



**Recours collectifs
transfrontaliers
et droits des
consommateurs**

Réalisé par Jacques St Amant
et présenté au
Bureau de la consommation d'Industrie Canada

Juin 2006

OPTION CONSOMMATEURS

MISSION

Option consommateurs est une associations sans but lucratif qui a pour mission de défendre les droits fondamentaux des citoyens-consommateurs tels qu'énoncés par les Nations unies en matière de protection des consommateurs et de veiller à ce qu'ils soient reconnus et respectés.

HISTORIQUE

L'association existe depuis 1983. En 1999, elle a regroupé ses activités avec l'Association des consommateurs du Québec (ACQ) qui existait depuis plus de 50 ans et accomplissait la même mission qu'Option consommateurs.

PRINCIPALES ACTIVITÉS

Option consommateurs compte sur une équipe d'une vingtaine d'employés qui oeuvrent au sein de quatre services : le Service budgétaire, le Service juridique, le Service d'agence de presse et le Service de recherche et de représentation. Au cours des ans, Option consommateurs a notamment développé une expertise dans les domaines des services financiers, de la santé et de l'agroalimentaire, de l'énergie, du voyage, de l'accès à la justice, des pratiques commerciales, de l'endettement et de la protection de la vie privée. Chaque année, nous rejoignons entre 7000 et 10 000 de consommateurs directement, nous réalisons de nombreuses entrevues dans les médias, nous siégeons à plusieurs comités de travail et conseils d'administration, nous réalisons des projets d'intervention d'envergure avec d'importants partenaires, nous produisons notamment des rapports de recherche, des mémoires, des guides d'achat dont le guide *Jouets* annuel du magazine *Protégez-Vous*.

MEMBERSHIP

Pour faire changer les choses, les actions d'Option consommateurs sont multiples : recherches, recours collectifs et pressions auprès des instances gouvernementales et des entreprises. Vous pouvez nous aider à en faire plus pour vous en devenant membre d'Option consommateurs au www.option-consommateurs.org

REMERCIEMENTS

Option consommateurs remercie le ministère de l'Industrie du Canada pour son soutien financier à la réalisation de cette recherche.

La reproduction d'extraits limités du texte de ce rapport est permise, à condition d'en mentionner la source. Sa reproduction ou toute allusion à son contenu à des fins publicitaires ou lucratives sont toutefois strictement interdites.

DÉPÔT LÉGAL

Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

ISBN 2-923522-08-7

Option consommateurs
2120, rue Sherbrooke Est, bur. 604
Montréal, Québec,
H2K 1C3

Téléphone : (514) 598-7288
Télécopieur : (514) 598-8511
Courriel: info@option-consommateurs.org

RÉSUMÉ

Si le commerce contemporain n'a cure des frontières, le droit s'accorde moins de libertés. Or, dans la société contemporaine, il n'y a pas de commerce sans droit, parce qu'il n'y a pas de commerce sans contrat. Il se produit donc parfois que des biens circulent sans peine, mais que les obligations qui découlent de leur échange ne connaissent pas le même sort. Les marchés s'en trouveront d'autant dérégulés que la présence et l'ampleur de ces nids-de-poule sont imprévisibles.

Les questions liées à l'exercice collectif et transfrontalier de droits par des consommateurs en fournissent un excellent exemple. Des centaines, des milliers de personnes vivant dans de nombreuses juridictions peuvent avoir acquis autant d'exemplaires d'un bien fabriqué par une entreprise bien précise et qui s'avère défectueux. Tous ces acheteurs pourraient vouloir réunir leurs recours contre le fabricant et, en principe, tous sont susceptibles d'y gagner puisque les demandeurs bénéficieront en quelque sorte d'une économie d'échelle. Le défendeur, lui, n'opposera qu'une défense et devra composer avec une seule décision, et non avec des milliers: il sera plus tôt certain de l'ampleur de ses obligations.

Mais ce jugement, rendu dans un État donné, sera-t-il exécutoire partout où habitent les consommateurs? La décision rendue au Wisconsin devrait-elle être opposable au consommateur sri lankais ou qatari alors qu'il ignorait qu'on débattait de ses droits? Et quel droit le tribunal devra-t-il appliquer, si les justiciables dont il établit les obligations ressortissent à soixante-dix-sept juridictions?

Voilà le défi que posent les recours collectifs transfrontaliers. Ils se multiplient pour l'instant, parce qu'ils comportent apparemment des avantages, mais ils occasionnent aussi des inconvénients dont on prend de plus en plus la mesure. Il n'existe présentement pas au Canada de règles claires qui permettent d'équilibrer ces intérêts et de fournir un niveau élevé de prévisibilité au plan juridique. Bien sûr, il ne s'en trouve pas davantage au niveau international, pour régler les situations où des recours intentés à l'étranger prétendraient altérer les droits des consommateurs canadiens.

Il s'agit de prendre en compte l'accessibilité des recours judiciaires, l'avantage à cet égard d'actions collectives, la liberté des personnes mises en cause et donc leur capacité de choisir de manière libre et éclairée d'être liée par un processus judiciaire, les limites territoriales à la compétence des tribunaux, la diversité des régimes juridiques nationaux et l'importance du caractère exécutoire des jugements. On conçoit donc que la solution ne s'impose pas spontanément à l'esprit. L'actuelle imprécision du droit n'avantage toutefois personne.

TABLE DES MATIÈRES

Option consommateurs	i
Remerciements	ii
Résumé	iii
1- La portée du problème	1
2- Le cadre général	2
2.1 Des facteurs socio-économiques	2
2.2 L'intérêt personnel et le groupe	3
2.3 La difficulté territoriale	6
2.4 L'exemple québécois	8
2.5 L'intégration canadienne	11
2.6 Quelques éléments de conclusion	15
3- Quelques régimes juridiques	15
3.1 Le Canada	16
3.2 Les États-Unis	19
3.3 L'Australie	22
3.4 L'Union européenne	24
4- L'équilibre des droits	27
4.1 Le problème de l'information	27
4.2 Les intérêts des non-résidents	30
4.3 Les intérêts des ressortissants	34
CONCLUSION	36

1. LA PORTÉE DU PROBLÈME

Si le commerce contemporain n'a cure des frontières, le droit s'accorde moins de libertés. Or, dans la société contemporaine, il n'y a pas de commerce sans droit, parce qu'il n'y a pas de commerce sans contrat. Il se produit donc parfois que des biens circulent sans peine, mais que les obligations qui découlent de leur échange ne connaissent pas le même sort. Les marchés s'en trouveront d'autant déréglés que la présence et l'ampleur de ces nids-de-poule sont imprévisibles.

Les questions liées à l'exercice collectif et transfrontalier de droits par des consommateurs en fournissent un excellent exemple. Des centaines, des milliers de personnes vivant dans de nombreuses juridictions peuvent avoir acquis autant d'exemplaires d'un bien fabriqué par une entreprise bien précise et qui s'avère défectueux. Tous ces acheteurs pourraient vouloir réunir leurs recours contre le fabricant et, en principe, tous sont susceptibles d'y gagner puisque les demandeurs bénéficieront en quelque sorte d'une économie d'échelle. Le défendeur, lui, n'opposera qu'une défense et devra composer avec une seule décision, et non avec des milliers: il sera plus tôt certain de l'ampleur de ses obligations.

Mais ce jugement, rendu dans un État donné, sera-t-il exécutoire partout où habitent les consommateurs? La décision rendue au Wisconsin devrait-elle être opposable au consommateur sri lankais ou qatari alors qu'il ignorait qu'on débattait de ses droits? Et quel droit le tribunal devra-t-il appliquer, si les justiciables dont il établit les obligations ressortissent à soixante-dix-sept juridictions?

Voilà le défi que posent les recours collectifs transfrontaliers. Ils se multiplient pour l'instant, parce qu'ils comportent apparemment des avantages, mais ils occasionnent aussi des inconvénients dont on prend de plus en plus la mesure. Il n'existe présentement pas au Canada de règles claires qui permettent d'équilibrer ces intérêts et de fournir un niveau élevé

de prévisibilité au plan juridique. Bien sûr, il ne s'en trouve pas davantage au niveau international, pour régler les situations où des recours intentés à l'étranger prétendraient altérer les droits des consommateurs canadiens.

Il s'agit de prendre en compte l'accessibilité des recours judiciaires, l'avantage à cet égard d'actions collectives, la liberté des personnes mises en cause et donc leur capacité de choisir de manière libre et éclairée d'être liée par un processus judiciaire, les limites territoriales à la compétence des tribunaux, la diversité des régimes juridiques nationaux et l'importance du caractère exécutoire des jugements. On conçoit donc que la solution ne s'impose pas spontanément à l'esprit. L'actuelle imprécision du droit n'avantage toutefois personne.

On procédera ici à une première recension des enjeux reliés à la prolifération des recours collectifs transfrontaliers. On s'en préoccupera d'abord dans la perspective des consommateurs canadiens. Par la force des choses, compte tenu du sujet, mais aussi pour tenter d'y puiser quelque inspiration, on examinera aussi sommairement l'état de certains régimes juridiques étrangers pour constater cependant que, hors les États-Unis et le Canada, on trouve pour l'instant peu d'éléments susceptibles d'alimenter la réflexion (et on expliquera pourquoi).

2- LE CADRE GÉNÉRAL

2.1 DES FACTEURS SOCIO-ÉCONOMIQUES

On ne dira ici qu'un mot de quelques phénomènes socioéconomiques qui comportent une certaine pertinence pour nos fins: tout simplement, le marché évolue dans des directions qui font du recours collectif un instrument juridique de plus en plus pertinent et on ne voit pas que ces tendances s'infléchissent significativement à brève échéance.

D'abord, la consommation devient un phénomène de plus en plus massif. Nous voilà bien loin de l'autarcie du fermier du dix-neuvième siècle... La consommation de biens s'est évidemment généralisée depuis la

fin de la seconde guerre mondiale: les lois de protection des consommateurs adoptées jusque dans les années 1980 environ en sont le reflet. Mais à en comparer les dispositions aux pratiques actuelles, on note aussi à quel point la consommation de services s'est diversifiée et généralisée depuis un quart de siècle. La relation de consommation s'insinue ainsi dans toutes les sphères de la vie, dans toutes les activités, avec les risques qui l'accompagnent.

D'autre part, le magasin général du village a été remplacé par... Wal-Mart, par exemple. On assiste à la fois à un phénomène de concentration important des marchés¹, et à la prolifération d'entreprises agissant dans de nombreux marchés nationaux, qu'il s'agisse de détaillants, de fabricants (comme Sony, Merck ou DaimlerChrysler, par exemple) ou d'autres fournisseurs (comme Microsoft ou Nike²). Le premier facteur contribue à l'intérêt que suscitent les recours collectifs: plus l'entreprise est gigantesque, et plus elle comptera de clients potentiellement insatisfaits, bien évidemment. Le second facteur soulève évidemment toute la problématique des relations transfrontalières. Ces tendances se trouvent donc au coeur de l'objet de notre étude. Il n'y a pas lieu de croire qu'elles soient en voie de se résorber, ce qui contribue à l'intérêt d'une réflexion à l'égard de ces questions.

2.2 L'INTÉRÊT PERSONNEL ET LE GROUPE

C'est un principe bien ancré dans tous les systèmes juridiques que celui qui forme une demande en justice doit y avoir un intérêt suffisant, qui lui soit personnel³. En règle générale, on ne peut pas non plus agir pour un tiers et prendre des décisions qui auraient sur lui des effets juridiques obligatoires sans que ce tiers y ait consenti⁴. Ce consentement s'exprimera

¹ Le marché canadien de la vente au détail en donne un bon exemple: on a vu disparaître Woolworth, Woolco, K-Mart, Eaton, Simpson's... Bien sûr, ces chaînes ont en partie été remplacées aussi par des entreprises visant des créneaux très spécialisés, et non pas seulement par les Wal-Mart de ce monde, mais c'est l'émergence de ces derniers qui comporte ici le plus d'intérêt pour nos fins.

² Comme les détenteurs d'autres marques, la société Nike ne fabrique elle-même presque plus rien: elle sous-traite l'assemblage et se spécialise dans la conception, le marketing et la distribution.

³ Il est consacré au Québec à l'article 55 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25, et il est également connu dans les juridictions canadiennes de *common law*: *Ministère de la Justice (Canada) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, notamment. Il est dans les deux cas assorti de quelques exceptions qui ne sont pas pertinentes pour nos fins.

⁴ Ou que, bien sûr, la loi le permette par ailleurs, comme ce sera le cas pour les mineurs ou les personnes frappées d'une incapacité, entre autres cas particuliers. On notera d'autre part, et on y revient

par exemple par les institutions du mandat en droit civil ou de l'*agency* en *common law*.

Il en résulte que, si cent mille personnes ont acheté un grille-pain défectueux, chacune devrait tenter un recours juridique distinct contre le fabricant. Même si on admettait que plusieurs d'entre elles pourraient déléguer un mandataire afin de les représenter⁵, il paraît improbable qu'un même représentant puisse obtenir un mandat de chacune des cent mille victimes. Par conséquent, des milliers de consommateurs devraient consacrer des ressources à tenter des recours de faible importance pécuniaire, qui engorgeraient les tribunaux et qui exposeraient le fabricant à ce que des juges différents rendent contre lui des milliers de jugements incohérents, sinon contradictoires, après qu'il se soit lui-même défendu à plusieurs milliers de reprises.

De toute évidence, cette solution est peu souhaitable au plan juridique, puisqu'elle rend le droit imprévisible et qu'elle fait vraisemblablement en sorte que de nombreux droits qui existeraient en principe ne seraient pas exercés. Elle ne paraît pas plus heureuse au plan économique, puisqu'elle induit des coûts excessifs pour les victimes, les fabricants et le système judiciaire. En engorgeant ce dernier, elle réduit également l'accès à la justice et l'efficacité des tribunaux au détriment de tous les autres membres de la société. Bref, on se trouve manifestement en panne d'efficacité et d'efficience⁶.

Il fallait inventer une autre solution: ce sera le recours collectif, dont la Cour suprême du Canada a d'ailleurs souligné elle-même les vertus:

sommairement *infra*, que la *common law* connaît depuis des siècles un type de *representative action* qui préfigurait lointainement le recours collectif mais, même si ce type de recours était bien connu, on n'y faisait appel qu'assez rarement.

⁵ Le droit civil y fait en principe obstacle, la personne ne pouvant normalement être représentée devant les tribunaux que par un avocat, sous réserve encore là d'une kyrielle d'exceptions qui ne sont pas pertinentes pour nos fins. La *common law* se montrait à cet égard traditionnellement plus flexible.

⁶ On entendra ici par «efficacité» la capacité d'un système de réaliser la fin pour laquelle il est créé, et par «efficience» sa capacité de le faire en utilisant les ressources disponibles de manière optimale.

[...] le recours collectif a trois avantages majeurs sur les poursuites individuelles multiples. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, le recours collectif permet de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe, le recours collectif assure un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les tenter individuellement. Troisièmement, le recours collectif sert l'efficacité et la justice en faisant en sorte que les malfaisants actuels ou éventuels prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence.⁷

Incitation à la prévision et à l'internalisation des coûts par les entreprises (et donc prévention), économies d'échelle, exercice effectif des droits, allègement de la charge imposée aux tribunaux: tout semble concourir à ce qu'on opte pour ce mécanisme. Au Canada, on a maintenant retenu dans presque toutes les juridictions la formule du recours collectif.

Cela dit, le caractère exceptionnel de ce mécanisme ne saurait faire de doute. Une personne⁸, le «représentant», intervient devant le tribunal au nom de toutes les victimes putatives d'une situation, sans avoir obtenu d'elles quelque mandat que ce soit. Le jugement rendu liera en principe

⁷ *Hollick c. Toronto (Ville de)*, [2001] 3 R.C.S. 158, § 15.

⁸ Il y en aura parfois plus d'une, mais il s'agira toujours d'un très petit nombre, et il suffit qu'il y en ait une.

toutes ces victimes, membres d'un même «groupe» délimité par le tribunal aux fins de l'exercice de sa compétence.

La procédure doit donc être assortie d'un certain nombre de mécanismes qui visent à contrebalancer ces prérogatives. Le tribunal contrôlera plus étroitement certains éléments du processus: il s'assurera par exemple que le représentant dispose des qualités minimales requises pour s'acquitter de son rôle. Ensuite, on accordera pendant un certain temps aux membres du groupe la faculté de s'en exclure, ce qui requiert que l'on rende publiquement accessible l'information requise afin que les intéressés puissent prendre à cet égard une décision éclairée. Enfin, la transaction éventuellement conclue entre le représentant et le défendeur sera validée par le tribunal, afin d'assurer que le représentant n'a pas sacrifié les intérêts de tout ou partie du groupe au bénéfice des siens propres⁹.

Le recours collectif comporte donc un double caractère d'anomalie et de nouveauté. Nouveauté, parce qu'il a moins de trente ans au Québec, moins de dix ans dans presque tout le reste du Canada et que, même au Québec, le nombre de recours a augmenté sensiblement depuis quelques années¹⁰. Anomalie, parce qu'il s'agit de trancher les droits de victimes qui n'ont pas choisi de s'adresser au tribunal et qu'il faut donc soigneusement en ménager les intérêts. Il s'agit cependant là de défis que les systèmes judiciaires peuvent relever sans trop de difficulté, en s'inspirant notamment d'expériences étrangères et de principes déjà connus. Les choses se compliquent sensiblement lorsqu'on doit franchir des frontières.

2.3 LA DIFFICULTÉ TERRITORIALE

Le Moyen-Âge connaissait notamment un régime de personnalité des lois: par exemple et dans quelque royaume ou principauté qu'il se trouvât, le clerc qui commettait un crime allait être déféré au tribunal ecclésiastique tandis que, où qu'ils se trouvent, deux marchands de provenances différentes allaient invoquer des règles de droit commercial qui étaient sensiblement les

⁹ Cette description schématique énonce les grandes lignes des régimes canadiens et états-unien; on verra qu'elle s'applique moins exactement aux régimes britannique et australien.

¹⁰ Et ce au moment même où on perçoit une diminution généralisée du nombre de recours devant les tribunaux québécois.

mêmes de Naples à Hambourg¹¹. C'est surtout à compter du dix-neuvième siècle que s'impose plutôt le régime de la territorialité des lois: seule la loi nationale s'applique dans le territoire de l'État, et elle ne s'applique que dans des cas particuliers sur le territoire de l'État étranger.

Il va de soi que, dans une large mesure, la compétence des tribunaux, créés par un État, sera dès lors elle aussi d'abord circonscrite dans les frontières de cet État. On entend ainsi respecter les souverainetés nationales. Du dix-neuvième siècle à la fin du vingtième, de Cavour et Bolivar à Senghor et Ho Chi-Minh, de la réunification de l'Italie à l'indépendance du Vanuatu, on assiste à l'ascension puis au triomphe de l'État-nation.

Mais les marchés ne correspondent plus aux États. Le vendeur et l'acheteur peuvent fort bien se trouver dans des juridictions différentes; pire, le vendeur et des millions d'acheteurs peuvent avoir pignon sur rue dans des États différents¹². Le tribunal doit alors composer avec les limites de ses pouvoirs. En général en effet, les tribunaux canadiens évitent de donner un effet extraterritorial à leurs décisions, notamment pour des raisons de courtoisie internationale¹³.

Dans de tels cas, quel droit appliquera-t-on? Lorsque les parties habitent dans des États différents, quel tribunal saisira-t-on, puisque chacun pourrait prétendre à une juridiction sur la portion d'un litige qui s'est

¹¹ Berman, Harold J. *Law and Revolution*. Cambridge, Harvard University Press, 1983. 657 p. Pp. 333-356. Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*. Première éd. Vol. 1 (1765). Rééd. Chicago, University of Chicago Press, 1979. Pp. 263-264. L'extrait suivant de Blackstone parle de lui-même: *Whereas no municipal laws can be sufficient to order and determine the very extensive and complicated affairs of traffic and merchandize; neither can they have a proper authority for this purpose. For as there are transactions carried on between the subjects of independent states, the municipal laws of one will not be regarded by the other. For which reason the affairs of commerce are regulated by a law of their own, called the law merchant or lex mercatoria, which all nations agree in and take notice of.*

¹² Sans compter les distributeurs et autres intermédiaires entre le vendeur et les acheteurs, qui peuvent eux aussi se trouver dans des États tiers.

¹³ *Canada c. Schmidt*, [1987] 1 R.C.S. 500, 516, 523. On notera aussi *Gulf Oil Corp. c. Gulf Canada Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 39, 42-47, commenté in Blom, Joost. *Extraterritoriality and Canadian Law*. In *The Cambridge Lectures 1987*. Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1989. Pp. 61, 70. Les questions reliées à l'extraterritorialité dépassent largement le cadre de la présente étude.

déroulée dans son État: celui qui convient au vendeur, à l'acheteur, ou qui est compétent à l'égard du lieu où le contrat a été conclu, ou les deux?...

Ces questions ressortissent à une branche du droit qu'on appelle le droit international privé. Il se trouve, depuis quelques dizaines d'années, de plus en plus sollicité, notamment en matière de consommation. Il évolue et, pour compliquer les choses, il n'est pas nécessairement exactement le même partout: des règles nationales d'attribution de juridiction peuvent donc mener dans un cas donné à des solutions contraires, par exemple, où deux États prétendraient exercer simultanément leur juridiction ou, au contraire, la décliner¹⁴.

2.4L'EXEMPLE QUÉBÉCOIS

On ne saurait donner ici un aperçu des régimes de droit international privé de toutes les juridictions canadiennes ou de ceux d'autres États dont on examinera ici les règles relatives aux actions collectives. À titre illustratif et parce qu'il s'agit d'un régime systématisé il y a moins de quinze (15) ans, on esquissera un portrait de certaines des règles de droit international privé québécois qui sont les plus pertinentes pour nos fins, et qui sont aussi inspirées en général assez étroitement des pratiques internationales les plus courantes.

En règle générale, on admet que le contrat soit régi par la loi qui y est désignée¹⁵. En l'absence de désignation, les tribunaux «[...] appliquent la loi de l'État qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui

¹⁴ Ces cas sont évidemment rares, les tribunaux notamment s'efforçant de rendre des décisions sensées. Pour un exemple célèbre d'imbroglio où les tribunaux états-uniens et britanniques ont mis quelque temps à déterminer qui allait trancher un litige, on examinera l'affaire *Laker Airways: Laker Airways v. Sabena Belgian World Airlines*, 731 F.2d 909 (D.C. Cir. 1985); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 604 F.Supp. 280 (D.D.C. 1984); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 577 F.Supp. 348 (D.D.C. 1983); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 568 F.Supp. 811 (D.D.C. 1983); *Laker Airways v. Pan American World Airways*, 559 F.Supp. 1124 (D.D.C. 1983); *British Airways Bd. v. Laker Airways*, [1984] 1 Q.B. 142 (C.A.); *British Airways Bd. v. Laker Airways*, [1984] 1 Q.B. 169 (C.A.); *Midland Bank plc v. Laker Airways Ltd.*, [1986] 1 All E.R. 526 (C.A.); *British Airways Bd. v. Laker Airways*, [1985] A.C. 58 (H.L.).

¹⁵ Article 3111 du *Code civil du Québec* (ci-après le «CCQ»). La plupart des juridictions admettent la faculté des parties à un contrat de choisir la loi qui s'y appliquera.

l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte»¹⁶. Il s'agit dès lors de déterminer ce que sont ces liens:

3113. Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte a sa résidence ou, si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement.

Posons un libraire situé à Vancouver qui vend un livre à un consommateur situé à Montréal. Le premier fournit un livre, tandis que le second remet une somme d'argent. La fourniture du livre constituant la prestation la plus caractéristique de l'acte (parce que le paiement d'argent peut constituer la contrepartie de presque toute prestation), le droit de la Colombie-Britannique devrait en vertu de l'article 3113 s'appliquer au contrat. En somme et dans un contrat de *vente*, on applique la loi du *vendeur*.

Cette solution comporte le mérite de la logique et de la simplicité, mais elle pose cette difficulté que le consommateur perd de ce fait le bénéfice de la législation relative à la protection du consommateur de la province où il habite. C'est pour éviter ce genre de difficulté que diverses dispositions du *Code civil*¹⁷ font en sorte que les dispositions dites impératives¹⁸ du droit du domicile du consommateur continueront à titre exceptionnel à s'appliquer et à être opposables au marchand, malgré le principe général qu'on vient d'énoncer. Des règles particulières pourront aussi s'appliquer à certains types de contrats¹⁹.

¹⁶ Art. 3112 CCQ.

¹⁷ et notamment les articles 3111 et 3117 CCQ, ce dernier posant toutefois des problèmes d'interprétation dans le détail desquels on ne se plongera pas ici.

¹⁸ La formule renvoie notamment aux règles relevant de l'ordre public de protection, telles que la Cour suprême du Canada a entendu ce concept dans l'arrêt *Garcia Transport ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499.

¹⁹ Par exemple et en matière de vente à la suite d'un appel d'offres, le contrat sera régi en l'absence de désignation par les parties par le droit de l'acheteur: art. 3114 CCQ.

Tous les préjudices que peuvent subir les consommateurs ne découlent toutefois pas d'un contrat:

3126.L'obligation de réparer le préjudice causé à autrui est régie par la loi de l'État où le fait générateur du préjudice est survenu. Toutefois, si le préjudice est apparu dans un autre État, la loi de cet État s'applique si l'auteur devait prévoir que le préjudice s'y manifesterait.

3128.La responsabilité du fabricant d'un bien meuble, quelle qu'en soit la source, est régie, au choix de la victime,

1° par la loi de l'État dans lequel le fabricant a son établissement ou, à défaut, sa résidence;

2° par la loi de l'État dans lequel le bien a été acquis.

Le droit applicable étant ainsi cerné, il faut encore établir quel tribunal doit être saisi d'un litige:

3134.En l'absence de disposition particulière, les autorités du Québec sont compétentes lorsque le défendeur a son domicile au Québec.

3149.Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée.

S'ajoutent à la compétence des tribunaux québécois les cas d'actions personnelles²⁰ où une faute a été commise au Québec, où un préjudice y a été

²⁰ et donc non réelles, i.e. ne visant pas des droits immobiliers.

subi, où une obligation contractuelle devait y être exécutée ou ceux où le défendeur a reconnu leur compétence²¹. Même dans les cas où, en principe, l'autorité québécoise ne serait pas compétente, elle peut entendre un litige si l'exercice d'un recours est impossible à l'étranger et que l'affaire «présente un lien suffisant avec le Québec»²².

Par contre, les tribunaux québécois pourront décliner l'exercice de leur juridiction lorsqu'ils estiment «que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige.»²³ Ils pourront également surseoir en présence d'une affaire pendante identique devant les autorités d'un autre État, à condition que la décision de ces dernières puisse être reconnue au Québec²⁴.

À cet égard justement, «[t]oute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec», sauf dans des cas où, par exemple, l'autorité étrangère n'était pas compétente, où la décision a été rendue «en violation des principes essentiels de la procédure» ou qu'elle est «manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales»²⁵.

Il ne s'agit évidemment pas ici de procéder à une analyse exhaustive du régime québécois de droit international privé ou de disséquer chacune de ces dispositions, mais d'illustrer qu'il existe des règles permettant de trancher les conflits de loi et de juridiction, et que l'application de ces règles n'est pas simple.

2.5 L'INTÉGRATION CANADIENNE

Au dix-neuvième siècle, le droit britannique se montrait assez réticent à la reconnaissance des décisions rendues par les tribunaux étrangers. Il est arrivé que les tribunaux canadiens appliquent les mêmes principes; cette politique a toutefois été vivement critiquée par la Cour

²¹ Art 3148 CCQ. Cette recension n'est pas exhaustive.

²² Art. 3136 CCQ.

²³ Art. 3135 CCQ.

²⁴ Art. 3137 CCQ.

²⁵ Art. 3155 CCQ.

suprême du Canada²⁶. Ses arrêts ont fait en sorte que les tribunaux canadiens reconnaissent du moins l'autorité des décisions des autres tribunaux canadiens beaucoup plus facilement. Cette attitude comporte évidemment un intérêt certain pour nos fins.

Dans l'arrêt *Morguard*, des entreprises étaient créancières hypothécaires de terrains situés en Alberta. Le débiteur résidait en Alberta au moment de constitution des hypothèques. Il a ensuite déménagé en Colombie-Britannique et a cessé de faire des affaires en Alberta. Les entreprises ont obtenu un jugement en Alberta contre le débiteur en son absence, parce qu'il n'avait pas acquitté ses dettes. Elles ont ensuite cherché à faire exécuter le jugement obtenu en Colombie-Britannique, là où habitait maintenant leur débiteur, ce à quoi il s'est opposé.

Dans sa décision, la Cour suprême a mis l'accent sur l'intégration croissante dans le monde moderne, et *a fortiori* au sein de la fédération canadienne. Comme l'exprime le juge La Forest,

Les États modernes ne peuvent cependant pas vivre dans l'isolement le plus complet et ils appliquent effectivement les jugements rendus dans d'autres pays dans certaines circonstances. [...] Ainsi, nous avons vu que nos tribunaux appliquent un jugement pour violation de contrat rendu par le tribunal d'un autre pays si le défendeur s'y trouvait lorsque l'action a été intentée ou si le défendeur a accepté de se soumettre à la compétence du tribunal étranger. Cela a été jugé conforme aux exigences de la courtoisie, qui constitue le principe de fond du droit international privé et qu'on a définie comme la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les

²⁶ *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289.

actes qu'un autre État a légitimement accomplis sur son territoire.²⁷

[...]

En un mot, les règles du droit international privé sont fondées sur la nécessité qu'impose l'époque moderne de faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre.²⁸

La Cour distingue par ailleurs la situation qui avait cours au dix-neuvième siècle, où le défendeur absent d'un for pouvait très difficilement faire valoir ses droits ou même être informé en temps utile de l'existence d'un recours contre lui, de l'état actuel du monde, où les communications sont évidemment infiniment plus faciles²⁹. Or, si on devrait donc reconnaître plus facilement les décisions des autorités d'autres pays, il va de soi que la coopération entre les tribunaux du même pays devraient être plus étroites encore, la Constitution canadienne établissant un marché commun et les obstacles à son fonctionnement devant être réduits dans toute la mesure du possible³⁰:

Ces arrangements mêmes répondent à la nécessité impérieuse de pouvoir faire exécuter partout au pays les jugements obtenus dans une province. Mais ce n'est pas tout. Le système judiciaire canadien est organisé de telle manière que toute crainte de différence de qualité de justice d'une province à l'autre ne saurait être vraiment fondée. [...]

Ces divers arrangements et pratiques constitutionnels et non constitutionnels rendent inutile une clause de «reconnaissance totale» comme il en existe dans d'autres

²⁷ *Ibid.*, 1095.

²⁸ *Ibid.*, 1096-1097.

²⁹ *Ibid.*, 1098.

³⁰ *Ibid.*, 1099.

fédérations comme les États-Unis et l'Australie.³¹

Il ne fait donc pas de doute que, dans les circonstances qui s'y prêtent (et elles seront nombreuses), les autorités d'une province devraient reconnaître l'exercice valide des compétences de l'autre province. Il y aura exercice légitime lorsqu'on intentera un recours «à l'endroit qui a un lien réel et substantiel avec l'action»³². L'application des règles du droit international privé doit être empreinte «d'ordre et d'équité»³³.

Cette orientation très claire a été renforcée dans l'arrêt *Hunt*. Il s'agissait là de déterminer la validité d'une loi québécoise qui avait pour effet d'interdire la communication de documents à un tribunal de Colombie-Britannique entendant une affaire de responsabilité civile. De l'avis du tribunal, cette loi faisait inacceptablement obstacle à l'exercice légitime de la compétence du tribunal de Colombie-Britannique³⁴ et a donc été jugée «constitutionnellement inapplicable»³⁵.

Par conséquent et dans le cas où le tribunal d'une province rendrait, dans le cadre d'un recours collectif, une décision affectant les droits des résidents d'autres provinces, les autorités de ces dernières devraient en principe se soumettre à cette décision, à condition que ce tribunal ait pu constater l'existence d'un lien réel et substantiel entre sa juridiction territoriale et l'action et qu'il ait entendu l'affaire avec équité. Une loi provinciale qui, d'une manière ou d'une autre, ferait obstacle en principe à l'exercice légitime de sa juridiction par le tribunal d'une autre province pourrait être jugée «constitutionnellement inapplicable».

On notera d'autre part une question qui découle logiquement du dernier passage précité de l'arrêt *Morguard*. Si, en vertu de cet arrêt, les autorités canadiennes se doivent mutuellement un niveau élevé de courtoisie et si, d'autre part, la Constitution des États-Unis contraint les diverses

³¹ *Ibid.*, 1099-1100.

³² *Ibid.*, 1108.

³³ *Ibid.*, 1097.

³⁴ *Hunt, op. cit.*, 327.

³⁵ *Ibid.*, 331.

autorités au sein de cette fédération à un même niveau élevé, qu'en est-il toutefois en principe de la courtoisie que doivent les tribunaux canadiens aux décisions des tribunaux états-uniens? La question est manifestement capitale, mais n'a pas encore été tranchée par la Cour suprême, ou du moins pas dans le contexte qui nous intéresse.

2.6 QUELQUES ÉLÉMENTS DE CONCLUSION

On voit donc bien les trois (3) grands aspects du problème: détermination du droit applicable, détermination du tribunal compétent et, le cas échéant, reconnaissance dans son territoire des effets de la décision validement rendue par un tribunal étranger³⁶. On saisit aussi que, dans certains cas, plusieurs tribunaux pourront conclure qu'ils peuvent légitimement se saisir d'une affaire. Les cas de consommation mettant en cause des consommateurs dans plusieurs juridictions en donnent un remarquable exemple.

Toutefois et avant d'examiner plus précisément comment on peut circonscrire ces difficultés et les régler, il convient de tracer un portrait schématique de ce que sont les recours collectifs dans diverses juridictions et, accessoirement, de comment les questions liées aux recours transfrontaliers ont parfois été abordées.

3- QUELQUES RÉGIMES JURIDIQUES

Il appert que le recours collectif soit d'abord et avant tout une affaire nord-américaine. Des mécanismes plus ou moins semblables existent certes au Brésil, en république populaire de Chine, en Indonésie ou en Suède³⁷, tout

³⁶ Un tribunal étranger a par exemple pu être validement saisi d'un litige entre deux parties, le défendeur ayant par la suite déménagé au Québec avec tous ses biens; le tribunal saisi ne perdrait pas de ce fait sa compétence, mais la décision qu'il rendra contre ce défendeur ne pourrait sans doute être exécutée qu'au Québec, de sorte qu'elle devra d'abord être reconnue par les autorités locales. Il ne s'agit plus alors pour le tribunal étranger de donner un effet extraterritorial à sa décision, mais d'accepter d'appliquer ici la décision valide de cette autorité.

³⁷ Rowe, Thomas. *Shift happens: pressure on foreign attorney-fee paradigms from class actions*. [2003] 13 Duke J. of Comp. & Int'l L. 125, 126. L'auteur fait la thèse que les modalités de rémunération des avocats dans de nombreuses juridictions constituent un obstacle presque insurmontable au succès du recours collectif, l'intérêt financier étant pour eux insuffisant.

comme aux Pays-Bas, au Portugal ou en Espagne³⁸ mais, hors du Canada et des États-Unis, seuls le Royaume-Uni et l'Australie peuvent prétendre disposer d'outils procéduraux vraiment comparables au recours collectif tel que nous le connaissons – et encore, on le verra, est-ce assez relatif.

3.1 LE CANADA

Le Québec a été la première juridiction au Canada à se doter d'un régime de recours collectif, ce qu'il a fait dès 1978. L'Ontario a suivi en 1992 et la Colombie-Britannique en 1995. À la suite notamment d'une décision rendue par la Cour suprême du Canada en 2001 dans une affaire en provenance de l'Alberta³⁹, six (6) autres provinces ont emboîté le pas. Seule l'Île-du-Prince-Édouard n'aurait pas encore établi un mécanisme de recours collectif, et encore y avait-on déposé un projet de loi en 1997, qui est mort au feuillet.

1- le régime québécois

Lorsque le législateur québécois a voulu établir ce nouveau mode procédural, il s'est directement inspiré des règles en vigueur au niveau fédéral aux États-Unis. Le processus d'autorisation de l'exercice du recours, notamment, y a été largement emprunté.

L'autorisation d'exercer un recours constitue, au Québec comme dans toutes les juridictions nord-américaines, une étape clé du processus. Elle est demandée par une personne qui, au Québec, doit être un membre du groupe de personnes qu'il s'agit de représenter⁴⁰. Par exception, une personne morale ou une association peut être reconnue à titre de représentante sans être elle-même membre du groupe si l'un de ses membres est membre du groupe et si «l'intérêt de ce membre est relié aux objets» de l'association⁴¹: il

³⁸ Hodges, Christopher. *Multi-party actions: a european approach*. [2001] 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 321, 327-328. Ces régimes ont respectivement été mis en place en 1994, 1995 et 2001.

³⁹ *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534. En l'absence de dispositions particulières, la cour a fait appel à son pouvoir inhérent pour établir des règles afin de faciliter l'exercice de droits collectifs. On ne s'étonne que les législatures aient dès lors ressenti l'utilité de combler le vide juridique avant que les tribunaux ne le fassent.

⁴⁰ *Code de procédure civile*, L.R.Q., c.C-25 (ci-après le «CPC»), art. 999 et 1002.

⁴¹ Art. 1048 CPC.

s'agit par exemple de permettre à une association de consommateurs d'agir à titre de représentante dans le cadre d'un recours collectif, à la condition qu'au moins un des membres de cette association ait personnellement un intérêt réel dans le litige envisagé.

Au stade de l'autorisation, le requérant doit convaincre le tribunal de la similitude des faits et des questions de droit soulevées par la situation de l'ensemble des membres, de sa capacité d'assurer une représentation adéquate et de la difficulté qu'il y aurait à recourir à un mode procédural différent. Le jugement autorisant le recours décrit le groupe qui sera lié par le processus. Il ordonne également la publication d'un avis à l'intention des membres, afin qu'ils puissent exercer leur droit de se retirer du processus avant une date butoir elle aussi fixée dans le jugement⁴².

Ce droit de retrait, ou d'*opt-out*, joue un rôle fondamental. Il permet en effet à une personne de se délier du processus, et donc de faire valoir ses droits elle-même: elle ne sera pas liée par le jugement final – avec cet inconvénient, bien sûr, qu'elle ne pourra non plus s'en prévaloir s'il est favorable aux membres du groupe⁴³. En contrepartie et si un très grand nombre de personnes devaient s'exclure du groupe dans le cadre d'un recours, le défendeur pourrait se voir poursuivi à la fois dans le recours collectif et dans plusieurs recours individuels. Il s'agit toutefois d'un cas de figure qu'on n'observe pas.

L'exercice du recours étant autorisé et les membres qui le souhaitent ayant pu s'exclure, on procède ensuite à l'audition de la cause. Le représentant n'a pas à répondre de ses actes auprès des membres, dont les droits sont d'ailleurs restreints⁴⁴, mais il ne peut ni amender sa demande, s'en désister ou conclure une transaction sans le consentement du tribunal⁴⁵.

Les tribunaux québécois ont par ailleurs admis, au stade de l'autorisation, que le groupe au bénéfice de qui le recours était intenté inclue

⁴² Art. 1005-1006 CPC.

⁴³ Art. 1007-1008 CPC.

⁴⁴ Art. 1017-1021 CPC.

⁴⁵ Art. 1016, 1025 CPC.

des non-résidants, en assortissant toutefois leur décision de mécanismes de retrait facultatif (ou *opt-out*)⁴⁶.

Le régime québécois comporte enfin cette caractéristique qu'un organisme a été établi, le Fonds d'aide aux recours collectifs, qui a pour vocation de favoriser le dépôt de requêtes en autorisation en contribuant financièrement à cette fin⁴⁷. Peu de juridictions ont établi des fonds de cette nature et moins encore semblent en avoir fait un succès, alors qu'il ne paraît pas faire de doute que le Fonds a joué un rôle extrêmement utile dans le développement du recours collectif au Québec⁴⁸.

2- les autres régimes canadiens

Les régimes mis en place dans les autres provinces canadiennes s'apparentent dans les grandes lignes au régime québécois. On constate néanmoins certaines distinctions, qui tiennent à deux (2) facteurs. D'abord, le temps a passé et on a pu vouloir faire mieux, à la lumière de l'expérience. Ensuite, les autres juridictions canadiennes se sont inspirées non seulement du droit positif, mais aussi d'une loi modèle élaborée par la Conférence canadienne sur l'harmonisation des lois.

D'abord, les modalités d'autorisation du recours ont été quelque peu allégées au Québec, alors qu'elles demeurent plus exigeantes pour les requérants dans les autres juridictions. Ensuite, les régimes de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Saskatchewan et de Terre-Neuve⁴⁹ et du Labrador contiennent des règles particulières en matière de recours transfrontaliers, qui permettent explicitement à un représentant de demander l'agrément d'un groupe incluant des non-résidants dans la juridiction du tribunal qui seront liés par la décision rendue dans la mesure où ils optent pour cette inclusion: il s'agit d'un régime dit d'*opt-in*.

⁴⁶ Par exemple, *Hotte c. Servier Canada inc.*, JE 2002-259 (C.S.).

⁴⁷ Le Fonds a été constitué en vertu de l'article 6 de la *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1.

⁴⁸ Rowe, *op. cit.*, 137-138.

⁴⁹ *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5, art. 17; *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 16; *Class Actions Act*, S.S. 2001, c. 12.01, art. 18; *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. 18.1, art. 17.

D'autre part, les règles de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Manitoba, du Saskatchewan et de Terre-Neuve et Labrador admettent explicitement que le représentant puisse ne pas être un membre du groupe⁵⁰, une solution qui ne sera normalement possible au Québec que si une personne membre du groupe est membre de l'association qui obtient le statut de représentant.

Les régimes mis en place en Ontario⁵¹ et dans les Règles de procédure de la Cour fédérale du Canada⁵² comportent par ailleurs cette caractéristique moins fréquente qu'ils permettent de constituer non seulement un groupe de demandeurs, mais aussi un groupe de défendeurs⁵³. On peut dès lors concevoir un recours doublement collectif, où un groupe de demandeurs poursuivrait un groupe de défendeurs⁵⁴; on imagine la complexité que pourrait alors prendre la question transfrontalière.

3.2 LES ÉTATS-UNIS

Les poursuites en dommages en matière de responsabilité (ou, plus précisément, de *tort*) ont coûté deux cent soixante milliards de dollars des États-Unis (260,1 G USD) en 2004: ce n'est pas rien⁵⁵. Bien sûr, il ne s'agissait pas dans tous les cas de recours collectifs, mais ce mode procédural a quand même une bonne place dans la nomenclature des facteurs qui contribuent à ce que l'activité judiciaire réparatrice prenne tant de place dans la société et dans l'économie des États-Unis.

Le système judiciaire états-unien ne pêche pas par simplicité excessive. Les États établissent leurs tribunaux, mais la juridiction fédérale s'exerce aussi par l'entremise de tribunaux présents dans tout le pays, et les

⁵⁰ À la condition toutefois de convaincre le tribunal que l'intérêt de la justice ne serait pas autrement bien servi.

⁵¹ *Loi sur le recours collectif*, L.O. 1992, c. 6.

⁵² Les règles ont été amendées en 1998 pour inclure le recours collectif: DORS/98-106, amendées à nouveau par DORS/2002-417.

⁵³ Quant à certaines questions liées aux particularités de groupes de défendeurs, Morabito, Vince. *Defendant class actions and the right to opt out: lessons for Canada from the United States*. [2004] 14 Duke J. of Comp. & Int'l L. 197.

⁵⁴ *Ibid.*, 200.

⁵⁵ Towers Perrin Tillinghast. *U.S. Tort Costs and Cross-Border Perspectives: 2005 Update*. 21 p. P. 6. Malgré la dimension «comparative» du document, on y évoque le Danemark ou la Pologne, mais pas le Canada. En 2004, le coût des *torts* équivalait à 2,22% du PNB des États-Unis en 2004.

compétences des uns et des autres se chevauchent couramment. Les questions relatives à la détermination du tribunal compétent et le pouvoir des tribunaux fédéraux d'évoquer devant eux des affaires introduites devant les tribunaux des États prennent donc une grande importance.

Tant les droits des États que le droit fédéral permettent l'introduction de recours collectifs. Comme on l'a noté, les régimes canadiens, et notamment celui du Québec, ont été inspirés des modèles états-uniens, et notamment du régime fédéral. Il ne paraît donc pas nécessaire de décrire ici en détail les règles appliquées aux États-Unis.

Il faut cependant mettre l'accent sur quelques éléments. D'une part, les conflits interjuridictionnels ont pris dans les dernières années aux États-Unis une acuité exceptionnelle, notamment parce que les procureurs agissant en demande n'étaient pas sans savoir que les tribunaux de certains États, ou même de certains districts, étaient nettement mieux disposés envers les plaignants que ceux d'autres juridictions. On cherchait par conséquent à tout prix à établir un rattachement entre la cause d'action et tel ou tel district, afin d'y instituer un recours. Il en résultait inévitablement que, dans bien des cas, la majorité des membres du groupe visé ne se trouvaient pas dans la juridiction du tribunal.

Les questions reliées aux groupes transfrontaliers ont par conséquent pris une grande importance. On a généralement admis que le jugement rendu dans un État pouvait être opposé aux résidents de tous les États dans la double mesure où ces derniers avaient été adéquatement informés de l'exercice du recours et de leur droit de s'en exclure, et qu'ils avaient été représentés adéquatement⁵⁶.

On observait d'autre part des pratiques de plus en plus scabreuses à l'égard des modes de rémunération de certains procureurs

⁵⁶ *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 105 S. Ct. 2965 (1985). Dans cette affaire, déterminante en matière de reconnaissance de la validité des recours transfrontaliers, chaque membre du groupe, même ceux situés hors de l'État où le recours était entendu, avait reçu individuellement un avis écrit de l'existence du recours et du droit d'exclusion. Cette pratique fait contraste avec les cas où on se borne à un affichage médiatique, solution qui s'impose toutefois lorsqu'il n'est pas possible d'identifier avec quelque précision les membres du groupe.

agissant en demande. Ces facteurs, notamment, ont contribué à l'adoption du *Class Action Fairness Act of 2005*⁵⁷. On se concentrera ici sur les questions reliées au choix du for.

Dans les cas où la valeur d'un litige excède cinq millions de dollars et où l'un quelconque des membres d'un groupe de plaignants réside dans un État autre que celui d'un autre plaignant, les tribunaux fédéraux auront désormais en principe seuls compétence sur le litige. La même règle s'applique lorsqu'un membre du groupe et le défendeur proviennent d'États différents.

Toutefois et dans les cas où une proportion entre le tiers et les deux tiers des demandeurs se trouvent dans l'État où la demande a été introduite, le tribunal fédéral peut décliner sa compétence au bénéfice du tribunal de l'État en question. Le tribunal fédéral doit d'autre part décliner compétence si plus des deux tiers des plaignants se trouvent dans le même État et où au moins un des défendeurs principaux s'y trouve également⁵⁸.

Les cours fédérales exerçant en principe leur autorité sur tout le territoire de l'Union, la décision qu'elles rendront dans un recours collectif sera en principe exécutoire sur tout le territoire. La question transfrontalière ne se pose donc pas au plan de la compétence ou de l'étendue d'une juridiction qui pourrait paraître extraterritoriale si le tribunal du Texas, par exemple, cherchait à déterminer les droits d'un consommateur du Rhode Island. Les problèmes reliés à l'information et à la représentation effective des droits de ces consommateurs résidant loin de là où l'affaire est entendue demeurent néanmoins.

Les tribunaux états-uniens se montrent d'autre part plus réticents à permettre à des ressortissants étrangers d'intenter des poursuites aux États-Unis, notamment pour bénéficier des avantages que peut procurer le régime états-unien aux victimes de certains types de comportements, lorsque le préjudice occasionné à ces derniers n'a aucun lien, ou que des liens très

⁵⁷ P.L. 109-2, 18 février 2005.

⁵⁸ Les dispositions en cause sont nettement plus détaillées et comportent quelques autres exceptions.

ténus, avec le territoire des États-Unis⁵⁹. Par contre, ils ne s'opposeront pas en principe à ce que des ressortissants étrangers puissent obtenir communication de documents déposés dans le cadre de procès tenus aux États-Unis et qui pourraient s'avérer utiles à ces ressortissants dans le cadre de recours, et notamment de recours collectifs, qu'ils auraient intentés dans leur propre for⁶⁰.

3.3L'AUSTRALIE

On connaît évidemment le statut fédéral de l'Australie. Au plan judiciaire, les composantes de la fédération se sont dotées d'un système de tribunaux, un peu comme les provinces canadiennes, mais il existe aussi une Cour fédérale, dont le champ d'intervention est nettement plus étendu que celui de la Cour fédérale canadienne. La Cour fédérale australienne détient en effet une juridiction générale sur les matières régies par la législation fédérale, qui embrasse elle-même une grande variété de questions, y compris la responsabilité des fabricants, la sécurité alimentaire et une bonne part du secteur financier.

D'autre part, et la chose peut étonner, l'Australie serait la juridiction où on observerait le plus haut taux d'avocats *per capita* au monde⁶¹. Les mauvaises langues seront dès lors tentées de dire qu'on ne devrait pas s'étonner que le recours collectif – ou plus précisément le *representative* ou *group proceeding* – y ait fait ses premiers pas en 1992 et qu'il y connaisse un franc succès.

La Cour fédérale d'Australie a été la première juridiction à s'y doter de règles relatives au *representative proceeding*, dont la souplesse

⁵⁹ *F. Hoffmann-La Roche v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004), où la Cour suprême a indiqué que les tribunaux états-uniens sont peu susceptibles d'intervenir à l'égard de transactions entièrement conduites hors du territoire des États-Unis.

⁶⁰ On verra par exemple *VitaPharm Canada Ltd. v. Hoffmann-La Roche Ltd.*, (2003) 30 C.P.C. (5th) 107 (C.A. Ont.) et *In re Baycol Products Litigation*, MDL No. 1431 (D. Minn.), pour l'admissibilité dans un recours collectif ontarien d'un tel type de preuve et la flexibilité des autorités états-uniennes.

⁶¹ Clark, S. Stuart; Harris, Christina. *Multi-plaintiff litigation in Australia: a comparative perspective*. [2001] 11 Duke J. of Comp. & Int'l L., 289.

paraît remarquable⁶². D'abord, l'exercice du recours ne requiert aucune autorisation: c'est le défendeur qui doit convaincre le tribunal qu'il existe quelque motif pour lequel le recours collectif ne devrait pas être exercé⁶³. On entendait ainsi faire l'économie des délais et des inconvénients éprouvés aux États-Unis à l'étape de l'autorisation. Par contre, la demande doit établir qu'au moins sept (7) personnes peuvent faire valoir contre un même défendeur des droits qui soulèvent des questions de fait et de droit similaires⁶⁴.

Les membres du groupe décrit dans la demande peuvent s'en exclure par avis écrit, le tribunal devant fixer les modalités en vertu desquelles les membres du groupe sont informés de la manière dont ils peuvent s'exclure⁶⁵. Le membre qui ne s'exclut pas sera lié par le jugement final⁶⁶. Il ne peut y avoir désistement de la part du demandeur ou transaction sans l'approbation du tribunal. D'autre part, les règles permettent expressément la constitution de sous-groupes dont les intérêts sont légèrement différents.

En contrepartie, le tribunal est doté d'un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet à tout moment en cours d'instance de conclure, de son propre chef ou à la requête du défendeur, qu'il devrait mettre fin au recours, notamment parce que le coût en serait excessif, parce que le recours ne constitue pas un mécanisme efficace et efficient pour décider des droits des membres du groupe ou, plus généralement, parce qu'il n'est pas opportun de maintenir le recours⁶⁷. À défaut de contrôle au niveau de l'autorisation, le juge du procès peut donc évaluer en tout temps la pertinence du recours, compte tenu notamment de son déroulement.

⁶² *Federal Court of Australia Amendment Act*, 1991, no 181, § 3 (Cth.), entrée en vigueur le 4 mars 1992.

⁶³ Clark *et al.*, pp. 296-297.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 298.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 299-300.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 301.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 302-303.

Par ailleurs, un seul des États membres du Commonwealth d'Australie, l'État de Victoria⁶⁸, semble jusqu'à maintenant s'être doté de règles qui régissent le *group proceeding*⁶⁹. Les règles de l'État de Victoria sont calquées sur celles de la Cour fédérale.

On dispose de peu d'indications sur la prévalence de recours transfrontaliers en Australie, ou mettant en cause les intérêts d'Australiens. La faculté accordée au tribunal d'admettre l'existence de sous-groupes et de leur accorder un traitement différent permettrait assurément de moduler un jugement australien en tenant compte des intérêts de membres du groupe provenant de juridictions différentes. La grande latitude donnée au juge du procès lui permettrait sans doute aussi de baliser le déroulement du recours en tenant compte de cette dimension.

3.4 L'UNION EUROPÉENNE

1- le Continent

Le recours collectif, tel qu'on le connaît en Amérique du Nord, demeure pour l'instant absent du paysage judiciaire européen, sinon dans une certaine mesure au Royaume-Uni. On sait que la République française réfléchit aussi présentement à l'institution d'un processus de cette nature⁷⁰. Les juridictions européennes ont toutefois, pour l'instant, opté plutôt pour d'autres voies.

D'une part, le recours collectif, comme tout procès, a d'abord vocation curative. Les sociétés européennes préfèrent prévenir, et donc régler davantage⁷¹.

⁶⁸ Clark *et al* ne recensent que cet État et on a été incapable d'identifier des règles analogues dans d'autres États, et notamment en *New South Wales*. L'étude à cet égard n'a cependant pas été exhaustive.

⁶⁹ *Supreme Court (General Civil Procedure) Rules 1996, Or. 18A (Vict.)*, ajouté par un amendement de 1999 entré en vigueur le premier janvier 2000.

⁷⁰ Des représentants d'Option consommateurs ont d'ailleurs eu l'honneur de rencontrer au printemps 2006 une délégation conduite par le député-maire d'Avrillé afin de discuter de ces questions.

⁷¹ En Amérique du Nord, le coût de l'activité réglementaire est certes décrié, mais le coût croissant de l'activité judiciaire l'est aussi. D'une manière ou de l'autre, il faut bien que les auteurs d'un préjudice l'indemnisent, sauf à renoncer à la justice la plus élémentaire (et on remonte ici au fond à la loi du talion, il

D'autre part et dans la mesure où les États européens envisagent l'avenue judiciaire et la mise en place d'un mécanisme permettant une action collective, plusieurs ont préféré jusqu'à maintenant accorder des droits d'action à des associations représentatives des consommateurs, plutôt que de permettre aux individus d'exercer des recours⁷². Ce type d'intervention, inventé en Allemagne en 1909, a depuis été imité en Belgique, en Espagne, en France, en Grèce, en Italie, au Luxembourg, aux Pays-Bas et au Portugal⁷³. On ne s'étonne donc pas que le droit communautaire lui-même fasse maintenant écho à la faculté donnée aux associations de consommateurs d'agir judiciairement pour obtenir une ordonnance de cessation d'un comportement illégal et, dans certains cas, d'obtenir des réparations⁷⁴.

Le droit continental comporte aussi cette caractéristique que, dans plusieurs États, les victimes d'une infraction peuvent se constituer parties civiles dans un procès pénal, de sorte que le tribunal qui détermine par exemple qu'une entreprise a commis une infraction en offrant un produit dangereux peut aussi statuer sur le droit des victimes à l'indemnisation du préjudice subi, sans que ces dernières aient à faire la preuve de la faute, puisque le procureur pénal s'est chargé d'administrer cette preuve⁷⁵.

On ne s'étonne donc pas outre mesure que, jusqu'à maintenant, les juridictions européennes aient trouvé peu d'intérêt au recours collectif ou à des actions de groupe plus ou moins similaires: d'autres moyens existent, qui permettent de prévenir les fautes ou d'en obtenir réparation. Seul le Royaume-Uni fait, dans une modeste mesure, un peu exception.

2- le Royaume-Uni

y quelques millénaires), et il ne s'agit plus que de voir comment on peut le plus efficacement assurer la paix et la sécurité, et internaliser les coûts qui en découlent.

⁷² Hodges, *op. cit.*, p. 323.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JO L 166 du 11.6.1998, pp. 51-55.

⁷⁵ Hodges, *op. cit.*, pp. 331-332.

Le droit britannique, et plus précisément l'*equity*, recourt à l'occasion à des actions de groupe depuis le Moyen-Âge; on en recense des cas aux seizième, dix-septième et dix-huitième siècles⁷⁶. Le régime juridique a toutefois été modifié significativement en 1998⁷⁷ et en 2000.

En vertu de l'article 19.6 des CPR, une personne, parmi plusieurs qui, dans le cadre d'un litige, ont un même intérêt, peut agir comme représentant, ou le tribunal peut ordonner que l'une d'elles agisse comme représentant. Ce régime fait en sorte qu'un individu peut en représenter d'autres sans leur consentement et, à l'occasion, sans même avoir besoin d'être autorisé par le tribunal. Les personnes représentées n'ont pas à être informées de la nomination d'un représentant, ce dernier jouant par ailleurs un rôle déterminant dans la conduite du litige⁷⁸. Dans le cadre d'une telle *representative action*, le tribunal n'est pas non requis d'autoriser une transaction intervenue entre les parties. En principe, le jugement ne sera cependant pas automatiquement opposable aux personnes représentées⁷⁹. Autre difficulté associée à ce recours, les dommages exacts de toute personne qui voudrait se prévaloir du jugement doivent avoir été particularisés⁸⁰.

Les CPR ont été amendées en 2000 pour rendre possible l'institution de *group litigation orders*. En vertu de ce mécanisme, un demandeur requiert d'abord un *solicitor* de consulter le *Multi-Party Action Information Service* géré par le barreau britannique afin de déterminer si d'autres affaires analogues sont inscrites, qui pourraient donner lieu à une *group action*. Une requête en autorisation doit être présentée au tribunal compétent qui, même si elle est approuvée, ne devient exécutoire qu'avec le consentement de l'équivalent du juge en chef⁸¹.

⁷⁶ Morabito, *op. cit.*, p. 203, et notamment les notes 18 et 19.

⁷⁷ Les règles de procédure ont subi à cette occasion une réforme majeure, avec l'adoption des *Civil Procedure Rules*, qui ont remplacé et modernisé plusieurs textes antérieurs (ci-après également les «CPR»).

⁷⁸ Andrews, Neil. *Multi-party proceedings in England: representative and group actions*. [2001] 11 Duke J. of Comp. & Int'l L. 249, 252-253.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 253-256.

⁸¹ Quant à la description plus détaillée de ce processus, *ibid.*, pp. 258-261.

Le tribunal saisi de la requête de *group litigation order* doit d'abord déterminer les questions communes de droit et de fait. Le régime repose principalement sur l'adhésion des membres du groupe: il s'agit en principe d'un mécanisme d'*opt-in*, ce qui écarte évidemment l'essentiel des difficultés susceptibles d'être reliées à des recours transfrontaliers. Une complication survient cependant du fait que les actions pendantes peuvent être jointes au groupe sur décision du tribunal. La décision rendue sur le fond lie en principe toute personne qui s'est inscrite dans le groupe.

Les règles de procédure britannique établissent donc deux (2) mécanismes relativement dissemblables, et assez différents du recours collectif tel qu'on le pratique en Amérique du Nord. Leurs modalités font en sorte que les problématiques associées aux recours transfrontaliers sont pour l'instant peu susceptibles de poser des difficultés importantes. Il ne semble pas par ailleurs que ces régimes, et notamment le *group litigation order*, aient pris jusqu'à maintenant une importance démesurée dans le paysage judiciaire britannique.

4- L'ÉQUILIBRE DES DROITS

4.1 LE PROBLÈME DE L'INFORMATION

Une entreprise a commis une faute, dont sont victimes des consommateurs dans plusieurs juridictions. Les règles de droit international privé dans ces divers États permettent tout probablement aux victimes d'intenter individuellement des recours contre l'entreprise. Les règles procédurales applicables dans leur État de résidence peuvent leur permettre d'y intenter un recours collectif au bénéfice de tous les membres du groupe habitant dans cet État, et cela ne pose pas de difficulté. Mais une victime peut choisir d'intenter dans son ressort un recours collectif⁸² en prétendant représenter des personnes résidant dans plusieurs États: pourquoi le ferait-elle, dans quels cas peut-elle le faire et qu'arrive-t-il alors?

⁸² Elle pourrait aussi choisir d'intenter son recours dans un autre forum, comme celui du défendeur, mais cela ne change pas fondamentalement l'analyse et complique l'explication.

Une victime, qui devient de ce fait le représentant, pourra vouloir intenter son recours devant le tribunal de sa résidence au bénéfice de toutes les victimes parce que les règles de droit international privé pourraient de toute manière inciter toutes les victimes à agir dans ce forum, qui pourrait être par exemple celui où le défendeur a son établissement, ou celui désigné dans les contrats avec toutes les victimes. Le représentant pourra aussi opter pour un forum parce que c'est celui où le droit applicable paraît le plus avantageux pour l'ensemble des victimes. En somme, la logique juridique peut mener à la conclusion que c'est bien dans ce forum qu'il serait le plus utile d'entendre la cause.

D'autres considérations peuvent également être prises en compte, qui sont moins purement juridiques. Par exemple et en agissant pour le compte d'un million de personnes plutôt que cent mille, le représentant et ses procureurs disposeront d'un levier de négociation plus considérable pour chercher à conclure une transaction. Par ailleurs, et surtout en Amérique du Nord, l'ampleur des honoraires des avocats étant souvent tributaire de la valeur totale des compensations accordées aux victimes, les procureurs pourront préférer représenter un groupe plus vaste, quitte à ce qu'il inclue les ressortissants d'autres États. Ils définiront alors généreusement le groupe de personnes qu'il s'agit de représenter.

Pour sa part, le défendeur peut lui aussi préférer un recours unique, plutôt que d'avoir à se défendre dans une dizaine de forums, par exemple⁸³.

On conçoit dès lors qu'on ne peut pas proposer une analyse simple des situations où il y a recours collectif à impact transfrontalier: il s'agira dans certains cas de la solution juridiquement la plus logique, et qui devrait recueillir l'assentiment du plus grand nombre, alors qu'on aura affaire dans d'autres situations à une requête moins noblement motivée.

⁸³ Surtout si, par exemple, le recours est intenté au Canada plutôt qu'aux États-Unis, les tribunaux canadiens étant notamment moins portés à accorder des dommages exemplaires et les procès ayant lieu devant juge seul: Osler, Hoskin & Harcourt. *Litigation: Class Actions – FAQ*, au www.osler.com/expertise_crossborder.aspx?id=10376.

Les tribunaux eux-mêmes, saisis de la définition d'un groupe devant bénéficier de la décision qu'on les appelle à rendre et qui inclut des ressortissants d'autres États, ont à déterminer dans quelle mesure il est conforme à l'ordre public et à la courtoisie internationale qu'ils agrément cette définition. Ils prendront en compte l'existence réelle de leur compétence à l'égard des droits de ces personnes, l'avantage qu'il y a à éviter la multiplication des litiges et leur capacité de préserver les intérêts de ces ressortissants étrangers.

En somme, les règles du droit international privé ainsi que des considérations d'efficience peuvent parfaitement justifier, dans un cas donné, qu'un groupe inclue des ressortissants étranger. Ce sera par exemple le cas de la poursuite en responsabilité contre le fabricant, intentée dans le for de l'établissement du fabricant, et dont les clients se trouvaient dans plusieurs juridictions. Il est alors vraisemblable que les droits internationaux privés de ces juridictions permettraient à peu près tous aux victimes d'intenter un recours dans le for de l'établissement du fabricant, de sorte qu'il serait juridiquement légitime que le groupe les inclue, et il serait plus simple de réunir toutes les causes d'action en un seul procès.

Pourquoi, dès lors, s'inquiète-t-on d'une telle situation? C'est que le ressortissant étranger peut ne pas être en mesure de faire valoir ses intérêts. Il peut ignorer qu'un recours susceptible d'affecter ses droits a été intenté, et il ne peut donc s'en exclure. Il ne peut exercer aucun contrôle, aucune influence sur le déroulement de l'affaire. Il se peut que le représentant agisse au détriment des intérêts de certains membres étrangers du groupe. Ces derniers peuvent s'en trouver empêchés d'exercer dans leur propre for un recours qui leur aurait été plus avantageux. En somme, la distance favorise ici l'ignorance et peut jouer contre certains membres étrangers du groupe. À tout le moins, il peut y avoir apparence de dérogation aux «principes essentiels de la procédure», pour reprendre l'expression de l'article 3155 CCQ⁸⁴.

⁸⁴ Et on pense ici entre autres à ce qu'on qualifie en *common law* aux principes de justice naturelle, comme le droit d'être entendu devant un tribunal dont la décision affecte nos droits et le droit d'être jugé par une personne indépendante et impartiale.

Il faut dès lors tenter de concilier ces intérêts. Il faut aussi, dans la perspective d'un État donné, distinguer deux situations. Dans certains cas, un recours collectif à portée transfrontalière sera intenté dans sa juridiction, et donc ses autorités⁸⁵ devront se préoccuper du respect des droits et des intérêts des non-résidants. Dans d'autres cas, les droits de ses propres résidants seront potentiellement affectés par des décisions rendues dans d'autres fors et il devrait alors donner à ses ressortissants les outils requis pour que justice soit bien rendue. On examinera successivement ces situations.

4.2 LES INTÉRÊTS DES NON-RÉSIDANTS

Dans les cas où le tribunal d'un État donné est saisi d'une requête en autorisation d'un recours collectif qui vise notamment des non-résidants, ce tribunal peut opter entre quatre avenues principales. Il peut tout simplement refuser d'inclure ces personnes dans le groupe. Il peut leur offrir d'adhérer au groupe (l'«opt-in»). Il peut aussi les inclure dans le groupe, tout en leur donnant la possibilité de s'en retirer⁸⁶. Il peut enfin surseoir, entièrement ou selon certaines modalités.

Le refus d'inclusion constituera parfois la meilleure solution, en raison par exemple de l'existence de divergences trop grandes entre les intérêts des résidants dans le for et ceux des non-résidants (ou de certains d'entre eux). On notera incidemment que les distinctions sur le fond entre les régimes juridiques applicables aux victimes provenant de diverses juridictions ne constituent pas nécessairement un obstacle insurmontable à l'autorisation du recours⁸⁷, mais les tribunaux refuseront parfois d'admettre une dimension transfrontalière pour cette raison⁸⁸: le droit ne paraît donc pas clairement fixé en cette matière.

⁸⁵ Législatives ou judiciaires.

⁸⁶ L'inclusion sans droit de retrait est évidemment exclue, tous les régimes nord-américains à notre connaissance incluant un droit de retrait même pour les résidants.

⁸⁷ *Harrington c. Dow Corning*, (1996) 22 B.C.L.R. (3d) 97 (S.C.), conf. 193 D.L.R. (4th) 67 (C.A.); (1998) 55 B.C.L.R. (3d) 316 (B.C.S.); (2001) 27 C.B.R. (4th) 230 (C.A.).

⁸⁸ *Bittner v. Louisiana-Pacific Corp.*, (1997) 43 B.C.L.R. (3d) 324 (S.C.).

Le refus d'inclusion constitue toutefois une solution que les tribunaux n'appliqueront le plus souvent qu'en dernier recours, en raison des avantages qu'il peut y avoir à procéder collectivement et à inclure les non-résidents ou certains d'entre eux. À cet égard, il paraît difficile de fixer des balises législatives, compte tenu de la grande variété des cas d'espèce et on ne voit pas non d'avantage à exiger l'exclusion systématique des non-résidents. Quitte à composer avec une certaine incertitude du droit, il paraît préférable de laisser les tribunaux évaluer dans chaque cas la pertinence de l'inclusion.

La solution de l'adhésion volontaire recèle évidemment de grands avantages au plan du principe. Elle fait en effet en sorte que seuls les non-résidents qui le désirent seront liés par le jugement rendu dans l'instance. Elle comporte toutefois deux (2) inconvénients. D'une part, elle facilite la multiplication des recours, au détriment de l'efficacité globale de la justice et de l'intérêt du défendeur à ne se battre que sur un front. Ensuite et pour être efficace, elle requiert un effort d'information important là où se trouvent des membres non-résidents potentiels, afin de les inciter à adhérer. On sait en effet que le taux de participation à des régimes d'«opt-in» est le plus souvent très faible, même quand les personnes concernées y trouveraient un avantage manifeste.

L'existence de règles législatives expresses en cette matière, comme on en trouve maintenant dans plusieurs provinces canadiennes, comporte d'autre part l'avantage de la clarté: les parties comme le tribunal savent comment elles doivent procéder à l'égard de l'hypothèse de l'inclusion de non-résidents dans le groupe visé par un recours collectif.

En Ontario, où le régime du recours collectif ne prévoit pas de telles règles, les tribunaux ont à l'occasion agréé des groupes transfrontaliers, ce qui a parfois entraîné l'émission de sursis à l'égard de requêtes en recours collectif fondées sur les mêmes faits dans d'autres provinces. Les tribunaux ontariens ont aussi opté à l'occasion pour la formation de sous-groupes au sein du groupe principal, en raison de la juridiction, et ont par exemple

affirmé qu'ils excluraient un sous-groupe du groupe principal si un recours collectif était autorisé dans le for concerné⁸⁹.

On pourrait dire à certains égards qu'un régime d'*opt-out* comporte les avantages et les inconvénients inverses; il faut cependant nuancer. Puisque l'adhésion est en principe automatique, le taux de participation formel sera fort élevé. Pour que les personnes visées puissent véritablement exercer leurs droits en toute connaissance de cause et en temps opportun, il faut toutefois consentir un effort d'information très considérable. Un exemple canadien récent l'illustre assez bien.

Dans l'affaire *Currie*, des personnes associées à l'entreprise visée avaient pris des mesures pour frauder notamment des consommateurs canadiens⁹⁰. Un recours avait été intenté dans l'État d'Illinois (où la défenderesse a incidemment son siège social) et le juge saisi, constatant que le groupe visé incluait des Canadiens, avait ordonné la publication d'un avis dans quelques médias canadiens. Deux recours collectifs ont par ailleurs été intentés au Canada; l'un des représentants, un dénommé Parsons, est intervenu devant le tribunal de l'Illinois pour contester le projet de transaction dont ce dernier était saisi. Les tribunaux ontariens ont conclu que puisqu'il avait pu faire valoir ses droits, il était en somme lié par la décision états-unienne.

Par contre, M. Currie n'avait pas comparu devant le tribunal de l'Illinois. Les tribunaux canadiens ont conclu dans ce cas qu'en raison de l'insuffisance des avis publiés dans les médias canadiens, les membres canadiens du groupe n'avaient pu exercer en toute connaissance de cause leur droit de se retirer en temps opportun du groupe états-unien, et donc qu'ils ne pouvaient être liés par la décision rendue en Illinois. M. Currie a donc été autorisé à exercer son recours. La Cour d'appel ontarienne a toutefois indiqué assez clairement que dans des cas où les citoyens canadiens

⁸⁹ *Wilson c. Servier Canada Inc.*, (2000) 50 O.R. (3d) 219; [2001] O.J. No. 1615 (S.C.J.); *Nantais c. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.*, (1996) 7 C.P. (4th) 199.

⁹⁰ *Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.*, (2004) 70 O.R. (3d) 53 (S.C.J.), conf. (2005) 74 O.R. (3d) 321 (C.A. Ont.). On notera qu'en l'occurrence, c'est le défendeur qui tentait d'opposer au demandeur la validité d'un jugement rendu dans un recours collectif transfrontalier étranger.

ont pu être informés adéquatement de leurs droits dans le cadre du déroulement d'un recours collectif transfrontalier à l'étranger, ils seraient en principe susceptibles d'être liés par la décision rendue dans un tel cadre.

Le degré d'information qui sera requis pourra varier selon les circonstances, mais il devrait être assez élevé. On peut à bon droit se demander par exemple si la publication d'un encart de seize (16) centimètres par quatorze (14) dans le coin inférieur gauche d'une page de petites annonces, dans une rubrique discrètement titrée: «Avis légaux – appels d'offres – soumissions – encans», et composé très densément dans un caractère plus petit que celui des petites annonces⁹¹, constitue un avis adéquat⁹². On a noté *supra* que dans la décision-phare en cette matière aux États-Unis, chaque membre potentiel du groupe avait personnellement reçu un avis écrit; si les pratiques courantes dans le domaine paraissent indiquer que des avis médiatiques suffisent en général à informer les membres, des décisions comme celle rendue dans l'affaire *Currie* indiquent bien les risques que courent les parties. L'incertitude à cet égard constitue une difficulté importante en matière d'*opt-out*.

L'absence de régime législatif précis en cette matière fait aussi en sorte que le tribunal saisi d'une affaire de ce type n'a que peu de balises. Au Québec par exemple, rien dans la loi ne permet au juge de distinguer facilement la portée des obligations d'information qui peuvent s'appliquer au Québec même et celles qui devraient s'appliquer à l'étranger, or les besoins peuvent être fort différents. Une affaire peut en effet avoir été l'objet d'une couverture journalistique importante au Québec, de sorte que les personnes potentiellement visées seront plus alertes, tandis que les résidents d'autres juridictions n'auront pas bénéficié de cet éclairage médiatique plus général: devraient-ils alors être ciblés plus précisément?

Enfin, le tribunal qui constate que le groupe visé inclut des non-résidents peut décider de surseoir. Il peut en effet conclure qu'il serait en fait

⁹¹ À l'oeil, le caractère moyen semble faire six (6) points et il est remarquablement fin.

⁹² Il s'agit en l'occurrence d'un avis d'indemnité, mais le principe est le même: il a trait à un projet de transaction ayant trait à des consoles de jeu *PlayStation* et il a été publié en page *Actuel* 9 de La Presse, 31 octobre 2005.

préférable que le recours principal soit exercé ailleurs, quitte toutefois à ne pas rejeter catégoriquement la requête tant qu'il n'est pas assuré qu'un recours sera bien intenté dans une autre juridiction. Il peut aussi accepter la requête, inclure dans le groupe les non-résidants, mais préciser que ces derniers ne seront pas visés par son éventuelle décision dans la mesure où un recours serait intenté dans leur propre juridiction.

4.3 LES INTÉRÊTS DES RESSORTISSANTS

C'est une chose de se préoccuper du sort qu'on réserve soi-même aux non-résidants, c'en est une autre d'envisager comment on doit accueillir la décision étrangère qui altère les droits de ses ressortissants. Là encore, il faut opérer certaines distinctions.

D'abord, bien sûr, il arrivera que les représentants agissant dans des recours collectifs au Canada, par exemple, jugeront qu'une décision rendue aux États-Unis, au bénéfice d'un groupe incluant des Canadiens, sert bien les intérêts des membres du groupe: ils se désisteront alors de leur recours et les membres du groupe bénéficieront de la décision rendue aux États-Unis⁹³. C'est la solution la plus simple.

Il pourra arriver toutefois que les représentants dans un for seront insatisfaits de ce règlement étranger. Ce fut le cas de l'affaire *Currie*, qu'on vient d'évoquer. C'est aussi ce qui s'est produit récemment au Québec. La Cour supérieure a rendu une décision dans une affaire transfrontalière qui indique bien l'importance accordée au respect des droits des membres non-résidants⁹⁴. Un client de la Banque HSBC avait introduit un recours collectif en Ontario en raison de la perception inappropriée de pénalités reliées au remboursement anticipé de prêts hypothécaires, et il a conclu un règlement avec la Banque avant même que l'exercice du recours soit autorisé. Au Québec, une requête en autorisation d'exercer un recours collectif visant essentiellement la même difficulté avait été déposée, mais non encore

⁹³ On présume évidemment ici que les membres du groupe seront effectivement informés de cette décision et exerceront les droits qu'elle leur confère.

⁹⁴ *HSBC Bank Canada c. Hocking*, 2006 QCCS 330 (Cour supérieure).

entendue. Tant le demandeur dans le recours ontarien que la Banque souhaitaient que la Cour supérieure rende le jugement ontarien exécutoire au Québec, ce à quoi s'opposait le requérant dans la cause québécoise.

Pour trancher le litige, la Cour s'est notamment inspirée des règles du droit international privé québécois pour déterminer si elle était tenue de reconnaître la compétence de l'autorité étrangère en la matière. Les contrats conclus entre la Banque et ses clients québécois n'ayant aucun lien avec le for ontarien, la compétence du tribunal étranger à leur égard paraissait inexistante. Par ailleurs, des carences sérieuses dans l'information fournie aux éventuels membres québécois du recours ontarien militaient également en faveur du rejet de la demande de reconnaissance. Le tribunal québécois s'est montré d'autant plus réticent à valider la décision ontarienne que le représentant ayant conclu cette transaction n'avait jamais été judiciairement autorisé à agir au nom de l'ensemble des membres putatifs du groupe visé par le recours qu'il avait introduit. La requête en reconnaissance a donc été rejetée.

On note dans l'affaire *Currie* comme dans l'affaire *HSBC* l'importance de la qualité de l'information fournie dans la décision du tribunal. Dans le second dossier, la Cour supérieure du Québec a par ailleurs conclu qu'il n'y avait pas eu exercice légitime de la compétence du tribunal ontarien, compte tenu de la ténuité des facteurs de rattachement entre les contrats conclus au Québec et ce tribunal.

Ce dernier élément nous ramène à l'arrêt *Morguard*. À l'égard d'une décision rendue par un tribunal canadien qui aurait un impact sur les résidents d'autres juridictions canadiennes, les autorités de la juridiction de «réception» du jugement ont assez peu de marge de manoeuvre: il y a pratiquement présomption que la décision devrait être accueillie et entérinée. C'est à ceux qui voudront s'objecter à cette réception qu'incombera le fardeau de démontrer qu'il n'y a pas eu exercice légitime de la juridiction du tribunal qui a rendu la décision.

La même déférence n'est pas due en principe aux décisions véritablement étrangères, encore que l'arrêt *Morguard* invite à l'ouverture. Au Québec, les dispositions du *Code civil* présument également de l'acceptation de la décision étrangère. Dans ce contexte, la vigilance paraît de mise: les résidants d'une juridiction pourraient fort bien se trouver liés par un jugement rendu ailleurs s'ils ne se sont pas exclus de ce processus en temps utile.

CONCLUSION

Trois éléments se dégagent de ce bref portrait. D'abord, les problèmes qu'on constate ont toutes les chances d'aller en s'accroissant, parce que les facteurs qui les causent s'amplifient. Ensuite, l'incertitude règne assez généralement. Enfin, la question de l'information se trouve au coeur du problème et, en principe, de la solution.

Si toute personne concernée pouvait être informée clairement et en temps opportun de tout recours collectif en voie d'être intenté et qui a un effet sur ses droits, il lui appartiendrait tout simplement de gérer ses affaires, que l'un ou l'autre de ces recours soit intenté là où il réside ou à l'étranger. Hélas, on n'en est pas là. L'information est éparse, obscure, et généralement méconnue.

Pourrait-on alors songer à un quelconque registre central des recours collectifs? L'idée paraît séduisante. Aucune juridiction n'a toutefois le pouvoir d'imposer à tous les tribunaux nord-américains la participation à ce registre: il ne pourrait s'agir que d'un effort volontaire. À défaut de collaboration par les tribunaux, il faudrait une vigie de tous les instants pour repérer tous les avis publiés sur le continent. La saisie de l'information pertinente n'est donc pas chose facile.

Ensuite, encore faudrait-il que les consommateurs consultent ce registre. On fait d'abord face ici au problème de l'analphabétisme fonctionnel. Ensuite, on conviendra qu'il n'est que modérément probable que la majorité des consommateurs internautes, pour ne citer qu'eux, consulte toutes les semaines, ou même tous les mois, un registre des recours collectifs intentés en Amérique du nord.

En troisième lieu, ce registre pourrait entraîner un effet pervers: s'il existait, il serait peut-être plus difficile pour un consommateur de bonne foi de plaider qu'il ignorait l'existence d'un recours donné, et donc que la décision défavorable par laquelle il s'est soldé ne devrait pas lui être opposable. Autre difficulté, la fiabilité de l'instrument ne saurait être absolue, mais son existence pourrait inciter les consommateurs raisonnablement diligents à ne pas rechercher ailleurs des informations relatives aux recours intentés. Ne disons rien des coûts.

Le problème de la transmission de l'information risque donc de demeurer sinon entier, du moins très substantiel, et il faut composer avec cette réalité.

La solution la plus simple paraît alors être celle de l'*opt-in*. Les droits du consommateur non-résidant ne seront pas affectés, à moins qu'il en ait positivement exprimé le souhait. Cela signifie cependant que, dans bien des cas, des consommateurs qui auraient pu en principe bénéficier d'une indemnité la perdront parce qu'ils n'ont pas pu adhérer en temps opportun. Au fond, les droits du justiciable sont tout autant affectés que par l'*opt-out*, mais en sens inverse, et on sait que, le plus souvent, moins de gens s'inscrivent qu'il n'y a de gens qui s'excluent. Dans ce cadre, l'*opt-in* paraît à la limite plus avantageux pour les défendeurs que pour les consommateurs.

Quant à l'*opt-out*, il fait en sorte que les consommateurs insatisfaits doivent plaider que le jugement rendu ne saurait leur être opposable, parce qu'il ne constituait pas, dans les circonstances, l'exercice légitime de la compétence du tribunal ou parce que les principes essentiels de la procédure n'ont pas été respectés adéquatement. Cette solution leur

impose un fardeau important et elle contribue à l'incertitude du droit quant aux effets véritables du jugement rendu dans un recours.

Voilà qu'il s'avère qu'on voudrait exclure toutes les avenues concevables... Mais on n'en voit guère d'autre. Il faut donc envisager la chose autrement.

Le recours collectif peut donner gain de cause aux consommateurs ou au défendeur. Dans le premier cas, les consommateurs préféreront l'*opt-out*: s'ils n'ont rien fait, ils gagnent quand même. Dans le second cas, il faut distinguer. Si le jugement défavorable est par ailleurs accueilli dans sa juridiction, il aurait préféré l'*opt-in*, puisqu'il se trouvera ici lié par un jugement défavorable pour n'avoir rien fait. Par contre et si, pour un motif comme l'insuffisance d'information, le jugement n'est pas accueilli dans sa juridiction, le consommateur est indifférent.