

L'autorisation d'exercer le recours collectif

Mario Bouchard

Volume 21, numéro 3-4, 1980

La rédaction des lois

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042413ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042413ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bouchard, M. (1980). L'autorisation d'exercer le recours collectif. *Les Cahiers de droit*, 21(3-4), 855-959. <https://doi.org/10.7202/042413ar>

Résumé de l'article

This paper is basically an analysis of art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* of Québec.

Following a brief survey of the origins of class actions in English and American law, the Québec class action is defined as a form of procedure available to plaintiffs only, based on the existence of a group acting through a representative. It is then distinguished from similar forms of procedure, whether under Québec law (art. 59 and 67 C.C.P.) or foreign law (*constitution de partie civile*, relator, *Adhasionsprozess*, etc.). The introductory part goes on to examine the relationship of class actions to basic principles of civil procedure in Québec (such as the rules on standing), to challenge some widely-held beliefs concerning class actions and their social and economic impact, and finally to underline the unitary character of class actions under Québec law.

Brought under closer analysis, the introductory paragraph of art. 1003 underscores the requirement of a hearing by the court, indicates the nature and timing of judicial authorization, and determines the scope and extent of the conferment of representative status. The case of groups referred to in art. 1048 C.C.P. is examined in this connection.

The paper then surveys in turn each of the lettered paragraphs of art. 1003 C.C.P., in the light of similar provisions in Québec and other jurisdictions, with special reference to the American Federal rule. Similitudes and contrasts are thereby brought into view. It thus appears that paragraph d) is alone in showing definite American influence; indeed, discussion of this paragraph centres on foreign law. A critical review is made of the cases under each of the paragraphs. Certain approaches to the construction of art. 1003 are also criticized, especially those implying further conditions to the grant of representative status or involving the use or irrelevant tests in this regard, in spite of differences between American and Québec procedures or between the American and Canadian constitutions. Finally, the paper underlines the requirement, imposed by art. 1022 and 1024 C.C.P., that conditions laid down by art. 1003 continue to exist throughout the duration of the case.

The paper concludes that the Québec class action is probably the most liberal of all, and may open up new approaches toward using court proceedings to implement policy. However, it is feared that the courts may prove unreceptive to the innovative spirit behind this form of action; indeed, some cases decided so far seem to show a serious misapprehension of its character.

L'autorisation d'exercer le recours collectif

Mario BOUCHARD*

This paper is basically an analysis of art. 1003 of the Code of Civil Procedure of Québec.

Following a brief survey of the origins of class actions in English and American law, the Québec class action is defined as a form of procedure available to plaintiffs only, based on the existence of a group acting through a representative. It is then distinguished from similar forms of procedure, whether under Québec law (art. 59 and 67 C.C.P.) or foreign law (constitution de partie civile, relator, Adhäsionsprozess, etc.). The introductory part goes on to examine the relationship of class actions to basic principles of civil procedure in Québec (such as the rules on standing), to challenge some widely-held beliefs concerning class actions and their social and economic impact, and finally to underline the unitary character of class actions under Québec law.

Brought under closer analysis, the introductory paragraph of art. 1003 underscores the requirement of a hearing by the court, indicates the nature and timing of judicial authorization, and determines the scope and extent of the conferment of representative status. The case of groups referred to in art. 1048 C.C.P. is examined in this connection.

The paper then surveys in turn each of the lettered paragraphs of art. 1003 C.C.P., in the light of similar provisions in Québec and other jurisdictions, with special reference to the American Federal rule. Similitudes and contrasts are thereby brought into view. It thus appears that paragraph d) is alone in showing definite American influence; indeed, discussion of this paragraph centres on foreign law. A critical review is made of the cases under each of the paragraphs. Certain approaches to the construction of art. 1003 are also criticized, especially those implying further conditions to the grant of representative status or involving the use or irrelevant tests in this regard, in spite of differences between American and Québec procedures or between the American and

* Coordonnateur adjoint de la section de recherche en droit administratif de la Commission de réforme du droit du Canada. Cet article se fonde sur un mémoire présenté pour l'obtention de la maîtrise en droit à la Faculté de droit de l'Université Laval. Pour ce qui est du droit étranger, la recherche s'arrête en décembre 1979, bien que des efforts aient été faits pour aller au-delà. La recherche en droit québécois s'arrête le 10 novembre 1980.

Canadian constitutions. Finally, the paper underlines the requirement, imposed by art. 1022 and 1024 C.C.P., that conditions laid down by art. 1003 continue to exist throughout the duration of the case.

The paper concludes that the Québec class action is probably the most liberal of all, and may open up new approaches toward using court proceedings to implement policy. However, it is feared that the courts may prove unreceptive to the innovative spirit behind this form of action; indeed, some cases decided so far seem to show a serious misapprehension of its character.

	Pages
Introduction	858
1. Le recours collectif, définition et caractères: une controverse qui se continue	863
1.1. Définition	864
1.1.1. Le recours collectif est un moyen de procédure	864
1.1.2. Le recours collectif n'est disponible qu'en demande.....	865
1.1.3. Le recours collectif ne peut être exercé s'il n'existe pas un groupe	866
1.2. Distinctions	868
1.2.1. En France	870
1.2.2. En Allemagne	870
1.2.3. Dans les juridictions de common law	871
1.2.4. Au Québec	872
1.3. Effets du recours collectif sur les principes de droit judiciaire privé	873
1.3.1. Le recours collectif et l'intérêt.....	873
1.3.2. Le recours collectif et les autres conditions de recevabilité	876
1.4. Le recours collectif: avantages, inconvénients, mythes	877
1.4.1. La compatibilité du recours collectif avec notre système judiciaire	878
1.4.2. L'impact social et économique du recours collectif: menace à l'ordre existant ou facteur de stabilisation?.....	880
2. Les conditions d'autorisation de l'exercice du recours collectif	882
2.1. Analyse de l'article 1003	884
2.1.1. Le liminaire	884
2.1.1.1. La nécessité d'une enquête par le tribunal.....	884
2.1.1.2. La nature et le moment de l'autorisation	887
2.1.1.3. L'octroi du statut de représentant: objet et sujet.....	890
2.1.1.4. L'objet et le degré de la discrétion exercée par le tribunal: le fardeau de la preuve	896
2.1.2. Les conditions prévues par l'article 1003	897
2.1.2.1. Le degré de connexité des recours individuels	898
2.1.2.1.1. La situation dans les autres juridictions	899
— Royaume-Uni et Canada	899
— États-Unis	903
— Le <i>Field Code</i>	903
— La <i>Federal Rule of Civil Procedure</i> n° 23	905

	<i>Pages</i>
2.1.2.1.2. La situation québécoise	906
— Les expressions que le législateur a évitées .	906
— « Commun »	906
— « Même »	908
— La terminologie que le législateur a retenue	909
— « Identique »	909
— « Similaire »	910
— « Connexe »	910
— Le paragraphe a) et la Cour supérieure. ...	911
— La prédominance des questions qui seront traitées collectivement	912
— La prédominance en droit fédéral amé- ricain	913
— La prédominance : critère implicite du droit québécois?	914
2.1.2.2. L'examen de la validité du droit réclamé	915
2.1.2.2.1. À l'étranger	916
2.1.2.2.2. Au Québec	917
— Les données sur lesquelles se fonde le tribunal	917
— La nature de la décision que rend le tribunal	918
2.1.2.3. L'utilité relative d'autres moyens de procédure	924
2.1.2.3.1. À l'étranger	924
— Le nombre de membres	925
— Le nombre de membres comme facteur d'autorisation de l'exercice du recours ..	925
— Le nombre de membres comme facteur de refus d'autoriser l'exercice du recours col- lectif: la praticabilité	926
— La supériorité du recours collectif	927
— La nature de la supériorité recherchée ..	927
— La <i>fairness</i> du recours collectif	928
2.1.2.3.2. La situation québécoise	929
— Les conditions que le législateur n'a pas retenues	929
— La praticabilité du recours collectif	929
— La supériorité du recours collectif	931
— La condition que le législateur québécois a retenue: l'examen de la praticabilité des moyens de procédure prévus par les articles 59 et 67.	932
2.1.2.4. La qualité de la représentation	935
2.1.2.4.1. Qui assure la qualité de la représentation? ...	936
— Le représentant	936
— L'avocat	938
2.1.2.4.2. Collusion, conflits d'intérêts et antagonismes ..	939
2.1.2.4.3. L'omission de la <i>typicality</i> au Québec	943
2.2. Certaines démarches qu'il faut écarter	945
2.2.1. La création de conditions implicites	945
2.2.2. L'utilisation de critères d'évaluation non pertinents	946
2.2.2.1. Les critères découlant de la constitution américaine	947
2.2.2.1.1. Le <i>due process</i>	947

	<i>Pages</i>
2.2.2.1.2. Le <i>full faith and credit clause</i>	948
2.2.2.2. Les critères découlant de la nature de la procédure en matière de recours collectif	949
2.2.2.3. Les critères fondés sur la nature du lien juridique	950
2.2.2.4. Les critères fondés sur la nature des bénéficiaires absents	950
2.3. La nécessité de satisfaire aux conditions prévues par l'article 1003 de façon continue : les articles 1022 et 1024	951
Conclusion	952

Introduction

Le 8 juin 1978, l'Assemblée nationale adoptait, à l'unanimité, la *Loi sur le recours collectif*¹. Entrée en vigueur le 19 janvier 1979², elle ajoute au *Code de procédure civile*³ un livre neuvième, qui introduit dans le droit judiciaire québécois ce que les Anglo-Saxons connaissent sous les noms de *class action* ou *representative action*.

Peu importe le nom qu'on lui donne ou les variations qu'on lui connaît, il s'agit toujours d'un moyen de procédure qui permet à un justiciable d'agir, de son propre chef, au nom et pour le bénéficiaire (ou le malheur) de ceux qui se trouvent dans la même situation que lui. Les dispositions législatives relatives à ces recours sont souvent laconiques, nébuleuses même. Le recours québécois, quant à lui, devrait pouvoir se dérouler dans un cadre bien établi, compte tenu du soin que le législateur semble avoir mis à clarifier les points qui auraient pu poser des problèmes aux tribunaux. Ainsi, on a opté clairement pour une procédure en trois étapes : autorisation du recours, disposition des questions traitées collectivement, disposition des questions individuelles (qu'on appelle dans la Loi, faute d'un meilleur terme, les « questions qui restent à déterminer » après le jugement qui dispose des questions traitées collectivement)⁴. Cette démarche, nous le verrons, devrait permettre entre autres une plus grande souplesse d'utilisation.

1. L.Q. 1979, c. 9, ci-après appelée la Loi; voir (1978) 20 *Débats de l'Ass. nat.*, pp. 2064 et ss. 2. (1979) 111 G.O.Q. II.459.

3. L.R.Q., c. C-25. Dans la suite de ce texte, une référence à un article d'une loi, sans indication de la loi d'où il provient est une référence à l'article correspondant du *Code de procédure civile*.

4. Art. 1002 à 1010, 1011 à 1037 et 1038 à 1040, respectivement. C'est sans doute parce que l'existence de ces étapes lui a échappé que le juge Dionne a déclaré qu'il lui fallait pouvoir considérer les recours individuels « comme essentiellement prouvés » à la fin du traitement des questions collectives, s'il voulait autoriser le recours: *Lescelleur c. Maison Préfab. C.S. Gaspé*, 12 sept. 1979, n° 110-06-000001-79, JE 79-968. Voir H. REID, « La Loi sur le recours collectif: premières interprétations judiciaires », (1979) 39 *R. du B.* 1018, pp. 1024-1025.

De même, on s'est attardé à trancher là où la procédure habituelle aurait pu imposer un trop lourd fardeau administratif ou même causer des injustices, surtout à l'égard de ceux qui ne sont pas présents devant le tribunal autrement que par le jeu de la fiction juridique qui est à la base même du recours collectif. C'est ainsi, par exemple, qu'on a demandé au juge d'exercer un contrôle strict des règlements hors-cour et des désistements⁵, et qu'on a retardé l'utilisation de l'interrogatoire au préalable des membres du groupe jusqu'au moment où il s'avère utile pour celui qui le demande sans être nuisible pour le membre⁶. On a clairement posé le principe du recouvrement collectif, et permis la distribution des deniers recouvrés autrement que par l'indemnisation directe des victimes, dans les cas où elle s'avère « impraticable ou trop onéreuse »⁷. Enfin, une première mondiale : la loi met sur pied un mécanisme d'aide financière aux recours collectifs, administré par un organisme autonome, et qui devrait être financé, à moyen terme, à même les sommes récupérées au moyen de l'exercice du recours⁸.

Si nouveau qu'il soit en droit québécois, ou même dans n'importe quelle juridiction de droit civil⁹, il faut remonter assez loin pour retrouver les origines du recours collectif. Cependant, les opinions diffèrent quant à la distance qu'il faut ainsi parcourir dans le temps. Car si la plupart font faire au *representative action* ses débuts en 1676¹⁰, Marcin, pour sa part, le fait naître en 1309, à l'occasion d'un litige qui impliquait les habitants des îles de la Manche¹¹. Quoi qu'il en soit, nous nous contenterons de dire qu'il fut

5. Art. 1016 et 1026.

6. Art. 1019.

7. Art. 1034.

8. Art. 5 à 45 de la Loi.

9. Quatre années de recherches sur le sujet ne nous ont pas permis de trouver, ailleurs que dans les juridictions de *common law*, un seul *class action* véritable. Les moyens de procédure connus du droit civil et qui s'en rapprochent le plus sont habituellement liés à des poursuites criminelles, ou accompagnés de telles contraintes, par exemple au niveau de la nature même du justiciable qui agit (Loi Royer, *infra*, p. 16) ou de la recherche du consentement des absents (le *Adhäsionsprozess*, *infra*, p. 16), qu'on ne peut, au mieux, parler que de parenté éloignée.

10. *Brown v. Vermuden*, 22 E.R. 796 (Ch., 1676). Pour un historique plus étoffé, on peut lire : C. BÉLANGER et M. BEAUCHEMIN, *Le locus standi, la « class action » et l'instauration d'un outil juridique semblable au Canada*, Sherbrooke, Univ. de Sherbrooke, 1974 (polycopié); N.J. WILLIAMS, « Consumer Class Action in Canada: Some Proposals for Reform », (1975) 13 *Osg. H.L.J.* 1, pp. 7-13; M. AUDETTE-FILION, « État de la question », in : *Le recours collectif*, Montréal, Barreau du Québec, 1978 (polycopié: Cours de la formation permanente n° 38), pp. 13-16; mais surtout J.A. KAZANJIAN, « Class Actions in Canada », (1973) 11 *Osg. H.L.J.* 397, pp. 399-413 et W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. 15, Londres, Methuen, 1965, pp. 107-133.

11. *Channel Islanders' Case, John the Mason v. Certain Bailiffs and Ministers*, 30 *Selden Society* 139 (n° 61, P.C. 1309) (1914); voir R.B. MARCIN, « Searching for the Origin of the Class Action », 23 *Cath. U. L. Rev.* 515 (1974).

« popularisé » par les tribunaux d'équité britanniques pour contrecarrer les effets néfastes d'un autre moyen de procédure qu'ils avaient mis au point, le *compulsory joinder* ou jonction obligatoire de parties. Le tribunal s'efforçait, d'une part, de disposer en une seule fois de l'ensemble d'une situation litigieuse ; par conséquent, il refusait d'entendre l'affaire sans que toutes les personnes dont les droits pourraient être affectés n'y soient parties. Ceci, d'autre part, causait un préjudice à celui qui faisait diligence ; il fallait lui permettre de faire statuer sur ses droits et éviter une multiplicité de décisions. La solution choisie fut de faire reposer sur les épaules de cette personne diligente le soin de représenter les intérêts des absents.

Le *representative action*, d'abord utilisé en droit féodal, fit son chemin en droit commercial, et permit aux associations sans personnalité juridique d'obtenir justice à une époque où les règles de procédure britanniques ne leur permettaient pas par ailleurs de faire respecter leurs droits. La fusion des tribunaux de common law et d'équité entraîna, en 1872, la disparition du *compulsory joinder* en droit britannique ; du même coup, le recours collectif devint un moyen de procédure facultatif. La Chambre des Lords sembla vouloir en encourager l'usage en 1901, en en fixant plus précisément les conditions d'utilisation¹², mais la Cour d'appel y imposa rapidement des limites sévères¹³. Ces deux décisions (et surtout, malheureusement, la seconde) servent de base à la jurisprudence canadienne sur le sujet, qui est fort limitée, tant dans son volume que dans sa portée. Il est d'ailleurs significatif que le recours soit utilisé, dans les autres provinces, avant tout en droit corporatif, commercial, immobilier et fiduciaire¹⁴.

Quand on pense recours collectif, on pense évidemment d'abord aux États-Unis. N'eût été l'expérience américaine, le Québec n'aurait d'ailleurs pas inscrit ce moyen de procédure dans ses lois, puisqu'il n'a jamais connu la jonction obligatoire de parties, qui est à l'origine du recours ailleurs. En 1966, la Cour suprême américaine adoptait la *Federal Rule of Civil Procedure no. 23* (F.R.C.P. 23), qui mettait au point un nouveau recours collectif. Son but n'était pas de révolutionner la procédure fédérale, mais bien de redéfinir, clarifier et expliciter le recours et d'en codifier la pratique¹⁵. La porte que la nouvelle règle ouvrait était cependant suffisamment large pour permettre l'extension de son domaine. Auparavant, on parlait de *class action* surtout en rapport avec une injonction, un jugement déclaratoire, la reddition de comptes à une association sans personnalité juridique, mais jamais dans les

12. *Duke of Bedford v. Ellis*, [1901] A.C. 1.

13. *Markt v. Knight Steamship Lines*, [1910] 2 K.B. 1021. Voir *infra* pp. 45 et ss.

14. Les deux arrêts canadiens qui vont le plus loin en ce sens, *Chastain v. B.C. Hydro*, (1972) 27 D.L.R. (3d) 443 (B.C.S.C.) et *Naken v. G.M. of Canada*, (1979) 92 D.L.R. (3d) 100 (Ont. C.A.), sont exceptionnels et ne concernent pas ces domaines.

15. Voir B. KAPLAN, « Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (1) », 81 *Harv. L. Rev.* 356 (1967).

cas de dommages¹⁶. Nous n'avons pas l'intention de faire un inventaire des domaines nouveaux où le recours a trouvé sa place depuis 1966 : contentons-nous de dire qu'il a été utilisé avec succès pour recouvrer une surcharge illégale sur des courses de taxi¹⁷ comme pour forcer des règlements totalisant plus de \$200 millions dans une affaire de fixation de prix d'antibiotiques¹⁸. De même, on en a autorisé l'utilisation pour représenter l'ensemble des détenus d'une prison dans une requête pour émission d'un bref d'habeas corpus¹⁹ comme pour agir au nom de l'ensemble des consommateurs de lait d'un État²⁰.

La Cour suprême, partageant sans doute les craintes qu'exprimaient certains secteurs de la société, rendit une décision qui, bien qu'elle soit limitée aux circonstances de la cause et évite de se prononcer sur la plupart des problèmes de fond, eut l'effet d'une douche froide sur la communauté juridique²¹. La nervosité de la cour ne s'est pas atténuée depuis, ni sa conviction que le recours pourrait imposer un trop lourd fardeau administratif au système judiciaire : d'autres jugements sont venus ajouter depuis aux difficultés d'application de la règle²². Par ailleurs, certains États, dont New York²³, ont mis en place des recours collectifs qui tentent de pallier les

-
16. À moins qu'il ne s'agisse de distribuer des sommes d'argent en fonction d'un *pro rata* d'un montant global; voir, au Canada, *Farnham v. Fingold*, [1972] 3 O.R. 688 (Ont. H.C.), [1973] 2 O.R. 132 (Ont. C.A.).
 17. *Daar v. Yellow Cab Co.*, 433 P. (2d) 732 (Cal. 1967).
 18. Sur l'affaire des antibiotiques, voir généralement C.W. WOLFRAM, « The Antibiotics Class Action », [1976] *A.B.F. Res. J.* 253, et *infra*, note 106.
 19. *U.S. ex rel Morgan v. Sirlaff*, 546 F. (2d) 218 (C.A. 7th, 1976).
 20. *In Re Arizona Dairy Products Litigation*, 1975-2 *Trade Cases* 60555 (D. Ariz.). C'est dans cette affaire qu'on a permis d'imprimer un avis sur les cartons de lait; voir « Note: Means of Transmitting Notice », 4 *C.A.R.* 484 (1975).
 21. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974). Pour un historique de l'affaire *Eisen*, dans laquelle pas moins de 7 décisions préliminaires furent rendues en 6 ans, voir R.J. WARD, « The *Eisen* Case, Notice and Sub-Categories — New Battlegrounds », in: *Class action 1975*, New York, Practising Law Institute, 1975, p. 61.
 22. Parmi les décisions récentes qui paraissent défavorables au recours, citons *Oppenheimer Fund Inc. v. Sanders*, 437 U.S. 340 (1978). Voir « Class Actions » (1979) *Ann. Survey Am. L.* 556; et J. GUGGENHEIMER, « Cost of Notice on Class Action after *Oppenheimer Fund Inc. v. Sanders* », 78 *Col. L. Rev.* 1517 (1978).
 23. *N.Y.C.P.L.R.*, §901-6, r. 907-9 (N.Y. Sess. Laws, 1975). Les recours collectifs américains les plus avant-gardistes, avec celui de l'État de New York, sont ceux de l'Illinois (*Ill. Ann. Stat. c. 110 s. 57.2-7*, 1978), du Dakota du Nord (*N.D. Rules of Civil Procedure* n° 23) et de Pennsylvanie (*Pa Rules of Civil Procedure* n° 1701-16). Au Nouveau-Mexique, on a plutôt tenté d'en circonscrire la portée en interdisant le recours pour dommages et en imposant l'*opting in* (baptisé du nom de *simplified intervention*); voir P. BIDERMAN, « Impact of the Revised New Mexico Class Action Rules Upon Consumers », 9 *New Mexico L. Rev.* 263 (1979). Par ailleurs, plus de la moitié des États américains ont importé en substance la F.R.C.P. 23. Pour de plus amples références à ce sujet, voir: « Note: Multistate Plaintiff Class Actions: Jurisdiction and Certification », 92 *Harv. L. Rev.* 718 (1979).

problèmes de la F.R.C.P. 23 et de calmer les craintes (ou satisfaire les attentes) des intéressés. Dans ce dernier cas, au moins, et bien que le recours paraisse plus large, « the New York courts have not embraced the class action with the same warmth it has received in the federal courts »²⁴.

La règle fédérale elle-même a fait l'objet de nombreuses propositions de réforme²⁵; par ailleurs, on compte par dizaines le nombre de projets de loi américains qui voulaient (et ont parfois réussi à) élargir ou restreindre l'utilisation du recours collectif dans des domaines particuliers. La *Uniform Law Conference* a inscrit dans ses recueils de lois uniformes, en 1977, une loi sur le recours collectif qui reçut un accueil plutôt mitigé²⁶.

Au Canada aussi, et plus particulièrement au plan fédéral²⁷, on pense à élargir le domaine du recours collectif. Ce moyen de procédure suscite l'intérêt de juristes australiens, japonais et même allemands²⁸, et inquiète encore plusieurs juristes américains, qui développent des façons de plus en

-
24. J.M. McLAUGHLIN, in: *McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated*, Book 7B, CPLR 501-1005, St. Paul, West, 1976, § 901 et ss. Annual Pocket Part, p. 25. Voir aussi *Rosenfeld v. A.H. Robbins Co.*, 407 N.Y.S. (2d) 196 (A.D., 1978), conf. 46 N.Y. (2d) 731 (C.A. 1978), où l'on a refusé d'autoriser un recours collectif pour les dommages causés par l'utilisation d'un dispositif contraceptif intra-utérin dont la fabrication semblait défectueuse; lire à ce sujet J.A. MEUNIER, « New York's Neglected Class Action Statute: *Rosenfeld v. A.H. Robbins Co.* », 43 *Albany L. Rev.* 388 (1979) et E.A. GREENBERG, « Class Actions in New York: Recovery for Personal Injury in Mass Tort Cases », 30 *Syracuse L.J.* 1187 (1979). Certains tribunaux inférieurs de l'État semblent cependant s'efforcer de résister à ce courant jurisprudentiel de tendance restrictive: *Gilman v. Merrill, Lynch*, 404 N.Y.S. (2d) 258 (Sup. Ct N.Y. Co., 1978).
 25. Lire par exemple: J.E. KENNEDY, « Federal Class Actions: a Need for Legislative Reform », 32 *Southwestern L.J.* 1209 (1978), sur le projet de loi s. 3475-78 (U.S. Senate).
 26. *Uniform Class Action (Act) (Rule)*, 12 U.L.A. (Master Ed.), 1978 Pocket Part, pp. 13 et ss. Pour une analyse de ce projet, voir entre autres, « Note: Class Actions and the Uniform Class Action Act: Function and Structure », 11 *Loyola L. Rev. (L.A)* 335 (1978); A.D. VESTAL, I. SCHER et B.C. MOORE, « Uniform Class Actions », 63 *A.B.A.J.* 837 (1977); et infra, p. 102.
 27. Voir N.J. WILLIAMS et J. WHYBROW, *Proposition pour une action collective en matière de législation sur la politique de concurrence*, Ottawa, Consommation Canada, 1973; M.J. ROCHWERG, « Proposed Stage II Amendments to Canadian Combines Legislation: Bill C-42 », (1977) 12 *Osg. H.L.J.* 51; et R.S. REID, « Class Actions: Deterrence, Redress or Legal Nightmare? », in: W. STANBURY (dir.), *Competition Policy in Canada: Stage II*, Halifax, 1978.
 28. J.D. DAVIES, « Updating Civil Law Procedure for the 1980's », (1975) 49 *Aust. L.J.* 380, p. 385; *Access to the Courts - II: Class Actions*, Discussion Paper No. 11, Sydney, Australian Law Reform Commission; T. KOJIMA, in: M. CAPPELLETTI (éd.), *Access to Justice*, Amsterdam, Sijthoff, 1978, t. 2, pp. 735 et ss.; P. GOTTWALD, « Class Actions auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischen Vorbild im deutschen Zivilprozess? », (1978) 91 *Zeitschrift für Zivilprozess* 1; G. WITZSCH, « Class Actions », (1975) 30 *Juristenzeitung* 277.
 29. W.R. MILBOURNE, « Class Action Against Insurers: Avenues of Defense in the Federal Courts », 46 *Ins. Couns. J.* 277 (1979).

plus sophistiquées de « bloquer » la « certification » de la « classe »²⁹. Par ailleurs, il s'est écrit bien peu sur la question dans notre langue, que ce soit en France³⁰ ou au Québec³¹.

Pourquoi ces extrêmes à l'égard d'un moyen de procédure? Pourquoi le présenter comme le moyen de « pousser dans ses derniers retranchements l'application possible d'un principe sacré en droit (...) le principe de la responsabilité »³²? Pourquoi l'adoption de ce projet, qui a suscité d'âpres discussions dans le public, s'est-elle faite dans une telle unanimité, du début à la fin, de la part de la députation? Ce serait prétention ou ignorance, selon le point de vue, de vouloir répondre ici à ces questions. De la même façon, il ne saurait être question de vouloir dégager les lignes d'orientation du recours à partir de la quarantaine de requêtes déposées jusqu'ici. On peut cependant tenter de s'interroger sur la nature du recours collectif, sur la place qu'il occupe dans l'économie de notre droit judiciaire et, faute de décisions sur autre chose que cette question jusqu'à maintenant³³, sur l'interprétation qui a pu être donnée par nos tribunaux aux critères qui gouvernent l'autorisation d'exercer le recours collectif. Enfin, on peut penser établir certains parallèles entre des éléments des modèles existants et proposés de recours collectifs et le cadre québécois, pour tenter de dégager les principes sur lesquels nos juges pourraient vouloir s'appuyer, et déterminer ceux dont il y aurait lieu de s'inspirer, dans l'élaboration jurisprudentielle de notre recours.

1. Le recours collectif, définition et caractères : une controverse qui se continue

On ne peut analyser les critères d'autorisation de l'exercice du recours collectif sans d'abord le définir. Ceci nous amènera inévitablement à le

30. Et encore, par un Américain : M. CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil », (1975) 27 *R.I.D.C.* 571.

31. Si l'on élimine les essais plus ou moins polémiques, dont P. MAROIS, « L'action en justice collective », dans *Rapport du Colloque sur le droit et la consommation*, Montréal, P.U.M., 1975, p. 325, la doctrine portant sur la loi québécoise semble se limiter à ce qui suit : H. REID, *supra*, note 4 ; H. REID, « Le recours collectif au Québec », (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 18 ; *Formation permanente, supra*, note 10 ; D. DUSSAULT, « Une nouvelle législation : La Loi sur le recours collectif », (1979) *Assurances* 345 ; R.S. REID, « *Naken v. G.M. of Canada Ltd. : A Stumbling Block Removed?* », (1979) 3 *Can. Bus. L.J.* 436, pp. 448 et ss. ; Y. LAUZON, « Le recours collectif », dans *Formation professionnelle : Procédure civile*, Montréal, Blais, 1980, pp. 229 et ss.

32. P. MAROIS, discours en troisième lecture sur le projet de loi n° 39, (1978) 20 *Débats de l'Ass. nat.*, p. 2065.

33. La Cour supérieure a déjà rendu deux jugements au fond : voir *Boisvert c. Forar Inc.*, C.S. Montréal, 12 sept. 1979 et 28 avr. 1980, n° 500-06-00009-791, et *Feinberg c. L'un et l'autre Inc.*, C.S. Montréal, 28 mars et 17 nov. 1980, n° 500-06-00001-806. Ces deux affaires ont cependant peu d'intérêt en ce qui nous concerne.

distinguer de ses parents, proches et éloignés, en droit judiciaire plus ou moins privé, et à préciser ce qu'il n'est pas, contrairement à ce que certains croient ou voudraient croire. Il serait difficile alors de passer sous silence la polémique qui règne à cet égard, et de ne pas tenter d'écarter au moins les mythes les plus flagrants qui circulent à ce sujet.

1.1. Définition

De prime abord, on pourrait penser que le législateur a rendu la tâche facile au juriste, puisqu'il définit expressément, pour la première fois, ce qu'est le recours collectif : « le moyen de procédure qui permet à un membre [d'un groupe] d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres [de ce groupe] »³⁴. Mal comprise, cependant, cette définition risque de soulever plus de problèmes qu'elle n'en résout. C'est pourquoi il est nécessaire, au départ, de bien saisir la portée de certains de ses termes.

1.1.1. Le recours collectif est un moyen de procédure

Le recours collectif n'est pas un droit (*jus*) ; c'est un moyen. Ce n'est même pas en soi une façon d'exercer un droit, un « remède » au sens de la maxime *ubi jus, ibi remedium*. Ce n'est qu'un mécanisme particulier qui vient s'appliquer, pour la « collectiviser », à une façon déjà existante d'exercer un droit déjà existant. C'est un moyen de procédure de deuxième niveau, comme le sont la jonction de demandes, de parties ou d'action³⁵. D'ailleurs, certains voient le recours collectif comme un *glorified joinder*³⁶. Parler en termes d'*exercice* du recours collectif, comme nous l'impose le législateur, est imprécis, peut-être même erroné : on l'*utilise* ; c'est un moyen, et non une fin.

Ainsi, par exemple, on pourra penser exercer le recours collectif à l'occasion d'une requête en injonction, mais ceci n'influencera pas, en principe, la validité de la réclamation, qui sera soumise à la même procédure et aux mêmes conditions. C'est donc à bon droit que le jugement dans l'affaire *Lescelleur c. Maison Prefab*³⁷ ne prend même pas la peine de réfuter les allégués que contenait la défense, à l'effet que l'autorisation brimerait le droit de faire valoir des exceptions préliminaires³⁸ ou ferait revivre des droits éteints.

34. Art. 999, par. d).

35. Art. 66, 67 et 270. Voir H. REID, *supra*, note 4, p. 1029 ; et *Bonhomme c. Murray Hill, C.S.* Montréal, 20 juin 1980, n° 500-06-000002-804, p. 6.

36. J.M. LANDERS, « Of Legalized Blackmail and Legalized Theft: Consumer Class Action and the Substance-procedure Dilemma », 47 *So. Cal. L. Rev.* 842 (1974), p. 846.

37. *Supra*, note 4.

38. Leur sort est d'ailleurs expressément réglé par les art. 1012 et 1040.

Ceci dit, on ne peut nier que l'existence du recours collectif a une influence sur l'application du droit. Si la loi reste la même, l'intérêt à la faire respecter, et la portée des prononcés des tribunaux, en sont certainement élargis. Il n'y a aucun doute qu'il permet la sanction de droits qui seraient abandonnés³⁹. Même aux États-Unis, il « provides small claimants with a method of obtaining redress for claims which otherwise would be too small to warrant individual litigation »⁴⁰. On serait pourtant malvenu de s'en scandaliser : après tout, n'est-ce pas le but de tout le droit judiciaire que de rendre efficace l'application du droit substantiel ?

1.1.2. Le recours collectif n'est disponible qu'en demande

Partout ailleurs⁴¹, le recours collectif peut servir à amener un groupe à se défendre devant les tribunaux. C'est ainsi qu'on a pu, aux États-Unis, recouvrer un paiement illégal de dividendes⁴², et en Colombie-Britannique, obtenir un jugement qui lie tous les créanciers d'une personne dans une affaire de nantissement⁴³. Tel n'est pas le cas au Québec, où le recours collectif ne peut être utilisé que pour agir en demande. Il semble que ce choix du législateur ait été motivé par la crainte qu'il avait de voir surgir des abus. Il faut aussi dire que les effets de l'ouverture du recours en défense sont assez mal connus : on aura donc cru préférable de l'expérimenter là où le besoin

39. *Plouffe c. Télécâble de Québec*, C.S. Québec, 17 avril 1979, n° 200-06-000003-791, JE 79-538. Ceci ne veut cependant pas dire, contrairement à ce que peut laisser croire le jugement dans l'affaire *Lescellieur*, *supra*, note 4, p. 6, que la seule intention du législateur était de permettre de grouper « des réclamations minimes, qu'il serait trop onéreux d'intenter individuellement » : voir *infra*, p. 75 ss et 96.

40. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 391 F. (2d) 555, 560 (C.A. 2d, 1968). Cette caractéristique du *class action* pose d'ailleurs de sérieux problèmes aux États-Unis, là où le recours se trouve dans les règles de pratique (au niveau fédéral, par exemple) et non dans une loi (État de New York). Certains soutiennent que l'impact *substantive* du recours fait en sorte qu'il ne peut exister que dans la mesure où c'est le Congrès, et non la Cour suprême (en vertu de son *rulemaking authority*), qui l'adopte. Voir J.M. LANDERS, *supra*, note 36 ; « Note : Developments in Law-Class Actions », 89 *Harv. L. Rev.* 1318 (1976), pp. 1357 et ss. ; J. ROSS, « Rule 23(b) Class Actions : a Matter of Practice and Procedure or Substantive Right ? » 27 *Emory L.J.* 247 (1978) ; *contra*, D.W. FYR, « On Classifying Class Suits : a Reply to Mr. Ross », 27 *Emory L.J.* 267 (1978).

41. Le fait que la Loi Royer ne soit pas conforme à cette affirmation n'y change rien, puisqu'il ne s'agit pas d'un véritable recours collectif : voir *infra*, p. 16.

42. *Traynor v. Hernandez*, 97 S.Ct. 1911 (1977) ; voir B.M. WOLFSON, « Defendant Class Actions », 38 *Ohio St. L.J.* 459 (1977) ; « Note : Federal Rules of Civil Procedure 23 ; a Defendant Class Action with a Public Official as the Named Representative », 9 *Valparaiso U.L. Rev.* 357 (1975) ; « Note : Defendant Class Actions », 91 *Harv. L. Rev.* 630 (1978). Il existe même au moins un cas où le juge, de son propre chef, a suggéré aux parties d'utiliser le *class action* : *Sprogis v. United Air Lines*, 444 F. (2d) 194 (C.A. 7th, 1971), *cert. den.* 404 U.S. 991.

43. *Guaranty Trust v. International Plaza Ltd.*, [1977] 4 B.C.L.R. 275.

s'en faisait le plus sentir. Ceci dit, il existe dans notre droit d'autres moyens de procédure qui ne sont disponibles qu'en demande ; la réunion de causes d'action et la jonction de parties en sont des exemples ⁴⁴.

1.1.3. Le recours collectif ne peut être exercé s'il n'existe pas un groupe

Le « membre » dont parle l'article 999, paragraphe *d*) C.P.C. est défini comme étant « une personne physique faisant partie d'un *groupe* pour le compte duquel une personne physique exerce ou entend exercer un recours collectif »⁴⁵. On peut donc penser, bien que la Loi ne s'exprime pas en toutes lettres sur cette question, que le requérant devra convaincre le juge de l'existence d'un groupe qui pourrait bénéficier de l'exercice du recours ⁴⁶. Quel est donc ce « groupe » ? Dans quel sens le représentant agit-il pour le compte de celui-ci ?

André Cloutier ⁴⁷ voit dans le groupe non pas un « agrégat d'individus (...) mais une entité en soi, dont les membres pourront se dégager à leur choix individuel. » Ceci implique qu'il ait une véritable « existence » légale, ce qui ne saurait être le cas. Il n'est pas le résultat d'une démarche positive de ses « membres », et se forme à leur corps défendant, bien qu'ils puissent s'en exclure par un geste positif ⁴⁸. Il n'est ni sujet, ni objet de droits. Parler d'un groupe, le décrire, ce n'est donc que se servir d'un raccourci terminologique qui évite d'avoir à nommer tous ceux qui partagent le même intérêt particulier dans le litige que le représentant, sans même, peut-être, que ce dernier ait la moindre idée de qui ils peuvent être.

En principe, donc, la composition exacte du groupe n'a pas à être connue. Il suffit qu'on le décrive de façon qu'il soit possible de dire si quelqu'un en fait ou non partie ⁴⁹. Ses membres doivent être identifiables, mais non identifiés. Sa composition peut changer dans le temps, ne serait-ce que suite à l'exercice du droit des membres de s'exclure. On reconnaît généralement, cependant, deux limites à cette flexibilité en droit américain : le groupe doit être suffisamment homogène ⁵⁰ ; il ne devrait pas s'y ajouter de

44. Art. 66-7. Voir *scom. Sal. Min. c. Pilkington Glass*, [1972] C.S. 35.

45. Art. 999, par. c).

46. Voir *Canadian Consumer Co. c. Nault, C.A.* Montréal, 14 janv. 1980, no 500-09-000699-793, JE 80-159, p. 4 (J. Lamer) ; *Werner c. SAAB, C.S.* Montréal, 30 juillet 1980, no 500-06-000004-800, JE 80-695.

47. A. CLOUTIER, « Les justiciables », in : *Formation permanente, supra*, note 10, pp. 106-107.

48. Art. 1007.

49. On a refusé d'accepter comme groupe tous les résidents d'un État qui étaient actifs dans les organisations pacifistes : *De Bremaeker v. Short*, 433 F. (2d) 733 (C.A. 5th, 1970).

50. *Hagans v. Wyman*, 527 F. (2d) 1151 (C.A. 2d, 1975).

nouveaux membres au fur et à mesure du déroulement du recours⁵¹. Les règles de pratique de la Cour supérieure reconnaissent d'ailleurs implicitement la fluidité, l'incertitude caractéristiques du groupe « moyen », en demandant de joindre à la requête « une liste des noms et adresses des membres du groupe connus du requérant, et, quant aux inconnus, une estimation de leur nombre probable et des endroits où ils sont domiciliés »⁵².

Ceci ne devrait pas vouloir dire que le recours collectif n'est ouvert que si l'on ignore la composition exacte du groupe. On peut facilement, par exemple, déterminer le nombre exact de propriétaires d'un certain modèle de voiture; ceci ne rend pas le recours inutile. C'est pourtant ce que laisse entendre le jugement dans l'affaire *Demers c. Drolet*⁵³. Il faut espérer que cette décision ne viendra pas fausser le sens qu'il faudrait voir donner au paragraphe c) de l'article 1003. Par ailleurs, une tendance jurisprudentielle pourrait se former qui demande de prouver l'allégation de l'existence du groupe. L'arrêt *Werner* a insisté sur la nécessité pour le requérant de pousser davantage son enquête avant de s'adresser au tribunal: il ne suffirait pas, pour établir de façon satisfaisante à ce stade de la procédure l'existence d'un groupe pouvant compter deux mille personnes, d'avoir repéré quatre autres de ses membres⁵⁴. Bien qu'on puisse comprendre que les tribunaux veuillent aller au-delà des affirmations du requérant, il faut reconnaître qu'il ne saurait être question de déterminer un nombre ou une proportion fixes de membres à contacter avant de pouvoir présenter la requête.

Les associations de publicitaires avaient demandé, dans leur mémoire à la Commission parlementaire qui examina le projet de la loi n° 39, de limiter la composition du groupe à ceux qui résident au Québec au moment de l'exercice du recours et dont le droit à pris naissance dans un acte posé au Québec; il semble certain cependant que des personnes qui résident ailleurs qu'au Québec puissent en faire partie. L'article 38, paragraphe b) de la Loi permet au gouvernement de déterminer, par règlement, « les cas où l'aide

51. *Coniglio v. Highwood Services Ltd.*, 60 F.R.D. 359 (D.C.N.Y., 1972). Pourtant on a accepté comme groupe l'ensemble des membres d'une foi religieuse: *Therriault v. Carlson*, 353 F. Supp. 1061 (D.C.Ga, 1973). Certains veulent faire de la possibilité de décrire clairement le groupe une des conditions de la représentation adéquate (*infra*, p. 80). Si ce n'est pas le cas, disent-ils, sur quoi pourra-t-on se fonder pour évaluer l'« adéquation » de la représentation des absents? Voir « Note: Developments... », *supra*, note 40 et H. REID, « La mise en œuvre judiciaire du recours collectif: questions et hypothèses », in: *Formation permanente*, *supra*, note 10, p. 146.

52. R.p. 53, par. c).

53. [1979] C.S. 1117. Voir *infra*, p. 80.

54. *Werner c. SAAB*, *supra*, note 46, p. 8. Cf. *Richard c. Jacuzzi Canada Ltée*, C.S. Montréal, 27 sept. 1979, n° 500-06-0000006-797, où l'on a autorisé un recours collectif similaire (vice caché) à partir de la connaissance de vingt membres d'un groupe en comptant environ mille.

peut être accordée à des personnes qui ne résident pas au Québec. » Prévoir une aide à un recours, c'est accepter que ce recours puisse être exercé. Rien ne permet de croire que cette disposition ne vise que les seuls recours non québécois, entrepris par des non-Québécois. Au contraire, le paragraphe c) de cet article s'adresse aux cas où un Québécois désire utiliser le recours collectif ailleurs qu'au Québec. Cette expression claire de la volonté du législateur, sur ce point précis des recours hors-Québec, ne peut vouloir dire qu'une chose : le paragraphe b) ne s'applique que dans le cas où un étranger exerce au Québec un recours collectif.

Si un non-résident peut exercer « notre » recours collectif, *a fortiori* peut-il être à la remorque d'une autre personne, et être membre d'un de « nos » groupes. Se poseront alors, bien sûr, les problèmes normaux de droit international privé relatifs à la détermination du forum compétent, et l'on peut penser qu'il faudra tenir compte de ce facteur dans la rédaction de la requête. Mais il n'y a pas lieu de croire que l'exercice du recours change quoi que ce soit aux droits d'une personne de se prévaloir des décisions d'une juridiction québécoise⁵⁵.

1.2. Distinctions

Il nous faut insister encore une fois sur un point : ce qu'on exerce, dans le cadre du recours collectif, c'est le recours individuel de chacun des membres du groupe ; ce qui change, c'est la façon de l'exercer, ou la façon pour le membre de se trouver devant le tribunal. Le texte des paragraphes 2 et 3 de la formule de requête pour autorisation d'exercer le recours collectif⁵⁶ l'exprime bien, quand il parle des « faits qui donneraient ouverture à un recours individuel ». C'est d'ailleurs cette continuité de l'existence des recours individuels qui a fait dire aux tribunaux fédéraux américains qu'on ne peut cumuler les réclamations individuelles des membres pour déterminer le tribunal qui a juridiction⁵⁷.

Tous ne semblent pas avoir saisi cet élément de préservation du caractère individuel des droits en cause, qui est une des caractéristiques essentielles du recours collectif. La note des commissaires à la révision du *Code de procédure civile* qui accompagne l'article 59 laisse entendre que le *class action* facilite les recours en justice des groupements sans personnalité civile. Il est vrai que le recours s'est avéré d'une grande utilité dans ces

55. Voir *infra*, p. 94-5, et *Werner c. SAAB*, *supra*, note 46.

56. (1979) 111 G.O.Q., II.87.

57. *Snyder v. Harris*, 394 U.S. 332 (1969). Bien plus, le membre dont la réclamation individuelle ne rencontre pas les critères juridictionnels ne pourra se prévaloir du jugement : *Zahn v. International Paper*, 414 U.S. 291 (1974). Le législateur québécois a évité aux tribunaux d'avoir à répondre à cette question, en confiant à la Cour supérieure toute la juridiction en matière de recours collectifs (art. 1000).

matières⁵⁸. Cependant, l'affirmation des commissaires nous semble inexacte, ou à tout le moins imprécise, dans la mesure où ce sont les intérêts des membres, et non ceux du groupe, qui sont en jeu.

Il faut dire que nos codificateurs ne sont pas les seuls à être confus en matière de *representative action*. Le *Supreme Court Digest* canadien donne, sous la rubrique *Action-Representative*, une majorité de jugements québécois portant sur l'article 1056 C.C. (ce qui n'est pas faux en soi) et de jugements en matière de contestation de règlements municipaux (ce qui est passer à côté de la question). De même, la décision de la *Divisional Court* dans l'affaire *General Motors v. Naken*⁵⁹ oppose continuellement l'intérêt du groupe et celui des individus. Cette confusion prend sa source dans la notion de *common fund*, sur laquelle nous reviendrons⁶⁰. Ce qu'il nous faut rappeler encore une fois ici, c'est que le recours collectif n'amalgame pas, en droit, les intérêts des membres. Pour bien le comprendre, il faut situer le recours collectif par rapport aux recours utilisés dans la poursuite d'intérêts véritablement « méta-individuels »⁶¹.

What is involved, in fact, in an entire spectrum of group situations ranging from material injury to many specific and identifiable persons (...) to essentially non-material offences against general moral sensibilities (...) The common procedural issue is whether the entire group affected can be brought into the litigation.⁶²

Pour reprendre cette métaphore de W.B. Fisch, nous sommes donc en présence d'un spectre qui calibre le degré de collectivisation d'un recours. Si l'on prend pour acquis que ce degré augmente au fur et à mesure qu'on se déplace vers la droite du spectre, on retrouvera, à l'extrême gauche, le recours purement individuel, puis le recours individuel comportant certains effets « sociaux » (injonction, ...), le recours collectif, les recours de parties privées à caractère public (*relator*, constitution de partie civile, ...) et, à l'extrême droite, le recours exercé pour la seule défense d'un intérêt public, qui transcende, en droit, les recours des individus (*public interest action*).

Le recours collectif, plutôt que d'être une curiosité juridique, peut donc fort bien se situer dans une échelle progressive. Il serait intéressant, à ce moment-ci, d'essayer de préciser sa situation en le distinguant de quelques parents plus ou moins éloignés.

58. Voir *supra*, p. 6, et note 10.

59. *Infra*, note 221.

60. *Infra*, p. 46-9.

61. L'expression vient de M. CAPPELLETTI, « Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's View », 25 *Buff. L. Rev.* 643 (1976); M. CAPPELLETTI, « Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study », 73 *Mich. L. Rev.* 794 (1975).

62. W.B. FISCH, « European Analogues to the Class Action: Group Action in France and Germany », 27 *Am. J. of Comp. L.* 51 (1979), p. 52.

1.2.1. En France

Sous l'ancien régime, les Parlements (qui étaient des organismes à la fois législatifs et juridictionnels) émettaient parfois, à l'occasion d'un procès, des dispositions à caractère législatif qu'on appelait « arrêts de règlement »⁶³. Ils statuaient alors au-delà du litige devant eux, sans que les parties les y invitent nécessairement. Cet acte législatif s'oppose à celui, de nature purement juridictionnelle, que constitue le recours collectif : ce dernier n'a d'effet qu'à l'égard de ceux qui sont réputés être présents devant le tribunal.

En droit français moderne, la constitution de partie civile n'a qu'une portée limitée, qui ne peut se comparer au *class action*. D'autre part, le recours des associations agréées, prévu par la Loi Royer, peut se rapprocher de notre recours collectif lorsque ce dernier est utilisé conformément à l'article 1048. Toutefois, comme l'exercice de cette action ne vaut que pour un fait « portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs », elle participe donc avant tout du *public interest action*⁶⁴.

1.2.2. En Allemagne

Le *Adhäsionsprozess* est ce moyen de procédure criminelle qui a été utilisé avec succès à l'occasion des procès sur la Thalidomide entrepris en R.F.A. Il permet à la victime d'un crime de réclamer compensation pour ses dommages matériels s'il y a condamnation. Il ressemble davantage à une constitution de partie civile après le fait qu'à un véritable recours collectif. D'ailleurs, il nécessite l'intervention de chacune des victimes, ce qui en fait tout au plus une jonction de parties améliorée⁶⁵.

63. Voir F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français, des origines à la révolution*, (2^e tirage), Paris, Domat-Montchrestien, 1951, pp. 538 à 541 ; F. OLIVIER-MARTIN, *Les lois du Roy*, cours de doctorat (polycopié), pp. 160 à 169.

64. Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973, d'orientation du commerce et de l'artisanat (1973, J.O. 14139), art. 46. On aurait pu croire, encore une fois, à une confusion entre « intérêt collectif » et « collection d'intérêts individuels » : voir, *infra*, p. 48. Tel n'est pas le cas. La jurisprudence française indique clairement qu'on s'intéresse au préjudice subi *par l'association*, à « un intérêt collectif et non [à] la simple défense d'un consommateur pris individuellement et pour qui le groupement prendrait fait et cause ». Bernard SALINGARDES, « L'action civile des groupements de consommateurs », p. 183, in : *Études offertes au professeur Émérentienne de Lagrange*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 193. Ceci est vrai de tous les (nombreux) recours de même nature prévus par le droit français, dont le recours des syndicats professionnels prévu par l'art. L. 411-11 du *Code du travail* français. Voir aussi J.S. SLOAN, « Games French People Play with Class Actions or French Games with Class », 45 *Temple L.Q.* 210 (1972).

65. Sur ce sujet, voir W.B. FISCH, *supra*, note 62, pp. 72 et ss.

1.2.3. Dans les juridictions de common law⁶⁶

On peut penser établir un parallèle entre d'une part, le recours collectif et, d'autre part, le *public interest action*, le *relator* et le *parens patriae*.

Le *public interest action* sert à protéger un droit collectif, qui transcende les seuls droits des individus. Il modèle la notion d'intérêt, pour permettre à un individu d'agir dans un cas où ses droits personnels ne sont pas en jeu. Le citoyen est seul devant le tribunal à défendre l'intérêt de la collectivité; le recours collectif amène devant la cour chacun des membres du groupe, par le jeu de la représentation⁶⁷.

Le *relator*, lui, ne fait que permettre au citoyen d'agir aux droits du Procureur général. Ici encore, il s'agit davantage d'exercer des droits « collectifs » que de protéger des droits individuels. De plus, on ne peut utiliser le *relator* qu'avec l'autorisation du Procureur général, qui a entière discrétion pour l'accorder ou la refuser⁶⁸. Cette contrainte, pour justifiable qu'elle puisse être dans ce cas, serait difficilement acceptable si elle devait s'appliquer dans le cadre d'un recours où l'on ne fait qu'exercer des droits individuels.

La doctrine du *parens patriae* permet au Procureur général ou à une agence gouvernementale⁶⁹ de prendre fait et cause pour ceux qui sont incapables d'agir pour eux-mêmes. Certains procureurs généraux d'États américains ont tenté d'en étendre la portée pour leur permettre d'exercer des recours collectifs, mais avec assez peu de succès⁷⁰. Par ailleurs, cette doctrine

66. Voir généralement P.P. MERCER, « The Gouriet Case : Public Interest Litigation in Britain and Canada », [1979] *P.L.* 209.

67. Le *public interest action* n'est généralement pas bien reçu chez nous : voir *Cowan v. C.B.C.*, [1966] 2 O.R. 309 (Ont. C.A.); *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.S. 181; mais voir *Thorson c. P.G. Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265.

68. Ce point semble avoir été réglé par l'arrêt *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435, qui écarte *McWirther v. I.B.A.*, [1973] 1 All. E.R. 689 (C.A.). Voir, entre autres, S.A. de SMITH, *Judicial Review of Administration Action*, 3e éd., Londres, Stevens and Sons, 1973, pp. 401 et ss.

69. Comme c'est le cas dans le *New York City Consumer Protection Law*, 1969, §§ 2203 d. 4.0 et 5.0, et ce qui était proposé dans les projets de lois C-42 de 1977 (Canada) et S. 3475-78 (U.S. Senate). Pour un exemple législatif, voir A.D. JERGENSEN, « New York City's Alternative to the Consumer Class Action — The Government as Robin Hood », 9 *Harv. J. on Leg.* 301 (1972).

70. On y a réussi dans *In Re Antibiotics Antitrust Actions*, 333 F. Supp. 278 (S.D.N.Y. 1971). La Cour suprême semble avoir refermé la porte de façon définitive dans *Hawaii v. Standard Oil*, 405 U.S. 251 (1972). Voir M. HANDLER et D. BLECHMAN, « Antitrust and the Consumer Interest: the Fallacy of *Parens Patriae* and a Suggested New Approach », 85 *Yale L.J.* 626 (1976).

ne peut être utilisée que par le Procureur général et ce, uniquement dans la poursuite d'intérêts qui ne sont pas les siens : ceci suffit pour marquer la distinction qui existe entre celle-ci et le recours collectif.

1.2.4. Au Québec

Le recours collectif se distingue des différents recours que nous qualifieront de « corporatistes » ou « collectivistes », qui permettent à un syndicat ou à une corporation professionnelle de défendre l'« intérêt collectif de la profession »⁷¹. Il est aussi différent de l'action dérivée des actionnaires, produit de la common law qui s'exerce chez nous en vertu du pouvoir général de surveillance de la Cour supérieure prévu par l'article 33 C.P.C.⁷². Cette action sert avant tout à protéger les actionnaires minoritaires contre les agissements illégaux de la majorité ou de la direction. L'actionnaire agit alors aux droits de la compagnie, qui est nécessairement mise en cause. Le recours collectif est utilisé par une personne qui a un intérêt personnel, et agit pour le bénéfice direct d'autres personnes similairement intéressées.

L'article 59 permet d'agir pour autrui, comme le recours collectif. Il exige cependant, pour entrer en fonction, qu'un mandat exprès soit accordé à une personne ayant un intérêt commun, alors que le recours collectif, de par son essence, est utilisé sans que mandat en ait été donné. L'article 67 joint lui aussi plusieurs parties dont les intérêts sont communs. Contrairement au recours collectif, toutefois, chacun des intéressés est effectivement présent ou représenté devant le tribunal, qui statue individuellement sur chacun des droits pris individuellement. La réunion d'actions, enfin, s'éloigne encore davantage du recours collectif. Elle n'entraîne même pas une fusion des instances : chacune conserve son individualité⁷³.

Le recours collectif, sans « aller à l'encontre », par exemple, des articles 59 et 67⁷⁴, est donc fort différent de tout ce qui peut exister comme autres moyens de procédure. Il a son utilité propre, et ne correspond vraiment à rien qui ait existé auparavant dans notre droit judiciaire. Ceci dit, il ne faut pas penser qu'il ébranle tout l'édifice procédural québécois. Il tente de s'y inscrire en respectant le plus possible ses principes fondamentaux.

71. *Loi sur les syndicats professionnels*, L.R.Q., c. S-40, art. 9, par. 11.

72. *Lagacé c. Lagacé*, [1966] C.S. 489; J. SMITH, « The Protection of Minority Shareholders in Québec and Article 33 of the Code of Civil Procedure », (1978) 80 *R. du N.* 193. Pour la situation en droit américain, voir A. HOMBURGER, « Private Suits in the Public Interest in the United States of America », 23 *Buff. L. Rev.* 343 (1974); M. JONES, « Empirical Examination of the Incidence of Shareholder Derivative and Class Action Lawsuits: 1971-1978 », 60 *Boston U. L. Rev.* 306 (1980).

73. Au point de leur conserver des numéros de dossier différents : *Charette c. Héritiers Boisvert*, [1967] C.S. 223.

74. Voir D. DUSSAULT, *supra*, note 31, p. 347.

1.3. Effets du recours collectif sur les principes de droit judiciaire privé

Examinons rapidement l'effet que peut avoir l'introduction du recours collectif sur l'intérêt, la qualité, la capacité et le caractère facultatif de l'action en justice.

1.3.1. Le recours collectif et l'intérêt

L'introduction du recours collectif n'a rien changé à la notion d'intérêt en droit québécois⁷⁵. Le représentant, et chacun des membres avec lui, pourront être appelés à prouver qu'ils recherchent, par leur action en justice, « un avantage concret, un profit qu'une personne peut retirer de la décision qu'elle sollicite de la part du juge »⁷⁶. Chacun des membres devra avoir un intérêt juridique, né et actuel, direct et personnel dans le résultat de la cause⁷⁷. Ainsi, l'administrateur d'une personne ne pourra agir à la place de celle-ci, à titre de représentant ou de membre⁷⁸. L'utilisation du recours collectif ne bonifiera pas non plus l'intérêt d'une personne à agir en justice ou à participer au résultat de la décision⁷⁹.

Évidemment, l'introduction du recours collectif n'a pas eu pour effet, en théorie, d'instituer au Québec le *public interest action*⁸⁰. Mais on ne peut nier qu'elle aura un certain impact sur la recevabilité des actions. Ainsi, il est évident que ce moyen de procédure s'adresse directement à celui qui désire agir pour d'autres personnes qui se trouvent dans la même situation que lui : la victime d'un accident pourra penser agir pour les autres victimes du même accident⁸¹. De même, dans la mesure où le recours permet la défense de droits qui seraient autrement abandonnés⁸², il pourra avoir une influence sur

75. *Théroux c. Greffier de la ville de Montréal*, C.S. Montréal, 8 juin 1979, no 500-06-000002-796, JE 79-603. Voir généralement sur cette question, H. REID, *supra*, note 51, pp. 134 et ss.

76. F.D. BARAKETT, K.D. BEAUSOLEIL, D. FERLAND et H. REID, *Droit judiciaire I*, Québec, Université Laval, 1979 (polycopié), p. 106.

77. *Généreux c. Généreux*, [1971] R.P. 328 (C.S.); *Perreault c. Poirier*, [1959] R.C.S. 843.

78. *Muller c. Ste-Marie*, [1971] R.P. 413 (C.P.).

79. Au Canada, il est aussi clair que les règles du *standing* sont les mêmes pour le recours collectif : voir *Rosenberg v. Grand River Conservation Authority*, (1976) 69 D.L.R. (3d) 384 (Ont. C.A.), et M.A. COHEN, « Annual Survey of Canadian Law : Civil Procedure », (1977) 9 *Ott. L. R.* 374, p. 383. Aux États-Unis, lire J.B. CONN, « Federal Courts and Procedure — Class Actions — Standing. Nominal Plaintiff Without Individual Standing May Represent Certified Class Where Adequate Representation is Shown », 45 *U. Cin. L. Rev.* 317 (1976).

80. *Supra*, note 67 et p. 17. « The threatened injury must be peculiar to each person alone » : *Preston v. Hilton*, (1920) 55 D.L.R. 647, 653 (Ont. S.C.).

81. *Beaulieu c. Lortie*, [1947] C.S. 119.

82. *Supra*, p. 11 et note 40.

la portée de la notion d'intérêt suffisant : un juge pourra fort bien permettre de continuer une affaire, qui, si elle était poursuivie individuellement, appellerait l'application de la maxime *de minimis*⁸³. De même, l'existence du recours influence directement l'application des règles sur l'intérêt de deux façons. D'abord, l'article 1012 limite les moyens préliminaires que le représentant peut se voir opposer. Ceux qui sont de nature trop particulière à certains membres, ou qui portent sur des questions qui ne sont pas traitées collectivement, ne peuvent être utilisés qu'au stade des réclamations individuelles⁸⁴. Par ailleurs, si l'on ne touche en rien à la nature de l'intérêt nécessaire à une intervention (articles 208 ss.), on limite la possibilité qu'ont les membres d'exercer ce droit⁸⁵.

Une des techniques les plus utilisées aux États-Unis pour tuer dans l'œuf un *class action* consiste à désintéresser, en lui offrant de régler sa créance personnelle, chacun des membres qui tente de se faire reconnaître le statut de représentant. Il peut aussi arriver que celui qui met en marche un recours collectif perde son intérêt à agir, avant ou après avoir été confirmé dans son rôle d'agent du groupe. La jurisprudence américaine, après une certaine hésitation⁸⁶, tend à préserver l'intérêt du membre, ou à permettre qu'on le remplace, surtout s'il se trouve en face d'une situation qu'il n'a pas provoquée, ou d'offres qu'il n'a pas encouragées et qu'il ne peut par ailleurs refuser (une offre pour la totalité de sa créance, par exemple)⁸⁷. Le législateur québécois, plutôt que d'empêcher de telles offres, s'est attaqué à

83. Voir entre autres *Plouffe c. Télécâble de Québec*, *supra*, note 39, et *infra*, pp. 24-6.

84. Sur la portée de l'article 1012, voir *infra*, p. 35.

85. Art. 1017.

86. Voir surtout *Hall v. Beals*, 396 U.S. 45, 49 (1969); *Indiana Employment Security Division v. Burrev*, 409 U.S. 540, 541-2 (1973).

87. En opposition avec la doctrine du *mootness*. Voir *Sosnar v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975); *Frank v. Bowman Transportation Co.*, 96 S.Ct. 1251 (1976); *Susman v. Lincoln American Corp.*, 587 F. (2d) 866 (C.A. 7th, 1978); L.R. CHAMPLIN, « Personal Stake and Justiciability: Application to the Moot Class Action », 27 *U. of Kansas L. Rev.* 85 (1978); E.A. GRIMES, « *Satterwhite v. City of Greenville* (578 F. 2d. 987) and Breathing New Life into the Headless Title VII Class Actions », 32 *Stan L. Rev.* 743 (1980); « Note: Headless Class Action: the Effect of a Named Plaintiff's Pre-Certification Loss of a Personal Stake », 39 *Maryland L. Rev.* 121 (1979); M.W. RINGER, « Can Defendants Use Mootness Doctrine to Buy Off Class Actions? », 36 *Wash. and Lee L. Rev.* 167 (1979); Robin P. SCHNEIDER, « *Goodman v. Schlesinger* (504 F. 2d. 1325) and the Headless Class Action », 60 *Boston U.L. Rev.* 348 (1980); C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *Federal Practice and Procedure*, St. Paul, West, 1972, (Vol. 7 & 7A), § 1776; Y.B. ZELINSKI, « Averting Defendant-Induced Pre-Certification Mootness of Class Actions: *Susman v. Lincoln American Corp.* », 55 *Chi-Kent L. Rev.* 793 (1979). Au Québec, voir entre autres les art. 1162 et ss. C.C., et les art. 187 et ss.

l'effet du règlement de la créance personnelle du représentant, qui est alors réputé conserver un intérêt suffisant⁸⁸. Encore une fois, cette façon de procéder ne crée pas un intérêt, mais empêche celui qui existe de disparaître, ce qui comporterait des conséquences qui dépasseraient largement le cadre du seul recours personnel du représentant.

Une autre question s'est posée en droit américain : dans quelle mesure le représentant peut-il agir contre des défendeurs auxquels il n'est pas directement lié? Un étudiant d'une université qui se plaint d'un comportement de l'administration à son égard peut-il agir à titre de représentant de ceux qui ont à se plaindre d'un comportement similaire de la direction d'autres universités? Les tribunaux acceptent, à certaines conditions, que le représentant agisse dans de telles circonstances⁸⁹. L'importation jurisprudentielle de cet aspect du recours américain élargirait sûrement la portée du mécanisme québécois au-delà de ce que l'on peut présentement espérer. Le législateur, lui, a omis de se prononcer sur la question.

La seule véritable entorse à la règle du *locus* se trouve à l'article 1048 C.P.C. qui permet à certaines personnes morales et associations de salariés de se saisir de l'intérêt de l'un de leurs « adhérents » pour agir à titre de représentant. Ce mécanisme est strictement contingenté et ne devrait pas poser de problèmes outre mesure, tout en permettant un exercice plus efficace du recours. Nous y reviendrons plus loin⁹⁰.

L'introduction du recours collectif en droit québécois n'a donc pas pour but de révolutionner la notion d'intérêt. Ceux qui désirent la voir élargie devront continuer de s'adresser aux tribunaux, qui n'ont pas jusqu'ici démontré une très grande propension à le faire⁹¹. On devrait pouvoir compter sur eux pour que l'influence du recours à cet égard se limite à ce qui est nécessaire afin de tenir compte de l'existence des membres absents.

88. Art. 1015. Il sera intéressant de voir si la jurisprudence considérera cet intérêt comme existant.

89. Voir *Samuels v. University of Pittsburgh*, 375 F. Supp. 1119 (W.D. PA, 1972); *Haas v. Pittsburgh National Bank*, 526 F. (2d) 1083 (C.A. 3d, 1975); J.B. CONN, *supra*, note 79; C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, § 1776.

90. *Infra*, pp. 39-42.

91. Voir *Association des propriétaires des Jardins Taché c. Dasken Inc.*, [1974] R.C.S. 2; *Thorson et Nova Scotia Board of Censors*, *supra*, note 67. Nous partageons l'avis exprimé par H. Reid, selon qui les arrêts *P.S.B.G.M. c. Ministère de l'éducation*, [1976] C.S. 358 et 430, et *Association des espaces verts du Mont Rigaud c. Goldbloom*, [1976] C.S. 293, « ne font qu'assouplir l'application des critères traditionnels en les dépouillant de tout formalisme excessif, sans plus »: H. REID, *supra*, note 51, p. 136.

1.3.2. Le recours collectif et les autres conditions de recevabilité

Il n'est pas dans notre intention de tenter de distinguer intérêt, capacité et qualité⁹². Nous nous contenterons de dire que le recours collectif change peu de chose à la situation juridique actuelle.

Ainsi, même l'article 1048 n'ajoute pas à la capacité des personnes morales, puisqu'il ne s'adresse qu'à celles qui sont déjà capables d'ester. Par contre, cette disposition ajoute à la qualité des organisations qu'elle vise, en les rendant, à certaines conditions, titulaires d'une faculté d'agir en justice pour faire valoir un droit (mais non titulaire du droit lui-même). De la même façon, l'incapacité du mineur reste la même, mais la Loi lui fournit, pour les fins du recours collectif, un tuteur légal qui a la qualité pour agir en son nom, à l'intérieur de certaines limites; on n'a fait en cela qu'imiter ce qui existait déjà en matière de petites créances⁹³.

Les auteurs s'en donneront sans doute à cœur joie pour tenter de déterminer si on agit « en qualité » de représentant. Certains seront tentés d'opposer à cette affirmation les nombreuses (d'aucuns les pensent trop nombreuses) restrictions imposées aux agissements du représentant, de même que la faculté que possède le membre de s'exclure du groupe. On se demandera même si plus d'une personne peut avoir qualité pour exercer un même droit. Quoiqu'il en soit, la confusion qui règne actuellement entre intérêt, capacité et qualité dans la jurisprudence, devrait retarder pour un certain temps l'émergence d'une réponse définitive à ce sujet. Le recours collectif québécois n'a d'ailleurs pas besoin d'attendre que cette question soit tranchée pour fonctionner de manière efficace.

On pourrait continuer à énumérer longtemps les principes de droit judiciaire qu'on affecte peu ou prou. On ne remet pas en cause le caractère facultatif de l'action en justice, ne serait-ce que parce que le membre peut s'exclure du groupe; de même, la nécessité d'une représentation adéquate assure aux absents qu'ils sont « entendus » pleinement sur les questions traitées collectivement⁹⁴. Ce qu'il faut comprendre une fois pour toutes, c'est que le recours collectif, pas plus que la jonction de parties, ne bat en brèche aucun des principes fondamentaux de droit judiciaire, sinon en créant une représentation sans mandat. Il n'amalgame pas les intérêts individuels des

92. D'autres l'ont déjà fait pour nous. Voir R. SAVOIE et L.P. TASCHEREAU, *Procédure civile*, Tome I, Montréal, Guérin, 1973, pp. 46 et ss.; R. SAVOIE, « De l'intérêt et de la qualité comme condition de recevabilité de la demande en justice », (1972) 32 *R. du B.* 532; C. BÉLANGER et M. BEAUCHEMIN, *supra*, note 10; F.D. BARAKETT *et al.*, *supra*, note 76, pp. 106 et ss.

93. Art. 1050 et 955.1.

94. Sur ce dernier point, voir N.J. WILLIAMS, *supra*, note 10, pp. 20-1.

membres du groupe ; il ne fait qu'en collectiviser le traitement judiciaire. Nous le répétons ; il ne crée ni droits, ni recours nouveaux. Il change la façon dont ils sont véhiculés devant nos tribunaux.

1.4. Le recours collectif : avantages, inconvénients, mythes

Nous espérons avoir fourni une définition et une description convenables du recours collectif sur le plan théorique. Il nous faut maintenant dire un mot de ses effets « réels ou appréhendés ».

La seule chose que partagent défenseurs comme détracteurs de la règle fédérale américaine, c'est un sentiment d'insatisfaction. Les opinions, elles, sont plutôt écartelées⁹⁵. Une pléthore d'articles a été écrite sur la question, qu'ils soient ou fortement pour⁹⁶ ou violemment contre⁹⁷.

Class action adherents would have us believe it is a panacea for a myriad of social ills, which deters unlawful conduct and compensates those injured by it (...) Its opponents have rallied around characterizations of the procedure as a form of « legalized blackmail » or a « Frankenstein Monster ». They also have charged widespread abuse of the rule by lawyers and litigants on both sides of the « v. », including unprofessional practices relating to attorney's fees, « sweetheart » settlement deals, dilatory motion practices, harassing discovery, and misrepresentation to judges.⁹⁸

On s'entend cependant pour dire aujourd'hui que la plupart des essais polémiques étaient jusqu'à tout récemment mal documentés, à un tel point que le Sénat américain a dû commander sa propre étude sur le sujet⁹⁹. Ceux qui se sont penchés sur les faits, tout en admettant que le recours, lorsqu'il

95. Voir « Note: Responses to Rule 23 Questionnaire of the Advisory Committee on Civil Rules », 5 *C.A.R.* 3 (1978).

96. M.M. BELCHER, « Is the Class Action Rule Doing the Job? (Plaintiff's viewpoint) », 55 *F.R.D.* 365 (1972); M. CAPPELLETTI, *supra*, note 61, pp. 799-800; *Class Action Study*, Washington, Senate Committee on Commerce, June 1974, qu'on retrouve aussi à « Note: The Rule 23(b)(3) Class Action: An Empirical Study », 62 *Georgetown L.J.* 1123 (1974); R.C. ECKHARDT, « Consumer Class Action », 45 *Notre Dame Lawyer* 663 (1970); W.B. FISCH, *supra*, note 62; A. HOMBURGER, *supra*, note 72; J.M. LANDERS, *supra*, note 36; A.R. MILLER, « Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and "The Class Action Problem" », 92 *Harv. L. Rev.* 664 (1979); H.B. NEWBERG, « Federal Consumer Class Action Legislation: Making the System Work », 9 *Harv. J. on Leg.* 217 (1972).

97. F.R. KIRKHAM, « Complex Civil Litigation — Have Good Intentions Gone Awry? », 70 *F.R.D.* 199 (1976); E.S. LABOWITZ, « Class Actions in the Federal System and in California: Shattering the Impossible Dream », 23 *Buff. L. Rev.* 601 (1974); A. CLOUTIER, *supra*, note 47; E.J. ROSS, *supra*, note 40; W. SIMON, « Class action: Useful Tool or Engine of Destruction », 55 *F.R.D.* 375 (1973).

98. A.R. MILLER, *supra*, note 96, pp. 665-666.

99. *Class Action Study*, *supra*, note 96.

est mal utilisé ou encadré, présente de sérieux dangers, en viennent généralement à la conclusion que les « abuses have been overstated »¹⁰⁰ et que les gémissements des détracteurs du recours trouvent leur origine dans des « individual cases that have been transmogrified over the years into cosmic anecdotes »¹⁰¹. D'autres, qui y voyaient une panacée, seront toujours déçus des résultats, parce qu'ils n'ont pas bien assimilé la nature du recours et sa portée sur des notions comme l'intérêt¹⁰².

Le législateur québécois semble avoir pris en considération les arguments mis de l'avant par les deux côtés. Par contre, il semble que la pensée québécoise à ce sujet soit basée avant tout sur la polémique américaine. À cet égard, la lecture des mémoires présentés en commission parlementaire en mars 1978 est fort décevante : on se contente d'y véhiculer les rêves (ou les cauchemars) et les mythes américains, sans même souvent se donner la peine de prendre acte des situations qui n'ont pas leur équivalent chez nous, ou de rajuster son tir quant à celles que le législateur se propose de régler dans le texte de la Loi. C'est pourquoi un bref commentaire s'impose, à partir avant tout des auteurs américains, sur la compatibilité du recours collectif avec le système contradictoire et sur ses effets économiques et sociaux.

1.4.1. La compatibilité du recours collectif avec notre système judiciaire

Les opposants du recours collectif maintiennent qu'il n'est pas compatible avec notre système judiciaire. S'appuyant entre autres, chez nous, sur le rapport des Commissaires chargés de la révision du *Code de procédure civile*, ils font la liste des principes auxquels il porte atteinte : nul ne peut plaider pour autrui, *res inter alios acta*, *de minimis*, nécessité de parties connues et déterminées pour les fins de l'exécution de la décision. Ils soutiennent que le recours fait fi de la capacité des absents et que l'article 59 suffit à nos besoins, qu'il impose un fardeau administratif trop lourd aux tribunaux, est inutilement long et coûteux, et congestionne les rôles. Il serait enfin un facteur d'encouragement à la sollicitation par les avocats, qui en sont les seuls vrais bénéficiaires.

Nous avons déjà exprimé l'opinion que le recours collectif peut s'inscrire dans notre droit judiciaire sans en bouleverser les principes ou la pratique. Certains des arguments soulevés ici sont discutés ailleurs dans le texte¹⁰³. Par ailleurs, il semble que le seul principe vraiment battu en brèche

100. *Id.*, pp. 22 et ss.

101. A.R. MILLER, *supra*, note 96, p. 665.

102. Voir *supra*, p. 19-21.

103. Entre autres : le recours collectif est compatible avec le droit judiciaire québécois (*supra*, p. 19-23) ; il change peu de chose aux règles de la capacité (*supra*, pp. 22-3) ; il n'a pas le même objet, ni les mêmes effets que l'art 59 (*supra*, p. 18).

soit celui que nul ne peut plaider pour autrui. Comme les membres sont partie au recours, et ne sont pas des « tiers », on ne change rien à la règle *res inter alios acta*¹⁰⁴. La portée de la règle de *minimis* est réduite parce qu'on rend pratique l'exercice de droits dont la poursuite individuelle imposerait aux tribunaux un fardeau démesuré, mais on ne remet pas en cause ce motif pragmatique de rejet d'une action¹⁰⁵.

Il semble qu'on puisse apprivoiser la très grande majorité des recours collectifs, de façon à les rendre efficaces et économiquement rentables¹⁰⁶, sans surcharger les tribunaux. L'utilisation du mécanisme de recouvrement collectif (lui-même contesté) permet d'en arriver à des solutions qui sont souvent les meilleures dans les circonstances. Par ailleurs, bien que toute la structure québécoise cherche à empêcher que des recours collectifs futiles engorgent les tribunaux (c'est la principale raison de la mise en place d'un mécanisme de filtrage comme la requête pour autorisation), rien n'est moins certain que ces recours, futiles ou non, puissent provoquer un tel engorgement. Nos conditions d'autorisation sont probablement plus libérales qu'aux États-Unis ; pourtant, on n'a présenté qu'une quarantaine de requêtes en vingt-deux mois, dans tout le Québec. Bien plus, les recours collectifs ne représentent que 1.86% des litiges devant les tribunaux fédéraux américains¹⁰⁷, et il ne s'en forme qu'environ 200 par année en Californie¹⁰⁸.

Bien utilisé, le recours collectif permet des économies d'échelle, particulièrement en matière de petites créances¹⁰⁹. Non seulement il continue, comme auparavant, de minimiser les risques de jugements contradictoires ou

104. Toutefois, voir *supra*, p. 21.

105. Voir entre autres *supra*, pp. 19-20, et « Note : Developments », *supra*, note 40, pp. 1353 et ss. Il est intéressant de constater que les opposants du recours collectif soutiennent que les montants en jeu sont à la fois trop minimes pour valoir la peine d'être poursuivis, et si énormes qu'ils constituent une menace à l'existence des défendeurs. Voir W. SIMON, *supra*, note 97, p. 377 et *infra*, pp. 27-8.

106. Le plus bel exemple en est l'*Operation Moneyback*, où l'on a distribué près de 40 millions de dollars à près de 900 000 personnes pour des réclamations dont certaines remontaient à plus de 20 ans, et ce avec un taux d'erreur estimé à moins de 1%. Voir *Report of the Special Master : 39.6 M. Settlement for Antibiotics Price Fixing in Six States*, repris dans D. LEBEDOFF, « Operation Moneyback », 4 C.A.R. 148 (1975) ; T.C. BARTSCH *et al.*, *A Class Action Suit that Worked : the Consumer Refund in the Antibiotic Antitrust Litigation*, Lexington, Lexington Books, 1978 ; B.F. KING, « Auditing Claims in a Large-Scale Class Action Refund — the Antibiotic Case », 22 *Antitrust Bull.* 67 (1977) ; et C.W. WOLFRAM, *supra*, note 18.

107. Administrative Office of the U.S. Courts, *1978 Annual Report of the Director*, A-154 (1978), pp. 98 à 101.

108. *Mission sur le recours collectif et sur les petites créances en Californie*, 10 au 17 juin 1978, Québec, Ministère de la Justice, Direction de la recherche (polycopié), p. 15.

109. Qu'on pense aux nombreuses causes de « redatation » d'automobiles : mémoire présenté en commission parlementaire par l'Association de protection des automobilistes.

incompatibles, mais il permet en plus aux parties, comme tente déjà de le faire la réunion d'actions, « [to] save unnecessary paperwork (...) and expenses »¹¹⁰. Par ailleurs, les contrôles déontologiques, comme ceux qu'exerce le tribunal sur le recours, devraient permettre à la plupart des avocats de ne pas céder à la tentation d'en abuser.

Bien sûr, il arrive qu'on ne sache trop ce qui revient à chacun des membres, tout en pouvant déterminer la responsabilité globale du défendeur. Ceci suppose évidemment un choix législatif, qui a été clairement fait chez nous. Par ailleurs, il est curieux de voir les manufacturiers :

who have frequently resisted a requirement that they notify consumers of product defect which might cause death or serious injury, insist upon the consumer's right to know of a class action lawsuit which is adjudicating his entitlement to a few dollars in damages.¹¹¹

Si même on admettait la vérité de l'intervention, on pourrait se poser des questions sur ses motifs.

1.4.2. L'impact social et économique du recours collectif : menace à l'ordre existant ou facteur de stabilisation ?

Dans ce domaine, tant de choses ont été écrites qu'il ne sert à rien de tenter d'inventorier toutes les opinions qui ont été exprimées. Nous nous contenterons de mentionner les plus importantes.

D'abord, nous l'avons déjà dit, le recours collectif rend pratique l'exercice de droits théoriques en collectivisant la détermination des droits d'un ensemble d'individus. Il abaisse ainsi le seuil monétaire à partir duquel il est plus payant d'agir que de ne rien faire, met de côté la gêne, la peur ou l'ignorance comme facteurs du non-exercice des droits. La multiplication des effets de la démarche d'une personne la rend d'autant plus rentable, réconcilie le système contradictoire, laissé à l'initiative des parties, avec la nécessité d'apporter des solutions à des maux sociaux « méta-individuels ». Cet accroissement de l'efficacité judiciaire devrait aussi permettre de prévenir une trop grande désaffection du citoyen à l'égard de la justice, et fait du recours collectif, pour certains, l'ultime rempart contre le paternalisme

110. *Quantum Information Resources Ltd. c. Digital Equipment of Canada Ltd.*, C.A. Montréal, 25 nov. 1977, n° 09-000915-777, p. 3; *Jay-Bee Imports Ltd. c. Nova Fiação Atma Limitada*, [1978] C.A. 550, p. 551.

111. J.M. LANDERS, *supra*, note 36, p. 881. On peut se demander s'il faut trouver dans l'admirable unanimité démontrée en commission parlementaire par les éventuels défendeurs aux recours collectifs dans leur recherche de la mise au point, dans l'intérêt des éventuels membres de groupes, d'un recours insignifiant, un éloquent témoignage de l'altruisme de l'entreprise privée, ou plutôt une maladroite tentative de récupération.

juridique de l'État. Ce moyen de procédure rend notre système judiciaire compatible avec notre modèle d'économie de masse¹¹².

Il est évident que le recours collectif a des *substantive overtones*, et des effets dissuasifs sur des comportements jugés socialement indésirables, puisqu'ils appellent la réprobation judiciaire. Il veut donc pallier l'impuissance de l'État à assurer la réalisation optimale de ses politiques législatives¹¹³. S'il est accompagné d'un mécanisme de recouvrement collectif, il fera plus que de compenser les seules victimes identifiables. Toutefois, on exagère généralement la portée de ce débordement. D'une part, on peut aujourd'hui atteindre un degré de précision impressionnant dans la distribution de sommes d'argent à un nombre important de personnes¹¹⁴. D'autre part, le fait que le paiement effectué par une personne ne profite pas directement aux victimes, ou uniquement à elles, n'en fait pas pour autant des dommages punitifs, d'abord parce que le montant en est directement proportionné à celui des dommages effectivement causés, et ensuite parce que nous ne connaissons pas, comme aux États-Unis, le phénomène des dommages minima ou triplés¹¹⁵, qui pourrait remettre en cause ce principe. Bien sûr, on compense des victimes qui n'ont pas demandé à l'être, et il se peut que des personnes qui n'ont subi aucun dommage retirent certains bénéfices indirects du recours : mais est-ce au contrevenant à s'en plaindre ?

Les opposants du recours soumettent qu'il est avant tout un instrument de chantage. Il mettrait en jeu l'existence économique même du défendeur dans une poursuite dont le montant peut dépasser plusieurs fois le total de ses avoirs, et qui le soumet à une publicité néfaste pour ses opérations¹¹⁶. Le nombre des affaires qui sont réglées hors-cour serait une preuve de la terreur qu'il fait régner. Bien sûr, le recours collectif fait disparaître l'intérêt économique d'une multiplicité de contraventions mineures à la loi ou à des

112. J.R.S. PRICHARD et M. TREBILCOCK, «Class Actions and Private Law Enforcement», (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 5; D.N. DEWEES, J.R.S. PRICHARD et M.J. TREBILCOCK, *Class Action as a Regulatory Instrument*, Toronto, Ontario Economic Council, 1980 (Discussion Paper Series).

113. Qu'il suffise de mentionner, à titre d'exemple, qu'en 1978, on estimait à 150 milliards le montant qui a été illégalement perçu des consommateurs aux États-Unis, et à environ 1% le taux de recouvrement. Voir Office for Improvements in the Administration of Justice, *Proposed Revisions in Federal Class Damage Procedures: S. 3475 Bill Commentary*, Washington, U.S. Dept. of Justice, 25/8/78 (polycopié), pp. 18 et 23; H.B. NEWBERG, *supra*, note 96, p. 219.

114. Voir *supra*, note 106.

115. Le recours collectif new-yorkais contourne le problème : N.Y.C.P.L.R. §901(b). Au sujet de l'impact de telles mesures législatives sur le recours collectif, voir *infra*, pp. 74-5.

116. Le Conseil canadien du commerce de détail avait demandé, en commission parlementaire, que la requête soit accompagnée d'une ordonnance de non-publication : (1978) 20 *Débats de l'Ass. nat.*, p. B-307.

contrats. Bien sûr, il fait prendre des proportions imposantes à la responsabilité du contrevenant. Encore faut-il se rappeler que celle-ci est en rapport direct avec l'importance de sa contravention. D'ailleurs, ces affirmations sont basées sur de fausses prémisses. La proportion de recours collectifs américains qui se rendent au jugement final est à peu près la même que celle des autres recours¹¹⁷. Une étude de son utilisation en matière de coalitions (principale source de « super-groupes » américains) dans le district nord de l'État d'Illinois¹¹⁸ semble indiquer qu'il ne « terrorise » nullement les défenseurs. Enfin, comme le démontrera la suite de cet article, le mécanisme de filtrage mis au point au Québec devrait s'avérer suffisant pour éviter qu'on l'utilise de façon déraisonnable ou vexatoire¹¹⁹.

Nous ne pensons pas avoir convaincu qui que ce soit de la justesse des arguments de l'un ou l'autre côté. Notre but était d'ailleurs plutôt de souligner au lecteur le fait que la plupart des intervenants au débat y apportent non seulement leurs préjugés, mais des « faits » dont l'authenticité reste à vérifier¹²⁰. Les participants, et surtout les détracteurs du recours, auraient intérêt à situer leur argumentation dans une perspective plus générale, et à cesser de sembler vouloir agir pour le seul bien de leurs éventuels adversaires.

2. Les conditions d'autorisation de l'exercice du recours collectif

Le législateur québécois a voulu que le recours collectif ne puisse être exercé que si le tribunal l'autorise, par opposition à ce qui existe dans les juridictions comme l'Ontario, où cet exercice n'est mis en doute que si l'opposant du groupe soulève la question. L'article 1003 du *Code de procédure civile* fournit au juge les instruments à partir desquels il devra déterminer si, dans l'instance, le recours collectif se justifie. Bien sûr, le choix de ces conditions a été influencé par les différentes options législatives qui ont été exprimées ailleurs dans la Loi et auxquelles nous ne ferons pas toujours allusion. Ainsi, si le choix de l'*opting out* appelle un meilleur contrôle de la qualité de la représentation, l'existence du Fonds d'aide aux recours collectifs diminue l'importance des ressources financières de l'éventuel représentant comme facteur de représentation adéquate. Nous tenterons ici de nous en tenir à l'analyse de ces conditions, plutôt qu'à chercher à en justifier le choix.

117. *Class Action Study*, *supra*, note 96, pp. 9 et ss.

118. B.S. DU VAL, Jr, « The Chicago Experience », 1976 *A.B.F. Res. J.* 1021 et 1273; B.S. DU VAL, Jr, « The Class Action as an Antitrust Enforcement Device: The Chicago Study Revisited », 1979 *A.B.F. Res. J.* 449.

119. Voir surtout *infra*, pp. 61-70.

120. *Supra*, pp. 23-4 et note 98.

Au Québec, comme d'ailleurs en Ontario et dans l'État de New York, on prévoit un seul type de recours collectif. C'est ainsi qu'au Québec et dans l'État de New York, où l'exercice du recours doit être autorisé, toutes les requêtes doivent répondre au même ensemble de conditions.

Ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, en Californie, le recours n'a qu'à satisfaire le critère de *numerosity* ou de *commonality*, en plus de l'*impracticability of joinder*, pour être reçu. Jusqu'en 1966, la règle fédérale américaine faisait la distinction entre trois types de recours : *true*, *hybrid* et *spurious*. Tous devaient rencontrer un certain nombre de conditions communes, mais chacun en avait qui lui étaient propres. Le *true class action* était le recours disponible lorsqu'on affectait l'intérêt commun de personnes trop nombreuses pour être toutes parties au litige : c'étaient ces cas où le *compulsory joinder* eût existé (recours exercé au nom de propriétaires indivis ; respect des droits méta-individuels prévus par une convention collective). Le *hybrid class action* mettait en cause des droits individuels à l'égard d'un *common fund* ou d'un bien. Le *spurious class action* n'avait de *class action* que le nom : il se révélait être davantage une jonction de parties améliorée et *a posteriori* (on pouvait choisir de prendre avantage ou non du jugement après son prononcé), au cours de laquelle étaient en cause des questions et un remède « communs ». L'*opting in* s'appliquait dans le cas du dernier recours seulement. Ceci posa d'énormes problèmes, et le fait que la ligne de démarcation des recours était floue n'aida en rien. On se mit bientôt à assister à une valse judiciaire, dans laquelle le même tribunal, après avoir changé la désignation d'un même recours, refusa finalement de déterminer dans quelle catégorie l'affaire entrait, décrétant que « names are not important »¹²¹. Ce sont d'ailleurs en partie ces problèmes de classification qui ont amené la réforme de 1966¹²².

La structure de la nouvelle règle fédérale américaine est encore plus complexe. Pour pouvoir utiliser le recours collectif il faut d'abord remplir quatre conditions, puis s'inscrire dans une des quatre catégories de recours, ce qui peut aussi entraîner l'application d'autres conditions. Déjà, la catégorisation du recours pose des problèmes en jurisprudence, par exemple quand il pourrait s'intégrer dans deux catégories¹²³. Par ailleurs, les tribunaux ont tendance à donner une interprétation plus libérale aux conditions d'autorisation du recours dans les domaines où il soulève moins

121. *Independence Shares Corp. v. Deckert*, 108 F. (2d) 41, 55 (C.A. 3d, 1939); *Pennsylvania Co. for Insurances v. Deckert*, 123 F. (2d) 979, 983 (C.A. 3d, 1941).

122. Le modèle « *true, hybrid, spurious* » existe encore toutefois dans plusieurs états américains : voir J. JAWOKSKI et S.E. PADGETT, « The Class Action in Texas », 12 *Houston L.R.* 1005 (1975); « Note : The Spurious Class Action in Michigan », *Detroit College of Law Rev.* 99 (1978).

123. Voir C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1772; R.S. PHIPPER, « The Class Action Device in the Title VII Civil Suits », 28 *South Car. L. Rev.* 639 (1977).

de polémique¹²⁴. Il y a donc véritablement risqué de voir se développer une jurisprudence contradictoire.

Heureusement, nous l'avons dit, le législateur québécois a préféré fondre tous les critères d'autorisation dans un seul article qui s'applique à tous les cas. Certes, il n'y a pas à douter que les tribunaux en viendront à créer leurs propres catégories. Mais ils devront le faire d'une façon relativement cohérente, à l'intérieur d'un même moule. C'est heureux; il eût été trop facile d'en venir à un régime qui soit similaire à celui que connaissent le *certiorari* et la prohibition, avec tous les problèmes d'option que cela suppose. On peut donc espérer que le débat sur le recours collectif portera sur le contenu des conditions, et non leur contenant.

2.1. Analyse de l'article 1003

2.1.1. Le liminaire

2.1.1.1. La nécessité d'une enquête par le tribunal

Le législateur s'est montré restrictif dans l'attribution de la juridiction en matière de recours collectif. C'est le tribunal, et non le juge, qui en autorise l'exercice. Ceci entraîne, entre autres conséquences, que le protonotaire ne pourra en aucun cas exercer les pouvoirs que confère l'article 1003¹²⁵.

Le protonotaire spécial pourrait-il autoriser le recours? Ce serait peut-être le cas si l'on considère la requête comme une « procédure interlocutoire ou incidente », au sens de l'article 44.1, paragraphe 2 C.P.C. L'article 1001, alinéa 1 semble faire l'objet d'interprétations contradictoires à ce sujet. D'une part, il nous semble que la requête fait partie de « la procédure relative à un (...) recours collectif. » Si tel est le cas, le même *juge*¹²⁶ qui entend le litige au fond devra entendre la requête. D'autre part, la Cour supérieure ne semble pas retenir cette interprétation. En effet, l'article 56 des *Règles de pratique* se lit :

Si l'autorisation d'exercer le recours collectif est accordée, l'action est intentée selon les règles ordinaires, dans le district désigné par le juge en chef *et devant le juge qu'il nomme à cette fin*. (Les soulignés sont de nous.)

124. « Note: Anti-discrimination Class Actions under Federal Rules of Civil Procedure: the Transformation of Rule 23(b)(2) », 88 *Yale L.J.* 868 (1979).

125. Art. 41, *a contrario*.

126. Et nous ne croyons pas qu'ici, le mot « juge » ait le sens qu'on lui donne à l'art. 4, par. e). On trouve d'autres exemples de l'interprétation que nous retenons aux art. 234 à 240 et 463-4.

Or, le seul article qui prévoit la « nomination »¹²⁷ d'un juge est l'article 1001. Comment la requête pour autorisation peut-elle faire partie de la « procédure relative [au] recours collectif » si la désignation du juge qui doit l'entendre *toute* intervient *après* qu'on en ait disposé? La requête serait donc une procédure préparatoire, incidente¹²⁸, dont peut disposer le protonotaire spécial.

Nous ne croyons pas que tel ait été le désir du législateur. En matière de recours collectif, ce qui nécessite le contrôle le plus serré se déroule *avant* et *après* l'enquête sur les questions traitées collectivement. Il serait pour le moins curieux que le législateur ait investi le juge d'une large mesure de discrétion dans le contrôle du déroulement du recours, mais qu'il ait laissé ouverte la possibilité, pour un officier de justice, de mettre en branle tout le mécanisme que suppose un recours collectif et être responsable d'évaluer si les conditions d'ouverture de ce moyen exceptionnel sont remplies. Nous pensons plutôt que l'intention était de voir le juge en chef désigner un juge avant même l'audition de la requête. À cet argument logique s'ajoute un argument de texte. On a séparé, dans les articles 1001 et 1004, la désignation du juge qui entendra le recours et la détermination du district, opérations qui reviennent toutes deux au juge en chef et que l'article 56 des *Règles de pratique* regroupe dans une seule et même étape. Il aurait été facile pour le législateur de fusionner ces articles si c'eût été son intention de voir ces deux questions réglées au même moment¹²⁹.

Notons, par ailleurs, que la pratique semble avoir été jusqu'à maintenant de « nommer » le même juge qui a entendu la requête pour entendre le litige au fond¹³⁰. On peut espérer que cet état de chose se continue, car l'expérience américaine semble être à l'effet qu'il est préférable que toute l'affaire soit menée par une seule et même personne. Le mieux serait toutefois de modifier l'article 56 des *Règles de pratique* pour la rendre conforme à l'intention qui ressort clairement de la loi : on peut difficilement s'attendre à ce que la Cour supérieure déclare sa propre règle de pratique illégale...

127. L'art. 1001 parle d'ailleurs plutôt de « désignation », non sans raisons.

128. Mais non interlocutoire, parce que l'instance principale n'est pas encore entreprise : *infra*, p. 34. Concernant la nature incidente de la procédure, voir P.-E. AUDET, « La juridiction du protonotaire spécial en vertu du Code de procédure civile », (1980) 40 *R. du B.* 179, pp. 222-25.

129. Cette opinion semble être partagée : M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, p. 28 ; M.J. LONGTIN, « L'État et le recours collectif », in : *Formation permanente*, *supra*, note 10, p. 65 ; H. REID, *supra*, note 4, pp. 1018-19.

130. Cette pratique n'est cependant pas passée à l'état de règle : voir *Boisvert c. Forar Inc.*, *supra*, note 33.

Le tribunal donc, doit tenir une « enquête et audition ». Les juridictions américaines reconnaissent généralement la possibilité, la nécessité pratique même, de tenir une *preliminary hearing*, mais uniquement sur la question de « certification »¹³¹. Toutefois, elles sont habituellement réduites au minimum. Ainsi, en Californie, on procède à partir de déclarations assermentées, et on soumet rarement les parties à un interrogatoire du genre que prévoit notre article 93. Il est très rare, de plus, qu'on entende des témoins¹³². Au niveau fédéral, Wright et Miller suggèrent que les audiences préliminaires soient le plus expéditives possible¹³³.

Au Québec, le requérant doit évidemment prouver qu'il rencontre les conditions prévues par l'article 1003. Des règles de pratique, toutefois, se dégage une intention de procéder avec un minimum de délais. Ainsi, l'article 53 des *Règles de pratique* pose, *a contrario*, le principe de l'audition orale sur la base des renseignements fournis par le requérant en vertu des règles 51 et 52, puisqu'elle prévoit que le juge peut « permettre à l'intimé de contester par écrit¹³⁴ (...) et fixe une date pour l'audition. » La requête est alors « décidée sur la foi des documents et affidavits (...) et aucun témoignage n'est entendu », « [à] moins que le juge n'en ordonne autrement pour des raisons particulières » (r.p. 55). Ceci, évidemment, réduit l'« enquête » à sa plus simple expression¹³⁵.

Cette façon de procéder semble avoir été assez bien suivie jusqu'à maintenant au Québec. Ainsi, dans l'arrêt *Lapointe c. Syndicat national des employés de l'hôpital Saint-Charles Borromée*¹³⁶, le juge mentionne avoir refusé de permettre l'interrogatoire sur affidavit en vertu de l'article 93. Ce faisant, il nous semble que le juge est allé trop loin. L'interrogatoire prévu par l'article 93 est un droit strict même en matière d'évocation et la règle de pratique 55 n'a donc pu viser cet interrogatoire, ou est illégale¹³⁷. Il s'agit alors non pas de vérifier la vérité des faits allégués mais, pour reprendre les termes des codificateurs de 1965, d'assurer la « sincérité des affirmations à l'appui » de la requête, de « permettre au Tribunal de rejeter immédiatement une procédure frivole » ou fantaisiste¹³⁸. L'article 1002 n'exige pas une

131. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, *supra*, note 21.

132. *Mission*, *supra*, note 108, pp. 3-4.

133. C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1785, p. 136.

134. Cette autorisation a été accordée dans chacun des dossiers ouverts au Québec jusqu'ici.

135. Surtout lorsqu'on considère que certains fait sont tenus pour avérés : voir *infra*, pp. 63-4.

136. [1979] C.S. 1119 ; infirmé sur ce point par C.A. Montréal, 29 sept. 1980, no 500-09-01322-791, JE 80-836.

137. *Id.* (C.A.), p. 2 ; *François Nolin Ltée c. Commission des relations de travail du Québec*, [1968] R.C.S. 168, p. 170 (*obiter* du J. Pigeon) ; *National Equestrian Federation of Canada c. Martin*, [1975] R.P. 146 (C.A.) ; et *infra*, note 298.

138. *Foyer St-Antoine c. Lalancette*, [1978] C.A. 349, p. 350.

connaissance personnelle des faits, comme on le fait en matière d'injonction et, sauf dérogation, pour toute autre requête en cours d'instance¹³⁹. La déclaration sous serment pourra donc comporter des faits que le déclarant croit être vrais et qui seront écartés par la suite. L'interrogatoire de l'article 93 ne servira qu'à mettre à l'épreuve le caractère raisonnable de la croyance du déclarant, et non sa conformité avec la réalité. Le plus loin qu'on soit allé jusqu'à maintenant semble avoir été de permettre l'interrogatoire d'un témoin expert sur un point technique¹⁴⁰. Il semble donc qu'on tentera de rendre la plus expéditive possible la procédure d'autorisation¹⁴¹. Il est d'ailleurs souhaitable qu'il en soit ainsi. C'est dans la mesure où le processus de filtrage prévu par la Loi s'exercera de façon rapide et efficace que le recours collectif pourra donner sa pleine mesure sans entraîner les inconvénients que certains peuvent craindre.

2.1.1.2. La nature et le moment de l'autorisation

Dans les autres juridictions qui connaissent le recours collectif, il n'est pas toujours nécessaire d'obtenir une autorisation. C'est du moins le cas là où, comme en Ontario, le *representative action* de common law est en usage. Dans ce cas, la question de savoir si on rencontre, dans les faits, les conditions qui doivent être remplies avant d'utiliser le recours ne sera examinée que si quelqu'un s'oppose à son utilisation. Les juridictions américaines, par ailleurs, qu'elles utilisent un recours basé sur la règle fédérale ou un autre modèle, semblent toutes requérir sa *certification*; le tribunal décide alors si l'action doit se continuer, être maintenue comme recours collectif (*whether it is to be so maintained*)¹⁴². Dans ce sens, la *certification* se distingue de l'autorisation québécoise. La première intervient pour reconnaître ce qui existe déjà et permettre de le continuer. La seconde doit intervenir dans tous les cas avant que le recours collectif soit utilisé. Rien ne peut vraiment commencer sans elle¹⁴³.

Le moment de la *certification* d'un *class action* peut varier. Habituellement, l'action est entreprise sous la forme d'un recours collectif, sans que le

139. Art. 88, al. 2.

140. *Plouffe c. Télécâble de Québec*, supra, note 39. Dans *Bédard c. Hydro-Québec*, C.S. Montréal, 18 juin 1980, no 200-06-000006-794, JE 80-686, on a permis l'interrogatoire d'un témoin qui corrobore les allégués de faits de la contestation. Mais voir *Werner c. SAAB*, supra, note 46, où le juge déclare, à la p. 13, que « l'allégation que tous (...) ont le même problème (...) se trouve anihilée du fait de l'ignorance (...) de la connaissance [sic] des autres membres ».

141. Le recours collectif n'est en vigueur que depuis janvier 1979, et déjà, on semble avoir disposé de la requête en première instance dans plus des deux tiers des dossiers ouverts jusqu'ici.

142. F.R.C.P. 23(c)(1).

143. Art. 1002, al. 1.

tribunal ait eu à se prononcer sur la question, et la *certification* intervient par la suite, *as soon as practicable*¹⁴⁴, à l'intérieur d'un délai fixe¹⁴⁵ ou après la production de la défense¹⁴⁶, selon la juridiction devant laquelle on se trouve. Il arrive cependant que la cour ne se penche sur le sujet qu'après le jugement sur les questions traitées collectivement, et même qu'on n'en parle jamais durant toute l'affaire¹⁴⁷. Ces deux dernières façons de procéder engendrent cependant de vives controverses¹⁴⁸. D'ailleurs, que la question soit ou non soulevée, le recours reste soumis aux mêmes conditions, et le juge pourrait s'y intéresser de son propre chef s'il croit que les parties tardent trop à le faire¹⁴⁹. La raison en est simple : il peut fort bien y avoir collusion entre elles pour obtenir un jugement défavorable au groupe.

Par ailleurs, toutes sortes de raisons peuvent rendre intéressant de retarder la *certification*. Ainsi, on a déjà décidé d'ajourner cette question jusqu'après l'interrogatoire sur faits et articles, de façon que le représentant soit mieux en mesure d'évaluer les coûts d'avis auxquels il aurait à faire face¹⁵⁰.

Au Québec, il ne sera pas possible d'agir ainsi. Il est indéniablement nécessaire que le juge autorise l'exercice du recours avant même que la demande soit formée. C'est la seule conclusion à laquelle on peut en venir lorsqu'on lit les alinéas 1 des articles 1002 et 1011 concurremment. De ce point de vue¹⁵¹, la nature de la requête participe de celle prévue par l'article 847, et le jugement qui est rendu à cette occasion est un jugement préparatoire, et non interlocutoire. La requête n'introduit pas l'instance. Ceci est confirmé, si besoin est, par les aménagements à la prescription prévus par l'article 2233 a C.C., édicté par l'article 51 de la Loi. Bien plus, le jugement d'autorisation ne forme pas en soi la demande; c'est au représentant à agir en ce sens.

Par conséquent, l'intimé ne devrait pas pouvoir soulever, au stade de la requête, de moyens préliminaires qui ne s'adressent pas à l'une des questions que le juge est alors appelé à trancher. Une requête pour précisions ne devrait porter que sur des points reliés au débat sur l'autorisation; on ne devrait pouvoir remettre en cause que des questions visant à mettre en doute le fait qu'on rencontre les critères d'autorisation, comme le fait que le

144. F.R.C.P. 23(c)(1); le *Uniform Act* parle de *as soon as practicable unless postponed* (art. 2(a)); les P.L. C-42 et C-13 suggéraient *forthwith* (art. 39.12 (1)).

145. N.Y.C.P.L.R. §902; Bill S. 3475-78 (U.S. Senate).

146. C'est la pratique en Californie : voir *Mission, supra*, note 108, p. 3.

147. *Class Action Study, supra*, note 96, pp. 12 à 14.

148. Voir J.M. LANDERS, *supra*, note 36, pp. 892 et ss.

149. C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1785.

150. *Dolglow v. Anderson*, 53 F.R.D. 664 (E.D.N.Y. 1971).

151. Mais non, selon nous, d'un autre : *infra*, pp. 64-70.

représentant n'est pas un membre du groupe (sous réserve de l'article 1048), ou peut-être le fait qu'aucun des « membres » n'a d'intérêt, et qu'il n'y a donc pas de « groupe ». Vouloir aller plus loin à ce moment reviendrait à demander aux tribunaux de vider une question qui ne leur a pas encore été soumise, puisque l'action comme telle n'a pas encore été formée.

Certains pourront regretter que la Loi ne soit pas plus explicite sur cette question. Il sera peut-être difficile, par exemple, de convaincre les tribunaux que si l'article 1012, qui prévoit l'impossibilité d'opposer certains moyens préliminaires durant le traitement des questions communes, n'entre en jeu que lorsqu'un représentant a été nommé et une action, prise, et donc après que l'autorisation d'exercer le recours collectif ait été accordée, cela ne veut pas dire que les portes soient plus ouvertes avant cette autorisation, puisqu'il ne saurait être question de soulever des moyens à l'égard d'une action qui n'est pas formée. Il faut espérer que les juges sauront trouver leur chemin dans cette forêt d'ambiguïtés.

Cette particularité du recours collectif québécois pourrait encore poser des problèmes à celui qui, ayant formé une demande, désire y utiliser ce moyen de procédure :

(...) le recours collectif [naît] à l'occasion d'un recours particulier, mais si on s'en réfère aux articles 1002 et 1011, il faudrait alors interrompre la première action et procéder de nouveau selon les règles spéciales du recours collectif qui suppose alors une demande particulière.¹⁵²

Dans de telles circonstances, toutefois, des problèmes d'acquisition de prescription pourraient se poser, compte tenu des dispositions de l'article 2226 C.C. Il faut souhaiter que les articles 2 et 20 C.P.C. permettent au membre-demandeur individuel qui recherche, de bonne foi et sans causer au défendeur de préjudice sérieux, la transformation de son action individuelle en recours collectif, de contourner ce problème : la marge de manœuvre dont disposent les tribunaux en vertu de ces articles reste assez grande pour qu'ils évitent de donner des conséquences démesurées à cette technicalité. Si, toutefois, la jurisprudence devait se montrer trop peu réceptive à ce moyen, il faudrait penser susciter une requête de la part d'un autre membre du groupe, qui suggérerait le demandeur dans l'autre action comme représentant¹⁵³. Bien sûr, le tribunal conserverait là encore une mesure de discrétion quant au choix du représentant. Il semble pourtant que les chances de succès de cette façon de procéder pourraient être meilleures, parce qu'elle ne demande pas au juge de se démarquer des règles écrites du Code.

152. M.J. LONGTIN, *supra*, note 129, p. 69.

153. Puisqu'il est possible au tribunal de nommer à ce titre le membre qui lui convient : *infra*, p. 37.

Par ailleurs, le but de la requête n'est pas, ou pas seulement, la protection de l'intimé, mais bien plutôt celle des membres absents, tout comme c'est le cas de plusieurs autres dispositions en matière de recours collectif. Rappelons encore une fois qu'il existe des risques de collusion entre ces parties pour obtenir un jugement qui soit défavorable au groupe. Pour cette raison, le tribunal ne devrait pas se contenter de prendre acte de ce que les parties s'entendent pour dire que les conditions ont été rencontrées, en tout ou en partie. En ce sens, il faut regretter l'attitude de la cour dans l'arrêt *Bédard*¹⁵⁴.

2.1.1.3. L'octroi du statut de représentant : objet et sujet

Sous au moins un aspect, la *certification* d'un *class action*, peu importe le moment où elle intervient, est toujours un mode de contrôle *a posteriori* : elle remet en cause le statut de représentant qu'une personne s'est elle-même attribué¹⁵⁵. Celui qui est partie à l'audition sur la *certification* est déjà connu, en droit new-yorkais et fédéral américain, sous le nom de *representative*¹⁵⁶. Le Québec se démarque nettement de cette pratique. Celui qui se trouve devant le tribunal lors de l'audition sur l'autorisation d'exercer le recours collectif ne défend pas son droit de se désigner lui-même comme représentant ; il cherche à s'en faire attribuer le statut par le tribunal qui l'entend. Ceci accentue davantage le caractère de contrôle *a priori* dont le législateur semble avoir voulu imprégner la requête québécoise : le tribunal ne remet pas en cause une démarche ; il permet qu'on l'entreprenne. La nomination d'un représentant est concomitante de l'autorisation d'exercer le recours collectif et est un signe de sa « recevabilité », ce qui n'est le cas nulle part ailleurs.

L'octroi du statut de représentant présente plusieurs avantages pour celui qui l'obtient, avantages qui découlent soit du statut lui-même, soit de la nature de la détermination judiciaire qui l'accompagne. Ainsi, seul le représentant peut former une demande à laquelle s'attache le caractère de recours collectif¹⁵⁷. De plus, il est immunisé contre la perte de son intérêt personnel¹⁵⁸. Le statut apporte aussi avec lui des contraintes dont l'obligation de former une demande dans un certain délai, et un contrôle par le tribunal des actes interruptifs d'instance qui est exorbitant du droit commun¹⁵⁹.

154. *Supra*, note 140.

155. Dans le cas de recours collectif en défense, c'est le demandeur ou le tribunal qui désigne le représentant.

156. N.Y.C.P.L.R. §901(a)(4); F.R.C.P. 23(a)(4).

157. Art. 1011, al. 1.

158. Art. 1015.

159. Art. 1011, 1016 et 1025.

Par ailleurs, si le représentant comme celui qui cherche à se faire attribuer ce titre peuvent demander l'aide du Fonds d'aide aux recours collectifs (le second pouvant même le faire avant toute autre démarche juridique, en vue d'un éventuel recours), le premier n'a pas à convaincre le Fonds sur autant de points que le second. On omet de considérer, dans le cas du premier, l'apparence de droit et les probabilités d'exercice du recours, et ceci se comprend fort bien. La première condition a déjà fait l'objet d'un examen par le tribunal, conformément à l'article 1003, paragraphe *b*); la deuxième se trouve satisfaite par les démarches que le requérant a déjà entreprises ¹⁶⁰.

Il ne fait pas de doute que le représentant doit être un membre du groupe, sous réserve des dispositions de l'article 1048. Ceci découle nécessairement de la rédaction du liminaire de l'article 1003; la jurisprudence commence déjà à demander au requérant d'en convaincre le tribunal ¹⁶¹. Par ailleurs, le tribunal peut désigner comme représentant le membre qu'il désire, et pas nécessairement le requérant; c'est la seule raison qui puisse justifier la rédaction passablement circonlocutoire du liminaire et du paragraphe *d*) de l'article 1003. Pourtant, Hubert Reid soutient que le tribunal pourrait écarter le requérant comme représentant, au stade de la requête,

uniquement lorsque le requérant ne serait pas, selon le tribunal, en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres; une requête présentée par un membre au nom d'un autre membre contreviendrait, selon moi, aux prescriptions de l'article 59 C.P.C.¹⁶²

Ces deux énoncés nous semblent avoir besoin d'être qualifiés. Le premier limite de façon inacceptable la discrétion accordée au tribunal. En effet, s'il suffit, pour donner ouverture au recours collectif, d'assurer une représentation *adéquate* des membres, il serait regrettable de ne pas rechercher la *meilleure* représentation possible, dans ces cas où le tribunal croit pouvoir en améliorer la qualité. Le contraire voudrait dire qu'en cas de tensions entre personnes qui penseraient à entreprendre un même recours collectif, on assisterait à une course aux requêtes, dont les participants seraient probablement moins bien préparés, et dont sortirait vainqueur non pas le meilleur protagoniste, mais le plus pressé. Bien sûr, un juge verrait sans doute avec un certain scepticisme une intervention *a posteriori*, mais il nous semble clair que le législateur n'a pas voulu en exclure la possibilité, même lorsque la représentation qu'assurerait le requérant serait « adéquate ».

160. Sur le degré de similarité entre les conditions prévues par l'art. 1003 et l'art. 23 de la Loi, voir *infra*, pp. 65-6 et note 312.

161. *Canadian Consumer Co. c. Nault*, *supra*, note 46, p. 4 (J. Lamer).

162. H. REID, *supra*, note 51, p. 134.

Par ailleurs, en admettant qu'une requête présentée par un membre au nom d'un autre contrevienne à l'article 59 C.P.C. (ce dont nous ne sommes pas certain), nous craignons que cette affirmation soit interprétée comme fermant la porte à la possibilité pour le requérant de suggérer au juge un changement de candidat. Il y a une distinction à faire entre le coup monté qui veut servir de paravent, et la possibilité très nette qu'un membre, de lui-même, de par le déroulement de la requête ou même suite à une suggestion du juge, en vienne à mettre de l'avant la candidature d'un autre membre au titre de représentant, pour éviter, par exemple, que la requête ne soit rejetée pour le seul défaut de se conformer à l'article 1003, paragraphe *d*)¹⁶³.

Il est certain qu'un seul représentant suffit pour permettre l'exercice du recours collectif. D'autre part, Hubert Reid affirme qu'il ne peut y en avoir plus, à cause du texte des articles 1015, 1023, 1024, 1042 et 1048, et de l'absence de règles relatives aux conflits entre représentants¹⁶⁴. Nous ne partageons pas cet avis. L'article 1015 ne vise qu'à conserver au représentant un « intérêt suffisant » : ceci laisse supposer que l'entière poursuite de l'action peut mais non doit, reposer sur lui seul. De même, les autres articles auxquels cet auteur fait référence ne nous paraissent pas incompatibles avec l'existence de plus d'un représentant. D'autre part, l'inexistence de règles relatives aux conflits entre représentants n'empêche pas les recours collectifs américains de prévoir généralement, dans la plus pure tradition légistique de common law, qu'un *ou plusieurs* membres peuvent agir à ce titre. Dans ce pays, la question s'est plutôt posée de savoir si un membre était parfois en mesure d'assurer, *seul*, une représentation adéquate¹⁶⁵. Au Québec, l'article 59 prévoit sa propre règle de conflits : il faut donner au représentant un mandat qui ne peut être retiré. Par ailleurs, l'absence de règles expresses concernant les conflits entre demandeurs n'a pas menacé la survie de la jonction de parties et de la réunion d'actions¹⁶⁶. Enfin, il nous semble que les dispositions mêmes de l'article 1024 permettraient au tribunal d'intervenir pour régler d'éventuels conflits, à la demande d'un des représentants, puisque ceux-ci ne cessent pas pour autant d'être membres du groupe¹⁶⁷. D'ailleurs l'exception que Hubert Reid veut voir à cette règle en faveur des cas où existe un lien, familial ou autre, entre les représentants, ne repose sur

163. Voir *Lynch v. Sperry Rand Co.*, 62 F.R.D. 78, 83-85 (S.D.N.Y., 1973). À ce sujet, on peut lire aussi l'art. 1024, al. 1 et 2.

164. H. REID, *supra*, note 51, p. 142; H. REID, *supra*, note 4, pp. 1025-6.

165. On a finalement répondu « oui » dans *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 52 F.R.D. 253 (S.D.N.Y., 1971) et *Dolgow v. Anderson*, 43 F.R.D. 472 (D.C.N.Y., 1968), 438 F. (2d) 825 (C.A. 2d, 1970).

166. Art. 67 et 270 à 273. Bien que dans ces deux cas, le juge puisse ordonner par la suite que les litiges soient poursuivis séparément.

167. Voir, entre autres, l'art. 1038, qui devrait permettre au représentant, à titre de membre, de demander le règlement de sa créance personnelle.

aucune prémisse juridique; le fait qu'il veuille ainsi apporter une telle exception à la règle qu'il vient de poser montre bien le danger que comporte l'interprétation qu'il met de l'avant.

Des énoncés comme ceux que nous venons de souligner nous semblent dangereux. Ils risquent de limiter indûment la portée d'une législation à l'égard de laquelle il faudra faire preuve d'une grande souplesse dans ce genre de détails, si l'on veut qu'elle apporte les résultats espérés.

La règle qui veut que le représentant soit un membre connaît une exception. L'article 1048 permet à une corporation formée selon la troisième partie de la *Loi sur les compagnies*¹⁶⁸ ou une association de salariés visée dans l'article 60, al. 2 C.P.C. de demander pour elle ce statut¹⁶⁹, à certaines conditions.

Cette façon de procéder n'est acceptée que de façon marginale aux États-Unis. L'arrêt *Warth v. Selding*¹⁷⁰ a mis un frein aux efforts en ce sens, mais une décision plus récente¹⁷¹ semble ouvrir la voie à une interprétation relativement libérale de la règle *Warth*.

Il faut faire attention, cependant, de bien comprendre la nature de la règle que pose l'article 1048. Elle semble octroyer à l'organisme la qualité d'agir en justice, allant en cela plus loin que dans presque toute autre loi au Québec¹⁷². Mais elle ne donne pas à l'organisme le statut de membre, comme certains semblent l'affirmer¹⁷³. L'organisme agit en « s'accaparant » le litige d'un membre du groupe, mais il ne le devient pas lui-même.

168. L.R.Q., c. C-38.

169. Nulle part la Loi ne prévoit que l'organisme peut requérir l'exercice du recours; au contraire, les art. 1002, al. 1, et 1048, lus ensemble et pris textuellement, semblent laisser supposer soit que le membre seul peut le faire (quitte pour l'organisme à demander le statut de représentant par la suite, ou pour le membre à suggérer l'organisme à ce poste), soit que l'organisme n'a pas à être autorisé. Pour les raisons de ce « trou » apparent, voir *infra*, note 173. Il est probable, cependant, que les tribunaux apporteront les « adaptations » nécessaires de sorte que l'organisme ait à la fois la qualité pour agir *et* l'obligation d'agir en vertu de l'art. 1002.

170. 422 U.S. 490 (1975).

171. *Local 194, Retail Wholesale and Department Store Union v. Standard Brands*, 540 F. (2d) 864 (C.A. 7th, 1976); voir R.J. EPPS, « Organizational Representation Suits: Labor Union May Attack Employment Discrimination Without Having to Meet Rule 23 Requirements », 53 *Ind. L. J.* 113 (1977).

172. L'art. 19.1 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, ajouté par L.Q. 1978, c. 64, a. 4, ouvre la porte à des recours du genre, mais uniquement après avoir édicté le « droit à un environnement sain ». Par ailleurs, les tribunaux n'étaient jamais allés plus loin que de reconnaître à un syndicat l'intérêt suffisant pour intervenir lorsque l'interprétation de la convention collective est en cause: *P.G.Q. c. Labrecque*, [1970] C.S. 135.

173. « Le membre peut aussi être une personne morale, mais dans les limites de l'article 1048 »; F.D. BARRAKETT *et al.*, *supra*, note 76, p. 549. Ceci se comprend peut-être du fait que le

Une telle extension de l'accès aux tribunaux, qui s'assimilerait à l'introduction du *parens patriae* en ces matières si ce n'était de la nature purement privée des organismes visés¹⁷⁴, se justifie dans l'esprit de ses concepteurs parce qu'elle accorde la faculté d'agir en justice à ceux qui sont le plus en mesure d'agir efficacement devant les tribunaux, et d'en supporter les coûts inhérents : les associations vouées à la défense des droits des individus, chacune dans leur secteur propre d'activité¹⁷⁵. Par ailleurs, il semble que le législateur ait voulu, à l'occasion de l'étude article par article du projet, établir

un certain nombre de critères plus rigides (...) pour éviter des poursuites inutiles, farfelues, bidons, des associations patentées à la dernière seconde (...) de maintenir l'idée, mais en même temps, de donner un corridor qui évite des trucs du genre revanchard, improvisé (...) On a essayé de le laisser quand même ouvert et de le relier aussi (...) au travail que fait l'organisme en question.¹⁷⁶

De fait, l'ouverture laissée par l'article 1048 est beaucoup plus restreinte que celle que créait le projet de loi en première lecture, puisque l'organisme devra prouver qu'il rencontre quatre conditions avant de pouvoir demander pour lui le statut de représentant.

Non seulement l'organisme doit-il être capable d'ester en demande, ce qui se comprend fort bien, compte tenu des principes généraux de notre droit judiciaire, mais il doit être une corporation québécoise sans but lucratif ou une association syndicale accréditée, sans « personnalité civile ». Cette condition a probablement pour but de préciser davantage que l'intention du législateur est de voir cet article servir avant tout à des organismes voués à la défense des intérêts de leurs membres, et non à la génération de profits. Elle élimine le gouvernement et toutes les personnes morales qui tirent leur existence de la prérogative royale, de lois autres qu'une loi du Québec ou d'autres dispositions législatives québécoises que la troisième partie de la *Loi sur les compagnies*. Ceci enlève la possibilité d'utiliser l'article 1048 à des organismes aussi différents que les associations de consommateurs non québécoises, la Commission des droits et libertés de la personne, l'Office de protection du consommateur et les corporations religieuses.

Bien plus. Il semble (et c'est sans doute là une omission involontaire de la part du législateur) que seules les associations syndicales *qui n'ont pas de personnalité juridique* pourront échapper à cette règle de l'incorporation en vertu de la troisième partie de la *Loi sur les compagnies*. En effet, l'article 60,

projet de loi déposé en première lecture mentionnait expressément que l'organisme « est alors réputé[e] être un membre de ce groupe et posséder le recours personnel de son membre... »

174. Voir *supra*, pp. 17-8.

175. Voir entre autres, (1978) 20 *Débats de l'Ass. nat.*, p. B-268.

176. *Id.*, p. B-3911.

al. 2, auquel l'article 1048 fait référence, ne vise que les associations sans « personnalité civile » ; seules ces dernières pourront se qualifier en déposant, avec la requête¹⁷⁷, un certificat d'accréditation. Ainsi, il semble qu'il aurait fallu refuser la permission au Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec d'agir à titre de représentant¹⁷⁸. Ceci étant dit, il se peut fort bien que nos tribunaux décident d'effectuer eux-mêmes la mise au point qui paraît devoir s'imposer.

Il faut aussi qu'un membre de l'organisme que celui-ci désigne, et qui devient alors celui sur l'intérêt duquel le recours repose, soit aussi membre du groupe, que son intérêt soit relié aux objets de l'organisme et que son « membership » soit antérieur à la naissance du droit qu'on veut faire valoir. Ainsi, la demande de l'organisme repose sur l'intérêt d'un membre du groupe, intérêt qui devra par ailleurs satisfaire aux conditions de recevabilité de l'action en justice. On peut donc penser qu'il pourrait y avoir requête en irrecevabilité partielle, par exemple, dans un cas où l'organisme poursuivrait le même fabricant d'automobiles à l'égard de deux vices de construction non reliés, en « s'assoyant » sur l'intérêt d'un de ses membres dont la voiture n'a connu qu'un de ces vices¹⁷⁹. De même un syndicat ne pourra se servir de l'article 1048 pour agir en matière de protection du consommateur, ou l'association écologique en matière de remboursement de laissez-passer d'autobus. Sur ce point, d'ailleurs, la seule décision qui fasse mention de ce critère semble vouloir amorcer une interprétation restrictive¹⁸⁰. Enfin, la nécessité d'une affiliation à l'organisme qui soit antérieure au droit à faire valoir empêche à la fois la formation d'associations *a posteriori*, et l'adhésion à celles qui existent déjà dans le seul but de leur donner qualité pour agir à titre de représentant¹⁸¹.

177. On peut présumer que c'est dans ce sens que les mots « acte introductif d'instance », contenus à l'art. 60, al. 2, seront interprétés dans ce cas.

178. Parce qu'il est incorporé en vertu de la *Loi sur les syndicats professionnels*, L.R.Q. c. S-40. *Boivin et S.F.P.Q. c. P.G. Québec*, C.S. Québec, 9 oct. 1979, n° 200-06-000004-79 (en appel). H. REID, *supra*, note 4, pp. 1026-7, partage notre avis ; D. DUSSAULT, *supra*, note 31, p. 352, croit cependant que les « coopératives, syndicats et groupes de consommateurs » peuvent bénéficier de cette disposition.

179. Aux États-Unis, on tolère la pratique dans une certaine mesure : voir *J.W.T. Inc. v. Joseph E. Seagram*, 1974-1 *Trade cases* # 75,048 (N.D. Ill., 1974). Cette règle reste en accord avec le principe d'homogénéité énoncé *supra*, pp. 12-3 et note 50. De plus il ne faut pas confondre le problème des « intérêts dispersés » avec celui des « défendeurs multiples », discuté *supra*, p. 21.

180. *C.T.C.U.Q. c. C.R.U.T.E.Q.*, [1979] C.A. 528, p. 530, où le juge Bélanger, *obiter*, déclare qu'une association formée dans le but d'améliorer les conditions de transport en commun n'aurait pas le pouvoir d'agir pour demander un remboursement de partie du prix des laissez-passer d'autobus, fondé sur la non-disponibilité du service durant une grève.

181. Le point n'a pourtant pas été soulevé dans l'affaire *Boivin et S.F.P.Q. c. P.G. Québec*, *supra*, note 178, alors que la requête ne contenait rien qui permette d'inférer que Boivin était membre du syndicat au moment où le droit à faire valoir est né.

Pour terminer ce point, notons que le fait pour l'organisme de rencontrer les conditions prévues par l'article 1048 ne devrait évidemment pas obliger le juge à lui accorder le statut de représentant. Tout ce que permet l'article, c'est de demander ce statut; on peut croire que le juge conserve pleinement la discrétion que lui laissent, entre autres, les articles 1003, 1015 et 1024¹⁸².

2.1.1.4. L'objet et le degré de la discrétion exercée par le tribunal; le fardeau de la preuve

Aux États-Unis, le recours collectif est discrétionnaire, dans la mesure où le juge peut en refuser la *certification* même s'il juge que les conditions prévues par la loi ont été remplies. C'est d'ailleurs en utilisant ce contrôle de l'opportunité que les tribunaux américains ont mis au point certaines conditions implicites et déterminé des critères dont il doit être tenu compte dans l'appréciation de conditions explicites¹⁸³. Cette discrétion, ajoutée à la consécration constitutionnelle du *due process of Law*, font en sorte que dans certains cas, le fardeau de preuve que doit rencontrer celui qui demande à utiliser le recours collectif est très onéreux, plus onéreux *en pratique* que dans la plupart des matières civiles: le tribunal cherche à s'assurer que les absents ne pourront plaider, après le fait, l'absence de *due process* (suite, par exemple, à un manque de qualité de la représentation) pour rendre le jugement final inapplicable à leur égard¹⁸⁴.

Au Québec, le tribunal jouit d'une marge d'appréciation assez large pour déterminer si les conditions prévues par l'article 1003 sont rencontrées: il doit «être d'avis» que cela est fait. Il est donc probable que la Cour d'appel n'interviendra pas outre mesure dans les appréciations auxquelles les juges de première instance se livreront¹⁸⁵.

Cependant, et contrairement à ce qui existe ailleurs, la discrétion du juge québécois porte sur l'appréciation des critères, et non sur l'opportunité d'autoriser le recours après qu'il ait été convaincu que les conditions de l'article 1003 ont été remplies. Le juge semble *devoir* autoriser le recours s'il croit les conditions remplies¹⁸⁶, plutôt que de jouir du degré de discrétion

182. Mais voir *supra*, note 169.

183. Voir C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1759 (p. 575) et 1785; *Sperry Rand v. Larson*, 554 F. (2d) 868 (C.A. 8th, 1977); et *infra*, pp. 92-3.

184. Voir *infra*, pp. 93-4.

185. Sur la notion de discrétion judiciaire et l'abstentionnisme des cours d'appel, voir *Craies on Statute Law*, 7^e éd. par S.G.G. EDGAR, Londres, Sweet & Maxwell, 1971, pp. 272 et ss.; R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, Québec, P.U.L., 1974 (2 vol.), pp. 1056 et ss.; et S.A. de SMITH, *supra*, note 68, pp. 256-7.

186. Comme «l'intervention doit (must) être reçue si l'intérêt est probable»: *Société Asbestos Ltée c. Société nationale de l'amiante*, C.S. Montréal, 10 juil. 1979, no 05-010389-797, JE 79-848, p. 2; *Thibeault Autos Inc. c. Bellavance*, [1972] R.P. 349, p. 352 (C.S.); *Federation Insurance Co. c. Percival Hébert Construction Ltée*, [1969] R.P. 431 (C.S.).

dont il dispose, par exemple, quand il décide de l'opportunité d'émettre une ordonnance d'évocation¹⁸⁷. La satisfaction des conditions assure une protection des intéressés que le législateur a voulue suffisante, et nous ne pensons pas qu'il soit possible d'élaborer des conditions implicites chez nous¹⁸⁸. Par conséquent, le requérant devrait avoir à convaincre le juge, par une prépondérance de preuve, qu'il remplit les conditions énumérées à cet article, sans plus; la Cour d'appel n'hésitera pas, espérons-le, à intervenir, si un juge semble vouloir manœuvrer à l'extérieur de ce cadre et se prononcer sur l'opportunité du recours.

Le danger pourrait pourtant être non pas tant un excès de discrétion qu'un refus de la voir là où elle existe, à d'autres niveaux. On comprend que la Cour d'appel refuse d'imposer des conclusions à un candidat-représentant, mais on comprend plus difficilement qu'elle n'ait pas pensé expliquer les conditions auxquelles les conclusions seraient acceptables, et laisser la possibilité au candidat d'amender la requête ou renvoyer l'affaire en Cour supérieure¹⁸⁹. De même, on se surprend de l'attitude passive du tribunal qui, ayant réduit à des dimensions plus « québécoises » un groupe pan-canadien, considère la requête trop floue parce qu'elle ne fournit aucun renseignement sur le nombre de membres québécois et ne laisse pas au membre la chance de corriger cette lacune¹⁹⁰. Les jugements que Hubert Reid relève en matière d'affidavits sont eux aussi symptomatiques¹⁹¹. Il faudra donc que nos tribunaux évitent de déclarer ne pas posséder une discrétion qui leur appartient, ce qui ne leur enlève pas le droit de refuser de l'exercer.

2.1.2. Les conditions prévues par l'article 1003

Nous tenterons maintenant de déterminer, en comparant les conditions prévues par l'article 1003 à leurs équivalents étrangers et en recherchant les parallèles qui peuvent exister en droit québécois, l'interprétation que la jurisprudence devrait leur donner.

187. Certes, en matière d'évocation, le juge n'a pas de discrétion pour émettre ou non le bref d'évocation, si le requérant rencontre par ailleurs les conditions prévues par la loi: *François Nolin Ltée c. C.R.T.Q.*, *supra*, note 137; *Cour des sessions de la paix c. Travailleurs en ponts*, [1970] C.A. 512, p. 514. Mais le remède lui-même, en dernier recours, est laissé à sa discrétion: *P.P.G. Industries c. Proc. gén. du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739, p. 749; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 574.

188. *Infra*, pp. 91-2.

189. *Canadian Consumer Co. c. Nault*, *supra*, note 46.

190. *Werner c. SAAB*, *supra*, note 46, p. 10. Ceci revient à rejeter la requête pour le motif qu'elle ne remplit pas les conditions de forme prévues par les règles de pratique...

191. H. REID, *supra*, note 4, p. 1028.

2.1.2.1. Le degré de connexité des recours individuels

L'article 1003, paragraphe *a*) détermine le degré de « parenté » des recours individuels nécessaire pour rendre possible la collectivisation de leur traitement dans le cadre du livre neuvième. Il est important, avant d'examiner de plus près la nature de ce lien, de souligner deux expressions que cette disposition contient.

On y parle d'abord des « recours des membres ». Ceci confirme le fait que le recours collectif ne fusionne pas les droits individuels, mais en réunit l'examen. Ensuite on note l'expression « questions de droit *ou* de fait ». L'utilisation de ce petit mot a suscité un certain nombre de discussions. On a souligné que l'article 67 C.P.C. exige que les parties qui désirent se joindre aient des recours qui « soulèvent les mêmes points de droit *et* de fait », et qu'on risquait de voir des recours collectifs se former dans des cas où les questions de droit ou de fait sont tout à fait dissemblables. Ainsi, un recours qui aurait pour objet de dédommager les propriétaires d'un modèle de voiture qui ont eu des problèmes de rouille *ou* de freins à cause de deux vices cachés différents soulèverait une « question de droit identique, similaire ou connexe » (la responsabilité due à un défaut de manufacture) et répondrait, *stricto sensu*, aux exigences du paragraphe *a*)¹⁹². C'est pour faire face à cette éventualité qu'on a suggéré des formulations comme « questions de droit découlant de faits identiques, similaires ou connexes ». Le législateur semble avoir considéré ces craintes comme injustifiées. Le jeu des autres conditions, et surtout le paragraphe *d*), devrait suffire à éviter que de telles situations portent préjudice à la bonne utilisation du recours.

Il n'est pas impossible, par ailleurs, que les tribunaux en viennent à rendre ce « *ou* » conjonctif. Dans l'arrêt *Werner*, le juge déclare que « si le recours prévoit l'évaluation distincte des dommages, il n'en est pas de même en ce qui concerne la responsabilité »¹⁹³. Dans l'arrêt *Théroux c. Greffier de la Ville de Montréal*, le juge Lagacé, après avoir cité l'article 1003 *a*), déclare péremptoirement :

Encore faut-il que le recours que l'on veut exercer suppose une preuve commune portant sur des faits communs. Ici, nous avons des gens qui individuellement ont un problème séparé, et le seul lien commun qui puisse les unir réside en une question de droit.¹⁹⁴

Nous croyons que ce passage non seulement démontre un dangereux manque de compréhension de la nature du recours¹⁹⁵ et des liens de parenté

192. C'est un peu ce qui se retrouve dans l'affaire *A.P.A. c. Canadian Honda*, C.S. Montréal, 11 déc. 1979, no 500-06-000010-799. Mais voir *supra*, note 179.

193. *Werner c. SAAB*, *supra*, note 46, p. 14.

194. *Supra*, note 75, p. 2.

195. Le recours collectif, justement, collectivise le traitement de « problèmes séparés » : voir *supra*, p. 10.

des droits individuels qu'il suppose pour entrer en fonction¹⁹⁶, mais néglige de prendre acte d'un choix clair du législateur, en rendant ce « ou » conjonctif alors que des textes équivalents utilisent le « et » ailleurs dans le Code¹⁹⁷.

Passons cependant au nœud de cette disposition : les mots « identiques, similaires ou connexes ». Les suggestions dans ce domaine ont été nombreuses et fort variables. On parle selon le cas, de rechercher un « même fondement juridique »¹⁹⁸ ou de « soulever les mêmes points de droit ou des points similaires »¹⁹⁹, d'intérêt ou de questions *common*²⁰⁰ ou *general*²⁰¹, d'un même intérêt²⁰², ou d'une même transaction ou série de transactions²⁰³. Que se cache-t-il derrière cette kyrielle de variations sur un même thème ? Le critère québécois n'est-il lui-même qu'une autre variation sur ce thème ?

2.1.2.1.1. La situation dans les autres juridictions

— Royaume-Uni et Canada

Les juridictions non québécoises ont une prédilection toute particulière pour les mots *same* et *common* quand il s'agit de jauger la qualité du lien qui doit unir les droits des membres dans un recours collectif.

Au Canada comme en Angleterre, on utilise le mot *same* quand on parle de recours collectif ; mais les tribunaux ont tendance à confondre *same* et *common*²⁰⁴. Ceci provient de ce qu'en 1901, l'arrêt *Duke of Bedford v. Ellis*²⁰⁵ a interprété le critère du *same interest* comme nécessitant l'existence d'un *common interest*, d'un *common grievance* et d'un *relief beneficial to all*. Le deuxième élément de cette définition (qui revient à se demander si chacun des membres est en mesure d'exprimer un même reproche véhiculé par le représentant, et a pour objet de permettre de se concentrer sur les questions communes) n'a jamais été véritablement analysé : on a tendance à le confondre avec l'un des deux autres²⁰⁶. Le troisième ne pose pas de

196. Sur le sens du mot commun, voir *infra*, pp. 52-4.

197. H. REID, *supra*, note 4, pp. 1019-20, partage notre avis sur ce point.

198. Mémoire du Conseil du patronat du Québec.

199. « Pour réunir les droits d'action », *Barreau '75*, mai, p. 17.

200. Mémoires de la Chambre de commerce et du Conseil canadien du commerce de détail ; *Cal. C. Civ. Proc.* §382 ; P.L. C-42 et C-13 ; *Uniform Class Action Act*, §1 ; *F.R.C.P.* 23(a)(2) ; *N.Y.C.P.L.R.* §901(a)(2).

201. *Cal. C. Civ. Proc.* §382.

202. *Ont. R.* 75.

203. *Bill S.* 3475-78 (U.S. Senate).

204. *Naken v. G.M. of Canada*, *infra*, note 221, en est l'exemple le plus récent.

205. *Supra*, note 12.

206. Mais voir J.A. KAZANJIAN, *supra*, note 10, p. 424, pour une opinion en faveur de son maintien.

problèmes : on tolère, dans les remèdes éventuels, une différence de degré mais non de nature dans les effets qu'ils auront à l'égard des membres du groupe. C'est ainsi qu'on a refusé de procéder par *representative action* dans un cas où la méthode de fixation du loyer était discriminatoire pour une partie des locataires, et où la victoire du groupe eût signifié une augmentation du loyer pour les autres²⁰⁷.

C'est le critère du *common interest* qui a fait couler le plus d'encre. On n'eut aucun problème à permettre le recours collectif dans l'affaire *Bedford* : les droits des parties découlaient de contrats individuels mais leur étaient octroyés en vertu de ce contrat spécifique par une loi du Parlement. Toutefois l'arrêt *Markt Co. v. Knight Steamship Co.*²⁰⁸ vint refermer rapidement la porte que l'arrêt *Bedford* semblait avoir entrouverte. Dans cette affaire, on réclamait des dommages pour la perte de biens lorsque le navire qui les transportait avait été coulé par un bâtiment de guerre, en raison d'une contrebande d'armes que les contrats de transport interdisaient expressément. Il était clair, d'une part, que tous avaient subi des dommages causés par le même acte (la contrebande), et d'autre part, qu'ils étaient liés à l'armateur par des contrats identiques mais individuels. Lord Fletcher Moulton déclara que « the proper domain of a representative action is where there are like rights against a common fund, or where a class of people have a community of interest in some subject matter »²⁰⁹. Puis, après avoir déclaré que *personal* et *common* sont antithétiques, il en vint à la conclusion que l'on ne pouvait utiliser le recours lorsque des contrats individuels, bien qu'identiques, étaient en cause. Mais il ne s'arrêta pas là, déclarant que « the claims are necessarily claims for damages only, and therefore no representative action can be brought »²¹⁰.

Ces deux affirmations, dont au moins la seconde n'est basée sur aucun raisonnement juridique, paralysent l'évolution du recours au Canada. Il y a cependant des signes d'évolution depuis une dizaine d'années. Ainsi, au niveau du *community of interest*, on a permis un recours entrepris au nom de tous ceux qui avaient versé un dépôt pour le service d'électricité²¹¹. Le critère du *common fund* commence aussi à montrer des signes de faiblesse. Bien sûr, on accepte le recours lorsqu'il s'agit, par exemple, de recouvrer une pension qui devrait être versée en vertu d'un plan auquel les employés ont déjà contribué²¹², et dans les cas où le recouvrement, bien que de même nature,

207. *Smith v. Cardiff Corp.*, [1954] 1 Q.B. 210; au Canada, voir *Shields v. Mayor*, [1953] O.W.N. 5 (Ont. C.A.). Voir *infra*, pp. 85-8.

208. *Supra*, note 13.

209. *Id.*, p. 1040.

210. *Id.*, p. 1041.

211. *Chastain v. B.C. Hydro*, *supra*, note 14.

212. *Drohan et al. v. Sangamo Ltd.*, [1972] 3 O.R. 399 (H.C.).

est pour des sommes différentes²¹³. Mais on commence aussi à le faire dans les cas de recouvrement de dommages, si ceux-ci n'ont pas à être évalués individuellement²¹⁴.

Le *common law representative action* semble donc, pour le moins, un moyen de procédure dont l'utilité est fort restreinte. De l'ouverture que permettait l'arrêt *Bedford*, et qui ne faisait que suivre la voie tracée par une jurisprudence prudente mais en constante progression²¹⁵, lord Fletcher Moulton n'avait laissé que peu de chose. Malheureusement, c'est ce dernier qui devait avoir l'influence la plus marquante sur les tribunaux canadiens. Cette tendance à rechercher avant tout les caractères divergents des recours individuels, plutôt que leurs facteurs de convergence²¹⁶, cette recherche d'identité plutôt que de partage, la confusion que certains ont entretenue entre l'existence d'un intérêt et celle d'un « fonds » commun ont ramené le recours à sa plus simple expression. La facilité avec laquelle on pouvait soulever quelque différence a limité son utilité aux seuls cas où les intéressés partagent littéralement le même sort (copropriété, cocontractants, ...).

Certes, le recours semble sur le point de connaître une renaissance, mais les conditions dans lesquelles elle s'opère ne sont pas des plus favorables. Ainsi, on permet le recours lorsque la réclamation porte sur un « fonds commun », même si une évaluation individuelle du remboursement est nécessaire, mais on ne peut s'en servir en matière de dommages dans les mêmes conditions²¹⁷. Pourtant, la provenance de la somme d'argent ne rend pas plus facile le calcul des dommages à payer : la seule distinction possible, qui reste superficielle, se fonderait sur la probabilité que le défendeur cherche moins à contester les réclamations individuelles dans ces cas²¹⁸. C'est quand on fait ce genre de comparaison qu'on s'aperçoit que le bât du *representative action* commence à blesser²¹⁹.

Mais la situation n'est pas désespérée. D'une part, on a refusé de démanteler un groupe composé de tous ceux dont l'abonnement à la défunte

213. *Chastain v. B.C. Hydro*, *supra*, note 14; *Shaw v. Real Estate Board of Greater Vancouver*, (1972) 39 D.L.R. (3d) 774 (B.C.S.C.), *conf.* (1973) 36 D.L.R. (3d) 250 (B.C.C.A.).

214. *Farnham v. Fingold*, *supra*, note 16; mais pas dans les cas où cette évaluation reste nécessaire: *Northdown Drywall & Construction Ltd v. Austin Co. Ltd*, (1975) 8 O.R. 691 (Div. Ct.); *Stephenson v. Air Canada*, (1979) 103 D.L.R. (3d) 148 (Ont. H.C.). Ceci explique la formulation de la demande dans l'affaire *Naken v. G.M. of Canada*, *infra*, note 221.

215. Voir J.A. KAZANJIAN, *supra*, note 10, pp. 405 et ss.

216. Voir, par exemple, *Heath Steele Mines Ltd v. Kelly*, (1978) 3 C.P.C. 74 (N.B.S.C.T.D.); (1979) 7 C.P.C. 63 (A.D.).

217. Voir *supra*, notes 213 et 214.

218. Voir N.J. WILLIAMS, « Class Actions — the Canadian Experience », (1979) *L. Inst. J.* 721, p. 725.

219. N.J. WILLIAMS, *supra*, note 10, p. 34.

édition canadienne du *Time* n'était pas terminé²²⁰. D'autre part, quatre consommateurs font face à G.M. qui, pour la première fois semble-t-il, a obtenu l'autorisation de la Cour suprême de lui soumettre une décision en matière de *certification*²²¹. Dans cette affaire, Mme Naken et d'autres désirent agir au nom de tous les propriétaires de voitures de modèle Firenze, afin d'obtenir un montant uniforme de \$1 000 pour chacun d'entre eux, à titre de dommages-intérêts destinés à compenser les défauts de fabrication de la voiture.

La démarche de la juridiction civile ontarienne, bien que rafraîchissante, n'en a pas moins été erratique. La Cour supérieure permit au requérant d'aller de l'avant, en vertu de la fiction que tous les acheteurs avaient été « parties to the same collateral contract »²²² couvrant les représentations sur les qualités de la voiture. La *Divisional Court* rejeta l'utilisation du recours parce que les membres ne pourraient « recover from a common fund in which they have a common interest » et que « the expedient of accumulating or lumping the individual claims together, [cannot] transform them into a claim for damages suffered by the class as an entity distinct from its members »²²³. Ce passage démontre une incompréhension totale de la nature du recours collectif. « As the law does not recognize a class as a separate entity it is difficult to understand how a class *as such* could get damages »²²⁴. Mais la Cour d'appel a montré une certaine tendance à revenir aux principes posés par l'arrêt *Bedford*. Elle a permis à Naken de modifier le groupe pour le limiter à ceux qui ont eu connaissance de la publicité, mais a permis au recours de se continuer, en y appliquant un critère qu'on pourrait appeler « if I win, you win » : la similarité, et non la communauté, de la garantie, des contrats et de la nature des dommages, bref, la similarité des situations est telle qu'un membre ne peut gagner et un autre perdre sans qu'on se pose des questions²²⁵. L'affaire telle qu'elle se présente ne répondra pas à toutes les questions, ne serait-ce que parce qu'on réclame des dommages uniformes

220. *Cobbold v. Time Canada*, (1976) 71 D.L.R. (3d) 629 (Ont. H.C.).

221. *Naken v. G.M. of Canada*, (1976) 66 D.L.R. (3d) 205 (Ont. H.C.); (1977) 79 D.L.R. (3d) 178 (Ont. Div. C.); (1979) 92 D.L.R. (3d) 100 (Ont. C.A.). Permission d'en appeler a été accordée le 31 mars 1979, mais les mémoires n'ont pas été déposés à ce jour. Ces arrêts sont commentés dans G.E. WOOD et W.H.O. MUELLER, « Note: *Naken v. G.M. of Canada* », (1979) 7 C.P.C. 209; R.S. REID, « *Naken v. G.M. of Canada Ltd: A Stumbling-block to Canadian Consumer Class Actions* », (1978) 3 *Can. Bus. Law J.* 78; R.S. REID, *supra*, note 31.

222. *Naken v. G.M. of Canada*, (1976) 66 D.L.R. (3d) 205, p. 221 (Ont. H.C.).

223. *Naken v. G.M. of Canada*, (1977) 79 D.L.R. (3d) 718, p. 725 (Ont. Div. C.). Les soulignés sont de nous. Ce passage est cité, en l'approuvant, dans *Re Copeland and McDonald*, (1978) 88 D.L.R. (3d) 724, p. 726 (C.F.).

224. N.J. WILLIAMS, *supra*, note 10, p. 32. Voir *supra*, p. 12.

225. *Naken v. G.M. of Canada*, (1979) 92 D.L.R. (3d) 100 (Ont. C.A.). On en revient ainsi au motif qui a présidé à la conception du recours collectif: voir *supra*, p. 6.

pour chacun des membres. Mais si la Cour suprême donne suite à l'attitude prise par la Cour d'appel, on peut croire que le rétrécissement artificiel du recours collectif amorcé dans l'arrêt *Markt* aura cessé pour de bon²²⁶.

— États-Unis

Chez nos voisins du Sud, la situation est passablement différente. Il semble s'être élaboré deux modèles d'interprétation du mot *common*, dont l'un seulement se rapproche beaucoup de la démarche canado-britannique.

— *Le Field Code*²²⁷

L'interprétation qui fut donnée au recours collectif mis au point par la législature new-yorkaise en 1848, dans le cadre d'une codification de la procédure civile à laquelle on donne généralement le nom de son parrain, Davis S. Field, est si restrictive, que malgré les énormes pressions qu'exercèrent les milieux financiers, le législateur de cet État dut finalement intervenir en 1975²²⁸. Les tribunaux recherchèrent l'existence d'un lien juridique préexistant, qu'il s'agisse d'un *bond of privity*²²⁹ ou d'un *consensual relationship*, qui unisse tous et chacun des membres du groupe. Par conséquent, le recours n'était ouvert que dans trois cas : chacun des membres détient un même droit unique (la restitution d'une somme d'argent à un syndicat sans personnalité juridique); chacun des membres détient un droit individuel, distinct, sur un bien déterminé ou un fonds limité (droit des actionnaires sur un bien d'une compagnie; droit des créanciers sur les biens d'un débiteur en faillite); chacun des membres détient un droit individuel, distinct, auquel on ne peut donner effet sans donner effet à celui des autres

226. La jurisprudence la plus récente continue de donner espoir. Voir, par exemple, *York Condominium Corp. No. 228 v. Tenen Investments*, (1977) 6 C.P.C. 185. Mais l'arrêt le plus intéressant, avec *Naken*, reste *Seafarers International Union v. Lawrence*, (1977) 75 D.L.R. (3d) 357 (Ont. H.C.); (1978) 92 D.L.R. (3d) 116 (Ont. Div. C.); (1979) 97 D.L.R. (3d) 324 (Ont. C.A.), permission d'en appeler à la Cour suprême refusée le 18 juin 1979. Dans cette affaire de diffamation, la *Divisional Court* aurait permis le recours parce qu'il aurait porté sur des dommages causés à la « classe », mais la Cour d'appel a renversé ce jugement, confirmant encore une fois que le *representative action* doit servir quand on porte atteinte aux membres, et non au groupe en tant que tel.

227. Pour une excellente analyse de ce recours, voir *L'action collective*, Montréal, Fédération des ACEF, 1973 (polycopié), pp. 5 et ss.

228. A. HOMBURGER, « The 1975 New York Judicial Conference Package: Class Actions and Comparative Negligence », 25 *Buff. L. Rev.* 415 (1976), raconte la petite histoire du nouveau recours. L'ancien continue d'exister en Californie, où il a reçu une interprétation beaucoup plus libérale; *Cal. C. Civ. Proc.* §382.

229. Les plus grands auteurs américains ont du mal à définir cette expression : voir A. HOMBURGER, *supra*, note 72, p. 353.

(injonction). On limitait ainsi le *class action* à son rôle original de remède aux inconvénients du *compulsory joinder*.

On a donc permis le recours dans une demande en injonction pour faire cesser une même *nuisance* affectant plusieurs personnes²³⁰, et refusé lorsqu'il s'est agi de réclamer le remboursement d'un montant uniforme perçu illégalement par une compagnie de gaz auprès de tous ses clients²³¹. Il était évidemment hors de question de s'en servir pour demander au tribunal de se prononcer sur des contrats séparés. Le passage qui suit a presque été élevé au niveau de l'aphorisme par les juristes new-yorkais :

Separate wrongs to separate persons, though committed by similar means and even pursuant to a single plan, do not alone create a common or general interest in those who are wronged.²³²

Peu à peu, le champ d'action du recours collectif se rétrécit, au point de ne plus toucher que « the closely associated relationships growing out of trust, partnership or joint venture, and ownership of corporate stock »²³³. Il cessait d'être disponible dès que la personne qui avait subi le dommage pouvait décider pour elle-même le remède qu'elle désirait rechercher, ou qu'il pouvait y avoir ouverture à des défenses individuelles différentes²³⁴. La Cour d'appel de l'État elle-même, moins de cinq ans avant la disparition du recours, en rappelait l'insignifiance :

Identical contracts, contract provisions or even identical wrongs are insufficient to support the necessary united-in-interest requirement.²³⁵

Il est inutile de dire à quel point le *Field Code class action* a été violemment critiqué aux États-Unis, y compris en jurisprudence²³⁶. Ce qui nous intéresse, et que nous avons pu constater, est la nature extrêmement spécifique des liens qui doivent exister entre les recours individuels pour que le *class action* soit recevable: on peut pratiquement parler d'unicité des recours.

230. *Greer v. Smith*, 155 App. Div. 420 (N.Y., 1913).

231. Tout en accordant toutefois une injonction pour faire cesser la perception de ces montants dans l'avenir: *Kovarsky v. Brooklyn Union Gas Co.*, 279 N.Y. 304 (1938); comparer avec *Chastain v. B.C. Hydro*, *supra*, note 14.

232. *Society Million Athena v. National Bank of Greece*, 281 N.Y. 282, 292 (1939).

233. *Hall v. Coburn Corp. of America*, 26 N.Y. (2d) 396, 402 (1970), où l'on refusa de permettre l'utilisation du recours pour sanctionner l'utilisation d'un trop petit caractère d'imprimerie dans un contrat type de crédit. Cf. *Katz v. Carte Blanche*, 52 F.R.D. 510 (D.C. Pa., 1971).

234. *Gaynor v. Rockefeller*, 15 N.Y. (2d) 120, 129 (1965).

235. *Zachary v. R.H. Macy Co.*, 323 N.Y.S. (2d) 757, 760 (C.A., 1971).

236. Voir *Ray v. Marine Midland Grace Trust Co.*, 35 N.Y. (2d) 147 (1974).

— *La Federal Rule of Civil Procedure no. 23*

Au niveau fédéral américain comme dans la plupart des États qui appliquent une règle similaire, on ne parle plus de *common interest*, mais bien de *questions of law or fact common to the class*²³⁷. Ceci a amené une interprétation beaucoup moins restrictive du critère de *commonality*, orientée vers la recherche d'une *shared legal or factual question*²³⁸ plutôt que d'un *bond of privity*. Utiliser le recours collectif dans la poursuite de droits individuels ne pose pas de problèmes, dans ce contexte. Toutefois, si on allègue la fraude, il faudra qu'elle soit perpétrée en vertu d'un « single scheme »²³⁹. Enfin, en matière de libertés publiques, il ne s'agit pas pour tous les membres de subir les mêmes inconvénients ; il suffit qu'ils soient victimes d'un même comportement, peu importe la façon dont cela les affecte²⁴⁰.

Nous nous contenterons de donner deux exemples de recours collectifs fédéraux qui auraient été inconcevables en vertu du *Field Code*, vu l'absence d'un *bond of privity*. Dans le premier, la Cour d'appel du deuxième district fédéral a permis à un prisonnier d'utiliser le recours, au nom de tous ses compagnons de geôle, afin de faire cesser le *pattern* de brutalité chez les gardiens. Dans le second, la Cour fédérale de Pennsylvanie a permis au détenteur d'une carte de crédit d'agir, contre la compagnie émettrice, au nom de tous les détenteurs de cette carte, pour avoir omis de divulguer le taux de crédit²⁴¹. Ce ne sont que deux cas parmi tant d'autres qui illustrent la marge qui existe entre les approches du *Field Code* et de la règle fédérale américaine.

La souplesse des tribunaux fédéraux à l'égard du critère de *commonality* a cependant ses limites. Ils ont fait preuve d'une résistance quasi indéfectible en matière d'accidents collectifs (*mass tort cases*)²⁴². À cet égard, les tribunaux de l'État de Louisiane (qui sur papier, n'a même pas encore rejoint la règle fédérale) ont fait preuve de beaucoup plus de souplesse, en

237. *F.R.C.P.* 23(a)(2); *N.Y.C.L.P.R.* §901(a)(2); sur le sujet, voir généralement C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1763; « Note: Developments », *supra*, note 40, pp. 1454 et ss.

238. *Taliqferro v. State Council of Higher Education*, 372 F. Supp. 1378 (D.C. Va., 1974).

239. *Feldman v. Lipton*, 64 F.R.D. 539 (D.C.N.Y., 1974).

240. *Hecht v. Cooperative for American Relief Everywhere*, 351 F. Supp. 305 (D.C.N.Y., 1972); il est ironique de noter qu'une bonne partie des jugements les plus libéraux en matière de recours collectif fédéral proviennent des tribunaux fédéraux new-yorkais, là où, nous l'avons vu, les tribunaux d'État n'ont été tendres à l'égard ni de l'ancien, ni du nouveau régime de recours collectif : voir *supra*, pp. 8 et 49-50.

241. *Attica Correctional Facility v. Rockefeller*, 453 F. (2d) 12 (C.A. 2d, 1971); *Katz v. Carte Blanche*, *supra*, note 233.

242. Voir *infra*, p. 96. Les litiges qui ont fait suite à la collision entre deux avions à Tenerife en sont un exemple : voir R.I.F. BERTRAMS, « The Tenerife Aircrash Litigation in the U.S. », (1979) 26 *Neth. Int. L. Rev.* 278, p. 292; C. HARRIS, « Air Crash Disasters — Class Actions », 42 *J. Air L.* 225 (1976); et E.A. GREENBERG, *supra*, note 24.

permettant entre autres d'utiliser le recours collectif dans le cadre d'une action en dommages pour empoisonnement alimentaire, exercée au nom de l'ensemble des « pensionnaires » d'un pénitencier²⁴³.

Peut-on expliquer par un simple changement de son contexte de telles différences dans l'interprétation du mot *common*? Ce serait vraiment trop simple. L'origine du fossé semble plutôt se trouver dans le fait que la règle fédérale « bénéficie » de conditions d'application que le *Field Code* ne connaissait pas, et ce, de deux façons. D'abord, le libellé même des conditions qu'énonce la règle fédérale suppose la coexistence de questions communes et de questions individuelles : c'est le cas, par exemple, du critère de prédominance. Ensuite, leur existence permet au tribunal de fixer son attention sur autre chose que la seule question de *commonality*. Il est d'ailleurs significatif que ce soient maintenant ces autres conditions qui servent le plus souvent de cheval de bataille à l'occasion de la requête en irrecevabilité du recours collectif. On a changé de point de mire, mais l'attention ne s'est pas relâchée. L'interprétation du critère de *commonality* par les tribunaux fédéraux américains est beaucoup plus large certes, que celle donnée au *Field Code class action* (elle aurait d'ailleurs difficilement pu être plus restrictive). Ceci ne veut toutefois pas dire que sur un plan général, tous les tribunaux fédéraux américains sont beaucoup plus sympathiques au recours collectif.

2.1.2.1.2. La situation québécoise

— *Les expressions que le législateur a évitées*

Comment se compare la situation québécoise aux approches étrangères? Il semble, et c'est heureux, que le législateur québécois se soit livré à un exercice de droit comparé, évitant ainsi de commettre les erreurs qui sont déjà le lot d'autres juridictions.

— « *Commun* »

Considérons d'abord le mot « commun », que l'on aurait fort bien pu introduire dans la loi, si l'on avait cédé aux pressions exercées de toutes parts²⁴⁴. Peut-être nos juges se seraient-ils alors rabattus sur l'expérience

243. *Williams v. State*, 350 So (2d) 131 (La., 1977): voir P. JOHNSON, « Civil procedure — Class Actions in Louisiana Extended to Mass Tort Litigation », 52 *Tulane L. Rev.* 615 (1978); J.P. LAMBERT, « New Dimensions in Louisiana Class Actions », 36 *La. L. Rev.* 798 (1976). Les tribunaux louisianais paraissent très réceptifs au recours. On les a même vus écarter implicitement des dispositions législatives dont le but était d'en restreindre la portée : voir K. MANGUM, « Class Action as a Consumer Protection Device: *State v. General Motors Corp.* [(LA) 354 S. (2d) 770] », 40 *La. L. Rev.* 497 (1980).

244. Voir, entre autres, *supra*, note 200.

américaine. Aurait-on choisi l'approche « unitaire » de la common law et du *Field Code*, ce qui aurait réduit le recours collectif à bien peu de chose? Ou aurait-on favorisé l'approche fédérale américaine, qui permet une certaine « individualité » des recours des membres? La plus grande similarité des critères objectifs aurait favorisé la première; sa plus grande diffusion, la seconde. Quoi qu'il en soit, le sort d'une éventuelle définition jurisprudentielle du mot « commun » aurait été pour le moins incertain. Et même après avoir opté pour l'une de ces hypothèses, il aurait fallu résoudre les contradictions qui existent dans le modèle canadien, ou rajuster la démarche fédérale américaine pour tenir compte de l'inexistence, au Québec, de certaines de ses conditions d'utilisation essentielles.

Les tribunaux québécois ne s'en seraient pas nécessairement remis aux juridictions étrangères pour donner un sens au mot « commun » en matière de recours collectif. Plutôt, ils se seraient probablement servis de la jurisprudence non québécoise d'une façon purement accessoire, puisque ce dont ils ont besoin est déjà à portée de main. En effet, les mots « intérêt commun » ont déjà trouvé leur place à l'article 59, alinéa 2 C.P.C. Ils ont reçu une interprétation large dans l'arrêt *Chef Max Gros Louis c. S.D.B.J.*²⁴⁵, mais les tribunaux ont généralement eu tendance à limiter leur portée à des cas fortement similaires à ceux couverts par le *Field Code*²⁴⁶: indivision, copropriété, succession, cocontractants, victimes d'une même faute découlant d'une même source.

La jurisprudence a déterminé que cette expression doit recevoir une interprétation restrictive; ainsi une femme blessée dans une chute ne peut réclamer pour son mari le remboursement des frais de transport qu'il a dû acquitter suite à cet accident, ni des locataires, se servir de l'article pour former une réclamation concernant des dommages similaires subis aux mains d'un même propriétaire²⁴⁷. De même, un syndicat ne pourrait agir aux droits de ses membres²⁴⁸. Par contre, un cohéritier, mais non un mandataire²⁴⁹, pourra agir pour le bénéfice de tous, si les autres lui en donnent le mandat²⁵⁰.

Certains auraient pu espérer que l'expression « questions de droit ou de faits communs » reçoive une interprétation plus large qu'« intérêt commun », permettant entre autres « les réclamations basées sur des contrats séparés ou

245. [1974] R.P. 47 (C.S.).

246. Sur l'interprétation donnée à l'art. 59, al. 2, voir R. SAVOIE, *supra*, note 92; R. SAVOIE et L.P. TASCHEREAU, *supra*, note 92, pp. 61 et ss.

247. *Dame Camirand-Pineault c. Auger*, [1968] C.S. 102; *Silberstein c. Girelli*, [1969] B.R. 217.

248. *Lécuyer c. Standard Tel.*, [1964] C.S. 339. Ce problème pratique est partiellement réglé par l'art 1048. Voir *supra*, pp. 39-42.

249. *Séguin c. Lefebvre*, [1977] C.S. 220.

250. *St-Pierre c. Bousquet*, [1968] C.S. 114, p. 116.

les actions en dommage impliquant des preuves séparées et les [sic] adjudications distinctes »²⁵¹. Nous ne croyons pas que c'eût été le cas. D'une part, les raisons qui motivent une interprétation restrictive de l'article 59, alinéa 2 (caractère strict des conditions mentionnées, dérogation au principe général de l'article 59, alinéa 1) auraient tout aussi bien pu s'appliquer au recours collectif. D'autre part, il semble que l'interprétation du mot « commun » lui-même soit fixée dans l'esprit des juges. On n'a qu'à relire certains passages de l'arrêt *Théroux*²⁵² pour s'en rendre compte, et voir combien il aurait alors été difficile de rencontrer le degré nécessaire de « parenté » des droits individuels, et donc d'avoir accès au recours collectif. C'eût été regrettable.

— « *Même* »

Le législateur québécois n'a pas utilisé le mot « même » pour exprimer la qualité du lien qu'il désire voir exister entre les recours des membres. Ce faisant il a peut-être écarté l'application de la jurisprudence de common law sur la question. Mais il est plutôt probable qu'il a cherché à ne pas faire indirectement référence au droit québécois en matière de jonction de parties (article 67 C.P.C.) et de « suspension d'action » (article 273 C.P.C.).

Plusieurs articles du *Code de procédure civile* utilisent le mot « même » dans leur libellé. L'article 66 permet de réunir des causes d'actions si les recours exercés « tendent à des condamnations de même nature » et l'article 270 parle de réunion d'actions entre les « mêmes parties » et portées devant le « même tribunal et dans lesquelles les questions en litige sont en substance les mêmes. » Mais les deux dispositions qui nous intéressent entrent en jeu lorsque des litiges « soulèvent les mêmes points de droit et de fait ».

L'article 67 a permis aux locataires habitant dans un même immeuble de se joindre pour demander une ordonnance visant à faire rétablir le chauffage²⁵³, et aux personnes diffamées par un même article de journal, pour réclamer des dommages-intérêts, dans la mesure où la demande précisait clairement le montant des dommages réclamés par chacune²⁵⁴. L'interprétation donnée au mot « même » par la jurisprudence québécoise se démarque donc clairement par rapport à celle qu'ont retenue les tribunaux de common law. Les seconds ont tendance à confondre « même » et « unique »²⁵⁵. Les premiers, probablement à cause de la présence des mots

251. M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, p. 22.

252. *Supra*, note 94, et la citation correspondante.

253. *Silberstein c. Girelli*, *supra*, note 247.

254. *Bergeron c. Le Régional*, [1968] R.P. 401 ; *Szuskowski c. Polish Alliance Press*, [1968] R.P. 464 (C.S.). Sur les art. 66-67, voir aussi *Montréal Alouette Football Club c. John R. Superstar*, C.A. Montréal, 31 mars 1978, n° 09-000498-774.

255. *Supra*, p. 46.

« ayant le même fondement juridique » qui précèdent immédiatement la partie des articles 67 et 273 qui nous intéresse, ont semblé vouloir lui donner un sens plus large. C'est ainsi que dans l'affaire *Silberstein*, dans laquelle on en était venu à la conclusion que les recours n'avaient pas le même fondement juridique, la décision précise que l'unité du fondement juridique de l'action n'est pas le seul cas qui permette la jonction, qu'elle est aussi possible lorsque les mêmes points de droit et de fait sont soulevés²⁵⁶. Ceci semble devoir marquer, dans l'esprit du tribunal, une nette distinction entre les deux cas d'ouverture.

La suspension d'une action en Cour provinciale (article 273) intervient aux mêmes conditions que la jonction de parties, et est opérée dans le même esprit. Les tribunaux ont élaboré davantage sur les buts de la disposition : on cherche à éviter les jugements contradictoires et à empêcher que les intérêts de la justice soient mis en péril si les actions étaient entendues et jugées par des juges différents²⁵⁷. C'est ainsi qu'on a refusé de suspendre le recours contractuel contre le dépositaire, exercé entre les mêmes parties et suite au même événement que le recours délictuel contre un locateur.

— *La terminologie que le législateur a retenue*²⁵⁸

— « Identique »

Si nous insistons tant sur les articles 67 et 273, c'est qu'il nous semble que les tribunaux seront tentés d'utiliser la jurisprudence qui en découle dans l'interprétation du mot « identique ». En effet, le *Robert* indique qu'on utilise ce mot en parlant « d'objets ou d'êtres parfaitement semblables, tout en restant distincts; qui est unique, quoique perçu, conçu ou nommé de manières différentes », pendant que même « marque l'identité absolue ». Il n'y a entre ces mots tout au plus qu'une légère différence de degré, différence que ne semble pas faire notre droit, qui a déjà consacré l'équivalence de niveau des mots « identité » et « même » dans l'article 1241 C.C. et la doctrine portant sur cet article, respectivement. Compte tenu de ce qui précède, la similitude entre les expressions « soulèvent des questions de droit ou de fait identiques » et « soulèvent les mêmes points de droit et de fait » devient frappante²⁵⁹.

256. *Silberstein c. Girelli*, *supra*, note 247, p. 220.

257. *Delisle Inc. c. Construction Corp.*, [1965] R.P. 231, p. 234 (C.P.); *C.X. Tranchemontagne et Cie c. Laframboise*, [1973] R.P. 412 (C.P.).

258. Voir généralement H. REID, *supra*, note 51, pp. 147 et ss.

259. H. REID, *ibid.*, l'a fait remarquer d'une façon qui eût bénéficié d'un peu plus de précision.

Devraient donc satisfaire à l'article 1003 a) les recours pour lesquels l'article 67 serait ouvert. Le fait que le paragraphe c) fasse référence à cet article comme étant une alternative au recours collectif semble d'ailleurs le confirmer. Soit dit en passant, ceci fait déjà du recours collectif québécois un moyen de procédure plus largement accessible que son équivalent ontarien.

— « *Similaire* »

Le mot « similaire », lui, ne semble pas avoir trouvé de place jusqu'à maintenant dans notre droit judiciaire. Le *Robert* le définit ainsi : « qui est à peu près de même nature, de même ordre ». Le lien qu'il exprime est certes moins fort que celui que supposent les mots « identique » et, nous le verrons, « connexe ». Cette « catégorie » devrait permettre d'utiliser le recours collectif dans les cas où des questions importantes se recoupent de façon substantielle, en pratique, mais où le droit fait en sorte qu'une foule de petites questions individuelles subsistent. Le recours serait utilisé pour concentrer la détermination sur un point de droit ou de fait hautement technique, quitte à « rediviser » les instances pour la détermination de points particuliers, comme le permet d'ailleurs la Loi. Les cas où l'on plaiderait le défaut de fabrication d'une voiture ou une question constitutionnelle fort controversée viennent tout de suite à l'esprit. Dans le premier, l'argument de droit serait fort simple, une fois le défaut établi. Dans le deuxième, il se pourrait que les faits soient admis. Pourtant, dans l'un et l'autre cas, l'utilisation du recours collectif pourrait permettre de régler plus facilement la question qui pose le plus de problèmes.

— « *Connexe* »

Connexe signifie : « qui a des rapports étroits avec autre chose ». L'interprétation relativement restrictive²⁶⁰ que la jurisprudence a donnée à ce mot en application de l'article 172, portant sur la recevabilité de la demande reconventionnelle, est sans doute le facteur qui a motivé le législateur à ajouter la similarité comme moyen d'ouverture du recours collectif. Pour qu'il y ait connexité, il n'est pas nécessaire que toutes les questions soient reliées²⁶¹. Ce qu'il faut, c'est un rapport intime, une liaison étroite, une affinité directe²⁶², un lien d'interdépendance²⁶³. Si ce lien est « tel [que les affaires] ne pourraient sans danger de jugements contradictoires être

260. Malgré ce qu'en pense la jurisprudence elle-même : *Jay-Bee Imports Ltd c. Nova Fiação Atma Limitada*, *supra*, note 110.

261. *Quantum Information Resources Ltd. c. Digital Equipment of Canada Ltd.*, *supra*, note 110.

262. *Ibid.*

263. *Dempsey c. C.P. Hotels*, [1978] R.P. 26 (C.A.).

décidées par des tribunaux différents »²⁶⁴, on aura satisfait le critère de connexité. Il en sera de même si l'autorisation de la demande reconventionnelle amène simplement une économie de temps et d'argent pour les parties, dans la mesure où il existe quelque rapport dans l'origine des démarches²⁶⁵. Le critère de connexité, tout en étant plus restrictif que la similarité, est donc plus souple que l'identité. Pourtant, il est intéressant de noter un certain parallèle dans la jurisprudence portant sur les articles 273, et le mot même²⁶⁶, et 172. Comment distinguer entre des recours « identiques » et « connexes » si les deux types de relations entraînent les mêmes risques de contradictions? La tentation pourrait exister pour les tribunaux d'établir une « règle de trois », et de dire que les mots « identique » et « connexe », à l'article 1003, veulent dire la même chose. Ils nous faut espérer qu'on saura résister à cette tentation, même si le prix en est une certaine variation dans le sens du mot « connexe » à travers le Code.

Peut-être une légère différence d'objet et de contexte entre les articles 1003 a) et 172 amènera-t-elle les juges à faire cette nuance. Le premier recherche des *questions*, le second des *sources* connexes. Le premier insiste sur le désaccord entre les parties; le second, sur son origine. Il se peut fort bien que des recours dont les sources ne sont pas connexes posent des questions qui le soient, et vice versa²⁶⁷. L'article 172 vise à régler en même temps des litiges qui découlent d'une même « transaction » (au sens que le droit criminel donne à ce mot); le recours collectif cherche entre autres à économiser les énergies des justiciables et du tribunal dans tous les cas où cela peut utilement se faire. Il nous apparaîtrait donc prématuré d'affirmer que l'intégration de la jurisprudence portant sur l'article 172 dans l'article 1003 a), sera totale. Celle-ci, nous venons de le dire, n'est d'ailleurs peut-être pas souhaitable.

— Le paragraphe a) et la Cour supérieure

L'attention qu'a reçue cette disposition depuis le début reste relative; la qualité de cette attention est mitigée. Le fait que l'article 51 des *Règles de pratique* exige que la requête contienne une description détaillée des questions identiques, similaires ou connexes, et une description (non détaillée?) des questions qu'on appelle « particulières » semble indiquer que la Cour supérieure rejette d'emblée l'idée d'exiger une identité parfaite des recours.

264. *Kolodny c. Silverberg*, [1973] R.P. 348, p. 351 (C.A.); *Compagnie de développement d'Arvida Inc. c. Racine*, C.A. Québec, 10 fév. 1978, no 09-000749-769.

265. *Jay-Bee Imports Ltd c. Nova Fiação Atma Limitada*, *supra*, note 110; *Stewart House of Fashion Ltd c. Progression Leather*, [1978] C.A. 552.

266. *Supra*, note 257.

267. Voir *Bose c. Attica Shipping*, [1975] R.P. 260 (C.A.), dans laquelle les demandes, mais non les sources, étaient connexes, ce qui a entraîné le rejet de la demande reconventionnelle.

Cela serait conforme à ce que nous croyons être l'intention du législateur, déduite à partir des « indices » dont nous avons déjà parlé et dont semble être farci l'article 1003 a). Pourtant, plusieurs décisions semblent faire peu de cas de ces « indices ». Déjà, les arrêts *Théroux* et *Lescelleur* parlaient respectivement de rechercher « une preuve commune portant sur des faits communs » et d'exiger que les recours individuels soient « essentiellement prouvés » dans le cadre du recours collectif²⁶⁸. Mais les deux arrêts qui semblent aller le plus loin... dans la mauvaise direction sont ceux rendus dans les affaires *Werner* et *St-Onge*.

La première affaire concernait une demande pour vices cachés et défauts de fabrication dans deux mille voitures. Le tribunal considère impossible qu'un tel recours soit entrepris après quatre ou cinq ans. Il est impossible que tous soient dans les mêmes conditions : même vice apparu à la même époque et déclaré avec la même diligence, ... On se trouve « en présence de deux mille réclamations individuelles reposant chacune sur des faits distincts quant à la responsabilité (...) et quant au montant des dommages ». Bref il est « impossible qu'il existe une uniformité des faits quant à chacun qui puisse justifier une conclusion applicable à tous »²⁶⁹.

Pour le tribunal, dans l'affaire *St-Onge*, la dynamique du recours le rendrait inutilisable pour déterminer la responsabilité d'une municipalité et d'un syndicat pour des dommages subis suite à des chutes au cours d'une grève. L'article 1038, qui parle de produire une *réclamation*, exclurait la délimitation, à l'étape individuelle, de la responsabilité, en tout ou en partie²⁷⁰.

Cette analyse du paragraphe a) se rapproche dangereusement de la jurisprudence portant sur le *Field Code class action*²⁷¹. Pour y arriver, il faut d'abord oublier le sens de mots qu'a utilisés le législateur : « ou » et « similaire », ou même les remplacer par d'autres qu'il a mis de côté (« même »). Répéter ce que nous avons déjà dit à ce sujet serait inutile. Il faut espérer que ces jugements ne représentent pas une jurisprudence arrêtée²⁷².

— *La prédominance des questions qui seront traitées collectivement*

Un recours collectif ne présentera rarement que des questions identiques, similaires ou connexes. Ainsi, même lorsqu'il s'agit de déterminer la

268. *Supra*, note 94, et p. 44; *supra*, note 4, pp. 6 et ss.

269. *Werner c. SAAB*, *supra*, note 46, p. 14.

270. *St-Onge c. Ville de Montréal*, C.S. Montréal, 2 mai 1980, n° 500-06-000005-807, p. 7.

271. Voir, entre autres, le passage cité *supra*, note 235.

272. Voir *contra*, par exemple, *Richard c. Jacuzzi Canada Ltée*, *supra*, note 54 et *supra*, p. 44.

disposition d'un *common fund*, il faut le partager ; en matière de libertés publiques, le comportement fautif aura rarement des effets semblables chez toutes ses victimes.

Le *Field Code*, nous l'avons vu, recherche l'identité des questions en litige pour chacun des membres. Le recours fédéral exige que les questions communes prédominent sur les questions individuelles²⁷³. Ce dernier critère avait été avancé par certains en commission parlementaire²⁷⁴ mais ne se retrouve pas expressément dans notre Code. Il serait bon de jeter un coup d'œil sur cette partie du *test* américain et de se demander si le législateur québécois ne l'aurait pas incorporé comme critère implicite.

— *La prédominance en droit fédéral américain*

La prédominance des questions communes n'entre en considération que dans un seul des quatre types de recours collectifs fédéraux, lorsqu'il sert d'expédient pratique plutôt que d'être nécessaire pour éviter des jugements contradictoires ou incompatibles²⁷⁵. L'existence de questions communes suffit dans les autres cas. De plus, la règle américaine précise les quatre facteurs en fonction desquels le juge détermine si les questions communes prédominent sur les questions individuelles²⁷⁶ : l'intérêt pour les membres de contrôler individuellement leur recours (possibilité d'une variété d'approches, impact de la détermination sur chacun des membres, mais non le fait qu'en pratique, les membres n'agiraient pas individuellement) ; l'existence et l'importance de recours préexistants ; l'opportunité d'une concentration des recours ; les difficultés administratives que le tribunal rencontrera probablement à l'occasion du recours²⁷⁷.

Des facteurs comme l'importance relative des questions à déterminer, leur nombre, le temps qu'il faut mettre à les déterminer, la nature du recours même (fraude, qui exige, pour chacun, la preuve d'avoir été influencé par les déclarations frauduleuses ; accidents de masse) semblent devoir entrer en ligne de compte. Les tribunaux recherchent un *common nucleus of operative facts*²⁷⁸.

273. *F.R.C.P.* 23(b)(3) ; *N.Y.C.L.P.R.* §901(a)(2).

274. Mémoire du Barreau du Québec. Les projets de lois C-42 et C-13, par. 39.12 (3)(a) donnent la prédominance comme l'un des critères permettant d'évaluer la supériorité du recours.

275. C'est aussi celui qui cause le plus de remous. A.R. MILLER, *supra*, note 96.

276. Et aussi si le recours est un moyen de procédure supérieur aux autres : voir *infra*, p. 73.

277. *F.R.C.P.* 23(b)(3) ; C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1780. Le dernier facteur, cependant, semble n'entrer véritablement en ligne de compte qu'au niveau de l'analyse de la supériorité du recours : voir J.M. LANDERS, *supra*, note 36, p. 862.

278. *Vernon J. Rockler Inc. v. Graphic Enterprises Inc.*, 52 F.R.D. 335 (D. Minn., 1971).

Quel degré de prédominance doit-on trouver : importante, écrasante ? La prédominance doit-elle être numérique ? La jurisprudence semble faire preuve d'un *rough pragmatism*, et chercher à comparer globalement les avantages et les inconvénients du regroupement :

if the class action would clear up a goodly proportion of what appears to be the overall dispute, and there is not too much left in absolute terms, then the class action is proper.²⁷⁹

Certains tribunaux semblent (du moins jusqu'en 1974) avoir cherché à arrondir un peu les angles en matière de prédominance, lorsque la supériorité du recours collectif était par ailleurs évidente. C'est ainsi qu'on a limité le recours collectif aux seules questions communes, transformé des questions individuelles en questions communes (en acceptant la preuve de *reliance* d'un membre comme valant pour les autres, ou en utilisant le recouvrement collectif) et permis des modes simplifiés de preuve²⁸⁰. Ces procédés sont d'un usage beaucoup moins courant depuis que la Cour suprême a décidé, dans l'affaire *Eisen*²⁸¹, de ne permettre que les adaptations qu'elle considère possibles en vertu de la lecture du texte même de la règle.

Les jugements les plus récents en la matière semblent assez restrictifs, et l'on parle de remplacer la prédominance par un autre critère qui mettrait de côté cette jurisprudence²⁸².

— *La prédominance : critère implicite du droit québécois ?*

La prédominance semble donc proposer un examen pragmatique des problèmes que pose l'ensemble des recours des membres. Si elle était utilisée au Québec, ce serait sans doute pour permettre au tribunal de mesurer l'utilité d'en collectiviser le traitement judiciaire, en comparant la mesure du travail que le recours collectif accomplirait et celle qu'il laisserait de côté, à charge pour le membre d'agir pour clore la question ou pour le tribunal d'utiliser les mesures d'exécution que la loi lui offre pour contourner ce problème.

Une certaine tendance semble devoir se dessiner, qui croit à une importation implicite du critère de prédominance. Ainsi, Cloutier soutient

279. J.M. LANDERS, *supra*, note 36, pp. 861-862. Ceci amène évidemment une certaine fusion des critères de prédominance et de supériorité.

280. Seule la première pratique est expressément permise : F.R.C.P. 23(c)(4)(A). Voir C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1790.

281. *Supra*, note 21.

282. Voir *Ann. Survey Am. L.*, *supra*, note 22. Le projet de loi H.R. 5103, 96th Cong. 1st Sess. 1979, remplacerait la prédominance en faveur de la recherche d'une *substantial question of law or fact* commune aux membres.

que le paragraphe *b*) le contient implicitement, et Micheline Audette-Filion affirme :

Il découle sans doute, [du par. *a*] que le tribunal doit s'assurer que les « questions identiques, similaires ou connexes » sont plus importantes que les questions particulières à chacun des membres ; ce qui rejoint le troisième critère à l'effet que « la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67 ». ²⁸³

Ne pas considérer comme exhaustive la liste de conditions fournie à l'article 1003, ou même tenter de voir dans la prédominance un critère d'évaluation d'une de ces conditions, ce serait prétendre que le législateur a apporté bien peu de soins à sa rédaction. D'une part, il nous semble impossible que ce critère découle tout naturellement de l'un des paragraphes de l'article 1003 : le paragraphe *a*) semble volontairement flou sur l'importance des questions ; le paragraphe *b*) vise une appréciation du syllogisme juridique, et non de la praticabilité du recours ; le paragraphe *c*) non plus, d'ailleurs, qui renverse le problème, pour regarder la praticabilité des seuls recours alternatifs ; tout au plus, à la limite, pourrait-on le considérer comme *un* des facteurs d'appréciation du paragraphe *d*). D'autre part, rien n'empêchait le législateur de s'exprimer clairement sur le sujet. Au contraire, l'exercice de droit comparé auquel il s'est nécessairement livré et les remarques qui lui ont été adressées en commission parlementaire rendent difficile de soutenir qu'il ait pu oublier de se poser la question. On ne pourrait même pas, comme c'est le cas pour d'autres articles de la Loi, justifier d'amendements de dernière minute qui eussent pu causer une certaine confusion : même compte tenu de l'addition du paragraphe *b*), prévue longtemps à l'avance ²⁸⁴, le texte de l'article 1003 est resté stable.

Rien ne semble donc justifier que la prédominance des questions identiques, similaires ou connexes puisse entrer en ligne de compte dans la décision d'autoriser ou non un recours collectif québécois. L'avenir nous dira s'il en sera ainsi dans les faits. Malheureusement, la jurisprudence semble déjà avoir ouvert une brèche ²⁸⁵.

2.1.2.2. L'examen de la validité du droit réclamé

Le paragraphe *b*) de l'article 1003 fut ajouté au stade de l'étude en commission parlementaire ²⁸⁶ pour donner suite aux représentations de près d'une dizaine d'organismes dont le Barreau, afin d'introduire à l'étape de la

283. M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, pp. 21-22 ; A. CLOUTIER, *supra*, note 47, pp. 116-117.

284. (1978) 20 *Débats de l'Ass. nat.*, p. B-3898.

285. Voir nos commentaires sur les arrêts *Werner* et *St-Onge*, *supra*, p. 58 et sur l'arrêt *Canadian Consumer Co.*, *infra*, p. 90-1.

286. (1978) 20 *Débats de l'Ass. nat.*, p. B-3898.

requête un certain contrôle du sérieux du droit que désire faire valoir le représentant. Si l'unanimité semblait être faite sur la nécessité d'un tel contrôle, les opinions variaient fort, toutefois, lorsqu'il s'agissait de déterminer la forme qu'il devrait prendre: on aura parlé de « vraisemblance ou apparence de droit » (Conseil du patronat du Québec), de « preuve *prima facie* » (Ordre des comptables agréés du Québec), de « bonne foi » (Chambre de commerce de la province de Québec; Association des banquiers canadiens), de « probabilité de maintien » (G.M. du Canada), de « recours exercé de bonne foi et fondé sur des motifs clairs et évidents » (Club de la publicité de Québec). Le Barreau avait suggéré de retenir le critère prévu par l'article 847, alinéa 1, parce que cela permettait d'assimiler le *class action* à un recours extraordinaire.

2.1.2.2.1. À l'étranger

Les autres juridictions se sont aussi intéressées à cette question. Les projets de lois canadiens C-42 et C-13 exigeaient « que les procédures [aient] été engagées de bonne foi et prouvées *prima facie* »²⁸⁷. Le projet de loi de 1978 du Sénat américain demandait qu'il existe des « sufficiently serious questions going to the merits to make them fair grounds for litigation »²⁸⁸.

Toutefois, il n'existe pas actuellement de critère législatif qui s'applique en ces matières: tous ceux que l'on connaît aux États-Unis sont d'origine jurisprudentielle. Ces modes d'examen sont habituellement accompagnés d'une audition préliminaire, au cours de laquelle le requérant doit convaincre le juge que son recours n'est pas frivole²⁸⁹, qu'il soulève des questions sérieuses²⁹⁰, ou possède un *reasonable likelihood of success* ou un *substantial possibility of success*²⁹¹. Par ailleurs, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Eisen* a indirectement condamné l'usage d'auditions préliminaires pour quelque fin que ce soit en matière de recours collectif²⁹². Enfin, même dans les cas où le juge prend malgré tout en considération les chances de succès du recours, pour une raison ou pour une autre, il est clair qu'il ne s'agit pas pour lui, à ce stade, de vider la question, en droit ou en fait²⁹³.

287. Projets de lois C-42 et C-13, art. 39.12(2)(d).

288. Bill S. 3475-78, §3004(b)(2) (U.S. Senate).

289. *Dolglow v. Anderson*, *supra*, note 165.

290. *Jacobson & Co. Inc. v. Armstrong Cash Co.*, 548 F. (2d) 438 (C.A. 2d, 1977).

291. *Katz v. Carte Blanche*, *supra*, note 233.

292. *Supra*, note 21.

293. *Vernon J. Rockler Inc. v. Graphic Enterprises Inc.*, *supra*, note 278.

2.1.2.2.2. Au Québec

On peut comprendre les motifs qui ont amené le législateur à adopter cette disposition : on a voulu taire les craintes de ceux qui se voyaient déjà les victimes d'une pléthore de recours vexatoires. On est quand même en droit de se demander s'il y avait vraiment lieu d'ajouter à l'article 1003 tel qu'il se présentait en première lecture. Bien plus. Le paragraphe *b*) propose un nouveau modèle d'analyse préalable du sérieux de la démarche juridictionnelle d'un justiciable : il ressemble à d'autres dispositions du Code, tout en s'en démarquant. Pourtant, compte tenu de sa similarité avec les termes employés dans un autre critère, déjà bien assis celui-là, le danger est fort grand de voir les tribunaux trop se rabattre sur des données connues. Quoi qu'il en soit, il s'agit maintenant pour nous d'analyser l'article 1003 *b*) et de déterminer la nature de l'exercice auquel le juge devrait se livrer.

— Les données sur lesquelles se fonde le tribunal

Il faut d'abord se demander à partir de quelles données le juge doit faire cet exercice. Doit-il se baser sur une preuve qu'on lui présente ou sur les prétentions que le requérant met de l'avant ? Dans quelle mesure l'intimé peut-il les mettre en doute ?

Il ne semble pas qu'on ait affaire ici à ce qu'il est convenu d'appeler la preuve *prima facie*, en usage en matière de *mandamus*²⁹⁴ et d'injonction interlocutoire. Dans ces cas, la question est déterminée :

à raison des faits allégués et mis en preuve à ce stade du litige (...) une preuve « *prima facie* » des faits doit être faite (...) ²⁹⁵.

En effet, l'article 1003 *b*) parle des « faits allégués », expression déjà utilisée aux articles 165, paragraphe 4 et 847, et dont l'interprétation ne fait plus de doute aujourd'hui. Les faits que le requérant allègue dans sa requête ne peuvent faire l'objet d'une preuve contraire et « doivent être tenus pour avérés »²⁹⁶. Déjà, la Cour d'appel s'est prononcée en ce sens en matière de recours collectif : « sur l'autorisation (...) les faits sont pris pour avérés (...) »²⁹⁷. Le juge examine donc le syllogisme juridique que lui soumet le requérant ; ce dernier, pour les fins de cette discussion, en détermine les éléments de fait. Le juge ne tiendra aucun compte des pièces, à moins qu'elles

294. Voir *Liberal Upholstering c. Ville de Montréal*, [1970] C.A. 706. Art. 834 et 846 *a contrario*.

295. *C.T.C.U.Q. c. C.R.U.T.E.Q.*, *supra*, note 180, pp. 6-7. Les soulignés sont de nous.

296. *Ville de Montréal c. Commission municipale du Québec*, [1979] C.A. 65, p. 67 ; *Teasdale c. C.C.P.A.*, [1974] C.S. 319 ; *Nissan Auto c. Pelletier*, [1974] C.A. 503 ; *Rochette c. Conseil général de la corporation des ingénieurs du Québec*, [1974] C.A. 661.

297. *C.T.C.U.Q. c. C.R.U.T.E.Q.*, *supra*, note 180, p. 531 ; *Canadian Consumer Co. c. Nault*, *supra*, note 46, p. 4 (J. Lamer).

ne soient invoquées dans la requête : « le droit au recours doit apparaître à la face même de la requête telle que libellée »²⁹⁸. Par contre, si des pièces auxquelles on réfère révèlent la fausseté d'un allégué de fait, il en sera tenu compte²⁹⁹.

La jurisprudence de la Cour supérieure en matière de recours collectif n'est cependant pas aussi catégorique. Ainsi, au moins deux décisions se livrent à un examen des faits, dont la seconde examine *prima facie* les motifs invoqués par l'intimé à l'encontre des allégations du requérant³⁰⁰. Malgré cela, il semble à peu près certain que le requérant soit le meneur de jeu au niveau des faits, dans l'application de l'article 1003 b). C'est d'ailleurs l'impression que laisse l'article 55 des *Règles de pratique de la Cour supérieure*, qui prévoit que la requête est décidée « sur la foi des documents ». On peut croire, dans ce contexte, que l'intimé pourra se servir de l'interrogatoire de l'article 93, aux mêmes conditions et dans les mêmes buts qu'en matière d'évocation³⁰¹.

— La nature de la décision que rend le tribunal

Qu'en est-il maintenant de la nature du jugement que le tribunal doit porter? La tentation est forte d'examiner les précédents qui existent dans le *Code de procédure* et de se demander : les faits étant tenus pour avérés, le droit du requérant devra-t-il être apparent, ou le débat juridique devra-t-il être vidé au niveau de la requête?

Celui qui veut intervenir dans un litige doit « rendre son intérêt vraisemblable »; celui qui demande l'émission d'une injonction interlocutoire, « paraître y avoir droit »³⁰². C'est la seconde formule qui retiendra notre attention. L'interprétation qu'on en donne aujourd'hui est claire. La nature de l'examen des faits que doit mener le juge ne nous concerne pas : nous venons de déterminer que les faits allégués seront tenus pour avérés. Par ailleurs, le juge se prononce sur l'existence d'une « apparence sérieuse du droit du requérant »³⁰³, d'un « droit apparent ou encore (...) droit *prima facie* »³⁰⁴. L'examen de cette question ne présume en rien du fond du litige³⁰⁵.

298. *Laperrière c. Ville de Saint-Raymond*, [1978] C.A. 419, p. 421.

299. *Ibid.*; *Foyer Saint-Antoine c. Lalancette*, *supra*, note 138.

300. *Plouffe c. Télécâble de Québec*, *supra*, note 39; *Association québécoise pour l'application du droit à l'exemption de l'enseignement religieux c. C.E.C.M.*, C.S. Montréal, 16 nov. 1979, no 500-06-000004-792.

301. Voir *supra*, pp. 32-3.

302. Art. 212 et 752.

303. *Pérusse et al. c. Commissaires d'écoles de Saint-Léonard de Port Maurice*, [1970] C.A. 324, p. 329.

304. *McKenna c. Kierans*, [1971] C.S. 223; *T.V. Guide c. Télésol*, [1979] C.S. 311.

305. *Office Overload c. Trencaroff*, [1973] C.A. 960.

Comment pourrait-il en être autrement d'ailleurs, puisque ce recours est, comme son nom l'indique, interlocutoire et joint à une instance préalable dont l'enjeu n'est pas alors mis en cause?

Tel n'est pas le cas en matière d'évocation, où il faut que « les faits allégués justifient les conclusions recherchées »³⁰⁶. L'interprétation de cette expression ne fait pas de doute non plus :

(...) le juge doit statuer sur le droit. Il ne suffit pas qu'il lui paraisse que les prétentions du requérant sont soutenables, il faut qu'il en vienne à la conclusion ferme qu'elles sont, à son avis, bien fondées en droit en regard des faits allégués.³⁰⁷

Encore récemment, la Cour d'appel s'est exprimée ainsi sur cette question :

(...) le motif de la décision entreprise [sic] est ainsi exprimé : (...) selon au moins une des thèses de droit actuellement soutenues par les autorités, la requête serait bien fondée en droit, si l'on prend comme avérées toutes les allégations qui s'y trouvent. Il incombait au juge de trancher le débat auquel ce passage fait référence.³⁰⁸

C'est pourquoi on a déjà accordé un bref d'évocation, contrairement à ce qu'avait décidé le juge en première instance, après en être venu à la conclusion que « si les appelantes réussissent à établir cette allégation, elles auront établi clairement que la Cour provinciale a (...) commis un excès de juridiction »³⁰⁹. »

On peut voir que l'opposition entre les régimes de l'injonction interlocutoire et de l'évocation est très marquée en ce qui concerne le critère de droit que le tribunal applique. Il ne nous semble pas qu'il puisse y avoir de demi-mesure entre ces deux extrêmes. Alors, pour quel régime le législateur a-t-il voulu opter?

L'opinion des auteurs est claire : Micheline Audette-Filion, André Cloutier et Hubert Reid en viennent tous à la conclusion que c'est le critère de l'apparence de droit qu'on a retenu³¹⁰. De même, la jurisprudence de la Cour supérieure qui a approfondi le problème à l'origine est presque unanime : il faut établir une apparence de droit sérieuse³¹¹. Bien plus, le

306. Art. 847, al. 2.

307. *François Nolin Ltée c. Commission des relations de travail*, *supra*, note 137, p. 174.

308. *C.A.T. c. C.T.C.U.M.*, [1979] C.A. 1, p. 2.

309. *Lalonde Auto c. Naylor*, [1974] C.A. 489.

310. *Formation permanente*, *supra*, note 10, pp. 22 et ss., 114 et ss. et 149-50; H. REID, *supra*, note 4, pp. 1021-1022.

311. *Ibid.*; *Association québécoise... c. C.E.C.M.*, *supra*, note 300; *C.R.U.T.E.Q. c. C.T.C.U.Q.*, [1979] C.S. 608. Dans une affaire, on s'est prononcé sur au moins une partie du droit d'une façon qui semblait vouloir être définitive : voir *Plouffe c. Télécâble de Québec*, *supra*, note 39.

premier jugement rendu en matière d'évocation d'une décision du Fonds d'aide aux recours collectifs contient une déclaration à l'effet que « la qualité de l'apparence de droit exigée à l'article 23 (...) est la même que celle requise à l'article 1003 b) C.P.C. »³¹², opinant ainsi indirectement dans le même sens.

La Cour d'appel, elle, ne l'entend pas de la même façon :

Il n'y est pas question [à l'a. 752] du bien fondé des conclusions recherchées comme dans l'article 1003 c.p.c. Sur l'injonction interlocutoire, il est question

312. *Association québécoise pour l'application du droit à l'exemption de l'enseignement religieux c. Dumais*, [1980] C.S. 155 (les soulignés sont de nous), refusant l'émission d'un bref d'évocation contre la décision dans l'affaire *Association québécoise pour l'application du droit à l'exemption de l'enseignement religieux c. Fonds d'aide aux recours collectifs*, [1979] C.P. 408. Cette décision de faire équivaloir l'art. 1003, par. b), et l'apparence de droit prévue par l'art. 23 de la Loi se comprend très facilement. Le Fonds n'analyse l'apparence de droit que si le requérant n'est pas encore représentant. Puisque les tribunaux ne se sont pas encore prononcés sur la question, il est normal que le Fonds utilise, pour ses fins, et de façon intérimaire, ni plus, ni moins que le même critère de qualité des prétentions du requérant. Par ailleurs, il est tout aussi évident que l'on ne pouvait obliger le Fonds à tenir pour avérés les faits allégués dans la requête en Cour supérieure, puisqu'il est plus que probable que la demande de financement intervienne avant le dépôt de cette requête. La similitude entre l'art. 1003 et l'apparence de droit de l'art. 23 de la Loi va donc aussi loin qu'elle peut.

Il est intéressant de noter, à cet effet, l'insistance avec laquelle le juge Greenberg, à la page 157 de son jugement en Cour supérieure, souligne que :

Quand le juge Dumais [C.P.] a rendu son jugement, le 14 août 1979, la requête (...) pour autorisation (...) était en délibéré (...) elle l'est encore aujourd'hui. Donc, le juge Dumais était obligé de se pencher sur les trois critères (...).

Ceci donne l'impression que l'autorisation du recours en cours de route eût pu changer la démarche de la Cour provinciale et renforce notre opinion que les critères de qualité du droit soumis sont interreliés, et probablement identiques. Sur cette question, voir généralement M.J. LONGTIN, *supra*, note 129, p. 87.

Bien plus, le juge Greenberg, à la p. 158 de son jugement, déclare :

(...) le troisième critère mentionné à l'article 23 de la Loi, à savoir les probabilités d'exercice du recours collectif, oblige le Fonds (...) d'évaluer ces probabilités selon toutes les exigences que l'on retrouve à l'article 1003 C.p.c.

Cette affirmation ouvre la voie à des spéculations tout aussi effrayantes qu'elles peuvent être fascinantes. D'une part, si l'on impose au Fonds de respecter strictement le cadre de l'art. 1003, on lui demande de jouer au prophète sur une détermination judiciaire qui reste à venir, sans lui laisser la souplesse voulue pour pouvoir apprécier, entre autres, les facteurs non juridiques qui peuvent faire en sorte que le bénéficiaire, même une fois parvenu au stade où il peut exercer le recours, ne le fera quand même pas. D'autre part, permettre au Fonds de sortir du cadre strict de l'art. 1003 tout en y jetant un coup d'œil pose aussi des problèmes. Le Fonds jouira de la souplesse dont il a besoin, mais la référence continue aux dispositions de l'art. 1003 sera une invitation aux tribunaux à sortir de ce cadre dans leur propre prise de décision. Même si l'on n'accordait aux par. a), c) et d) de l'art. 1003 que le statut de *primus inter pares* dans les facteurs à considérer lors de l'application par le Fonds du critère de « probabilité d'exercice », cela suffirait sans doute à entraîner ce genre de réactions, et à susciter la création de critères implicites au stade de l'autorisation de la requête. Pour ce que nous en penserions, voir *infra*, pp. 91-2

de droit apparent à l'émission de l'ordonnance, à raison des faits allégués et mis en preuve à ce stade du litige (...).

Pour le recours collectif, l'article 1003 c.p.c. permet l'autorisation si le tribunal est d'avis que les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ; quant au recours en évocation, en vertu de l'article 847 c.p.c., le juge peut l'autoriser « s'il est d'avis que les faits allégués justifient les conclusions recherchées ». Le texte du premier article se rapproche beaucoup plus de celui du deuxième que de celui de l'article 752 c.p.c. (...) D'après la jurisprudence en matière d'évocation, le juge doit s'être formé une opinion ferme sur les conclusions juridiques, tenant les faits pour avérés. Le moins qu'on puisse dire, quant au recours collectif, c'est que le tribunal ne doit pas éprouver de doutes sur les conclusions juridiques. Alors qu'en matière d'injonction interlocutoire, une preuve « *prima facie* » des faits doit être faite, sur l'autorisation du recours collectif les faits sont pris pour avérés comme en matière d'évocation.³¹³

Ce passage donne des articles 752 et 847 une interprétation fort acceptable. Ce n'est malheureusement pas le cas en ce qui concerne l'article 1003, paragraphe *b*). L'appréciation qu'il donne de la portée de cet article nous semble reposer sur deux prémisses regrettables.

D'abord, le rapprochement fait entre les articles 847 et 1003 repose sur une technique d'interprétation erronée, qu'on pourrait formuler de cette façon : si l'on compare A d'une part, avec B et C, d'autre part, celui de B ou de C qui comportera le plus de mots compris dans A s'en rapprochera aussi le plus au niveau de la substance. Point n'est besoin d'élaborer longtemps pour voir la faiblesse de cette approche. Au contraire, il existe une règle d'interprétation claire à l'effet que si deux expressions ne diffèrent que par un mot, il faut donner un sens à ce mot et marquer la distinction entre ces expressions³¹⁴. Plutôt que de la porter au rapprochement, cette unique différence aurait dû attirer l'attention de la Cour d'appel et l'amener à résister à la tentation d'établir un parallèle entre l'article 1003 et la nécessité de disposer du droit prévue par l'article 847, d'autant plus que la distinction entre « paraître justifier » et « justifier » semble constituer la « substantifique moelle » de la *ratio* dans l'affaire *François Nolin Ltée*³¹⁵.

Pourtant, fait remarquer la Cour d'appel à la fin de ce passage, on ne saurait rapprocher les articles 752 et 1003 puisque le second, à l'opposé du premier, prend les faits pour avérés. En arriver à cette impasse suppose une approche globaliste dans la comparaison : c'est tout 752, ou tout 847. Or, chacun de ces articles s'attarde sur deux aspects différents du problème : la source à laquelle le juge puise ses faits, et le critère de droit qu'il leur

313. *C.T.C.U.Q. c. C.R.U.T.E.Q.*, *supra*, note 180, p. 531.

314. Voir entre autres, *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12^e éd. par P. St. J. LANGAN, Londres, Sweet & Maxwell, 1969, pp. 36 et ss., 278 et ss., et 282 et ss. ; A. CLOUTIER, *supra*, note 47, pp. 114-115.

315. Voir *supra*, note 307, et H. REID, *supra*, note 4, pp. 1021-1023.

applique. Dans l'article 752, les faits doivent être prouvés *prima facie*, et le droit, apparent. Dans l'article 847, les faits sont ceux que soumet le requérant dans sa requête, et le droit est vidé. Rien n'empêche de concevoir un critère qui demande qu'on prouve les faits *prima facie*, et qu'on vide le droit. Rien n'empêche non plus qu'on prenne les faits pour avérés et qu'on examine, sans conclure définitivement, la qualité du syllogisme juridique. Selon nous, c'est cette dernière hypothèse que le législateur a retenue dans le cas du recours collectif. Prendre pour acquis qu'il faut une adéquation parfaite entre les articles 1003, d'une part, et 752 ou 847, d'autre part, c'est vouloir enfermer le droit dans un carcan rigide dont l'existence ne se justifie pas.

Il faut aussi noter que l'approche de la Cour d'appel contredit l'arrêt *Dumais*³¹⁶, qui a jugé équivalents le critère d'apparence de droit prévu par l'article 23 de la Loi, et celui de l'article 1003 *b*). En décider autrement serait aller à l'encontre de la règle d'interprétation à l'effet que les dérivés d'un mot ont le même sens que celui-ci, puisque « paraître » signifie « avoir l'apparence de ». L'interprétation que donne la Cour d'appel crée donc plus de contradictions qu'elle n'en résout.

Disons aussi que l'évocation et le recours collectif sont de nature fort différente. La première est un recours extraordinaire, classifiée comme telle, et dont les effets substantiels débutent avec l'émission du bref : la procédure devant le tribunal inférieur est suspendue. Le second est « un moyen de procédure » qu'on aurait pu, mais qu'on n'a pas qualifié de « recours extraordinaire » ; l'autorisation de l'exercer ne fait que permettre que plusieurs demandes soient, par une fiction juridique, formées dans une seule opération et par une même personne.

Imposer de vider le droit au moment de la requête amène aussi certaines conséquences pratiques pour le moins curieuses. Ainsi, dans une affaire où seules des questions de droit seraient traitées collectivement (les faits « collectifs » ayant été admis, par exemple), il ne resterait, une fois le recours autorisé, que des questions individuelles à régler : le juge se contenterait de reproduire les parties du jugement sur l'autorisation qui parlent de droit pour se retrouver avec un jugement final ; il n'y aurait donc pas, au sens de l'article 1005, paragraphe *b*), de « questions qui *seront* traitées collectivement ». Et s'il fallait en plus qu'il n'y ait pas de questions individuelles à régler (un cas de distribution indirecte opérée en vertu de l'article 1034), on aurait affaire à un recours collectif vraiment expéditif...

De la même façon, si seulement une partie du droit devait être traitée collectivement (par exemple, si l'intimé entend soumettre, au stade de la

316. *Supra*, note 312.

détermination individuelle, des moyens préliminaires que l'article 1012 l'empêche de soulever auparavant), le juge se trouverait à ne vider qu'une partie du droit au stade de la requête. Or, le paragraphe *b)* ne fait pas de distinctions entre les « conclusions », qu'elles soient collectives ou individuelles. La seule autre façon de s'en tirer serait de dire que le recours collectif ne peut être autorisé que si *toutes* les questions de droit, même les plus minimes, sont communes. Mais alors, pourquoi ce « ou » et ce « similaire » dans le paragraphe *a)*? Et comment pourrait-il alors exister un recours collectif dans lequel des moyens préliminaires seraient « communs à une partie importante des membres » *mais non à tous*, comme l'article 1012 semble le supposer?

Bien plus. L'interprétation que propose la Cour d'appel donne au Livre neuvième toutes les apparences d'une législation ridicule. D'abord, elle fait des conditions prévues par l'article 1003, et surtout des paragraphes *c)* et *d)*, des remparts inutiles contre des abus qui ne peuvent exister : une fois le droit vidé, quel besoin y a-t-il de se pencher sur ces questions? Ensuite, elle rend superfétatoire toute la procédure exceptionnelle, en trois étapes, qu'a prévue le législateur. Si l'on accepte le raisonnement de la Cour d'appel, l'Assemblée nationale s'est servie de la requête pour ramener les recours collectifs à la grosseur d'une mouche, puis d'un marteau-pilon procédural pour l'assommer. La Cour lui prête bien peu de sagesse...

L'interprétation que la Cour d'appel donne au paragraphe *b)* paraît artificielle et erronée. Nous pourrions continuer; ce serait inutile. Un passage de son jugement³¹⁷ laisse présager une attitude négative de la part du tribunal. Le juge américain le plus rébarbatif à l'égard du recours collectif le plus restrictif n'a jamais songé à vider le droit au niveau de la *certification*. La Cour supérieure, bon gré³¹⁸, mal gré³¹⁹, se soumet à cette décision. Il nous est maintenant facile, avec le recul, de dire que cette disposition aurait

317. Il s'agit de l'avant-dernière phrase de la citation qui se trouve *supra*, p. 67. Comparer avec ce passage du jugement (rendu par un banc dont M. le juge Bélanger faisait partie) de la Cour d'appel dans l'affaire *Lapointe c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée*, *supra*, note 136 :

La *Loi sur le recours collectif* est évidemment une loi à portée sociale : elle favorise l'accès à la justice à des citoyens qui ont des problèmes communs dont la valeur pécuniaire peut souvent être d'une modicité relative et qui, en raison des circonstances particulières de leur état individuel, ne seraient pas ou ne pourraient pas de façon appropriée mettre en marche le processus judiciaire.

Il paraît curieux, alors, qu'on soit si difficile dans le cas du C.R.U.T.E.Q.

318. Voir *Gagnon c. Ville de Belœil*, C.S. Montréal, 4 sept. 1980, no 500-06-000007-803, JE 80-784 (en appel), et *Bédard c. Hydro-Québec*, *supra*, note 140. De tous les jugements en matière de recours collectif, celui-ci est peut-être le plus inquiétant. D'une part, M. le juge Bergeron, après une analyse grammaticale plutôt ésotérique du paragraphe *b)*, se livre à une analyse de la question juridique et conclut que la requête est « non fondée *tant en fait qu'en droit* » : où sont donc passés les « faits allégués »? D'autre part, on note que le

dû constituer non pas une condition de l'autorisation, mais une façon de la bloquer, une défense plutôt qu'un obstacle. Il est facile de penser qu'il aurait fallu la copier mot pour mot, probablement à partir de l'article 165 (puisque le rejet de la requête met souvent fin, en pratique, à l'action), de façon à éviter qu'elle soit si mal comprise. Il faudra attendre la suite. Le sort du recours collectif québécois pourrait fort bien se jouer autour des huit mots qui composent le paragraphe *b*), de ces mots dont le législateur aurait fort bien pu se passer.

2.1.2.3. L'utilité relative d'autres moyens de procédure

2.1.2.3.1. À l'étranger

On s'y est pris de plusieurs façons dans d'autres juridictions pour demander aux tribunaux d'apprécier les qualités pratiques du recours collectif. Selon le cas, il faudra prouver que les membres du groupe sont « nombreux »³²⁰, si nombreux que leur jonction est *impracticable*³²¹, ou à la fois qu'ils sont nombreux et que la jonction est « impracticable », sans établir de lien de cause à effet³²². Parfois, le recours collectif doit être supérieur aux autres moyens de procédure pour en arriver à une détermination équitable et efficace des droits des parties³²³. D'autres examinent la possibilité d'administrer le recours, soit à titre de condition indépendante, soit pour en apprécier l'efficacité³²⁴. Ces approches ont été reprises dans différents mémoires soumis en commission parlementaire³²⁵; l'Association des banquiers canadiens y est même allée d'une proposition originale, suggérant qu'on exige qu'il n'y ait pas d'autre recours approprié.

Nous ne saurions approcher, dans notre regard sur le droit américain, toutes les combinaisons qui existent de ces différents éléments. Nous

représentant du procureur général y défend sans nuance la position de la Cour d'appel : on peut souhaiter que le procureur général, lorsqu'il plaide devant nos tribunaux, se soucie davantage de préserver l'intégrité des lois.

319. Dans *Gelmini c. Commission des valeurs mobilières*, C.S. St-François, 29 fév. 1980, no 450-06-000001-79, JE 80-175, le juge précise qu'il se soumet à la décision de la Cour d'appel.

320. Ont. R. 75; *Uniform Class Action Act* §1.

321. *F.R.C.P.* 23(a)(1); *N.Y.C.P.L.R.* §901(a)(1); P.L. C-42, a. 39.12(2)(a).

322. *Cal. C. Civ. Proc.* §382.

323. Compte tenu d'un certain nombre de facteurs que la loi précise souvent et qui entrent en ligne de compte dans l'appréciation de cette condition : *F.R.C.P.* 23(b)(3) (4 facteurs); *N.Y.C.P.L.R.* § 901(a)(5) (5 facteurs); *Uniform Class Action Act* §2(b) (l'art. 3 énumère 13 facteurs); P.L. C-42 art. 39.12(2)(e) (2 facteurs).

324. *F.R.C.P.* 23(b)(3)(D); *N.Y.C.P.L.R.* §901(b)(5); *Uniform Class Action Act* §3(a)(11).

325. « Impracticabilité » : Association provinciale des marchands d'autos : « supériorité » : Chambre de commerce de la province de Québec; « administrabilité » : G.M. du Canada.

examinerons donc les deux principales facettes de ce puzzle comparatif: la « numérosité » (*numerosity*) et la supériorité.

— *Le nombre de membres*

— *Le nombre de membres comme facteur d'autorisation de l'exercice du recours collectif*

Le critère de « numérosité »³²⁶ est à l'origine même du recours collectif: c'est le nombre des parties en cause qui rendait le *compulsory joinder* irréalisable devant les cours d'équité britanniques, et a amené à introduire le *representative action*³²⁷. Ce facteur n'a pas perdu de son importance: certains le considèrent encore « the most fundamental requirement for a class suit »³²⁸.

Le nombre de membres d'un groupe, en théorie, est une donnée fixe et vérifiable. En pratique, cependant, il n'est pas toujours possible de l'établir précisément au stade de la requête³²⁹. Aux États-Unis, on permet d'en faire la preuve d'une manière très approximative³³⁰, sans toutefois encourager la spéculation pure³³¹. Le fait que les lois américaines établissent généralement une relation entre le nombre et la possibilité d'utiliser d'autres moyens de procédure a sans doute encouragé les tribunaux américains à ne pas déterminer de critère numérique fixe en matière de recours collectif³³². On parle généralement d'autoriser le recours collectif lorsque la jonction de parties est *impracticable*. Ce mot a été interprété de plusieurs façons, en allant de « non pratique, non souhaitable ou imprudent »³³³, jusqu'à *extremely difficult or inconvenient*³³⁴. La tendance actuelle semble devoir favoriser une interprétation assez restrictive, mais il ne semble pas que le sens à donner au mot soit encore parfaitement arrêté.

On a donc préféré se fonder sur des critères d'appréciation tels la nature de la demande, le montant des réclamations individuelles, la capacité des

326. Voir généralement C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1762.

327. Voir *supra*, p. 6.

328. « Note: Developments », *supra*, note 40, p. 1454. Nous ne croyons pas que ce soit le cas au Québec: voir *infra*, p. 78.

329. C'est un facteur dont tient compte la r.p. 52 (c); voir *supra*, p. 13.

330. *Doe v. Charleston Area Medical Centre*, 529 F. (2d) 638 (C.A. 4th, 1975).

331. *Valentino v. Howlett*, 528 F. (2d) 975 (C.A. 7th, 1976): sur la notion de groupe comme telle, voir *supra*, p. 12.

332. On les a vus reconnaître des groupes de 14 personnes: *Manning v. Princeton Consumer Discount*, 310 F. Supp. 320 (D.C. Pa, 1975); conf. 533 F. (2d) 103 (C.A. 3d, 1976); *cert. den.* 429 U.S. 865.

333. *Goldstein v. North Jersey Trust Co.*, 39 F.R.D. 363 (D.C.N.Y., 1966).

334. *Forbush v. Wallace*, 341 F. Supp. 217 (D.C. Ala., 1971); conf. 405 U.S. 970 (1972).

membres d'agir individuellement, la concentration géographique des membres, la stabilité du groupe. Plus ces facteurs sont présents, plus la jonction paraît possible, et moins le recours collectif a de chances d'être autorisé³³⁵. Ce flottement est sans doute une des raisons qui a amené le législateur québécois à ne pas définir la notion de groupe.

— *Le nombre de membres comme facteur de refus d'autoriser l'exercice du recours collectif: la praticabilité*

L'exercice d'un recours collectif américain suppose donc un groupe trop nombreux pour que la réunion d'actions soit praticable. Par opposition, certains ont avancé que le nombre de membres du groupe ou sa composition peuvent rendre le recours collectif impossible à gérer, à administrer (*unmanageable*).

Les recours fondés sur la règle fédérale mentionnent déjà des « difficulties likely to be encountered in the management of a class action » comme facteur d'appréciation de la supériorité du recours collectif³³⁶. Des problèmes administratifs peuvent donc amener le tribunal à juger le recours collectif inférieur aux autres moyens de procédure disponibles³³⁷. Mais la praticabilité du *class action* semble devoir se développer à titre de condition indépendante; d'ailleurs, on a déjà refusé d'autoriser plusieurs recours collectifs uniquement ou principalement à cause de problèmes de *manageability*³³⁸.

Le nombre même des membres peut alors être un facteur qui rende le recours *unmanageable*, comme peut l'être la trop grande fluidité du groupe³³⁹. D'autres facteurs, qui ne sont pas reliés au nombre de membres comme tel, entrent en ligne de compte: l'importance des recours individuels, l'existence de moyens de défense individuels, la nécessité de preuves individuelles, le

335. *Matties v. Seymour Mfg.*, 270 F. (2d) 365 (C.A. 5th, 1959), *cert. den.* 80 S. Ct. 591.

336. *R.R.C.P.* 23(b)(3)(D); voir *infra*, p. 73 et C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1780.

337. *La Mar v. H.B. Novelty*, 489 F. (2d) 461 (C.A. 9th, 1973).

338. Un exemple récent est *Windham v. American Brands Inc.*, 565 F. (2d) 59, 71-2 (C.A. 4th, 1977); *cert. den.* 98 U.S. 1605 (1978). Mais le phénomène remonte plus loin: voir L. FREEMAN JR., « Manageability of the Action — The Main Battleground », dans *Class Action 1975*, *supra*, note 21, pp. 45 et ss.; R.G. CUTLER et J.P. FEENEY, « Challenging Certification of a Class Action: a Hypothetical », in: « Class Action: A Symposium », 12 *San Diego L.R.* 1 (1974), pp. 76 et ss.

339. Ces deux facteurs, liés à la nécessité d'un recouvrement collectif que la cour a refusé, ont joué un rôle prépondérant dans l'affaire *City of Philadelphia v. American Oil Co.*, 53 F.R.D. 45 (D.N.J., 1973) (réclamation faite au nom de tous les acheteurs d'essence d'un État au cours d'une période de plusieurs années).

coût du recours. Ceux qui retiennent cette condition plaident que le nombre de membres peut rendre impossible une défense pleine et entière et mettre en cause le *due process*, et que l'administration de l'affaire imposera un fardeau indésirable sur les ressources du système judiciaire³⁴⁰.

Cette question suscite des débats houleux³⁴¹. Plusieurs se demandent s'il n'y a pas là qu'une échappatoire pour des tribunaux rébarbatifs au recours. L'utilisation de certains expédients, permis par la *Federal Rule of Civil Procedure* 23(d)(1), a permis de ramener à des proportions plus justes le problème de *management* dans la plupart des cas³⁴². Bien plus, l'expérience du règlement californien intervenu dans l'affaire des antibiotiques a permis de prouver qu'on peut résoudre le problème posé par les questions individuelles tout en respectant le *due process of law*³⁴³.

— La supériorité du recours collectif

Celui qui désire utiliser un recours collectif de la nature du *Federal Rule of Civil Procedure* 23 (b)(3) doit démontrer qu'il constitue un moyen de procédure supérieur aux autres pour une détermination efficace et équitable du litige, compte tenu d'une série de critères précisés dans le texte législatif³⁴⁴. Nous ne nous attarderons pas à ces critères. Nous nous contenterons d'examiner la règle elle-même, sous deux angles: le degré de supériorité nécessaire, et le sens donné aux mots « détermination efficace et équitable » (*fair and equitable disposal*).

— La nature de la supériorité recherchée

Le recours collectif sera supérieur aux autres moyens de procédure s'il permet de disposer du litige plus rapidement, à peu de frais, en diminuant les risques de jugements difficilement réconciliables, ou même s'il permet de régler un litige qui ne le serait pas autrement. Il s'agit véritablement pour le

340. L. FREEMAN Jr, *supra*, note 338, p. 47.

341. Voir, en plus de tous les ouvrages mentionnés lors de notre exposé sur les avantages et inconvénients du recours (*supra*, notes 95-96-97), R.G. CUTLER & J.P. FEENEY, *supra*, note 338; S.M. GORDON, « Manageability under the Proposed Uniform Class Action Act », 31 *Southwestern L.J.* 301 (1977); M. HANDLER et M.D. BLECHMAN, *supra*, note 70; J.B. WEINSTEIN, « Some Reflections on Abusiveness of Class Actions », 58 *F.R.D.* 299 (1973), p. 308.

342. C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1796; J.M. LANDERS, *supra*, note 36, pp. 863 et ss.

343. Voir *supra*, note 106.

344. Critères qui peuvent varier sur ce point: voir *supra*, note 323 et C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, § 1779-1780. Ils sont énumérés *supra*, p. 59; voir aussi *supra*, pp. 71-2.

tribunal de déterminer laquelle, des diverses approches possibles, est la plus souhaitable du point de vue de l'efficacité. Cette recherche de l'efficacité est particulièrement marquée dans le recours new-yorkais, où les juges peuvent autoriser des *partial class actions* lorsqu'un traitement collectif complet des litiges, pour désirable qu'il soit, pose des problèmes qu'une collectivisation partielle peut atténuer³⁴⁵.

Bien sûr, « if a comparative evaluation of other procedures reveals no other realistic possibilities, this part of Rule 23 (b)(3) has been satisfied »³⁴⁶. Ceci ne veut cependant pas dire qu'il faille que le recours collectif soit le seul possible. La supériorité appelle la comparaison; s'il ne pouvait y avoir d'alternative, si le recours devait toujours être accordé « par défaut », le législateur américain se serait exprimé autrement³⁴⁷. Ce moyen de procédure n'est pas qu'un pis aller.

Une certaine théorie dite du *no need* refuserait d'autoriser le recours collectif dans les cas où l'effet de chose jugée d'une seule action sera le même, en pratique, qu'un *class action*. Il en serait ainsi dans le cas où l'on poursuit l'État pour la révision de prestations d'aide sociale, et en général à chaque fois qu'un organe du gouvernement est en cause: la pratique litigieuse serait automatiquement ajustée suite à un seul jugement (l'État étant très respectueux des décisions judiciaires). Cette façon d'aborder l'examen de la supériorité a été critiquée notamment parce qu'elle fait fi des avantages pratiques inhérents qu'il y a pour un groupe d'utiliser le recours collectif: regroupement d'efforts, risques diminués de perte d'intérêt, interruption de toutes les prescriptions, ...³⁴⁸

— La « fairness » du recours collectif³⁴⁹

Le législateur américain semble essayer de tenir compte de l'apathie du justiciable moyen quand il met au point des mesures législatives qui

345. Cette possibilité n'a pas jusqu'ici reçu un très bon accueil: *Shanes v. Long Island Sports Inc.*, 401 N.Y.S. (2d) 233, 235 (1978).

346. C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, vol. 7A, p. 59.

347. Nous faisons cette remarque à cause de la confusion qui semble avoir régné en commission parlementaire au sujet d'une proposition de l'Association des banquiers canadiens, qui demandait d'inscrire comme condition le fait que le recours collectif est le seul moyen légal approprié. Voir entre autres (1978) 20 *Débats de l'Ass. nat.*, pp. B-289-90. Au Canada, l'arrêt *York Condominium Corp. No. 161 v. Deltan Realty*, (1973) 3 C.P.C. 27 (Ont. H.C.) confirme que le *representative action* n'a pas à être le seul moyen disponible pour pouvoir être utilisé.

348. *Rodriguez v. Percell*, 391 F. Supp. 38 (D.C.N.Y., 1975); D. BRAVEMAN, « Class Certification in State Court Welfare Litigation: A Request for Procedural Justice », 28 *Buff. L. Rev.* 57 (1979); M.J. MURPHY et E.J. BUTTERFOSS, « The "Need Requirement": A Barrier to Class Actions Under Rule 23(B)(2) », 67 *Georgetown L.J.* 1211 (1979); H. REID, *supra*, note 51, p. 145.

349. Voir C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1804.

encourageant l'activisme judiciaire privé. Certaines lois prévoient le versement d'un multiple des dommages réels³⁵⁰, ou même de dommages minima³⁵¹, et le paiement de tous les frais³⁵². L'utilisation du recours collectif dans de telles circonstances peut entraîner des cas d'*overkill* sérieux. C'est pour cette raison que dans l'affaire *Ratner v. Chemical Bank New York Trust Co.*, le juge a refusé d'autoriser le recours collectif pour l'exercice du droit d'action de 130 000 détenteurs de cartes de crédit sur le relevé desquels on avait omis d'inscrire le taux d'intérêt annuel que portaient les arrérages. L'omission aurait entraîné, en faveur de chaque détenteur, une condamnation à des dommages minima de \$100 dans chacun des cas: le « horrendous, possibly annihilating punishment unrelated to any damage to the purported class or any benefit to the defendant » rendait le recours, selon le juge, « not superior for the fair and efficient adjudication of the controversy »³⁵³.

Cette approche a reçu un accueil mitigé. Certains la croient justifiée en principe; le recours collectif de l'État de New York la retient³⁵⁴. D'autres préfèrent examiner les circonstances de chaque cas avant d'en décider³⁵⁵. D'autres enfin considèrent l'argument contestable³⁵⁶.

2.1.2.3.2. La situation québécoise

L'exposé que nous venons de faire sur le droit américain devrait avoir bien peu d'effet sur l'élaboration jurisprudentielle de l'article 1003 *c*) si les tribunaux s'en tiennent aux termes de la Loi. Le législateur semble non seulement avoir omis de parler de la supériorité ou de la praticabilité du recours collectif lui-même, mais aussi s'être livré à une adaptation fort libérale de l'examen de ses « concurrents » procéduraux.

— Les conditions que le législateur n'a pas retenues

— La praticabilité du recours collectif

Peu importe le mérite qu'il peut y avoir à analyser la *manageability* d'un recours collectif dans le contexte américain, nous ne croyons pas qu'il faille

350. Trois fois, en matière de coalition.

351. \$100 par infraction, dans le cas du *Truth in Lending Act*.

352. *Ibid.*

353. 54 F.R.D. 412, 416 (S.D.N.Y., 1972). La loi a été modifiée, de sorte que le maximum qui peut maintenant être recouvré, au moyen du recours collectif, est le moindre de \$100 par infraction ou 1% de la « valeur nette du défendeur »: 15 U.S.C.A., § 1640(a)(2).

354. *N.Y.C.P.L.R.* §901(b); « Note: Developments », *supra*, note 40, pp. 1361 et ss., l'approuve.

355. *Wilcox v. Commerce Bank of Kansas City*, 474 F. (2d) 336, 349 (C.A. 10th, 1973).

356. J.M. LANDERS, *supra*, note 36, pp. 888 et ss. Le juge Rehnquist, pourtant peu sympathique au recours collectif, a déclaré en *obiter* que le problème posé par l'existence de dommages triplés, dans le cadre d'un recours collectif, « is for Congress and not for the courts ». *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 346 (1979).

se livrer à cet exercice en droit québécois³⁵⁷. Rien dans l'article 1003, et surtout pas le paragraphe c), ne permet de croire à son importation implicite. Au contraire, la logique de ce paragraphe est à l'opposé de ce qui existe ailleurs : elle demande au juge de s'interroger non pas sur la praticabilité du recours collectif, mais uniquement sur celle d'autres moyens de procédure qui sont censés s'en rapprocher³⁵⁸.

Par ailleurs, il existe des objections de principe au concept même d'une telle condition en droit québécois. Nous avons déjà insisté sur ce point³⁵⁹ : nous croyons non seulement que le recours collectif ne porte pas atteinte aux principes fondamentaux de droit judiciaire, mais qu'il ne se démarque pas conceptuellement de la démarche individuelle plus que ne le font la jonction de parties ou la réunion d'actions. Or il ne viendrait jamais à l'idée de personne de demander à un tribunal de ne pas entendre une affaire parce qu'il risque d'être difficile de trancher le droit ou de déterminer un remède : un juge ne peut refuser de se prononcer s'il y a un litige réel³⁶⁰. C'est pourtant ce qu'on propose de faire en matière de recours collectif : permettre d'analyser la pertinence d'une démarche judiciaire sous le seul angle du fardeau qu'elle impose aux tribunaux³⁶¹. On veut offrir au défendeur la possibilité d'étouffer des poursuites dirigées contre lui, dans la mesure où il répartit l'impact de son comportement litigieux sur un grand nombre de personnes, et décourage ainsi le tribunal d'en arriver à une solution ; consacrer le droit des tribunaux de refuser de trancher un débat juridique pour cause d'atteinte à leur tranquillité.

Même si le recours collectif possédait, en droit québécois, un caractère absolument unique qui le rende étranger au recours individuel, le fardeau administratif ne pourrait constituer en soi un motif suffisant pour refuser de l'autoriser³⁶². Avant de penser justifier un tel geste, il faudrait à tout le moins établir une distinction entre l'utilisation du recours collectif dans un contexte où les membres seraient prêts à agir individuellement, l'utilisation dans un contexte où les membres, sans pouvoir agir un à un, tireraient des bénéfices personnels du recours, et l'utilisation dans un contexte où le coût du recours individuel serait tel qu'il n'y aurait pas de bénéfices individuels que les

357. Pas plus qu'on ne l'a fait en droit canadien : l'arrêt *Shaw v. Real Estate Board of Greater Vancouver*, *supra*, note 213, écarte cette condition.

358. Voir *infra*, p. 70.

359. Voir entre autres, *supra*, pp. 10 et 19-23.

360. Art. 462.

361. Plutôt qu'en fonction des « fins de la justice » (art. 67, al. 2, et 272) ou de l'absence de préjudice grave aux parties (art. 273, entre autres).

362. K.W. DAM, « Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence and Conflict of Interest », 4 *J. Leg. Stud.* 47 (1975).

membres pourraient tirer d'un recours collectif³⁶³. On pourrait tenir compte de la praticabilité du recours collectif seulement dans ce dernier cas, pour voir la mesure dans laquelle les bénéficiaires qui découleraient de l'action compenseraient les coûts sociaux qu'elle entraînerait. Penser praticabilité dans les deux autres cas serait une entorse encore plus fondamentale aux principes de justice que le recours collectif est censé mettre à mal : ce serait permettre au juge de se laver les mains de son impuissance à faire respecter la règle de droit.

Bien plus. Non seulement nous ne connaissons pas les problèmes constitutionnels qui sont le lot du droit judiciaire américain, mais notre Loi énonce expressément tous les moyens dont nos tribunaux ont besoin pour faire face à n'importe quel problème administratif sérieux qu'un recours collectif pourrait poser (recours collectif partiel, division du groupe, aménagement des règles de preuve, recouvrement et distribution collectivisés, ...). La plupart de ces moyens ont déjà fait leurs preuves dans le contexte américain, pourtant moins souple que le nôtre³⁶⁴. Si des situations devaient se présenter où les tribunaux avoueraient leur impuissance à prendre un recours collectif en charge, on peut penser que la faute en sera due uniquement à un manque d'imagination de leur part.

— *La supériorité du recours collectif*

Les recours collectif new-yorkais et fédéral américain proposent une approche relativiste : ils demandent que l'on compare le *class action* à d'autres moyens de procédure, et qu'on établisse la supériorité du premier³⁶⁵. Ce n'est pas le cas du recours québécois. Pas plus qu'on ne mentionne la praticabilité, on ne mentionne nulle part la supériorité ou la plus grande efficacité du recours. Le juge québécois doit se contenter de se pencher sur certains moyens de procédure autres que le recours collectif, et seulement sur ceux-ci³⁶⁶, et de porter un jugement sur leur utilité sans se préoccuper de savoir si le recours collectif serait meilleur ou pire. On peut aller jusqu'à affirmer d'une part, qu'un recours collectif lourd et coûteux devrait être autorisé si l'utilisation des articles 59 et 67 C.P.C. s'avérait peu (bien que *plus*) pratique, mais que d'autre part, un recours collectif plus efficace que les articles 59 et 67 devrait être refusé si l'un de ces derniers restait malgré tout

363. « Individually recoverable, individually non-recoverable and individually non-viable claims » : « Note : Developments », *supra*, note 40, p. 1356.

364. Voir entre autres, *supra*, note 106.

365. *Supra*, p. 73 ; F.R.C.P. 23(b)(3) ; N.Y.C.P.L.R. § 901(a)(5).

366. Voir *infra*, p. 78.

relativement facile d'emploi. Par ailleurs, rien ne permet de croire, contrairement à ce qu'affirme Micheline Audette-Filion³⁶⁷, à une importation implicite de ce critère.

Enfin, le caractère fort limité de l'utilisation des dommages punitifs dans notre droit nous porte à croire que nous ne risquons pas de connaître des problèmes de *fairness* et d'*overkill* comme en droit américain³⁶⁸.

— *La condition que le législateur québécois a retenue: l'examen de la praticabilité des moyens de procédure prévus par les articles 59 et 67*

La solution que propose le législateur québécois semble fort originale. Ainsi, même si certains juristes américains considèrent le critère de « numérosité » comme « the most fundamental requirement for a class suit »³⁶⁹, il semble bien qu'on ait décidé de ne pas y recourir comme tel.

D'abord, le point de départ de l'analyse que fera le tribunal est la composition du groupe, et non seulement le nombre de ses membres. Le juge qui se contenterait de faire l'équation nombre-praticabilité oublierait une série de facteurs dont le législateur semble avoir voulu qu'on tienne compte ; dispersion géographique, volonté d'action des absents, capacité physique des membres d'intervenir et possibilité de les identifier³⁷⁰.

Il devra ensuite se rappeler que l'on attend de lui qu'il se penche sur les possibilités d'agir en vertu des articles 59 et 67, et rien d'autre. Le législateur veut que l'on porte attention à ces seuls moyens de procédure. C'est donc dire que la possibilité, la certitude même que les membres agiraient s'il leur en était laissé le soin ne sera pas, en soi, une raison pour refuser d'autoriser le recours collectif. De même, il ne saurait être question chez nous d'appliquer le critère du *no need*, du remplacement du recours collectif par le recours individuel unique. Sinon, pourquoi le législateur se serait-il donné la peine de référer explicitement à deux dispositions bien précises ?³⁷¹

367. M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, pp. 22 et 26.

368. Nous n'avons trouvé que deux exemples législatifs de dommages exemplaires : *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12, art. 49 ; *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q. c. P-37.

369. « Note: Developments », *supra*, note 40, p. 1471.

370. Voir M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, p. 26 ; M.M. BELCHER, *supra*, note 96, p. 370 ; et *infra*, pp. 79-80.

371. Soit dit en passant, il nous semble que les craintes exprimées par les ACEF en commission parlementaire, (1978) 20 *Débats de l'Ass. nat.*, p. B-371, quant à l'existence d'une contradiction possible entre les par. a) et c), ne sont pas fondées. L'analyse que nous avons faite *supra*, p. 18, démontre selon nous que les critères prévus par les art. 59 et 67 sont « moindres et inclus » par rapport à celui du par. a) : il n'y a donc pas de « terrain » que ces articles couvrent que l'art. 1003, par. a) ne couvre pas par la même occasion, bien que la réciproque ne soit pas vraie.

Enfin, on parle de déterminer si l'utilisation des articles 59 et 67 est difficile ou peu pratique. Il ne s'agit donc pas d'« impossibilité » ou même « d'impraticabilité ». Dans le premier cas, cela tombe sous le sens. Dans le deuxième, non seulement ce n'est pas cette expression qui se retrouve dans le paragraphe c), mais on l'utilise à l'article 1034³⁷² : on ne peut donc prétendre que la première remplace la seconde sans faire violence aux règles d'interprétation. Ne pas recourir au critère américain permettra d'ailleurs d'éviter, au stade de la requête, les problèmes d'interprétation qu'il a posés aux États-Unis³⁷³. Par conséquent, le recours collectif n'a pas à être le seul moyen de procédure qui puisse disposer efficacement du litige (critère d'*impracticability of joinder*). Il pourra servir si l'usage des deux autres moyens de procédure est possible et efficace, mais pose trop de problèmes pratiques.

La jurisprudence québécoise est pour le moins contradictoire dans son application de cette condition. L'arrêt *Plouffe* mettait en présence un câblodistributeur et ses abonnés. Ces derniers se plaignaient entre autres d'avoir dû payer pour des services qu'ils n'avaient pas reçus suite à une panne. Le juge a considéré que le recours rencontrait la condition prévue par le paragraphe c), entre autres parce qu'on n'avait pu délimiter exactement jusque-là le secteur de cette panne, ce qui rendait impossible la jonction de parties (la procédure de l'article 59 n'étant évidemment pas disponible en droit dans un tel cas)³⁷⁴. Mais la décision qui nous semble se servir le plus justement du paragraphe est celle rendue par le juge Mathieu dans l'affaire *Lapointe c. Syndicat national des employés de l'hôpital Saint-Charles Borromée*. Cette affaire met en présence les 276 bénéficiaires de soins d'un centre hospitalier qui s'y trouvaient lors d'une grève illégale, en octobre 1978. La plupart sont des malades chroniques, 70% d'entre eux sont des personnes qui demandent des soins continuels. Quelques-uns seraient décédés ou difficiles à retracer. Le juge en première instance a décidé d'autoriser le recours parce que selon lui, son exercice :

n'est pas autorisé seulement aux groupes dont il est impossible de retracer tous les membres, mais également aux groupes dont la composition rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67.³⁷⁵

372. Le fait d'imposer un critère plus strict à l'art. 1034 se comprend fort bien. Dans le cas qui nous intéresse, il s'agit de permettre la formation d'une action d'une façon un peu différente, sans plus. L'art. 1034, lui, met à mal la possibilité pour le membre d'être indemnisé directement. Le premier nous semble porter moins atteinte à l'économie de notre droit judiciaire que le second. Voir aussi H. REID, *supra*, note 51, p. 150.

373. *Supra*, p. 71.

374. *Supra*, note 39, p. 11.

375. *Supra*, note 136, p. 7 (C.S.). Le jugement de la Cour d'appel est encore plus lapidaire et n'insiste que sur l'état physique et mental des patients, qui ne saurait en aucun cas être à lui seul un facteur déterminant. Voir aussi H. REID, *supra*, note 4, p. 1023.

Ce passage distingue donc clairement l'impossibilité et la condition prévue par le paragraphe c). Les opinions sur ce point semblent cependant partagées. L'affaire *Lescelleur*³⁷⁶ veut faire du recours collectif un moyen de procédure qui sert à joindre des actions qui ne seraient pas autrement poursuivies, et réfère en les approuvant aux écrits de Micheline Audette-Filion qui prêchent la prédominance comme critère.

Mais la décision la plus regrettable jusqu'ici est sans aucun doute celle de l'affaire *Demers c. Drolet*, dans laquelle on tentait de faire reconnaître comme groupe les propriétaires riverains de l'intimé, dans le but de faire enlever une clôture que ce dernier aurait érigée et octroyer aux membres un droit de passage. Ce passage du jugement est sans doute le plus inquiétant :

Le groupe visé ne peut intéresser que ceux qui ont un titre de propriété et qui prétendent à un droit de passage (...). Soixante-cinq titres de propriété ont été produits (...) le nombre des membres est connu et il est donc facile pour ces propriétaires de donner mandat.³⁷⁷

Il ne nous paraît pourtant pas clair que la connaissance du nombre des membres rend *ipso facto* possible et pratique l'utilisation de l'article 59. Certes, dans ce cas précis, tout porte à croire que l'exercice du recours devait être refusé, à moins qu'on ait pu justifier de circonstances spéciales³⁷⁸. Mais les termes dans lesquels le juge Lemieux s'exprime risquent de nuire au développement du *class action*, bien au-delà de l'affaire en question. Qu'on pense seulement à l'ensemble des détenteurs d'une carte de crédit, tous facilement identifiables, tous aisément rejoints, ce qui n'en fait pas des candidats idéaux à une jonction de parties... Si l'on se fonde sur les arrêts *Lescelleur* et *Demers*, le danger est grand qu'on interprète « difficile et peu pratique » comme voulant dire « très difficile et très peu pratique ». On ne serait alors plus très loin de l'« impraticabilité » américaine. Il faut espérer que la jurisprudence s'inscrive en faux contre une interprétation aussi restrictive³⁷⁹.

Bref, il faudra attendre pour connaître la portée du paragraphe c). Il nous semble que le législateur a mis au point une condition suffisamment claire, fort différente du droit américain et nouvelle en droit québécois, mais

376. *Supra*, note 4.

377. *Supra*, note 53, p. 3. Les soulignés sont de nous.

378. Ce serait le cas si l'on était en présence de propriétaires de chalets d'été dont les domiciles sont dispersés : voir H. REID, *supra*, note 4, p. 1024.

379. Voir, en plus des autres arrêts cités ici, *Arsenault c. Neigre et Perrault*, C.S. Montréal, 12 juin 1980, no 500-06-000006-805 (action en faveur des locataires d'un immeuble incendié) et *Côté c. Boutique 254 Inc.*, C.S. Beauce, 6 juin 1980, no 350-06-000001-806 (recours par les employés d'une boutique). Même l'arrêt *Lapointe*, *supra*, note 136, peut être considéré comme allant à l'encontre de l'arrêt *Demers*, puisque le nombre de patients est précisément déterminé.

dont le vocabulaire s'inspire de ce dernier pour lui donner une assise. On peut comprendre que l'on examine les précédents américains pour aider à déterminer ce qui rend la jonction de parties difficile. Il faudra alors faire attention à ne pas rechercher une adéquation parfaite à partir de comparaisons boiteuses ou trop globales. Les juges devront éviter de s'imposer des catégories à l'américaine, différentes des nôtres, et respecter celles que le législateur a déterminées.

2.1.2.4. La qualité de la représentation

Le même raisonnement ne s'applique pas à l'article 1003 *d*). Autant les autres paragraphes se démarquent du droit américain dans leur résultat, autant celui-ci s'en inspire. Autant on peut, dans les autres cas, faire des liens ou des analogies ou marquer des oppositions avec le droit judiciaire québécois, autant le vocabulaire du paragraphe *d*) n'y renvoie d'aucune façon. C'est pourquoi après un bref inventaire des suggestions et solutions déjà élaborées dans le domaine, nous analyserons le problème de la représentation sous trois angles : qualité, conflits, « typicalité ». Nous tenterons, en nous basant sur le régime américain mais en tenant compte des particularismes du nôtre, de faire nos emplettes de critères et de nous livrer à quelques suggestions³⁸⁰.

Les recours américains exigent généralement que le représentant soit en mesure d'agir *fairly and adequately*. Le projet de loi de 1979 de l'*Office for Improvements in the Administration of Justice*, qui est en fait une version améliorée du projet de loi sénatorial S. 3475-78, insiste beaucoup sur l'importance de cette condition³⁸¹. Au Canada cependant, elle n'entre en ligne de compte que lorsque le groupe est défendeur à une action. On doit alors être en mesure de démontrer la qualité du représentant qu'on a choisi comme opposant³⁸². Dans plusieurs juridictions, on examine aussi si la réclamation du représentant est typique de celle des autres membres³⁸³, alors qu'on a expressément suggéré d'omettre cette condition dans au moins un cas³⁸⁴.

La représentation adéquate est une question de fait, susceptible d'être prouvée. C'est l'un des arrêts *Eisen*³⁸⁵ qui a élaboré pour la première fois un véritable modèle d'analyse de cette condition, modèle que l'on respecte

380. Sur cette question, voir entre autres « Note : Developments », *supra*, note 40, pp. 1471 à 1498 ; C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §§1765 à 1770.

381. *Supra*, note 113, p. 36.

382. Voir N.J. WILLIAMS, *supra*, note 10, pp. 17-18.

383. *F.R.C.P.* 23(a)(3) ; *N.Y.C.P.L.R.* §901(a)(3) ; O.I.A.J., *supra*, note 113, p. 36.

384. Bill S. 3475-78 (U.S. Senate).

385. 391 F. (2d) 555, 562-3 (C.A. 2d, 1968).

encore aujourd'hui, dans son ensemble. Ses éléments sont, d'une part, la qualité de la représentation assurée par le représentant et l'avocat et l'absence de mécontentement chez les membres et, d'autre part, l'absence de collusion, d'antagonismes ou de conflits d'intérêts. Nous tenterons de nous conformer à ce modèle.

Avant d'analyser le paragraphe *d*), comme tel, il faut s'attarder à un problème de vocabulaire. Le *Robert* définit « adéquat » comme voulant dire « exactement proportionné à son but ». Ceci, à première vue, semble un peu fort. D'abord, comment apprécier la « proportionnalité » de la représentation ? À quel but fait-on référence ? Ensuite, s'il fallait malgré tout accepter ce sens, on sous-entendrait « que le représentant doit être une espèce de prototype de tous les membres »³⁸⁶, et on nous ramènerait donc à un critère d'appréciation si rigide qu'il nous rapprocherait bien plus des conditions prévues par l'article 59 que de celles énumérées à l'article 1003 *a*). Assurément, le législateur aurait couvert bien du chemin pour en arriver là !

Nous l'avons dit, ce critère de la représentation adéquate est le seul dans l'article 1003 qui soit véritablement une importation du droit américain. Chez nos voisins, cette condition du recours collectif semble être une nécessité constitutionnelle³⁸⁷. Son rôle est donc fondamental. Et pourtant, nous le verrons, on considère la représentation *adequate* bien avant qu'elle ne soit adéquate.

Adequate se traduit par « suffisant, raisonnable », ce qui se rapproche nettement du sens que l'on donne au Québec, dans une conversation courante, au mot « adéquat ». Nous croyons donc que le législateur, pour une raison qui nous échappe, s'est permis un anglicisme³⁸⁸ ; il faudra en tenir compte si l'on ne veut pas rendre insupportable le fardeau qu'impose le paragraphe *d*).

2.1.2.4.1. Qui assure la qualité de la représentation ?

— *Le représentant*

Le représentant américain doit convaincre le tribunal qu'il a (et qu'il garde tout au long du litige) la capacité intellectuelle et financière et l'intérêt

386. H. REID, *supra*, note 51, p. 151.

387. Voir *infra*, pp. 93-5.

388. Voir G. DAGENAI, *Dictionnaire des difficultés de la langue française au Canada*, Montréal, Pedagogia, 1967, p. 17. Peut-être voulait-on coller le plus possible au modèle américain ; peut-être trouvait-on que les termes « suffisant, raisonnable » donneraient une consonance de médiocrité au contexte. Il ne semble pas que le par. *d*) ait été l'objet de discussions en commission parlementaire, tant lors des audiences publiques que de l'étude article par article.

soutenu suffisants pour assurer la représentation des membres. Il doit comprendre, au moins dans son essence, la situation, connaître les faits, de façon à ne pas être plus à la remorque de son procureur que le demandeur consciencieux³⁸⁹. Il ne doit pas se trouver dans une situation, financière ou autre, telle qu'il recherchera un règlement à tout prix pour éviter des frais, ni servir de paravent à un organisme qui se sert de lui pour éviter d'avoir à les payer³⁹⁰. Cette analyse a fait l'objet de certaines critiques : si elle protège l'opposant du groupe contre des actions après lesquelles il ne pourra récupérer ses frais, elle met fin par contre à certains litiges dont le mérite ne faisait pas tellement de doute³⁹¹. Toutefois, des solutions semblent devoir se dessiner, si ce n'est déjà fait, particulièrement au moyen de certains aménagements au sujet des frais avec l'avocat du groupe, arrangements que notre déontologie ne nous permettrait pas de conclure. Est-il nécessaire de dire qu'au Québec, l'existence du Fonds d'aide devrait réduire l'importance de ce facteur³⁹².

L'intérêt du représentant doit être valable juridiquement, évidemment, mais aussi présenter, en pratique, certaines caractéristiques. Ainsi, on aura moins tendance à lui donner le bénéfice du doute quant à son intérêt à agir, compte tenu des conséquences qu'aura la *certification* si, au beau milieu du litige, on s'aperçoit qu'on n'a pas l'intérêt requis³⁹³. Par contre, lorsqu'un représentant voit son intérêt personnel disparaître (doctrine du *mootness*), on semble faire preuve d'une plus grande tolérance que dans le cas d'une action individuelle et ce, avant comme après la *certification*. Ces accommodements, nous l'avons dit³⁹⁴, servent à éviter une dispersion inutile d'efforts, et même un sabotage des recours. Cette règle se retrouve à l'article 1015, qui ne s'applique qu'une fois le recours collectif formé. Les tribunaux devraient être peu tentés d'appliquer cet article avant l'autorisation du recours et les éventuels défendeurs pourront peut-être jouer à la chaise musicale avec les candidats-représentants jusqu'au moment de cette autorisation.

389. *Greenspan v. Braasler*, 78 F.R.D. 150 (D.C.N.Y., 1978), où l'on a jugé que la représentation ne serait pas adéquate parce que le candidat avait une connaissance trop limitée des faits à l'origine de l'affaire.

390. Ce motif a été examiné entre autres dans *Stern v. Carter*, 412 N.Y.S. (2d) 333 (S.C., 1979), et *National Auto Broker Co. v. G.M.*, 376 F. Supp. 620 (S.D.N.Y., 1974). Voir J.L. MAUTE, « Class Certification: Relevance of Plaintiff's Finances and Fee Arrangements with Counsel », 40 *U. Pittsburgh L. Rev.* 70 (1978).

391. Voir J.A. KAYNE et D.F. SINEX, « The financial aspect of adequate representation under Rule 23(a)(4): a prerequisite to class certification? », 31 *U. of Miami L. Rev.* 651 (1977).

392. Ce qui ne veut pas dire que l'on puisse éliminer du recours tout élément de risque financier pour le représentant. Il semble en effet que le Fonds ne puisse garantir à l'avance leur paiement. Voir *Dorion-Rossignol c. Fonds d'aide aux recours collectifs*, C.P. Montréal, 15 août 1980, no 500-06-000009-809, JE 80-659.

393. *Plum Tree Inc. v. Rouse Company Inc.*, 58 F.R.D. 373, 376 (E.D. Pa., 1972).

394. Voir *supra*, pp. 20-1.

Par ailleurs, une certaine « quantité » d'intérêt n'est ni nécessaire, ni suffisante, aux États-Unis³⁹⁵. Au niveau numérique, un seul représentant suffit³⁹⁶. Au niveau pécuniaire, on n'examinera pas véritablement l'importance de son droit personnel, à moins qu'il soit si important qu'il ne l'aide à être confirmé dans son statut. La condition contraire eût été un moyen sûr de réduire à néant l'utilité du *class action*. Ce qu'on recherche avant tout c'est un représentant diligent, qui soit en mesure de faire avancer le litige dans les meilleures conditions possibles. Nous croyons que l'approche américaine, à ce niveau, devrait être retenue.

En principe, le tribunal ne se livre pas à une « enquête de satisfaction » auprès des membres. L'arrêt *Eisen*³⁹⁷ reconnaît expressément, cependant, la possibilité pour le tribunal de se pencher sur cette question s'il se révèle un nombre significatif de membres insatisfaits. Il sera intéressant de voir l'usage, s'il en est, que la Cour supérieure du Québec fera de ce facteur.

En résumé, il semble que l'approche américaine à l'égard de la qualité de représentation offerte par le représentant lui-même puisse, à peu de chose près, être « importée » sans grand danger de dépersonnaliser le recours québécois.

— L'avocat

On n'hésite aucunement aux États-Unis à mettre l'avocat du groupe sur la sellette, contrôlant sa compétence et ses frais, lui imposant même une obligation professionnelle de soulever devant le tribunal les problèmes entre le représentant et les membres, ou parmi les membres eux-mêmes, qu'il a pu déceler en cours de route³⁹⁸. C'est le contrôle, au niveau de la *certification*, de la qualité de la représentation fournie par l'avocat qui nous intéresse. Il ne se trouve exprimé dans aucun texte, mais est très largement reconnu par la jurisprudence³⁹⁹; trois projets de recours suggèrent d'ailleurs de l'inclure expressément⁴⁰⁰. Il permet essentiellement d'examiner les antécédents professionnels et la motivation du procureur. On présume que les membres du Barreau sont compétents⁴⁰¹ mais nous l'avons vu, on n'hésite pas à creuser

395. Voir C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1766.

396. Voir *supra*, pp. 38-9.

397. *Supra*, note 385.

398. *Pettway v. American Cast Iron Pipe Co.*, 576 F. (2d) 1157 (C.A. 5th, 1978).

399. Voir *Taub v. Glickman*, 14 F.R. Serv. (2d) 847 (1970) et *Shields v. Valley National Bank of Arizona*, 56 F.R.D. 448 (D.C. Ariz. 1971), où l'on a mis en doute la compétence de l'avocat.

400. *Uniform Class Action Act*, §3(b)(1); Bill S. 3475-78, §3013(b)(3) (U.S. Senate); N.J. WILLIAMS, *supra*, note 10, pp. 74 et ss.

401. *Dolglow v. Anderson*, *supra*, note 165 (D.C.N.Y.).

davantage. Entre autres, les tribunaux apprécient assez peu le fait que le représentant ait été « découvert » par l'avocat.

Les tribunaux québécois hésiteront probablement à se pencher sur la question. Aux États-Unis, comme ici, un avocat est censé avoir la compétence nécessaire pour représenter tout client. Par ailleurs, nos juges sont moins interventionnistes dans ces questions que ne le sont leurs confrères américains. Sans être aussi catégorique que certains⁴⁰², on peut dire qu'il est un peu tôt pour affirmer que :

Contrairement à ce qui existe dans certaines juridictions, tout avocat peut représenter le groupe sans qu'aucun critère additionnel ne soit pris en considération quant à ses capacités.⁴⁰³

En effet, si l'on peut douter que les tribunaux se penchent sur la qualité de la représentation assurée par l'avocat pour elle-même, rien n'est moins certain que le paragraphe *d*) exclut nécessairement l'examen des qualifications du procureur du requérant comme facteur d'appréciation de la qualité de la représentation que *ce dernier* doit être en mesure d'assurer.

Toujours est-il que dans l'arrêt *Plouffe*, on a allégué que l'avocat du requérant l'avait « suscité ». Dans un passage, intéressant même s'il n'est pas limpide, du jugement, on peut lire que :

La prétendue sollicitation de la part d'un avocat doit être écartée comme critère servant à établir le caractère de représentativité d'un représentant s'il est par ailleurs en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.⁴⁰⁴

Comme on peut le voir, la question est loin d'être réglée. Si on cherche avant tout à éviter les recours frivoles ou vexatoires, il est à espérer que les tribunaux se rendront compte à quel point cette approche peut leur être utile.

2.1.2.4.2. Collusion, conflits d'intérêts et antagonismes

Le droit américain reconnaît généralement que le tribunal a l'obligation de s'assurer que le représentant ne risque pas de voir ses intérêts entrer en conflit avec ceux du groupe pour le compte duquel il entend agir. Pour ce faire, il examine la situation à trois niveaux⁴⁰⁵.

Il s'assure d'abord qu'il n'y a pas collusion entre le représentant et l'adversaire du groupe. Point n'est besoin de dire que le juge s'empresserait

402. M.J. LONGTIN, *supra*, note 129, pp. 69-70.

403. M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, p. 34. Il est curieux de constater que, souvent, ceux qui proposent le plus de contrôles sur les recours se hérissent quand il s'agit d'examiner les capacités professionnelles du procureur.

404. *Supra*, note 39, p. 3.

405. Voir K.W. DAM, *supra*, note 362; C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1768; J.L. MAUTE, *supra*, note 390, pp. 88 et ss.

de refuser la *certification* si tel était le cas. C'est ainsi qu'on devra empêcher la poursuite d'un recours collectif qui a été suscité par l'adversaire du groupe (de façon à vider la question tout en faisant face à un représentant relativement docile) ou si, par la suite, le représentant reçoit certaines considérations dans le but de le rendre moins vigoureux dans la défense des intérêts du groupe⁴⁰⁶. Le problème de la collusion retient l'attention des tribunaux américains surtout lorsque le groupe est défendeur à une action : dans ce cas, en effet, c'est au demandeur qu'il revient de désigner un candidat-représentant⁴⁰⁷. On peut donc penser que le problème se posera avec beaucoup moins d'acuité chez nous, puisqu'un groupe ne peut agir qu'en demande.

La collusion ne représente qu'un aspect d'un principe plus général, qui veut que le représentant ne soit pas en position de conflit d'intérêts. Il s'agit alors de déterminer si celui-ci peut, sans déchirements excessifs, assumer son rôle d'agent du groupe. Il ne doit pas se servir du recours comme d'un moyen de vengeance, ou comme étape d'une stratégie plus globale, bref, agir avec un *ulterior motive* : déjà, un tribunal québécois a tenu compte de ce facteur⁴⁰⁸. La victoire du groupe ne doit pas pouvoir entraîner pour lui une perte financière. Il ne peut, non plus, être lié à un autre groupe qui serait désavantagé par une décision favorable aux intérêts qu'il veut représenter. Ainsi, le représentant d'un groupe de jeunes conducteurs masculins, agissant dans le but d'uniformiser les primes d'assurance-automobile pour jeunes conducteurs sans égard à leur sexe, ne pourrait détenir une police d'assurance conjointe avec une jeune conductrice, puisque leur prime totale risquerait de s'en trouver augmentée. De la même façon, un actionnaire-directeur pourrait difficilement agir à titre de représentant de tous les détenteurs d'actions, si la victoire du groupe devait signifier pour lui une responsabilité en tant que directeur⁴⁰⁹.

C'est en se basant sur ce principe de l'absence de conflits d'intérêts que les tribunaux américains refusent de permettre qu'un représentant-avocat s'engage comme son propre procureur : ils considèrent la pratique *improper*, et y voient trop de risques pour la permettre⁴¹⁰. L'article 1049 rend ce genre

406. Sur le problème de la collusion, voir généralement *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, *supra*, note 40, et *Mack v. General Electric*, 329 F. Supp. 72 (D.C. Pa., 1971).

407. Sur ce dernier point, voir C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1770. Au Canada, voir *supra*, p. 81.

408. *Werner c. SAAB*, *supra*, note 46, pp. 14-15. Aux États-Unis, voir *First American Corp. v. Foster*, 51 F.R.D. 248 (D.C. Ga., 1970); *contra*, *Polak v. Noel Industries Inc.*, 64 F.R.D. 333 (D.C.N.Y., 1974).

409. *Traylor v. Marine Corp.*, 328 F. Supp. 382 (D.C. Wis., 1971).

410. T.J. URBEIS, « Attorney as Plaintiff and Quasi-plaintiff in Class and Derivative Actions: ethical and procedural considerations », 18 *Boston College Ind. and Com. L. Rev.* 467 (1977); *Shields v. Valley National Bank of Arizona*, *supra*, note 399.

de situation peu probable au Québec, en imposant que le représentant ou celui qui demande d'agir à ce titre soit représenté par un procureur. Ceci n'empêcherait pas que le procureur du représentant soit un associé ou un parent. Les tribunaux américains font preuve d'un peu (mais pas beaucoup) plus de tolérance dans ces cas⁴¹¹. On peut penser que les nôtres auraient plus de difficulté à accepter de pareilles situations.

En matière de conflits d'intérêts personnels, il arrive parfois que le candidat-représentant, malgré sa situation, reste le meilleur agent possible du groupe, soit à cause de ses connaissances du domaine concerné, soit parce que d'autres facteurs viennent atténuer l'importance pratique du conflit. Dans ces cas, les tribunaux américains tendent à « oublier » le conflit d'intérêts; on peut se demander si les juges québécois sauront être aussi flexibles à cet égard.

Le conflit d'intérêts du représentant n'est pas le dernier motif du genre qui puisse mettre en péril la qualité de la représentation qu'il doit assurer. Il peut exister, au sein même du groupe pour le compte duquel on se propose d'agir, des antagonismes. Le conflit n'existe plus entre le représentant et le groupe, mais au sein même de ce dernier. Ce serait le cas s'il existe une divergence fondamentale d'opinion au sein du groupe: une personne veut faire respecter une clause discriminatoire d'un contrat, au bénéfice d'un groupe dont certains membres s'opposent à l'existence même de la clause⁴¹²; affrontement de deux sections importantes du groupe, l'une comme demandeur, l'autre comme requérant-opposant⁴¹³. Il en irait de même si les intérêts mêmes des membres font en sorte que certains perdraient à voir le groupe l'emporter: obligataires ne pouvant agir pour des obligataires d'émissions antérieures ou postérieures à la leur, à cause des questions de rang de collocation⁴¹⁴; opposants d'une expropriation ne pouvant agir pour ceux qui ont déjà conclu une entente qui les satisfait⁴¹⁵; syndicat d'agents de bord ne pouvant agir au nom de celles de ses ex-membres congédiées parce qu'elles sont devenues enceintes (leur réintégration amenant nécessairement la mise à pied d'autres membres)⁴¹⁶. Il existe même des cas où la concurrence habituelle entre les membres du groupe est telle qu'il ne saurait être question, pour aucune considération, de les regrouper lorsqu'il s'agit d'un problème

411. *Kruger v. European Health Spa*, 56 F.R.D. 104 (E.D. Wis., 1972); *contra*, *Kramer v. Scientific Control Corp.*, 67 F.R.D. 98 (D.C. Pa., 1975), 534 F. (2d) 1085 (C.A. 3d, 1976), *cert. denied* 97 S. Ct. 90 (1976). Voir N. HENSLEY, « Law Partner of Class Plaintiff Barred from Serving as Class Counsel », 31 *Southwestern L.J.* 601 (1977).

412. *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940).

413. *Pennsylvania Co. for Insurances v. Deckert*, *supra*, note 121.

414. *Clark v. Chase National Bank*, 45 F. Supp. 820 (D.C.N.Y., 1942).

415. *Swain v. Brinegar*, 517 F. (2d) 766 (C.A. 7th, 1975).

416. *Air Line Steward and Stewardesses Ass'n v. American Airlines Inc.*, 490 F. 2d 636 (C.A. 7th, 1973), *cert. den.* 416 U.S. 993 (1973).

concernant ce domaine de concurrence : on parle alors de *radical individualism*⁴¹⁷.

Devant un tel cas, le tribunal approchera la *certification* avec scepticisme, non pas à cause du représentant lui-même, mais à cause des tensions qui règnent dans le groupe : le plus souvent, ce n'est pas un changement de représentant, mais une redéfinition du groupe qui s'impose. Ceci paraît d'autant plus vrai au Québec que l'article 1017 semble empêcher le membre dont les intérêts seraient opposés à ceux du représentant d'intervenir au recours. Il est par contre des tensions qui sont normales dans tout groupe, et qui ne remettront pas en cause la viabilité du recours. On ne tiendra pas rigueur de ce que certains membres se satisfont de la situation qu'on entend changer⁴¹⁸ ; le simple fait que certains membres désapprouvent le recours collectif, sans justifier devant le tribunal de motifs valables pour le faire, ne devrait pas non plus suffire à l'écartier⁴¹⁹. De même, l'existence de conflits à l'intérieur du groupe sera sans conséquences si le but du recours les transcende : préservation d'un fonds dont on disputera le partage par la suite, ou augmentation de la valeur de celui-ci⁴²⁰.

En général, donc, l'attitude des tribunaux américains est de rejeter le recours quand il y a risque d'antagonismes réels. Cette attitude ne reçoit pas une approbation unanime : certains contestent même que l'existence d'intérêts divergents doive être un obstacle à la *certification*, dans la mesure où le juge en est tenu informé, que les sous-groupes sont représentés et que l'intégrité du représentant lui-même n'est pas mise en doute. On doit, selon eux, faire preuve d'une *ability to accommodate dissent*⁴²¹, d'autant plus que le tribunal dispose des moyens nécessaires pour subdiviser le groupe en sections dont les intérêts sont suffisamment homogènes pour permettre à tous d'être représentés équitablement.

Il devrait être assez facile, dans le cadre d'un recours collectif d'importance, de trouver des conflits à l'intérieur du groupe. Au Québec, le tribunal a le moyen de protéger les intérêts des sous-groupes sans pour autant faire éclater l'équipe principale. Les mécanismes de division ou de redéfinition du groupe existent chez nous comme ailleurs⁴²². Il faut espérer que les tribunaux sauront s'en servir.

417. « Note: Developments », *supra*, note 40, pp. 1495 et ss.

418. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, *supra*, note 40.

419. *Snyder v. Board of Trustees of the University of Illinois*, 268 F. Supp. 927 (D.C. Ill., 1968).

420. *Matthies v. Seymour Mfg.*, 23 F.R.D. 64 (D.C. Conn., 1958) et *supra*, note 335 ; *City of New York v. Ruckelshaus*, 358 F. Supp. 669 (D.C.D.C., 1973).

421. « Note: Developments », *supra*, note 40, p. 1492.

422. Art. 1022 ; et voir *id.*, p. 1485 ; C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1790.

2.1.2.4.3. L'omission de la *typicality* au Québec

Les mécanismes de *class action* américains exigent en général que le recours du représentant soit *typical* de celui des autres membres⁴²³. On a interprété ce mot comme signifiant « coextensive », basé sur une « same theory, as opposed to markedly different », comme exigeant que le représentant partage un « common objective » avec les membres⁴²⁴, sans toutefois aller jusqu'à rechercher l'identité des recours⁴²⁵. L'un des membres du comité qui élaborait la *Federal Rule of Civil Procedure no. 23* suggérait d'examiner si le représentant est « squarely aligned in interest with the represented group »⁴²⁶. C'est ainsi qu'on considérera le droit du représentant comme n'étant pas *typical* si son recours, mais non celui des autres, est prescrit, si se révèlent différents sous-groupes se découvrant des intérêts divergents ou qu'il y a d'autres différences de situation ou même de lieu⁴²⁷.

Ceux qui avancent ces critères⁴²⁸ considèrent donc, on peut le voir, la *typicality* comme une simple facette de la représentation adéquate. Ceci peut paraître curieux, compte tenu que la *typicality* est bien inscrite dans un paragraphe indépendant, et qu'il existe une disposition qui précise les facteurs dont on doit tenir compte dans l'évaluation de la représentation adéquate. D'autres semblent vouloir abandonner cette approche et donner à cette disposition une signification indépendante : on laisserait de côté les conditions qui s'assimilent à la représentation adéquate, pour s'assurer plutôt que le requérant est en mesure de soumettre au tribunal tous les points de vue qui se retrouvent dans le groupe, que « no significant aspect will go unrepresented » ; on forcerait peut-être le représentant à prouver qu'il y a d'autres personnes dans la même situation que lui⁴²⁹.

Le Québec a peut-être importé la *typicality* de deux façons. D'une part, le représentant qui serait placé en conflit d'intérêts ne serait certainement pas « adéquat ». D'autre part, le problème qu'il présente au tribunal devra être suffisamment typique pour qu'il ne soit pas le membre unique du groupe

423. *F.R.C.P.* 23(a)(3); *N.Y.C.P.L.R.* §901(a)(3).

424. C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1764; *Minnesota v. U.S. Steel*, 44 F.R.D. 559 (D.C. Miss., 1968).

425. *In Re Financial Securities Litigation*, 69 F.R.D. 24 (D.C. Cal., 1975).

426. B. KAPLAN, *supra*, note 15, p. 367.

427. R.G. CUTLER et J.P. FEENEY, *supra*, note 338.

428. Dont C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1764.

429. *Sommy v. Abraham Lincoln Federal S. et L. Association*, 60 F.R.D. 581, (E.D. Pa., 1975); *Taylor v. Safeway Stores*, 524 F. (2d) 263 (C.A. 10th, 1975); voir « Comment : Federal Civil Procedure — Class Action — Rule 23(a) Typicality Requirement has Independent Meaning », 25 *Kansas L. Rev.* 26 (1976); « Comment : Procedure — Federal Rule of Civil Procedure 23(a) Typicality Requirement for Class Actions Reviewed », 80 *Dickinson L. Rev.* 835 (1976); « Note », *supra*, note 42.

qu'il entend représenter. Mais nous hésitons à aller plus loin. Encore une fois, il nous semble que l'article 1003 est à la fois clair et complet ; or, il ne fait mention du concept en aucune façon. D'ailleurs, l'incertitude de la doctrine américaine sur le sujet est une raison suffisante pour que le législateur ait passé outre à cette condition.

Déjà, pourtant, l'arrêt *Lescelleur* a retenu comme facteur défavorable au représentant le fait que ses dommages étaient probablement beaucoup plus importants que ceux des autres membres⁴³⁰. Mais il y a plus sérieux. Encore une fois, la jurisprudence semble vouloir s'engager dans un exercice de substitution, en confondant « représentation adéquate » et « représentativité ». Le second, mais non le premier, évoque le prototype : le représentant nommé en vertu de l'article 59 peut fort bien ne pas être représentatif de ses mandants⁴³¹, tout comme l'avocat l'est rarement de son client ; pourtant, il ne viendrait pas à l'esprit de mettre en question la qualité de la représentation qu'ils offrent. Malgré cela, Micheline Audette-Filion propose la prépondérance des questions communes et la représentativité comme critères d'évaluation de la représentation adéquate, et M. le juge Lamer déclare qu'un « marginal » a peu de chances de rencontrer cette condition⁴³². Mais celui qui se porte candidat au titre de représentant n'est-il pas nécessairement un « marginal » ?

L'arrêt *Canadian Consumer* va encore plus loin : il reproche au candidat-représentant d'avoir opté pour certains seulement des recours ouverts au groupe, sans préciser davantage. Le représentant peut-il choisir ceux des recours qu'il croit le plus favorables ? Doit-il, compte tenu du refus de la Cour d'appel de modifier ou de permettre de modifier les conclusions de façon à les rendre suffisamment « représentatives » à ses yeux, tenter sa chance et espérer tomber sur celles que le tribunal retiendrait ? Doit-il tous les cumuler, y compris ceux qui sont « inclus » dans d'autres⁴³³, au risque de se faire reprocher qu'il représente des intérêts qui varient d'une façon trop importante, ou même qu'il cumule trop de recours⁴³⁴ ? Doit-il circonscrire le groupe de façon qu'il soit limité à ceux qui désirent le même remède que lui (critère fort subjectif qui rend indéterminable la nature même du groupe), au

430. *Supra*, note 4 ; pourtant, ceci est plutôt un facteur favorable aux États-Unis : voir *supra*, p. 84.

431. Voir H. REID, *supra*, note 4, pp. 1024-1025.

432. M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, p. 27 ; *Canadian Consumer Co. c. Nault*, *supra*, note 46, p. 5 (J. Lamer). On trouvera d'autres exemples de l'infiltration du concept de représentativité dans *Gagnon c. Ville de Belœil*, *supra*, note 318, p. 5 ; *Plouffe c. Têlécâble de Québec*, *supra*, note 39 ; *Werner c. SAAB*, *supra*, note 46, pp. 11 et ss.

433. Un recours pour remboursement est certainement « inclus » dans un recours pour remboursement et dommages.

434. Voir entre autres *Lescelleur c. Maison Prefab*, *supra*, note 4 ; *Gagnon c. Ville de Belœil*, *supra*, note 318.

risque de se faire reprocher qu'il ne représente pas tous ceux qui y auraient droit⁴³⁵? Ou doit-il, comme le laisse entendre le juge Owen, opter pour ces recours que les membres choisiraient eux-mêmes, avec tous les problèmes de détermination que cela peut poser?

Cet arrêt contient plusieurs autres ambiguïtés qu'il serait trop long d'énumérer. Il semble représentatif (au sens propre) d'une tendance jurisprudentielle qui veut se servir de la « représentation adéquate » pour imposer la nécessité d'intérêts communs et prédominants en matière de recours collectif. Plutôt que de chercher un représentant diligent, on recherche un prototype, un membre moyen. Comment comprendre autre chose quand un tribunal affirme que l'intérêt et l'aptitude à représenter un groupe sont diminués chez celui dont la situation particulière est « trop bien définie »?⁴³⁶ Si ce courant se maintient, le paragraphe *a*) risque d'être bientôt réduit à un niveau d'insignifiance que n'a pu vouloir le législateur.

Il semble donc que les mécanismes de l'article 1003 *d*) n'aient pas encore été complètement assimilés. Il paraît désirable que ce paragraphe, mais non les autres, subisse sous certains aspects, une forte influence américaine. Ceci devrait rendre la tâche à la fois plus facile et plus difficile pour les juges : plus facile, parce qu'ils auront un large réservoir où ils pourront puiser pour se justifier ; plus difficile, parce qu'ils devraient préserver leur côté civiliste et choisir à même ce réservoir, ceux de ces facteurs qui conviennent chez nous, en tenant compte des particularités tant de notre régime de droit judiciaire en général, que de notre recours collectif en particulier. Il faut espérer à tout le moins que le choix de critères se fera au grand jour, que les juges ne seront pas influencés inconsciemment par des critères non articulés : ceci rendrait fort difficile la tâche des candidats-représentants.

2.2. Certaines démarches qu'il faut écarter

2.2.1. La création de conditions implicites

L'article 1003 énonce clairement quatre conditions d'autorisation de l'exercice du recours collectif. Le droit américain en connaît plusieurs autres. Certains sont tentés d'en importer, à un titre ou à un autre, dans notre droit. Cette introduction de conditions implicites est-elle possible ou souhaitable?

Tout dépend de ce que l'on veut faire. Si on entend par « conditions implicites » celles qui découlent nécessairement de la lecture de l'article 1003

435. *Bonhomme c. Murray Hill*, *supra*, note 35. On serait alors tenté de dire que le par. *c*) est tautologique : le critère devient tellement subjectif, et le groupe tellement indéfinissable, que l'utilisation des art. 59 et 67 est rendue impossible dans tous les cas.

436. *St-Onge c. Ville de Montréal*, *supra*, note 270, p. 9.

sans s'y trouver expressément, il est difficile de dire non. On peut s'attendre à ce que les tribunaux s'interrogent sur l'existence même d'un groupe ainsi que sur l'appartenance du requérant à celui-ci. La nécessité de rencontrer ces conditions découle de l'utilisation, dans le texte même de l'article, d'expressions qui les supposent : parler d'un groupe demande qu'il existe ; parler d'un représentant comme étant l'un de ses membres amène à s'interroger sur la réalité de ce *membership*⁴³⁷.

Par contre, s'il s'agit de créer ou d'importer d'autres conditions d'exercice du recours collectif, il faut se poser de sérieuses questions. Dans la mesure où l'on ajoute des conditions supplémentaires, ceci nous semble inacceptable.

(...) il serait regrettable que l'on importe dans notre droit des notions — surtout américaines — qui ont été rejetées par le législateur québécois à cause de nombreux conflits qu'elles soulevaient, devant les tribunaux.⁴³⁸

Ceci est d'autant plus vrai si, comme nous le pensons et contrairement à ce qui existe aux États-Unis, le juge n'a pas discrétion pour autoriser ou non le recours une fois qu'il considère les conditions de l'article 1003 remplies⁴³⁹. Tout l'échafaudage de conditions implicites en droit américain repose essentiellement sur cette possibilité qu'a le juge d'utiliser sa discrétion pour aller au-delà du texte de la loi. Nous croyons qu'il y a là une différence fondamentale dans l'esprit des recours, différence à laquelle les tribunaux se doivent de donner suite : le législateur a choisi d'être exhaustif.

D'ailleurs, on peut difficilement prétendre que ce dernier ait pu oublier de se pencher sur les précédents américains : ce qu'il a omis d'inclure dans la Loi, il l'a donc fait en toute connaissance de cause. Il est difficile de dire pourquoi il a agi ainsi : les débats en commission parlementaire apportent parfois un éclairage intéressant, mais les tribunaux ne pourront en bénéficier⁴⁴⁰. Les omissions n'en sont pas moins évidentes pour cela. Aucun des critères américains ne doit devenir une condition nécessaire à l'autorisation d'exercer le recours collectif québécois.

2.2.2. L'utilisation de critères d'évaluation non pertinents

On pourrait cependant se servir de critères américains comme facteurs d'évaluation d'une condition prévue par l'article 1003, expressément ou par

437. Pour une analyse de ces conditions, voir *supra*, pp. 12 et 37. Aux États-Unis, voir C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §§ 1760-1.

438. H. REID, *supra*, note 51, p. 146. Voir aussi *supra*, p. 61.

439. Voir *supra*, pp. 42-3.

440. Les débats n'étant pas admissibles comme preuve de l'intention du législateur : voir E.A. DRIEDGER, *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974, pp. 130-131.

implication nécessaire. Les juges auront souvent besoin de toute l'aide qu'ils pourront trouver pour en arriver à une décision qui soit la plus juste possible. Si l'examen d'un facteur permet de le faire tout en s'en tenant véritablement aux conditions qu'énonce la Loi, si on utilise, dans l'examen d'une condition calquée sur le recours américain, des facteurs élaborés par rapport à celui-ci, cela est une démarche acceptable.

Mais il faudra examiner ces facteurs avec beaucoup de circonspection avant de les transplanter chez nous, et se garder d'établir trop facilement des liens qui puissent dénaturer l'article 1003. Ainsi, il serait difficile d'accepter qu'un critère comme la supériorité, dont l'appréciation est basée essentiellement sur l'établissement d'une comparaison entre le recours collectif et d'autres moyens de procédure, se greffe au paragraphe c), qui impose l'utilisation d'une condition basée sur l'examen de ces seuls autres recours⁴⁴¹. La même différence de nature devrait entraîner le rejet des critères de *manageability* et de *typicality*⁴⁴². Par contre, la condition de « numérosité » américaine, sans être importée comme *critère*, pourrait se transformer, de façon que le nombre devienne l'un des *facteurs* à examiner à l'égard de la composition du groupe⁴⁴³.

Nous pensons donc que les juges n'ont pas besoin d'autres conditions d'autorisation du recours collectif, mais plutôt de facteurs pertinents, qui permettent d'évaluer le plus justement possible si on rencontre ces conditions et qui tiennent compte du contexte juridique québécois. Le danger existe qu'on utilise certains critères américains, fort attrayants mais étrangers à la réalité québécoise. Plusieurs problèmes que connaît le recours américain ne se posent pas chez nous, soit à cause de la différence dans les modèles juridiques, soit parce qu'on prévoit chez nous des solutions législatives à ces difficultés. D'autres examens sont à proscrire simplement parce qu'ils vont à l'encontre de l'esprit de notre Loi. Nous avons déjà mentionné plusieurs de ces questions; nous ne nous livrerons, à cet égard, qu'aux seuls recoupements qui nous paraissent nécessaires à une meilleure compréhension. D'autres points retiendront davantage notre attention.

2.2.2.1. Les critères découlant de la constitution américaine

2.2.2.1.1. Le *due process*

L'enchâssement constitutionnel du *due process of Law* en droit américain a eu de sérieuses conséquences sur l'évolution du recours collectif dans ce

441. Voir *supra*, p. 78.

442. Voir *supra*, pp. 72-3 et 89.

443. Voir *supra*, p. 78. Pour les autres critères dont H. REID, *supra*, note 51, p. 146, parle, voir nos commentaires aux pp. 60-1 et 89-91. *Contra* ce que nous venons de dire, voir M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, en général.

pays. L'absence de *due process*, peu importe la cause, ouvre la voie à des « attaques collatérales », après le fait, de la chose jugée normalement associée au recours, permettant ainsi à un membre de faire déclarer que ses conclusions ne le lient pas⁴⁴⁴. Ainsi, toute la discussion sur la forme, le moment et la nécessité de l'avis s'est concentrée sur la question de savoir si ce facteur constitutionnel le rend nécessaire pour s'assurer de l'effet de chose jugée de la décision. On ne sait toujours pas si c'est l'avis ou la qualité de la représentation qui garantit le *due process* en matière de recours collectif. La décision de première instance dans l'affaire *Eisen*⁴⁴⁵ donnait lieu d'espérer que la règle soit interprétée de façon plus flexible, mais la Cour suprême a évité de se prononcer sur la question constitutionnelle, pour trancher plutôt en interprétant le texte même de la règle fédérale⁴⁴⁶. Quoi qu'il en soit, le débat reste ouvert⁴⁴⁷.

Dans ces cas où l'on a associé l'avis et le *due process*, l'incapacité d'en supporter les frais a fait refuser la *certification* de certains recours collectifs⁴⁴⁸. Cela ne devrait pas se produire aussi souvent chez nous. Notre Loi offre toute la souplesse voulue aux juges pour qu'ils utilisent les moyens les plus divers pour alerter les membres, et il faut espérer que l'on ne verra pas des recours se perdre pour la seule raison que les tribunaux ont été trop exigeants sur la forme. La présence du Fonds d'aide devrait aussi être utile de ce point de vue. De plus, nous pouvons nous permettre d'écarter le *due process* lorsqu'il cause plus d'injustices qu'il n'en prévient.

2.2.2.1.2. Le *full faith and credit clause*⁴⁴⁹

Une disposition de la constitution américaine oblige les tribunaux des États à donner effet (« give full faith and credit ») aux jugements qui proviennent des autres États⁴⁴⁹. Les conditions qui doivent être rencontrées pour que cette disposition soit applicable sont déterminées par le Congrès

444. *Wilson v. Kelley*, 393 U.S. 266 (1968).

445. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 54 F.R.D. 565 (S.D.N.Y., 1972), se basant sur *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 313-4 (1950).

446. Voir *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, *supra*, note 21.

447. A. HOMBURGER, *supra*, note 228, pp. 426 à 428, croit que l'avis n'est pas constitutionnellement nécessaire et qu'une représentation adéquate est le véritable critère à partir duquel il faut juger du respect du *due process*; la jurisprudence sur la règle de l'État de New York, qui prévoit une formule d'avis plus flexible, semble le confirmer. Voir aussi « Note: Developments », *supra*, note 40, pp. 1472 et ss.; « Note: Managing the Large Class Action: *Eisen v. Carlisle and Jacquelin* », 87 *Harv. L. Rev.* 426 (1973). C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1786, et surtout §1793, semble être de l'opinion contraire, mais l'analyse de l'arrêt *Eisen* en Cour suprême (pochette, §1786) ne fait plus mention de cette question. Voir aussi N.J. WILLIAMS, *supra*, note 10, pp. 22 à 25.

448. *Supra*, p. 82-3.

449. Constitution des États-Unis, art. IV, §1; voir *U.S. Code* §1738 (1976).

fédéral et, dans une certaine mesure, par les tribunaux eux-mêmes. L'application de notions comme le *minimum contacts* et la *quasi in rem jurisdiction* a posé plus d'un mal de tête à ceux qui exercent le *class action* devant les tribunaux des États⁴⁵⁰. Le *Uniform Class Action Act* essaie d'ailleurs d'offrir une solution à ce problème, en prévoyant une clause de réciprocité⁴⁵¹.

Les jugements américains en la matière nous seront de peu d'utilité puisqu'au Québec, les problèmes de ce genre relèvent uniquement du droit international privé. Ils devraient d'ailleurs se régler en tant que tels, sans que le fait d'avoir affaire à un recours collectif y change quoi que ce soit (si ce n'est certains cas où il faudra peut-être préciser la description du groupe). Ils ne devraient en aucune façon influencer la décision sur l'autorisation.

2.2.2.2. Les critères découlant de la nature de la procédure en matière de recours collectif

À part les distinctions inhérentes à chacun de ces régimes généraux de droit judiciaire, plusieurs différences existent au niveau de leur déroulement qui rendent certaines « garanties » utiles dans le recours américain, mais superflues dans le cadre québécois. Ainsi, l'examen de la prédominance des questions communes et de la praticabilité du recours collectif n'a pas sa raison d'être chez nous, parce que le législateur a expressément prévu le sort qui doit être fait aux principales raisons qui motivent l'existence de ces facteurs : recouvrement collectif, liquidation des réclamations individuelles, ...⁴⁵².

De la même façon, il ne saurait être question de plaider la menace aux droits de l'adversaire du groupe⁴⁵³. Tous les droits de la défense sont préservés ; le moment de leur exercice, cependant, est réglé pour tenir compte du fait que le recours collectif se déroule en deux étapes : jugement sur les questions traitées collectivement, exécution et jugement sur les questions individuelles. Essayer de plaider la perte du droit à l'interrogatoire préalable, c'est faire preuve de mauvaise foi⁴⁵⁴.

450. Voir A.R. MARTIN, « Consumer Class Actions with a Multistate Class : A Problem of Jurisdiction », 25 *Hastings L.J.* 1411 (1974) ; « Note : Multistate », *supra*, note 23 ; *Daar v. Yellow Cab*, *supra*, note 17.

451. *Supra*, note 26, s. 6.

452. Voir *supra*, pp. 61 et 76.

453. Il est inadmissible que les défenses dans l'affaire *Lescelleur c. Maison Prefab*, *supra*, note 4, affirment, entre autres, que le recours collectif ferait renaître des droits prescrits ! Voir *supra*, p. 10.

454. Voir art. 1012, 1019, 1021 et 1040 ; pour la situation canadienne, voir N.J. WILLIAMS, *supra*, note 10, pp. 41 et ss.

2.2.2.3. Les critères fondés sur la nature du lien juridique

Il ne peut être question, au Québec, de refuser d'autoriser un recours collectif pour la seule raison que les droits des membres ne découlent pas de la même transaction, résultent de contrats individuels ou de dommages à la personne, ou que la liquidation des réclamations individuelles nécessitera une décision dans chaque cas. Le recours ne connaît aucune de ces limites. D'abord, la terminologie utilisée à l'article 1003 *a*) est plus large que celle qu'on retrouve dans la plupart des autres juridictions⁴⁵⁵. Ensuite, le tribunal a des moyens de procédure à sa disposition pour concilier preuve collective et preuve individuelle : l'économie même de la Loi le prévoit expressément.

Il n'y a pas non plus, comme certains semblent le croire, quelque chose de si individualisé dans la notion de dommage personnel qu'il soit « malsain » de collectiviser l'instance⁴⁵⁶. Au contraire,

The bond of association (...) may be stronger among those caught in a train wreck who have gone through ten minutes of horror together (...) than it is among small shareholders who are widely scattered.⁴⁵⁷

2.2.2.4. Les critères fondés sur la nature des bénéficiaires absents

Certains avaient suggéré comme condition du recours la possibilité de produire des bénéficiaires qui puissent être remis aux membres⁴⁵⁸. Peu importe la formulation utilisée, et à moins que l'absence de bénéficiaires éventuels n'affecte directement la qualité de la représentation (risque de conflits, ...), ce facteur est à bannir absolument. Il fait fi de l'intention claire du législateur, qui a prévu le recouvrement collectif et la possibilité d'une distribution indirecte, ou même alternative⁴⁵⁹. On semble avoir opté en faveur du pouvoir de dissuasion du recours collectif. Celui qui ne peut recouvrer ce qui lui est dû peut à tout le moins voir son débiteur forcé de se départir d'un montant équivalent, et savoir que cet argent sera utilisé d'une façon qui soit susceptible de lui procurer des bénéfices indirects.

455. Voir *supra*, pp. 44 et ss.

456. Et même dans la note du comité consultatif qui a préparé la règle fédérale : voir « Amendments to Rules of Civil Procedure ; Advisory Committee's Notes », 39 *F.R.D.* 98 (1966), p. 103.

457. J.B. WEINSTEIN, « Revision of Procedure : Some problems in Class Actions », 9 *Buff. L. Rev.* 433 (1960), p. 459, n. 13. Sur le *mass tort*, voir P.D. McTERNAN, « The Use of Class Actions for Mass Accident Litigation », 23 *Loyola L. Rev.* 383 (1977) ; C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1783, et *supra*, pp. 51-2.

458. Entre autres, le Barreau, dont les doléances sont reprises par M. AUDETTE-FILION, *supra*, note 10, pp. 27-28 ; aussi P.L. C-42, art. 39.12(3)(b).

459. Art. 1031 à 1036. Voir aussi la discussion sur les *recoverable claims*, *supra*, pp. 27 et 76-7.

2.3. La nécessité de satisfaire aux conditions prévues par l'article 1003 de façon continue: les articles 1022 et 1024

Il peut évidemment survenir que les conditions d'autorisation du recours collectif cessent d'être remplies en cours de route. Aux États-Unis, on a élaboré toute une batterie de moyens qui permettent de remédier au défaut et de continuer la procédure: réduction ou division du groupe, remplacement ou augmentation du nombre des représentants ou des avocats, ...⁴⁶⁰. Le tribunal peut même permettre au recours collectif de se continuer malgré le défaut, s'il en vient à la conclusion que le groupe possède (ou a atteint) un certain degré de cohésion intrinsèque⁴⁶¹. Par contre, la « décertification » en cour d'instance n'est pas un motif d'appel immédiat⁴⁶². Le déroulement du recours collectif est donc surveillé, mais son existence n'est pas protégée.

Le législateur québécois a voulu être plus spécifique. Il accorde au tribunal le pouvoir de reconsidérer trois des quatre conditions énumérées à l'article 1003 (le paragraphe *b*) étant omis pour des raisons évidentes). Il impose cependant certaines conditions avant de ce faire.

¹ Il doit y avoir une demande par une partie, dans le cas des paragraphes *a*) ou *c*), et par un membre pour ce qui est du paragraphe *d*). Une exception à ce principe: le juge peut modifier ou scinder le groupe d'office. Par ailleurs, il semble qu'on pourrait faire usage de l'article 1048 dans le cadre de l'article 1024, aux mêmes conditions et avec les mêmes effets que dans le cadre de l'article 1003⁴⁶³: une association pourrait par conséquent demander d'être substituée au représentant.

² Il faut qu'il y ait eu un changement de circonstances. On parle, à l'article 1022, alinéa 1 de « ne plus » remplir les conditions et à l'article 1024, alinéa 2 de ne « plus être en mesure » de représenter les membres. Par conséquent, si la Cour d'appel accorde une autorisation qui avait été refusée en première instance, la Cour supérieure ne pourra se servir des articles

460. Voir C.W. WRIGHT et A.R. MILLER, *supra*, note 87, §1765.

461. *Wetzel v. Liberty Mutual Insurance*, 508 F. (2d) 239 (C.A. 3d, 1975); *cert. den.* 421 U.S. 1011 (1975).

462. *Coopers and Lybrand v. Livesay*, 98 S. Ct. 2454 (1978); S.D. CRABTREE, « Civil Procedure — Class Actions — Denial of Certification — Invalidity of Death Knell Doctrine as a Base for Immediate Appeal », 46 *Tenn. L. Rev.* 807 (1979); M.K. ORDING, « Immediate Appealability of Orders Denying Class Certification: *Coopers and Lybrand v. Livesay* and *Gardner v. Westinghouse Broadcasting Co.* », 40 *Ohio St. L.J.* 441 (1979); L. REYES, « Class Actions: the Last Note of the Death Knell — A Dismal Sound for Claimants (*Coopers and Lybrand v. Livesay*, 98 S. Ct. 2454 (1978)) », 31 *U. Fla. L. Rev.* 418 (1979).

463. Voir *supra*, pp. 39-42.

1022 et 1024 pour aller indirectement à l'encontre de cette décision⁴⁶⁴. Encore une exception au même principe: la modification du groupe intervient « si les circonstances l'exigent ».

3^o Les effets de la démarche varient, selon l'article qui l'autorise. Dans le cas d'un changement de circonstances relatif aux paragraphes *a*) ou *c*), visés dans l'article 1022, le juge peut modifier ou annuler l'autorisation, ou permettre de remédier au défaut en modifiant les conclusions recherchées. Une modification aux circonstances visées dans le paragraphe *d*) ne met pas en cause l'autorisation. On ne fait que procéder à la désignation d'un nouveau représentant, qui peut être autorisé à désavouer certains actes déjà posés et n'est tenu en principe, qu'au paiement des frais qui suivent son entrée en scène. Par ailleurs, il est possible que la substitution soit considérée par le juge comme une « circonstance » qui « exige » son intervention dans la composition du groupe. La question reste ouverte toutefois, quant à savoir si on pourrait augmenter le nombre de représentants pour pallier le défaut⁴⁶⁵. C'est une solution simple, qui permettrait parfois de procéder quand même dans ces cas où un soliste ne ferait pas (ou pas tout à fait) l'affaire; il ne faudrait pas la rejeter d'emblée.

4^o Une fois les conditions d'application des articles 1022 et 1024 remplies, le tribunal conserve quand même la faculté de ne pas agir, ce qui lui permet, en pratique, de relever le groupe du défaut s'il estime que cela est préférable.

Ces dispositions nous paraissent assez claires. Elles laissent aux parties ou aux membres l'initiative, en général, réduisant en cela, dans une certaine mesure, la marge de manœuvre du tribunal. Celui-ci possède cependant une large mesure de discrétion, puisque l'appréciation des faits comme de l'opportunité d'agir lui est laissée. Il faudra voir dans la pratique l'usage qui sera fait de ces dispositions.

Conclusion

Nous aurions pu nous demander si le législateur québécois a bien choisi son recours collectif. Nous avons plutôt analysé chacun des aspects des conditions d'exercice prévues par l'article 1003 et tenté de leur donner un sens, après avoir rapidement situé les concepts sans lesquels on ne peut vraiment espérer saisir ce moyen de procédure. Nous avons souligné le caractère unique du recours québécois, ainsi que certaines approches que nous croyons devoir éviter dans son interprétation. Enfin, nous pensons

464. Nous ne croyons pas qu'à ce stade, le juge pourrait intervenir s'il se présentait un *meilleur* représentant: mais voir nos commentaires, *supra*, pp. 37-8.

465. Voir *supra*, pp. 38-39, sur la possibilité que plus d'une personne agisse comme représentant.

aussi avoir établi la nécessité, en principe, de rencontrer les conditions d'exercice du recours jusqu'au jugement final sur les questions traitées collectivement.

Plusieurs raisons motivent ce choix. D'abord, une appréciation comparative des modèles de recours paraît difficile à ce moment-ci, ne serait-ce que parce que nous en sommes encore à l'enfance. Ensuite, le fait que nous semblons tenter de nous démarquer des expériences américaines rend la tâche encore plus compliquée. Enfin, l'acte législatif, le geste politique, lui, est consommé; et le texte québécois semble suffisamment clair, et ses sources d'inspiration suffisamment déterminées et limitées, pour qu'on puisse penser porter un jugement sur le sens que le législateur a voulu lui donner.

Répetons-le: le recours collectif n'est qu'un moyen de procédure. S'il suscite tant de controverses, c'est qu'il caricature l'importance pratique du droit judiciaire dans la recherche de l'effectivité du droit. L'effet pratique, la « qualité » du recours dépend aussi de l'enthousiasme des tribunaux qui auront à l'appliquer. Une loi n'est qu'un peu d'encre sur du papier de qualité médiocre si tout l'appareil du pouvoir judiciaire ne se met en branle pour la supporter.

L'efficacité des lois se mesure donc souvent à l'efficacité de l'appareil fourni pour les appliquer, et à la réceptivité de ceux qui ont à le faire fonctionner. Or, l'évolution de la pensée judiciaire en matière de recours collectif semble avoir connu trois cycles, qu'on peut rapprocher de trois façons de percevoir le rôle des tribunaux civils; ces trois perceptions correspondent elles-mêmes à trois modèles politiques et économiques⁴⁶⁶.

Le recours collectif fut créé avant la fin du XVII^e siècle, afin de permettre la représentation d'intérêts communautaires pour lesquels l'action individuelle avait déjà été déclarée indésirable (jonction obligatoire de parties). Le groupe était conçu comme une entité presque distincte: le recours servit en droit féodal et aux associations non incorporées. Il répondait assez bien aux besoins d'une époque où l'individu existait, mais importait peu.

Survient le libéralisme économique. Les caractères nationaux s'affirment; c'est la révolution industrielle. L'individu est libre d'agir ou non. C'est l'époque où « the major social and economic arrangements would result from the activities of autonomous individuals » et « the court could be seen as an adjunct to private ordering ». Le procès civil est bipolaire, rétrospectif, à l'initiative, au profit et aux dépens des seules parties présentes⁴⁶⁷. Les

466. Sur ce point, lire « Note: Developments », *supra*, note 40, pp. 1329 à 1373.

467. A. CHAYES, « The Role of the Judge in Public Law Litigation », 89 *Harv. L. Rev.* 1281

tribunaux refusent de toucher aux libertés individuelles tant qu'un autre individu ne les remet pas en cause: la jonction obligatoire de parties est abolie. Le groupe ne peut être une entité distincte: il doit être un agrégat d'individus dont les droits sont imperméables. C'est l'ère de la théorie du consentement en matière de recours collectif: on présume que si on le leur demandait, chacun des membres aurait accepté qu'on agisse en son nom. Permettre le recours en d'autres circonstances serait « to allow one person to interfere with another man's contract »⁴⁶⁸. L'*opting in* est possible, bien sûr; l'*opting out* à tout le moins, est nécessaire. On refuse le recours dans les cas où la règle *de minimis* s'appliquerait à chacune des actions: le recours collectif n'est qu'un moyen d'expédier plus rapidement et à peu de frais des litiges qui, de toute façon, auraient été portés devant les tribunaux. C'est, à peu de chose près, la situation en 1966⁴⁶⁹.

Certains croient que ces modèles sont aujourd'hui dépassés:

The community of interest theory rests upon methodological assumptions foreign to modern legal thought. The consent theory rests upon factual considerations not in accord with the reality of contemporary class litigation.⁴⁷⁰

De fait, la société libérale n'a plus cours en pratique⁴⁷¹. La collectivisation des rapports économiques, l'accroissement des déséquilibres, la

(1976), pp. 1282-3 (pour les caractères du procès) et 1285 (pour les citations). On retrouve la même analyse chez A. CLOUTIER, *supra*, note 47, pp. 105-6.

Ce « modèle » de procès civil, que Chayes appelle « private law model », se retrouve exprimé dans d'autres articles. Voir S.H. RIFKIND, « Are We Asking too Much of our Courts? », 70 *F.R.D.* 96 (1976), p. 101 (les tribunaux sont des « dispute resolvers »); K.E. SCOTT, « Two Models of the Civil Process », 27 *Stan L. Rev.* 937 (1975) (« conflict resolution model »); B.H. WILDSMITH, « An American Enforcement Model of Civil Procedure in a Canadian Landscape », (1980) 6 *Dal. L.J.* 170 (« dispute settlement model »).

468. Lord FLETCHER MOULTON, dans *Markt v. Knight Steamship Lines*, *supra*, note 13, p. 1040.

469. A. CLOUTIER, *supra*, note 47, p. 104, retient la théorie du consentement pour le recours québécois. Pour lui, le « choix s'explique par la tradition de notre droit judiciaire ». Cela n'est pas selon nous, une raison suffisante pour s'y tenir.

Le lecteur se surprendra peut-être de ce que nous décrivions le modèle du « consentement » en parallèle avec la révolution industrielle, alors que dans la majorité des pays de *common law*, c'est encore le modèle de la « communauté » qui est en place. Il faut dire d'une part, que la décision dans l'arrêt *Markt v. Knight Steamship Lines*, *supra*, note 13, était particulièrement réactionnaire, a mis fin artificiellement à une évolution qui s'était produite sur plus d'un siècle (voir à ce sujet l'historique dans J.A. KAZANJIAN, *supra*, note 10, pp. 399 à 413) et a jeté le *common law class action* dans un Moyen-Âge judiciaire. Ce qui prouve que non seulement le droit est en retard sur l'évolution sociale, mais qu'un secteur du droit peut désespérément traîner la patte par rapport à un autre.

470. « Note: Developments », *supra*, note 40, p. 1343.

471. Il suffit de déterminer la proportion du produit national brut que se partagent l'État et les grandes entreprises pour le comprendre.

disparition des contacts juridiques ponctuels en faveur de relations de droit à caractère continu, sinon permanent, appellent une nouvelle évolution. Comme il devrait exister un rapport intime entre une société et ses lois, le droit paraît, encore une fois, laissé à contretemps de la réalité sociale.

C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le troisième modèle de procédure, dit substantiel (*substantive*), qui fait peu à peu son chemin dans les esprits. Le recours collectif serait avant tout un emplâtre (ou plutôt une mutation) processuel qui permet au modèle judiciaire traditionnel de surnager dans une époque (et dans le cadre d'un droit substantiel) où l'esprit qui a présidé à sa conception est à la société contemporaine ce que l'utilisation du rouet est à l'industrie textile moderne. Le droit, généralement, n'établit plus des normes minimales de « civisme juridique », à l'intérieur desquelles les parties peuvent se mouvoir à peu près librement : il règle la vie des hommes et des choses dans tous ses aspects non potestatifs *en pratique*, du contrat de travail à l'achat à crédit d'un téléviseur, en passant par la fourniture d'électricité et la participation à une loterie⁴⁷². Dans un tel contexte, où l'inaction, justifiable dans le modèle individualiste, peut mettre à mal une politique législative, le recours collectif est d'abord un mécanisme ayant pour but de favoriser l'application de ces politiques : il a sans qu'il soit possible d'en douter, des effets remédiateurs au-delà même de l'impact sur les membres⁴⁷³.

Mais on ne s'arrête pas là. Le recours collectif acquiert ici un effet heuristique⁴⁷⁴ : il aide le tribunal à se rendre compte de l'impact global des décisions qu'il rend, en le forçant à rendre une décision globale. Il favorise l'abandon de l'approche ponctuelle et son remplacement par un interventionnisme mitigé, mais continu du tribunal.

Ce modèle a commencé à percer avec l'avènement de la nouvelle règle fédérale américaine, bien que celle-ci ne soit que bien peu responsable de ce bouleversement. Selon Miller, l'évolution récente du recours collectif se serait quand même produite sous l'ancienne règle⁴⁷⁵. La meilleure preuve en est sans doute que la Californie, où l'on conserve le texte de la common law, est à l'origine de certains des plus importants développements en la matière.

472. On retrouve le « public law model » de Chayes, les tribunaux en tant que « problem solvers » de Rifkind, le « behaviour modification model » de Scott, et le « enforcement model » de Wildsmith ; voir *supra*, note 467.

473. L'effet substantiel du recours nous fait croire qu'il serait impossible, sans habilitation législative expresse, à un tribunal administratif de mettre au point son propre recours collectif.

474. « Note : Developments », *supra*, note 40, p. 1366. L'effet heuristique du recours avait déjà été signalé par le juge Story en... 1820 : voir R.A. ARNOLD, « Class Action in Florida — A New Look », 31 *U. Fla. L. Rev.* 551 (1979), pp. 553-4.

475. A.R. MILLER, *supra*, note 96, p. 669.

La règle fédérale continue de faire couler beaucoup d'encre. Aux années d'éclatement, puis de réaction, semble devoir succéder une période de stabilisation et de sophistication. Les juges, plutôt que de donner des blancs-seings ou de frapper à coups de hache, font de plus en plus usage d'un scalpel, pour tailler les recours à la mesure des besoins⁴⁷⁶.

Pendant ce temps la discussion se continue afin de savoir s'il y a lieu de modifier ou non la règle. L'*Office for Improvements in the Administration of Justice* est fort actif à ce sujet depuis au moins deux ans. Il semble d'ailleurs que les changements, s'il en est, devront être législatifs: la Cour suprême rejette pour le moment l'idée de modifier elle-même la *Federal Rule of Civil Procedure no. 23*⁴⁷⁷. Pendant ce temps, l'assemblée générale de l'*American Bar Association* a refusé d'approuver, en 1977, la loi-règle modèle qui se retrouve pourtant dans les *Uniform Laws Annotated*⁴⁷⁸.

Le modèle américain continue d'être fondé avant tout sur la théorie du consentement (*consent theory-minded*). Les propositions de l'O.I.A.J. tentent tant bien que mal de respecter le modèle traditionnel, en tirant la ligne entre les recours à caractère dissuasif et les recours à caractère compensatoire, et en réservant les premiers au Procureur général⁴⁷⁹.

Le recours québécois nous semble, sans plonger à fond dans le modèle substantiel, vouloir se démarquer très nettement des deux modèles traditionnels. Si la collectivisation du recouvrement et de la distribution et la relative flexibilité des conditions n'en convainquent pas le lecteur, il trouvera la lecture du *Journal des débats* très enrichissante. Le législateur aurait pu faire preuve d'attentisme et copier l'évolution américaine. Il a plutôt tenté de trancher dans le vif des problèmes. On ne l'a pas assez dit: le recours collectif québécois est sans doute le premier⁴⁸⁰ de la troisième génération de recours collectifs, celle où l'on consacre son impact substantiel. Il reconnaît, pour la deuxième fois dans le *Code de procédure civile*⁴⁸¹, la distinction qu'on ne fait pas assez souvent entre la symétrie du droit et la justice. Il est la consécration législative du fait que le modèle judiciaire traditionnel n'est plus suffisant (sinon qu'il est dépassé) et de la nécessité pour les juges de

converting their role from one of passive adjudicator of a dispute staged by opposing counsel to that of active systems manager.⁴⁸²

476. *Id.*, pp. 678 à 680.

477. *Id.*, p. 684, note 86 et le texte qui l'accompagne.

478. *Supra*, note 26.

479. Bill S. 3475, 95th Cong. 2nd Sess. (1978) §3001. Le *relator* est toutefois possible: §3002. Voir aussi O.I.A.J., *supra*, note 113; D.J. MEADOR, « Proposed Revision of Class Damage Procedures », 65 *A.B.A.J.* 48 (1979).

480. À l'exception, peut-être, de celui du Dakota du Nord: voir *supra*, note 23.

481. Le premier exemple étant l'accès limité à la procédure des petites créances.

482. A.R. MILLER, *supra*, note 96, p. 667. Pour un exemple récent de passivité judiciaire, voir *Phillips v. Ford*, (1971) 18 D.L.R. (3d) 641, p. 661 (Ont. C.A.). Pour le recours collectif, voir *supra*, p. 43.

Le recours collectif québécois n'est qu'une étape parmi tant d'autres dans l'évolution nécessaire de notre droit judiciaire. Il rompt avec certains principes, de la même façon que le jugement déclaratoire et la procédure en matière de petites créances l'ont fait avant lui. La première réforme aura pris dix ans, et une décision de la Cour suprême⁴⁸³, avant d'être vraiment en place. La seconde fonctionne remarquablement bien depuis le début, et les tentatives faites pour l'arrêter n'ont mené à rien. Le recours collectif, pour sa part, devra, à moyen terme, être accompagné d'une évolution marquée, législative ou jurisprudentielle, de la notion d'intérêt, si l'on veut atteindre un niveau d'application des politiques législatives qui soit simplement acceptable.

Ceci dit, l'épanouissement du recours collectif au Québec risque d'être long à venir. Le professeur Kaplan, principal responsable de la mise au point de la règle fédérale américaine, tout en insistant sur le « need for judicial ingenuity », croyait que :

it would take at least a full generation (1) to discover the problems with the rule's text; (2) to understand its various components; and (3) to develop an image of how it actually functions.⁴⁸⁴

Chez nous, le problème risque d'être d'autant plus sérieux que les juges pourront être tentés de s'inspirer des précédents américains là où il ne le faudrait pas, ou même de ravalier le recours collectif au niveau d'une monstruosité procédurale qu'il faut éviter le plus possible. Quoi qu'il en soit, il ne fait aucun doute que le recours collectif devrait bouleverser notre droit judiciaire et la conception que nous nous en sommes faite. Il prendra du temps à mûrir, non pas tant à cause de la nécessité de décortiquer le texte, qui est assez clair pour constituer un bon point de départ, mais à cause de la crainte qu'il risque d'engendrer chez les juges, et des réactions trop vives, tant positives que négatives, qu'il risque de provoquer. À cet effet, l'attitude des tribunaux jusqu'à maintenant est particulièrement inquiétante. On a l'impression, à la lecture du texte des jugements (et aussi des règles de pratique, qui font preuve à certains points de vue d'un manque total de compréhension de la mécanique québécoise, quand elles ne semblent pas carrément illégales)⁴⁸⁵ que les juges sont pris de court, effrayés, choqués même. Ils « reach out to find reasons why [the class action] cannot be used instead of why it can », effectuant par là un exercice de « strangulation by interpretation »⁴⁸⁶. Ils disposent en mille mots ou moins (après l'habituelle

483. *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132.

484. B. KAPLAN, in: M.E. FRANKEL, « Some Preliminary Observations Concerning Civil Rule 23 », *F.R.D.* 39 (1967), p. 52.

485. Voir *supra*, pp. 30-1.

486. *Rosenfeld v. A.H. Robbins*, *supra*, note 24, p. 210, n. 6. (Shapiro J., diss.).

litanie qu'on appelle « faits de la cause »), de questions tout à fait nouvelles et qui appellent de plus amples explications⁴⁸⁷. Ils semblent avoir peur d'ouvrir une boîte de Pandore. Si c'en est une, il faudra bien qu'ils l'ouvrent un jour : le législateur la leur a confiée pour qu'ils s'en servent, pas pour qu'ils la remettent.

Le législateur semble voir dans le recours collectif :

the only viable procedure to redress a series of relatively small injustices the cumulative effect of which is not only illegal but, socially destructive conduct.⁴⁸⁸

Le rôle des tribunaux est de mettre en œuvre l'intention du législateur exprimée dans ses lois. Il faudrait donc qu'ils utilisent le recours collectif sans s'impliquer dans les chasses aux sorcières que les éventuels défendeurs tenteront inévitablement de déclencher. Un peu plus de fermeté à l'égard de l'intimé pourrait aider à remettre les choses en perspective. Aux États-Unis, les défendeurs aux recours collectifs utilisent

an overall tactic of « raising such a flurry of challenges' that courts will opt for class denial (...) Judicial impatience with dilatory motions would alleviate management problems and permit prompt attention to the merits. Decrease in pre-certification battles would consequently decrease class action expenses.⁴⁸⁹

Déjà, certains pensent que « the Québec Act (...) clearly shows the way for other jurisdictions to follow »⁴⁹⁰. Reste à voir si les tribunaux lui permettront de réaliser tout son potentiel.

Il est probable que non. Le recours collectif se démarque de la plupart des rassurantes fictions juridiques : plutôt que de servir de prétexte ou de paravent, il ne craint pas de n'offrir qu'une justice approximative, truffée d'erreurs de parcours. Et pourtant

if there is an error to be made, let it be in favour and not against the furtherance of the class action, for it is always subject to modification⁴⁹¹,

alors que son rejet sonne trop souvent dans les faits l'arrêt de mort d'un exercice efficace des recours des membres du groupe. Que nos tribunaux, à la demande expresse du législateur, se contentent d'une justice approximative. Refuser une justice approximative, c'est souvent refuser

487. La décision de la Cour d'appel dans l'affaire *C.T.C.U.Q. c. C.R.U.T.E.Q.*, *supra*, note 180, est un archétype de ce comportement. Elle contient moins de 800 mots portant sur le droit au recours collectif, dont 300 sont *obiter*, et 100, une citation. Voir aussi *Canadian Consumer Co. c. Nault*, *supra*, note 46; *Lapointe c. Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée*, *supra*, note 136, se limite à environ 160 mots.

488. M.M. BELCHER, *supra*, note 96, p. 374.

489. J.L. MAUTE, *supra*, note 390, pp. 84-5. Voir aussi *supra*, note 453.

490. R.S. REID, *supra*, note 31, p. 452.

491. *Esplin v. Kirschi*, 402 F. (2d) 94, 99 (C.A. 10th, 1968); *cert. den.* 394 U.S. 928 (1968).

toute justice. La justice humaine est, par nécessité, faillible et donc, approximative. Et pourtant, quoique approximative, elle reste elle-même nécessaire : l'humanité de la justice n'a jamais empêché un juge de concevoir l'emprisonnement, l'exécution même, d'un être humain. Si l'on peut se contenter d'une approximation quand il s'agit de punir, ne peut-on le faire quand il s'agit de guérir ?