf Report and the Adversary System» (1996) 15 Civil Justice Quarterly 198 à la p. 210.

16. Voir, par exemple, O. Fiss, «Against Settlement» (1984) 93 Yale L. J. 1073 à la p. 1075 («... settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised»).

de soulever de nouveau une question qui a reçu une réponse dans un premier litige, ce qui n'a pas d'équivalent dans la procédure civile continentale.

Le droit québécois contemporain est ambiguë sur ces questions. Le changement au système accusatoire de procédure implique une notion plus large de la cause d'action ainsi que de la chose jugée. A cet effet, on retrouve effectivement une version québécoise de la notion de *merger and bar* de la common law.¹⁷ Cependant, dans son dernier arrêt en droit québécois portant sur la question, la Cour suprême a adopté une version très étroite et très continentale des notions de cause d'action et de chose jugée, ce qui est très difficile à concilier avec la force de chose jugée qui est accordée au jugement portant sur le recours collectif.¹⁸ Il n'y aurait pas non plus une notion de *issue estoppel* en droit québécois.

La procédure de la common law serait donc plus compatible avec le jugement portant sur le recours collectif. La procédure québécoise l'est moins, n'étant pas entièrement acquise aux notions de la common law en matière de jugements. D'ailleurs, même la common law a largement résisté au recours collectif à travers la majeure partie de son histoire. L'action dite représentative, formulée dans la common law pour donner suite à certaines idées d'*Equity* (où, pourtant, il n'y avait pas de dommages-intérêts accordés) est vite tombée en désuétude complète, tandis que les juges britanniques résistent toujours au recours collectif.¹⁹ Seulement aux États-Unis, et cela en parallèle avec le développement statutaire du recours collectif, peut-on constater un développement plus vigoureux de la notion de chose jugée. Il s'agit de la notion de *non-mutual issue estoppel* -- l'application à des tierces personnes des décisions prises dans le cadre d'un premier litige -- qui constituerait un recours

-
17. Voir, sur l'épuisement des causes d'action dans le jugement, A. Nadeau et L. Ducharme, *Traité de droit civil du Québec : La preuve en matières civiles et commerciales*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965 à la p. 483 («On ne peut diviser ... ses recours ...»).
18. Voir *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.* [1990] 2 S.C.R. 440 (l'existence de deux règles de droit applicables à un ensemble de faits engendrait en principe un dualité de causes d'action). Le jugement s'appuie presque entièrement sur la doctrine française.
19. Pour l'histoire du rejet du recours collectif en droit anglais, voir H. P. Glenn, «The Dilemma of Class Action Reform» (1986) 6 Oxford J. Leg. Studies 262 aux pp. 263-265.

collectif informel, sans fondement législatif.²⁰ Ce développement est entièrement nouveau dans l'histoire de la common law, ce qui nous mène à la conclusion que ni la tradition de la common law ni celle du droit civil n'apporte le fondement de légitimation qui serait nécessaire pour justifier un développement processuel si radical.

Il faut donc poser notre deuxième question principale, qui vise à savoir si le recours collectif se justifie par une notion plus large de justice sociale, ce qui entraînerait nécessairement une modification profonde de ces traditions judiciaires.

II. *Le recours collectif et la justice sociale*

L'objectif du recours collectif, c'est de rendre la justice accessible à des tranches entières de la population. S'il s'agit d'une justice non-individualisée, d'une justice approximative (*rough justice*), il s'agirait quand même de la justice, et toute forme de justice serait préférable à son absence. Nous devons donc penser la justice autrement; non plus uniquement sous forme individualisée, mais aussi sous forme collective, en gros aussi bien qu'en détail. Les tribunaux joueraient ainsi un rôle dans les grands mouvements sociaux et pourraient corriger ces grands mouvements lorsque leurs coûts se révéleraient trop élevés. Le juge entrerait sur un nouveau terrain, mais les bienfaits de son activité justifieraient cette extension de son rôle traditionnel.

Tel est du moins l'argument essentiel derrière l'instauration du recours collectif. On peut, certes, accepter l'argument, qui est, il faut l'admettre, très séduisant. Le recours collectif comporte des bénéfices sociaux et il faut donc l'accepter. On sait, cependant, que le recours collectif est critiqué -- par des abominables processuelistes, par des défenseurs, critiqué par des membres de classe déçus. Ne peut-on donc pas, pour répondre à ces critiques, *démontrer* les bienfaits du recours collectif; démontrer comment l'extension du rôle judiciaire donne lieu à une justice plus sociale; démontrer comment une justice approximative est préférable à son absence? C'est demander, au fond, de

20. Voir G. Watson, «Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality» (1990) 69 Rev. du B. can. 623.

l'information sur le fonctionnement du recours collectif, ou au moins de la confiance dans le contrôle de son fonctionnement.

1. L'information sur le recours collectif

Il y a pourtant un problème avec l'idée que le recours collectif se justifie par ses résultats. C'est que ces résultats seraient le produit de l'oeuvre des juges et des tribunaux, et les juges et les tribunaux ne sont pas obligés de fournir de l'information sur leurs activités, du moins sous forme d'information cumulative. Ils sont même incapables de la fournir. Il y a d'ailleurs des raisons profondes pour cette incapacité. Chez nous le juge n'est pas politiquement responsable. Il est indépendant et, à l'opposé du pouvoir exécutif ou législatif, ne doit pas rendre compte, de manière cumulative, de l'exercice de son pouvoir. Même au niveau étatique aux États-Unis, où le juge est souvent élu, il est impossible de savoir, cumulativement, ce qu'un juge a fait. On peut lire ses jugements, ou au moins certains de ses jugements, mais le système judiciaire ne produit que des jugements et non pas une *politique* de ses jugements, ou un rapport sur la mise en oeuvre de cette politique des jugements.

Le résultat de cette singularité du pouvoir judiciaire, c'est qu'*il est impossible de savoir comment le recours collectif fonctionne dans une société et que sont ses effets*. Cette affirmation, très large, semble être niée à première vue par l'étendue du débat sur le recours collectif. Quelle est la nature, cependant, de notre ignorance -- inéluctable -- du fonctionnement du recours collectif?

Un premier niveau d'ignorance, moins sévère au Québec qu'ailleurs, consiste en une absence de données sur la fréquence et sur les résultats des recours collectifs. Au Québec, cette ignorance est moins sévère à cause du travail dévoué du Fonds d'aide aux recours collectifs qui, dans ses rapports annuels, fournit des statistiques sur le nombre de recours intentés et leur progression.²¹ Ailleurs la situation est catastrophique. En Ontario, où le recours

21. Fonds d'aide aux recours collectifs, *Rapport annuel 1996-97*, Montréal, Fonds d'aide aux recours collectifs, 1997 aux pp. 8-12.

collectif est très récent,²² il est déjà impossible de savoir combien de recours collectifs ont été intentés.²³ Au niveau fédéral aux États-Unis, il existe une compilation très sommaire du nombre de recours collectifs intentés;²⁴ au niveau étatique, l'ignorance est profonde et systémique.

Même au Québec, où les statistiques sur le recours collectif sont les plus développées au monde, il est impossible de connaître le véritable impact du recours collectif sur la société. Le professeur Lafond a constaté que «l'état des dossiers disponibles ne révèle que très rarement le suivi de la distribution des deniers» et cela parce que le processus de distribution aurait été délégué à un officier judiciaire et n'aurait pas fait l'objet d'une décision judiciaire.²⁵ La même constatation s'impose à l'égard des transactions approuvées par la cour. «[B]ien souvent, la déclaration de la transaction n'est pas produite au dossier du tribunal, ce qui rend tout simplement impossible l'étude de la mise en oeuvre».²⁶ On ne peut donc pas savoir qui reçoit quoi, qui ne reçoit rien, et pour quels motifs. La justice approximative se révèle comme une justice occulte et non transparente.

Serait-il suffisant, par ailleurs, de conclure qu'un simple transfert de richesse a eu lieu, pour justifier le recours collectif? Un défendeur est obligé, ou s'oblige, à mettre une somme d'argent à la disposition des membres d'une classe et cela, en soi, représenterait une augmentation du niveau de justice dans la société. Si on peut constater un appauvrissement d'un défendeur, il reste cependant très difficile d'évaluer cet appauvrissement en fonction de la justice sociale. On ne peut pas savoir si l'appauvrissement a servi à compenser ce qui devait être compensé, ou s'il a plutôt servi comme technique de transfert arbitraire de richesse. Aux États-Unis, on fait donc remarquer que les transactions des recours collectifs «... may offer a good deal to some

22. Voir H. P. Glenn, «Class Proceeding Act, 1992, S.O. 1992, c. 6 -- Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding), 1992, S.O. 1992, c. 7.» (1993) 72 Rev. du B. can. 568.

23. Voir J. Campion et V. Stewart, «Class Actions: Procedure and Strategy» (1997) 19 *Advocates' Quarterly* 20 à la p. 56, note 120 («Determining exactly how many cases have been commenced under the *Class Proceedings Act* is virtually impossible as there is no central repository of such information»).

24. Voir *Annual Report of the Director of the Administrative Office of the United States Courts* (Washington, D.C.).

25. Lafond, *supra* note 1 à la p. 481.

26. Lafond, *supra* note 1 à la p. 482.

claimants». ²⁷ C'est tout ce que l'on peut dire et c'est finalement ne rien dire. Ce découplage du recours collectif de tout critère d'évaluation a fait l'objet d'au moins une étude aux États-Unis, dans laquelle on a constaté que les transactions des recours collectifs en matière de sûretés mobilières n'auraient nullement été affectées par des différences de fond entre les recours; les transactions se chiffraient dans tous les cas autour de 25% des dommages-intérêts postulés. ²⁸ C'est imaginer un Code civil qui donne toujours des résultats identiques; un Code civil imaginaire et non pas un Code civil qui est appliqué.

2. Le contrôle exercé sur le recours collectif

Puisqu'il nous manque -- et nous manquera toujours --- l'information pour justifier les bienfaits du recours collectif, est-il possible de justifier notre croyance en ces bienfaits par notre confiance envers ceux qui contrôlent son emploi, soit les avocats et les juges? Il faut considérer les avocats et les juges ensemble, car l'avocat seul, face aux membres absents de la classe qu'il représente, serait dans une situation de conflit d'intérêt institutionnalisé, ²⁹ d'où la nécessité de l'approbation du juge pour toute transaction affectant les intérêts des membres de la classe.

Le contrôle exercé par les avocats et les juges serait-il donc adéquat pour conclure que le recours collectif fonctionne pour le mieux et non pas pour le pire? Une certaine analogie peut être faite avec le pouvoir de surveillance et de contrôle exercé par les juges sur les agences administratives. Cependant, il y a une différence fondamentale entre les deux situations, en ce sens que les agences

27. Marcus, *supra* note 8 à la p. 859 (notre emphase).

28. J. Alexander, «Do the Merits Matter? A Study of Settlement in Securities Class Actions» (1991) 43 *Stanford L. Rev.* 497 aux pp. 499, 500 (l'auteur vient à la conclusion, à la p. 501, que le recours collectif en matière de sûretés mobilières représente une forme d'assurance «grosquement inefficace» contre des pertes sur la bourse des actions).

29. Voir R. Cramton, «Individualized Justice, Mass Torts, and `Settlement Class Actions': An Introduction» (1995) 80 *Cornell L. Rev.* 811 à la p. 822 («Class action lawyers ... are their own clients in the sense that their fiduciary responsibilities to class members are what they determine them to be in the absence of court supervision and scrutiny»); et voir, dans le droit des États-Unis, la notion de «l'inventaire» des demandes des avocats des classes, Cramton, *supra* à la p. 825; J. Coffee Jr., «The Corruption of the Class Action: The New Technology of Collusion» (1995) 80 *Cornell L. Rev.* 851 à la p. 856.

administratives sont *déjà* soumises à un contrôle politique, législatif et administratif. Le contrôle judiciaire constitue donc un contrôle sur la pathologie du système administratif dont les bienfaits et les méthodes sont déjà établis dans leur ensemble par d'autres processus institutionnels. Avec le recours collectif, cependant, il n'y a point de système administratif établi pour donner effet à un jugement collectif. Il n'y a qu'un processus de délégation de la résolution des demandes, un processus qui est, comme nous l'avons déjà vu, essentiellement occulte et irresponsable. Le contrôle négatif exercé par le juge ne nous dit donc rien sur la mise en vigueur des jugements collectifs dans leur ensemble. La lacune informationnelle n'est pas éliminée par un contrôle négatif et occasionnel.

La faiblesse du contrôle judiciaire devient surtout évidente quand il s'agit de la «voie privilégiée» d'administration des jugements collectifs qu'est la transaction.³⁰ La pratique récente états-unisienne est très instructive à cet égard. Si on peut transiger pour régler les demandes d'une classe, rien n'empêche de transiger avant même l'introduction formelle du recours collectif. Un défendeur potentiel peut même initier des pourparlers avec des avocats ayant déjà établi des contacts avec des membres d'une classe. Pourquoi un avocat serait-il intéressé à négocier une transaction avant même l'introduction du recours collectif? Pour toutes les raisons habituelles mais aussi, dans le cadre du recours collectif, pour être reconnu par le défendeur comme avocat de la classe et pour obtenir le consentement du défendeur à l'introduction du recours sans être obligé d'établir les conditions normales nécessaires à son autorisation. Aux États-Unis, on parle ainsi de «collusion» entre les défendeurs et les avocats dans l'introduction des «settlement class actions»³¹ Le «settlement class action», c'est le recours collectif intenté en même temps -- le jour même -- que la soumission de la transaction au juge. On pr présente au juge un marché conclu («*done deal*»), souvent très complexe et dans lequel les membres potentiels ou éventuels -- ceux dont les dommages ne sont pas encore manifestes -- sont traités de manière moins favorable que ceux qui sont déjà inclus dans

30. Lafond, *supra* note 1 à la p. 536.

31. Coffee, *supra* note 29; il faut noter que la Cour suprême des États-Unis est intervenue pour annuler une telle transaction lorsque les conditions nécessaires à son autorisation n'ont pas été respectées. Voir *Amchem v. Windsor* 117 S. Ct. 2231 (1997).

«l'inventaire» des demandes de l'avocat de la classe.³² Le recours collectif transactionnel s'est déjà manifesté au Québec et a donné lieu à l'approbation judiciaire d'une transaction dans laquelle les membres éventuels sont traités moins favorablement que les membres actuels.³³ Pour le membre éventuel qui est exclu de la transaction, le recours collectif constitue un déni de justice et non un moyen d'accès.

On conclut donc qu'aux États-Unis les juges n'exercent guère de contrôle sur le contenu des transactions qui leur sont soumises.³⁴ Dans son étude au Québec, le professeur Lafond en vient à la même conclusion.³⁵ Le professeur Cramton, aux États-Unis, constate le «chaos and lawlessness» qui caractérise les recours collectifs transactionnels dans le domaine de la responsabilité civile.³⁶

Dans tout cela, il faut résister à l'idée qu'il y aura la faute de quelqu'un -- avocat, juge ou défendeur -- qui fait en sorte que les résultats des recours collectifs sont si discutables. Ces résultats sont inévitablement discutables, même non-connaissables, et les acteurs du processus font face à ce que l'on désigne dans d'autres circonstances comme des «choix tragiques».

32. Voir, pour les caractéristiques de l'action, Cramton, *supra* note 29; J. Henderson, «Comment: Settlement Class Actions and the Limits of Adjudication» (1995) 80 Cornell L. Rev. 1014.

33. *Pelletier c. Baxter Healthcare Corp.* (le 16 avril 1998), Montréal 500-06-000005-955, J.E. 98-1200 (C.S.). Le sommaire dans la *Jurisprudence Express* ne fait pas mention du fait que la transaction exclue toute demande de la part de celles dont les dommages se manifestent à l'extérieur d'une période de six ans.

34. C. Menkel-Meadow, «Ethics and the Settlements of Mass Torts: When the Rules Meet the Road» (1995) 80 Cornell L. Rev. 1159 aux pp. 1168-1169 («Judges ... scrutinize the deal only to be sure that the deal appears to give the claimants something they would not have otherwise received. This reflects the age-old notion that a good negotiated result is one that leaves all the parties unhappy»); J. Macey et G. Miller, «A Market Approach to Tort Reform via Rule 23» (1995) 80 Cornell L. Rev. 909 à la p. 912 («... judicial review of settlement and attorney's fee requests rarely involve a thorough investigation of whether the settlement or fee is in the best interest of the class ethics rules ... are unworkable and counter-productive in some cases»); Coffee, *supra* note 29 à la p. 1348 (avec indication des taux d'approbation de 89% et 87% après des auditions judiciaires de 30 à 40 minutes).

35. Lafond, *supra*, note 1, à la p. 495.

36. Cramton, *supra*, note 29, à la p. 836.

Conclusion

Peut-on donc justifier le recours collectif? On ne le sait pas, et on ne saura peut-être jamais. Jusqu'à présent, cependant, le recours collectif s'est révélé incapable de générer l'information nécessaire à sa justification. Il demeure une aberration dans la tradition du droit civil, car on ne sait pas quel droit est appliqué, et se présente aussi comme une aberration dans la tradition de la common law. C'est notre ignorance, le manque de données essentielles, qui domine toute la discussion du sujet.