

UNE JUSTICE DE MASSE?

RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN AMÉRIQUE DU NORD

*H. Patrick Glenn**

Le droit des pays de l'Amérique du Nord est intéressant à plusieurs égards. Il s'agit d'un droit largement transposé, de plusieurs pays européens, qui présente donc tout l'intérêt du phénomène de la réception du droit.¹ Si la tradition (restreinte) de la Common Law a été reçue aux États-Unis et dans la plupart des provinces canadiennes, la tradition civiliste s'est implantée au Mexique et dans la province canadienne du Québec. Ces traditions juridiques différentes n'incarnent pas, cependant, un conflit philosophique majeur quant au rôle et quant à la conception même du droit. En effet, si la Common Law s'est distinguée pendant des siècles par ses brefs et ses formes d'action, la Common Law moderne, à partir du XIXe siècle, se rapproche de ses institutions, ses sources et ses fonctions.² D'ailleurs, le droit civil a exercé une influence majeure aux États-Unis au XIXe siècle, pendant la période de construction de ce que l'on voit aujourd'hui comme les droits des États-Unis d'Amérique.³

Le droit des pays d'Amérique du Nord constitue donc une extension et un développement autonome de la conception du droit qui s'est développée en Europe aux XVIIIe et au XIXe siècle. Ce droit était devenu un instrument rationnel dans l'organisation moderne de la société. Transposé en Amérique du Nord, il est devenu un instrument dans la création de

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

1 Parmi les éléments de cette réception du droit il faut citer les rôles des différents droits européens (anglais, français, espagnol) les uns par rapport aux autres; le rôle de tous les droits européens par rapport au droit des populations autochtones; et la mesure de transformation des droits européens et autochtones dans le processus de réception. C'est l'ensemble de ces éléments qui a contribué au droit des États contemporains de l'Amérique du Nord.

2 Voir H. P. Glenn, <<La civilisation de la Common Law>>, Rev. int. dr. comp. 1993.559.

3 Voir P. Stein, <<The Attraction of the Civil Law in PostRevolutionary American>> (1966), 52 Va.L.Rev. 403; M. Hoeflich, <<John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer>> (1985), 29 Am.J.Leg.Hist. 36; R. Batiza, <<Sources of the Field Civil Code: The Civil Law Influences on a Common Law Code>> (1986), 60 Tul.L.Rev. 799.

nouvelles sociétés, largement libre des contraintes qui existaient dans la vieille Europe.⁴ La combinaison d'un droit instrumental, d'une société nouvelle, d'une politique libérale et d'un continent riche en potentiel économique a produit une société dite <<développée,>, où l'on voit les effets combinés du progrès technologique, de la démocratie, et du droit européen modernisé.

Y a-t-il des limites à un tel droit? Aux États-Unis l'on voit réunies les institutions dominantes des traditions juridiques européennes -- une Législation de plus en plus dominante qui prend même la forme de codifications dans plusieurs États, et une magistrature qui bénéficie toujours, dans une certaine mesure, du prestige et de l'influence du juge d'une cour royale anglaise. Ces institutions, et le droit matériel qu'elles développent, peuvent-elles répondre de façon efficace à toutes les réclamations de justice qui se font entendre dans l'État moderne. La justice traditionnelle, et individualisée, serait inadéquate pour cette tâche, car elle ne pourrait jamais répondre aux réclamations multiples qui découlent du caractère systémique et automatisé de la société moderne. Les produits faits en série font des dommages en série. La justice doit donc refléter le gigantisme des institutions et des méthodes. La justice d'une société de masse doit être une justice de masse.

Deux domaines du droit privé reflètent cette tendance vers la massification - ou collectivisation - de la justice privée. Ce sont les domaines de la responsabilité des fabricants (souvent appelée la responsabilité des produits - *products liability* - malgré l'absence de responsabilité de la part des produits eux-mêmes) et de la procédure civile, or le génie processualiste américain a produit la notion de recours collectif en droit privé. Le droit de la responsabilité civile et la justice civile peuvent-ils être déployés efficacement pour assurer que la compensation qui *devrait* être payée (selon un critère qui sera, pour l'instant, présume) *est* payée, dans une société moderne? Le droit des États-Unis est remarquable pour les efforts qui ont été faits en ce sens. Ces efforts ont eu des échos importants dans d'autres pays, notamment du monde occidental.

Nous tracerons le développement de ces institutions dans le droit des États-Unis, et ailleurs en Amérique du Nord où elles ont été reçues, avant d'essayer d'évaluer cette nouvelle forme de justice de masse.

I Les éléments d'une justice de masse

Une justice de masse doit répondre aux événements, et aux activités, de masse. La production de biens en série en est un exemple, où la *manufactura*, la production à la main, est remplacée par la production par machine. Cette production est automatisée et itérative; le dommage qui en est produit est souvent massif, en ce sens qu'il touche à de multiples

4 Voir M. Horowitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, New York, Oxford University Press (2e ed.), 1992.

personnes. On parle ainsi, aux États-Unis, de "délits de masse" (*mass torts*), expression contestable dans la mesure où l'on veut désigner d'abord et avant tout la nature du dommage, qui pourrait sans difficulté être désigné comme "dommage de masse" (*mass damage*), découlant souvent d'accidents de masse (-<mass accidents>>). Parler cependant de <<délits de masse>> (*mass torts*) implique un jugement, avant toute décision judiciaire, de la nature de l'activité du défendeur, ce qui représente tout le problème à résoudre.

La systématisation de la vie sociale qui donne lieu à des dommages de masse semble exiger l'existence de règles juridiques qui visent et qui reflètent cette systématisation. En premier lieu il faudrait donc des règles de droit matériel qui visent le système qui a produit le dommage; il faudrait ensuite des règles processuelles qui permettraient la mise en vigueur efficace de ces nouvelles règles de droit privé. La responsabilité doit être stricte ou systématique; sa mise en vigueur doit s'effectuer par le moyen des recours collectifs.

A La responsabilité dite stricte du fabricant

Les fabricants aux États-Unis jouissent d'un marché très important. Pour servir ce marché, le processus de fabrication et de distribution de biens de consommation est devenu très développé. Les relations immédiates et bilatérales entre un fabricant artisanal et son client immédiat ont été remplacées par des moyens systématiques de production et des chaînes de distribution de plusieurs niveaux, d'une implantation géographique très étendue. Un système de production et de distribution est devenu repérable. Dès que ce phénomène s'est produit, est apparu l'argument que le système doit porter le fardeau des dommages qu'il crée. Dans le langage couramment utilisé, les coûts sociaux doivent être "internalisés" ou absorbés par le système créateur de ces coûts. On parle ainsi non pas de la responsabilité du fabricant mais de la responsabilité des produits (*products liability*), car en désignant le produit du système on vise effectivement le système tout entier.

Le droit des États-Unis a commencé à être "re-articulé" dans le langage des systèmes dans les années soixante, à partir du jugement de la Cour suprême de la Californie dans l'affaire *Greenman v. Yuba Powers Products Ltd.*⁵ Dans cette affaire, le fabricant d'une scie mécanique, destinée aux bricoleurs, a été tenu responsable pour des dommages physiques causés par l'appareil, et la Cour suprême a déclaré: <<Un fabricant est strictement responsable sur le plan quasi-délictuel quand un bien qu'il met sur le marché, sachant qu'il sera utilisé sans être inspecté pour défauts, se révèle défectueux de telle sorte que des dommages sont causés à un être humain.>>⁶

5 59 Cal.2d 57, 377 P.2d 897 (1963).

6 Le langage de <<défectuosité>> a été repris deux ans plus tard dans le *Restatement (Second) of Torts*, à son article 402A.

Deux développements importants marquent donc le développement intellectuel du droit de la responsabilité des fabricants. D'abord on a permis au demandeur, dans l'affaire *Greenman*, de viser non pas simplement une faute dans la fabrication du bien, mais une faute dans la conception ou dans le dessin du bien (*design fault*). Puisque la conception des biens de consommation aujourd'hui est faite en équipes, on permettait ainsi à viser le travail des équipes, c'est-à-dire, viser le *système* de production du bien. Ensuite, cette étape franchie, il est devenu possible d'admettre une présomption pour faciliter la preuve d'une faute de conception; si le bien produit est défectueux et cause ainsi des dommages au consommateur qui l'utilise, la défectuosité du bien permet de conclure à la faute dans la conception du bien. Le bien défectueux représente le système défaillant; la responsabilité devient une responsabilité dite des produits. L'attention des plaideurs se tourne ainsi vers les caractéristiques des biens sur le marché.

Le développement du critère du produit défectueux a trouvé un écho dans d'autres pays où les conditions de fabrication et de distribution ressemblent à celles des États-Unis. Ainsi, le nouveau Code civil du Québec dispose, à son article 1468, que le fabricant <<...est tenu de réparer le préjudice cause à un tiers par le défaut de sécurité du bien>>, et à l'article 1469 qu'il y a défaut de sécurité lorsque <<...le bien n'offre pas la sécurité à laquelle on est normalement en droit de s'attendre, notamment en raison d'un vice de conception ou de fabrication du bien...>>. De même, le nouveau droit européen vise le bien défectueux et ce critère de responsabilité s'ajoute aux critères existants de responsabilité dans les divers droits nationaux.⁷

La possibilité de viser l'activité systémique du fabricant défendeur a donné lieu à deux autres développements dans le droit des États-Unis, développements qui n'ont pas encore été repris, du moins pleinement, à l'étranger. Le premier développement consiste en une reformulation des conditions de la preuve du lien de causalité entre le dommage cause au demandeur et les activités du défendeur. Traditionnellement, il fallait prouver tous les éléments constitutifs d'un tel lien causal; il fallait prouver qu'une faute particulière a cause un dommage particulier. Avec l'élargissement de l'activité du défendeur visée, cependant, un élargissement parallèle des conditions de la preuve du lien de causalité est devenu possible aussi. Le lien de causalité est souvent difficile, voire impossible à établir quand un consommateur a utilisé un produit pharmaceutique pendant plusieurs années mais a acheté, pendant cette période, plusieurs marques du produit. Ainsi, au lieu d'être obligé de prouver que le produit de marque X a causé son dommage, un demandeur devrait avoir la possibilité de prouver qu'il a subi un dommage causé par les produits de type X, et les fabricants de

7 Voir Conseil des communautés européennes, Directive du Conseil des Communautés européennes du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives du fait des produits défectueux, (85/374/CEE); T. Bourgoignie, <<Responsabilité du fait des produits: arguments connus pour un nouveau débat>>, Rev. eur. dr. de la consom. 1986.7.

produits de type X devraient supporter ensemble la responsabilité, selon leur portion du marché des produits de type X. C'est ce que la Cour suprême de la Californie a décidé dans l'affaire *Sindell v. Abbott Laboratories* en 1980.⁸ La réception de cette décision dans les autres états des États-Unis a été, cependant, très variée.

Le deuxième développement qui a suivi l'adoption d'un critère systémique de responsabilité est le caractère complexe des poursuites en matière de responsabilité du fabricant. Malgré le langage de responsabilité dite <<stricte>> (ou objective), il est vite devenu évident que la preuve du caractère défectueux d'un produit nécessite une preuve d'experts très complexe, ajoutée à toutes les possibilités de preuve des critères traditionnels de responsabilité. Quand un produit est-il défectueux à cause des possibilités inhérentes de dommages qu'il représente? La voiture avec le réservoir d'essence placé bien en arrière est-elle défectueuse? La voiture n'ayant pas de renforcement latéral? La voiture sans sacs gonflables pour protéger les passagers? Le produit pharmaceutique comportant un pourcentage infime mais calculable d'effets secondaires sérieux? On parle ainsi aux États-Unis de litiges de caractère <<polycentrique>> en matière de responsabilité des fabricants. L'accusation portée contre tout un système implique une preuve massive de tout ce que le système a produit ou a du produire. La responsabilité est dite <<stricte>>; elle est loin d'être simple.

B Les recours collectifs en matière de responsabilité civile

On a ainsi élargi les critères de la responsabilité civile en matière de responsabilité des fabricants. Il restait, cependant, le problème processuel. Les coûts de la procédure contradictoire telle qu'elle existe dans les pays de Common Law, de même qu'au Québec,⁹ sont tels que beaucoup de victimes n'ont pas les moyens de financer des actions en justice. C'est le cas même aux États-Unis où la règle générale est à l'effet que chaque partie ne doit supporter que ses propres frais. Le perdant ne paie pas les frais judiciaires du gagnant, comme c'est le cas ailleurs dans le monde.

Le recours collectif ou *class action* est né pour résoudre ces obstacles processuels. Développé à partir de précédents historiques anglais de la Cour du Chancelier (*Equity*), le recours collectif aux États-Unis a fait l'objet de codifications de plus en plus détaillées à

⁸ 26 Cal.3d 588, 607 P.2d 924, cert. denied, 101 S. Ct.285 (1980).

⁹ Il s'agit de la procédure dite <<-adversarial>> dans laquelle les avocats jouent le rôle principal. Au Québec, le système d'enquête judiciaire reçu en Nouvelle France a été abandonné au XIXe siècle, sous l'influence du système judiciaire de type anglais, en faveur de la procédure *adversarial*.

travers les XIXe et XXe siècles, au niveaux fédéral et étatique.¹⁰ Au Québec, le recours collectif a été adopté par législation en 1978; la province canadienne de l'Ontario a suivi les exemples américains et québécois en 1992. Le recours collectif moderne comporte en général quatre éléments clés: i) une autorisation judiciaire préalable qui permet la poursuite de l'action; ii) la preuve, lors de cette autorisation judiciaire, de l'existence d'une classe de personnes qui présentent des éléments communs dans leurs rapports avec le défendeur; iii) la nécessité d'un avis aux membres de la classe pour leur permettre de s'exclure (pour poursuivre leur propre action, par exemple); et iv) un jugement sur le fond, ayant la force de chose jugée, qui permettrait aux membres de la classe, en cas de réussite, de récupérer des dommages et intérêts appropriés. Le financement de ces actions, qui ont souvent une portée gigantesque, peut être facilité par un pacte *in quota litis* (comme c'est le cas aux États-Unis, où l'on parle d'un *contingent fee*) ou par des fonds publics ou quasi-publics, comme c'est le cas au Québec et en Ontario.¹¹

Ajoute aux nouvelles règles de la responsabilité du fabricant (qui vise le système tout entier de production), le recours collectif aurait pour fonction d'assurer que le système de production supporte *tous* les coûts sociaux du système, en cumulant dans une seule action tous les recours de ceux qui ont subi un dommage à cause du système. La combinaison de ces réformes au fond et à la procédure permettrait de juger, non plus des actes précis d'un défendeur qui aurait causé un dommage spécifique à un demandeur individuel, mais de tout un secteur d'activité qui aurait porté préjudice à une classe entière de personnes.

Pour apprécier la portée de l'adoption de la procédure du recours collectif il faut évaluer son impact à la fois sur la procédure civile et sur le droit matériel de la responsabilité civile. Quant à la procédure civile, il semble incontestable que la procédure traditionnelle ne peut rester inchangée quand il s'agit d'un recours collectif. D'abord, le droit d'agir en justice est restreint, car l'autorisation judiciaire est nécessaire pour la poursuite du recours. Ensuite, il est admis que le rôle du juge est plus important dans le recours collectif que dans l'action ordinaire. Le juge doit gérer une procédure qui, pour arriver aux résultats visés, nécessiterait toute une bureaucratie dans le cadre étatique. On parle ainsi du juge gestionnaire (*managerial judge*), qui doit prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des membres (absents) de la classe et pour assurer le bon déroulement de la procédure.¹² Finalement, les moyens d'exécution des jugements doivent

10 Pour une histoire sommaire du recours collectif, voir H.P. Glenn, "The Dilemma of Class Action Reform" (1986), 6 O.J.L.S. 262; "A propos de la maxime 'Nul ne plaide par procureur'", Rev. trim. dr. civ. 1988.59; pour une étude approfondie, voir S. Yeazell, "Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action" (1977), 77 Col. L. Rev. 866.

11 Sur ces questions et sur la procédure des recours collectifs, voir Glenn, *supra*, note 10.

12 Voir J. Resnick, "Managerial Judges" (1982), 96 Harv. L. Rev. 374.

être radicalement révisés, car si l'exécution reste dirigée contre un seul défendeur, elle doit maintenant accommoder les demandes précises de tous les membres de la classe, dont les particularités peut varier de façon très importante. Le jugement du recours collectif à la force de chose jugée; il faut quand même toute une structure pour sa mise en vigueur, en l'absence d'une transaction.

Quant à l'impact du recours collectif sur le droit matériel de la responsabilité civile, il a souvent été dit que le développement du recours collectif est une réforme de la procédure qui n'a pas d'effet sur les critères matériels de la responsabilité. En décidant cependant de la culpabilité d'un défendeur en l'absence d'une preuve complète des conséquences de sa conduite, on rompt avec la règle traditionnelle de la Common Law selon laquelle la preuve du dommage du demandeur est un élément essentiel de chaque action en responsabilité civile. Il est évident que cette caractéristique du recours collectif est aussi incompatible avec l'article 1382 du Code civil français, qui requiert la preuve de la faute du défendeur, du dommage au demandeur et du lien de causalité entre les deux. En rompant avec les règles traditionnelles de la responsabilité civile de Common Law et de droit civil, le recours collectif permet au juge de juger dans l'abstrait la conduite du défendeur. La responsabilité ne se trouve pas dans les relations de fait (acte et dommage résultant) entre deux personnes, mais dans une évaluation du *potentiel* des activités du défendeur de causer un dommage, envers une classe prévisible (et maintenant représentée) de personnes.¹³ Dans le débat actuel sur les recours collectifs, il semble de plus en plus admis que le recours collectif rompt avec le droit matériel traditionnel, et ne constitue pas une simple réforme de la procédure. Ainsi, on plaide désormais ouvertement pour l'idée que le recours collectif nécessite l'évaluation de tous les risques créés par un système de fabrication de biens, et cela envers la totalité de personnes qui pourraient en être affectées. Les précautions prises par l'industrie sont en fonction des risques globaux prévus par l'industrie même. Pour juger sa responsabilité, il faut évaluer la suffisance de telles mesures de précaution contre la totalité des risques posés, et non pas simplement contre le dommage subi par un seul demandeur.¹⁴

Ainsi, l'institution du recours collectif permet de compléter la construction théorique d'une justice de masse. L'adoption de la responsabilité dite "stricte" permet de viser le

13 Si le droit civil connaît une notion de faute dans l'abstrait (la faute constituée, par exemple, par la simple violation de la loi), cette faute abstraite n'a jamais donné lieu elle-même à la responsabilité, vu la nécessité pour chaque demandeur d'avoir l'intérêt requis pour intenter l'action, c'est-à-dire, faire preuve d'un dommage qui lui est personnel. Sur la question de savoir, en Common Law, si un demandeur individuel doit être prévisible voir la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.* (1992), 91 D.L.R. (4th) 288, notamment pour ce qui concerne des dommages purement pécuniaires.

14 Voir, dans ce sens, D. Rosenberg, "Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means" (1987) 62 Ind. L. J. 587.

système entier de production de biens de consommation, en permettant de juger du caractère "défectueux" ou non du bien. Le recours collectif permet de faire ce jugement non pas à l'égard d'un seul demandeur, mais envers toute la classe de personnes qui pourrait éventuellement être affectée par la production de ces biens. Le système est juge, et ce, par rapport aux personnes affectées par le système. Le juge doit s'adapter à cette nouvelle forme de jugement, mais la justice de masse serait possible. Il reste à évaluer la mise en vigueur de cette construction théorique fort intéressante. Y aurait-il des limites de la fonction judiciaire, qui résistent à l'idée d'une justice de masse?

II La justice de masse et le pouvoir judiciaire

La tradition de la Common Law évoque le pouvoir judiciaire. La magistrature ne serait pas une simple autorité, telle la magistrature française,¹⁵ mais partagerait les pouvoirs originaux de la société et jouirait des garanties d'indépendance nécessaires pour fonder ce véritable pouvoir. Il est donc admis que le juge est source du droit, et si cette source est concurrencé aujourd'hui par une législation florissante, il est incontestable que la magistrature, surtout celle des cours d'appel et des cours suprêmes, jouit toujours d'une grande autorité. Pour qu'une justice de masse soit possible, il faudrait une magistrature ayant l'autorité de celle de la Common Law. Dans quelle mesure, cependant, cette magistrature pourra-t-elle supporter le poids d'une justice de masse? Nous tenterons de répondre à cette question en examinant d'abord certaines caractéristiques de la fonction judiciaire, pour ensuite voir l'effet de ces caractéristiques sur la justice de masse, en matière de responsabilité des fabricants.

A La fonction judiciaire

Le juge décide selon le droit. Il juge ce que le droit lui dit de juger. Si le droit dit qu'il existe des droits subjectifs de propriété, le juge décide que tel ou tel individu est propriétaire d'un bien. Si le droit indique que des droits de créance découlent d'un contrat, le juge décide si un contrat existe pour savoir qui est titulaire des droits de créance. La fonction judiciaire est donc dictée dans une certaine mesure par des règles de droit et, dans le monde occidental, ces règles de droit visent surtout l'individu et ses droits. L'idée de la justice de masse est contraire à cette tradition. Dans le domaine de la responsabilité civile, cependant, les règles de droit sont relativement peu contraignantes. Le juge doit juger si le défendeur a eu tort, ou a commis une faute, mais la notion de tort est tellement large qu'elle tolère l'argument selon lequel un défendeur a eu tort de construire un système de fabrication comportant des risques inévitables de blessures. Comment le juge doit-il juger un tel argument, *comme juge*? De même, si l'on demande au juge de ne plus rendre jugement en faveur de tel ou tel individu, mais en

15 Voir R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 2e ed., Paris, aux p. 58, 59 ("...il est difficile de nier que la fonction de juger est confiée de nos jours à une 'autorité judiciaire'... Tout porte à croire qu'il faut se résigner à ne plus parler d'un 'pouvoir judiciaire'").

faveur d'un groupe de personnes individuellement inconnu, comment le juge doit-il répondre à cette requête, *comme juge*? La tradition est à l'effet que le juge décide selon des procédures justes, avec finalité, et de façon impartiale. Cette tradition doit-elle être maintenue ou la justice de masse dicte-t-elle d'autres façons de juger?

1 *Le jugement selon des procédures justes*

Le principe processuel le plus fondamental est à l'effet que les parties au litige doivent être entendues, de façon contradictoire. Le principe ne vise pas un mode précis de procédure -- inquisitorial ou *adversarial*, oral ou écrit -- mais plutôt la possibilité, selon des modalités à définir, de présenter une argumentation. Si l'on change les règles matérielles de la responsabilité civile d'un régime de faute à un régime dit de responsabilité "stricte", en matière de responsabilité de fabricants, le juge doit néanmoins entendre le fabricant avant de le condamner. C'est dire que le fabricant n'est pas responsable parce qu'il est fabricant. C'est son activité qui doit être jugée, mais c'est son activité dans le sens le plus large qui est maintenant visée.

Le développement de la responsabilité dite "stricte" des fabricants aux États-Unis a donc été accompagnée par le développement de nouveaux arguments de la part des fabricants défendeurs. Notamment, les fabricants allèguent que leur système de production ne peut pas être condamné parce qu'il correspond aux meilleures connaissances scientifiques de l'époque. Les produits n'ont pas à être libres de défauts selon un standard absolu, mais selon un standard de ce qui est humainement possible lors du développement du produit. C'est la défense dite du "*state of the art*". Les litiges en matière de responsabilité des fabricants ne sont donc pas devenus simples ou superflus avec l'énoncé de la responsabilité dite "stricte". Ils sont devenus plus complexes et plus coûteux. Le demandeur doit prouver la défectuosité du bien, selon le témoignage des experts; il doit aussi répondre aux allégations de la défense selon lesquelles le bien correspond aux meilleurs critères de l'époque de sa production. Malgré le langage utilisé d'une responsabilité "stricte" ou "objective", la question se pose, en vue du caractère des litiges provoqués, si la responsabilité des fabricants a été alourdie ou non. Les juges continuent à juger; les résultats dépendent de leurs jugements et non pas du langage ou des techniques d'argumentation.

2 *Le jugement final*

Ce qui caractérise le jugement du juge, selon la tradition occidentale, c'est sa finalité. La chose définie par la procédure, est jugée, c'est-à-dire, définitivement résolue et donc passible d'exécution. On conteste cette tradition aux États-Unis, en évoquant un mode du juge dit du droit public, qui serait plutôt participant et gérant des litiges qui auraient ainsi un caractère perpétuel.¹⁶ Le recours collectif illustre d'une certaine manière cette autre

16 Voir A. Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation" (1976) 89 Harv L. Rev 1281.

conception du juge, car en rendant jugement en faveur des membres inconnus d'une classe, le juge ne rend pas un jugement exécutoire au sens traditionnel. Puisqu'on ne connaît pas le dommage subi par chacun des membres jugement n'est pas passible d'exécution individuelle même s'il est censé avoir la force de chose jugée. En le constatant, l'on comprend mieux la règle qui requiert la preuve du dommage individuel dans l'action en responsabilité. La règle n'existe pas comme simple condition de la responsabilité civile, mais comme condition de l'exercice de la fonction judiciaire. En l'absence de preuve d'un dommage individuel, la chose jugée serait impossible. Il demeurerait toujours quelque chose qui reste à juger, du moins potentiellement.

Les lois qui ont créé des recours collectifs ont prévu cette difficulté d'exécution et prévoient des moyens complexes d'exécution. Ces moyens permettent aux membres de la classe de se présenter pour que leur dommage soit vérifié (il n'est pas toujours dit par qui) ou que des mesures de distribution générale soient entreprises pour effectuer un transfert de fonds du défendeur vers la classe (réduction du prix du transport, par exemple, par une société du transport). Ces mesures provoquent, cependant, d'autres difficultés. Si l'on ne contrôle pas rigoureusement les demandes individuelles de compensation, des risques importants de fraude.¹⁷ Si la distribution est effectuée de façon générale, il est certain qu'on accordera compensation à des personnes qui n'ont pas subi de dommage et qu'on compensera de façon insuffisante ceux qui en ont vraiment subi. D'ailleurs, la possibilité que les dommages qu'auraient subis les membres de la classe soient très particuliers à chaque membre de la classe amène au rejet de beaucoup de recours collectifs, faute d'un caractère commun, même si le défendeur aurait été à l'origine de tous les dommages subis. On refuse aussi de dévier le cours normal du procès en statuant d'abord sur la responsabilité puis sur le dommage; les deux seraient trop intimement liés pour permettre un jugement initial pris sans prendre connaissance de tous les dommages subis. C'est particulièrement le problème pour les dommages causés par l'amiante; le recours collectif s'est révélé particulièrement inefficace face aux maladies complexes et particulières qui ont pu être causées par ce produit.

Ces difficultés dans la détermination des dommages ont même permis à certains à proposer que l'on élimine le problème en permettant aux juges de rendre jugement en faveur de chaque membre de la classe, pour la moyenne de dommages qui auraient été causés par le système du défendeur. Puisque l'on calcule la responsabilité systémique en visant le potentiel général du système de créer des dommages, ce même critère ne devrait-il pas être

17 Voir le *Globe and Mail* de Toronto du 19.8.93, à la p. 1, sur des tests entrepris par des sociétés américaines d'assurances simulant des accidents d'autobus pour filmer l'arrivée sur l'autobus, après l'accident, de gens qui chercheront ensuite à être compensés pour leurs blessures>>.

utilise pour l'octroi des dommages intérêts?¹⁸ On peut voir dans cette proposition l'ultime défi à la définition traditionnelle de la fonction du juge. Peut-il simplement ordonner le transfert de sommes d'argent entre les membres d'une société sur la base d'une appréciation des activités du défendeur et la probabilité que certaines personnes puissent avoir subi du dommage, sans égard à la nature individuelle du dommage. L'idée n'a jamais été mise à l'épreuve aux États-Unis, mais est concevable. Le jugement serait passible d'exécution, d'une certaine façon. La suggestion est incompatible, cependant, avec la fonction corrective du juge et l'oriente vers la tâche de la redistribution générale des ressources de la société. C'est la situation institutionnelle du juge dans la démocratie qui semble être l'obstacle majeur à ce développement. Le juge est indépendant, pour garantir l'impartialité de son jugement sur le plan du litige particulier. Son indépendance de la société le rend inapte à entreprendre une telle restructuration de la société. Il y aurait toujours une place pour la politique en démocratie.

3 *Le jugement impartial*

L'impartialité est l'objectif de beaucoup de règles processuelles, qu'elles visent le statut du juge ou la procédure à suivre devant lui. Le juge de la procédure contradictoire de la Common Law n'est pas un juge processuellement actif. Il n'y a pas, en principe, une mise en état.¹⁹ Le juge du recours collectif, cependant, se trouve dans une situation exceptionnelle. Le procès devant lui a une très grande ampleur et regroupe beaucoup d'intérêts potentiellement divers. Le représentant de la classe, et son avocat, agit au nom des membres de la classe, mais protège en même temps ses propres intérêts. La protection des intérêts des membres absents de la classe incombe donc au juge, qui doit à la fois faire avancer la procédure, fort complexe, et protéger les absents. Comme on l'a vu, il est censé gérer le litige.²⁰ Gérer le litige, cependant, veut nécessairement dire ne pas céder aux arguments du défendeur et agir comme si la classe existait et avait besoin de protection jusqu'à l'examen des plaintes individuelles ou jusqu'à ce que des mesures de distribution générales soient prises. Le juge qui gère le fait nécessairement selon une politique de gestion. Il perd en impartialité car il ne peut pas être au-delà des nécessités de la gestion. Souvent aux États-Unis on a critiqué les recours collectifs parce que les membres absents de la classe n'ont pas la possibilité de diriger leur propre litige. Il y aurait donc entorse au principe de l'autonomie processuelle. Le problème, cependant, est tout autre. C'est que le défendeur doit procéder sans connaître les détails des réclamations des autres membres de la classe. C'est le défendeur qui est privé de la possibilité de fonder ses arguments sur la particularité des

18 Voir D. Rosenberg, *supra*, note 14.

19 Cette situation change à l'heure actuelle en Amérique du Nord avec l'instauration du *Case Management Judge*, qui a comme fonction de suivre la procédure et effectuer une mise en état.

20 Voir *supra*, texte accompagnant la note 12.

réclamations. Le juge qui maintient la classe empêche l'élimination de ses membres par le défendeur et cela en empêchant que les arguments du défendeur soient entendus. La gestion du recours collectif pose donc d'importantes questions d'impartialité.

Il serait inexact, cependant, de conclure que les juges rejettent automatiquement tout engagement de cette nature, simplement parce que leur impartialité peut être mise en question. On leur demande d'agir pour protéger la classe. Refuser systématiquement de telles requêtes serait prendre une position préalable sur l'une des questions les plus essentielles du recours collectif. L'impartialité doit donc exister même sur la question du maintien de l'impartialité. On s'engage quand cela semblera approprié. La question est de savoir si cette ouverture vers l'engagement, ce rejet du rôle traditionnel du juge, peut soutenir une justice de masse. Ou serait ce, par contre, une occasion exceptionnelle qui relègue le recours collectif au rôle d'un recours exceptionnel, incapable de supporter le fardeau qui lui est demandé?

On essaiera de répondre à cette question en abordant la question de l'impact de la définition traditionnelle de la fonction judiciaire sur les instruments de la justice de masse.

B La fonction judiciaire et la justice de masse

La justice de masse pose un défi à la définition traditionnelle de la fonction judiciaire. Dans quelle mesure la magistrature peut-elle s'écarter de cette définition pour accommoder les instruments d'une justice de masse?

La procédure civile est largement sous le contrôle des parties, et les tribunaux sont largement sous le contrôle des juges. Ce qu'on appelle le système judiciaire est donc en réalité hautement décentralisé. Dans le contexte des fédérations et des confédérations, comme les États-Unis ou le Canada, on compte aussi plusieurs ordres judiciaires. La première constatation qui s'impose est donc qu'il est extrêmement difficile, voire impossible, de connaître le véritable impact de l'idée d'une justice de masse. Le système ne répond pas au critère de sa propre efficacité. Il a été créé pour résoudre des litiges individuels et les résultats de ces litiges ne sont pas comptabilisés. Quelquefois l'on gagne; quelquefois l'on perd. Si le système doit effectuer des transferts de richesse dans la société, sur la base de critères généraux qui visent des secteurs entiers d'activité et des classes entières de personnes, on constate rapidement qu'il est impossible de savoir dans quelle mesure cette mission est effectuée. Le problème de la définition de la fonction judiciaire ne se pose donc pas uniquement comme question *a priori*; il se pose aussi comme obstacle *a posteriori* à tout effort de faire en sorte que la magistrature rende compte de ses activités. Le juge rend une décision publique et rend compte ainsi de ses activités personnelles; la magistrature immense de l'État moderne est présentement incapable de rendre compte des siennes.²¹

21 Sauf à un niveau élémentaire quant au nombre de dossiers ouverts et règles, et même ces données de base font souvent défaut.

Le débat est donc très vif aux États-Unis sur l'effet de l'adoption d'un critère de responsabilité "stricte" pour juger de la responsabilité des fabricants. Intuitivement, on dirait que les fabricants portent un fardeau de responsabilité plus élevé que sous un régime de faute. Cependant, comme l'on a constaté, l'adoption de ce critère ne semble nullement avoir réduit le taux de litiges dans le domaine, mais plutôt avoir augmenté leur complexité.²² Il est difficile aussi de conclure que l'adoption du critère du bien défectueux a ouvert la porte à un plus grand nombre de demandes, car l'expérience canadienne est à l'effet que toute demande en matière de responsabilité de fabricants peut facilement être reformulée en termes de faute ou de *négligence* et que le système traditionnel peut être facilement adapté aux activités des grandes organisations.²³ Il n'est donc pas surprenant que de sérieuses études aux États-Unis aient avancé l'idée que le taux de réussite des demandeurs dans les affaires de responsabilité des fabricants soit en chute constante depuis la fin des années '70, et soit tombé d'un taux de réussite d'au-delà de 55% en 1979 à un taux de réussite aux alentours de 40% en 1988, et cela pour les tribunaux fédéraux et étatiques.²⁴ La justice de masse produit-elle les résultats souhaités? On ne sait pas, mais ce n'est pas évident.

Quant à l'autre instrument majeur de la justice de masse, le recours collectif, les statistiques font défaut encore une fois. On ne sait pas combien de recours collectifs ont donné lieu à des jugements ayant effectué un transfert de richesse d'un défendeur à une classe d'ayants cause. Deux observations sont cependant possibles. D'abord, les statistiques que l'on possède démontrent un taux d'utilisation du recours collectif en déclin ou nettement en deçà des prévisions. C'est le cas notamment au niveau fédéral des États-Unis où le taux d'utilisation a chuté de 2,7% à 0,38% de 1976 à 1984. Il serait même plus réduit aujourd'hui. Au Québec, le taux d'utilisation reste aux alentours de 0,04%, malgré les prévisions initiales d'un taux d'utilisation de 1%. La deuxième observation qui semble possible, c'est que les recours collectifs ne procèdent presque jamais au stade du jugement sur le fond, et donc ne procèdent presque jamais au stade de l'exécution judiciaire. Il y a inévitablement des transactions. Les juges préfèrent les transactions parce que la transaction évite à la fois les difficultés d'exécution d'un jugement et la possibilité de multiples actions individuelles. Les avocats des représentants des classes la préfèrent également parce qu'elle assure des

22 Voir *supra*, section II.A.i.

23 La notion de faute est ainsi définie plus précisément et intervient aux points distincts dans les activités de l'organisation. Dans le cas du fabricant, il y aurait des possibilités de faute dans la fabrication, dans la conception et dans la distribution (défaut d'informer sur les dangers) du bien. Sur ce phénomène voir H. P. Glenn, «La compétence internationale et le fabricant étranger», (1985) 45 R.du B. 567; *ibid.*, "Judicial Authority and the Liability of the Manufacturer, or Jusqu'où peut-on aller trop loin?", (1990) 38 Am. J. Comp. L. 555, aux p. 560 et s.

24 T. Eisenberg & J.A. Henderson, Jr., "The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change," (1990) 37 U.C.L.A. L. Rev. 479; *ibid.*, "Is the Quiet Revolution in Products Liability Reflected in Trial Outcomes?" (1990) 17 (No.1) Cornell L. For. 2.

honoraires importants sans le risque de perdre le procès. Les avocats des défendeurs la préfèrent parce qu'elle résout les réclamations d'une quantité inconnue de personnes pour une somme connue.²⁵ Les recours collectifs ne sont pas menés à terme. Comme un espace de dinosaure processuel, ils s'épuisent en cours de route, pour terminer dans des circonstances inconnues ou difficiles à évaluer. Le domaine du recours collectif est donc un domaine judiciaire sans jugements, où l'on ne peut pas conclure que des règles de droit sont appliquées ou non. Si les transactions sont soumises à l'approbation judiciaire, il s'agit d'un contrôle judiciaire minimal, qui évite simplement les conflits d'intérêt et les abus les pires. Des questions difficiles sont inévitablement posées quant au rôle des avocats qui défendent des parties absentes et qui sont les véritables moteurs des recours.

Conclusion

Les efforts pour créer une justice de masse ont été fort ingénieux. Ils représentent la somme des connaissances juridiques de la tradition occidentale et utilisent les instruments les plus puissants de cette tradition. La justice peut-elle cependant être une justice de masse? On ne saurait le conclure de façon affirmative, et il est fort possible que l'on ne saura jamais, toujours faute de données. C'est que la justice doit toujours répondre à sa première responsabilité, qui est celle de juger, dans le sens traditionnel. La justice de masse doit donc toujours être une justice d'exception. Les difficultés de la justice de masse, cependant, sont telles qu'une justice d'exception ne saurait pas les résoudre.

Collective Justice? Reflections on Civil Liability in North America

The law of the countries of North America presents a number of special features. First, the law of North America is a law which is largely transplanted and whose origins can be found in the legal traditions of several European countries, and the effect of this overall is that the study of North American law is at base a study of the phenomenon of reception of laws. Even though the common law tradition has been adopted in the United States as well as in most of the Canadian provinces, the civilian tradition has been established in Mexico and in Quebec. The law of the countries of North America constitutes in many respects an extension and an autonomous development of the conception of law which arose in Europe in the 18th and 19th centuries. That law has become an instrument of reason in the modern organisation of society. Transported to North America, it became one of the key features of the new societies which were largely free from the constraints which existed in old Europe.

25 Les défendeurs initient maintenant les recours collectifs dans l'espoir de circonscrire le nombre de litiges, et les avocats des demandeurs individuels résistent vigoureusement à leurs requêtes. La tactique des défendeurs ne serait cependant pas d'une grande réussite. Voir M.K. Kane, "Group Actions in Civil Procedure: the United States Experience" (1990) 38 Am J Comp L 163.

Are there limits to such a law? Attention is first directed just to the United States where at one time all the dominant institutions of the European legal traditions can be found — that is to say, recourse to legislation which is taking a more and more dominant role and which has the form of codifications in many states, and of a judicature which still benefits to a large degree from the prestige and influence of the judges of the Royal Courts of England. Can these institutions and the law which they develop, respond in an efficient manner to the needs of the administration of justice in a modern state? Traditional justice with its individualised vocation appears at first sight inadequate to fulfil this task since it cannot, as a matter of principle, ever provide an answer to the multiple claims which are inherent in an existence in a modern society which is characterised by the mass production of consumer goods. Products which are manufactured on mass generate correlatively losses on mass. The legal system must therefore reflect the magnitude of the institutions and their methods. A legal system in an affluent society must be a legal system with a collective vocation.

Two areas of private law illustrate this tendency towards a form of collectivisation of private law. First of all, there is that which relates to the field of product liability and then that of civil procedure where the American procedural genius has been able to develop the original concept of class actions.

In the United States, one speaks of mass torts (an expression which does not well describe a concern with the nature of loss). The expression mass damage may be more appropriate in its reference to mass accidents. However, speaking of mass torts implies an initial acceptance, and before any legal decision on the claim, of the nature of the activity of the defendant and it is there that the principle difficulty for the jurist lies. In the 1960s following the judgment of the Supreme Court of California in the case of *Greenman v Yuba Power Products Ltd* the law of the United States began to give a new dimension to the positive law affecting commercial activities and consumer law.

Two important developments mark the stages of intellectual development of the law relating to the manufacturers of products. First, a plaintiff was allowed in the *Greenman* case to proceed not simply on the basis of a fault in the production of the goods, but on a fault in the conception or the design of the goods — a design fault. Once this first hurdle was cleared, it became possible to admit the existence of a presumption of fault in the manufacturer to the effect that the proof of a fault in the conception became much easier: if the goods put on the market are defective and a source of loss to the consumer who utilises them or buys them, the defectiveness of the goods gives rise to a presumption of a fault in the design conception. The possibility of monitoring the activity of a defendant producer seen in its entirety gave rise to other developments in United States law, developments which have not yet been taken up in their fullest implications in the laws of other countries. Once the criteria for civil liability in respect of products was expanded, there was then only the problem of the rules of form. A class action was therefore created to resolve these

procedural problems. In Quebec, the principle of class action was accepted in 1978: Ontario followed the American and Quebec example in 1992.

A reference to the common law tradition brings to mind the judicial power. Unlike the French judiciary, the common law judiciary is more than a simple authority since the judge shares one of the fundamental powers of society and enjoys guarantees of independence that are necessary to support the exercise of this power. In the context of this system, it is therefore possible that a judge can be a source of law. Despite the fact that there is a present legislative tendency which is increasing strongly, it is still clear that the judiciary in the common law countries, and particularly in the courts of appeal and the supreme courts, has still great authority and prestige. The necessary corollary of the good system of law which looks to the interest of the collectivity rests on the existence of a judiciary which can respond to the needs of the community. It remains to be seen to what extent this type of judiciary will be able to support the consequences of the operation of mass justice. Only a study of some of the characteristics of the judicial function and their effects in products liability cases can provide an answer to this question.