

## Langues, Cultures et Droits Comparé

Catherine Piché\*

Puisque le droit s'exprime d'abord par la langue, à la fois écrite et parlée, et parce que chaque langue est véhicule de droit et de notions juridiques, le droit et la langue sont évidemment inséparables, indissociables. Lorsque des juges s'expriment sur la définition de leur rôle, sur leurs fonctions et pouvoirs, de même que sur leurs pratiques, ils le font distinctement, en fonction de la langue parlée et du médium de communication en cause. C'est à travers cette lentille bien particulière que nous avons analysés ici les perceptions des juges quant à leur rôle lors de l'approbation des transactions conclues dans le cadre de recours collectifs, puis tenté d'isoler le facteur de la diversité linguistique. Nous y formulons une définition plus universelle de ce rôle, dans un esprit de réforme du droit, nuancée toutefois par certaines considérations culturelles et sociales propres aux juridictions étudiées.

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

### I - Introduction

En juillet 2010, l'auteure et professeure Lera Boroditsky publiait dans le *Wall Street Journal* un article intitulé "Lost in Translation",<sup>2</sup> dans lequel elle suggérait l'existence d'un lien causal entre la langue et la perception et conceptualisation des notions de temps, d'espace et de causalité, de même que leurs manifestations extérieures. Elle écrivait: "[d]o the languages we speak shape the way we think? Do they merely express thoughts, or do the structures in languages (without our knowledge or consent) shape the very thoughts we wish to express?"<sup>3</sup> Elle concluait que ce lien entre la langue et la pensée cognitive existait, illustrant son propos par l'exemple d'une tribu éloignée d'aborigènes australiens. Cette tribu avait pour particularité de se déplacer dans la

---

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

<sup>1</sup> P. Ricoeur, *Sur la traduction* (Paris: Bayard, 2004) à 45.

<sup>2</sup> L. Boroditsky, "Lost in Translation" *Wall Street Journal* (23 juillet 2010) <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703467304575383131592767868.html>> (consulté: le 9 mai 2012).

<sup>3</sup> *Ibid.*

jungle dense en fonction des points cardinaux, plutôt que par référence aux usuelles « droite » et « gauche ». Remarquant qu'à travers leur langage propre, les aborigènes avaient un sens de l'orientation beaucoup plus développé que d'autres peuples et tribus à caractéristiques sociales similaires, Boroditsky soutenait que la pluralité linguistique pouvait entraîner un compte-rendu distinct d'un même souvenir, ainsi que des perceptions divergentes d'une relation contemporaine.

Dans le présent article, est abordé un projet pour lequel nous nous sommes intéressés, comme Boroditsky, à l'influence de la langue et de sa diversité sur le droit de quatre juridictions nord-américaines de deux traditions juridiques distinctes. Il a été question d'étudier empiriquement le processus d'approbation des transactions hors cour de recours collectif, et plus précisément, le rôle des juges chargés d'approuver de tels projets de transactions. Nous nous sommes demandés si la diversité linguistique pouvait influencer la manière dont les juges perçoivent leur rôle et agissent, dans l'exercice de leur compétence et de leurs fonctions, dans ce processus d'approbation. Et si influence il y avait, s'étendait-elle au droit comparé des recours collectifs et à son développement, à travers les pratiques de ces juges?

Puisque le droit s'exprime d'abord par la langue, à la fois écrite et parlée, et parce que chaque langue est véhicule de droit et de notions juridiques, le droit et la langue sont évidemment inséparables, indissociables.<sup>4</sup> Lorsque des juges s'expriment sur la définition de leur rôle, sur leurs fonctions et pouvoirs, de même que sur leurs pratiques, ils le font distinctement, en fonction de la langue parlée et du médium de communication en cause. C'est à travers cette lentille bien particulière que nous avons analysé les perceptions des juges quant à leur rôle lors de l'approbation d'une transaction à portée collective, puis tenté d'isoler le facteur de la diversité linguistique. Nous avons, au final, formulé une définition plus universelle de ce rôle, dans un esprit de réforme du droit, nuancée toutefois par certaines considérations culturelles et sociales propres aux juridictions étudiées.

---

<sup>4</sup> Voir notamment J. Gémar, « Langage du droit et (juri)linguistique. États et fonctions de la jurilinguistique » dans J. Gémar & N. Kasirer, eds., *Jurilinguistique: Entre langues et droits* (Montréal : Éditions Thémis, Bruylant, 2005) à 7 [ci-après Gémar & Kasirer].

Le présent article a donc pour objet de traiter non seulement de ces divergences linguistiques et de leur lien avec le développement du droit, mais aussi de traiter de notre processus de réflexion comparative, ainsi que de ses nombreux obstacles sous-jacents aux plans juridique et culturel. Les hypothèses initiales au projet seront d'abord abordées, ainsi que les divergences linguistiques observées suite à une analyse de la doctrine et de la jurisprudence, mise en parallèle avec les résultats commentés d'entrevues de juges. Seront ensuite discutées quelques notions de méthodologie en droit comparé lesquelles nous ont aidées dans la poursuite de ce projet ambitieux. Quelques pistes de solutions seront offertes pour pallier au doute du chercheur et théoricien du droit par la linguistique, traduction et jurilinguistique. L'article se conclura par les enseignements qu'il nous aura été permis de tirer du projet, ainsi que par les nombreuses questions qui malheureusement restent en suspens. Enfin, une définition plus universelle du rôle du juge approbateur sera offerte en guise d'ouverture.

## **II – Élaboration d'une Problématique**

Pour les fins du projet d'article, et de notre projet d'étude doctorale (lequel a fait l'objet d'une publication distincte<sup>5</sup>), nous avons d'abord analysé le droit des recours collectifs en vigueur dans trois juridictions de common law, soit la Colombie-Britannique, l'Ontario et le système de droit fédéral américain, ainsi que dans l'une de droit civil : le Québec. Pour chacune des juridictions choisies, nous avons étudié les différentes manières dont les rôle et pouvoirs des juges sont définis en droit des recours collectifs. Désirant compléter cette analyse par une étude du droit « en action », soit une perspective empirique, nous avons par la suite effectué dix-sept entrevues de juges siégeant en recours collectifs dans ces mêmes juridictions, en anglais et en français, sur une période de six mois. Ces entrevues devaient aussi nous servir dans le cadre du projet doctoral précité<sup>6</sup> beaucoup plus large.

S'est plus précisément posée, dans le contexte d'entrevues se déroulant dans l'une ou l'autre des deux langues officielles, la question de la traduction appropriée de

---

<sup>5</sup> C. Piché, *Fairness in Class Action Settlements* (Toronto: Carswell, 2011).

<sup>6</sup> *Ibid.*

plusieurs expressions pertinentes à ce domaine du droit. Comment devions-nous utiliser le concept fondamental du “fiduciary judge” agissant à l’audience d’approbation de transactions collectives, lequel était utilisé par les juges américains et était fondamental dans la doctrine et jurisprudence américaine, mais n’existait pas au Canada? Devions-nous traduire cette expression *a priori* intraduisible? L’expression d’un rôle de « juge protecteur », utilisée allègrement par les juges canadiens autant en français qu’en anglais pouvait-elle être traduite intégralement comme “protector judge” ou “role of protection” alors que nous nous adressions, tout à tour, à des juges anglophones, puis francophones? Et dans la mesure où nous remarquons que les juges québécois semblaient s’inspirer énormément de la jurisprudence ontarienne quant au standard d’équité d’une transaction de recours collectif, pouvions-nous alors user sans réserve aucune des mots “protector” et « protecteur » de manière interchangeable à l’étape de la révision et de l’approbation de telles transactions, autant au courant des entrevues que dans nos écrits?

Nous avons d’abord tenu pour acquis – et émis l’hypothèse– que les juges avaient probablement des rôles, responsabilités et pouvoirs identiques – ou du moins, similaires – dans les quatre juridictions étudiées, compte tenu des structure, nature et objectifs généraux identiques du recours collectif dans ces juridictions.<sup>7</sup> De fait, le recours collectif y est conçu comme une procédure particulière intéressant et concernant un nombre élevé de membres vulnérables ignorant le plus souvent l’existence et la nature du recours mais étant pourtant liés par le jugement ou la transaction mettant fin au litige.<sup>8</sup> De plus, dans chacune des juridictions, l’approbation d’une transaction collective se fait en fonction d’un standard d’équité de la transaction proposée pour tous les membres du groupe.<sup>9</sup> Ainsi, il existe un « noyau de comparaison »; les droits y étant comparables.<sup>10</sup> Et même si la culture judiciaire des systèmes identifiés y est distincte, à

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, Ch. 1, aux 25-43.

<sup>8</sup> *Ibid.* Voir aussi : S. Finn, *Recours singulier et collectif – Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière* (Cowansville : Éd. Yvon Blais, 2011), pp. 44-49; P. Lafond, *Le recours collectif comme voie d’accès à la justice pour les consommateurs* (Montréal : Éditions Thémis, 1996) aux 211-216 [ci-après Lafond].

<sup>9</sup> Piché, *supra* note 5 à 177 *et seq.*

<sup>10</sup> J. Vanderlinden, *Comparer les droits* (Gent: E. Story-Scientia, 1995) aux 399-418 [ci-après Vanderlinden].

plusieurs égards,<sup>11</sup> les politiques sous-jacentes du droit applicable à l'approbation des transactions collectives sont comparables<sup>12</sup>. Nous avons donc cru utile de porter plus loin l'exercice de comparaison des droits, autant sur le plan théorique qu'empirique.

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

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

Contrairement à la transaction hors cour de l'instance civile traditionnelle, laquelle peut se conclure privément entre parties contractantes, les transactions collectives doivent être approuvées par un tribunal pour être valides et surtout, lier tous et chacun des membres d'un groupe de recours collectif.<sup>13</sup> Ces transactions résultent de négociations souvent complexes entre le(s) représentant(s) de recours collectifs envisagés ou autorisés et leurs procureurs. Elles seront ensuite soumises à un tribunal pour évaluation et approbation, le tout à l'occasion d'une audience en bonne et due

---

<sup>11</sup> Piché, *supra* note 5 et C. Piché, “The Cultural Analysis of Class Action Law” (2009) 2 J. Civ. L. Stud. 101.

<sup>12</sup> Vanderlinden, *supra* note 10.

<sup>13</sup> Voir, notamment l'art. 1025 du *Code de procédure civile* du Québec (« C.p.c. »), puis Piché, *supra* note 5 à 177 *et seq.* pour certaines références au droit d'autres juridictions.

forme. À cette audience, le tribunal évaluera le caractère « juste, raisonnable et équitable de la transaction proposée pour l'ensemble des membres du groupe ».<sup>14</sup>

Le rôle du juge à cette étape du recours collectif est complexe. On lui demande d'évaluer et d'approuver une transaction complexe visant un nombre élevé d'intéressés, qu'il peut ne comprendre que superficiellement. De surcroît, les parties et leurs avocats n'auront le plus souvent présenté à l'audience qu'un portrait bien partiel et incomplet de la transaction, comprenant les éléments les plus favorables du document.<sup>15</sup> Toutes et chacune des parties seront d'accord sur le contenu et les modalités de la transaction, s'y étant entendues et désirant au final la faire approuver sans contradiction ni adversaire, dans un contexte fort différent de celui de l'audience civile traditionnelle, adversative et contradictoire.<sup>16</sup> Les parties signataires ont ainsi tout intérêt à ce que la transaction soit approuvée par le tribunal. Et comme le décrivait si habilement le juge André Prévost, le débat contradictoire évacué, le juge doit se montrer «vigilant»<sup>17</sup> car il est le « gardien et de protecteur des droits des membres».<sup>18</sup> De fait, « bien que le représentant agisse en leur nom, il n'est pas tenu en principe de les consulter relativement à la conduite du recours. »<sup>19</sup> Alors qu'il « n'a généralement qu'une connaissance limitée des circonstances et des enjeux du litige (...), (le juge) doit en principe encourager le règlement des litiges par la voie de la négociation, ceci étant généralement dans le meilleur intérêt des parties. »<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> Voir, pour ce standard, les articles de lois et jurisprudences suivantes: U.S. *Federal Rule of Civil Procedure* (« F.R.C.P. ») 23(e) (le règlement de recours collectif doit être "fair, reasonable, and adequate" pour être approuvé par un juge). Au Canada, le standard d'équité du règlement de recours collectif est prévu à la jurisprudence: *Dabbs v. Sun Life Assurance*, (1998) O.J. No. 1598 (Gen. Div.) au para. 11. Voir aussi *Smith Estate v. Oriet*, [2010] O.J. No. 873 au para. 18; *Ainslie v. Afexa Life Sciences Inc.*, [2010] O.J. No. 3302; *Killough v. Can. Red Cross Society* (2007) B.C.J. No. 1262 (B.C.S.C.) (qui ajoute un élément de bonne foi au test); *Rideout v. Health Labrador Corp.*, (2007) N.J. No. 292 (Nwfd'l and Lab. S.C.), para. 138; *Sparvier v. Canada (Att. Gen.)*, (2006) S.J. No. 752 (Sask. C.Q.B.); *Mont-Bleu Ford Inc. v. Ford Motor Co. of Canada Ltd.*, [2004] O.J. No. 1270 (Sup.Ct.J.), para. 58; *Landry c. Syndicat du transport de Montréal*, (2006) J.Q. no. 3043 (S.C.) (Q.L.), para. 31.; *Pelletier c. Baxter Healthcare Corp.*, R.E.J.B. 1998-05914 (Qc. Sup. Ct.) à 10.

<sup>15</sup> Piché, *supra* note 5 aux 130-134.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Demers c. Johnson & Johnson*, 2009 Q.C.C.S. 2760 (C. S.), para. 21 [ci-après *Demers*]. Voir aussi le juge Gagnon dans *G. (M.) v. Association Selwyn House*, 2008 Q.C.C.S. 3695 (première audience sur l'approbation de la transaction collective – rejetée) et 2009 QCCS 989 (deuxième audience sur l'approbation de la transaction – transaction acceptée).

<sup>18</sup> *Demers, ibid.* au para. 19.

<sup>19</sup> *Ibid.* au para. 20.

<sup>20</sup> *Ibid.* au para. 21.

Souhaitant nous intéresser particulièrement à ce rôle du juge à l'étape de l'approbation de la transactions collective, de manière comparative, l'analyse de la doctrine et de la jurisprudence dans nos quatre « objet de comparaison »<sup>21</sup> a permis de relever que le processus d'approbation y est envisagé de manière identique. Dans ces juridictions, il existe un processus de négociation du règlement hors cour, par le biais de conférences téléphoniques ou de gestion auxquelles participent avocats et représentants du groupe, et d'une (ou plusieurs) audience(s) visant l'approbation de la transaction.<sup>22</sup> Les projets de transactions collectives sont ensuite transmis à un tribunal pour évaluation et approbation à l'audience.<sup>23</sup> À l'audience, le projet de transaction est présenté – favorablement dans l'ensemble – par les procureurs de demande et de défense; les représentants n'étant que très rarement interrogés, si ce n'est que pour confirmer leur assentiment avec le document.<sup>24</sup> Fait intéressant, les juges se montreront plus ou moins interventionnistes, selon les juridictions, et pourront choisir de suggérer quelques modifications au projet de transaction avant de l'approuver, ou d'approuver le document de transaction en bloc.<sup>25</sup> Ainsi, l'étude du droit applicable dans chacune des juridictions nous a permis de conclure que la matière et le sujet du projet se prêtaient bien à la comparaison.<sup>26</sup>

L'étude comparative des droits nous a toutefois permis de relever que le rôle du juge y est énoncé distinctement dans chacune des juridictions étudiées. Ainsi, dans le système de droit fédéral américain, il s'agit d'un rôle de “fiduciary”<sup>27</sup>, lequel était décrit par les auteurs et les tribunaux comme requérant d'exercer un devoir “of vigilance” tout en exerçant une “increased judicial scrutiny when settlement negotiations raise red

---

<sup>21</sup> Vanderlinden, *supra* note 10.

<sup>22</sup> Piché, *supra* note 5 au Ch. 1.

<sup>23</sup> Voir Piché, *ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.* aux 130-134.

<sup>25</sup> *Ibid.* aux 136-138 et 141-146.

<sup>26</sup> H.C. Gutteridge, *Le droit comparé : Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit* (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1953) à 102 *et seq.* [ci-après Gutteridge].

<sup>27</sup> Voir *Reynolds v. Beneficial Nat. Bank*, 288 F.3d 277 à 280 (7<sup>th</sup> Cir. 2002) (“[t]he district judge in the settlement phase of a class action suit is a fiduciary of the class, subject therefore to the high duty of care that the law requires of fiduciaries.”); *Culver v. City of Milwaukee*, 277 F.3d. 908 à 913-15 (7<sup>th</sup> Cir. 2002) (class representative, lawyer for putative class, and district judge are all fiduciaries). Voir aussi Piché, *supra* note 5 aux 124-25.

flags.”<sup>28</sup> Il s’agit donc d’un devoir de loyauté à l’égard des membres du groupe qui autrement n’auraient pas eu la possibilité de donner leur opinion, d’une “affirmative obligation [to exercise] due care in balancing a list of case-specific factors, to determine whether the judge has adequately protected the absent class members.”<sup>29</sup>

Le rôle de “fiduciary” nous est alors apparu, de prime abord, comme n’étant pas strictement un rôle de protection, mais comme étant plutôt un rôle de représentation. Le juge est perçu comme une sorte d’avocat des membres plutôt que comme l’adjudicateur neutre et impartial qu’il doit demeurer, du moins en théorie, dans le système adversatif.<sup>30</sup> Ainsi, ce juge devient un agent des membres du groupe, et est – étonnamment! – tenu d’agir de bonne foi et avec le plus haut degré de vigilance possible.<sup>31</sup>

Dans les provinces canadiennes de common law choisies, soit l’Ontario et la Colombie-Britannique, le rôle du tribunal à l’approbation de transactions collectives est plutôt décrit comme celui d’un protecteur des membres « absents » du groupe, soit ceux qui ne sont pas de(s) représentant(s) envisagé(s) ou désigné(s) du groupe.<sup>32</sup> Ainsi, la jurisprudence des provinces de common law décrit très simplement le rôle du tribunal à l’approbation, comme un rôle de protecteur des membres dans l’examen des critères d’équité de la transaction proposée. En comparaison, en droit civil québécois, il n’y a ni équivalent du rôle de “fiduciary judge”, ni quelque trace d’un devoir fiduciaire quelconque du juge dans la jurisprudence de recours collectif. Cela nous est apparu comme découlant logiquement du fait que le mot « fiduciaire » a un sens bien différent en français, davantage lié au droit des fiducies.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> C. Brummer, “Sharpening the Sword: Class Certification, Appellate Review and the Role of the Fiduciary Judge in Class Action Lawsuits” (2004) 104 Colum. L. Rev. 1042 aux 1066-67 [ci-après Brummer].

<sup>29</sup> *Ibid.* aux 1065-66.

<sup>30</sup> Piché, *supra* note 5. Voir aussi M. R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (New Haven: Yale University Press, 1986) [ci-après Damaška] pour une vision plus globale des différents systèmes de droit judiciaire dans le monde.

<sup>31</sup> *In Re. A.T. & T. Mobility Wireless Data Services Sales Tax Litig.*, 2011 W.L. 2204584 (N.D.Ill. E.Div.) (les tribunaux doivent exercer le “highest degree of vigilance” dans la révision des transactions collectives).

<sup>32</sup> Pour une définition des membres absents du groupe, voir Piché, *supra* note 5 aux 119-120.

<sup>33</sup> En français, on pense au mot « fiduciaire » comme signifiant « [q]ui se rapporte à la fiducie, au fidéicomis. » Voir *Le Trésor de la langue française informatisé* <<http://atilf.atilf.fr/>> (consulté: le 9 mai 2012). Voir aussi Bureau de la traduction, *Lexique du droit des fiducies*, BT-259, 2005 Ottawa <<http://www.btb.gc.ca/publications/documents/fiducies-trusts.pdf>> (consulté: le 9 mai 2012).



Les tribunaux québécois décrivent plutôt le rôle du juge approbateur comme étant un rôle de « protection » des membres absents du groupe proposé, et parfois même un rôle d' « ombudsman » ou « ombudsperson ».<sup>34</sup> Selon les auteurs québécois, le juge doit toujours garder en tête et chercher à faire respecter les droits des membres absents, et cela en priorité à ceux du représentant du groupe proposé.<sup>35</sup> Ainsi, le tribunal « exerce un rôle de surveillance des intérêts des membres du groupe. Il doit, en conséquence, analyser les effets que pourraient avoir [la transaction] sur les droits et recours des membres. »<sup>36</sup>

Comment définir, réconcilier et enfin, comparer, à proprement parler, ces qualificatifs du juge de recours collectif de “fiduciary”, d' « ombudsman » (ou « ombudsperson ») et de protecteur ou “protector”? Nous nous sommes gardés, de prime abord, de les traduire tout simplement car il nous a semblé que les incohérences linguistiques découlant de notre analyse jurisprudentielle devaient d'abord être élucidées dans leurs langues respectives, et les expressions jurisprudentielles divergentes du rôle clarifiées en obtenant les impressions des juges par le biais d'entrevues.

<sup>34</sup> Voir *Brochu c. Québec (Société des loteries)*, E.Y.B. 2010-171457 (C.S.), para. 41; *A.P.E.I.Q. c. Nortel Networks*, E.Y.B. 2007-124196 (C.A.), para. 32 (réfère au rôle de “gardien” et “protecteur” des “droits des membres”) [hereinafter *A.P.E.I.Q.*]; *Doyon c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, [1997] J.Q. no. 3126 (C.S.) au para. 13 (“ombudsman”); *Hotte c. Servier Canada inc.*, supra note 377; *Rouleau c. Placements Etteloc inc.*, J.E. 99-938 (C.S.); *Brochu c. Québec (Société des loteries)*, J.E. 2003-1295 (C.S.). Mais voir *Spieser c. Canada* (P.G.), E.Y.B. 2009-163643 (C.S.) au para. 20 (lequel réfère à un juge “fiduciaire” en relation avec l'article 1016 C.p.c.). Fait intéressant, sur lequel nous reviendrons un peu plus loin, la Cour supérieure a récemment énoncé, dans *Cornellier c. Province canadienne de la congrégation de Sainte-Croix*, E.Y.B. 2011-19963, para. 33, que le juge devait, à l'étape de l'approbation de la transaction, « néanmoins se montrer vigilant, car il est le fiduciaire des membres absents. »

<sup>35</sup> Lafond, supra note 8 à 448:

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

<sup>36</sup> *Ostiguy c. Québec (Procureur général)*, J.E. 2005-1639 (C.S.) E.Y.B. 2005-93093. Voir aussi *Union des consommateurs c. Ford du Canada ltée* (2 décembre 2004), Montréal, n° 500-06-000186-029, J.E. 2005-353 (C.S.), R.E.J.B. 2004-81180; *Dufour c. Bayer inc.* (6 novembre 2001), Montréal, n° 500-06-000139-010, B.E. 2002BE-45 (C.S.); *Doyon c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec* (15 septembre 1997), Frontenac (Thetford Mines), 235-06-000001-965, B.E. 97BE-899 (C.S.).

Une première impression se dégageait toutefois de cette variété d'expressions d'un rôle dans la jurisprudence et la doctrine, soit celle voulant que le juge "fiduciary" se place davantage dans la peau de celle de ses protégés, lorsqu'il évalue leurs intérêts, par rapport au juge « protecteur » qui protège plus largement – et moins fondamentalement – les intérêts des membres absents du groupe de recours collectif. Dans une logique similaire, nous avons aussi l'impression que la référence au qualificatif « ombudsman », laquelle trouve racine dans les langues scandinaves et signifie « représentant » ou « médiateur »,<sup>37</sup> appelait à un plus haut degré d'implication du juge que celle du simple « protecteur » des membres du groupe.

Pouvions-nous réellement, toutefois, nous fier à ces impressions préliminaires découlant de notre étude de la doctrine et la jurisprudence en cause? L'étendue de la comparaison était limitée par les difficultés linguistiques inhérentes aux systèmes judiciaires étudiés et à leur culture intrinsèque.<sup>38</sup> En effet, dans les systèmes civilistes, le concept d'un devoir fiduciaire n'existe généralement pas.<sup>39</sup> De fait, si la caractérisation du juge de common law comme juge fiduciaire des membres absents est conforme au devoir des fiduciaires de protéger spontanément les intérêts des personnes vulnérables, elle n'est pas conforme au droit traditionnel du "agency",<sup>40</sup> tel que l'explique le professeur Brummer:

... the description of the judge as a fiduciary is incongruous with basic principal-agent relationships usually indicative of such duties. Judges are not agents of plaintiffs, traditionally conceived. There is neither a contract nor a pledge of loyalty to plaintiffs; if anything, they act on behalf of the state and larger civil society.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Office québécois de la langue française, Grand dictionnaire terminologique: « [p]ersonne qui a la responsabilité de soutenir les droits, les intérêts et les demandes des clients auprès de la société productrice de biens ou de services » ou « [c]'est par analogie avec le rôle du protecteur du citoyen que l'emprunt *ombudsman* est employé au sens général de « médiateur ». On utilisera plutôt les termes *défenseur*, *protecteur* ou *médiateur* (et leurs désignations féminines) qui sont déjà généralisés en français. » <[http://granddictionnaire.com/BTML/FRA/r\\_Motclef/index800\\_1.asp](http://granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp)> (consulté le 9 mai 2012).

<sup>38</sup> Gutterage, *supra* note 26 à 103.

<sup>39</sup> *Supermarché A.R.G. Inc. v. Provigo Distribution Inc.*, [1995] R.J.Q. 464 aux 492-93 et 504-05 (C.S.).

<sup>40</sup> Brummer, *supra* note 2 à 1064.

<sup>41</sup> *Ibid.* L'attribution d'un devoir fiduciaire au juge a aussi été critiquée par le professeur Samuel Issacharoff: "in no other context do we find courts entering binding decrees with such a complete lack of access to quality information and so completely dependent on the parties who have the most to gain from favorable court action." Voir S. Issacharoff, "Class Action Conflicts" (1997) 30 U.C. Davis L. Rev. 805 à 808.

Ainsi, puisque le mandat ne s'applique pas à la relation entre le juge et les parties à l'action civile, les tribunaux canadiens ont généralement tendance à plutôt choisir de référer à un rôle de protecteur des membres absents du groupe.<sup>42</sup>

Dans chacun des systèmes judiciaires étudiés, le devoir d'impartialité du juge implique qu'il n'affiche aucune préférence pour l'une ou l'autre des parties, et encore moins être son agent. De surcroît, le juge du système adversatif nord-américain a comme fonction traditionnelle d'être un chercheur de la vérité<sup>43</sup>, un acteur neutre<sup>44</sup>, ce qui n'est ni conforme, ni conciliable avec des responsabilités de fiduciaire.<sup>45</sup> La détermination du caractère équitable de la transaction collective proposée doit donc se faire en tout respect des positions respectives des parties et sans prendre le parti de l'une ou l'autre.<sup>46</sup>

Néanmoins, la jurisprudence des provinces de common law assimile l'audience d'approbation d'une transaction proposée à celle où sont impliquées des personnes vulnérables telles le mineur ou le bénéficiaire d'un trust,<sup>47</sup> situations dans lesquelles la personne vulnérable n'est réellement pas en mesure de prendre une décision éclairée ou d'exercer un jugement à proprement parler. Cela voudra-t-il dire que les notions de "fiduciary", « protecteur(or) » et « ombudsman(person) », quoiqu'intrinsèquement et linguistiquement distinctes, pourront se rejoindre, s'entrechoquer?

Il existe ici une difficulté qui tient en partie au fait qu'au dialogue bilingue se superpose le dialogue entre systèmes et traditions juridiques. Les descriptions des rôles des juges pourront-elles jamais s'équivaloir ou du moins se définir de manière similaire à travers les différentes juridictions? Nous le croyons, et suggérons une telle définition en fin d'article. Mais comment s'inscriront-elles dans la tradition juridique d'un système donné? La réponse à cette dernière question est plus complexe.

---

<sup>42</sup> P. Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : Impact et évolution* (Cowansville: Yvon Blais, 2006) à 44 *et seq.*

<sup>43</sup> L. L. Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication" (1978) 92 *Harvard L. Rev.* 353.

<sup>44</sup> Voir aussi D. Kennedy, *A Critique of Adjudication* (Cambridge: Harvard University Press, 1997) et Damaška, *supra* note 30.

<sup>45</sup> Piché, *supra* note 5 à 128-9.

<sup>46</sup> *Baxter v. Canada (A.G.)*, 83 O.R. (3d) 481 (2006) au paras. 10-11 ("[the Court's function] is not to substitute its judgment for that of the parties who negotiate the settlement. Nor is it the Court's function to litigate the merits of the action.")

<sup>47</sup> Piché, *supra* note 5 à 123 *et seq.*

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

L'impact existera, à notre avis, lorsque les juges importeront, puis exporteront le droit d'autres provinces ou juridictions, dans le but d'éclaircir ou de raffiner un aspect plus obscur de leur droit, en référant au passage au droit étranger, en le traduisant ou non. Par exemple, dans la récente affaire en Cour supérieure dans *Cornellier*,<sup>48</sup> rendue en décembre 2011, il était question pour le tribunal d'approuver une transaction proposée. La Cour expliqua que « [l]e Tribunal doit, en principe, encourager le règlement des litiges par la voie de la négociation. Il doit néanmoins se montrer vigilant, car il est le fiduciaire des membres absents. » De prime abord anodine, cette explication dénote une très claire influence de la langue sur le droit des recours collectifs, et sur le droit comparé. De fait, même si la Cour supérieure ne cite pas de jurisprudence ou de doctrine pour soutenir cette explication, son origine ressort clairement d'une lecture attentive de la jurisprudence américaine classique sur le rôle de l'approbateur de transaction collective, précisément dans l'arrêt *Reynolds*, rendue par la Cour du 7<sup>ème</sup> Circuit.<sup>49</sup> L'on note alors l'intéressant choix des termes « vigilant » et « fiduciaire des membres absents » par la Cour dans *Cornellier*, lequel, à notre avis, n'est pas le fruit d'un hasard, mais bien une traduction directe du droit américain, et une illustration de l'importation en notre droit d'un droit étranger. Ainsi, le droit serait influencé par la langue, et la traduction du droit étranger.

---

<sup>48</sup> *Cornellier*, *supra* note 34.

<sup>49</sup> *Reynolds*, *supra* note 27 aux 279-80 (“[b]efore such a settlement may be approved, the district court must determine that a class action settlement is fair, adequate, and reasonable, and not a product of collusion. [...] The principal issue presented [...] is whether the district judge discharged the judicial duty to protect the members of a class in class action litigation from lawyers for the class who may, in derogation of their professional and fiduciary obligations, place their pecuniary self-interest ahead of that of the class. This problem, repeatedly remarked by judges and scholars, [...] requires district judges to exercise the highest degree of vigilance in scrutinising proposed settlements of class actions. We and other courts have gone so far as to term the district judge in the settlement phase of a class action suit a *fiduciary of the class*, who is subject therefore to the *high duty of care that the law requires of fiduciaries*.” [nos italiques])

Dans ce contexte, un juge québécois citant une jurisprudence ontarienne sur le devoir de “protector” agira-t-il alors à l'évaluation de la transaction proposée comme un juge ontarien le ferait? Seule une entrevue particulière suivant la prise de la décision en cause nous aurait permis d'élucider ce questionnement. Les juges ne pouvant commenter leurs décisions, par devoir de réserve, nous n'avons pu tenir une telle entrevue, et ne pouvons tirer aucune conclusion à ce titre. Tournons-nous maintenant plutôt vers la méthodologie qui était à préconiser dans notre analyse comparative des droits procéduraux.

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

Le droit comparé renvoie « à une démarche intellectuelle consistant à comparer entre eux des systèmes juridiques ou des éléments de ces systèmes (objets de droit, relations entre de tels objets). »<sup>50</sup> Pour Rodolfo Sacco, le droit comparé permet de « connaître les différences existant entre modèles juridiques, et contribuer à la connaissance desdits modèles. »<sup>51</sup> En l'espèce, le choix d'une étude comparative des processus d'approbation des transactions de recours collectif devait nous permettre d'interpréter et de connaître plus adéquatement les systèmes judiciaires étudiés. Elle devait aussi nous permettre de comprendre les divergences et de les exploiter, tout en cherchant à solidifier une proposition de rôle plus universel du juge approbateur de transactions de recours collectifs, dans une perspective d'unification et d'harmonisation de ce droit.

Mais hormis le pourquoi de cette comparaison, comment devions-nous comparer les droits procéduraux étudiés? Pour certains auteurs, le comparatiste doit s'efforcer de « mettre en évidence des ressemblances et des différences entre des objets appartenant à des univers juridiques distincts, [et de] ‘confronter un certain nombre de systèmes juridiques’, afin de comprendre les divers droits nationaux. »<sup>52</sup> Ainsi, il faudrait d'abord

---

<sup>50</sup> M. Izorche, « Propositions méthodologiques pour la comparaison » (2001) 2 R.I.D.C. 289 [ci-après Izorche].

<sup>51</sup> R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit* (Paris : Economica, 1991) à 8 [ci-après Sacco].

<sup>52</sup> *Ibid.* à 291.

examiner les objets de comparaison et se poser la question de leur ressemblance et potentiel de comparaison.

Comment s'assurer, toutefois, que les objets sont comparables? La difficulté est que « pour comparer, il faut connaître, et pour connaître, il faut comparer. »<sup>53</sup> Serons notés, dans l'effort, les ressemblances, différences, relations entre éléments explicatifs des différences et entre les objets d'étude eux-mêmes.<sup>54</sup> En l'espèce, la comparaison nous apparaissait possible, et même idéale, entre nos objets de recherche, tel qu'énoncé précédemment,<sup>55</sup> car les processus d'approbation judiciaire des transactions collectives étaient très similaires dans les quatre systèmes étudiés.

Pour connaître le « mode d'emploi » du droit comparé, soit sa méthode, nous avons cru utile de consulter les ouvrages de grands comparatistes tels Jacques Vanderlinden.<sup>56</sup> Ce dernier explique, dans son précieux ouvrage « [c]omparer les droits », que dans la méthode comparative, il faut d'abord adéquatement cerner le « matériau de la comparaison », des mots qui peuvent être ceux du législateur, de la jurisprudence, de la doctrine, et aussi, des comportements.<sup>57</sup> Selon lui, toute étude comparative doit d'abord passer par l'étude des références comportementales ou contextuelles, et à cet égard, « [p]lus les paramètres sont nombreux (prise en compte de données scientifiques, sociologiques, économiques, historiques, philosophiques, religieuses, linguistiques etc.), plus la comparaison a des chances d'être fertile. »<sup>58</sup> À cet

<sup>53</sup> Izorche, *supra* note 50 à 296.

<sup>54</sup> *Ibid.* à 303-4.

<sup>55</sup> Voir *supra* texte accompagnant les notes 10 et 12.

<sup>56</sup> Vanderlinden, *supra* note 10; P. Legrand et R. Munday, éd., *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003); M. Van Hoecke, (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford, Hart Publishing, 2004); R. David, *Traité élémentaire de droit civil compare: Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, (Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950). Voir aussi M.A. Glendon, M.W. Gordon, C.H. Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, 2<sup>nd</sup> ed., (St-Paul, Minnesota, 1994), p. 12; B. Markesinis, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis* (Oxford: Hart Publishers, 1997); O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit » (2001) R.I.D.C. 2; B. Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé: Bilan et prospective » (2005) R.I.D.C. 1 [ci-après Jaluzot]. Voir aussi G. De Groot, "The Point of View of a Comparative Lawyer" (1987) 28(4) *Cahiers de droit* 793.

<sup>57</sup> Vanderlinden, *ibid.* à 399 *et seq.* (et surtout à 404 : « [c]omparer donc, mais ne jamais perdre de vue que la loi constitue un matériau rudimentaire, ne donnant parfois qu'une image très approximative, voire erronée du droit, même si c'est souvent le seul stade que puisse ambitionner, voire souhaiter franchir le comparatiste. »).

<sup>58</sup> O. Moréteau, "Premiers pas dans la comparaison des droits" dans Gémard & Kasirer, *supra* note 4 à 414 [ci-après Moréteau] (expliquant que « [t]out questionnement sur la teneur et les contours d'une règle,

égard, le terrain de comparaison de notre projet d'article était fertile, car constitué de législation, de jurisprudence et de doctrine, mais aussi d'une étude des comportements des acteurs constituée de données tirées d'entrevues de juges.

Une des difficultés à la comparaison, qu'il faut tout de même souligner, est la distinction, dans les juridictions choisies, entre traditions juridiques des juridictions choisies. Trois sont des juridictions de common law, et une est civiliste. À cet égard, le droit judiciaire québécois est toutefois mixte,<sup>59</sup> et son interprétation ne se fait pas en vase clos, mais plutôt, en laissant possible l'influence de la common law.<sup>60</sup> Ainsi, alors que les juges québécois sont appelés à travailler avec des codes civils, la conceptualisation et la perception de leurs compétences, rôles, devoirs et pouvoirs doit passer par une étude du texte de loi, d'abord, puis du contexte ensuite, contexte qui laisse une certaine place à la common law comme source interprétative.<sup>61</sup>

Pour Konrad Zweigert et Hein Kötz, travailler la méthode initialement choisie est la meilleure manière d'aborder le droit comparé.<sup>62</sup> Il faut d'abord poser une question, une hypothèse – même très brève – une idée, un problème, comme nous l'avons fait dans l'introduction au présent article. Ensuite, au stade préliminaire, il s'agit de décrire, sans analyse ou commentaire, le droit applicable dans chacune des juridictions,<sup>63</sup> ce qui a été complété dans notre analyse exhaustive de la doctrine et de la jurisprudence des juridictions ciblées, présentée à la Section C du présent article.

L'étape de comparaison commence formellement à l'étude de l'origine des règles, dans une perspective historique, contextuelle. Il faudra donc éviter de seulement juxtaposer, et plutôt accueillir cette approche fonctionnaliste voulant que « les lois doivent être étudiées à la lumière de leur finalité »,<sup>64</sup> et que les règles ne soient

---

son efficacité et son effectivité doit passer par une étude de terrain et une évaluation du contexte. À défaut, la comparaison n'est pas pertinente ou est incomplète. »).

<sup>59</sup> *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 C.S.C. 51, [2001] 2 R.C.S. 743 au para. 32 [ci-après *Lac d'amiante*].

<sup>60</sup> *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 C.S.C. 41, [2010] 2 R.C.S. 592 au para. 27.

<sup>61</sup> *Lac d'amiante*, *supra* note 5959.

<sup>62</sup> K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3<sup>rd</sup>. ed. (Oxford: Oxford University Press, 1998) aux 33-34 [ci-après *Zweigert & Kötz*].

<sup>63</sup> *Ibid.* à 40 *et seq.*

<sup>64</sup> H.C. Gutteridge, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2<sup>ème</sup> éd. (Cambridge: Cambridge University Press, 1949) aux 148-51.

comparables « que [lorsqu'elles] remplissent la même fonction ». <sup>65</sup> L'objectif ultime de cette approche est donc de considérer l'objet que l'on étudie en vertu des objectifs sociaux qu'il sert. <sup>66</sup> Dans le présent article, nous avons donc choisi de suivre cette méthode, repassant au peigne fin les lois, jurisprudence et doctrine en cause de même que leurs objectifs et finalités sous-jacents.

Dans l'approche fonctionnelle, l'étape subséquente est celle où l'on construit un système; pour ce faire, il faut développer une syntaxe spéciale, et un certain vocabulaire. Cela posait problème dans notre contexte de diversité linguistique. Par ailleurs, le système doit être particulièrement flexible, et impliquer des « concepts large enough to embrace the quite heterogeneous legal institutions which are functionally comparable. » <sup>67</sup> Finalement, après toute cette recherche, le comparatiste doit procéder à une analyse et évaluation critique de ce qu'il a découvert. <sup>68</sup> Parfois, l'une des solutions apparaîtra comme étant la meilleure ou la pire. Le comparatiste offrira alors une solution nouvelle, supérieure aux autres, et distincte de l'un des droits nationaux. <sup>69</sup>

Évidemment, il existe d'autres approches à la comparaison des droits : la méthode factuelle, d'abord, qui préconise la « juxtaposition comparative de situations de faits semblables », par laquelle l'observateur « compare des situations qui lui sont familières et n'est pas embarrassé par des structures ou une terminologie qui sont soit intraduisibles, soit trompeuses. » <sup>70</sup> Puis, l'approche contextualiste ou culturelle, laquelle comprend le droit comme étant une « manière de structurer l'expérience sociale ». <sup>71</sup>

Pour certains auteurs, avec la reconnaissance d'expressions nouvelles telles « famille juridique » <sup>72</sup>, « culture juridique » <sup>73</sup> et « tradition juridique » <sup>74</sup>, il y aurait

---

<sup>65</sup> R. Schlesinger, H.W. Baade, P.E. Herzog, E.M. Wise, *Comparative Law-Cases-Texts-Materials*, 6ème éd. (Foundation Press, 1998), p. 48, et aussi Moréteau, *supra* note 57 à 421.

<sup>66</sup> Jaluzot, *supra* note 56 à 40, citant Glendon, *supra* note 56 à 12.

<sup>67</sup> Zweigert & Kötz, *supra* note 62 à 44.

<sup>68</sup> *Ibid.* aux 44-45.

<sup>69</sup> *Ibid.* à 47.

<sup>70</sup> B. Markesinis, « Unité ou divergence; à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », (2001) R.I.D.C., p. 810 *et seq.* cité dans Jaluzot, *supra* note 56 à 42.

<sup>71</sup> Jaluzot, *ibid.* à 43.

<sup>72</sup> Vanderlinden, *supra* note 10 à 309 *et seq.*



malgré tout deux tendances méthodologiques opposées.<sup>75</sup> En effet, pour certains auteurs, « la méthode de lecture de l'objet observé (un système juridique par exemple) est liée à notre culture »<sup>76</sup>, et

en s'éloignant des objets observés, et en se plaçant au niveau des comparaisons (et non plus des objets concrets) on a peut-être plus de chances d'échapper aux déformations liées aux cadres conceptuels des systèmes observés. Mais on n'échappera pas aux déformations dues aux cadres conceptuels de l'observateur lui-même, et peut-être faut-il conclure, avec Christian Jacq, que 'la vérité n'existe que dans la recherche de la vérité ...'<sup>77</sup>

D'autres auteurs, enfin, simplifient le processus en indiquant qu'il suffit de deux opérations pour le comparatiste: d'abord, (1) de prendre de la distance, en essayant de se détacher des anciennes connaissances et de résister aux préjugés de sa propre culture juridique, puis, (2) de faire la différence en développant une attention particulière à la diversité et en ayant conscience de l'impact de la perspective et de l'expérience du comparatiste.<sup>78</sup>

---

<sup>73</sup> G. Doeker-Mach & Klaus Zeigart, eds., *Law and Legal Culture in Comparative Perspective* (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004) à 26; C. Geertz, "Deep Play: Notes on the Balinese Cockfight" dans *The Interpretation of Cultures* (New York: Basic Books, 1973); Piché, *supra* note 5; R. Cotterell, "The Concept of Legal Culture" dans D. Nelken, ed., *Comparing Legal Cultures* (Aldershot: Dartmouth Publishing Co. Ltd., 1997) à 13.

<sup>74</sup> H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World* (Oxford: Oxford University Press, 2000) à 33-40.

<sup>75</sup> Jaluzot, *supra* note 56 à 47.

<sup>76</sup> Izorche, *supra* note 50 à 322.

<sup>77</sup> *Ibid.* à 325.

<sup>78</sup> Gunter Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law" (1985) 26 *Harvard Int'l L. J.* à 414 *et seq.* Voir aussi M. Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique » (2005) 1 *R.I.D.C.* 7 à 13 (pour Ponthoreau, « la comparaison est une activité subjective car elle suppose comme l'interprétation, une évaluation des choix. ... Pour rendre compte d'un système juridique étranger ou bien d'une institution étrangère, il faut déterminer quelles en sont les principales caractéristiques, éventuellement l'originalité de certaines règles écrites ou non...la comparaison ne consiste pas à mesurer les différences et les ressemblances, mais à donner un sens à cette activité de mesure. ») À cet égard, elle rappelle à la page 14 qu'il faut faire attention aux préjugés. Voir aussi deux auteurs que Ponthoreau cite, soit : Mark Van Hoeke et Mark Warrington, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law » (1998) 47 *Int'l Comp. L. Q.* 496 à 497 (« [d]écrire et comprendre les règles d'un système juridique devrait être, en principe, très similaire à décrire et comprendre les règles de deux ou plusieurs systèmes juridiques... Si comprendre le droit suppose beaucoup plus lorsque l'on compare un système juridique étranger à son propre système, cela signifie qu'il y a beaucoup d'éléments qui implicitement ou inconsciemment déterminent la manière dont est compris, interprété et appliqué le droit pour chaque système juridique. ... le droit comparé rend attentif aux éléments qui influencent le droit à tous les niveaux; il oblige à nous confronter à nos structures idéologiques cachées. »).

Quoi qu'il en soit, le comparatiste doit dire ce qu'il fait et se justifier.<sup>79</sup> Pour adéquatement décrire, puis comparer et comprendre le droit étranger en s'inspirant de ses solutions dans le but d'influencer le développement du droit national, il faut élaborer certaines hypothèses, ainsi qu'une méthode. Et lorsque l'on traite de nouvelles méthodes, intervient aussi la « langue de référence »,<sup>80</sup> dans l'exercice de comparaison de droits énoncés dans plus d'une langue. Quel doit alors être cette « langue de référence », plus neutre et universelle, dans un contexte de diversité linguistique?

Dans l'exercice de comparaison, nous avons ainsi tenté d'entrevoir la possibilité d'utiliser une langue de référence, soit une expression – ou une série d'expressions – caractéristique(s) du rôle du juge et pouvant survivre au temps et à l'évolution du droit – du droit des recours collectifs. Une difficulté préliminaire à l'élaboration de telles langues ou expressions de référence dans l'exercice de comparaison des droits résidait dans l'application du droit par chacun des juges interviewés. De fait, même si un texte de loi décrit le rôle du juge d'une certaine manière, ce rôle pourra ensuite s'exprimer très différemment en pratique.<sup>81</sup>

En l'espèce, l'analyse comparative nous permettait de mieux comprendre le rôle du juge approbateur de transactions, et de mieux encadrer une réforme éventuelle.<sup>82</sup> Mais quel(s) mot(s) commun(s) pouvions-nous utiliser pour exprimer ce rôle et pour en cerner les limites? Comme le suggérait Michael MacAuley, “words must be selected that overarch all traditions and as many languages as possible ...”<sup>83</sup>; et un peu plus loin, “... common words are the best shorthand for complicated notions.”<sup>84</sup> Selon lui, pour pouvoir choisir et utiliser des mots communs (“common words”) et poser les bonnes questions dans un domaine du droit, il faut être sensible au sens donné par les différentes cultures aux mots les plus ordinaires.<sup>85</sup> Certains mots auront un certain sens

---

<sup>79</sup> Moréteau, *supra* note 58.

<sup>80</sup> À ce sujet, voir Moréteau, *ibid.*

<sup>81</sup> Peter Gottwald, « Comparative Civil Procedure », (2005) 22 *Ritsumeikan L. Rev.* 23 à 24. Voir aussi R. Legeais, « L'utilisation du droit comparé par les tribunaux » (1994) 46(2) *R.I.D.C.* 347.

<sup>82</sup> Sacco, *supra* note 51 aux 8-10.

<sup>83</sup> M. MacAuley, “The Enskymt of Property,” in Gémar & Kasirer, *supra* note 4 aux 179-186 *et seq.* [ci-après MacAuley]. Voir aussi D. J. Gerber, “System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?” (1998) 46 *Am.J. Comp. L.* 719.

<sup>84</sup> MacAuley, *ibid.* à 186 *et seq.*

<sup>85</sup> *Ibid.* à 189.

précis dans une langue, et un sens tout différent dans une autre, comme le notait Ruttledge<sup>86</sup> en traitant du concept de bonne foi:

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

En l'espèce, même si les mots « protecteur » et “protector” pouvaient *a priori* sembler s'équivaloir, ils étaient, dans la pratique des juges, des objets bien différents de comparaison. Au fur à mesure des entrevues, ces mots nous sont apparus comme ayant un sens distinct pour les juges interviewés, malgré leur objectif similaire. Cette divergence devait-elle faire obstacle à notre objectif de recherche d'une langue de référence?

Le tableau suivant illustre la diversité de perceptions et de compréhensions du rôle du juge à travers l'usage de langues distinctes. Nous avons posé aux juges les questions suivantes, à l'occasion des entrevues: “[w]hat do you think about the role of protection (or protector) of the judge at the approval of a proposed settlement? ”, “[c]an you please describe your role at the settlement's approval stage? ” ou « [q]ue pensez-vous du rôle de protecteur du juge » ou « [p]ouvez-vous me décrire votre rôle à l'approbation du recours collectif? » Les juges nous ont répondu chacun à leur manière, tel qu'en témoignent les extraits d'entrevues les plus représentatifs reproduits dans le Tableau-résumé suivant:

---

<sup>86</sup> Gutteridge, *supra* note 26 à 130 *et seq.*

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

5

Plusieurs éléments intéressants ressortent de cet exercice d'analyse et de comparaison, tel qu'il appert du tableau-résumé. D'abord, il faut préciser que les juges canadiens s'expriment à l'occasion en français (principalement en français, d'ailleurs, au Québec, pour les fins de notre exercice) et à l'occasion en anglais (principalement en anglais, dans les provinces de common law). Compte tenu du fait que nous cherchions dans le présent projet à isoler le facteur de diversité linguistique ainsi que son impact sur la comparaison des droits, il nous intéresserait plus directement d'évaluer comment les rôles de «protecteur » et de "protector" étaient exprimés et vécus en pratique par les juges.

On se souviendra que dans notre analyse théorique, il nous est apparu que la jurisprudence et la doctrine québécoises réfèrent principalement à une notion de juge protecteur, et même d'ombudsperson ou ombudsman des membres du groupe.<sup>87</sup> Lorsqu'elles s'inspirent plus directement de la jurisprudence ontarienne de l'arrêt *Dabbs*,<sup>88</sup> ces jurisprudences et doctrine réfèrent surtout au rôle de "protector of absent class members."<sup>89</sup> Et c'est de la doctrine québécoise que découle le standard, peut-être plus élevé, d'ombudsperson ou ombudsman des membres du groupe.<sup>90</sup> En droit fédéral américain, le rôle du juge "fiduciary", approbateur de transactions collectives, trouve plutôt origine dans la doctrine.<sup>91</sup>

Or, dans les entrevues, les descriptions bien divergentes de rôles des juges laissent soupçonner des degrés d'implication bien différents selon les juridictions. D'une part, les juges de l'Ontario et de la Colombie-Britannique décrivent leur rôle en entrevue comme étant un rôle de "protector" des membres, à travers l'application du test d'équité de la transaction. Ainsi, ils s'assurent que les intérêts des membres sont soupesés dans la transaction, mais ce faisant, ne se substituent pas à ces membres.<sup>92</sup> En aucun temps ne se transposent-ils véritablement aux membres, ni ne chaussent-ils réellement les souliers des membres. C'est une perspective que l'on qualifiera d'externe aux membres du groupe, et beaucoup plus objective aussi. Pour ces juges de common law, le protecteur est celui qui fait respecter la loi, tout simplement.

Le juge québécois se décrit plutôt dans les entrevues comme étant un « protecteur » gardien des membres du groupe, représentant les intérêts de ces derniers. Comme avocat, il agit dans leur intérêt avant tout, comme ombudsman des membres. Il est beaucoup plus actif aussi, dans la détermination des intérêts de ses protégés, adoptant une perspective interne aux membres.<sup>93</sup> Le juge américain, enfin, est obligé

---

<sup>87</sup> Voir ci-haut, Section III.

<sup>88</sup> *Dabbs v. Sun Life Assurance*, (1998) O.J. No. 1598 (Gen. Div.).

<sup>89</sup> Voir notamment *A.P.E.I.Q.*, *supra* note 344.

<sup>90</sup> G. Piché, "Un premier rôle pour le juge" dans A. Prunijer & J. Roy (éds.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec, Actes de la première conférence Yves Pratte* (Montréal : Wilson & Lafleur, 1992) 141, aux 149-50.

<sup>91</sup> B.J. Rothstein & T.E. Willging, "Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges", 2<sup>ème</sup> éd. (Washington: Federal Judicial Center, 2009) à 27.

<sup>92</sup> Piché, *supra* note 5 aux 135-41.

<sup>93</sup> *Ibid.*

comme “fiduciary” de protéger les membres avec un degré de vigilance beaucoup plus élevé, agissant comme un mandataire des membres du groupe.<sup>94</sup> Ainsi, il doit se substituer, en quelque sorte, à ces membres, pour comprendre ce qui est ou non dans leur meilleur intérêt, et évaluer comment ceux-ci réagiraient, face à la transaction.

Fait intéressant et important, les juges québécois se sont exprimés dans les entrevues à l’occasion en français, et à l’occasion en anglais, tel qu’énoncé ci-haut. Tendances générale et intéressante, toutefois, les juges s’exprimant en anglais réfèrent, pour la majorité, à un rôle de “protector”, puis en français, à un rôle d’ombudsman pour décrire ces mêmes fonctions. Cette divergence peut-elle être expliquée par l’unique facteur de diversité linguistique, ou est-elle liée plus étroitement à la personnalité du juge, ou à des facteurs ethniques, sociaux, culturels? Notre discours juridique se trouve évidemment complexifié par ces suggestions. Mais au lieu de s’alarmer de cette complexité, peut-être y a-t-il lieu de s’en réjouir, comme le suggérait Michael MacAuley:

[w]hen people in the law speak to each other about the law, they may cross systems, traditions and cultures. They may talk about the law formally or informally. The identity of the interlocutors and the objectives of the discourse will influence the choice of words and the register of the remarks. There is no single style of address for the law as a philosophical discipline, as a social topic, or as a body of norms. This is true even within a single legal system where scholars, students and citizens approach the law with their own lexical specifications; they make it their own. *The nature of the law’s discourse is, therefore, uncertain. It is normatively unstable.* However unsatisfactory this might seem to some, *it is a positive thing. It is this rhetorical diversity that is nourishing. It’s positively thrilling...* Asking questions and suggesting solutions to [a certain legal problem] on the basis of ideas embedded in institutions of many legal systems will *foster a core understanding of [this legal problem] and other interests.*<sup>95</sup>

Ainsi, nous sommes-nous réjouis de découvrir qu’à travers l’usage de mots que les dictionnaires décrivaient comme étant équivalents - « protecteur » en français et “protector” en anglais – les juges exprimaient un rôle et des devoirs distincts, une perspective distincte – interne dans le cas du français et externe dans le cas de l’anglais. Ces juges exerçaient leur rôle d’approbation différemment, aussi, dans un cas et dans l’autre, selon la langue utilisée. Un défi supplémentaire nous attendait, malgré cette

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> MacAuley, *supra* note 83 [nos italiques].

réjouissance, dans l'analyse de la question suivante, fondamentale : quel est le réel impact de la diversité linguistique sur le droit comparé et sur sa traduction et son développement?

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

Il s'agira ici d'aborder, en dernier lieu, l'impact et la fonction du droit comparé sur la traduction du droit, ainsi que celui de la diversité linguistique sur le développement du droit – particulièrement, du droit comparé.

La relation entre le droit comparé et la traduction du droit a été bien peu abordée, par les juristes et théoriciens du droit, comme l'énonce très clairement l'une des expertes dans ce domaine, Dr. Sieglinde Pommer: « bien que beaucoup ait été écrit sur l'interrelation entre la langue et le droit par des linguistes ainsi que des juristes, pas assez d'attention a été consacrée aux implications, multiples et complexes, entre la traduction juridique et le droit comparé, ni en théorie ni en pratique. »<sup>96</sup> Il apparaît logique que la traduction aide à la comparaison des droits, et *vice versa*, mais qu'en est-il vraiment? Nous tenterons d'apporter quelques éléments de réponse et de dissiper notre doute quant aux modalités de l'exercice et à la meilleure manière d'accueillir et de tirer avantage de cette diversité linguistique dans la comparaison des droits.

La comparaison des termes « propriété », “ownership” et “property”<sup>97</sup>, celle des expressions “good faith” et « bonne foi »,<sup>98</sup> et enfin, celle des termes “fiduciary”, « protecteur » et “ombudsman(person)” s'avère complexifiée par la « superposition » du dialogue bilingue à celui des traditions juridiques.<sup>99</sup> Mais est-il vraisemblable de penser mettre de côté le facteur tradition (et même, éventuellement, la culture) - ou de

---

<sup>96</sup> S. Pommer, “Re-evaluating Interdisciplinarity: The Significance of Comparative Law for Legal Translation Methodology” (FIT Proceedings, XVIIth World Congress of the International Federation of Translators, Rights on!, Tampere, 4-7 August 2005) à 72. Voir aussi S. Pommer, «Droit comparé et traduction juridique – Réflexions jurilinguistiques sur les principes communs » dans A. St-Pierre et M. Thibeault, Actes des XXIes Journées de Linguistique de l'Université Laval, Québec, 8-10 mars 2007 à 27.

<sup>97</sup> F. Allard, « Entre le droit civil et la common law: La propriété en quête de sens » dans Gémard & Kasirer, *supra* note 4 aux 195-223.

<sup>98</sup> Gutteridge, *supra* note 26.

<sup>99</sup> Allard, *supra* note 97 à 193 *et seq.*

l'annihiler complètement, dans l'exercice de comparaison des droits, pour ne préserver que la langue comme facteur causal dans l'exercice ? L'auteure France Allard décrivait, dans un article extraordinaire traitant du concept de « propriété », la « quête de sens » qu'elle percevait en ce terme coincé entre le droit civil et la common law.<sup>100</sup> Le concept du juge “fiduciary” est certainement lui aussi en telle quête de sens. Et compte tenu de la dimension empirique de notre projet, et des données relevées en ce sens, le terme « protecteur » l'est certes aussi. Il en reste que la diversité de langues est « sans doute l'obstacle le plus puissant au comparatisme juridique [ , puisque là ] où elle disparaît, la comparaison fleurit.»<sup>101</sup>

Nombreux sont les exemples, dans notre jurisprudence québécoise notamment, où les juges importeront le droit ontarien des recours collectifs, par analyse comparative, pour ensuite développer, au fil des ans, un standard ou un test distinct de celui d'origine, dans ce système.<sup>102</sup> Ils reprendront la jurisprudence étrangère, dans leur langue d'origine, et l'appliqueront ainsi à leur propre système. Le feront-ils alors de manière « informée », quant à l'impact immédiat et futur sur le développement et l'interprétation de ce droit? La question est légitime. Mais il est plus intéressant encore de remarquer que même si le rôle de “protector” est par exemple utilisé au Québec après y avoir été importé de juridictions de common law, les juges québécois exercent en pratique différemment ce rôle de protection par rapport à leurs collègues ontariens.

C'est ainsi que nous pouvons en conclure que la diversité linguistique influence la manière dont le droit des recours collectifs est créé, puis interprété, et à l'occasion réformé. Cette diversité influence la manière dont les juges interprètent le droit et agissent, dans un esprit de protection des membres absents du groupe. D'aucuns voudront attribuer l'usage de différents qualificatifs décrivant le rôle du juge à l'existence de valeurs culturelles divergentes.<sup>103</sup> Or, comme le soutient Grosswald

---

<sup>100</sup> *Ibid.* à 196.

<sup>101</sup> Moréteau, *supra* note 58 à 425.

<sup>102</sup> Voir notamment l'affaire *Cornellier*, *supra* note 34.

<sup>103</sup> H.A. Sadri & M. Flammia, *Intercultural Communication: A New Approach to International Relations and Global Challenges* (New York: The Continuum International Publishing Group, 2011) à 135 (“[l]anguage reflects different cultural values rather than different perceptions of the world”).



Curran, la langue implique et affecte le cognitif.<sup>104</sup> Ainsi, dans la mesure où la culture de recours collectif est similaire dans les juridictions étudiées, et que le système des juridictions en cause demeure profondément adversatif, devient ainsi incontestable le lien causal entre les manières de conceptualiser le rôle des juges à l'approbation d'une transaction collective et les langues utilisées, et ce, indépendamment des traditions et des cultures propres aux systèmes juridiques étudiés.

## **VI - Vers un rôle universel du juge**

Le droit des recours collectifs étant importé, puis exporté et souvent traduit par les juges, la problématique de l'impact de la diversité linguistique sur le droit comparé demeure, malgré tout, complexe. Et celle d'une éventuelle langue commune prévoyant un rôle plus universel l'est encore plus. Pour l'auteure et professeure Vivian Grosswald Curran, le processus de traduction doit être fait en ayant une bonne connaissance des systèmes et une bonne capacité de comparaison : “[c]omparison is of the order of simile, not metaphor. The process of translating from one language to another is the basic patterns not just of comparative law, but of all analysis, of cognition.”<sup>105</sup> Il apparaît donc manifeste que la meilleure manière d'envisager la problématique du présent projet, et la suggestion d'un rôle universel était de considérer à titre indicatif le cognitif. Concrètement, cet exercice nous a demandé de revoir les pratiques des juges et d'imaginer la formulation d'un rôle traversant les systèmes et la diversité de langues.

Dans le présent article, nous avons raconté, en quelque sorte, l'histoire d'un processus de réflexion comparative, avec comme défi sous-jacent la question linguistique. Nous avons abordé la problématique initiale posée par le projet – et un aspect de la thèse doctorale sous-jacente, la diversité concrète de langues utilisées par les juges dans la description de leur rôle, et la méthodologie à préconiser dans l'étude des droits de manière comparative. Après avoir tenté de dissiper le doute du chercheur,

---

<sup>104</sup> V. Grosswald Curran, “Comparative Law and Language” in R. Zimmerman & M. Reimann, eds., *Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, à être publié) <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=851506](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=851506)> (date de consultation: 10 mai 2012) à 8.

<sup>105</sup> *Ibid.*

nous avons abordé bien concrètement les défis et obstacles inhérents à la question de la traduction, au regard du droit comparé.

Nous concluons l'article en suggérant que le rôle du juge plus universellement posé demeure celui de « protecteur », lequel pourra être traduit dans plusieurs autres langues, mais devra, toujours, être accompagné d'une définition des pouvoirs sous-jacents à ce rôle. Ainsi, il s'agira d'un juge protégeant les intérêts de tous les acteurs visés par la transaction, de la manière la plus neutre et désintéressée possible, et toujours dans l'objectif d'évaluation de la transaction selon les critères d'équité généralement reconnus.

Nous aurons alors oublié pour un moment, comme Vanderlinden le suggère, qu'il existe des limites au « langage face à la complexité des phénomènes culturels, économiques, politiques et sociaux qui sous-tendent le juridique »<sup>106</sup> et aurons humblement contredit Gutteridge, en quelque sorte, dans notre suggestion d'une langue universelle comme un « rêve » possible plutôt qu'« impossible ».<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Vanderlinden, *supra* note 10 à 413.

<sup>107</sup> Gutteridge, *supra* note 266.