

L'AFFAIRE BRE-X ET LES RECOURS COLLECTIFS TRANSFRONTALIERS

Par H. Patrick Glenn*

La question des recours collectifs a suscité beaucoup d'intérêt auprès des tribunaux et du législateur. Les recours collectifs transfrontaliers et concurrents posent des problèmes d'ordre géographique et juridique en Amérique du Nord. C'est une question qui doit être traitée à un niveau international. Il est en conséquence important de déterminer la compétence du tribunal saisi du litige. Le problème de compétence *ratione personae* se pose lorsque des actes sont commis dans deux pays différents, comme les États-Unis et le Canada, et que le recours collectif est intenté aux États-Unis par toutes les parties ayant subis un préjudice. La compétence *ratione personae* sera établie à l'égard d'un défendeur pour des actes commis dans des provinces autres que sa province de résidence. Par contre, elle ne le serait pas si les recours collectifs proviennent d'autres provinces. En plus de la détermination de la compétence du tribunal, il faut également vérifier la procédure suivie. Le problème posé par les classes transfrontalières en matière de recours collectif se situe principalement au niveau de la difficulté à communiquer avec tous les membres. L'autre point important à considérer dans ce type de recours consiste à déterminer la loi applicable au fond du litige. Comme il n'existe pas de règles de droit international privé spécifiquement prévues pour les recours collectifs, il est nécessaire de suivre les règles du droit international privé de chaque province pour déterminer si une action est bien fondée ou non. Vu les nombreuses difficultés qui entourent les recours collectifs au niveau national, il n'est pas surprenant d'être confronté à des questions encore plus complexes dans le cadre de recours collectifs transfrontaliers. On se rend compte toutefois, que les motifs de non reconnaissance d'un jugement étranger portant sur un recours collectif sont les mêmes que sur le plan interne, et découlent de principes essentiels de procédure.

Class actions have generated significant interest among the courts and the legislatures. Of particular concern are the geographical and legal difficulties that cross border class actions present in North America. This subject requires treatment on an international, as opposed to a domestic scale. Of primary importance is a consideration of the competence of the tribunal presiding over the dispute. The issue of competence *ratione personae* arises when acts are committed in two different countries, such as Canada and the United States, and the class action is founded in the latter country by the injured parties. The *ratione personae* competence will be recognized for a defendant who commits acts in provinces *other* than his/her province of residence. However, it will not be recognized for class actions originating in other provinces. In addition to the question of competence of the tribunal, there must also be a consideration of the procedure to be followed by the tribunal. Cross-border class actions are problematic primarily because of the geographical difficulties posed in attempting to communicate with all of the members. Another important issue concerns the question of the applicable law for the class action. As there are no private international law specifically designed for such actions, the private international law of each province must govern and be used to determine whether an action is well-founded or not. Given the large number of challenges that class actions present at the domestic level, it is not surprising to discover more complex questions that occupy the international ambit. However, we realize that the reasons

* Titulaire de la Chaire Peter M. Laing, Faculté de droit & Institut de droit comparé, Université McGill. Ce texte a été l'objet d'une conférence prononcée lors d'une réunion à Montréal de l'Association du Barreau canadien, division du Québec, au mois d'avril 1999. Une version anglaise paraîtra dans la Revue du Barreau canadien, qui a aimablement consenti à cette publication. L'auteur de cette note était l'un de plusieurs juristes canadiens qui ont déposé des affidavits dans la cause au Texas en faveur des défendeurs canadiens.

for not recognizing foreign judgment regarding class actions are the same as the domestic level. These refusals derive in fact from procedural principals.

L'affaire *Bre-X*¹ nous offre encore un recours collectif portant sur la perte de valeur de valeurs mobilières, dont il y a eu déjà des centaines sinon des milliers aux États-Unis. Il y a eu une réaction judiciaire et législative importante aux États-Unis pour limiter et contrôler l'effet de ces recours sur le marché des valeurs mobilières². L'affaire *Bre-X* est cependant plus intéressante que beaucoup d'autres de ces causes, parce qu'elle souleve le phénomène des recours collectifs qui sont transfrontaliers et concurrentiels en Amérique du Nord. Leur caractère concurrentiel se situe d'ailleurs au niveau international et non pas simplement au niveau inter-provincial ou inter-étatique.

Comment devrions-nous penser le problème des recours collectifs transfrontaliers? Trois questions se posent: I. la compétence du tribunal saisi du recours collectif; II. la procédure suivie par ce tribunal; et III. la loi applicable au fond du litige. Comme nous le verrons, ces questions ne sont pas autonomes; les réponses à chacune d'elles influent sur les réponses aux autres.

I. La compétence du tribunal saisi

Historiquement, la compétence territoriale ou *ratione personae* s'est définie en termes de la compétence du tribunal à l'égard du défendeur. *Actor sequitur forum rei*. Même avec l'expansion de la compétence territoriale pour favoriser les demandeurs³, cette expansion a été effectuée surtout en admettant une gamme de plus en plus importante des activités des défendeurs pour justifier la compétence d'un tribunal à leur égard⁴. Le recours collectif transfrontalier ajoute une autre dimension aux critères de la compétence *ratione personae*, qui est celle de la compétence à l'égard des membres de la classe situés en dehors du for d'origine. C'est dire que la compétence *ratione personae* doit maintenant être établie aussi par rapport aux demandeurs, soit pour leur permettre de bénéficier d'un jugement favorable, soit pour leur faire subir les conséquences de l'autorité de la chose jugée, suite à un jugement défavorable. Advenant un jugement québécois portant sur un recours collectif en faveur d'une classe nord-américaine, ce jugement peut-il avoir l'autorité de la chose

¹ Voir, pour les procédures jusqu'à présent, en Ontario et au Texas, en ligne : Bre-X/Bresea Shareholder Class Action Information Website <http://www.brexclass.com> (date d'accès : 27 septembre 2000) et les décisions citées *infra* notes 5 (Texas) et 10 (Ontario). L'affaire *Bre-X* concerne des représentations, qui auraient été trompeuses, sur la valeur d'une mine d'or de la compagnie Bre-X située en Indonésie.

² Voir le *Private Securities Litigation Reform Act*, Pub. L. No. 104-67, 109 Stat. 737 (1995); le *Securities Litigation Uniform Standards Act of 1998*, Pub. L. 105-353, 112 Stat. 3227 (1998); M.A. Collora et D.M. Osborne, «Class-Action Reforms Spur Derivative Claims» *National Law Journal* (15 fév. 1999) à la p. B-8 (délais de prescription raccourcis, conditions de la procédure écrite plus strictes, interdiction de l'interrogatoire préalable lorsque le défendeur soulève une exception d'irrecevabilité, possibilité de transférer la cause à une cour fédérale pour assurer que des «standards nationaux» soient satisfaits).

³ Pour cette expansion au Québec, voir H. P. Glenn, «De la cause d'action et de la compétence internationale» (1981) 27 R.D. McGill 793.

⁴ Voir, par exemple, *Wabasso Limited c. The National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578 (compétence de la Cour supérieure du Québec établie à l'égard d'un fabricant américain à cause de son omission de prévenir des dangers posés par son produit au Québec).

jugée pour empêcher toute autre poursuite en Amérique du nord? Le juge québécois peut-il lier le continent et, après cela, le monde? Inversement, les demandeurs québécois, dans l'affaire *Bre-X* par exemple, sont-ils liés au Québec par un jugement ontarien ou américain de sorte qu'ils perdent leur droit d'action au Québec?

Bien que la distinction n'ait pas été très clairement faite jusqu'à présent, il semble qu'il faut distinguer deux situations. Dans la première situation, la compétence *ratione personae* serait absente à l'égard du défendeur; dans la seconde, la compétence *ratione personae* serait établie à l'égard du défendeur. Pourquoi, pour savoir s'il y a compétence à l'égard des membres de la classe, à l'égard des *demandeurs* potentiels, faudrait-il revenir sur la question de la compétence à l'égard du défendeur?

A. L'absence de compétence *ratione personae* à l'égard du défendeur

Il semble aller de soi qu'un tribunal dépourvu de compétence à l'égard d'un défendeur est tout simplement dépourvu de compétence. La situation est plus complexe, cependant, avec un recours collectif, ce qui est bien illustré par l'affaire *Bre-X* et le jugement portant sur sa propre compétence rendu par la Cour fédérale du district de l'est de Texas, Division Texarcana, dans cette affaire⁵. Il faut préciser à cet égard que la classe dans l'affaire *Bre-X* serait composée de tous les investisseurs, au Canada et aux États-Unis, qui auraient perdu de l'argent suite à la perte de valeur des actions de cette compagnie. Les défendeurs sont la compagnie elle-même, certains de ses officiers et administrateurs, une compagnie affiliée ainsi qu'un nombre d'autres compagnies ou maisons de courtage qui auraient fait des représentations trompeuses sur la valeur des actions. Le recours collectif intenté au Texas vise donc les actes des défendeurs, accomplis aux États-Unis, à l'égard des investisseurs résidents aux États-Unis, mais aussi les actes des défendeurs (dont certains auraient leur siège social au Canada) accomplis au Canada à l'égard des investisseurs résidents au Canada. Le recours viserait donc certaines activités qui auraient eu lieu entièrement aux États-Unis, de même que d'autres qui auraient eu lieu entièrement au Canada. La compétence du tribunal américain existe certainement à l'égard des activités accomplies aux États-Unis; qu'en est-il cependant à l'égard des activités qui ont eu lieu entièrement au Canada?

La Cour fédérale du District de l'Est du Texas a conclu qu'elle n'avait pas la compétence requise pour statuer à l'égard des demandeurs canadiens qui avaient acheté leurs actions sur les bourses canadiennes. Sa décision est fondée, cependant, sur des critères particulièrement états-uniens. En effet, la compétence d'une Cour fédérale aux États-Unis, dans des circonstances pareilles, doit être fondée sur l'application d'une loi fédérale, en l'occurrence les lois fédérales portant sur la vente des valeurs mobilières. Cependant, si ces lois sont clairement applicables aux activités qui ont eu lieu aux États-Unis, leur application extraterritoriale dépend d'un

⁵ *McNamara c. Bre-X Minerals Ltd.*, 32 F. Supp. 2d 920 (E. D. Tex. 1999). Il y a actuellement une requête devant la Cour pour que la décision soit réexaminée pour voir si les investisseurs canadiens auraient été influencés par des représentations venant des États-Unis.

processus d'interprétation qui vise l'effet des activités extra-territoriales sur le marché américain. Même si les activités au Canada auraient pu affecter le marché américain, a conclu la Cour, les demandeurs canadiens n'avaient pas l'intérêt pour réclamer la protection de la législation américaine et son application aux fins de leur protection n'aurait pas pour effet de protéger le marché américain⁶. L'incompétence de la Cour fédérale découlait donc des considérations portant sur la loi applicable aux demandes, dans le contexte particulier du système judiciaire américain.

Le jugement de la Cour fédérale de Texas est cependant intéressant pour son insistance que la classe soit divisée et que la compétence soit établie par rapport à chaque relation juridique entre les membres individuels de la classe et les défendeurs. Dans le langage de la Cour, on ne peut pas «bootstrap» les demandes canadiennes aux demandes américaines; il n'y a pas une compétence annexe ou ancillaire à l'égard de tous les membres de la classe une fois que la compétence est établie par rapport au défendeur et certains membres de la classe⁷. L'absence de la compétence *ratione personae* par rapport au défendeur peut ainsi être établie à l'égard de certains membres de la classe; la compétence *ratione personae* dans les recours collectifs transfrontaliers ne serait pas établie en visant la classe toute entière.

Cette conclusion est importante étant donné la diversité des relations juridiques qui peuvent exister à l'intérieur des recours collectifs transfrontaliers. Dans le cas où un défendeur domicilié au Manitoba serait poursuivi en Ontario ou au Québec par la voie d'un recours collectif, la cour de l'Ontario ou du Québec pourrait être compétente à l'égard des membres d'une classe situés en Ontario ou au Québec, où le défendeur aurait commis les actes objet de la plainte. Pour ce qui concerne les membres de la classe situés dans les autres provinces, cependant, il n'y aurait pas le moindre contact de la cause avec le for québécois ou ontarien. Dans un tel cas il semble très difficile de justifier la compétence par rapport à une classe pan-canadienne. D'ailleurs, au Québec et dans les provinces de common law, la reconnaissance de tout jugement étranger dépend de l'établissement des chefs de compétence qui sont ceux du *Code civil* ou qui constituent un «real and substantial connection» entre la cause et le tribunal d'origine⁸. Même si la compétence serait exercée dans ces circonstances, il n'y aurait pas d'obligation de reconnaissance dans les autres provinces et ainsi le jugement n'aurait pas l'autorité de la chose jugée dans les autres provinces.

B. La compétence *ratione personae* est établie à l'égard du défendeur

Il y aurait cependant d'autres situations où la compétence *ratione personae* de la cour serait établie de manière définitive par rapport au défendeur et cela en vertu d'un lien entre le défendeur ou ses activités et le for. En droit québécois la compétence d'un tribunal québécois peut ainsi être établie sur la base du domicile du

⁶ *Supra* note 5 aux pp. 922-925.

⁷ *Supra* note 5 à la p. 923.

⁸ Art. 3155 C.c.Q.; pour le droit des provinces de common law, voir *De Savoye c. Morguard Investments Ltd.*, [1990] 3 R.C.S. 1077, 76 D.L.R. (4th) 256.

défendeur au Québec et cela sans égard au lieu de l'activité du défendeur⁹. Dans l'affaire *Bre-X*, la compétence des tribunaux ontariens quant aux défendeurs semble définitivement acquise, soit en vertu du siège social des défendeurs, soit en vertu des activités des défendeurs en Ontario qui auraient été répétées à l'égard de tous les membres de la classe¹⁰.

Cette situation semble être celle qui est la plus fréquemment rencontrée dans la jurisprudence américaine, sans doute à cause de la très grande facilité avec laquelle les tribunaux étatiques américains peuvent justifier leur compétence dite «générale» à l'égard des défendeurs étrangers au for¹¹. La compétence à l'égard du défendeur étant établie, tout est donc de savoir si cette compétence peut être exercée quant aux demandeurs -- membres de la classe -- situés en dehors du for. La compétence établie de cette manière à l'égard d'un défendeur serait ainsi une compétence *erga omnes*. Dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. c. Shutts*¹², la compétence du tribunal étatique de Kansas a été fondée sur les circonstances que le défendeur faisait affaires au Kansas et était propriétaire de biens au Kansas¹³. La question éventuellement posée à la Cour suprême des États-Unis était donc de savoir si les tribunaux du Kansas pouvaient exercer leur compétence à l'égard des membres de la classe situés à l'extérieur du Kansas. Par sa réponse affirmative, la Cour suprême est venue écarter la nécessité que chacun des membres de la classe ait un lien avec le for ou ait affirmativement opté en faveur de son inclusion dans la classe («opting in»). La compétence des tribunaux de Kansas étant ainsi acquise à l'égard de tous les demandeurs membres de la classe, il en découle, en application du principe américain de la reconnaissance plénière des jugements étatiques par les tribunaux d'autres états («Full Faith and Credit»), que les membres de la classe sont liés par le jugement du tribunal du Kansas.

La jurisprudence américaine trouve maintenant son écho dans des décisions de première instance au Canada. Dans *Nantais c. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.* la Cour de l'Ontario (Division Générale) a autorisé un recours collectif visant une classe pancanadienne dont tous les membres auraient souffert de dommages causés par un pacemaker cardiaque produit par les défendeurs et mis sur le marché canadien à partir de l'Ontario¹⁴. Dans l'affaire *Bre-X*, la même Cour ontarienne a

⁹ Arts. 3134, 3141, 3148 C.c.Q.; et pour le même critère appliqué à la détermination de la compétence d'une autorité étrangère, aux fins de reconnaissance d'une décision étrangère, voir l'art. 3168, C.c.Q.

¹⁰ *Carom c. Bre-X Minerals Ltd.* (1999), 43 O.R. (3d) 441. Dans un jugement subséquent, cependant, le juge Winkler a exclu du recours collectif autorisé la grande partie de ces défendeurs, à cause de l'absence d'éléments communs dans les demandes faites contre eux. Voir *The Globe and Mail [de Toronto]* (14 mai 1999) B1.

¹¹ La compétence «générale» serait indépendante du différend entre les parties; la compétence «spécifique» serait dépendante du différend entre les parties. Voir A.T. von Mehren et D.T. Trautman, «Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis» (1966) 79 Harv. L. Rev. 1121.

¹² 86 L. Ed. 2d 628 (1985); voir A.R. Miller et D. Crump, «Jurisdiction and Choice of Law in Multistate Class Action After *Phillips Petroleum Co. c. Shutts*» (1986) 96 Yale L.J. 1, avec les références. Pour la situation incertaine qui prévalait avant *Shutts*, voir B.A. Winters, «Jurisdiction over Unnamed Plaintiffs in Multistate Class Actions» (1985) 73 Cal. L. Rev. 181.

¹³ 679 P.2d 1159 at 1174 (1984).

¹⁴ (1995), 127 D.L.R. (4th) 552, notamment à la p. 553 pour la distribution du produit à travers

autorisé un recours collectif ontarien au bénéfice de tous les investisseurs canadiens de la compagnie en s'appuyant sur *Shutts et Nantais* et en rejetant l'argument qu'une telle compétence serait contraire au principe de la territorialité de la législation provinciale¹⁵. Dans *Robertson c. Thomson Corporation* la Cour d'Ontario a autorisé une classe multi-juridictionnelle dans une action contre une maison d'édition ontarienne¹⁶. Au Québec, la Cour supérieure a rejeté l'autorisation d'un recours collectif dirigé contre un défendeur domicilié au Québec en faveur d'une classe dont les membres étaient domiciliés en Guyane, mais a rejeté l'autorisation non pas parce que la compétence ne pouvait pas être établie à l'égard des membres de la classe mais parce que Québec constituait un *forum non conveniens*¹⁷.

Cette jurisprudence peut être critiquée, soit en termes de son extraterritorialité, soit en termes de la disparité de traitement entre défendeurs (nécessairement liés au for) et demandeurs (qui peuvent être détachés du for)¹⁸. Elle ne semble pas, cependant, incompatible avec la logique inhérente du recours collectif, qui présume qu'un tribunal peut statuer sur les droits et les obligations d'un groupe large et diffus de personnes. Si la compétence à l'égard du défendeur est établie, le bénéfice du jugement n'est pas nécessairement limité par des frontières politiques, puisque le recouvrement des dommages-intérêts par les membres de la classe implique nécessairement leur consentement. Les effets désavantageux du jugement, d'ailleurs, ne seraient pas d'effet extraterritorial de leur propre force, mais seulement si un tribunal étranger accepte de reconnaître l'autorité de la chose jugée du jugement. Une telle reconnaissance dépend de l'appréciation par le tribunal reconnaissant des critères de compétence déployés par le tribunal d'origine¹⁹, mais aussi dans une large mesure sur la procédure employée par ce tribunal.

II. La procédure suivie par le tribunal d'origine

Au Québec une décision étrangère ne peut être reconnue si elle a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure²⁰. Dans les juridictions de common law, le même principe a été consacré par la jurisprudence depuis longue

l'Ontario.

¹⁵ *Supra* note 10.

¹⁶ (1999), 171 D.L.R. (4th) 171. La Cour a reconnu que la classe pourrait inclure même des demandeurs étrangers mais a conclu que «[...] the possibility that such question [of preclusion] might arise elsewhere with respect to an atypical class member cannot be sufficient to defeat this claim from proceeding in Ontario».

¹⁷ *Recherches Internationales Québec c. Cambior Inc.* (14 août 1998), Montréal 500-06-000034-971, J.E. 98-1905 (C.S.).

¹⁸ En ce sens, aux États-Unis, voir L.S. Mullenix, «Class Actions, Personal Jurisdiction, and Plaintiff's Due Process: Implications for Mass Tort Litigation» (1995) 28 U.C. Davis L. Rev. 871, notamment à la p. 910.

¹⁹ *Supra* note 8. Dans la situation discutée dans le texte, la compétence du tribunal étranger serait reconnue, par exemple, si elle était fondée sur le domicile du défendeur dans la province ou l'état de ce tribunal. Art. 3164, 3168 C.c.Q.

²⁰ Art. 3155(3) C.c.Q.

date²¹. Avant de décider qu'un demandeur local est lié par un jugement extra-provincial portant sur un recours collectif tout tribunal au Canada doit ainsi contrôler la procédure suivie par le tribunal extraprovincial pour vérifier que le résident local ne serait pas injustement soumis à son jugement²². Que sont les questions qui se posent lors de ce processus de contrôle? Encore une fois la jurisprudence américaine est intéressante.

Dans l'affaire *Shutts*²³, la Cour suprême des États-Unis a certes reconnu la compétence des tribunaux du Kansas pour lier les membres de la classe situés en dehors du Kansas, mais elle l'a fait en soumettant cette compétence à des conditions processuelles rigoureuses. La question essentielle à l'égard des demandeurs consiste ainsi non pas en une question de compétence mais plutôt en une question de procédure. Dans l'affaire *Shutts* tous les membres de la classe étaient connus et la Cour suprême a insisté pour que tous les membres reçoivent un avis de l'action et aient la possibilité de s'exclure²⁴. Une lettre par courrier de première classe avait été envoyée à tous les membres et le tribunal de première instance avait éliminé de la classe tous les individus dont la lettre avait été retournée à l'expéditeur faute de pouvoir leur être livrée²⁵. Il n'est pas évident qu'en droit américain une procédure moins rigoureuse seraient jugée satisfaisante par la Cour suprême. Au Canada, la décision de la Cour de l'Ontario dans l'affaire *Nantais* satisfait aux conditions énoncées par la Cour suprême américaine, car tous les membres de la classe étaient connus (au moins aux défendeurs), ils ont tous reçu un avis de l'action et ils ont tous pu exercer une option de s'exclure. Dans l'affaire *Bre-X* les représentants de la classe essaient d'acheminer le même type d'avis individuel, assorti de l'option de s'exclure.

²¹ Voir J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 3^e éd., Toronto/Vancouver, Butterworths, 1994, aux pp. 272-273 («Proceedings contrary to natural justice»).

²² Ce sera le cas où aucun recours collectif n'a été intenté dans le for, et aussi lorsqu'un tel recours a été intenté dans le for mais la transaction locale, à être approuvée par la cour, est intégrée dans la transaction extraprovinciale. Pour un exemple de cette intégration, voir *Tremaine c. A. H. Robins Canada Inc.* (20 août 1993), Montréal 200-06-000006-935 (C.S.). Dans ces dernières circonstances, la cour locale ordonne ses propres mesures processuelles (avis, etc.) pour lier les membres locaux de la classe au jugement. Il est possible aussi qu'un jugement extra-provincial qui autorise une classe pan-canadienne soit soulevé pour résister à l'autorisation d'un recours collectif local. L'enjeu dans cette situation n'est plus une question de l'autorité de la chose jugée, mais de l'existence d'une situation de litispendance. Il est cependant difficile de voir comment une cour locale pourrait accepter qu'un jugement extra-provincial autorisant un recours collectif à l'échelle pan-canadienne puisse être considéré comme étant constitutif d'une situation de litispendance. Pour établir la situation de litispendance, il faut que le jugement extraprovincial éventuel soit reconnaissable, mais il est impossible d'arriver à cette conclusion avant de connaître les procédures suivies par la cour extraprovinciale. Pour la dépendance de la notion de litispendance sur la possibilité de reconnaissance du jugement au Québec, voir l'art. 3137 C.c.Q. («[...] pourvu qu'elle puisse donner lieu à une décision pouvant être reconnue au Québec [...]»). Une cour locale peut décliner sa compétence, cependant, pour le motif de *forum non conveniens*, voir l'affaire *Cambior*, *supra* note 17.

²³ *Supra* note 12.

²⁴ *Ibid.* à la p. 642. C'est pour cette raison que les annonces publicitaires dans les recours collectifs récents aux États-Unis, adressées aux membres des classes qui auraient subi un préjudice suite aux activités des banques suisses pendant la deuxième guerre mondiale, ne constituaient pas l'avis nécessaire mais ont demandé aux membres des classes de réclamer un avis par courrier et un questionnaire. Voir le *Globe and Mail [de Toronto]* (7 août 1999) A6.

²⁵ *Ibid.* aux pp. 634-635.

Comme dans l'affaire *Nantais*, cependant, le seul moyen d'effectuer un tel avis se trouve dans les renseignements détenus par les défendeurs, et aux frais de ceux-ci, en demandant un ordre de la Cour obligeant les défendeurs à envoyer l'avis requis à chacun de leurs clients membres de la classe²⁶. Aux États-Unis, cependant, la Cour suprême a décidé dès 1974 qu'un représentant ne peut pas transférer ainsi à un défendeur les frais occasionnés par les conditions processuelles d'un recours collectif, et notamment les frais d'un avis individuel à chaque membre de la classe²⁷. Deux situations sont donc parmi les plus probables quant à l'avis requis dans un recours collectif transfrontalier: ou bien le représentant ne peut pas effectuer un avis individuel, car les membres de la classe sont inconnus, même au défendeur, ou bien l'avis individuel peut être effectué mais uniquement avec l'aide du défendeur et à ses frais. Ces problèmes justifient-ils le refus de reconnaître la décision ailleurs au Canada?

Les classes transfrontalières multiplient les problèmes processuels inhérents au recours collectif. Avec les classes transfrontalières les classes deviennent plus larges, les problèmes liés à l'acheminement d'un avis (nécessairement bilingue ou même multilingue pour les sociétés linguistiquement complexes) sont plus nombreux, les difficultés de recouvrement sont plus prononcées et il est plus difficile pour les membres de la classe de surveiller effectivement la procédure ou d'y participer de manière efficace²⁸. Pour l'avocat de la classe, les problèmes déontologiques de représentation sont exacerbés, car il doit maintenant représenter des groupes de plus en plus éloignés et de plus en plus diversifiés. On sait qu'aux États-Unis une certaine collusion se manifeste entre les défendeurs et les avocats choisis pour négocier des transactions, surtout dans les dits «settlement class actions»²⁹. Dans le «settlement class action» la proposition de transaction est soumise à la cour en même temps que la requête pour l'autorisation du recours, le tout ayant été négocié préalablement entre le défendeur et l'avocat choisi (par le défendeur) de la classe. Ces transactions créent souvent des sous-classes, traitées de manière différente selon qu'elles tombent ou non dans «l'inventaire» des demandeurs de l'avocat choisi. Au pire, des groupes entiers peuvent être exclus de tout recours, par la transaction, comme condition essentielle de la transaction négociée. Le recours collectif fonctionne dans ces circonstances comme moyen pour nier l'accès à la justice. Le «settlement class action» a déjà fait son

²⁶ Voir les paragraphes 140, 195 et 196 de la plaidoirie du représentant de la classe dans l'affaire *Bre-X* en Ontario, *supra* note 1. La grande partie de ces défendeurs ont été exclus du recours collectif, cependant, voir *Carom c. Bre-X Minerals Ltd supra* note 10.

²⁷ *Eisen c. Carlisle & Jacquelin*, (1974) 40 L. Ed. (2d) 732. Dans l'affaire *Shutts*, le représentant de la classe a obtenu les noms et les adresses des membres de la classe du défendeur, mais a effectué l'avis à ses propres frais. Voir *supra* note 12 à la p. 1167.

²⁸ Pour ces difficultés de participation aux États-Unis, voir S. Cottreau, «The Due Process Right to opt out of Class Actions» (1998) 73 N.Y.U.L. Rev. 480 aux pp. 489-490 (le for ainsi manque «une source solide d'autorité»).

²⁹ Voir J. Coffee Jr., «The Corruption of the Class Action : The New Technology of Collusion» (1995) 80 Cornell L. Rev. 851; et dans le contexte des recours collectifs transfrontaliers voir H. Monaghan, «Antisuit Injunctions and Preclusion against Absent Nonresident Class Members» (1998) 98 Colum. L. Rev. 1148, notamment à la p. 1156; E. H. Cooper, «The (Cloudy) Future of Class Actions» (1998) 40 Ariz. L. Rev. 923, notamment à la p. 933.

apparition au Québec³⁰, et il n'est pas évident que la magistrature canadienne pourra exercer un contrôle plus rigoureux sur les transactions dans les recours collectifs que celui qui est exercé par ses collègues américains. Les membres extraprovinciaux de la classe sont-ils traités de la même manière que ceux de la province d'origine du recours?³¹ Les membres de chaque province ont-ils été représentés de manière autonome? La négociation a-t-elle été accélérée pour arriver le premier dans la course au jugement, au cas où il y avait des recours concurrentiels? L'avis a-t-il été rédigé pour faciliter ou décourager sa compréhension?³² Ces questions sont particulièrement cruciales quand les membres de la classe ne sont pas tous connus et lorsqu'ils n'ont pas tous reçu individuellement un avis. Le législateur de la Colombie britannique semble avoir conclu que même des réponses favorables à ces questions ne peuvent pas satisfaire aux principes essentiels de la procédure, car la législation de cette province n'admet l'inclusion des membres extra-provinciaux que dans le cas où ils optent affirmativement en faveur de leur inclusion dans la classe³³.

Aux États-Unis on a conclu que le principe du «Full Faith and Credit» n'exclut pas la nécessité de scruter tout jugement extra-étatique pour vérifier et la compétence du tribunal étranger et la procédure qui a été suivie³⁴. La même conclusion s'impose au Canada, vu l'importance des principes essentiels de la procédure et les entorses à ces principes que les recours collectifs peuvent représenter. La force de la chose jugée diminue nécessairement dans l'espace.

³⁰ Voir *Pelletier c. Baxter Healthcare Corp.* (16 avril 1998), Montréal 500-06-000005-955, J.E. 98-1200 (C.S.). Le sommaire dans *Jurisprudence Express* ne fait pas mention du fait que la transaction exclue toute demande de la part des individus dont les dommages se manifestent à l'extérieur d'une période de six ans. Sur le phénomène des «settlement class actions» voir H. P. Glenn, «Le recours collectif, le droit civil et la justice sociale» (1998-99) 29 R.D.U.S. 39 aux pp. 53-54.

³¹ Sur les dangers de discrimination contre les non-résidents, voir K.A. Schwarz, «Due Process and Equitable Relief in State Multistate Class Actions After *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*» (1989) 68 Tex. L. Rev. 415 à la p. 440.

³² Sur les avis dans la pratique américaine, voir Monaghan, *supra* note 29 à la p. 1153; et voir la p. 1156 sur la «full bore race to the bottom» en matière de recours collectifs transfrontaliers aux États-Unis.

³³ *Class Proceeding Act*, (1986) R.S.B.C., ch. 50, s. 16; et voir *Harrington c. Dow Corning Corp.*, (1997) 29 B.C.L.R. (3d) 88, autorisant une classe composée partiellement de membres à l'extérieur de la Colombie Britannique et déclarant, à la p. 92, que «[t]he non-resident opt-in procedure avoids potential difficulties in exercising jurisdiction over class members outside the province who have not taken any initiative to attorn to the jurisdiction of the B.C. court».

³⁴ Voir Miller, *supra* note 12 à la p. 36 (insistant aussi sur les difficultés de savoir si le jugement satisfait les conditions classiques de chose jugée («wriggle room»)); Monaghan, *supra* note 29 aux pp. 1151-1153, 1173; et pour la contestation de l'autorité de la chose jugée des jugements homologants une transaction d'un recours collectif, même de la part d'un membre de la classe ayant reçu un avis, voir *Nottingham Partners c. Trans-Lux Corp.*, 925 F.2d 29 (1st Cir. 1991); *Matsushita Electric Industrial Co. c. Epstein* (1996) 134 L. Ed. (2d) 6. Pour la difficulté des tribunaux d'affirmer l'autorité de la chose jugée dans les recours collectifs, face à la contestation ultérieure, voir G. Hazard Jr., J. Gedid & S. Sowle, «An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits» (1998) 146 U. Pa. L. Rev. 1849, notamment à la p. 1854.

III. La loi applicable au fond du litige

Un recours collectif transfrontalier pose nécessairement la question de la loi, ou plus probablement des lois, applicables au fond du litige. Aux États-Unis la Cour suprême a même décidé, dans l'affaire *Shutts*, qu'il était constitutionnellement interdit de faire application de la loi du for dans les circonstances de cette cause³⁵. C'était l'une des raisons pour lesquelles la Cour a cassé l'autorisation du recours collectif, mais le refus par le tribunal du Kansas de faire application d'une loi autre que la sienne aurait pu, pour ces mêmes raisons constitutionnelles, justifier la non-reconnaissance du jugement du Kansas par d'autres États.

Au Canada, puisque la magistrature est de nomination fédérale, la tendance à constitutionaliser le domaine des conflits de lois est moins importante. Les sources habituelles du droit international privé ont été jugées adéquates pour résoudre les conflits de lois. Notamment il ne faut pas constitutionaliser la cause pour arriver devant un juge de nomination fédérale. Comment les sources normales du droit international privé sont-elles applicables aux recours collectifs transfrontaliers?

À la base de chaque recours collectif il y a des relations juridiques individualisées ou bilatérales, et chacune de ces relations juridiques existe selon une loi qui lui est applicable. Les lois qui ont créé les recours collectifs n'ont pas changé ce principe de base; au Canada les textes le présument même en exigeant, comme condition d'autorisation du recours, que le représentant établisse une preuve sommaire, au stade de l'autorisation, du bien fondé de l'action ou au moins de l'existence de la cause d'action alléguée³⁶. Une action est bien fondée ou non selon la loi qui lui est applicable, et cette loi est déterminée dans chaque province par les règles du droit international privé; il n'y a pas de règles de droit international privé conçues particulièrement pour les recours collectifs. La loi applicable au fond du recours collectif est encore plus importante au Canada qu'aux États-Unis parce que la législation américaine, de manière générale, n'exige pas une telle preuve du bien fondé du recours au stade de l'autorisation³⁷.

Le représentant qui demande l'autorisation du recours collectif doit donc apporter la preuve du bien fondé requis par la loi du for, selon les lois applicables désignées par le droit international privé du for³⁸. S'il ne le fait pas, cette preuve peut

³⁵ *Supra* note 12, notamment aux pp. 643 et ss.; et voir Miller, *supra* note 12 à la p. 14.

³⁶ Voir, au Québec, l'art. 1003 b) C.p.c. («les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées»); et en Ontario, art. 5(1)a) *Class Proceeding Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6 («the pleadings or the notice of application [disclose] a cause of action»); et sur les différences entre les deux textes, H. P. Glenn, «*Class Proceeding Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6 - *Law Society Amendment Act (Class Proceeding Funding)*, 1992, S.O. 1992, c. 7» (1993) 72 R. duB. can. 568 aux pp. 569-570.

³⁷ Voir H. P. Glenn, «The Dilemma of Class Action Reform» (1986) 6 Oxford J. Leg. Studies 262 aux pp. 269-270.

³⁸ Voir le jugement de la Cour suprême de la Colombie Britannique dans l'affaire *Harrington*, *supra* note 33 aux pp. 91-92 («A non-resident woman whose entire medical history has no connection to British Columbia must have her claim determined by the law of a jurisdiction other than British Columbia [...] The thorny choice of law issue [...] is not directly before the court on this application but it is lurking in the background if any but the narrowest view of the appropriate class is adopted»).

être faite par le défendeur qui s'oppose à l'autorisation, pour indiquer, le cas échéant, la particularité des demandes et l'absence d'une classe liée par des éléments communs³⁹. Au cas où la cour saisie de la requête pour autorisation refuse de faire application des règles de droit international privé, il y a moyen d'appel au cas où l'appel est disponible⁴⁰. Il est à noter, cependant, qu'aucune preuve du droit extra-provincial ne semble avoir été faite dans les décisions ontariennes qui ont autorisé les recours collectifs portant sur des classes pancanadiennes⁴¹. Quelle est l'importance de cette défaillance au cas où le jugement serait éventuellement invoqué ailleurs au Canada et notamment au Québec?

Au Québec, la nécessité pour le tribunal étranger d'avoir appliqué la loi qu'aurait appliqué un tribunal québécois a été abolie par l'article 3157 du *Code civil*. Le libellé de ce texte mérite une attention particulière, cependant, car il dispose que «La reconnaissance ou l'exécution ne peut être refusé *pour la seule raison* que l'autorité d'origine a appliqué une loi autre que celle qui aurait été applicable, d'après les règles du présent livre» (l'emphase est à nous). Le refus du tribunal ontarien d'avoir appliqué le droit québécois applicable à la demande d'un demandeur québécois peut donc être une raison, parmi d'autres, de caractère processuel⁴², pour refuser la reconnaissance du jugement ontarien. Le raisonnement semble parfaitement compatible avec la common law des autres provinces. Ce motif de refus serait d'autant plus attirant que la loi québécoise autrement applicable est d'ordre public⁴³.

Cette conclusion semble s'imposer même dans le cas où aucune des parties dans le for d'origine n'a invoqué les règles du droit international privé ou le droit étranger. L'on sait que normalement le droit étranger est considéré comme un fait et que, au Québec, lorsque le droit étranger n'est pas allégué, le juge applique le droit en vigueur au Québec⁴⁴. Doit-on permettre aux parties la même latitude de se mettre d'accord sur la loi applicable quand il s'agit d'un recours collectif? L'une des raisons pour lesquelles la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Shutt* a constitutionalisé la nécessité d'avoir recours aux règles du droit international privé se trouve dans le fait que toutes les parties ne sont pas devant la cour lors de la requête pour

³⁹ Pour la jurisprudence américaine refusant l'autorisation dans de tels cas, voir W.D. Torchiana, «Choice of Law and the Multistate Class : Forum Interests in Matters Distant» (1986) 134 U. Pa. L. Rev. 913 à la p. 928.

⁴⁰ Ce qui n'est pas le cas pour les défendeurs au Québec, en vertu de l'art. 1010 al. 2 C.p.c.; il en est autrement ailleurs.

⁴¹ Voir les affaires *Nantais*, *supra* note 14, et la décision de Zuber J. de la Cour divisionnaire, (1995) 25 O.R. 347 à la p. 350 («I am not aware of any difference in the law respecting product liability or negligence in the common law provinces and I have not been shown that there is any real difference [between the common law provinces and Québec]», suggesting however that class could be redefined if differences in substantive law would make trial difficult); *Bre-X*, *supra* note 10; *Robertson*, *supra* note 16.

⁴² Voir la partie II.

⁴³ Voir, pour le caractère impératif de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1, art. 236.1 al. 2 et 3 («En ce qui concerne le placement d'une valeur, la loi du Québec est applicable dès lors que le souscripteur ou l'acquéreur réside au Québec, indépendamment du lieu du contrat. Toute stipulation concernant la compétence des tribunaux ou la loi applicable est nulle»).

⁴⁴ Voir l'art. 2809 C.c.Q.

l'autorisation du recours⁴⁵. L'abandon par le représentant de la classe de la loi normalement applicable aux demandes des demandeurs extraprovinciaux, laquelle loi pourrait être plus ou moins favorable aux demandes, constituerait donc encore une raison pour refuser la reconnaissance du jugement. Cette raison relève ultimement des principes essentiels de la procédure, car les demandeurs extra-provinciaux n'aurait pas eu la possibilité de réclamer la loi normalement applicable au stade de l'autorisation du recours, et fort possiblement durant les négociations menant à un transaction homologuée.

* * *

Les recours collectifs transfrontaliers posent beaucoup de problèmes, car le recours collectif domestique pose beaucoup de problèmes. Les problèmes transfrontaliers sont le reflet ou l'extension des problèmes internes, qui deviennent exacerbés quand le recours collectif prend des dimensions géographiques élargies. Il s'ensuit que les motifs pour le refus de reconnaître le jugement étranger portant sur un recours collectif sont les mêmes pour le refus du recours collectif sur le plan interne. Ce sont des raisons qui découlent des principes essentiels de la procédure.

⁴⁵ Voir *supra* note 12 à la p. 647 («We also give little credence to the idea that Kansas law should apply to all claims because the plaintiffs, by failing to opt out, evinced their desire to be bound by Kansas law»).