



PAR COURRIEL

Le 23 juillet 2024

Objet : Demande d'accès aux documents - Décision

V/Réf. : Réforme de l'action collective

N/Réf. : BSM-2024-004299

Conformément à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (RLRQ, chapitre A-2.1, ci-après nommée « Loi sur l'accès »), nous avons traité votre demande d'accès reçue le 9 juillet 2024, laquelle se lit comme suit :

[...] je désire recevoir les documents suivants :

- Tous les mémoires produits ou déposés pour la consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective en 2021, et au besoin 2022.
- Tout document rapportant le contenu d'audiences publiques en lien avec la consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective
- Tout document produit par le ministère de la Justice ou le cabinet du ministre de la Justice à la suite de cette consultation, en lien avec la consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective.

[...]

(Transcription intégrale)

Décision

Nous donnons partiellement suite à votre demande. En effet, vous trouverez ci-joint les mémoires reçus dans le cadre de la consultation publique lancée en 2021 par le ministre de la Justice sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec. Sachez que les acteurs du milieu juridique ainsi que la population pouvaient intervenir en déposant un mémoire en ligne. Il n'y a pas eu d'audiences publiques permettant d'intervenir oralement. Il n'y a donc pas de documents

... 2

en lien avec le second point de votre demande et la Loi sur l'accès ne porte que sur des documents détenus par un organisme public (article 1).

Enfin, d'autres documents ont été repérés, mais ceux-ci sont inaccessibles. En effet, ces documents sont substantiellement constitués d'avis et de recommandations faits depuis moins de dix ans. Ils sont donc protégés en vertu des articles 14 et 37 de la Loi sur l'accès. De plus, ces documents contiennent des avis juridiques protégés par le secret professionnel de l'avocat suivant l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne (RLRQ, c. C-12) ainsi qu'en vertu de l'article 31 de la Loi sur l'accès.

Vous trouverez ci-joint copie des articles de loi sur lesquels se fonde notre décision.

Recours

Conformément à l'article 51 de la Loi sur l'accès, nous vous informons que vous pouvez, en vertu de la section III du chapitre IV de cette loi (article 135 et suivants), faire une demande de révision à l'égard de cette décision en vous adressant à la Commission d'accès à l'information dans les 30 jours suivant la date de la présente décision. À cet effet, vous trouverez joint à la présente le document intitulé Avis de recours.

Nous vous prions d'agréer l'expression de nos sentiments les meilleurs.



Marie-Claude Daraiche, avocate
Responsable de l'accès aux documents
et de la protection des renseignements personnels

chapitre A-2.1

LOI SUR L'ACCÈS AUX DOCUMENTS DES ORGANISMES PUBLICS ET SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

CHAPITRE I

APPLICATION ET INTERPRÉTATION

1. La présente loi s'applique aux documents détenus par un organisme public dans l'exercice de ses fonctions, que leur conservation soit assurée par l'organisme public ou par un tiers.

Elle s'applique quelle que soit la forme de ces documents: écrite, graphique, sonore, visuelle, informatisée ou autre.

1982, c. 30, a. 1.

[...]

CHAPITRE II

ACCÈS AUX DOCUMENTS DES ORGANISMES PUBLICS

SECTION I

DROIT D'ACCÈS

[...]

14. Un organisme public ne peut refuser l'accès à un document pour le seul motif que ce document comporte certains renseignements qu'il doit ou peut refuser de communiquer en vertu de la présente loi.

Si une demande porte sur un document comportant de tels renseignements, l'organisme public peut en refuser l'accès si ces renseignements en forment la substance. Dans les autres cas, l'organisme public doit donner accès au document demandé après en avoir extrait uniquement les renseignements auxquels l'accès n'est pas autorisé.

1982, c. 30, a. 14.

[...]

SECTION II

RESTRICTIONS AU DROIT D'ACCÈS

[...]

31. Un organisme public peut refuser de communiquer une opinion juridique portant sur l'application du droit à un cas particulier ou sur la constitutionnalité ou la validité d'un texte législatif ou réglementaire, d'une version préliminaire ou d'un projet de texte législatif ou réglementaire.

1982, c. 30, a. 31.

[...]

37. Un organisme public peut refuser de communiquer un avis ou une recommandation faits depuis moins de dix ans, par un de ses membres, un membre de son personnel, un membre d'un autre organisme public ou un membre du personnel de cet autre organisme, dans l'exercice de leurs fonctions.

Il peut également refuser de communiquer un avis ou une recommandation qui lui ont été faits, à sa demande, depuis moins de dix ans, par un consultant ou par un conseiller sur une matière de sa compétence.

1982, c. 30, a. 37.

[...].

chapitre C-12

CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

PARTIE I

LES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

CHAPITRE I

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX

[...]

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

1975, c. 6, a. 9.

[...].

AVIS DE RECOURS

RÉVISION DEVANT LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION

a) POUVOIR

L'article 135 de la Loi prévoit qu'une personne peut, lorsque sa demande écrite a été refusée en tout ou en partie par le responsable de l'accès aux documents ou de la protection des renseignements personnels ou dans le cas où le délai prévu pour répondre est expiré, demander à la Commission d'accès à l'information de réviser cette décision.

La demande de révision doit être faite par écrit; elle peut exposer brièvement les raisons pour lesquelles la décision devrait être révisée (art. 137).

L'adresse de la Commission d'accès à l'information est la suivante :

QUÉBEC

525, boul. René-Lévesque Est
Bureau 2.36
Québec (Québec) G1R 5S9
Tél. : 418 528-7741
Numéro sans frais : 1 888 528-7741
Télécopieur : 418 529-3102

MONTRÉAL

2045, rue Stanley
Bureau 900
Montréal (Québec) H3A 2V4
Tél. : 514 873-4196
Numéro sans frais : 1 888 528-7741
Télécopieur : 514 844-6170

b) MOTIFS

Les motifs relatifs à la révision peuvent porter sur la décision, sur le délai de traitement de la demande, sur le mode d'accès à un document ou à un enregistrement, sur les frais exigibles ou sur l'application de l'article 9 (notes personnelles inscrites sur un document, esquisses, ébauches, brouillons, notes préparatoires ou autres documents de même nature qui ne sont pas considérés comme des documents d'un organisme public).

c) DÉLAIS

Les demandes de révision doivent être adressées à la Commission d'accès à l'information dans les trente (30) jours suivant la date de la décision ou de l'expiration du délai accordé au responsable pour répondre à une demande (art. 135).

La Loi prévoit spécifiquement que la Commission d'accès à l'information peut, pour motif raisonnable, relever le requérant du défaut de respecter le délai de trente (30) jours (art. 135).

APPEL DEVANT LA COUR DU QUÉBEC

a) POUVOIR

L'article 147 de la Loi sur l'accès stipule qu'une personne directement intéressée peut interjeter appel sur toute question de droit ou de compétence, devant le juge de la Cour du Québec, de la décision finale de la Commission, y compris une ordonnance de la Commission rendue au terme d'une enquête, ou, sur permission d'un juge de cette Cour, d'une décision interlocutoire à laquelle la décision finale ne pourra remédier.

b) DÉLAIS ET FRAIS

L'article 149 de la Loi sur l'accès stipule que l'appel est formé par le dépôt auprès de la Cour du Québec d'un avis à cet effet précisant les questions de droit ou de compétence qui devraient être examinées en appel.

L'avis d'appel doit être déposé au greffe de la Cour du Québec dans les trente (30) jours qui suivent la date de la réception de la décision finale par les parties.

c) PROCÉDURE

Selon l'article 151 de la Loi sur l'accès, l'avis d'appel doit être signifié aux parties et à la Commission dans les dix (10) jours de son dépôt au greffe de la Cour du Québec.

Le secrétaire de la Commission transmet au greffe, pour tenir lieu de dossier conjoint, un exemplaire de la décision contestée et les pièces de la contestation.

PAR COURRIEL

Montréal, le 30 septembre 2021

Maître Yan Paquette
Ministère de la Justice
Édifice Louis-Philippe-Pigeon
Québec (Québec) G1V 4M1

Objet : Perspectives de réforme de l'action collective au Québec

Maître,

Nous représentons des demandeurs en matière d'actions collectives, principalement dans le domaine de la santé et de la consommation. Nous appuyons les recommandations déposées ce jour par le cabinet Trudel Johnston & Lespérance, avec lequel nous collaborons dans plusieurs dossiers. À notre avis, s'il y a des changements à faire, ce serait surtout pour éviter le dédoublement des procédures du côté de la défense :

- **Interdire de présenter deux fois les mêmes moyens préliminaires à l'autorisation et au fond.** Les moyens préliminaires tels que les questions de compétence, de litispendance et de chose jugée devraient être tranchées à l'autorisation, une fois pour toutes.
- **Restreindre le droit d'appel en défense au stade de l'autorisation.** La jurisprudence reconnaît que l'autorisation en soi ne porte aucunement préjudice à la défense, s'agissant d'une procédure préliminaire avant même le dépôt de l'action collective. Ce droit devrait être limité aux moyens préliminaires, le cas échéant.
- **Harmoniser les règles concernant les pures questions de droit au stade de l'autorisation.** La possibilité pour la défense de faire trancher en sa faveur une pure question de droit à l'autorisation et ainsi faire échouer l'action collective contraste avec l'absence d'une telle possibilité pour la demande, laquelle, même si elle obtient l'autorisation, doit plaider la question à nouveau au fond.

Nous vous prions d'agréer, Maître, l'assurance de nos meilleurs sentiments.

GRENIER VERBAUWHEDE AVOCATS



Cory VERBAUWHEDE,
avocat

cverbauwhede@grenierverbauwhede.ca

5215, rue Berri
Bureau 102
Montréal (Québec)
H2J 2S4

Téléphone: 514 866-5599
Télécopieur: 514 866-3151
grenierverbauwhede.ca

Mémoire présenté au ministère de la Justice du Québec
dans le cadre de la consultation publique sur les perspectives
de réforme de l'action collective au Québec

Le 30 septembre 2021

L'Office de la protection du consommateur a pris connaissance du document de consultation du ministère de la Justice du Québec. Ce document vise à recueillir des commentaires sur les recommandations que contient un rapport rédigé par le Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal qui s'intitule *Perspectives de réforme de l'action collective au Québec*.

Puisque ces recommandations, si elles devaient être mises en œuvre, auraient des impacts importants sur l'action collective au Québec et compte tenu de l'importance fondamentale que joue l'action collective pour la défense des droits et des intérêts des consommateurs, l'Office de la protection du consommateur a considéré qu'il était de son devoir de participer à la présente consultation. La Loi sur la protection du consommateur attribue d'ailleurs à l'Office un rôle de promotion des intérêts des consommateurs auprès des autorités gouvernementales, tout comme le mandat de coopérer avec les ministères et organismes en cette matière.

Rôle de l'Office de la protection du consommateur :

L'Office de la protection du consommateur a été constitué en 1971 par la première Loi sur la protection du consommateur. Il célèbre cette année son cinquantième anniversaire. L'Office a principalement pour mandat de surveiller l'application des quatre lois suivantes et de leur règlement d'application respectif :

- la Loi sur la protection du consommateur (RLRQ c. P-40.1) ;
- la Loi sur les agents de voyages (RLRQ c. A-10) ;
- la Loi sur les arrangements de services funéraires et de sépulture (RLRQ c. A-23.001) ;
- la Loi sur le recouvrement de certaines créances (RLRQ c. R-2.2).

En vertu de la première de ces lois, l'Office a aussi pour fonction de recevoir les plaintes des consommateurs, d'éduquer et de renseigner les citoyens, et de promouvoir les intérêts des consommateurs par divers moyens.

Annuellement, bien qu'un recul attribuable à la pandémie soit temporairement observé à cet égard, près de 150 000 consommateurs communiquent bon an mal an avec l'Office pour obtenir de l'information sur leurs droits et recours, se renseigner sur un commerçant, porter plainte contre l'un d'entre eux ou dénoncer un manquement à la loi. Ces demandes sont traitées par une équipe d'inspecteurs en conformité législative et réglementaire qui sont répartis sur l'ensemble du territoire québécois.

Activités de surveillance

Les activités de surveillance réalisées par l'Office découlent des plaintes et des dénonciations qui lui sont transmises par les consommateurs, par les commerçants eux-mêmes à l'encontre d'entreprises concurrentes et par des

associations de consommateurs. L'Office planifie également des activités de surveillance ciblées dans le cadre de programmes de surveillance, dans des secteurs de commerce où il décèle des problèmes particuliers. Ces activités de surveillance consistent en des vérifications et des inspections pouvant mener à des interventions directes auprès des commerçants. Il peut s'agir, entre autres, d'un avis de rappel des dispositions de la loi, d'un avis d'infraction, d'une poursuite pénale ou de mesures administratives telles que la suspension ou la révocation d'un permis. Le Service des enquêtes représente également un acteur de premier plan en surveillance en réalisant des inspections et des enquêtes pouvant notamment mener à des poursuites pénales à l'encontre des contrevenants.

L'Office intervient en priorité auprès des commerçants en fonction du volume de plaintes reçues, de la gravité des infractions décelées par l'analyse de l'agent au moment de la réception d'une plainte et de l'historique des actions de l'Office à l'encontre d'un commerçant.

Résolution des litiges

Bien souvent, c'est à l'occasion d'une situation de mécontentement avec un commerçant que les consommateurs se manifestent auprès de l'Office. Dans la plupart des cas, notre intervention auprès du consommateur ayant à faire face à une telle mécontentement consiste à lui fournir des renseignements.

Afin de favoriser l'exercice par les consommateurs des protections qui leur ont été consenties, l'Office a développé des trousseaux d'information qui ont pour but de les appuyer dans la résolution de leur problème avec le commerçant. En 2020-2021, plus de 25 000 trousseaux ont été envoyés à des consommateurs. Ces trousseaux, qui sont un outil parmi d'autres, sont fort appréciés ; en effet, selon un sondage mené à l'hiver 2021, 88 % des répondants dont le problème avec un commerçant était réglé au moment du sondage affirmaient que l'Office avait contribué à le résoudre.

Chaque trousseau vulgarise les dispositions des lois qui s'appliquent à la situation vécue par le consommateur. En plus d'expliquer clairement la démarche à suivre pour régler le problème qui oppose le consommateur à un commerçant, elle comprend un formulaire de mise en demeure que le consommateur peut envoyer à un commerçant. Le consommateur est invité à faire suivre à l'Office une copie de toute mise en demeure envoyée. Si elles satisfont aux critères établis, ces mises en demeure sont inscrites au dossier du commerçant dans la section du site Web de l'Office intitulée *Se renseigner sur un commerçant*. Cette information profite à tous les consommateurs qui consultent l'outil.

L'Office peut aussi proposer au consommateur, qui satisfait à certaines conditions, d'utiliser la plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne (PARLe). Développée par le Laboratoire de cyberjustice de l'Université de Montréal et adaptée aux besoins de l'Office, cette plateforme permet aux consommateurs et

aux commerçants de négocier en ligne et, s'il y a lieu, de recourir gratuitement aux services d'un médiateur indépendant. Ce sont plus de 7 800 dossiers qui ont été ouverts sur la plateforme et plus de 70 % des dossiers qui ont pu être réglés dans un délai moyen de 25 jours ouvrables.

L'expérience acquise sur le plancher des opérations courantes nous permet de réitérer que, de manière générale, les consommateurs perçoivent avec appréhension l'idée de devoir recourir à un tribunal. Les consommateurs sont généralement réticents à faire valoir leurs droits et à entreprendre des démarches judiciaires parce qu'ils considèrent que celles-ci sont longues, onéreuses et complexes. Le caractère modeste des réclamations qui sont formulées dans le cadre des litiges de consommation, combiné à ces obstacles, agit également comme un frein important à l'utilisation du processus judiciaire.

En outre, non seulement les consommateurs sont peu disposés à entreprendre des démarches individuelles pour des réclamations relativement modestes, mais ces démarches, lorsqu'elles sont entreprises, ont, quant à elles, une capacité limitée à amener une entreprise à modifier ses pratiques de commerce et le contenu des contrats qu'elle propose.

Ces divers constats témoignent de l'importance qu'un organisme public, investi des pouvoirs, moyens et ressources nécessaires à cet effet, ait pour mandat de surveiller l'application des exigences prévues à la Loi sur la protection du consommateur, et à son Règlement d'application, de façon à ce que les entreprises utilisent des pratiques de commerce et des contrats qui sont conformes avec l'ensemble des exigences qui y sont prévues. Il importe également que les conséquences auxquelles s'exposent les contrevenants, telles que les amendes, aient véritablement un effet dissuasif sur les commerçants.

Ces divers constats témoignent aussi de l'importance des actions collectives qui permettent, via un seul recours, de rendre justice à une multitude de consommateurs dont les réclamations, souvent modestes, ne favorisent pas la poursuite de démarches individuelles. Les actions collectives représentent en effet, en droit de la consommation, un instrument d'accès à la justice d'une importance fondamentale.

En plus de leur rôle curatif, les actions collectives jouent un rôle dissuasif et préventif important et permettent d'éviter à une multitude de consommateurs de faire l'objet de pratiques préjudiciables et, par conséquent, d'avoir à entreprendre des démarches pour récupérer des sommes qui leur sont dues. L'action collective est complémentaire au travail de l'Office : elle constitue en effet un atout important dans l'arsenal des moyens qui contribuent à assurer le respect des lois destinées à protéger les consommateurs québécois.

Enfin, soulignons que la présidente de l'Office utilise à l'occasion le pouvoir qui lui est octroyé à l'article 318 de la Loi sur la protection du consommateur pour

intervenir dans des actions collectives afin notamment d'y faire des représentations sur la portée et l'application de dispositions prévues à une loi ou un règlement dont l'Office doit surveiller l'application.

C'est donc à la lumière de l'expérience acquise, des constats exposés plus haut et des nombreuses données et informations que contient le rapport du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal que nous formulons nos commentaires à propos des recommandations que contient le document de consultation du ministère de la Justice du Québec.

Commentaires sur les recommandations :

Critère de proportionnalité ou d'opportunité du mécanisme d'autorisation

Le rapport du Laboratoire s'intéresse au principe de proportionnalité et à son application dans le cadre de l'action collective. Les recommandations qui sont formulées à ce propos semblent reposer sur l'hypothèse selon laquelle le filtre que constitue l'étape de l'autorisation d'une action collective devrait être amélioré.

Les données qui sont exposées dans le rapport suggèrent toutefois que les conditions à satisfaire pour franchir cette étape et l'application qu'en font les tribunaux sont adéquates. Selon le rapport, au moins 35 % des dossiers ne passent pas le cap de l'autorisation (pourcentage qui serait fort similaire à celui en Ontario) et 70 % des dossiers non autorisés le seraient parce que le critère relatif à l'apparence de droit n'est pas satisfait. Ces données amènent d'ailleurs l'auteure du rapport à conclure que l'autorisation au Québec n'y est pas automatique et qu'il est probable que l'autorisation serve bel et bien sa mission première de filtrage. D'ailleurs, à notre connaissance, le rapport ne contient aucun exemple de demandes frivoles ou manifestement mal fondées qui ont été autorisées alors qu'elles n'auraient pas dû l'être.

Malgré ce qui précède, l'auteure du rapport se questionne sur la possibilité qu'une analyse plus formelle de la proportionnalité ou de l'opportunité à l'étape de l'autorisation puisse permettre un meilleur filtrage des dossiers qui procèdent de manière collective.

Puisque l'action collective permet nécessairement une économie des ressources judiciaires et considérant la façon dont le principe de proportionnalité est interprété et appliqué par les tribunaux dans le cadre d'une action collective, l'auteure en arrive à la conclusion que *même si un critère de proportionnalité ou d'opportunité était officiellement codifié au sein des dispositions sur l'action collective, il ne permettrait peut-être qu'à discréditer les très rares cas où la disproportion entre les demandes et les ressources monopolisées par le dossier sautent aux yeux.*

Considérant que normalement le justiciable a un accès direct aux tribunaux sans devoir passer par un processus d'autorisation préalable et considérant le rôle

particulier de ce processus préalable au sein de l'action collective, l'introduction d'un tel critère supplémentaire à l'étape de l'autorisation, afin de permettre un « meilleur filtrage », soulève plusieurs questions.

Quelles sont les caractéristiques que devrait comporter une demande qui n'est par ailleurs ni frivole ni insoutenable et qui satisfait à tous les critères permettant qu'elle puisse procéder de manière collective pour que, malgré ce qui précède, elle ne puisse pas faire l'objet d'un traitement au fond en raison de son caractère disproportionné ?

Le caractère disproportionné entre une demande et les ressources qu'elle monopolise peut-il vraiment sauter aux yeux à l'étape de l'autorisation ?

En tous les cas, l'examen du caractère disproportionné d'une demande ne peut se limiter à une analyse « coûts/bénéfices » alors que le seul bénéfice qui serait considéré est l'indemnité que pourraient possiblement obtenir les membres du groupe. Encore une fois, les bénéfices que comportent les actions collectives vont bien au-delà de sa dimension compensatoire. Les effets préventifs et dissuasifs des actions collectives sont des bénéfices importants de l'action collective qui permettent d'éviter à une multitude de consommateurs de faire l'objet de pratiques préjudiciables et, par conséquent, d'avoir eux aussi à entreprendre des démarches pour récupérer des sommes qui leur sont dues.

De plus, il est à noter que même dans le cas où l'ensemble des membres du groupe ne réclament pas les sommes qui leur sont dues dans le cadre d'un recouvrement collectif, l'action collective conserve son caractère dissuasif et le reliquat, lorsqu'attribué à une organisation dont la finalité rejoint les intérêts de la catégorie de citoyens visés par l'action collective, permet, à défaut d'une indemnisation directe pour l'ensemble des membres, de les indemniser indirectement et, par conséquent, bénéficie à ces derniers.

Il est à craindre que l'ajout d'un critère de proportionnalité aux critères d'autorisation existants ait pour effet que des actions collectives ne fassent pas l'objet d'un examen au fond en raison d'une vision étroite des bénéfices que comporte l'action collective pour les consommateurs québécois et qu'un tel ajout vienne alourdir et ralentir, sans véritable impact positif, l'étape de l'autorisation. L'ajout d'un tel critère entraînera nécessairement de l'incertitude juridique, des contestations et des délais (il suffit de penser aux demandes pour permission de présenter une preuve appropriée concernant ce nouveau critère, aux appels, etc.) Une telle approche ne nous apparaît donc pas constituer une avenue appropriée afin de rendre l'action collective « plus accessible, efficace et équitable pour la population ».

Nous comprenons toutefois que l'ajout d'un tel critère d'autorisation n'est pas l'avenue privilégiée par l'auteur du rapport. Celle-ci privilégie en effet la codification du principe de proportionnalité au Titre III du Livre VI sur l'action

collective ce qui, à son avis, permettrait de lancer « un message à tous à l'effet que la proportionnalité se situe au cœur de la procédure ». Selon l'auteure, « toute preuve ou moyen préliminaire devrait également respecter ce principe fondamental. Le juge devrait être interventionniste dans sa gestion du dossier en respect du principe, notamment en imposant des délais stricts aux parties et en contrôlant les preuves déposées à l'étape de l'autorisation afin d'accélérer le déroulement de l'action collective ».

Nous nous questionnons toutefois sur la plus-value d'une telle proposition considérant que l'article 18 du Code de procédure civile permet déjà au juge, nous semble-t-il, d'intervenir de cette manière et que l'introduction d'une nouvelle règle entrainera nécessairement de l'incertitude juridique, des contestations et des délais.

[Intégration de l'autorisation à l'instance principale](#)

Afin de réduire les délais liés au mécanisme d'autorisation, le Laboratoire propose de débiter l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation. Plus précisément, il propose que la procédure d'autorisation suive la structure suivante : (1) dépôt de la demande introductive d'instance (2) réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité (3) jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité, et (4) jugement au mérite.

En théorie, et à première vue, une telle proposition peut sembler séduisante. Toutefois, lorsque nous nous livrons à l'exercice qui consiste à déterminer de quelle façon cette proposition pourrait s'incarner en pratique, nous avons du mal à imaginer comment une telle mécanique pourrait effectivement réduire les coûts et les délais. Nous devons toutefois admettre que nous ne sommes pas certains de parfaitement comprendre la mécanique qui est proposée.

En tous les cas, la recherche de solutions en vue de réduire les délais que comporte l'étape de l'autorisation exige, à notre avis, de faire un inventaire exhaustif des éléments qui contribuent à ces délais. Quelques questions nous viennent d'ailleurs spontanément à l'esprit sur des éléments qui ne sont pas abordés expressément dans le rapport du Laboratoire. Quel a été l'impact sur les coûts et les délais de l'introduction du droit d'appel sur permission d'un jugement qui autorise l'exercice de l'action collective ? Quelle est la proportion des demandes d'autorisation qui, bien qu'elles satisfassent manifestement à l'ensemble des critères d'autorisation, sont, malgré tout, contestées ? De façon plus fondamentale, on peut également se questionner sur les raisons pour lesquelles tant d'entreprises contreviennent aux règles qui leur sont applicables entraînant par le fait même des demandes d'autorisation d'exercer des actions collectives.

À notre avis, il importe également, avant que des modifications législatives ne soient apportées au mécanisme d'autorisation afin de tenter de le rendre plus efficace, de faire l'inventaire des outils qui existent déjà et qui sont susceptibles de contribuer à réduire les coûts et les délais. Nous pensons particulièrement au projet-pilote du Groupe des 10 juges de la Cour supérieure et aux nouvelles directives de la Cour supérieure pour le district de Montréal qui encadrent la procédure d'autorisation. Ces directives prévoient notamment que, sauf exception, la demande d'autorisation d'exercer une action collective doit être entendue dans l'année suivant son dépôt.

Les solutions mises de l'avant ne doivent en aucun cas être disproportionnées par rapport aux problèmes identifiés et doivent comporter une plus-value par rapport aux moyens existants qui permettent déjà de s'y attaquer. Évidemment, de telles solutions ne doivent également pas être susceptibles de contribuer aux difficultés qu'elles cherchent à régler.

Resserrer le processus d'approbation des honoraires

À propos des différentes recommandations du Laboratoire qui visent à resserrer le processus d'approbation des honoraires, nous préférons laisser le soin à ceux qui œuvrent au quotidien dans le domaine de l'action collective de les commenter.

Conclusion :

Nous tenons à profiter de la présente consultation, qui concerne des perspectives de réforme de l'action collective au Québec, pour réitérer les propos et recommandations que nous avons formulées à propos de l'action collective dans un mémoire présenté, en 2012, à la Commission des institutions concernant l'Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile de même que dans un mémoire présenté, en 2013, à la Commission des institutions concernant le projet de loi 28, Loi instituant le nouveau Code de procédure civile.

Ces recommandations visaient à contribuer à l'action des associations de consommateurs qui sont des acteurs clés en matière d'actions collectives. Ces associations agissent en effet à titre de représentantes dans plusieurs actions collectives et elles constituent des représentantes particulièrement organisées, structurées et outillées pour mener à bien l'ensemble des activités tant administratives que judiciaires que suppose une telle action.

Au Québec, le regroupement d'associations que constitue l'Union des consommateurs a plusieurs actions collectives à son actif. Option consommateurs et l'Association pour la protection des automobilistes sont aussi très actives en matière d'actions collectives.

Le rôle des associations de consommateurs a été déterminant dans bien des actions collectives intentées dans l'histoire de cette législation. Elles apportent un

appui matériel et intellectuel constant dans l'élaboration, la conception et la réalisation du recours tout au long des étapes, tant administratives que judiciaires, qui mènent à une décision définitive.

L'Office estime que le rôle des associations de consommateurs devrait être reconnu et encouragé par l'adoption de quelques mesures législatives qui faciliteraient leur intervention et leur rôle à cet égard. Deux mesures en ce sens nous apparaissent pouvoir être mises de l'avant ; la première concerne l'attribution du reliquat aux associations dont les activités poursuivent un objectif qui est lié à l'intérêt des membres d'un groupe visé par une action collective et la deuxième touche le remboursement des coûts engendrés par le soutien qu'elles apportent à ces recours à tous égards.

L'attribution du reliquat à des associations de consommateurs

La première mesure susceptible de contribuer à l'action des associations de consommateurs en matière d'action collective consisterait à prévoir dans le Code de procédure civile une mesure qui favoriserait d'une manière plus explicite la distribution du reliquat à une entité dont les activités permettraient effectivement d'obtenir l'indemnisation indirecte des consommateurs visés par une action collective.

En effet, s'il s'avère impossible d'indemniser directement une partie des membres d'un groupe qui ont été lésés par une contravention à la loi, pourquoi ne pas plutôt se diriger plus systématiquement, pour compléter l'indemnisation, vers une organisation dont le rôle ou la finalité rejoint les intérêts de la catégorie de citoyens visés par le recours ? Il nous semble que la finalité compensatoire que les règles relatives à l'action collective préconisent dans son esprit et plusieurs de ses dispositions se trouveraient grandement favorisée par une telle mesure supplétive d'indemnisation indirecte.

L'Office estime donc que deux précisions pourraient être apportées au Code pour rencontrer l'objectif d'indemnisation indirecte exprimé plus haut. La première consisterait à mentionner expressément au Code que, lors de la disposition du reliquat, le tribunal devrait, dans la mesure du possible, favoriser une association, un organisme ou un regroupement dont les objets pour lesquels il a été constitué sont reliés aux intérêts des membres du groupe visé par le recours. La seconde précision serait d'indiquer également que, dans le cas d'une action fondée en tout ou en partie sur une loi dont l'Office de la protection du consommateur est chargé de la surveillance, son président doit être avisé du fait que le tribunal disposera d'un reliquat, de manière à ce qu'il puisse intervenir pour faire toutes les représentations qui s'imposent dans les circonstances. Cet avis nous apparaît pertinent en raison de la fine connaissance que l'Office a développée, au fil des années, de diverses associations de consommateurs actives au Québec et qui pourraient être en mesure de constituer des bénéficiaires crédibles pour l'attribution des reliquats dans le cas des litiges en consommation.

Le dédommagement des associations de consommateurs dans leur rôle de représentant

Il ne faut pas sous-estimer l'ampleur du travail administratif réalisé par les associations de consommateurs qui agissent comme représentantes dans les actions collectives, par exemple les recherches accompagnant l'existence et la composition du groupe, qui accompagnent les démonstrations de droit, de preuve et de fait qui doivent être présentées devant le tribunal, le temps consacré à la révision de documents (ex. : révision des procédures, des transactions, des formulaires de réclamations) et aux communications avec les membres et les médias qui sont requises avec de tels recours.

La pérennité des associations à travers les années constitue également un gage de stabilité lorsqu'une action collective est intentée ; elles constituent des organisations permanentes et stables sur lesquelles on peut compter pour mener à bien une procédure qui peut s'étirer sur de longues années. L'énergie disponible au sein des associations et la qualité de l'expertise qu'on y retrouve constituent des atouts déterminants.

Les règles régissant l'action collective prévoient que le tribunal peut accorder une indemnité au représentant pour le paiement de ses débours. Toutefois, ces règles ne prévoient pas expressément qu'une association de consommateurs peut obtenir une compensation, au prix coûtant, pour le temps investi par son personnel dans la réalisation des tâches réalisées à titre de représentante.

De plus, les règles relatives à l'indemnité que le tribunal peut accorder au représentant sont applicables que dans le cas où l'action collective a été accueillie par le tribunal et a donné lieu à un dédommagement pour les membres du groupe concerné. Dans le cas contraire, cependant, à savoir lorsque l'action a été déboutée par le tribunal à un stade ou un autre, aucune compensation ne serait possible en vertu de ces dispositions. Cela nous apparaît constituer une lacune, en ce qu'elles soumettraient l'association, de bonne foi, il faut le présumer, dans la prise en charge du recours, aux aléas de diverses natures qui accompagnent tout recours judiciaire devant un tribunal.

Cette disparité de traitement serait peut-être même de nature à décourager certaines associations d'investir dans le soutien naturel qu'elles voudraient offrir aux consommateurs lésés. En fait, un dédommagement possible uniquement dans le cas où le demandeur aurait gain de cause pourrait favoriser une attitude de réserve qui pourrait priver les consommateurs de recours dans des situations où le droit demeure incertain ou ambigu.

Pour remédier à cette situation, l'Office propose que le Code de procédure civile soit modifié afin qu'il permette clairement au tribunal d'accorder à une association de consommateurs, qui agit à titre de représentante, une compensation, au prix

coûtant, pour le temps investi par son personnel dans la réalisation des tâches réalisées à ce titre.

L'Office recommande également que la Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives soit modifiée de façon à ce qu'il y soit clairement prévu que le Fonds peut attribuer une aide financière visant à compenser une association de consommateurs qui agit à titre de représentante pour les tâches qu'elle accomplira à ce titre. À l'instar de ce qui est prévu pour l'aide financière accordée aux avocats, le représentant qui aurait obtenu une somme à titre de compensation, à la suite d'une transaction ou d'une décision du tribunal à cet effet, aurait l'obligation de rembourser le Fonds. Dans le cas où le représentant n'aurait pas obtenu une telle somme, parce qu'il n'aurait pas eu gain de cause, il ne serait pas tenu de rembourser le Fonds.

Enfin, nous tenons à remercier le ministère de la Justice du Québec de nous avoir donné l'occasion de présenter nos observations à propos des recommandations du Laboratoire et à remercier ce dernier pour les nombreuses informations et données contenues à son rapport.

**Mémoire déposé par l'Association internationale des avocats en défense
en réponse à la consultation publique portant sur les perspectives
de réforme de l'action collective au Québec**

1. L'Association internationale des avocats en défense (*International Association of Defense Counsel*) (l'« IADC ») soumet au gouvernement du Québec ses observations en réponse à sa consultation publique lancée en avril 2021 dans le contexte d'une éventuelle réforme du régime de l'action collective au Québec. Ces observations sont également partagées et adoptées par les associations suivantes: *Lawyers for Civil Justice* (« LCJ »)¹, la *Federation of Defense and Corporate Counsel* (« FDCC »)², *DRI – Center for Law and Public Policy – The Voice of the Defense Bar* (« DRI »)³, *Canadian Defence Lawyers* (« CDL »)⁴ et le *Product Liability Advisory Council* (« PLAC »)⁵.
2. Les propositions de réforme formulées par le *Laboratoire sur les actions collectives* de l'Université de Montréal (le « Laboratoire ») relèvent d'un effort salubre visant à améliorer l'encadrement juridique et judiciaire de l'action collective au Québec. La consultation publique à ce propos offre aux praticiens que nous sommes une tribune appropriée pour faire part de nos observations et remarques, le tout dans une démarche constructive.
3. À titre d'acteur du milieu juridique, l'IADC souhaite contribuer à la réflexion en répondant à certaines des questions soulevées dans le rapport :

i. Questions 1 & 2 : Culture, gestion active et réduction des délais

¹ LCJ est une coalition regroupant des organisations d'avocats de la défense, des cabinets d'avocats et des sociétés, et qui a pour objectif la promotion de l'excellence et de l'équité dans le système de justice civile afin de favoriser un règlement juste, rapide et à coûts raisonnables des affaires civiles.

² FDCC est composée de leaders reconnus de la communauté juridique qui représentent les justiciables en défense dans le cadre de procédures civiles et qui se consacrent à la promotion des connaissances, de la coopération et du professionnalisme des membres pour favoriser un système judiciaire équilibré.

³ DRI est une organisation de premier plan regroupant des avocats de la défense et des conseillers juridiques en entreprise. DRI vise à développer les compétences, l'efficacité et le professionnalisme des avocats en défense, et à améliorer le système de justice civile.

⁴ CDL est un organisme national à but non lucratif qui représente les intérêts des avocats de la défense en justice civile et, par le fait même, les intérêts de leurs clients qui sont parties à des procédures judiciaires canadiennes. CDL compte environ 1 400 membres d'un océan à l'autre au Canada. CDL agit comme porte-parole et fournit des ressources pour ses membres, offrant une perspective nationale aux tribunaux et au gouvernement ainsi que de la formation spécifique et des occasions de réseautage de qualité aux avocats en défense.

⁵ PLAC est une association professionnelle à but non lucratif regroupant 90 entreprises membres qui représentent un large éventail de fabricants de produits. Ces entreprises cherchent à contribuer à l'amélioration et à la réforme des lois touchant les litiges relatifs aux produits, avec un accent sur la façon dont les règles relatives aux actions collectives touchent les fabricants de produits et les intervenants de la chaîne d'approvisionnement.

- ii. Question 4 : Intégration de la demande d'autorisation à l'instance principale
 - iii. Question 5 : Critère d'apparence de droit
 - iv. Question 3 : Critère de proportionnalité ou de préféralité à l'étape de l'autorisation d'une action collective
4. L'IADC est au service d'une clientèle émérite d'avocats de la défense en contentieux et en cabinet et de cadres du secteur de l'assurance depuis 1920. Comptant près de 2 500 membres, dont l'adhésion par invitation seulement est évaluée par les pairs, l'IADC regroupe des avocats de grands cabinets et de petits cabinets spécialisés, des avocats-conseils au sein de services juridiques, et des cadres au sein d'entreprises et de sociétés d'assurance, dont un certain nombre au Canada et au Québec. Fait important pour ce mémoire, nos membres représentent certaines des plus grandes sociétés du monde, dont bon nombre ont des filiales qui font affaire au Canada et/ou qui ont été défenderesses dans le cadre d'actions collectives au Québec et ailleurs au Canada.
5. Présente sur plusieurs fronts, l'IADC joue notamment un rôle de leader dans de nombreux aspects de réformes juridiques et de perfectionnement professionnel. Elle a mis sur pied un groupe de travail sur les actions collectives au Canada, composé d'avocats chevronnés en actions collectives non seulement au Canada, mais aussi aux États-Unis et en Australie, pour se pencher et formuler des propositions sur certaines des questions qu'étudiera le gouvernement du Québec, avec l'apport d'entreprises et d'autres organismes représentant les intérêts du milieu corporatif. Le groupe de travail de l'IADC comprend également des représentants de LCJ, DRI et FDCC, d'autres organismes axés sur les questions de défense dont les membres agissent pour des sociétés exposées à des actions collectives au Québec et en Ontario.
6. Bien que l'IADC, ainsi que les organismes susmentionnés, représentent les intérêts de sociétés qui sont parties à des actions collectives, notre mémoire vise à brosser un portrait global et équilibré des enjeux et des points de vue dans le secteur, en gardant à l'esprit les objectifs du législateur québécois dans son étude d'une réforme du régime de l'action collective en vertu du *Code de procédure civile* du Québec.

I. Culture, gestion active et réduction des délais

1- Pour faciliter un changement de culture dans les dossiers d'actions collectives, le rapport propose la mise en place d'une stratégie visant à encourager non seulement les tribunaux, mais aussi et surtout les parties à gérer activement ces dossiers, de manière à réduire les délais. Que pensez-vous des pratiques suivantes préconisées par le Laboratoire?

- A. *Proposition du Laboratoire : Favoriser des protocoles d'instance présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation*
7. Au niveau de la gestion d'instance, l'IADC tient à souligner l'important travail effectué par les membres de la magistrature. De par une gestion efficace des procédures et par la prise de décisions des plus souvent rapides, les tribunaux s'assurent d'entendre les demandes d'autorisation dans l'année suivant le dépôt des demandes.
 8. Les dossiers qui ne sont pas entendus à l'intérieur de ce délai sont habituellement ceux impliquant de nombreuses parties défenderesses ou alléguant une cause d'action qui s'étend sur plusieurs années, amenant une complexification du dossier qui justifie des délais additionnels. Par ailleurs, il arrive que les délais soient causés par la partie demanderesse, qui ne souhaite pas voir son dossier progresser rapidement (que ce soit dû à un horaire déjà chargé, à l'existence de recours similaires dans d'autres juridictions ou pour des raisons stratégiques). Il arrive également que des délais soient causés par la négociation d'une entente de règlement.
 9. Bien que certaines modifications législatives pourraient accélérer davantage le processus (nous y reviendrons), l'IADC ne recommande pas, contrairement au Laboratoire, l'implantation de protocoles d'instance à l'étape de l'autorisation collective. En effet, dans la plupart des cas où des étapes procédurales doivent être franchies avant la tenue de l'audition sur l'autorisation, les procédures à être débattues portent sur les éléments suivants :
 - Une demande d'interrogatoire du demandeur;
 - Une demande pour production de preuve appropriée par la partie défenderesse; et
 - Une demande d'amendement aux procédures par la partie demanderesse.

10. Dans les deux (2) premiers cas, la partie adverse doit aviser le juge attitré au dossier dans un délai que ce dernier impose. Par la suite, une audition s'ensuit et un jugement est rendu. Dans le troisième cas, les demandes d'amendement découlent fréquemment des informations obtenues suivant le dépôt par la partie défenderesse d'une demande de production de preuve appropriée et, suivant la nature même de l'amendement, sont rarement prévisibles lors du dépôt de la procédure initiale. Il serait alors impossible pour la partie demanderesse de prévoir le dépôt d'une telle procédure à un protocole d'instance. L'implantation d'un protocole d'instance formel ne ferait que complexifier le processus.
11. L'IADC soumet cependant que certains changements pourraient néanmoins être apportés pour réduire les délais, changements qui seront proposés dans la sous-section suivante.

B. Proposition du Laboratoire : Inciter les parties à travailler ensemble et en équipes réduites à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels
12. **Implication des membres.** Il convient de souligner d'emblée qu'avant l'autorisation, l'action n'existe pas sur une base collective⁶. Bien que les membres puissent entrer en contact avec les procureurs du demandeur, il n'est pas opportun de les impliquer davantage à ce stade-ci des procédures. Leur implication risquerait d'alourdir le processus. Il ne faut pas oublier que les membres recevront les avis pertinents dans l'éventualité où l'action est autorisée à procéder sur une base collective (que ce soit pour les fins d'un règlement ou encore suivant un jugement rendu sur la demande en autorisation).
13. **Preuve appropriée de la partie défenderesse.** Cependant, afin d'accélérer le processus et d'alléger les tâches dévolues au juge attitré au dossier, les parties pourraient avoir un meilleur contrôle de la gestion de la preuve appropriée. En effet, plutôt que de devoir obtenir l'approbation du tribunal afin de déposer une preuve ou tenir un interrogatoire, les parties pourraient en convenir de consentement. Les parties pourraient alors déposer les éléments de preuve d'un commun accord et tenir un interrogatoire, le cas échéant, sans

⁶ Voir notamment *Champagne c. Subaru Canada inc.*, 2018 QCCA 1554, par. 21-22.

qu'une procédure ne soit déposée et qu'un jugement ne soit rendu. Les délais inhérents à ces étapes seraient ainsi éliminés. La modification proposée est la suivante :

Article actuel	Modification proposée
Art. 574, al 3 Contestation La demande d'autorisation en peut être contestée qu'oralement et le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée.	Art. 574, al 3 Contestation La demande d'autorisation en peut être contestée qu'oralement. <u>Une preuve appropriée peut être déposée par la partie défenderesse d'un commun accord entre les parties, ou à défaut, suivant l'approbation du tribunal.</u>

14. **Modification à la demande.** Il en est de même des demandes de modification à la demande en autorisation, lorsque ces demandes ont pour conséquence un désistement total ou un désistement partiel à l'encontre d'un des défendeurs. À l'heure actuelle, lorsque la partie demanderesse souhaite déposer un tel amendement, elle doit obtenir la permission du tribunal⁷. Les articles 206 à 207 du C.p.c. traitant de la procédure de modification d'un acte de procédure pourraient s'appliquer également au stade de l'autorisation en matière d'action collective, et ce, en tout temps. En effet, puisque l'action collective n'existe pas encore sur une base collective, il est inutile d'encadrer le processus de désistement qui intervient d'un commun accord entre les parties. Cela allégerait le processus et éviterait de devoir saisir le tribunal pour toute demande. Une fois l'action collective autorisée, l'article 585 exigeant l'approbation du tribunal continuerait cependant de s'appliquer.
15. **Questions en litige.** L'IADC est d'accord avec la proposition de Laboratoire en ce qui a trait à la clarification de questions en litige. En effet, il est fréquent une demande d'autorisation comporte diverses allégations visant à « colorer » le dossier plutôt qu'à soutenir une cause d'action valable. Suivant la désignation du juge gestionnaire, la partie demanderesse devrait être invitée à énoncer succinctement et exhaustivement ses causes d'action. Une telle clarification permettrait de centrer le débat sur l'autorisation aux éléments essentiels.
16. **Preuve de la partie demanderesse.** Suivant la modification législative de 2002⁸, un demandeur désirant se voir autoriser à intenter une action collective n'a plus à appuyer sa requête d'un affidavit. L'objectif de la réforme d'alors était d'alléger et de raccourcir le

⁷ *Knafo c. Toyota Canada inc.*, 2016 QCCS 4575.

⁸ *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, LQ 2002, c 7.

processus en éliminant l'interrogatoire sur affidavit du demandeur. En conformité avec l'article 574 C.p.c., l'interrogatoire n'est aujourd'hui permis que pour s'assurer que les critères d'autorisation sont bel et bien remplis.

17. Or, les tribunaux ont fréquemment à départager les allégations de faits, qui doivent être tenus pour avérés, des autres allégations qui ne sont que de l'argumentation, des inférences ou encore des hypothèses. La jurisprudence est claire. Lorsque les allégations ne sont pas crédibles, sont vagues, ou sont contredites par la preuve (tels que des déclarations sous serment), les tribunaux les mettront de côté⁹. Les tribunaux doivent également écarter les opinions, les qualifications, les spéculations ou les inférences sans fondement ou déguisées en faits. Seules les allégations de faits non contredites et plausibles peuvent être présumées comme étant vraies¹⁰. Néanmoins, et malgré l'état de la jurisprudence, des modifications pourraient être apportées pour clarifier le fardeau de preuve de la partie demanderesse.
18. L'IADC soumet qu'il serait souhaitable de préciser que seuls les faits sur lesquels le demandeur aurait été habilité à témoigner soient tenus pour avérés. Cette modification, en accord avec l'objectif de l'amendement législatif de 2002, permettrait d'éviter un débat au niveau de la qualification des allégations puisque seuls certains faits vraisemblablement connus personnellement par le demandeur seraient alors présumés avérés aux fins de l'autorisation. Les autres allégations de nature factuelle, dont la source serait inconnue devraient alors être supportés par des éléments de preuve objective. La modification suivante pourrait être considérée :

Article actuel	Modification proposée
Art. 574 Autorisation préalable. Une personne ne peut exercer l'action collective qu'avec l'autorisation préalable du tribunal. Demande d'autorisation. La demande d'autorisation indique les faits qui y donnent ouverture et la nature de l'action et décrit le groupe pour le compte duquel la personne entend agir. Elle est signifiée, avec un avis d'au moins 30 jours	Art. 574 Autorisation préalable. Une personne ne peut exercer l'action collective qu'avec l'autorisation préalable du tribunal. Demande d'autorisation. La demande d'autorisation indique les faits qui y donnent ouverture et la nature de l'action et décrit le groupe pour le compte duquel la personne entend agir. <u>Seuls les faits qui sont à la connaissance personnelle du demandeur et sur lesquels il</u>

⁹ *Fortier c. Meubles Léon Itée*, 2014 QCCA 195, par. 68-70 et 83; *Toure c. Brault & Martineau inc.*, 2014 QCCA 1577, par. 38-40 [Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 36142 (19 mars, 2015)];

¹⁰ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, par. 59; *Karras c. Société des loteries du Québec*, 2019 QCCA 813, par. 28 et 50; *Pollués de Montréal-Trudeau (LPDMT) c. Aéroports de Montréal (ADM)*, 2021 QCCS 367, par. 12 [Déclaration d'appel et Requêtes en rejet d'appel, 500-09-029404-217].

de la date de sa présentation, à celui contre qui elle entend exercer l'action collective. [...]

pourrait témoigner sont tenus pour avérés. Elle est signifiée, avec un avis d'au moins 30 jours de la date de sa présentation, à celui contre qui elle entend exercer l'action collective. [...]

19. Par ailleurs, suivant notre expérience, plusieurs actions sont autorisées alors que les dommages subis par les membres du groupe sont *de minimis*, et donc ne seront pas accordés suivant l'audition au mérite. En effet, et tel que le rappelle notre Cour d'appel, « il ne convient pas d'accaparer les tribunaux pour des réclamations individuelles reposant sur des conséquences de peu d'importance »¹¹. Or, cette conclusion n'intervient que suivant plusieurs années de litige, alors que des coûts importants ont été encourus de part et d'autre.
20. Afin d'éviter que de telles actions ne soient autorisées, l'IADC recommande que l'article 575 C.p.c. soit modifié pour exiger que la demande produise une certaine preuve au niveau de l'étendue des dommages allégués. De plus, lorsque la partie demanderesse propose que ces dommages soient évalués sur une base collective, elle devrait déposer, à l'instar de certaines autres provinces canadiennes¹², un plan présentant une méthode afin de faire avancer la procédure sur une base collective. La partie demanderesse devrait ainsi démontrer qu'il est réalistement possible d'effectuer la détermination des questions proposées sur une base collective, et ce, au stade de l'autorisation.
21. En application de ce critère lors d'un appel logé en vertu du droit de la Colombie-Britannique, la Cour suprême du Canada écrit que la méthodologie présentée doit être suffisamment crédible ou plausible pour établir qu'il sera réaliste d'en arriver à faire une preuve collective. La méthodologie ne peut être purement hypothétique ou théorique, mais doit être basée sur des éléments de preuve factuels¹³. L'IADC suggère qu'un critère similaire soit incorporé aux critères d'autorisation afin d'exiger la preuve que la partie demanderesse sera en mesure d'établir que les éléments constitutifs de la cause d'action invoquée soient réellement communs à l'ensemble des membres du groupe. Par exemple, la modification pourrait se lire comme suit :

¹¹ *Fortin c. Mazda Canada inc.*, 2016 QCCA 31, par. 171; art. 1604, al 2 C.c.Q.

¹² Voir par exemple l'article 4) du *Class Proceeding Act* de la Colombie-Britannique (RSBC 1996, ch. 50); art. 5 du *Class Proceedings Act* de l'Ontario (1992, S.O. c. 6).

¹³ *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, par. 118 et suivants.

Article actuel	Modification proposée
Art. 575 Critères d'autorisation. Le tribunal autorise l'exercice de l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que: [...] (2) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; [...] (4) Le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.	Art. 575 Critères d'autorisation. Le tribunal autorise l'exercice de l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que: [...] (2) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées <u>et que des dommages ont été subis;</u> [...] (4) Le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres <u>et qu'il a déposé un plan établissant une méthode viable de faire la preuve des éléments constitutifs de la cause d'action proposée sur une base collective.</u>

22. **Rejet des procédures inactives.** Tel que mentionné, certains dossiers demeurent inactifs pour diverses raisons qui sont sous le contrôle de la partie demanderesse. Un processus devrait être mis en place pour s'assurer que les procédures en demande d'autorisation pour lesquelles aucune activité n'a été effectuée dans les 12 mois du dépôt soient automatiquement rejetées.
23. **Frais.** L'IADC soumet que la situation actuelle au niveau des frais devrait être revue. En effet, lorsque l'action collective est autorisée, les frais d'avis aux membres sont habituellement assumés par la partie défenderesse. Or, à ce stade, la responsabilité de la partie défenderesse est loin d'avoir été établie et l'expérience démontre que de nombreuses actions sont ultimement rejetées après une audition au mérite. Il serait ainsi plus cohérent que la partie demanderesse assume les frais d'avis aux membres. De même, des frais devraient être accordés lorsque les demandes en autorisation sont rejetées. En effet, le dépôt d'une demande en autorisation d'action collective a des impacts non négligeables sur les entreprises et entraîne fréquemment de la publicité négative. Il serait donc souhaitable de venir sanctionner les procédures frivoles qui n'ont pas été autorisées par le tribunal.

- C. *Proposition du Laboratoire : Inciter les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu, en se méfiant des règlements trop précoces. Encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier.*
24. L'IADC est d'accord avec la Laboratoire au niveau de l'importance d'encourager les parties à en venir à une résolution à l'amiable du dossier. Cependant, les parties devraient pouvoir en venir à un règlement négocié, et ce, à toute étape du dossier.
25. Il ne faut pas oublier que plusieurs des actions entreprises au Québec découlent de procédures déjà entamées ailleurs au Canada, aux États-Unis ou ailleurs dans le monde. Il se peut donc que, malgré l'apparence de rapidité dans la conclusion d'un règlement, celui-ci ne soit que le résultat d'une négociation déjà entamée ailleurs.
26. Qui plus est, dans bien des cas, l'action collective vise une modification dans la pratique commerciale de la partie défenderesse, en plus d'une indemnité monétaire. Lorsque les parties s'entendent pour modifier rapidement une telle pratique, il en découle clairement un bénéfice pour l'ensemble des résidents du Québec.
27. Finalement, une partie défenderesse pourrait décider de régler un dossier pour des considérations autres que celles liées au mérite de l'action. Par exemple, une évaluation des coûts liés aux procédures et à un éventuel procès au fond pousse fréquemment une partie (et non seulement les parties à une action collective) à négocier un règlement. Cet incitatif serait complètement éliminé si les parties devaient attendre que le « dossier ne soit prêt à être entendu » avant que le tribunal ne puisse approuver un règlement.
28. Au niveau du processus de l'approbation des transactions, dans notre expérience, l'état actuel du droit permet déjà au tribunal de s'assurer de la justesse du processus d'approbation du règlement et du contenu de celui-ci. Aucune réforme n'est donc nécessaire.

II. Intégration de la demande d'autorisation à l'instance principale

4- La proposition du Laboratoire consiste à amorcer l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation. Qu'en pensez-vous?

29. S'agissant de la demande d'autorisation, le Laboratoire propose que cette étape préliminaire, étant à l'heure actuelle distincte de l'instance principale, fasse désormais partie intégrante de celle-ci. Ainsi, l'action collective débiterait directement par le dépôt d'une demande introductive d'instance contenant toutes les allégations relatives non seulement aux critères d'autorisation, mais également au fond du litige. L'IADC ne souscrit pas à cette proposition, pour les raisons suivantes.
30. Cette nouvelle formule engendrerait une suspension de l'action jusqu'au jugement d'autorisation suite au dépôt de la demande introductive d'instance. Une fois l'autorisation octroyée à la demanderesse, les parties seraient immédiatement prêtes à débiter l'instance au mérite.
31. En d'autres termes, les étapes de la procédure d'autorisation suivraient la séquence suivante:
 - 1) Dépôt de la demande introductive d'instance;
 - 2) Réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité;
 - 3) Jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité;
 - 4) Jugement au mérite.
32. Avec cette réforme, la réponse de la défenderesse porterait sur le fond du litige, sur les critères d'autorisation, mais aussi sur les potentiels moyens préliminaires. Ces mêmes moyens préliminaires seraient alors dénoncés par écrit selon l'article 166 C.p.c., et entendus avec le jugement d'autorisation.

La demande d'autorisation devrait rester distincte de l'instance principale

33. **Importance du processus de filtrage.** L'étape de la demande d'autorisation est un mécanisme de filtrage servant à évacuer *ab initio* les demandes futiles, frivoles ou vexatoires¹⁴. Des mots mêmes de la Cour suprême¹⁵, le fardeau qui incombe à la demande est peu élevé : « À l'étape de l'autorisation, le tribunal exerce un rôle de filtrage. Il doit simplement s'assurer que le requérant a satisfait aux critères de l'art. 1003 C.p.c., sans oublier le seuil de preuve peu élevé prescrit par cette disposition. La décision du tribunal saisi de la requête en autorisation est de nature procédurale puisqu'il doit décider si le recours collectif peut être autorisé à aller de l'avant. »¹⁶
34. Cette étape est loin d'être un procès au fond puisqu'elle ne requiert du juge qu'une vérification de l'existence des critères d'autorisation. Pour autant, elle ne constitue pas une simple formalité.
35. En effet, la demande d'autorisation permet une vérification judiciaire du format de la procédure au soutien d'une preuve présentée par la demanderesse. Étant donné que l'action collective est un moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres, seule l'autorisation judiciaire à cette étape clé permet de pallier cette absence de procuration¹⁷. Le tribunal joue ainsi un rôle de protecteur des membres absents qui, en fin de compte, se verront liés par le jugement au mérite ou la transaction finale¹⁸.
36. L'étape de l'autorisation ne protège pas seulement l'intérêt des membres, mais vise aussi de manière intrinsèque à protéger les droits des défenderesses. En effet, le tribunal ayant l'obligation de statuer sur les conditions de recevabilité préalables à l'exercice de l'action, il assure par ce fait même que les défenderesses ne soient pas poursuivies sans fondement¹⁹. Cet exercice est fondamental dans un contexte où les abus de procédure et actions intentées sur une base *de minimis* peuvent être fréquents²⁰.

¹⁴ *Comité d'environnement de la Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, 1990 CanLII 3338 (QC CA), p. 8-9; Voir aussi *Thompson c. Masson*, 1992 CanLII 3662 (QC CA), p. 4.

¹⁵ Voir l'arrêt *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, par.59 (« *Infineon* »).

¹⁶ *Infineon*.

¹⁷ Catherine Piché, « Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective », in *Revue du Barreau*, Tome 7, 2018, p.537.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

37. Nous pensons qu'il serait inopportun d'intégrer la demande d'autorisation à l'instance principale. Si cette mesure devait prendre effet, elle nierait aux défenderesses la possibilité qu'elles ont actuellement de faire rejeter les demandes sans fondement avant que celles-ci n'aillent plus loin et ne mobilisent une attention et des ressources importantes.
38. Le Laboratoire est résolument conscient qu'une intégration de l'étape d'autorisation à l'instance principale, combinée à la suppression projetée du critère d'apparence de droit, aurait pour effet de sevrer les défendeurs de la possibilité de déposer une preuve appropriée, sur autorisation du juge. Ce moyen de défense, prévu à l'article 574, alinéa 3 du C.p.c., est sans équivoque l'un des plus efficaces et des plus économes pour faire rejeter les demandes sans fondement.
39. Pour combler le déséquilibre ainsi créé entre les moyens dont disposent les parties, le Laboratoire soumet que les défendeurs auront toujours le loisir de recourir aux procédures de demande en rejet suivant l'article 168, alinéa 2 du C.p.c. afin de se prémunir des actions *de minimis*. Quant aux moyens préliminaires d'irrecevabilité, nous dit le Laboratoire, ils seraient entendus à l'instance principale, lors de l'audience sur l'autorisation²¹.
40. Seulement, le Laboratoire passe sous silence que le dépôt d'une preuve appropriée permet au défendeur de contredire les faits de la demande tenus pour avérés. Or, l'article 168, alinéa 2 ne permet pas d'en faire autant puisque la requête en rejet doit être entendue sans qu'une telle preuve ne puisse être présentée par la défense. Une telle requête a en effet une portée moins importante dans la mesure où elle ne permet au tribunal que de se prononcer sur la solidarité entre la procédure et les faits allégués²².
41. Considérant la jurisprudence constante en matière d'irrecevabilité qui favorise la prudence, il existe un risque réel que des recours qui auraient pu être rejetés rapidement engorgent le système judiciaire et mobilisent des ressources importantes²³.

²¹ ²¹ Ministère de la Justice du Québec, *Consultation publique – Perspectives de réforme de l'action collective au Québec*, avril 2021, p. 12.; disponible en ligne à l'adresse : <https://bit.ly/3iQjHua>.

²² Claire Carrier et Hubert Reid, *Code de procédure civile du Québec, RLRQ, c. C-25.01 : Jurisprudence et Doctrine*, Collection Alter Ego, 37e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2021 (disponible sur eDoctrine, CAIJ).

²³ *B.J. c. La Capitale assureur de l'administration publique inc.*, 2020 QCCA 615; *Rouleau c. Beauregard*, 2020 QCCA 1009; *Guimont c. Bussiès*, 2019 QCCA 280.

42. Nous soumettons qu'intégrer la demande d'autorisation à l'instance principale ne permettrait pas d'atteindre les objectifs visés, mais aurait plutôt un effet factice quant au délai et s'avérerait contre-productif.
43. C'est le constat que nous pouvons tirer lorsque nous analysons le système juridique australien qui n'exige pas l'autorisation préalable du tribunal pour exercer une action collective. En Australie, le recours doit respecter certaines conditions similaires à celles proposées par le Laboratoire dont l'inobservance peut être soulevée à tout moment par la défense.
44. Or dans les faits, la conformité du recours est presque systématiquement attaquée et il n'est pas rare de voir les parties se mener de multiples batailles interlocutoires (*interlocutory warfare*) engendrant ainsi des coûts et délais judiciaires importants²⁴. Ainsi, plusieurs acteurs du monde juridique australiens demandent un rétablissement d'une procédure d'autorisation, comparable à celle dont nous disposons actuellement au Québec²⁵.
45. Le Laboratoire soutient que la demande d'autorisation comme étape préliminaire distincte occasionne des délais importants. S'appuyant sur des données compilées avant 2019²⁶, le Laboratoire estime que l'action collective prend en moyenne deux ans et 185 jours pour atteindre l'étape du jugement final d'autorisation²⁷.
46. Or, depuis 2019, plusieurs mesures ont été mises en place pour limiter les délais et favoriser la célérité des procédures. En sus des larges pouvoirs de gestion conférés aux juges, mentionnons l'introduction des directives suivantes pour le district de Montréal²⁸ :

226. La demande d'autorisation d'exercer une action collective est assignée à un des juges faisant partie de l'Équipe restreinte en matière d'action collective au stade de l'autorisation conformément à l'article 572 C.p.c

²⁴ Voir Maxime NASR, Éric PRÉFONTAINE, Marjorie BOYER et Josy-Ann THERRIEN, *La crise de la quarantaine de la procédure d'autorisation*, Colloque national sur l'action collective Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis, Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2020.

²⁵ Ibid.

²⁶ Supra note 21, p. 3.

²⁷ Supra note 21, p. 4.

²⁸ Directives de la Cour Supérieure pour le district de Montréal; disponible en ligne à l'adresse : <https://bit.ly/3kVgQPW> (les « Directives »).

231. Sauf si les circonstances le justifient, la demande d'autorisation d'exercer une action collective est entendue dans l'année suivant son dépôt.

[Nos soulignements]

47. Ainsi, sauf si les circonstances le justifient, les demandes d'autorisation sont désormais entendues dans l'année de leur dépôt par une équipe de juges dédiés à traiter ce type de demandes.
48. Contrairement à une réforme législative lourde de conséquences, nous croyons que la mise en place de directives telles que celles instaurées par le district de Montréal est la voie à suivre pour minimiser les délais inhérents à tout recours en justice.
49. De plus, nous soumettons qu'avant de mettre en place des mesures plus contraignantes, il faudrait mettre à jour les données recueillies par le Laboratoire, en prêtant une attention particulière aux effets que des mesures comme les *Directives* ont pu avoir sur les délais.
50. Dans le cadre de cette mise à jour, nous préconisons d'opérer une distinction entre les recours impliquant un défendeur individuel et ceux à l'encontre de défendeurs multiples. Depuis l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte*²⁹, qui confirme qu'une personne peut entreprendre une action collective à l'encontre de défendeurs avec lesquels elle n'a aucun lien de droit, il n'est pas rare de voir des recours déposés contre plusieurs défenderesses, voir une industrie entière. L'avènement de ces actions collectives colossales pose un défi majeur à l'administration de la justice et est à notre avis en grande partie responsable des délais.

²⁹ *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55.

III. Le critère d'apparence de droit

5. L'autorisation serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement seraient respectés :

- 1) Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;*
- 2) La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;*
- 3) Le membre auquel le tribunal entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.*

Qu'en pensez-vous?

La suppression du critère d'apparence de droit ne servirait pas le système judiciaire

51. À propos du critère d'apparence de droit, le Laboratoire recommande sa suppression et soutient que la protection de la partie défenderesse contre des recours *de minimis* ou abusifs serait assurée par la possibilité d'introduire une demande en rejet suivant les articles 168 al.2 et 54.1 C.p.c.
52. Par conséquent, l'autorisation serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement seraient analysés, soient :
 - 1) Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
 - 2) La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;
 - 3) Le membre auquel le tribunal entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.
53. Le Laboratoire soutient que ces propositions constitueraient des moyens efficaces pour réduire les délais observés et utiliser les ressources judiciaires de manière plus efficiente et efficace. L'IADC soumet qu'une telle modification n'aurait pas les résultats escomptés.

54. Le seuil fixé par le critère de l'apparence de droit est bien peu exigeant. Il implique qu'« il doit y avoir aux yeux du juge une apparence sérieuse de droit pour qu'il autorise l'action, sans pour autant qu'il ait à se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués »³⁰.
55. Malgré ce seuil très bas, le Laboratoire envisage la suppression de ce critère. Selon les statistiques du rapport du Laboratoire, le critère d'apparence de droit est le plus fréquemment retenu par les tribunaux, et ce dans une proportion de 70 % des refus des demandes d'autorisation³¹.
56. À notre avis, la suppression du critère de l'apparence de droit viderait de son sens la raison d'être de l'autorisation dont le rôle principal est de procéder aux vérifications et filtrages préliminaires avant une mobilisation effective des ressources judiciaires. En d'autres termes, s'il existe un critère qui permet de préserver les ressources des parties et l'engorgement de notre système judiciaire, c'est bien celui que le Laboratoire propose de supprimer.
57. Une action qui ne résisterait pas au test de l'apparence de droit, test qui ne fait qu'évaluer le syllogisme juridique de la demande à sa face même, ne devrait avoir aucune chance d'être entendue par un juge du fond. Or, la réforme proposée offre cette opportunité à potentiellement toutes les demandes, même aux plus abusives et aux plus frivoles. En ce sens, la proposition du Laboratoire, si elle venait à être appliquée, prendrait à contre-pied la logique d'économie des ressources judiciaires et frustrerait l'esprit même du principe de *de minimis non curat lex*.
58. Comme nous l'avons déjà évoqué, le seuil du critère d'apparence de droit, tel qu'il existe, est déjà bas et peu exigeant. Il n'y a donc pas lieu de penser que les droits des demandeurs sont bafoués ou limités dans le sens où, de toute façon, les demandes bien fondées en droit arrivent aisément à répondre aux exigences de cette étape de la demande d'autorisation.
59. Par ailleurs, il serait inopportun d'autoriser des actions et d'en aviser les membres, alors que l'action proposée risque de se voir rapidement rejeter pour absence de fondement en

³⁰ *Comité régional des usagers du transport en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424, par. 17; cité par Catherine Piché, supra note 17, p. 548.

³¹ Supra note 21, p. 4.

droit. Les membres, qui sont avisés de l'autorisation d'une action, doivent avoir une assurance qu'une évaluation minimale du mérite de l'action a été effectuée par le tribunal et que cette action a une chance de mener aux conclusions recherchées. À cet effet, l'IADC reconnaît qu'il serait même opportun de revoir à la hausse le critère de l'apparence de droit afin que seules les actions ayant une chance raisonnable de succès soient autorisées.

60. Enfin, nous appréhendons que l'abaissement du seuil déjà peu élevé ne génère un afflux de demandes nationales déposées au Québec. Cet appel d'air contribuerait à engorger davantage notre système judiciaire et produirait l'effet inverse à celui escompté par le projet de réforme des actions collectives au Québec.

IV. Critère de proportionnalité ou d'opportunité à l'étape de l'autorisation d'une action collective

3. Le Laboratoire propose l'une ou l'autre de ces deux solutions :

- *Codifier un principe de proportionnalité (en sus de l'article 18 du C.p.c.) applicable à toutes les étapes de l'action collective?*
- *Ajouter formellement la proportionnalité aux critères d'autorisation?*

Qu'en pensez-vous?

61. À la première question, le Laboratoire répond par l'affirmative, non sans relever une certaine tension. Codifier le principe de proportionnalité permettrait un meilleur filtrage des dossiers qui procèdent de manière collective :
62. Certaines actions collectives peuvent monopoliser une grande quantité de ressources des tribunaux (pensons notamment au dossier du tabac, où plusieurs centaines de jours d'audience ont été nécessaires), retardant d'autant les autres dossiers actifs. Dans un contexte où les ressources du système de justice restent limitées, et les délais importants, un critère de proportionnalité ou d'opportunité pourrait permettre d'assurer que ces ressources soient utilisées à bon escient (p. 64).
63. Mais à cela le Laboratoire oppose les objectifs d'accès à la justice et de dissuasion des comportements, qui peuvent être compromis si l'on codifie le principe de proportionnalité. Le Laboratoire utilise à titre d'exemples les dossiers dont la faiblesse des montants en jeu

ou de la preuve nécessaire peuvent sembler moins « proportionnels » ou « opportuns » et qui, si rejetés, entraveraient l'accès à la justice et la dissuasion des comportements (p. 65). Le Laboratoire recommande néanmoins que le principe de proportionnalité soit codifié au titre dévolu à l'action collective dans le *C.p.c.*

64. Nous notons d'emblée que la codification du principe de proportionnalité n'enlève rien à la proposition du Laboratoire d'ajouter la proportionnalité comme cinquième critère d'autorisation, ce qui se traduirait par un critère de préférabilité tel qu'il existe déjà dans les provinces de common law. Ceci étant, nous aborderons dans un premier temps la codification du principe de proportionnalité pour ensuite traiter d'un cinquième critère de préférabilité. Les deux propositions du Laboratoire ne doivent pas être vues comme mutuellement exclusives, mais plutôt cumulatives.
65. À l'instar du Laboratoire, nous recommandons de codifier le principe de proportionnalité. Seulement, nous insistons sur le fait que le principe est **neutre**. En ce sens, il s'applique réciproquement à la défense comme à la demande, et contrairement à ce que le Laboratoire soutient, n'est pas « [qu']un facteur d'appréciation favorable à l'action collective » (p. 28). Il peut aussi lui être défavorable.

La proportionnalité comme outil d'appréciation des critères d'autorisation

66. Le rôle du principe de proportionnalité au sein de l'action collective, et particulièrement à l'étape de l'autorisation, continue de susciter un certain débat. Si la Cour suprême a éconduit certaines interprétations dans *Vivendi*³², reléguant le principe à un simple facteur d'appréciation pour chacune des conditions de l'article 575 *C.p.c.*, une nouvelle question a surgi. Le principe de proportionnalité sert-il uniquement à favoriser l'autorisation, ou s'invoque-t-il aussi au soutien du rejet de l'autorisation? Le Laboratoire prétend que « la proportionnalité ne peut être utilisée que pour favoriser l'autorisation et non pour la rejeter » (p. 28). Pour justifier sa prétention, le Laboratoire se rapporte essentiellement à un obiter dans *Oratoire Saint-Joseph*³³, où le juge Gagnon affirme que « la proportionnalité doit être vue comme étant un facteur d'appréciation favorable à l'action collective et non l'inverse » (par. 45).

³² *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 (« *Vivendi* »).

³³ *J.J. c. Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal*, 2017 QCCA 1460 (2019 CSC 35).

67. L'IADC ne partage pas l'avis du Laboratoire. Plutôt, l'IADC soutient que la proportionnalité ne « favorise » ni l'une ni l'autre des parties à une action collective; il s'agit d'un principe neutre. Dès lors, le principe peut être utilisé pour accorder l'autorisation, comme pour la rejeter. Deux arguments étayaient cette prétention. Premièrement, rien dans le *C.p.c.* n'indique que la proportionnalité s'applique de manière asymétrique en matière d'action collective, au seul bénéfice de la demande. Deuxièmement, l'obiter du juge Gagnon n'a pas la portée que le Laboratoire lui attribue.

(1) Le principe de proportionnalité profite à la demande comme à la défense

68. Le principe de proportionnalité s'applique réciproquement aux parties à une action collective. Rappelons que le régime québécois de l'action collective se situe dans le cadre général du *C.p.c.* Cela n'est pas sans importance, comme le rappelle la Cour suprême dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville)*³⁴ :

[18] La loi constitue la source première de la procédure civile du Québec (*Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 35-38). Le recours collectif ne fait pas exception. Le *Code de procédure civile* règle les conditions de recevabilité et le déroulement du recours...

[19] Les dispositions relatives au recours collectif se retrouvent au Livre IX du *Code de procédure civile*...

[...]

[21] Si des règles particulières s'appliquent à cette procédure, le recours collectif demeure inscrit dans le cadre général du *Code de procédure civile* et les dispositions de celui-ci continuent à s'y appliquer dans la mesure de leur pertinence. Les principes directeurs du Code de procédure civile gouvernent toujours sa conduite, notamment ceux de la bonne foi et de la proportionnalité énoncés aux art. 4.1 et 4.2.

[Nos soulignements]

69. Donc les règles propres à l'action collective, du fait de leur intégration au *C.p.c.*, s'apprécient à l'aune des principes directeurs du *C.p.c.*, parmi lesquels on retrouve celui de proportionnalité (18 *C.p.c.*). Or nulle part dans le *C.p.c.* n'y a-t-il mention d'une

³⁴ 2009 CSC 43.

exception à ce principe en matière d'action collective, ou du fait qu'il existe une application différenciée vis-à-vis les parties. Ce silence du législateur est évocateur. Il insinue que le principe de proportionnalité s'applique à toutes les étapes de l'action collective, puis de manière symétrique, égale, entre les parties. Les commentaires de la ministre de la Justice au sujet de l'article 18 C.p.c. vont en pareil sens, référant à l'équité qui prévaut entre les parties :

Cet article étend la portée du droit antérieur en ajoutant que le principe de proportionnalité s'applique également aux démarches entreprises et aux moyens de preuve. Le principe a été inséré au Code afin de bien marquer le fait que le système de justice civile doit être accessible et, autant que possible, qu'il doit assurer une certaine équité entre les personnes. La disposition vise à inciter tous les intervenants à rechercher une meilleure adéquation entre la nature et la finalité d'une action en justice et les moyens disponibles pour l'exercer...

La situation financière des parties ou leur inégalité de fait ne sont pas des considérations habituelles du système de justice, mais ce sont néanmoins souvent des déterminants majeurs dans le déroulement des affaires. Cela ne devrait pas être passé sous silence dans la gestion des instances, comme ne doit pas l'être non plus la nécessité de maintenir une certaine équité entre les parties dans une affaire. Le principe d'égalité est formellement acquis dans notre droit, mais il doit s'inscrire adéquatement dans l'administration de la justice. Le deuxième alinéa y contribue en demandant aux juges, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice, et donc de la gestion générale du tribunal et des affaires traitées, de respecter ce principe de la proportionnalité, et ce, à toutes les étapes où ils interviennent.

[Nos soulignements]

70. Ce souci pour l'équité entre les parties renforce la prétention selon laquelle le principe de proportionnalité s'applique réciproquement aux parties à une action collective. La Cour supérieure l'a d'ailleurs réitéré tout récemment, dans Noël c. Énergie éolienne des Moulins³⁵ :

[59] Bien que le rejet soit l'ultime sanction, ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une action collective qu'il faut occulter les principes de proportionnalité et de saine administration de la justice, tels qu'ils sont d'ailleurs rappelés aux articles 18 et 19 C.p.c....

³⁵ 2021 QCCS 2127.

[60] Ainsi, les délais, une tentative déjà abandonnée de substitution de représentants et l'absence de représentant adéquat pour reprendre l'instance, jumelés au parcours tumultueux de cette affaire, mènent à une seule possibilité : le rejet.

[61] Il faut que le Tribunal, face à de telles situations, puisse mettre un frein à des essais répétitifs et infructueux étalés dans le temps par les demandeurs alors que les défenderesses ont elles aussi droit au respect et à l'application de ces principes (qui ne doivent pas demeurer théoriques) de proportionnalité et de saine administration de la justice.

[Nos soulignements]

71. Cela suggère, encore une fois, une application tous azimuts du principe de proportionnalité, au bénéfice de l'ensemble des parties.

(2) L'*obiter* du juge Gagnon n'a pas la portée que le Laboratoire lui attribue

72. L'*obiter* du juge Gagnon dans *Oratoire* n'a pas la portée que le Laboratoire lui confère. Précisons d'emblée que cet *obiter* sur la proportionnalité en tant que « facteur d'appréciation favorable à l'action collective » n'a pas été repris par la Cour suprême dans son jugement sur l'affaire³⁶. Et même, la juge Côté s'éloigne d'une telle interprétation dans sa dissidence. Dans un passage non contredit par la majorité, elle explique que les conditions d'autorisation d'une action collective jouent un rôle important, entre autres pour éviter que l'action n'impose « un fardeau disproportionné au système judiciaire » (par. 199). La juge Côté conçoit donc que le principe de proportionnalité puisse militer en défaveur de l'action collective. Elle va dans le même sens dans la dissidence qu'elle signe pour le récent arrêt *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*³⁷ :

[251] Force est de constater que lorsqu'un recours exige la répétition de l'appréciation des faits entourant la prestation de services de chacun des conseillers financiers et la répétition de l'analyse juridique de chacun de leur manquement selon les circonstances de chaque espèce, il faut en conclure que la résolution de la question commune suggérée ne fait pas avancer le recours de façon non négligeable. Une telle approche reconnaît le rôle de la proportionnalité — un principe cardinal de la procédure civile — dans un recours qui présente surtout des questions hautement individualisées en prévenant la mise en branle du dispendieux et énorme vaisseau du recours collectif sans que des gains d'efficacité ne

³⁶ 2019 CSC 35.

³⁷ 2020 CSC 30 (« *Asselin* »).

soient obtenus, alors que des recours individuels n'auraient pas pour effet d'alourdir indûment la résolution du litige (art. 4.2 C.p.c.; art. 18 du nouveau C.p.c.).

[Nos soulignements]

73. L'*obiter* du juge Gagnon n'a pas non plus été repris par la Cour d'appel plus récemment dans l'arrêt *D'Amico c. PG Québec*³⁸, alors que la Cour se penchait précisément sur l'application de la proportionnalité au stade de l'autorisation. La Cour a au contraire reconnu que le recours à l'action collective pouvait miner l'économie des ressources judiciaires dans certaines circonstances, ce qui l'amène à rejeter la requête en autorisation. Cela laisse voir que la proportionnalité n'est pas qu'un facteur favorable à l'autorisation.
74. Déjà en 2015, la Cour d'appel entrevoyait en la proportionnalité un frein à la mise en branle d'une action collective dans *Sofio c. OCRCVM*³⁹ :

[26] Rappelons finalement que le véhicule procédural que constitue le recours collectif poursuit divers objectifs, dont, entre autres : « [...] faciliter l'accès à la justice, modifier des comportements préjudiciables et économiser des ressources judiciaires ». Il n'est pas là pour permettre que se retrouvent devant les tribunaux des recours qui, par ailleurs, n'ont aucune raison d'y être. Ceux-ci consacrerait à ces dossiers du temps qui pourrait être autrement utilisé pour le bénéfice d'autres justiciables, nuisant ainsi, dans une perspective globale, à l'accès à la justice et à l'utilisation efficiente des ressources judiciaires [références omises].
75. Bref, l'*obiter* du juge Gagnon ne fait pas l'unanimité, sans non plus avoir été formellement repris par la Cour suprême ou la Cour d'appel. Par conséquent, la prétention du Laboratoire selon laquelle « la proportionnalité ne peut être utilisée que pour favoriser l'autorisation » (p. 28) semble à tout le moins précipitée.
76. L'IADC croit humblement avoir fait la démonstration que dans la mesure où l'on accepte de codifier un principe de proportionnalité en sus de l'article 18 du C.p.c. applicable à toutes les étapes de l'action collective, ce principe codifié peut bénéficier à l'ensemble des parties en instance collective assurant que ce principe s'applique de façon symétrique tant pour les parties en demande qu'en défense.

³⁸ 2019 QCCA 1922.

³⁹ 2015 QCCA 1820.

(i) Questions connexes, proportionnalité et économie des ressources

77. Pour satisfaire au premier critère de l'article 575 C.p.c., une seule question commune suffit, tant qu'elle fait progresser le litige de manière non négligeable. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit déterminante sur le sort du litige. La Cour suprême l'a exprimé unanimement dans *Vivendi* (par. 58). Au surplus, le principe de proportionnalité, bien qu'il ne constitue pas un cinquième critère, doit être considéré dans l'appréciation de chacun des critères de l'article 575 C.p.c. (*Vivendi*, par. 66). C'est donc dire que la proportionnalité peut moduler l'appréciation de l'article 575(1) C.p.c.
78. Le Laboratoire prétend que « la proportionnalité permet de faciliter l'autorisation d'une action collective par rapport au premier critère d'autorisation » (p. 32). L'IADC ne partage pas cet avis. Si la question commune n'avance pas le débat de façon « non négligeable », qu'elle n'a pas d'importance significative à la cause d'action, alors le principe de proportionnalité empêchera le premier critère d'être rempli. Il y a là une question d'efficacité, comme le rappelle la juge Côté, signant la dissidence dans *Asselin* : les ressources déployées pour mettre en branle le « dispendieux et énorme vaisseau » qu'est l'action collective doivent susciter des gains (par. 251). Autrement, l'économie des ressources judiciaires en pâtit.
79. Le refus d'une autorisation fut justement dicté par un souci de proportionnalité et d'utilisation adéquate des ressources judiciaires dans *Cohen c. Société de transport de Montréal*⁴⁰. Le juge Gagnon s'exprime en ces termes :

[29] La demande doit identifier des questions de droit ou de fait identiques, similaires et connexes, qui concernent tous les membres du groupe tels que décrits.

[30] La « question commune » doit être telle que la ou les réponse(s) joue(nt) un rôle non négligeable quant au sort du recours. La réponse doit faire progresser la résolution du litige.

[31] Cependant, il n'est pas nécessaire que la réponse soit identique pour tous les membres. Il n'y a pas nécessité de « réponse commune ». Il n'y a pas lieu de refuser l'autorisation parce que plusieurs questions « individuelles » (non communes) resteraient à éclaircir dans le sillage de(s) réponse(s) à la question commune.

⁴⁰ 2018 QCCS 4806.

[32] Par contre, il faut que les questions communes, pour ne pas être négligeables, aient une certaine importance.

[33] Évoquer un rôle (non) négligeable fait appel à un exercice comparatif : négligeable par rapport à quoi? Nécessairement, par rapport aux paramètres complets du litige.

[34] L'action collective ne doit donc pas être autorisée lorsque la question commune est négligeable par rapport aux questions individuelles subsistant en aval.

[35] Ce sera le cas si le sort définitif du litige dépend à ce point d'une multitude de facteurs individuels que la réponse à la question commune ne fera avancer le débat que de façon négligeable.

[36] Plus le groupe proposé est vaste, plus l'utilité de la question commune s'expose à être diluée.

[37] En effet, l'un des risques d'un groupe trop vaste est qu'il en résulte une trop grande diversité de situations individuelles.

[Nos soulignements]

80. On retient que l'analyse de la question commune doit se faire par référence au recours complet. Si cela n'équivaut pas à un critère de prépondérance – qui, rappelons-le, n'a pas été stricto sensu intégré au droit québécois –, il appert que la question commune doive à tout le moins être évaluée à l'aune des questions individuelles que le litige soulève. Le juge Gagnon voit dans le recours proposé une kyrielle de questions individuelles et disparates. Partant, il conclut que le premier critère n'est pas respecté, la demande ne laissant voir aucune question commune qui « ferait progresser la résolution du litige de façon suffisamment importante » (par. 85). Cette détermination, dit-il, fait écho au principe de proportionnalité (par. 85).
81. Les tribunaux québécois ont adopté une approche similaire à d'autres occasions. Dans *Dupuis c. Canada* PG⁴¹, l'analyse hautement individualisée exigée par le recours a prévenu l'accomplissement du premier critère :

[261] Le Tribunal estime que, même s'il y a une question de faits commune, l'inondation, et certaines questions de droit communes, elles ne seront pas suffisantes pour faire avancer le débat de façon « non négligeable » quant au sort du litige. Les éléments

⁴¹ 2014 QCCS 3997.

particuliers afférents à la situation de chaque membre du Groupe nécessiteront une preuve contradictoire et une documentation tellement différentes d'un membre du Groupe à l'autre et la nécessité de témoignages tellement différents d'un membre du Groupe à l'autre qu'il est fort probable que l'étape du règlement individuel constitue une suite de gros procès.

[262] Il est aussi fort probable que le processus de règlement individuel soit très difficile, pour ne pas dire impossible, à gérer dans les limites d'une justice qui doit être appliquée concrètement et de façon proportionnée à la nature, la finalité et la complexité du litige.

[263] Pour ces motifs, la condition de l'article 1003 a) C.p.c. n'est pas satisfaite.

[Nos soulignements]

82. Un autre exemple est l'affaire *Ohana c. Apple Canada inc.*⁴². L'action collective n'a pas été autorisée, car si elle l'avait été, le Tribunal aurait eu à se prononcer sur les questions individuelles avant même d'examiner les questions communes. Dès lors, puisque les questions individuelles devaient être tranchées au préalable, les questions communes ne réglaient pas une part « non négligeable » du litige :

[41] En l'espèce, les questions communes soumises par M^{me} Ohana visent à déterminer le bien-fondé du refus d'Apple d'honorer la garantie en se fondant sur sa politique relative aux dommages causés par le liquide et si, en raison de cette faute, M^{me} Ohana et les membres du groupe qu'elle souhaite représenter ont subi des dommages et, s'il y a lieu, de condamner Apple au paiement de dommages exemplaires.

[42] À première vue, ces questions apparaissent communes à tous les membres du groupe. Toutefois, avant qu'elles ne deviennent communes à tous les membres, ceux-ci devront démontrer avoir un droit d'action, car la description du groupe visé permet de conclure que la réclamation sera prescrite pour la grande majorité d'entre eux. Pour ce faire, un examen individuel devra être fait...

[43] Un tel exercice non seulement ne remplit pas les critères de l'article 1003 a) C.p.c. en ce que de nombreuses questions individuelles devront être examinées avant même qu'une seule question commune puisse être de quelque utilité aux membres. Le débat sur les questions communes n'est pas susceptible de régler une part importante du litige et au surplus, il contrevient à la règle de la proportionnalité de l'article 4.2 C.p.c.

⁴² 2015 QCCS 4748.

[44] Cette condition n'est pas remplie.

[Nos soulignements]

83. En somme, le principe de proportionnalité peut insuffler une certaine rigueur dans le premier critère, à savoir que la seule existence d'une question commune est insuffisante; encore faut-il que la question fasse avancer le litige de façon non négligeable. Et si cela veut dire par ailleurs que le critère de la prépondérance, tel qu'il est interprété dans les provinces de common law, peut jouer un rôle en vertu du principe de la proportionnalité, c'est-à-dire que les questions communes de fait et de droit doivent être prépondérantes par rapport à toute autre question touchant les membres individuels du groupe, il est en mieux ainsi sinon, des ressources judiciaires importantes seront mobilisées, au détriment des recours d'autres justiciables.
84. L'IADC est donc d'avis que la codification du principe de proportionnalité dans l'appréciation des questions communes et/ou connexes est importante pour permettre au tribunal de s'attarder à un exercice complet pour s'assurer que si une seule question commune est identifiée, elle doit faire progresser le débat au mérite de façon significative.

(ii) Apparence de droit, proportionnalité et « recours périlleux »

85. Le Laboratoire fait état de l'émergence du concept de « recours périlleux » en référant, entre autres, à l'arrêt de la Cour d'appel du Québec dans *Lallier c. Volkswagen Canada Inc.*⁴³ qui date de 2007. Bien que ce concept ait pu être repris par nos tribunaux dans quelques décisions isolées suivant l'arrêt *Volkswagen*, l'IADC n'est pas d'avis que ce concept de « recours périlleux » doit être maintenu, si tant est que l'on puisse prétendre que ce concept est pleinement reconnu par les tribunaux québécois, dans l'application du principe de proportionnalité au critère de l'apparence de droit prévu à l'article 575(2) *C.p.c.*
86. L'IADC soumet que le principe de la proportionnalité dans l'appréciation du critère de l'apparence de droit doit plutôt, d'une part, permettre au tribunal de s'assurer qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve en appui aux allégations qui sont tenues pour avérées à la demande d'autorisation afin de se satisfaire qu'il est en mesure de trancher et décider si le syllogisme juridique proposé par le demandeur est défendable au mérite⁴⁴.

⁴³ 2007 QCCA 920.

⁴⁴ *Infineon Technologies AG c. Option Consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600 rr 94.

87. L'IADC estime donc que la proportionnalité commande que la partie défenderesse puisse présenter une preuve plus exhaustive au soutien de ses prétentions. Ainsi, le tribunal obtiendrait un portrait plus global de la situation et serait mieux à même de déterminer si les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées.
88. Accorder à la défense une marge de manœuvre dans sa preuve est un souci qui anime le juge Dugré dans *Martel c. Merck Canada inc.*⁴⁵, alors qu'il discute de l'article 574(3) C.p.c et de la « preuve appropriée ». Le juge Dugré considère qu'en matière de « preuve appropriée », le contexte de l'action collective doit être pris en compte. Une action collective dont l'objet est considérable, et pour laquelle la défense doit déployer des ressources faramineuses, peut militer en faveur d'une preuve plus exhaustive :

[56] Ainsi, la preuve appropriée visée par le 3e al. de l'art. 574 C.p.c. doit être essentiellement sommaire et surtout pertinente et adaptée à l'objet de l'action collective dont l'autorisation est sollicitée.

[...]

[58] Un autre élément du contexte s'ajoute à l'analyse des termes « preuve appropriée ». En effet, puisqu'il s'agit d'une question de preuve, le principe directeur de la proportionnalité entre en jeu [...] Ce principe, même s'il ne constitue pas une condition additionnelle à celles prévues à l'art. 575 C.p.c., peut avoir pour effet de limiter le sens et la portée des termes « preuve appropriée ». Tout dépend de l'objet de la demande d'autorisation.

[59] Même si la Cour suprême du Canada a grandement allégé le fardeau de démonstration du demandeur au stade de la demande d'autorisation, un constat fondamental demeure : la partie qui fait face à une demande d'autorisation d'exercer une action collective a le droit de la contester et, pour ce faire, le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée. Il faut en effet reconnaître qu'une fois l'action collective autorisée, un défendeur à une action collective pourra devoir encourir des dizaines, des centaines de milliers, voire des millions de dollars pour se défendre. Or, même s'il obtient le rejet de l'action, ses dépenses encourues constitueront pour lui un préjudice irréparable. Il s'agit donc d'un élément important du contexte nécessaire à la détermination du sens et de la portée des termes « preuve appropriée ».

⁴⁵ 2018 QCCS 5260.

[60] Partant, la preuve ne sera appropriée que dans la mesure où elle est proportionnée. Ainsi, une action collective dont l'objet est considérable pourrait justifier, au stade de l'autorisation, une preuve appropriée différente d'un autre recours dont les enjeux sont relativement moins importants.

[Nos soulignements]

89. Suivant une logique analogue, l'article 575(2) C.p.c. devrait s'évaluer de manière à ce que la défense bénéficie de souplesse dans la présentation de sa preuve, au nom de la proportionnalité.
90. D'autre part, appliquer le principe de la proportionnalité au critère de l'apparence de droit élargira le rôle du tribunal afin de lui permettre, sans embâcles et avec toute la latitude qui lui est permise, de décider véritablement des questions juridiques qui sont en jeu à l'étape de l'autorisation en s'autorisant, par exemple, d'analyser in extenso toutes les composantes du syllogisme juridique proposé dans la procédure en autorisation sans pour autant se méfier du reproche qu'on pourrait lui faire de faire une analyse qui relève du mérite de l'action collective, si autorisée. Autrement dit, il est beaucoup plus louable tout en servant les intérêts de la justice qu'un tribunal se prononce véritablement au stade de l'autorisation sur l'ensemble de l'œuvre juridique formant la cause d'action qui est alléguée par la demande même en présence d'une certaine preuve contradictoire, au lieu d'autoriser l'action collective en se limitant à une analyse trop restrictive du syllogisme juridique proposé dans le dossier.
91. L'IADC est d'avis que l'application du principe de proportionnalité en considérant les deux volets ci-haut décrits permettra à l'appareil judiciaire d'atteindre l'objectif premier d'écarter des demandes frivoles qui ne résistent pas à l'analyse juridique quant au droit applicable allégué par le demandeur.

(iii) Composition du groupe et proportionnalité

92. L'IADC préfère ici limiter ses observations pour simplement énoncer qu'il est évident que lorsque le nombre de membres ne justifie pas le véhicule procédural de l'action collective, on ne saurait accorder l'autorisation de procéder. On ne peut pas dénaturer ce troisième critère de l'autorisation comme les tribunaux l'ont parfois fait et ce, toujours au détriment des intérêts des défendeurs. La codification du principe de la proportionnalité permettrait aux tribunaux de décider si les intérêts de la justice et de l'ensemble des parties

justifieraient un recours avec peu de membres en considérant d'autres facteurs factuels propres au cas d'espèce, comme la valeur des réclamations qui pourrait dès lors plutôt militer en faveur d'une gestion de dossiers individuels.

(iv) Représentation adéquate et approche proportionnée du statut pour agir dans l'action collective

93. Comme le souligne le Laboratoire, le principe de proportionnalité a un effet important dans l'interprétation du quatrième critère d'autorisation lorsqu'un demandeur tente d'obtenir l'autorisation d'intenter une action collective contre plusieurs défenderesses avec lesquelles il n'y a pas toujours un lien de droit. Ce sont les actions collectives dites « sectorielles » (en anglais « industry-wide »).
94. Effectivement, depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada en 2014 dans *Banque de Montréal c. Marcotte*⁴⁶, un afflux important d'actions collectives sectorielles est apparu dans les dernières années, notamment en matière d'assurance terrestre incluant des réclamations dites collectives se rapportant à des pertes d'interruption d'affaires, en assurance habitation et en assurance auto, dans des dossiers fondés sur la *Loi sur la protection du consommateur* contre des institutions financières.
95. L'IADC estime que l'engouement pour les actions collectives sectorielles doit être freiné à tout prix. D'une part, ces actions collectives impliquent un trop grand nombre de parties, surtout en défense, ce qui cause des délais importants que ce soit uniquement au niveau d'établir des échéances procédurales accessoires au bon déroulement de l'instance en autorisation. Ces dossiers comportent ainsi un risque important d'être difficilement gérable en causant des délais trop longs qui ne rencontrent pas les objectifs de proportionnalité et qui dès lors causent des coûts exorbitants pour l'ensemble des parties impliquées.
96. D'autre part, il semble qu'une lecture débridée de l'arrêt *Marcotte* ait été faite au fil du temps. Dans *Marcotte*, le recours contre les banques – dont celles avec lesquelles les représentants n'avaient pas de lien de droit – a été autorisé, car les causes d'action contre chaque banque soulevaient des questions de droit ni plus ni moins identiques. Comme la Cour suprême l'explique : « [c]haque banque se voit opposer à peu de chose près les mêmes questions d'interprétation et d'application de la *L.p.c.* et répond par les mêmes arguments sur la constitutionnalité de son application » (par. 46). Il y a là une nuance

⁴⁶ [2014 CSC 55 \(« Marcotte »\)](#).

importante. Quand l'action est entreprise contre un pan entier de l'industrie, et que des questions aussi différentes que disparates se posent, cela ne relève pas de l'arrêt *Marcotte*. C'est justement ce à quoi fut confronté le juge Tremblay dans *Lachaine c. Air Transat AT inc.*⁴⁷. Dans cette affaire où les demandeurs s'en prenaient aux principales compagnies aériennes canadiennes, le juge a refusé d'autoriser l'action collective au motif que, entre autres, les termes contractuels variaient abondamment d'une défenderesse à l'autre. Ainsi s'estimait-il dans une situation fort différente de celle qui prévalait dans l'arrêt *Marcotte*. Ici, le principe de proportionnalité aurait pu apporter de l'eau au moulin du juge, dans la mesure où une multiplicité de défenderesses n'était ni souhaitable, ni appropriée d'un point de vue d'économie judiciaire.

97. L'IADC est donc en désaccord avec la proposition du Laboratoire à l'effet que le critère de proportionnalité codifié permettrait d'interpréter plus largement le critère de représentation adéquate du représentant proposé. Au contraire, l'IADC soumet respectueusement que l'équilibre entre les parties doit céder le pas au critère plus isolé de la représentation adéquate du représentant proposé dans la mesure où il peut exister des défendeurs qui se retrouvent à être poursuivis simplement parce qu'ils œuvrent dans une industrie visée par l'action collective, alors qu'ils n'ont pas les mêmes ressources financières que des compétiteurs qui eux, ont une présence plus importante dans l'industrie concernée par la procédure collective. Par ailleurs, il arrive plus fréquemment qu'on peut le croire que des défendeurs ayant des ressources financières limitées dans ces actions collectives sectorielles vont régler le dossier par crainte d'épuiser le peu des ressources financières qu'ils peuvent consacrer à contester un processus d'autorisation qui est beaucoup trop lourd tout simplement en raison du nombre de parties impliquées comme défenderesses.
98. Maintenant que les principaux acteurs de l'action collective ont vécu et continuent de vivre l'expérience des nombreuses actions collectives entreprises contre des secteurs d'industries, on ne peut pas ignorer que l'ampleur de ces actions collectives progresse au détriment des ressources qui sont à la disposition des défendeurs qui y sont nommés pour se défendre. Qui plus est, ces actions collectives sectorielles peuvent définitivement mettre en péril la survie d'une compagnie défenderesse alors que la réclamation

⁴⁷ [2021 QCCS 2305](#).

individuelle récoltée par un membre du groupe est somme toute mineure considérant tous les frais qui auront été engagés afin de se défendre à l'étape de l'autorisation.

99. Il faut se rappeler d'un passage important dans l'arrêt *Marcotte* où les juges Rothstein et Wagner soulignent l'importance de la proportionnalité (prévue à l'époque à l'article 4.2 C.p.c.) dans le contexte d'une action collective, tel qu'énoncé dans *Marcotte c. Longueuil (Ville)*⁴⁸ :

L'exigence de proportionnalité dans la conduite de la procédure reflète d'ailleurs la nature de la justice civile qui, souvent appelée à trancher des litiges privés, remplit des fonctions d'État et constitue un service public. Ce principe veut que le recours à la justice respecte les principes de la bonne foi et de l'équilibre entre les plaideurs et n'entraîne pas une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile [par. 43].

100. Ceci étant, et en comptabilisant les inconvénients importants qui résultent des actions collectives sectorielles, l'IADC est d'avis que même si le représentant proposé peut assurer une représentation adéquate en vertu de l'article 575(4) C.p.c., la codification du critère de proportionnalité dans l'appréciation de ce critère doit pousser l'analyse plus loin : le tribunal doit également apprécier si l'équilibre entre l'ensemble des parties au litige est respecté en permettant à un représentant qui n'a aucun lien de droit avec la grande majorité des défendeurs de poursuivre l'étape de l'autorisation contre un trop grand nombre d'acteurs/défendeurs présents dans une industrie donnée, au risque que ce faire entraîne de façon disproportionné des délais trop longs aux frais du système de justice et des parties à l'instance.

(v) Proportionnalité et « préférabilité »

101. Un critère de préférabilité tel qu'il existe déjà dans les provinces de common law est souhaitable afin de donner les outils nécessaires au Juge autorisateur de compléter son exercice de filtrage en évitant que des recours n'ayant pas ou peu d'utilité aillent de l'avant. Ce critère permettrait au Juge de rejeter des demandes en autorisation lorsque par exemple un processus de réclamation ou de réparation pour les membres du groupe est déjà en place, qu'un autre recours ayant la même finalité existe déjà, que la finalité recherchée n'est pas possible par la voie du recours entrepris ou encore lorsque les questions individuelles excèdent grandement les questions identiques, sommaires ou

⁴⁸ [2009 CSC 43.](#)

connexes. Bien que ce critère pourrait s'insérer à même un critère de proportionnalité, il serait plus efficace de le codifier spécifiquement pour encadrer la discrétion que peut exercer le Juge autorisateur. D'ailleurs, le législateur ontarien a récemment codifié un critère de prédominance des questions communes sur les questions individuelles en sus du critère de préféralité qui existait déjà depuis l'entrée en vigueur du *Class Proceeding Act* en 1992.

102. La gestion efficace au mérite notamment en évitant la multitude de mini-procès pour établir la responsabilité comme tel (faute, lien causal et existence d'un dommage par opposition au simple quantum) est un facteur souvent ignoré à l'heure actuelle et qui a mené non seulement à l'engorgement des tribunaux mais aussi à un mythe non réaliste quant à un véritable accès à la justice pour les membres du groupe qui ne verront jamais la fin du recours ou qu'après de nombreuses d'années alors qu'un recours individuel aurait pu être entendu beaucoup plus rapidement, à moindres coûts. Ce critère ne s'applique pas comme tel au Québec⁴⁹ et ne fait donc pas l'objet d'une analyse exhaustive. L'ajout d'un critère semblable aurait l'avantage d'harmoniser la procédure d'autorisation avec celle des autres provinces.
103. Lorsque l'action collective ne peut résulter en une indemnisation quelconque ou qu'elle est sans objet parce que les membres du groupe ont déjà été indemnisés ou peuvent l'être par le biais d'un autre processus beaucoup plus rapide en évitant d'engager l'administration de la justice et des ressources importantes, les tribunaux doivent avoir les outils nécessaires pour l'écarter, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. Par exemple, dans l'affaire *Apple Canada Inc. c. St-Germain*⁵⁰, bien que la Cour d'appel ait réduit la portée du groupe autorisé pour tenir compte d'un programme d'indemnisation mis en place par la défenderesse, elle a toutefois indiqué que le principe de proportionnalité ne permettait pas de rejeter la demande en autorisation. Un critère bien défini de préféralité permettrait un tel rejet comme ailleurs au pays.
104. L'IADC soumet respectueusement qu'un cinquième critère relevant de la préféralité permettrait ainsi aux tribunaux d'éviter aux parties d'encourir des délais et des coûts

⁴⁹ Asselin, par. 118.

⁵⁰ 2010 QCCA 1376, par. 57.

exorbitants associés à l'action collective alors que ce véhicule procédural est disproportionné et n'a que peu d'utilité au mérite.

CONCLUSION

De l'avis du IADC, la réforme du régime de l'action collective au Québec devrait considérer ses positions énoncées au présent mémoire et qui peuvent se résumer comme suit :

Culture, gestion active et réduction des délais

105. L'IADC reconnaît que certaines modifications pourraient faciliter et accélérer le processus d'autorisation. Cependant, l'IADC ne recommande pas, contrairement au Laboratoire, l'implantation de protocoles d'instance à l'étape de l'autorisation collective. Le processus actuel fonctionne bien et un protocole d'instance formel ajouterait un formaliste qui ne peut qu'engendrer des coûts et des délais additionnels. Il en est de même pour la suggestion d'impliquer les membres du groupe proposé à ce stage, puisque l'action n'existe alors pas sur une base collective et leur implication ne risque que d'alourdir le processus. Néanmoins, l'IADC est d'accord pour que la partie demanderesse soit invitée à clarifier très tôt dans le processus ses causes d'action de manière à encadrer le débat d'autorisation.
106. L'IADC propose plutôt d'alléger le fardeau des tribunaux en permettant que certaines procédures, soit le dépôt d'une preuve appropriée et la modification de la demande d'autorisation avant l'autorisation, soient acceptées de consentement plutôt que suivant l'approbation du tribunal.
107. En résumé, pour accélérer le processus, l'IADC recommande les modifications suivantes :

Article actuel	Modification proposée
Art. 574 Autorisation préalable. Une personne ne peut exercer l'action collective qu'avec l'autorisation préalable du tribunal. Demande d'autorisation. La demande d'autorisation indique les faits qui y donnent ouverture et la nature de l'action et décrit le groupe pour le compte duquel la personne entend agir. Elle est signifiée, avec un avis d'au moins 30 jours	Art. 574, al 3 Autorisation préalable. Une personne ne peut exercer l'action collective qu'avec l'autorisation préalable du tribunal. Demande d'autorisation. La demande d'autorisation indique les faits qui y donnent ouverture et la nature de l'action et décrit le groupe pour le compte duquel la personne entend agir. Seuls les faits qui sont à la connaissance

de la date de sa présentation, à celui contre qui elle entend exercer l'action collective. Contestation La demande d'autorisation en peut être contestée qu'oralement et le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée.	<u>personnelle du demandeur et sur lesquels il pourrait témoigner sont tenus pour avérés.</u> Elle est signifiée, avec un avis d'au moins 30 jours de la date de sa présentation, à celui contre qui elle entend exercer l'action collective. Contestation La demande d'autorisation en peut être contestée qu'oralement. <u>Une preuve appropriée peut être déposée par la partie défenderesse d'un commun accord entre les parties, ou à défaut, suivant l'approbation du tribunal.</u>

108. Par ailleurs, afin d'éviter que des actions ne soient autorisées alors qu'aucune condamnation monétaire ne sera ultimement accordée par les tribunaux à la fin d'un long processus judiciaire, l'IADC recommande qu'une meilleure preuve soit apportée au niveau des dommages.

Article actuel	Modification proposée
Art. 575 Critères d'autorisation. Le tribunal autorise l'exercice de l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que: [...] (2) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; [...] (4) Le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.	Art. 575 Critères d'autorisation. Le tribunal autorise l'exercice de l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que: [...] (2) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées <u>et que des dommages ont été subis;</u> [...] (4) Le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres <u>et qu'il a déposé un plan établissant une méthode viable de faire la preuve des éléments constitutifs de la cause d'action proposée sur une base collective.</u>

109. Finalement, afin l'IADC soumet que les procédures inactives devraient être rejetées et que l'attribution des frais soit revue afin d'encourager la partie demanderesse à effectuer une gestion active du dossier et à sanctionner les procédures frivoles qui n'ont pas été autorisées par le tribunal.

La demande d'autorisation devrait rester distincte de l'instance principale

110. L'IADC soumet qu'intégrer la demande d'autorisation à l'instance principale ne permettrait pas d'atteindre les objectifs visés, mais aurait plutôt un effet factice quant au délai et s'avérerait contre-productif. L'étape de l'autorisation joue un rôle fondamental en protégeant d'une part, l'intérêt des membres et d'autre part, en s'assurant que les défenderesses ne soient pas poursuivies sans fondement. L'intégration de la demande d'autorisation à l'instance principale, nierait aux défenderesses la possibilité qu'elles ont actuellement de faire rejeter les demandes sans fondement avant que celles-ci n'aillent plus loin et ne mobilisent une attention et des ressources judiciaires importantes.
111. L'IADC souligne que les données sur lesquelles le Laboratoire s'appuie pour émettre ses recommandations devraient être mises à jour puisque le district de Montréal a récemment émis des Directives pour limiter les délais et favoriser la célérité des procédures. Ainsi, sauf si les circonstances le justifient, les demandes d'autorisation sont désormais entendues dans l'année de leur dépôt par une équipe de juges dédiés à traiter ce type de demandes. Contrairement à une réforme législative lourde de conséquences, L'IADC croit que la mise en place de telles directives est la voie à suivre pour minimiser les délais inhérents à tout recours en justice.

La suppression du critère d'apparence de droit ne servirait pas le système judiciaire

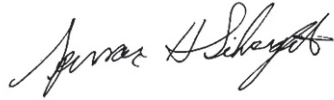
112. L'IADC s'oppose fortement à la recommandation du Laboratoire de supprimer le critère de l'apparence de droit. La suppression de ce critère viderait de son sens la raison d'être de l'autorisation dont le rôle principal est de procéder aux vérifications et filtrages préliminaires avant une mobilisation effective des ressources judiciaires. En d'autres termes, s'il existe un critère qui permet de préserver les ressources des parties et l'engorgement de notre système judiciaire, c'est bien celui que le Laboratoire propose de supprimer. Une action qui ne résisterait pas au test de l'apparence de droit, test qui ne fait qu'évaluer le syllogisme juridique de la demande à sa face même, ne devrait avoir aucune chance d'être entendue par un juge du fond.
113. Par ailleurs, il serait même opportun de revoir à la hausse le critère de l'apparence de droit afin que seules les actions ayant une réelle chance de succès soient autorisées.

Critère de proportionnalité ou de préféralité à l'étape de l'autorisation d'une action collective

114. Partant de la prémisse que le principe de proportionnalité s'applique réciproquement et au bénéfice de l'ensemble des parties à une action collective, l'IADC recommande que le principe de proportionnalité fasse partie intégrante de l'appréciation que le juge d'autorisation est appelé à faire des critères prévus à l'article 575 C.p.c. À cet effet, un amendement à l'article 18 du Code de procédure civile ou à l'ajout à l'une des dispositions introductives du titre III des règles particulières à l'action collective devrait prévoir l'application de ce principe de proportionnalité aux critères d'autorisation.
115. De plus, un critère de préféralité tel qu'il existe déjà dans les provinces de common law est souhaitable comme cinquième critère d'autorisation à l'article 575 C.p.c. afin que le juge autorisateur complète, toujours dans un souci de proportionnalité, son exercice de filtrage en évitant que des recours n'ayant pas ou peu d'utilité aillent de l'avant et ce, surtout avec la venue grandissante d'actions collectives sectorielles dans le paysage des actions collectives entreprises au Québec.

**Mémoire déposé par l'Association internationale des avocats en défense
en réponse à la consultation publique portant sur les perspectives
de réforme de l'action collective au Québec**

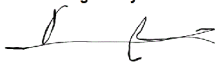
Le tout respectueusement soumis,



Spencer Silvergate, président de l'IADC



Myriam Brixi, membre de l'IADC

DocuSigned by:

47E86FA406F44B0...

Francis Rouleau, membre de l'IADC

Montréal, le 30 septembre 2021

Ministère de la Justice du Québec

Édifice Louis-Philippe-Pigeon
1200, route de l'Église
Québec (Québec) G1V 4M1

Par courriel

sma.smaj@justice.gouv.qc.ca

Objet : Consultation publique du ministère de la Justice du Québec
Perspectives de réforme de l'action collective au Québec

Monsieur le Ministre,

Le présent mémoire est déposé dans le cadre de la Consultation publique du ministère de la Justice du Québec sur certaines Perspectives de réforme de l'action collective au Québec.

Nous avons pris connaissance des mémoires de TJL et d'Option consommateurs et nous les appuyons.

À titre de complément, le présent mémoire porte essentiellement sur l'importance de maintenir une rémunération adéquate pour les avocats en demande en action collective afin de préserver l'accessibilité de cette procédure et lui permettre de pleinement remplir son rôle.

À cet égard, nous nous attarderons particulièrement au rôle joué par certains médias et sur les pouvoirs de surveillance des tribunaux qui sont à notre avis suffisants et adéquats.

L'action collective comme procédure indispensable.

L'action collective fut introduite au Québec il y a près de 40 ans. Elle visait à permettre aux citoyens dont les droits étaient lésés de faire contrepoids aux grandes organisations avec lesquelles ils interagissaient dans plusieurs sphères de leur vie.

La poursuite de cet objectif est devenue encore plus pressante de nos jours et la procédure en action collective plus nécessaire que jamais.

Les grandes organisations ont pris des proportions encore plus gigantesques et leur statut d'entreprises internationales incite plusieurs d'entre elles à s'estimer au-dessus des lois locales.

À titre d'exemples, le recours aux systèmes numériques, à l'intelligence artificielle, à la vente de biens et de services à distance, l'omniprésence des réseaux sociaux et les atteintes à la vie privée et à la réputation qu'ils peuvent induire, la multiplication des supports de communication et d'information et les coûts qui leur sont associés, rendent ces organisations encore plus complexes, opaques et en conséquence hors d'atteinte par le simple citoyen laissé à lui-même.

Le citoyen, certes, bénéficie de ces systèmes qui se veulent performants et bien rodés et qui lui donnent un accès facile à des biens et services. Mais il suffit que ses droits soient lésés, pour que ce citoyen se retrouve seul face à ces puissantes machines sans âme et difficiles à rejoindre. Difficile pour le consommateur de comprendre leur fonctionnement et les moyens dont ces entités disposent sont totalement disproportionnés comparés aux siens. Tout accès à la justice lui devient pratiquement interdit.

C'est ce qui explique que tant de gens se tournent vers l'action collective pour faire valoir leurs droits comme personnes humaines, comme consommateurs, comme bénéficiaires de services publics, comme victimes de fraudes financières, comme personnes ayant droit de jouir d'un environnement sain, etc.

Les avocats connus pour agir en demande en actions collectives pourraient témoigner du nombre de dossiers qui leur sont proposés alors qu'ils ne peuvent en porter que quelques-uns devant les tribunaux.

Aujourd'hui plus que jamais, l'action collective constitue un moyen privilégié d'accès à la justice. Des millions de citoyens en ont obtenu réparation, en tout ou en partie, qu'ils n'auraient pu obtenir autrement. Cette procédure a joué un rôle de régulateur et d'assainissement des rapports juridiques et de dissuasion quant aux comportements abusifs, illégaux et frauduleux. Elle a incité les dispensateurs de biens et de services à agir avec plus de prudence, de transparence et de respect dans leurs activités commerciales ou autres. Elle a favorisé la fourniture de biens et services de meilleure qualité.

Il n'est pas exagéré d'affirmer que l'action collective a eu des retombées pour les citoyens dans leur ensemble tout aussi bénéfiques, sinon plus, que les Chartes des droits. Elle s'est avérée dans certains cas tout aussi efficace que les interventions des agences publiques dans la correction de situations déviantes, en matière d'environnement, de consommation, d'irrégularités financières, notamment.

Une réforme de la procédure n'est pas souhaitable.

Heureusement, depuis l'instauration de la procédure en actions collectives au Québec, les dispositions du *Code de procédure civile* les concernant n'ont pas subi de modifications importantes portant sur les règles de base.

C'est pourquoi la pratique à travers le temps a permis aux tribunaux de les interpréter, de les clarifier et d'en rendre la pratique plus efficace. Ces dispositions ont donc acquis une maturité qui favorise une saine administration de la justice. Toute modification intempestive qui n'en tiendrait pas compte risque de faire perdre bien des acquis et d'ouvrir la porte à des années d'incertitudes et de tâtonnements procéduraux.

Les procureurs engagés dans la pratique des actions collectives, tant en demande qu'en défense, ne souhaitent pas que l'on apporte des modifications aux dispositions du *Code de procédure civile* qui touchent aux actions collectives. Ils n'en proposent d'ailleurs aucune.

Certes, les problèmes occasionnés par les longs délais avant d'en arriver au dénouement d'une action collective persistent et sont même tout à fait excessifs dans plusieurs dossiers. Ils exaspèrent les citoyens qui ont pris l'initiative d'un recours et donnent une mauvaise image à l'administration de la justice.

La correction de ces problèmes ne relève pas tant de la responsabilité du législateur que de celle des tribunaux et des avocats impliqués. Les premiers doivent faire preuve de moins d'indulgence à l'égard de procédures souvent inutiles et répétitives. Les seconds devront s'imposer à eux-mêmes et à leurs experts des échéanciers plus courts.

Des initiatives, telle la création de la Chambre des actions collectives dans les districts judiciaires de la juridiction d'appel de Montréal, ont d'ailleurs permis de grandement améliorer les choses.

Le rôle et la rémunération des avocats de la demande.

Dans la plupart des cas, l'action collective débute à l'initiative de citoyens motivés, parfois regroupés et organisés en OBNL, qui veulent faire redresser les torts qu'ils subissent. Ces citoyens agissent avec dévouement pendant plusieurs années au bénéfice des citoyens qu'ils représentent.

Une fois lancée, cependant, l'action collective repose essentiellement sur les épaules des avocats qui acceptent de représenter ces citoyens. Si des avocats n'assumaient par cette responsabilité, la procédure en action collective resterait lettre morte.

Ces avocats doivent bien comprendre les objectifs de leurs clients et établir avec eux une relation de confiance qui exige une collaboration étroite pendant le déroulement de toutes les étapes de l'action collective. Ils doivent consacrer plusieurs heures à bien comprendre les enjeux, à consulter les experts, à rédiger les procédures, à procéder à de nombreuses vacations devant le tribunal et à leur préparation ainsi qu'à répondre aux procédures des parties adverses qui ont le

droit légitime de faire valoir leurs moyens de défense et qui ne s'en privent pas, etc.

Dans plusieurs dossiers, des heures sont consacrées à des discussions avec les parties adverses pour tenter de trouver un terrain d'entente, et ce, parallèlement à la mise en état du dossier de cour. Lorsque plusieurs défenderesses sont poursuivies, ces heures peuvent être décuplées puisqu'il est souvent nécessaire de tenir ces discussions avec chacune d'entre elles. Étant la plupart du temps des concurrentes, elles exigent généralement de négocier chacune pour elles-mêmes pour en arriver à des règlements séparés.

Ces tâches colossales, imposées par la nature du recours et la complexité des procédures judiciaires, se poursuivent pendant plusieurs années. Il est rare qu'une action collective arrive à son terme rapidement, même si des règlements hors cour interviennent. Plusieurs se poursuivent pendant cinq ou dix années et il arrive que certaines ne se terminent qu'après quinze années ou plus. En cas de jugement favorable en première instance ou en appel, ou d'un jugement d'approbation d'un règlement hors cour, les avocats au dossier doivent rester impliqués pendant l'étape de l'exécution du jugement et de la distribution des montants accordés aux membres. Cette étape s'étire sur plusieurs mois sinon même quelques années quand les réclamations individuelles requièrent une preuve complexe.

Pendant toutes ces années, les avocats en demande assument seuls presque tous les coûts associés à l'action collective. Ils ne reçoivent aucune rémunération et aucun remboursement de leurs dépenses avant le dénouement du recours, et encore faut-il qu'il soit couronné de succès. Le Fonds d'aide aux actions collectives apporte un certain allègement à ce fardeau aux avocats qui y ont recours, particulièrement quant aux coûts des expertises. Cette aide, cependant, couvre au mieux un faible pourcentage des heures mises au dossier par les avocats, qu'on peut estimer à moins de 10 % ou 15 %.

Bref, une constatation s'impose : il n'y aurait pas d'actions collectives si des avocats en demande ne prenaient pas tous ces risques financiers et, principalement, le risque de tout perdre ce qu'ils y ont investi en cas d'insuccès.

C'est dans ce contexte de l'importance de la procédure en actions collectives et du rôle prépondérant des avocats en demande que se pose la question de leur rémunération.

Il est difficile d'élaborer un autre mode de rémunération que celui lié aux résultats obtenus. Le salariat ou les subventions à hauteur de ce qu'il en coûte de mener une action collective à son terme affecteraient l'indépendance nécessaire de l'avocat dans la représentation de ses clients.

L'influence des médias

Il faut le reconnaître le mode rémunération actuel basé sur l'obtention d'un pourcentage des résultats peut sembler faire problème en raison du fait que des médias s'emparent souvent de la nouvelle lorsque des sommes importantes sont accordées à des procureurs et que l'on craigne, en certains milieux, que cela ternisse l'image de la justice.

Il n'est pas nouveau, en Amérique du Nord, que certains médias soient critiques à l'égard de l'exercice de telles procédures et qu'ils tentent de représenter les avocats en demande de façon négative comme si leur seule motivation n'était que le gain pécuniaire. Ils dénoncent les montants accordés par les tribunaux comme étant excessifs et injustifiés. Ils le font hors de tout contexte, sans préciser en quoi ils ne seraient pas mérités. Certes, il est du devoir d'une presse libre d'informer le public, mais encore faut-il qu'on le fasse sur la base d'une étude des faits et sans sensationnalisme.

Cette crainte de voir ternir l'image de la justice n'est pas partagée par l'ensemble des citoyens qui continuent de voir l'action collective comme un recours important pour la protection de leurs droits. D'ailleurs, il y a lieu de souligner que dans la presque totalité des dossiers les honoraires de leurs avocats n'ont pas été contestés par leurs clients immédiats et par les membres du groupe qui sont toujours invités à se prononcer sur leur rémunération.

Les perceptions négatives que certains médias véhiculent dans le public ne doivent pas servir de prétexte pour décider des conditions de rémunération des avocats de la demande. Si besoin était de modifier les pratiques actuelles, toute modification devrait découler de réflexions et d'études sérieuses et approfondies sur la question. Les tribunaux ne se laissent pas guider par les médias et l'opinion publique pour prendre leurs décisions. Il en va de même sur cette question.

Nous sommes le cabinet visé par une citation du journaliste Yves Boisvert dans le rapport du Laboratoire sur les actions collectives de septembre 2019 intitulé *Perspectives de réforme de l'action collective au Québec*. À la page 43 de ce rapport, cette citation se lit comme suit :

Grâce à ce combat judiciaire héroïque, les clients ont eu droit à un rabais de ... 4,17\$.

Le cabinet Sylvestre Fafard Paichaud était sur le point d'obtenir un total de 15 millions pour avoir entrepris et réglé cette action.

Pardon??

Les propos de M. Boisvert sont non seulement sensationnalistes, mais ils sont trompeurs. De tels propos sont ce qui affecte la légitimité de l'action collective, et

non pas, avec respect, les honoraires approuvés par le Tribunal jusqu'à maintenant dans ce dossier.

Depuis 2003, notre cabinet a été impliqué dans un dossier à l'encontre de plusieurs banques et institutions financières canadiennes pour des pratiques interdites alléguées en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur*. Entre 2011 et 2015, dans le cadre de ce dossier, notre cabinet a conclu des règlements hors cour avec six de ces institutions financières, qui se sont soldés par des paiements en capital totaux de 53,48 millions de dollars, dont 37,15 millions de dollars ont été versés directement, sans processus de réclamation, dans les comptes de centaines de milliers de consommateurs.

Conformément aux conventions d'honoraires convenues avec Option Consommateurs dans ces dossiers, et dont les paramètres ont été dûment communiqués aux membres par le biais d'avis approuvés par la Cour, notre cabinet a reçu l'approbation d'honoraires de 25 % plus taxes applicables des montants que ces institutions financières ont été amenées à déboursier comme suite des actions en justice que nous avons pilotées.

Les juges Clément Gasconⁱ, Chantale Corriveauⁱⁱ et Christiane Alaryⁱⁱⁱ ont présidé à l'approbation des transactions en question et à la fixation des honoraires de notre cabinet. Ces magistrats ont reconnu, entre autres, la complexité des enjeux de ces dossiers, la qualité des transactions conclues et l'ampleur des travaux effectués. En conséquence, au terme de 12 années de travaux et en considération, notamment, des 53,48 millions de dollars en capital obtenus des institutions financières en question après 12 ans de litige, notre cabinet a touché près de 13 millions de dollars en honoraires.

Lorsque des honoraires de plusieurs millions de dollars sont représentés comme un gain instantané contre un « rabais de 4,17 \$ », ils sont injustement et erronément présentés, ce qui suscite nécessairement l'ironie, le manque de confiance et le sentiment d'injustice.

Lorsque les honoraires déjà approuvés à ce stade sont placés dans le contexte du travail effectué, de la complexité des enjeux, et qu'ils sont comparés au capital de 53,48 millions de dollars obtenus des institutions financières après plus d'une décennie de litige, ils sont nécessairement plus compréhensibles, même pour le public en général, même si les compensations par membre sont faibles.

Le jugement dont il est question dans le texte de M. Boisvert n'a trait qu'aux plus récentes transactions et pour lesquelles l'application de notre convention d'honoraires à 25 % était demandée, ce qui équivalait à environ 2,3 millions de dollars en honoraires pour 9.2 millions de capital versé par les défenderesses, et non pas 15 millions contre un rabais de 4,17\$. Ces dernières transactions n'ont ultimement pas été approuvées, et les honoraires qui en aurait découlé non plus.

Cela étant dit, et bien que nous ayons contesté les conclusions de ce jugement, il s'agit d'un dossier qui démontre, à tout le moins, que les tribunaux ont le pouvoir d'intervenir sur la question des honoraires et qu'il l'exerce lorsqu'ils le jugent à propos.

L'équilibre actuel doit être maintenu

Le mode de rémunération à pourcentage variant entre 10 % et 30 % selon l'étape du dossier et les montants en jeu permet une rémunération adéquate, mais constitue un équilibre fragile. Développé et éprouvé sur plusieurs décennies, ce mode de rémunération permet à des cabinets d'expérience d'assumer les risques encourus dans les actions collectives actuelles, de continuer à considérer de nouvelles actions collectives lorsqu'elles leur sont proposées, et à accepter de nouveaux mandats qui dureront des années sans assurance de rémunération.

Les critères développés par la jurisprudence québécoise et basés sur le *Code de procédure civile*, la *Loi sur le Barreau* et le *Code de déontologie des avocats* ont permis de maintenir ce fragile équilibre et d'assurer la pérennité de ce précieux mode d'accès à la justice qu'est l'action collective. Nous soumettons respectueusement qu'il n'est pas utile ni souhaitable de réformer le droit à cet égard, et mettons en garde contre le risque que toute réforme ou tout resserrement puisse mettre en péril ce fragile équilibre et l'accès à la justice qui en découle.

Il importe de rappeler que la rémunération des avocats agissants en demande en actions collectives est toujours sujette à l'approbation du tribunal qui, normalement, connaît le travail investi dans un dossier dont il a suivi le déroulement pendant plusieurs années, qui consulte les représentants du groupe sur ces questions et invite les membres du groupe à se prononcer s'ils le veulent. Il s'agit du seul cas où des avocats doivent faire approuver leurs honoraires et le montant des remboursements de leurs dépenses. Le tribunal est bien placé pour décider si la rémunération qu'il accorde est juste et raisonnable et la jurisprudence lui propose des critères éprouvés à cet égard.

Enfin, il serait périlleux de tenter de modifier ou limiter la rémunération des avocats de la demande sans se pencher sur la rémunération des avocats de la défense. Si les moyens supérieurs dont dispose une partie ne sont pas toujours gage de succès, une trop grande disparité de moyens peut être décisive dans certains cas. Les demandeurs en actions collectives qui sont témoins des multiples procédures auxquelles donne lieu leur action ont très souvent cette perception. Les médias d'ailleurs n'en font que peu état.

Espérant le tout utile, nous vous prions de recevoir, Monsieur le Ministre, l'expression de nos salutations distinguées.

SYLVESTRE PAINCHAUD ET ASSOCIÉS

Me Normand Painchaud
Me Catherine Sylvestre
Me Marie-Anaïs Sauvé
Me Pierre Sylvestre Ad. E

ⁱ *Option Consommateurs c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2011 QCCS 4841. Jugement rendu par l'Honorable Clément Gascon, alors juge à la Cour supérieure du Québec :

[40] En l'espèce, le temps consacré à l'affaire, le nombre d'années écoulées depuis l'origine du litige et l'expérience des avocats d'Option consommateurs appuient le caractère raisonnable et approprié du pourcentage prévu à cette convention d'honoraires.

[41] En somme, force est de constater que la transaction apparaît juste, équitable, raisonnable et dans le meilleur intérêt des membres du groupe, que ce soit en raison de l'indemnisation des membres qu'on y prévoit ou du caractère approprié des honoraires convenus pour les avocats en demande.

ⁱⁱ *Option Consommateurs c. Banque Royale du Canada*, 2014 QCCS 2540. Jugement rendu par l'Honorable Chantale Corriveau :

[54] Suivant les paragraphes 2.3 des conventions d'honoraires, les procureurs d'Option consommateurs sont en droit de percevoir 25 % de la somme perçue, étant donné qu'une requête introductive d'instance a déjà été déposée dans tous les recours collectifs.

[55] Les membres du groupe ont été avisés des conventions d'honoraires par le biais de l'avis d'audience d'approbation.

(...)

[74] Les procureurs d'Option consommateurs ont obtenu la somme de 37 500 000 \$ à titre d'indemnité payable par les Banques. Des sommes sont payables aux membres et sont versées directement dans les comptes de ceux ayant toujours des comptes actifs auprès des Banques.

Voir aussi *Option Consommateurs c. Banque Nationale du Canada*, 2015 QCCS 4380. Jugement rendu par l'Honorable Chantale Corriveau, alors juge coordonnatrice de la Chambre des recours collectifs :

[113] Les recours collectifs menés par les procureurs d'Option consommateurs au nom de celle-ci constituent une affaire judiciaire importante, vu les causes d'action qui y sont débattues depuis plus d'une décennie.

[114] Dans le cadre des recours collectifs, les membres des groupes n'ont jusqu'à maintenant payé aucuns honoraires professionnels ni aucuns débours aux procureurs d'Option consommateurs.

[115] Malgré ce qui précède, les procureurs d'Option consommateurs ont assumé la responsabilité financière découlant des recours collectifs depuis leur dépôt au greffe de la Cour supérieure du district de Montréal.

iii *Option Consommateurs c. Banque Toronto-Dominion*, 2015 QCCS 1259. Jugement rendu par l'Honorable Christiane Alary :

[75] Tant le cabinet Sylvestre que le cabinet BGA sont des cabinets d'expérience en matière de recours collectifs.

[76] Ils ont consacré des milliers d'heures aux Recours Collectifs et ont accepté d'être payés uniquement en cas de succès. Or, les Recours Collectifs soulèvent des questions complexes notamment de nature constitutionnelle.

[77] Les Procureurs d'Option consommateurs ont assumé la responsabilité financière découlant des Recours Collectifs depuis leur dépôt au greffe de la Cour supérieure. Ils ont dû gérer les sorties de liquidités attribuables aux salaires (avocats, stagiaires en droit, étudiants, techniciens et adjointes) sans avoir l'assurance d'entrées de liquidités liées à ces Recours Collectifs. En assumant ce risque et la responsabilité financière découlant des Recours Collectifs, les Procureurs d'Option consommateurs ont contribué à ce que les Membres accèdent à la justice et qu'une indemnité leur soit distribuée.

[78] Les Recours Collectifs ont requis de la part des Procureurs d'Option consommateurs des services professionnels inhabituels telles que la gestion commune de trois, puis de six instances, la présentation de deux requêtes pour obtenir l'autorisation de ces Recours Collectifs contre Banque TD, la contestation de requêtes afin de suspendre les instances, la tenue d'interrogatoires préalables « type » impliquant toutes les défenderesses et l'analyse de milliers de pages de documents transmis par les banques à titre de réponses à des engagements.

Médicaments Novateurs Canada et
Medtech Canada

Mémoire dans le cadre de
la consultation publique du
ministère de la Justice du
Québec « Perspectives de
réforme de l'action collec-
tive au Québec »

Le 30 septembre, 2021

1. Médicaments Novateurs Canada (« **MNC** ») et Medtech Canada (« **Medtech** ») soumettent le présent mémoire au ministère de la Justice du Québec (« **MJQ** ») dans le cadre de sa réforme proposée du régime de l'action collective. MNC représente l'industrie pharmaceutique novatrice au Canada. Nous aidons nos membres à découvrir, développer et offrir des médicaments et des vaccins novateurs. L'on compte, parmi nos membres, plus de quarante-cinq entreprises, allant d'organisations bien établies à de jeunes entreprises, qui révolutionnent les soins de santé par la découverte et le développement de nouveaux médicaments et vaccins. Medtech représente l'industrie canadienne des technologies médicales novatrices. Nous représentons environ cent entreprises de technologies médicales (allant de sociétés canadiennes à des multinationales) qui visent à offrir un système de santé universel, sécuritaire, accessible, novateur, durable, centré sur le patient et soutenu par l'utilisation des technologies médicales.
2. De nombreux membres de MNC et de Medtech ont leur siège social canadien au Québec. Guidés par nos normes respectives et exhaustives en matière de pratiques éthiques, nous travaillons avec les gouvernements, les compagnies d'assurance, les professionnels de la santé et d'autres parties prenantes pour faire progresser le domaine de la santé et améliorer le bien-être des Canadiens et Canadiennes. Nous sommes engagés à être des partenaires appréciés du système de santé canadien.
3. Plusieurs membres de MNC et de Medtech sont familiers avec le régime québécois de l'action collective, en tant que défenseurs ou défenseurs potentiels à des actions collectives. À ce titre, c'est avec plaisir que nous présentons ce mémoire au MJQ.

I. INTRODUCTION ET CONTEXTE DES RECOMMANDATIONS DE RÉFORME

4. Les entreprises membres de MNC et Medtech fabriquent et distribuent des médicaments pharmaceutiques et des technologies médicales novateurs. Ces produits améliorent le bien-être des Canadiens et Canadiennes et dans de nombreux cas, sauvent des vies¹. Les avocats en demande entreprennent fréquemment des actions collectives au Québec et dans d'autres provinces contre des entreprises canadiennes qui conçoivent, développent et distribuent des médicaments pharmaceutiques ou des instruments médicaux, du simple fait que la monographie approuvée par Santé Canada pour ce produit a été modifiée (avec l'approbation de Santé Canada).
5. La majorité des patients membres d'un groupe dans ces actions collectives avaient de graves problèmes de santé préexistants avant d'utiliser le produit médical, ont

¹ YANICK LABRIE, « How Pharmaceutical Innovation Has Revolutionized Health Care », Institut économique de Montréal, 18 juin 2014, disponible [en ligne](#) le 12 janvier 2015.

bénéficié de l'utilisation du produit, n'ont pas activement choisi d'être impliqués dans l'action collective proposée et n'ont même pas subi la complication prétendument associée au produit après l'avoir utilisé. Pourtant, de telles actions collectives sont omniprésentes au Canada. Selon le Registre des actions collectives du Québec, 9,1% des actions collectives déposées au Québec depuis 2009² sont des réclamations liées à la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques ou médicaux. Selon la Base de données nationale sur les actions collectives de l'Association du Barreau canadien, 11,1% des actions collectives répertoriées depuis 2007³ concernent la responsabilité des fabricants de produits pharmaceutiques ou médicaux.

6. Ces réclamations soulèvent des défis uniques lorsqu'elles prennent la forme d'une action collective proposée, notamment en ce qui a trait aux critères d'autorisation relatifs aux questions communes et à l'apparence de droit (art. 575(1) et 575(2) du *Code de procédure civile du Québec* (« **C.p.c.** »)). Entre autres, les dommages allégués au nom des membres du groupe dans ce type d'actions sont souvent susceptibles d'infinies variations, à telle enseigne que d'autoriser une action collective n'évite nullement la duplication de l'analyse des faits ou de l'analyse juridique. Les réclamations soulèvent également des enjeux quant à la manière dont la preuve d'opinion doit être évaluée au stade de l'autorisation et quant au rôle du tribunal en tant que gardien devant écarter la « pseudo-science » (« *junk science* »), y compris dans certains cas la science développée pour alimenter les litiges (« *litigation science* »), de la salle d'audience. Dans les actions collectives en matière de responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques et médicaux, les demandeurs déposent généralement des documents de nature scientifique ou quasi scientifique, sur des sujets à l'égard desquels ils n'ont aucune connaissance spécialisée, pour étayer leur prétention selon laquelle le médicament ou l'instrument médical en cause peut causer les effets indésirables allégués. Ces allégations sont souvent fondées sur des prétentions « scientifiques » nouvelles ou controversées. La jurisprudence dominante développée sous le régime actuel de l'action collective ne permet pas au juge d'autorisation d'aborder adéquatement les défis qui en découlent afin de filtrer les recours mal fondés ou ceux qui ne devraient pas procéder par voie d'action collective.
7. Nous supportons un véritable accès à la justice, l'équité procédurale et l'atteinte de résultats justes et accessibles autant en demande qu'en défense. Nous cherchons à améliorer le régime actuel de l'action collective pour le rendre équitable pour les deux parties et à instaurer une réforme qui tient compte des pressions substantielles exercées sur les compagnies pour qu'elles règlent les actions collectives qui les visent, même celles qui sont faibles ou mal fondées, une situation qui peut engendrer des coûts sociaux importants pour tous. La multiplication des

² L'année où le Registre québécois a été créé.

³ L'année où la Base de données nationale a été créée.

actions collectives contre les fabricants de produits pharmaceutiques et médicaux au Québec a de nombreux effets négatifs sur l'industrie, notamment les coûts considérables et irrécupérables encourus par les compagnies défenderesses pour se défendre contre des actions collectives mal fondées, entreprises pour le compte d'un groupe qui ne justifie pas l'utilisation d'un tel véhicule procédural.

8. Si les actions collectives peuvent avoir des effets dissuasifs bénéfiques d'un point de vue social, elles peuvent également avoir des effets négatifs. Par exemple, les gouvernements du Québec et du Canada ont adopté des politiques et des programmes qui encouragent l'innovation et le développement de nouveaux produits afin d'améliorer le bien-être des Canadiens et Canadiennes, en plus de réduire les coûts des soins de santé. Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, les gouvernements fédéral et québécois ont annoncé des investissements considérables dans le secteur pharmaceutique, dans le but de faire progresser la recherche pharmaceutique et de renforcer la capacité de biofabrication locale⁴. Cependant, plusieurs études dans le domaine des sciences de la vie suggèrent que la perspective de coûts élevés liés à la responsabilité du fabricant peut décourager un comportement socialement désirable tel que l'innovation — l'activité-même que nos gouvernements s'efforcent d'encourager⁵. Un autre effet dissuasif peut résulter de la publicité nuisible que génèrent inévitablement les avis d'actions collectives et les campagnes connexes sur les médias sociaux au sujet de produits présentement commercialisés ou implantés, ce qui peut porter indument atteinte au choix de traitement des médecins et des patients⁶.

⁴ Le 16 mars 2021, le gouvernement fédéral canadien a annoncé un investissement d'un milliard de dollars « pour faire progresser la recherche et le développement industriels dans le domaine des vaccins et des produits pharmaceutiques, ainsi que la capacité de biofabrication », et a indiqué que de renforcer la capacité de biofabrication figurait parmi le plan de relance du Canada, voir: Gouvernement du Canada, « Les investissements du gouvernement du Canada contribueront à faire progresser la mise au point au pays de vaccins et de thérapeutiques contre la COVID-19 », 16 mars 2021([lien](#)). Le gouvernement du Québec a également annoncé un financement à la hauteur de 13M\$ pour appuyer le projet Médicament Québec en vue de soutenir le développement de l'industrie pharmaceutique dans la province, voir: Gouvernement du Québec, « Chaînes d'approvisionnement et filière du médicament – Québec octroie 13 M\$ à l'Université de Montréal pour appuyer le projet Médicament Québec », 17 juin 2021 ([lien](#)).

⁵ GIOVANNA ROCCAMO, « Medical Implants and Other Health Care Products: Theories of Liability and Modern Trends » (1994) 16 *Advoc. Q.* 421; STEVEN GARBER, « Product Liability, Punitive Damages, Business Decision and Economic Outcomes » (1998) *Wis. L. Rev.* 237; STEVEN GARBER, *Product Liability and the Economics of Pharmaceuticals and Medical Devices* (Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice, 1993); RICHARD MANNING, « Changing Rules in Tort Law and the Market for Childhood Vaccines » (1994) 37 *J.L. & Econ.* 247; RICHARD MANNING « Is the Insurance Aspect of Producer Liability Valued by Consumers? Liability Changes and Childhood Vaccine Consumption » (1996) 13 *J. Risk Uncertainty* 37.

⁶ Comme preuve que cela peut avoir un impact sur la prise de décision des patients, une étude publiée par le US Chamber Institute for Legal Reform a révélé qu'un répondant sur quatre qui prenait des

9. Comme tout autre coût normal à assumer en affaires, les coûts économiques de ce type de litige sont ultimement supportés par d'autres parties prenantes : les actionnaires⁷, les patients et les assureurs en matière de santé⁸, puis dans des cas extrêmes, les employés (si les entreprises sont affectées au point d'être obligées de réduire leur effectif)⁹. En outre, le public canadien peut supporter les coûts sociaux de la publicité, activement convoitée par des « avocats-entrepreneurs » en demande, dans la mesure où la publicité interfère avec les décisions relatives aux soins de santé¹⁰. Les exigences en matière de publication imposées aux parties à l'occasion d'une action collective peuvent également faire diverger les travailleurs de la santé de leurs tâches habituelles, car ils doivent mettre en œuvre les plans de publication des avis aux membres¹¹. Le public est affecté de manière encore plus importante si l'innovation médicale s'en trouve découragée.
10. Tous les médicaments pharmaceutiques et toutes les technologies médicales comportent des risques et dans bien des cas, le progrès scientifique et l'utilisation de ceux-ci dans le monde réel révèlent des risques qui n'avaient pas été anticipés. La description de ces risques dans la monographie originale du produit et dans les modifications ultérieures à celles-ci est le fruit d'une meilleure connaissance, et

prescriptions ciblées disait arrêter immédiatement de prendre ses médicaments après avoir vu une publicité d'un avocat plaidant, et ce, sans même consulter son médecin traitant ([lien](#)). Ces enjeux sont d'une telle importance qu'ils ont fait l'objet d'une audience devant le Comité de la justice de la Chambre des représentants des États-Unis, Sous-comité de la Constitution et de la justice civile, « Examining Ethical Responsibilities Regarding Attorney Advertising », qui s'est tenue le 23 juin 2017. La liste des témoins et des témoignages écrits, le communiqué de presse du Comité, la déclaration complète et un lien pour visionner la diffusion Web de l'audience peuvent être trouvés sur ce [lien](#).

⁷ Voir par ex. « Economic Consequences: The Real Costs of U.S. Securities Class Action Litigation », US Chamber Institute for Legal Reform, 28 février 2014.

⁸ En matière de prix ou de disponibilité des produits.

⁹ Par exemple, Dow Corning, Bristol-Myers Squibb Co. et Bioplasty Inc. ont cessé de faire affaire dans le secteur des implants mammaires après que de nombreuses poursuites aient été intentées par des femmes affirmant que ces implants leur avaient causé divers problèmes de santé. Voir également *Warner v. Smith & Nephew Inc.*, 2016 ABCA 223 [Warner] au para 72 (dissidence).

¹⁰ Voir *Player v. Janssen-Ortho Inc., et al.*, 2014 BCSC 1122 au para 184 – « ... Dès la certification, les avis publics, indiquant que le médicament fait l'objet d'une action collective et alléguant que le médicament est dangereux et peut causer la mort dans le cadre d'une utilisation ordinaire, sont susceptibles d'alarmer toute personne qui utilise, voire prescrit du fentanyl. Selon la preuve présentée, les consommateurs de fentanyl sont fort probablement des personnes gravement malades qui utilisent le médicament pour contrôler des douleurs chroniques graves. Bien entendu, cela n'a pas d'importance s'il existe de la preuve qui justifie l'action. Toutefois, si la preuve est insuffisante pour soutenir l'action, les conséquences associées à l'implication dans une action collective extensive et coûteuse sont très graves [traduction libre]. »

¹¹ Par exemple, dans le litige relatif à l'implant à la hanche Zimmer Durom Cup, *Jones v. Zimmer GMBH*, 2016 BCSC 1847, la Cour a ordonné que l'avis de certification soit distribué à 95 hôpitaux à travers le Canada et que les hôpitaux soient invités à poster l'avis aux patients qui avaient été implantés avec l'instrument; voir également l'ordonnance rendue dans le litige relatif à l'implant à la hanche Stryker Rejuvenate, exigeant que les hôpitaux donnent un avis de certification de l'action collective et postent une copie de l'avis à chaque personne qui se soit fait implanter le dispositif dans l'hôpital: [lien](#).

doit être approuvée par Santé Canada. Les personnes qui utilisent des médicaments pharmaceutiques ou qui bénéficient des technologies médicales souffrent souvent de maladies graves et éprouvent une variété de symptômes et de complications en raison de ces maladies. Le simple fait qu'une personne subisse une complication pendant qu'elle utilise un produit médical ne signifie pas pour autant que celui-ci a causé cette complication, ni que la complication est suffisante pour justifier de cesser l'utilisation du produit.

11. Le régime actuel de l'action collective n'atteint pas un juste équilibre entre les avantages et les coûts associés aux procédures collectives¹². D'une part, les personnes qui subissent des effets indésirables inattendus qui sont causés par une conduite en deçà de la norme de diligence raisonnable devraient être indemnisées à juste titre. Dans certains cas, les actions collectives peuvent constituer un véhicule procédural approprié pour permettre cette indemnisation. D'autre part, les actions collectives entraînent des coûts importants et les recours qui ne méritent pas un tel déploiement de ressources devraient être écartés avant que ces coûts ne soient encourus. L'expérience des actions collectives en matière de produits pharmaceutiques au Québec a démontré que plusieurs réformes doivent être apportées au *Code de procédure civile* pour qu'il atteigne ses objectifs de façon équitable, sans affecter indûment les décisions en matière de soins de santé, l'innovation ou le coût et la disponibilité des médicaments pharmaceutiques¹³.
12. La Cour suprême du Canada a déclaré que l'accès à la justice, l'un des objectifs fondamentaux des actions collectives, exige l'accès à un résultat juste et non simplement l'accès à une procédure judiciaire engagée pour la forme¹⁴. Tant les

¹² L'évaluation des coûts et des avantages de telles procédures est extrêmement difficile. Déterminer si les actions collectives font plus de bien que de mal exige, somme toute, un consensus quant à la façon de jauger les avantages sociaux à l'aune des coûts, consensus qui n'existe pas encore. En l'absence de consensus, cependant, il demeure possible d'investir davantage d'efforts dans l'encadrement de la pratique des actions collectives et dans la recherche d'un meilleur équilibre entre le bien public et les gains privés, en reconnaissant que les actions collectives ont la faculté de faire non seulement du bien, mais aussi du mal. HENSLER, DEBORAH, et al., *Report - Class Action Dilemmas, Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand Institute for Civil Justice, 1 janvier 1999 aux pp. 5, 401-402, 468-489 et 471-472.

¹³ Les actions collectives représentent un souci important pour de nombreuses entreprises et peuvent affecter la disponibilité des produits. Dans une enquête menée par Norton Rose Fulbright en mai 2015 auprès de 803 conseillers juridiques en entreprise, les actions collectives ont été identifiées comme l'une des questions les plus importantes en matière de litiges affectant leurs entreprises : 2015 Litigation Trends Annual Survey ([lien](#)) à la p. 10. Dans une enquête menée par le US Chamber Institute of Law Reform auprès de 1 203 directeurs des affaires juridiques, avocats seniors et autres cadres supérieurs en entreprises ayant un chiffre d'affaires annuel d'au moins 100 millions de dollars, les trois quarts des personnes interrogées ont déclaré que l'environnement contentieux d'un État était susceptible d'affecter les décisions commerciales importantes prises au sein de l'entreprise, telles que le choix du lieu d'implantation ou d'activités : *Ranking the States* ([lien](#)) à la p. 4.

¹⁴ *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69 au para 56.

demandeurs que les défendeurs ont droit à l'accès à un résultat juste¹⁵. Évaluer si le régime actuel de l'action collective donne accès à un résultat juste requiert d'examiner le bien-fondé des décisions rendues et des règlements intervenus, puisque la grande majorité des actions collectives qui sont autorisées finissent par se régler hors cour.

13. Bien que nous soyons en faveur d'un système de justice au sein duquel les demandeurs qui ont un recours valable à faire valoir sont indemnisés équitablement, un système qui exerce une pression indue sur les défendeurs pour qu'ils règlent les actions collectives, et ce, pour des raisons sans égard au bien-fondé du dossier, n'est pas un système qui permet des résultats justes¹⁶. La pression pour régler une action collective peut découler de la seule magnitude des dommages réclamés, des coûts colossaux qui devront être engagés pour se défendre (tant sur le plan financier qu'en termes de temps et ressources investis par les employés), des pressions exercées sur la valeur des actions et sur la réputation de l'entreprise, et enfin, de la possibilité que l'existence d'un litige interfère avec des transactions telles que la vente, la fusion ou l'acquisition d'une entreprise.
14. Depuis l'adoption de la *Loi sur le recours collectif* (« L.r.c. ») par le législateur québécois en 1978, de nombreuses actions collectives ont été intentées au Québec contre des fabricants de produits pharmaceutiques ou d'instruments médicaux. La majorité de ces actions collectives ont été autorisées. En outre, plusieurs actions ont été intentées et grandement publicisées mais n'ont jamais progressé, sans doute parce que certains avocats en demande considéraient qu'elles avaient peu, voire aucun mérite. De plus en plus, les actions collectives sont intentées non seulement en relation avec des produits qui font l'objet de rappels¹⁷, mais aussi en relation avec de nouveaux produits médicaux qui sont novateurs et sauvent des vies, en plus d'être approuvés et utilisés efficacement.
15. Malgré le grand nombre d'actions collectives intentées en matière de responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques et médicaux au Québec depuis plus de quarante ans — soit depuis l'adoption de la L.r.c. et la création du véhicule procédural de l'action collective en droit québécois —, il n'y a pas eu un seul procès sur le fond dans une action collective québécoise en matière de responsabilité du fabricant d'instruments médicaux, et un seul dans une action collective

¹⁵ 2038742 Ontario Limited v. Quizno's Canada Restaurant Corp., 2010 ONSC 5390 aux paras 17-18.

¹⁶ Voir *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59 au para 47 — le fardeau qui empêche les plaideurs d'intenter des actions frivoles n'interfère pas indûment avec l'accès à la justice, et peut au contraire accroître globalement cet accès.

¹⁷ Que le produit fasse l'objet d'un rappel ne signifie pas pour autant que le fabricant a commis une faute ou qu'une compensation de la part de l'entreprise est justifiée; voir *Andersen v. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660; *MacMillan c. Abbott Laboratories*, 2012 QCCS 1684 aux paras 63 et suivants (confirmé en appel, 2013 QCCA 906).

québécoise en matière de responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques¹⁸. Les autres causes ont été abandonnées, réglées, se poursuivent ou demeurent inactives.

16. Que de nombreuses affaires du Québec aient été réglées et qu'il n'y ait eu qu'un seul procès au mérite jette le doute sur le bien-fondé de ces actions. Comme l'a déclaré un juge canadien : « [l]a plupart des actions collectives ne se rendent jamais jusqu'au procès sur le fond. Cela s'explique par la trop grande importance des enjeux pour que les parties s'en remettent au hasard quant au résultat. À cet égard, le processus crée un risque significatif qu'un défendeur innocent soit obligé d'abdiquer en faveur d'un règlement pour éviter le risque de dommages-intérêts exorbitants qu'un procès sur le fond entraîne. » [notre traduction]¹⁹.
17. Nous sommes d'avis que les entreprises œuvrant dans le domaine des sciences de la vie ont, dans certains cas, réglé des actions collectives québécoises pour des raisons étrangères à leur bien-fondé ou pour une contrepartie disproportionnée par rapport au bien-fondé de l'action. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le dépôt d'une action collective au Québec peut exercer une pression importante sur le défendeur pour qu'il règle la poursuite, même lorsque les réclamations du groupe sont précaires ou dépourvues de fondement. Les facteurs qui contribuent aux pressions en faveur d'un règlement dans le domaine des produits pharmaceutiques et des instruments médicaux comprennent, entre autres :
 - a) l'ampleur des dommages-intérêts potentiels auxquels l'entreprise s'expose, qui peuvent être considérables dans de nombreuses actions collectives parce qu'on y allègue des dommages individuels importants affectant un large groupe d'utilisateurs, dont plusieurs ont des problèmes de santé graves qui ne sont nullement attribuables au produit, et dans lesquels sont réclamés, au surplus, des dommages punitifs sans égard au préjudice subi;
 - b) les frais substantiels pour assurer la défense d'une action collective, les honoraires d'avocats et d'experts, les débours et le temps réaffecté des employés, que le défendeur ne pourra récupérer, sans compter le fait que ces entreprises sont condamnées de façon quasi systématique à payer les frais de publication au stade de l'autorisation, sans égard au bien-fondé du recours;
 - c) la pression que la publicité, inhérente à maintes actions collectives, exerce sur la réputation de l'entreprise, indépendamment du bien-fondé de l'action,

¹⁸ Dans l'unique action collective pour laquelle il y a eu un procès sur les questions communes au Québec, l'action a finalement été rejetée suivant 19 jours de procès et des dépenses considérables pour l'entreprise : *Brousseau c. Laboratoires Abbott ltée*, 2016 QCCS 5083. Confirmé en appel: *Brousseau c. Laboratoires Abbott limitée*, 2019 QCCA 801.

¹⁹ Sun-Rype Products, *infra*.

et l'impact négatif potentiel sur ses relations avec les payeurs, les prestataires de soins de santé et les patients.

18. Bon nombre d'actions collectives québécoises qui impliquent des médicaments pharmaceutiques ou des technologies médicales sont provoquées par des événements inhérents et inévitables au développement et à la vente de ces produits, tels que : la mise à jour de la monographie de produit (souvent sans égard à la causalité) ou des rappels résultant d'expériences chez des patients qui ne pouvaient être observées qu'après une utilisation beaucoup plus vaste du produit; des développements scientifiques postérieurs au développement et à la vente du produit en question; ou des décisions sur l'utilisation hors indication (« *off-label* ») du produit que des professionnels de la santé prennent sur des périodes de plusieurs années²⁰.
19. Aucun produit médical n'est dépourvu de risque. Les entreprises développent et commercialisent des produits médicaux, Santé Canada en approuve la sécurité et l'innocuité, les agences d'évaluation des technologies de la santé font des recommandations quant à leur efficacité vis-à-vis d'autres traitements disponibles, les provinces ou les compagnies d'assurance les ajoutent à leurs listes de médicaments couverts et enfin, les professionnels de la santé les prescrivent, en tenant compte de l'équilibre entre les bénéfices et les risques qui y sont afférents et en se fondant sur l'état actuel des connaissances médicales et scientifiques. Tous les produits médicaux présentent des avantages et des risques, tel que décrits dans la monographie du produit. La monographie peut aussi être mise à jour (souvent sans égard à la causalité) à mesure que de nouvelles informations concernant les avantages et les risques d'un produit sont découvertes, ce qui est courant vu l'évolution de la science et l'étude continue des conditions médicales et produits médicaux. Dans de rares cas, un médicament ou un instrument peut faire l'objet d'un rappel en raison de nouvelles informations concernant sa sécurité et son efficacité.
20. Ces activités sont déjà largement réglementées par Santé Canada en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* et ses règlements connexes. Les activités des entreprises, qu'il s'agisse du développement, des essais cliniques, de la vente ou de l'étiquetage des produits, sont approuvées par Santé Canada à chaque étape, puis révisées au fil du temps. Néanmoins, ces activités, y compris les modifications apportées aux monographies de produits qui continuent d'être commercialisés au bénéfice des patients, entraînent de plus en plus souvent des litiges coûteux en matière d'actions collectives et représentent parfois le fondement factuel sur lequel s'appuie le tribunal pour autoriser des actions collectives relatives à ces produits.

²⁰ Il y a souvent des actions collectives calquées sur des litiges américains ou des actions collectives intentées dans d'autres provinces, pouvant même aller jusqu'à copier les procédures mot pour mot.

21. Dans les actions collectives visant des produits médicaux, on réclame généralement des dommages-intérêts substantiels pour un préjudice physique au nom de toute personne ayant utilisé ce produit médical au cours de la période visée par l'action collective, de même que des dommages-intérêts punitifs et, dans certains cas, des mesures de surveillance médicale. De telles actions collectives ont été régulièrement autorisées et la responsabilité financière potentielle qui en découle peut être importante.
22. Pourtant, dans de nombreux cas, une action collective visant des produits médicaux ne sert pas les objectifs d'économie des ressources judiciaires, sans parler de la modification des comportements. L'expérience suggère que le nombre limité de membres du groupe qui seront en mesure de prouver un préjudice indemnifiable lors de la phase de recouvrement individuel d'une action collective est disproportionné par rapport au temps et aux dépenses que ces actions complexes nécessitent pour être plaidées²⁰. Les actions collectives relatives aux produits médicaux sont généralement de la nature d'actions individuelles en dommages-intérêts, et les indemnités et règlements pour chacun seraient dans la plupart des cas suffisamment importants pour justifier une demande individuelle.
23. Dans une perspective de droit comparé, le régime québécois de l'action collective s'inspire largement du cadre procédural établi par la Règle 23 des *American Federal Rules of Civil Procedure*²¹ et des articles 901 à 909 des *Civil Law & Practice Rules*²² de l'État de New York²³. En vertu de ces règles, les actions collectives ne sont plus considérées comme un véhicule procédural adéquat pour traiter des réclamations de masse en matière de responsabilité du fabricant des produits pharmaceutiques²⁴ puisqu'elles ne rencontrent pas le critère des questions communes²⁵.
24. Compte tenu du contexte, des principes et des objectifs exposés ci-haut, nous présentons ci-après notre position sur les pistes de réforme proposées par le MJQ dans son document de consultation d'avril 2021 (le « **Document de**

²¹ Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.

²² Lois codifiées de l'État de New York, *Civil Law & Practice Rules*, c. 8-9.

²³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Rapport du Comité de révision de la procédure civile*, Gouvernement du Québec, 2001, aux pp. 188-189; S. E. FINN, *Class Actions in Québec*, Carswell, 2014, à la p. 39; P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996, aux pp. 333-334.

²⁴ Une série de jugements clés à la fin des années 1990 a été décrite comme sonnant le glas des tentatives de résoudre, sur une base collective, des litiges de masse en responsabilité. Voir : *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (US Sup. Ct. 1999), *Amchem v. Windsor*, 521 U.S. 591 (US Sup. Ct. 1997), *Zinser v. Accufix Research Inst., Inc.*, 253 F.3d 1180 (USCCA9 2001), *Rhone-Poulenc v. Rorer*, 51 F.3d 1293 (USCCA7 1995), *Castano v. American Tobacco*, 84 F.3d 734 (USCCA5 1996) et *Georgine v. Amchem Prods., Inc.*, 83 F.2d 610 (USCCA3 1996).

²⁵ N. M. PACE, *Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature*, Santa Monica (California), RAND Institute for Civil Justice, 2007.

consultation »). À notre avis, un régime québécois d'action collective équitable, équilibré et efficace devrait :

- a) permettre un contrôle adéquat et efficace des délais au stade de l'autorisation, en encourageant une gestion d'instance hâtive afin de convenir d'un échéancier jusqu'à l'audition de la demande d'autorisation, et en s'attaquant aux causes fondamentales de ces délais, notamment les actions collectives trop vastes et les amendements tardifs du côté de la demande, tout en préservant les caractéristiques de l'autorisation qui lui permettent de jouer un rôle de filtrage et de veiller à ce que les droits procéduraux des deux parties soient préservés;
- b) incorporer la proportionnalité comme un critère additionnel et distinct au stade de l'autorisation, tout en demeurant un principe clé dans l'analyse des autres critères d'autorisation;
- c) conserver l'étape préliminaire de l'autorisation et adapter le test d'autorisation, tel que décrit ci-dessous; et
- d) conserver la condition de l'apparence de droit et la renforcer en adoptant le critère de « possibilité raisonnable de succès » développé dans les actions collectives en matière de valeurs mobilières sur le marché secondaire, le tout de manière à décourager le dépôt d'actions collectives mal fondées, ou de restreindre ou d'éliminer de telles actions à un stade préliminaire.

II. COMMENTAIRES SUR LES PISTES DE RÉFORME PROPOSÉES DANS LE DOCUMENT DE CONSULTATION

A. Pistes de réforme n^{os} 1 et 2 : La gestion d'instance active comme moyen de gérer et limiter les délais

- 25. En guise d'introduction, il convient de noter que les actions collectives, en particulier celles qui impliquent des questions scientifiques et médicales complexes, comptent parmi les litiges civils les plus compliqués. Elles nécessitent un investissement important en temps et en ressources pour être tranchées équitablement. Le simple fait que les actions collectives prennent beaucoup de temps pour arriver à procès ne signifie pas forcément qu'il y a eu des délais « déraisonnables ».
- 26. Dans l'ensemble, le régime actuel, en particulier la désignation de juges chargés de la gestion d'instance qui suivent de près l'évolution des actions collectives, constitue un moyen adéquat de mener une action collective à l'étape de l'autorisation, et éventuellement au procès, à l'intérieur d'un délai raisonnable.

27. À cet égard, nous constatons que le Document de consultation conclut, sur la base du *Rapport préparé à l'attention du ministère de la Justice du Québec* en date de septembre 2019 par le Laboratoire sur les actions collectives sous la supervision de la Professeure Catherine Piché (le « **Rapport** »), que « [l]es délais causés par l'autorisation sont importants », que « [l]'action collective prend en moyenne deux ans et 185 jours pour atteindre le jugement d'autorisation final » et que ces chiffres, auxquels s'ajoutent d'autres relatifs à l'approbation des règlements, « suggèrent que l'étape d'autorisation est lourde de frais et de délais »²⁶. Soulignons que la source de cette moyenne semble être un article paru en 2013 dans *The American Journal of Comparative Law*²⁷ qui se penche sur des observations empiriques de la Cour fédérale d'Australie, laquelle a choisi de retrancher l'étape d'autorisation²⁸.
28. La prudence est de mise avant de se fier à des données relatives à la période antérieure à 2013 pour représenter la situation actuelle, étant donné que plusieurs mesures ont été mises en œuvre depuis, au Québec, pour que les actions collectives progressent plus rapidement jusqu'à l'étape de l'autorisation, notamment:
- a) La création par la Chambre des actions collectives de la Cour supérieure du Québec, en 2018, d'un groupe de dix juges spécialisés, chargés de la gestion d'instance de toutes les actions collectives déposées dans le district judiciaire de Montréal²⁹ au stade de l'autorisation. Au moment où cette mesure a été instaurée, 26 jours juridiques par année étaient dévolus à cette tâche, pour chacun des juges. Cette initiative a été adaptée au fil du temps, de manière à refléter l'évolution du volume des actions collectives déposées dans le district de Montréal et de tirer parti de l'expérience des juges. Le « groupe des dix » initial s'est depuis élargi à onze juges, qui continuent d'agir comme juges de gestion d'instance au stade du mérite pour les actions collectives autorisées, à condition que leurs autres affectations n'entrent pas en conflit avec ce rôle. Cette mesure a fait en sorte que les actions collectives sont gérées de près par des juges qui connaissent bien les spécificités de ce véhicule procédural et qui disposent de l'expertise et du temps nécessaires pour superviser adéquatement l'évolution d'une action collective, tant au stade de l'autorisation qu'à celui du mérite, et pour veiller à ce que les affaires se rendent avec diligence et efficacité à l'audition d'autorisation et au procès;

²⁶ Document de consultation publique à la p. 4.

²⁷ V. MORABITO, « Can Class Action Regimes Operate Satisfactorily without a Certification Device? Empirical Insights from the Federal Court of Australia », (2013) 61(3) Am J Comp Law 579.

²⁸ Rapport à la p. 23, note de bas de page 108.

²⁹ La vaste majorité des actions collectives proposées sont déposées dans le district judiciaire de Montréal, et les dernières années ont montré que cette tendance augmente. En 2020, environ 90% des demandes d'autorisation ont été déposées dans le district judiciaire de Montréal, le reste étant réparti dans toute la province.

- b) L'adoption d'une directive par la Chambre des actions collectives de la Cour supérieure du Québec selon laquelle l'audience d'autorisation doit être entendue dans l'année qui suit la date de dépôt de la demande d'autorisation. D'après notre expérience, cette directive, que la magistrature a choisi de ne pas formaliser en l'intégrant aux règles de pratique, est systématiquement suivie par les juges de gestion d'instance, qui tâchent de s'y conformer et ne s'en écartent que dans les cas qui soulèvent des défis particuliers, en raison par exemple de l'ampleur du recours et du nombre inhabituel de parties en cause ou encore de la coordination complexe de procédures parallèles, comme nous le verrons plus loin.
29. En ce qui concerne les « délais importants » mentionnés dans le Rapport, selon notre expérience, les délais au stade de l'autorisation sont dus en grande partie à certains facteurs qui ne sont ni identifiés ni discutés dans le Rapport.
30. Premièrement, la règle souvent critiquée du « premier à déposer » (« *first to file* ») selon laquelle, en présence de multiples actions collectives qui se chevauchent, la première demande d'autorisation déposée au Québec doit procéder et les autres, suspendues, incite les demandeurs à déposer leur demande d'autorisation en premier pour obtenir la prise en charge du dossier. Cela résulte régulièrement en un dépôt prématuré de procédures, suivi de nombreux amendements, la substitution du représentant proposé et de longs délais pour recueillir la preuve élémentaire au soutien de la demande d'autorisation, ce qui retarde la tenue de l'audition d'autorisation.
31. Deuxièmement, un grand nombre d'actions collectives québécoises sont dérivées de litiges américains ou d'actions collectives intentées dans d'autres provinces. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les actions collectives en responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques ou d'instruments médicaux, où presque toutes les actions collectives intentées au Québec répliquent ou font double emploi avec des actions collectives intentées dans d'autres provinces, et qui suivent presque inévitablement les litiges de type « mass tort » aux États-Unis visant le même produit. L'effet combiné de ce phénomène et de la règle du « premier à déposer » mentionnée ci-dessus se traduit souvent par des dépôts précipités suivis de mois d'inactivité, car les avocats en demande attendent le développement des litiges, des enquêtes ou des procédures réglementaires dans d'autres juridictions avant de faire avancer la cause au Québec.
32. Troisièmement, depuis l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte* de la Cour suprême du Canada³⁰ qui a permis l'exercice d'actions collectives sectorielles au Québec, incluant de nombreuses défenderesses à l'égard desquelles le demandeur n'a aucun lien de droit personnel, un nombre croissant d'actions collectives visant tous

³⁰ 2014 CSC 55.

les acteurs d'un même secteur d'une industrie ont été intentées au Québec, résultant en un nombre extraordinaire de parties impliquées avec, pour corollaire, des conflits d'horaire, des difficultés à nommer des juges de gestion d'instance et, le cas échéant, à désigner un banc susceptible d'entendre un appel dans un tel dossier.

33. Les pistes de réforme proposées ne s'attardent pas à ces facteurs et résultent plutôt en une restriction encore plus importante des droits procéduraux déjà extrêmement restreints des défendeurs à ce stade. La mise en œuvre de ces pistes de réforme maintiendrait et accroîtrait les restrictions indues aux droits procéduraux des défendeurs, compromettant ainsi la réalisation de l'un des objectifs clés de l'autorisation, à savoir éliminer les actions frivoles et asseoir la légitimité de l'étape de l'autorisation.
34. En plus de nos observations sur certaines pistes de réforme proposées par le MJQ pour mieux contrôler les délais, nous avons identifié ci-dessous quelques mesures qui visent à répondre à ces facteurs de manière à la fois efficace et équilibrée, et qui favorisent l'atteinte des objectifs sous-jacents à l'étape de l'autorisation.
35. En ce qui concerne la piste de réforme 2a), qui propose de favoriser les protocoles d'instance présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à respecter le délai d'un an pour la tenue de l'audition d'autorisation, nous soumettons que d'adopter un délai fixe pour la tenue de l'audition d'autorisation suivant le dépôt initial de la demande en autorisation est une solution impraticable qui ne tient pas compte de la nature variable des procédures d'actions collectives, des délais qui peuvent être imputables aux amendements du demandeur, à la coordination des procédures parallèles entre les provinces et à d'autres facteurs. La directive existante adoptée par la magistrature, qui vise à fixer l'audition de la demande d'autorisation dans l'année qui suit le dépôt de cette demande, telle qu'elle est appliquée actuellement, est adéquate et n'a pas besoin d'être codifiée en une règle formelle.
36. Pour assurer la progression diligente des actions collectives au stade de l'autorisation, nous proposons plutôt d'adopter une règle afin qu'une conférence de gestion soit convoquée dans les 90 jours du dépôt de la demande d'autorisation, au cours de laquelle les parties et le tribunal conviendraient d'un échéancier pour accomplir toutes les étapes menant à l'audition d'autorisation³¹. À la suite de cette conférence de gestion, nous proposons que le demandeur ne puisse amender la demande d'autorisation ou déposer une preuve additionnelle qu'avec l'autorisation du tribunal.

³¹ Une mesure similaire a été adoptée en Australie et exige la tenue d'une conférence initiale de gestion dans un délai de six semaines à compter de la date de dépôt de la demande : voir *Practice Note CM 17 – Representative Proceedings Commenced under Part IVA of the Federal Court of Australia Act 1976*, au para 1.2(b).

37. Afin de contrôler les délais dans un contexte d'actions collectives multi-juridictionnelles intentées dans diverses provinces, nous suggérons également que le *Protocole judiciaire canadien de gestion de recours collectifs multi-juridictionnels* de l'Association du Barreau canadien soit incorporé au *Code de procédure civile*, ce qui permettrait une coordination plus efficace et harmonieuse par les juges chargés de la gestion d'instance dans les diverses provinces concernées. Bien que nous n'ayons pas l'intention d'aborder en détail le caractère adéquat du critère régissant la suspension d'une action québécoise en présence d'actions collectives multi-juridictionnelles, cette question particulière dépassant la portée de la présente consultation publique, nous notons qu'une meilleure harmonisation entre les critères utilisés dans les diverses provinces canadiennes à cet égard serait souhaitable, comme l'a noté la Cour d'appel du Québec dans une décision récente³².
38. En ce qui concerne la piste de réforme 2e) qui encourage les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière proactive, tout pouvoir discrétionnaire devrait être utilisé dans le respect rigoureux des principes fondamentaux et directeurs de la justice codifiés dans le *Code de procédure civile*, y compris le principe *audi alteram partem*³³ — d'autant plus que les décisions en gestion d'instance ne sont pas susceptibles d'appel, sauf dans des circonstances très limitées³⁴ — et un tel exercice de pouvoirs discrétionnaires doit permettre d'atteindre l'équilibre des droits procéduraux fondamentaux des parties.
39. En ce qui concerne la piste de réforme 2f), qui propose de continuer à utiliser une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation, nous nous opposons à cette piste de réforme telle qu'énoncée. Permettre aux défendeurs de produire une preuve adéquate, proportionnée et adaptée à l'analyse des conditions d'autorisation est nécessaire afin d'atteindre l'objectif de l'étape de l'autorisation, soit la protection des membres du groupe, des défendeurs et des intérêts du système de justice en filtrant les actions frivoles ou mal fondées.
40. Si la preuve qui porte sur les moyens de défense au mérite seulement n'est pas appropriée à ce stade, les juges d'autorisation ne doivent toutefois pas se priver d'une preuve ciblée pertinente à l'analyse des conditions d'autorisation, par exemple celle qui fait montre de l'absence de droit d'action personnel du demandeur³⁵, qui établit l'inexistence d'un groupe suffisant pour justifier l'autorisation d'une action collective³⁶ ou qui peut aider la Cour à définir un groupe plus

³² *Micron Technology Inc. c. Hazan*, 2020 QCCA 1104.

³³ Art. 17 C.p.c.

³⁴ Art. 32 C.p.c.

³⁵ Voir par ex. *Saurette c. Astrazeneca Canada inc.*, 2019 QCCS 3323 où les courtes déclarations sous serment d'experts produites par les défenderesses ont établi que les représentantes n'avaient jamais subi les événements indésirables allégués au cœur de l'action collective proposée, et n'étaient donc pas membres du groupe.

³⁶ Voir par ex. *Ouellet c. Lasik MD inc.*, 2020 QCCS 3863.

approprié que celui proposé par le demandeur³⁷. Par conséquent, plutôt qu'une approche générique restrictive à la preuve, nous suggérons de définir clairement les critères qui devraient guider la Cour saisie d'une demande pour produire de la preuve au stade de l'autorisation, à savoir (i) si la preuve que le défendeur cherche à produire se rapporte directement à un ou plusieurs critères d'autorisation, et (ii) si la preuve est proportionnée à la lumière de l'action collective proposée et de l'analyse requise au stade de l'autorisation. Ce test est conforme aux critères développés il y a quinze ans par l'honorable Clément Gascon, j.c.s. tel qu'il l'était alors, dans *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*³⁸, qui ont été appliqués par les tribunaux depuis³⁹.

B. Piste de réforme n° 3 : Ajout d'un test ou d'un principe de proportionnalité à l'étape de l'autorisation

41. MNC et Medtech sont en faveur de cette piste de réforme et soutiennent que l'ajout d'un tel test est opportun dans la mesure où, au-delà de l'application machinale des conditions d'autorisation décrites ci-dessus, il permettrait au tribunal d'éviter que le mécanisme long, complexe et coûteux d'une action collective soit déployé lorsqu'il s'avère disproportionné ou inapproprié dans les circonstances.
42. Contrairement à ce qui est suggéré dans le Rapport, MNC et Medtech soumettent respectueusement que la proportionnalité n'est pas un facteur qui favorise nécessairement l'autorisation d'une action collective⁴⁰. Plutôt, la proportionnalité est un facteur neutre qui doit être considéré à la lumière des circonstances de chaque cas, et qui peut parfois militer contre l'autorisation d'une action collective.
43. Cela inclut les situations où une entreprise a déjà mis en place un processus de compensation que le tribunal juge adéquat, par exemple, par le biais d'un remboursement simplifié des réclamations, de rappels de produits ou de réparations gratuites, selon les circonstances⁴¹.
44. L'ajout d'un critère de proportionnalité pourrait contribuer à remédier à la situation décrite par le professeur Daniel Jutras, qui décrit la multiplication des actions collectives soulevant des questions d'une étonnante banalité, en violation flagrante de la doctrine *de minimis non curat lex*. Ces actions collectives, qui visent à obtenir

³⁷ Dans les actions collectives en responsabilité du fait des produits pharmaceutiques, la demande propose souvent un « groupe d'utilisateurs » composé de toute personne ayant utilisé un médicament sur ordonnance, laissant ainsi au juge d'autorisation le soin de redéfinir un groupe approprié, limité aux personnes ayant subi l'événement indésirable en cause.

³⁸ 2006 QCCS 6290.

³⁹ Voir par ex. : *Allstate du Canada, compagnie d'assurances c. Agostino*, 2012 QCCA 678; *Option Consommateurs c. Brick Warehouse, l.p.*, 2011 QCCS 569; *Kramar c. Johnson & Johnson*, 2016 QCCS 5296; *J.B. c. Soeurs Grises de Montréal*, 2021 QCCS 3630.

⁴⁰ Rapport aux pp. 28 et suivantes.

⁴¹ Voir par ex. : *Paquette c. Samsung Electronics Canada Inc.*, 2020 QCCS 1160.

une compensation pour ce qui est, tout au plus, des désagréments quotidiens insignifiants, encombrant les salles d'audience et entravent l'accès à la justice⁴².

45. L'ajout du critère contribuerait aussi à résoudre un autre problème identifié par le professeur Jutras, soit l'utilisation accrue des actions collectives comme véhicule procédural pour faire valoir des réclamations d'intérêt public, même dans les cas où d'autres moyens procéduraux tels qu'une requête en jugement déclaratoire ou une injonction sont mieux adaptés à la situation et permettraient une résolution plus rapide⁴³. Le critère de proportionnalité offrirait un cadre pour analyser si une action collective est le véhicule procédural approprié dans ces circonstances, à l'instar du critère de « préféralité » utilisé dans d'autres provinces⁴⁴.
46. Un standard similaire existe déjà dans d'autres provinces canadiennes et il est souhaitable que l'environnement juridique dans lequel évoluent les entreprises à travers le pays soit aussi prévisible et cohérent que possible. Nous proposons donc que le nouveau critère de proportionnalité soit aligné sur l'exigence de « préféralité » telle que définie dans les récents amendements à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, qui exige que le véhicule procédural de l'action collective soit préférable à tous les moyens raisonnablement disponibles pour régler les réclamations des membres du groupe, notamment, selon le cas, une procédure quasi-judiciaire ou administrative, la gestion particulière coordonnée pour les demandes individuelles, ou tout mécanisme ou programme de réparation extrajudiciaire.
47. À titre d'exemple, dans les actions collectives en matière de responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques où le nombre de membres du groupe est limité et où une multitude de facteurs associés à la causalité individuelle doit être considérée, la gestion d'instance coordonnée de recours individuels peut être plus appropriée et permettre un règlement plus efficace des réclamations des demandeurs.
48. De plus, la proportionnalité doit être interprétée de manière large et contextuelle. Cela peut impliquer la prise en compte du contexte qui caractérise les actions

⁴² Daniel Jutras, « L'action collective et l'intérêt public » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, id., à la p. 71.

⁴³ Daniel Jutras, « L'action collective et l'intérêt public » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, id., aux pp. 72-73. Un exemple classique de ce principe se retrouve dans l'arrêt clé *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, où la Cour suprême du Canada a statué qu'une action collective n'était pas le véhicule procédural approprié pour attaquer la validité d'un règlement municipal en matière de fiscalité, étant donné qu'un seul plaideur pouvait présenter une action en nullité et obtenir un jugement qui bénéficierait à tous les autres résidents de la municipalité, tout en évitant les complexités et les obstacles procéduraux de l'action collective.

⁴⁴ *Id.*

collectives en matière de responsabilité du fait des produits pharmaceutiques et médicaux, notamment:

- a) Le fait que plusieurs actions collectives proposées qui impliquent des médicaments pharmaceutiques ou des technologies médicales sont déclenchées par des événements inhérents et inévitables au développement et à la vente de ces produits, tels que : la mise à jour de la monographie ou des rappels résultant d'effets observés chez des patients qui ne pouvaient être observées qu'après une utilisation à grande échelle du produit; des développements scientifiques postérieurs au développement et à la vente du produit en question; ou des décisions sur l'utilisation hors indication (« *off-label* ») du produit que des professionnels de la santé prennent sur des périodes de plusieurs années;
- b) La distribution au public de ces produits qui implique l'intervention concertée d'organismes de réglementation, de professionnels et de parties indépendantes, tous hautement qualifiés : les entreprises développent et commercialisent des produits médicaux, Santé Canada en approuve l'efficacité et l'innocuité, les agences d'évaluation des technologies de la santé font des recommandations quant à leur efficacité vis-à-vis d'autres traitements disponibles, les provinces et les compagnies d'assurance les ajoutent à leurs listes de médicaments couverts et enfin, les professionnels de la santé les prescrivent en tenant compte de l'équilibre entre les avantages et les risques de chacun et en se fondant sur l'état actuel des connaissances médicales et scientifiques;
- c) Le fait que tous les produits médicaux présentent des avantages et des risques, tel que décrits dans la monographie du produit. La monographie peut aussi être mise à jour à mesure que de nouvelles informations concernant les avantages et les risques d'un produit sont découvertes, ce qui est courant compte tenu de l'évolution de la science et de l'étude continue des conditions médicales et des produits médicaux. Dans de rares cas, un médicament ou un instrument peut faire l'objet d'un rappel en raison de nouvelles informations concernant sa sécurité et son efficacité;
- d) Leurs activités sont déjà largement réglementées par Santé Canada en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* et ses règlements connexes, qu'il s'agisse du développement des produits, des essais cliniques, de la vente ou de l'étiquetage des produits, toutes approuvés par Santé Canada à chaque étape, puis révisées au fil du temps. Néanmoins, de telles activités, y compris les modifications apportées à l'étiquetage des produits qui continuent d'être commercialisés au bénéfice des patients, entraînent de plus en plus souvent des litiges coûteux en matière d'actions collectives.

49. En plus d'ajouter la proportionnalité comme critère distinct d'autorisation, ce principe cardinal de la procédure devrait continuer à guider l'analyse des autres critères d'autorisation et devrait également continuer à être appliqué à l'instance au mérite de l'action collective.
50. Que cela résulte d'une analyse combinée de la proportionnalité et du critère des questions communes ou que l'on adopte un critère distinct de « préféralité », MNC et Medtech soumettent respectueusement que la réforme des critères d'autorisation devrait assurer que les actions collectives ne sont autorisées que dans les cas où les questions communes de fait et de droit prédominent sur les questions n'affectant que les membres individuels du groupe (c'est-à-dire les questions qui ne peuvent être tranchées dans le contexte d'un procès sur les questions communes). Un tel résultat serait conforme à la véritable raison d'être de l'action collective et à son objectif d'économie des ressources judiciaires. Il a aussi l'avantage de mieux s'accorder au test utilisé dans les provinces de *common law*.

C. Piste de réforme n° 4 : Supprimer l'étape préliminaire d'autorisation de l'action collective et l'intégrer à l'instance

51. Comme indiqué dans le Rapport, l'autorisation possède un triple objectif de protection :
- a) Premièrement, elle sert à protéger les membres putatifs « absents »⁴⁵. Par définition, une action collective au Québec s'écarte des règles procédurales habituelles relatives à l'intérêt pour agir en justice puisqu'elle implique un représentant qui cherche à représenter un groupe important de personnes sans avoir reçu de mandat d'aucun de ses membres⁴⁶, lesquels ignorent généralement l'existence de l'action collective proposée et le fait qu'ils font partie du groupe proposé. Le jugement qui autorise l'action collective remplace donc le mandat autrement requis pour permettre à une personne d'en représenter une autre devant les tribunaux et assure ainsi la légitimité du véhicule de l'action collective⁴⁷;
 - b) Deuxièmement, elle protège les défendeurs. Le dépôt d'une action collective a de conséquences commerciales et réputationnelles considérables sur les défendeurs, qui doivent faire face à un risque financier important en raison de l'agrégation de multiples réclamations individuelles⁴⁸. En filtrant les

⁴⁵ Rapport à la p. 11.

⁴⁶ S'écarter ainsi de la règle standard à l'art. 91 C.p.c. Voir également : *Centrale des syndicats du Québec c. Allen*, 2016 QCCA 1878, au para 6.

⁴⁷ Rapport aux pp. 19-20.

⁴⁸ ANDRÉ DUROCHER & CLAUDE MARSEILLE, « Autorisation d'exercer une action collective », Jurisclasseur Québec, coll. « Droit civil », *Procédure civile II*, fasc. 21, Montréal, Lexis Nexis, à la p. 21/6; BRIAN T.

actions frivoles ou malveillantes, le stade de l'autorisation « [assure] que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables »⁴⁹;

- c) Enfin, elle vise à assurer l'utilisation efficace des ressources judiciaires. Comme l'ont relevé à maintes reprises la Cour d'appel et divers auteurs, les actions collectives mobilisent d'importantes ressources judiciaires. La rareté de ces ressources exige que les actions collectives qui n'ont pas leur place devant les tribunaux soient écartées, afin que les ressources judiciaires puissent être allouées à des entreprises par d'autres justiciables et, en définitive, à atteindre un meilleur accès à la justice pour tous⁵⁰. En effet, comme l'a noté la Cour d'appel dans *Bouchard c. Agropur*⁵¹, l'utilisation de l'action collective comme véhicule procédural peut parfois engendrer des complications indues, voire des injustices, d'où la nécessité d'un filtrage judiciaire permettant de tester, dans chaque cas, l'opportunité d'y recourir.
52. Malgré ces objectifs importants l'étape préliminaire d'autorisation, le Rapport et le Document de consultation proposent néanmoins comme piste de réforme de la supprimer et d'intégrer certains de ses éléments à l'étape du mérite. Le modèle révisé envisagé, tel que nous le comprenons, éliminerait donc le stade de l'autorisation tel qu'il existe actuellement et le défendeur devrait plutôt soulever ses moyens préliminaires au début de la procédure à l'étape du mérite.
53. MNC et Medtech sont préoccupées par ce changement fondamental proposé au régime de l'action collective et s'opposent à cette piste de réforme. À notre avis, elle compromet l'efficacité du mécanisme de filtrage et permettrait à un plus grand nombre d'actions sans fondement d'aller de l'avant, ce qui entraînerait une utilisation moins efficace des ressources judiciaires et ralentirait la progression des actions collectives qui, elles, sont bien fondées, en raison de l'encombrement excessif des rôles des tribunaux, un phénomène déjà apparent en pratique.
54. Nous comprenons que cette piste de réforme découle des réflexions de l'honorable juge Bich de la Cour d'appel, qui notait que le seuil pour l'autorisation d'une action collective avait été constamment abaissé par la jurisprudence au cours des

FITZPATRICK, « Do Class Actions Deter Wrongdoing? » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, aux pp. 188 et suivantes; CLAUDE MARSEILLE, « Le danger d'abaisser le seuil d'autorisation » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, id., aux pp. 255-256.

⁴⁹ Infineon Technologies AG c. Option consommateurs, 2013 CSC 59, au para 61. Voir également : PIERRE-CLAUDE LAFOND, Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs, Montréal, Thémis, 1996, à la p. 349; Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello, 2014 CSC 1, au para 37; Lambert c. Whirlpool Canada, l.p., 2015 QCCA 433, aux paras 11-12 (demande d'autorisation refusée).

⁵⁰ Voir par ex. : *Sofio c. ORCVM*, 2015 QCCA 1820, au para 26; *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716, au para 72.

⁵¹ 2006 QCCA 1342, au para 39.

deux dernières décennies, au point où l'on pouvait se demander si le processus d'autorisation était encore utile comme étape préalable à l'instance au mérite et si les efforts et les ressources judiciaires déployés à cette étape demeuraient justifiés⁵². Or, la juge Bich conclut son propos en suggérant une alternative : ou le stade de l'autorisation est éliminé ou intégré à l'instance au mérite, *ou*, au contraire, il se voit *renforcé*⁵³. C'est cette dernière proposition qui a été jugée préférable par sa collègue l'Honorable Manon Savard, aujourd'hui Juge en Chef de la Cour d'appel, dans une décision subséquente où elle écrit :

[29] [...] Certains prônent la suppression de cette autorisation, d'autres, dont je suis, suggèrent plutôt de la renforcer. Mais dans l'attente de la révision de cette question, que ce soit par le législateur ou la Cour suprême, il faut s'assurer que l'action collective puisse jouer son véritable rôle et ne soit pas utilisée à des fins autres que celles pour lesquelles une telle voie procédurale existe [soulignements ajoutés]⁵⁴.

55. MNC et Medtech soutiennent vivement la préservation d'une étape préliminaire d'autorisation et sont en faveur de rehausser le seuil existant, tel qu'envisagé par l'Honorable juge Bich et suggéré par l'Honorable juge Savard, par des juges de tribunaux de tous les niveaux ainsi que d'éminents auteurs⁵⁵. Comme résumé avec justesse dans les récents commentaires des honorables juges Côté, Moldaver et Rowe de la Cour suprême du Canada, les objectifs sous-jacents « d'accès à la justice, de modification des comportements préjudiciables et d'économie des ressources judiciaires » qui caractérisent la procédure d'action collective « ne peuvent [...] être atteints que si une procédure rigoureuse est suivie pour encadrer l'autorisation du recours » et « le recours collectif ne peut atteindre ses objectifs que si les tribunaux donnent sens et substance au texte du législateur, dans le respect de leur rôle institutionnel »⁵⁶.
56. Dans une perspective de droit comparé, il est intéressant de noter que parmi les diverses juridictions qui ont adopté des régimes d'actions collectives dans le monde, la grande majorité⁵⁷ a choisi d'incorporer un mécanisme d'autorisation (ou de « certification ») semblable à celui qui est actuellement en vigueur au Québec, au motif que les juges de première instance devraient « examiner le plus tôt

⁵² *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716, aux paras 69-74; voir également *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673.

⁵³ *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716, au para 74.

⁵⁴ *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, au para 29.

⁵⁵ Voir la section II.D ci-dessous pour une discussion sur ce point.

⁵⁶ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, au para 202.

⁵⁷ L'Australie, qui a au contraire opté pour un régime de « décertification », est une exception notable à la règle.

possible si le dispositif d'action collective constitue le véhicule approprié pour disposer des réclamations des membres du groupe » [traduction libre]⁵⁸.

57. Enfin, d'un point de vue pratique, nous estimons que le Rapport n'établit pas comment la suppression proposée de l'étape préliminaire d'autorisation permettrait d'obtenir des résultats plus rapides et plus équitables et de réduire les délais associés à l'autorisation d'une action collective.

D. Piste de réforme n° 5 : Éliminer le critère de l'apparence de droit

58. MNC et Medtech s'opposent vivement à l'élimination du critère de l'apparence de droit (ou de « cause défendable »). Ce existant, qui prévoit une analyse sommaire du syllogisme juridique sous-tendant l'action collective proposée par le demandeur, est nécessaire pour atteindre l'objectif principal de l'étape de l'autorisation, soit de filtrer les actions collectives frivoles et celles vouées à l'échec.
59. Non seulement encourageons-nous vivement le législateur québécois à conserver le critère de l'apparence de droit, mais nous soumettons respectueusement que cet aspect du test d'autorisation devrait être rehaussé en vue de mieux s'arrimer aux objectifs du stade de l'autorisation, d'assurer une utilisation plus efficace des ressources judiciaires et, ultimement, d'atteindre un meilleur accès à la justice.
60. Plus le seuil d'autorisation est bas et le fardeau de preuve, léger, plus le risque est élevé que des actions collectives sans fondement ou abusives soient intentées dans le but d'extorquer un règlement injuste, en raison des pressions à régler qu'une action collective exerce sur les entreprises, quel que soit le bien-fondé des recours⁵⁹. Ce risque est loin d'être théorique. L'expérience récente montre une augmentation des actions collectives sectorielles intentées à l'encontre de tout un pan d'une industrie donnée par un seul représentant contre un large éventail de défendeurs avec lesquels il n'a aucun lien contractuel et à l'égard desquels aucune preuve d'un quelconque comportement répréhensible n'est apportée. Profitant du seuil d'autorisation bas et des diverses présomptions reconnues au fil du temps par le droit prétorien, les demandeurs cherchent ainsi à imposer aux défendeurs un fardeau de preuve inversé, les forçant à établir qu'ils n'ont pas eu les comportements contestés ou que le produit qu'ils ont fabriqué n'est pas défaillant⁶⁰.

⁵⁸ N. M. PACE, *Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature*, Santa Monica (California), RAND Institute for Civil Justice, 2007, à la p. 593.

⁵⁹ *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, 2010 BCSC 922 au para 18, appels autorisés pour d'autres motifs, 2011 BCCA 187 et 2013 CSC 58; voir également Warner aux paras 71-72.

⁶⁰ Les actions collectives intentées au Québec au cours des dernières années contiennent une pléthore d'exemples de ce phénomène, dont, entre autres, les actions collectives intentées contre des assureurs automobiles et des assureurs habitation qui allèguent diverses pratiques trompeuses ou autrement

61. Soucieux des risques d'utilisation abusive du véhicule procédural qu'est l'action collective et des impacts qui en résultent pour les défendeurs, les ressources judiciaires et l'accès à la justice, des auteurs provenant de tous les milieux militent de plus en plus en faveur d'un test renforcé au stade de l'autorisation. Entre autres, comme l'a fait remarquer le juge en chef de la Cour suprême du Canada, et contrairement à ce qui est suggéré dans le Rapport, un seuil d'autorisation plus bas n'équivaut pas toujours à un meilleur accès à la justice : par exemple, une action collective autorisée à la suite d'une interprétation généreuse des conditions d'autorisation qui aboutirait à un règlement prévoyant le paiement de sommes insignifiantes aux membres du groupe ne répondrait pas à l'objectif d'accès à la justice⁶¹. Un auteur souligne qu'un seuil d'autorisation plus élevé peut envoyer un signal fort dans les cas où l'action collective est autorisée et encourager le défendeur à négocier un règlement, alors qu'un test d'autorisation laxiste n'envoie aucun tel message relativement au mérite potentiel de l'action et incite donc le défendeur à choisir de se défendre contre l'action collective sur le fond⁶².
62. Sous le régime actuel, les allégations du demandeur sont tenues pour avérées et doivent seulement être appuyées par une « certaine preuve ». Il est largement reconnu que ce critère fixe un seuil peu élevé pour l'autorisation. Nous proposons de redéfinir le seuil en ce qui concerne le deuxième critère d'autorisation et d'adopter le critère de la « possibilité raisonnable de succès au mérite » élaboré par le législateur québécois en ce qui concerne les actions collectives relatives aux manquements aux obligations de divulgation sur le marché secondaire des valeurs mobilières⁶³. Ce critère a été élaboré dans le but d'éviter les recours opportunistes ou malveillants (« *strike suits* »), c'est-à-dire, des actions non fondées intentées en vue de contraindre des défendeurs ciblés à conclure un règlement injuste, qui étaient devenus légion aux États-Unis et de « faire en sorte d'éviter les recours non fondés et d'éviter que les défendeurs y consacrent du temps et de l'argent, ou à faire en sorte que l'on mette fin au recours au début du processus »⁶⁴. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'expérience a démontré que le risque d'actions opportunistes ou malveillantes existe généralement dans l'environnement des actions collectives au Québec et ne se limite pas aux actions collectives en matière de valeurs mobilières.

illégalles liées à l'utilisation de réseaux de fournisseurs privilégiés (*Jacques Généreux & Robert Beaudry c. Desjardins Groupe d'assurances générales inc., et al.*, 705-06-000009-218 et *Alain Tessier c. Desjardins Groupe d'assurances générales inc., et al.*, 410-06-000008-209).

⁶¹ Le très honorable RICHARD WAGNER, « Comment l'action collective est devenue ce qu'elle est » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, à la p. 286.

⁶² CLAUDE MARSEILLE, « Le danger d'abaisser le seuil d'autorisation » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, id., aux pp. 256-257.

⁶³ *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c V-1.1, à l'art. 225.4.

⁶⁴ *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc.*, 2015 CSC 18 aux paras 30 et suivants.

63. Tel que déjà indiqué, les frais de défense des actions collectives et des règlements dans le domaine des produits pharmaceutiques et des instruments médicaux ont des impacts sociétaux plus larges en termes d'influence potentielle sur les décisions des professionnels de la santé, de restrictions à l'innovation et de limites à la disponibilité des produits — tous des conséquences non souhaitables d'un point de vue de politique publique. Un seuil d'autorisation plus élevé ferait en sorte que seules les actions collectives suffisamment bien fondées pour compenser ces impacts sociétaux négatifs soient intentées et autorisées à aller de l'avant.
64. Le critère d'autorisation élaboré dans le contexte des actions collectives en matière de valeurs mobilières a permis d'écarter efficacement les recours qui ne doivent pas être autorisés à aller de l'avant en tant qu'actions collectives et il le ferait tout aussi bien pour les actions collectives relatives aux produits pharmaceutiques et instruments médicaux. Par exemple, les tribunaux se sont appuyés sur ce critère pour refuser d'autoriser une action collective en matière de valeurs mobilières au Québec, dans laquelle on alléguait une divulgation inadéquate des effets secondaires possibles d'un médicament et des questions de la *Food and Drug Administration* au sujet de ces effets secondaires, ce qui aurait constitué un changement important dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'entreprise⁶⁵.
65. Enfin, nous comprenons que cette piste de réforme envisage l'ajout éventuel en droit québécois de la possibilité de présenter une demande de « jugement sommaire » à l'étape du mérite, semblable à celle qui est actuellement disponible dans les provinces de *common law*, en remplacement du critère de l'apparence de droit. D'une part, ce moyen procédural n'existe pas au Québec et la possibilité de son éventuelle adoption n'est, évidemment, pas un motif valable pour écarter dès à présent le critère de l'apparence de droit au stade de l'autorisation. D'autre part, à notre avis, ce moyen procédural éventuel ne devrait de toute façon pas remplacer l'analyse du bien-fondé du recours dès le stade de l'autorisation selon les modalités discutées plus haut. Autrement, les actions mal fondées survivraient artificiellement jusqu'à un stade ultérieur, entraînant ainsi une mauvaise utilisation du temps et des ressources des parties et des ressources judiciaires. Une intervention hâtive du tribunal pour filtrer les actions sans fondement demeure préférable.
- E. Pistes de réforme nos 6 à 8 : Améliorer l'évaluation et l'approbation des honoraires des avocats en demande**
66. MNC et Medtech sont généralement en faveur des pistes de réforme qui visent à améliorer l'évaluation et l'approbation des honoraires des avocats en demande. Toutefois, en ce qui concerne la dernière proposition relative à la nomination d'un *amicus curiae*, nous recommandons que cette solution ne soit utilisée que dans des cas exceptionnels soulevant des questions complexes ou nouvelles

⁶⁵ *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc.*, 2015 CSC 18.

concernant les droits des membres du groupe absents et qui ne peuvent être traitées de manière adéquate par les avocats des parties. La nomination automatique d'un *amicus curiae* dans chaque cas où il est demandé au tribunal d'approuver une transaction ou les honoraires des avocats en demande augmenterait indûment le coût des actions collectives pour les parties et entraînerait des délais supplémentaires. En outre, les frais associés à la nomination d'un *amicus curiae* devraient être payés en les retranchant de tout montant payable aux membres du groupe, selon des règles similaires à celles qui régissent le paiement des honoraires des avocats en demande.

III. CONCLUSION

67. Nous saluons l'initiative du MJQ d'avoir entrepris cet important projet et nous sommes reconnaissants de l'occasion qui nous est donnée de présenter nos commentaires et propositions de réforme.
68. Du point de vue de MNC et de Medtech, un régime québécois d'action collective équitable et efficace en est un qui accorde un véritable accès à la justice tant aux membres du groupe qu'aux défenseurs, qui ne gaspille pas les ressources judiciaires et qui établit un meilleur équilibre entre les effets sociétaux positifs et négatifs potentiels des actions collectives. En particulier, ce type de régime découragerait le dépôt d'actions collectives frivoles, sans fondement et/ou d'une portée excessive, permettrait d'écarter ou de restreindre ces actions à un stade préliminaire et ferait en sorte que les juges qui assurent la gestion d'instance puissent traiter efficacement toutes les sources de délai au stade de l'autorisation ainsi que les inefficacités liées au chevauchement des actions collectives dans différentes provinces.

Jeudi, 30 Septembre, 2021

M. Simon Jolin-Barrette
Ministre de la Justice
Ministère de la Justice
Palais de Justice de Montréal
1, rue Notre Dame Est
9^e étage, bureau 9.80
Montréal, Québec
H2Y 1B6

Ministère de la Justice
Édifice Louis-Philippe-Pigeon
1200, route de l'Église
9^e étage
Québec, Québec
G1V 4M1

Monsieur le Ministre Jolin-Barrette,

Constructeurs mondiaux d'automobiles du Canada (CMAC) est l'association nationale des fabricants représentant les intérêts canadiens de 15 des fabricants automobiles les plus respectés au monde : BMW Canada inc., Groupe Volkswagen Canada inc., Honda Canada inc., Hyundai Auto Canada Corp., Jaguar Land Rover Canada ULC., Kia Canada inc., Maserati Canada inc., Mazda Canada inc., Mercedes-Benz Canada inc., Nissan Canada inc., Porsche Cars Canada Ltée, Subaru Canada inc., Toyota Canada inc., Véhicules Volvo du Canada Corp. et Ventes de véhicules Mitsubishi du Canada inc. CMAC défend une politique publique judicieuse pour assurer que le marché canadien de l'automobile soit concurrentiel et durable. Nos membres sont dévoués à répondre aux besoins des Canadiens en matière de déplacement en leur offrant un choix plus varié, des caractéristiques de sécurité et des technologies environnementales à la fine pointe de l'industrie, tout en éliminant les contraintes réglementaires et les barrières inutiles au commerce.

Le mardi 1^{er} juin, votre gouvernement a annoncé le lancement d'une consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec. Cette consultation fait suite à un rapport du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal (ci-après le « Laboratoire ») qui recommande la révision de l'étape de l'autorisation préalable de l'action collective et recommande des mesures de gestion de l'instance « actives et proactives », afin de réduire les coûts et les délais applicables en la matière. Les membres du CMAC sont fermement opposés aux changements proposés.

L'étape de l'autorisation préalable de l'action collective ne devrait pas être modifiée

L'analyse du Laboratoire démontre que l'étape de l'autorisation préalable remplit sa mission et ses objectifs essentiels. Le Laboratoire stipule que l'autorisation préalable vise à :

- Protéger la partie défenderesse contre les actions frivoles ou non fondées, et protéger contre un accaparement inutile des ressources importantes du système judiciaire;
- Circonscrire les paramètres de l'action collective en en déterminant les balises; et
- Spécifier les questions en litige et les conclusions recherchées.

Le Laboratoire indique que « le critère d'apparence de droit est le plus fréquemment invoqué par la Cour supérieure pour refuser une demande d'autorisation (...), ce qui pourrait suggérer que le nombre de dossiers frivoles ou sans fondement en droit soit élevé au Québec ». Le Laboratoire ajoute que « compte tenu qu'au moins 35 % des dossiers ne passent pas le cap de l'autorisation, il est probable que l'autorisation serve bel et bien sa mission première de filtrage ». Cette mission joue un rôle important de conservation des ressources judiciaires et de réduction des délais pour les actions collectives méritoires. Les ressources judiciaires et les coûts supplémentaires requis par l'autorisation d'un tiers supplémentaire d'actions collectives seraient énormes. Tous les Québécois profitent indirectement du filtrage des dossiers frivoles et sans fondement, car les coûts juridiques impliqués dans la défense contre les actions collectives entraînent souvent l'augmentation du prix de vente des produits de la partie défenderesse.

La réticence de certains de nos membres vient du fait que les cas d'autorisation au Québec se sont affinés et stabilisés après quatre appels à la Cour suprême du Canada, incluant ¹Infineon Technologies AG c. Option consommateurs, ²Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello, ³L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J. et ⁴Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin. Les décisions de ces cas font jurisprudence pour cette étape procédurale essentielle, sans modifier la formulation de la loi applicable. Les membres du CMAC estiment qu'un changement des règles à ce stade mettrait en danger un équilibre qui fonctionne bien à présent et entraînerait des appels supplémentaires auprès de la Cour suprême du Canada, augmentant significativement les délais de jugement pendant les dix prochaines années.

Les actions collectives impliquent de plus en plus fréquemment plusieurs juridictions, s'étendant à de nombreuses, voire à toutes les provinces. Le système judiciaire, les plaideurs et les sociétés juridiques ont déployé de nombreuses ressources pour créer des protocoles permettant de gérer ces cas multijuridictionnels et de les adapter aux réalités constitutionnelles du Canada. Cette évolution s'est faite au cas par cas, sur une période de plus de dix années. Les juges québécois ont contribué louablement à ce processus, veillant à ce que les intérêts de leurs administrés soient adéquatement représentés et protégés.

¹ [Cour suprême du Canada, Jugements de la Cour suprême : Infineon Technologies AG c. Option consommateurs 2013.](#)

² [Cour suprême du Canada, Jugements de la Cour suprême : Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello, 2014](#)

³ [Cour suprême du Canada, Jugements de la Cour suprême : L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J., 2019](#)

⁴ [Cour suprême du Canada, Jugements de la Cour suprême : Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin, 2020](#)

L'étape de l'autorisation préalable s'apparente à l'étape de certification en vigueur dans d'autres provinces. La modification de cette étape d'autorisation pose le risque de mettre le Québec en décalage avec les autres provinces du pays et de compromettre les investissements et avancées remarquables réalisés dans la pratique multijuridictionnelle au service des Québécois et de tous les Canadiens.

[Au regret des parties défenderesses,] les avocats des parties demanderesses changent souvent leurs stratégies et leurs théories juridiques au cours d'une action collective, une technique de « cible mouvante » qui entraîne directement une augmentation des coûts et des retards. Bien que cette technique soit toujours permise, l'autorisation préalable encourage la mise en œuvre de ces ajustements au début de l'action collective, ce qui minimise en partie leurs impacts négatifs.

Les membres du CMAC s'opposent à toute restriction du standard de présentation de preuve lors de l'étape de l'autorisation. De telles restrictions saperaient l'efficacité du processus de protection contre les demandes frivoles et non fondées.

Le rapport propose l'abandon du critère d'apparence de droit et transfère la responsabilité sur « la partie défenderesse [de] faire valoir ses droits par le biais d'un moyen d'irrecevabilité ». Cette proposition est en flagrante contradiction avec les conclusions du Laboratoire qui indiquent que le test d'apparence de droit sert de mécanisme de filtrage des dossiers frivoles (« Il faut souligner que nous avons analysé les critères d'autorisation les plus fréquemment invoqués pour refuser l'autorisation au Québec, et le fait que 70 % des demandes soient rejetées sur la base de l'absence d'apparence de droit »). En transférant la responsabilité sur les parties défenderesses, le processus ne remplira plus l'objectif de l'étape de l'autorisation préalable, c'est-à-dire de protéger les parties défenderesses contre les actions frivoles ou non fondées. Exiger que les parties demanderesses créent une action collective qui répond aux critères du standard d'apparence de droit permet d'éviter le problème de la « cible mouvante » (détaillé ci-dessus et ci-après) et de remplir l'objectif visant à circonscrire les paramètres de l'action collective en en déterminant les balises.

Il semblerait que la proposition de modification du processus d'autorisation préalable se base exclusivement sur la conclusion que « les délais causés par l'autorisation sont importants » et sur le souhait d'utiliser les ressources des tribunaux à meilleur escient. Cette conclusion est faillible et omet de prendre en compte le contexte important des actions collectives. Il est illogique d'analyser la durée entre la mise en œuvre d'une action collective et sa résolution exclusivement en termes de mois ou de jours. Le temps nécessaire à la résolution d'une action collective, évoqué comme un problème dans le rapport, n'en est souvent pas un. De multitude raisons entraînent un délai apparent, sans qu'elles aient un rapport quelconque avec l'étape de l'autorisation préalable ou la protection contre les dossiers frivoles :

- La règle de priorité en vigueur au Québec incite les avocats des parties demanderesses à déposer des actions collectives le plus rapidement possible, souvent sans enquête adéquate ni définition d'une stratégie ou d'une théorie juridique précise. La notion même de priorité, impliquant de déposer d'abord un dossier et d'enquêter ensuite, cause des délais inhérents.

- Comme nous le mentionnons plus haut, les parties défenderesses font souvent face à des « cibles mouvantes » lorsque les avocats des parties demanderesses modifient leurs demandes, leurs stratégies et leurs théories juridiques. Cela provoque invariablement des délais, une perte de temps et une utilisation inutile des ressources des tribunaux.
- Ce qui peut sembler être un délai dans la résolution des actions collectives au Québec est en réalité l'utilisation de ressources juridiques d'autres juridictions, au profit des résidents du Québec et sans qu'il leur en coûte quoi que ce soit. De nombreuses actions collectives menées au Québec sont en réalité des « copies » d'actions collectives déposées aux États-Unis ou dans d'autres provinces du Canada. Ces autres juridictions mènent souvent une enquête sérieuse sur ces actions collectives d'origine et les jugent, servant d'exemple au Québec. Dans ces situations, les Québécois bénéficient de ce travail, sans aucuns frais ni mobilisation des ressources de leurs tribunaux. Souvent, les règlements de ces actions collectives négociés dans ces autres juridictions s'appliquent également aux résidents du Québec. Le règlement de l'action collective est ensuite soumis à l'approbation des tribunaux du Québec, impliquant peu ou pas d'action judiciaire de la part du Québec dans l'entrefaite. Si aucun règlement n'est négocié, les Québécois peuvent utiliser les résultats des enquêtes et des démarches réalisées dans ces autres juridictions et les soumettre aux tribunaux québécois.

De leur côté, les juges du Québec apprécient cette efficacité et la prennent en compte lors de la gestion des dossiers, tout en veillant à ce que les intérêts des résidents québécois soient représentés et protégés adéquatement. Ces procédures fonctionnent bien et remplissent les objectifs des actions collectives.

Le rapport propose également une gestion interventionniste des dossiers, sans prendre en compte l'utilisation importante des ressources judiciaires qui en résulterait. Le système judiciaire québécois gère déjà activement les dossiers d'actions collectives en personnalisant leur approche en fonction des circonstances et des intérêts des résidents du Québec. Le temps requis pour que les juges québécois puissent évaluer avec soin les facteurs mentionnés pourrait, en dehors de tout contexte, être interprété comme des « délais ». Cependant, exiger une implication interventionniste augmenterait inutilement la charge de travail des juges du Québec, sans offrir aucun avantage tangible par rapport aux résultats déjà obtenus actuellement par l'application excellente de la discrétion des juges dans la gestion des dossiers.

L'approche actuelle de l'étape de l'autorisation préalable devrait donc être maintenue.

Enfin, nos membres ne comprennent pas la proposition « d'encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu » (de crainte que le travail d'analyse ne soit pas fait correctement), surtout lorsque cette proposition est opposée à une autre, consistant à « encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier ». Chaque partie souhaite souvent résoudre un dossier à l'amiable pour éviter les frais juridiques associés à une action de longue durée. Les tribunaux du Québec veillent déjà, de façon très efficace, au respect des intérêts des parties impliquées dans l'action collective en s'assurant que les résolutions amiables sont « justes et raisonnables » avant de les approuver.

Nous vous remercions de prendre en compte notre demande. Nous nous tenons à votre disposition pour répondre à vos questions et n'hésitez pas à partager vos commentaires avec nous.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de nos sentiments respectueux.

David C. Adams
Président et Directeur Général

**Consultation publique du Ministère de la Justice du Québec
Perspectives de réforme de l'action collective au Québec**

**Mémoire d'Omni Bridgeway
29 Septembre 2021**

1. Omni Bridgeway (Canada) Capital Limited (« Omni Bridgeway ») est heureuse de présenter ses observations au ministère de la Justice (« Ministère ») dans le cadre de sa consultation sur l'opportunité de proposer une réforme législative du régime applicable aux actions collectives au Québec.
2. Omni Bridgeway constate que l'objectif du Ministère est de rendre les actions collectives plus accessibles, efficaces et équitables pour la population. L'un des principaux impacts du modèle d'affaires d'Omni Bridgeway est de faciliter l'accès à la justice pour ses clients, y compris les membres d'un groupe dans les actions collectives que l'entreprise finance.
3. Comme l'a souligné la Cour d'appel du Québec dans une décision récente¹, les actions collectives sont « un service à la disposition du citoyen pour pallier le déséquilibre existant entre les parties ». Les actions collectives permettent aux demandeurs qui ont chacun des réclamations trop petites pour qu'il soit possible de les mener à terme de manière économique, de se regrouper afin que la réclamation du groupe devienne viable, en particulier pour des avocats disposés à agir suivant une entente à honoraires conditionnels (souvent appelée « à pourcentage »), facilitant ainsi l'accès à la justice aux membres du groupe.
4. Il n'est pas rare, cependant, qu'un autre obstacle à l'accès à la justice se dresse lorsque ces avocats ne sont pas ou plus en mesure d'agir sans aucune rémunération et de financer à même leurs propres fonds des déboursés qui peuvent s'élever à des centaines de milliers, voire des millions de dollars dans des affaires complexes de grande envergure. Dans ces circonstances, les avocats et le représentant du groupe peuvent s'associer à des financiers de litiges comme Omni Bridgeway pour s'assurer que l'accès à la justice ne soit pas compromis en raison du manque de ressources financières des parties demanderesses, surtout lorsque comparées à celles des parties défenderesses.
5. De cette manière, le véhicule procédural de l'action collective et le financement de litiges ont pour attribut commun de pallier le déséquilibre financier existant entre les parties en permettant aux réclamations fondées d'être intentées et menées à terme.

¹ [*Trottier c. Canadian Malartic Mine*, 2018 QCCA 1075, par. 36.](#)

Historique – Omni Bridgeway

6. Omni Bridgeway, anciennement connue sous le nom de Bentham IMF, est la filiale canadienne d'Omni Bridgeway Limited (« OBL »), l'une des sociétés de financement de litiges les plus anciennes et les plus expérimentées au monde. OBL possède dix-huit bureaux répartis sur plusieurs continents et est cotée à la Bourse d'Australie (ASX : OBL) depuis 2001. Le statut de société publique d'OBL favorise la transparence et l'imputabilité.
7. Omni Bridgeway a ouvert des bureaux canadiens à Toronto en 2016 et à Montréal en 2018. L'équipe canadienne d'Omni Bridgeway comprend sept anciens avocats provenant de cabinets réputés, dont certains ont une expérience significative dans le domaine des actions collectives. Omni Bridgeway a financé plusieurs dossiers au Québec jusqu'à présent, dont l'un où la Cour suprême du Canada a ultimement avalisé l'entente de financement initialement approuvée par un tribunal québécois.²
8. Omni Bridgeway fournit des capitaux d'investissement aux demandeurs et aux cabinets d'avocats pour des litiges de grande envergure, y compris les actions collectives. Le financement peut être pour les honoraires d'avocats, les déboursés et, en cas de décision défavorable pendant ou à la fin de l'affaire, comprend généralement un engagement de payer les dépens et autres frais de cour auxquels la partie défenderesse a droit. Omni Bridgeway est seulement rémunérée si l'action qu'elle finance est couronnée de succès; dans le cas contraire, elle perd les fonds qu'elle a investis et peut être tenue de payer des dépens et des frais. Si et quand une action collective est couronnée de succès et que des sommes sont récupérées, l'entente de financement - généralement conclue au début d'une action collective et avant que le résultat ne soit connu - prévoit normalement le remboursement de toutes les sommes d'argent qu'Omni Bridgeway a déboursées et un rendement calculé sous forme de pourcentage des sommes recouvrées ou d'un multiple de la somme investie par Omni Bridgeway.
9. Depuis son arrivée en bourse en 2001, Omni Bridgeway a financé plus de 80 actions collectives dans les différents pays où elle exerce ses activités.
10. Bien qu'aucune des pistes de réforme spécifiques contenues dans le document de consultation du Ministère ne concerne directement le financement de litiges, le document mentionne dans les Constats généraux à la page 3 que certaines personnes s'interrogent sur les « formes variées et nouvelles de financement » disponibles pour les actions collectives. Dans ce contexte, les présentes observations offrent un résumé de la façon dont le financement a été utilisé dans le cadre d'actions collectives au Québec, tel que rapporté dans quelques décisions judiciaires, et fournissent quelques réflexions en réponse à des points spécifiques contenus dans le document de consultation.
11. Omni Bridgeway se fera un plaisir de répondre à toute question et/ou d'aborder tout sujet qui ne sont pas couverts par les présentes observations.

² [9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp., 2020 CSC 10](#)

Financement des actions collections au Québec

12. Seules quelques actions collectives ont été financées au Québec. Le fait que le représentant du groupe et ses avocats ne soient pas autant exposés à une condamnation très importante pour des dépens et frais de justice en cas d'échec de l'action collective que leurs homologues dans d'autres provinces comme l'Ontario, pourrait être l'une des raisons pour lesquelles la participation de financiers est moins répandue au Québec. Le Fonds d'aide aux actions collectives (« FAAC ») offre également un certain financement pour les honoraires juridiques et les déboursés, bien que pour des montants limités, et une protection contre les condamnations au dépens et frais. Le FAAC joue certainement un rôle important dans la promotion de l'accès à la justice, mais il fonctionne avec un budget limité chaque année.
13. Différentes circonstances peuvent amener les avocats agissant en demande dans les actions collectives au Québec à envisager un partenariat avec un financier comme Omni Bridgeway. La première est lorsqu'une action collective, par son ampleur, tant en termes de temps à y consacrer (des années sans percevoir de revenus) que de ressources financières à assumer pour des déboursés comme les experts, les consultants et les outils nécessaires à la gestion documentaire (des millions de dollars), devient trop importante pour un avocat ou un cabinet d'avocats. Les exigences financières immédiates de décaissements liées à un dossier spécifique, qui s'ajoutent aux exigences financières continues liées au fonctionnement d'un cabinet pendant plusieurs années sans que des honoraires puissent être perçus, peuvent devenir ingérables.
14. C'est la situation décrite dans *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, où, après qu'une action collective contre des institutions financières ayant duré plus d'une décennie ait culminé par une victoire devant la Cour suprême du Canada (2014 CSC 55) et un règlement de 56 millions de dollars, la Cour a approuvé le paiement de 13,5 millions de dollars en honoraires d'avocats et de 7,3 millions de dollars en frais de financement de litiges.
15. La juge Claudine Roy, alors à la Cour supérieure, expliquait la dynamique en jeu comme suit :

[32] ... il faut tenir compte de l'importance du recours collectif comme véhicule procédural d'accès à la justice et tenir compte de la réalité économique des avocats qui agissent en demande.

[33] Il faut se replacer au moment de la conclusion des conventions pour comprendre les risques auxquels se sont exposés les avocats en demande. Douze années se sont écoulées depuis le début des procédures, sans que les avocats ne sachent si, ultimement, ils seraient rémunérés pour leur travail.

[34] Concurrément, leur responsabilité professionnelle est en jeu vis-à-vis tous les membres du groupe. Ici, les enjeux dépassaient leur couverture d'assurance, de sorte que les actifs des avocats sont devenus le gage des victimes potentielles d'une faute professionnelle dans l'exécution du mandat.

[...]

[39] Le cabinet Trudel & Johnston a été fondé en 1998 par Me Trudel et Me Johnston, tous deux inscrits au tableau de l'Ordre du Barreau du Québec en 1993. Depuis sa fondation, le cabinet vise à se spécialiser en recours collectif et en droit d'intérêt public.

[40] Il n'est pas nécessaire de reprendre en détail le développement du cabinet. Qu'il suffise de dire que, même après 16 ans d'activités, les gains financiers obtenus dans les dossiers de recours collectifs, combinés au recours intensif au crédit traditionnel et à une rémunération des avocats salariés basés en partie sur un partage des risques, ne suffisaient pas, en 2009, pour permettre au cabinet de poursuivre ses opérations.

[41] Les deux associés avaient liquidé la quasi-totalité de leur épargne-retraite afin de permettre la survie du cabinet. L'équité sur les actifs immobiliers était insuffisante pour assurer le financement du cabinet. Tous leurs actifs personnels étaient et sont toujours donnés en garantie auprès de leur banquier à titre de sûreté au remboursement des crédits octroyés au cabinet.

[42] En 2010, 2011 et 2013, Trudel & Johnson explique aux représentants leur impossibilité à continuer de financer le recours. Avec leur accord, le cabinet trouve des tiers (Lexfund et Therium (UK) Holdings Limited) disposés à financer la suite des dossiers. Ils conviennent que les coûts liés au financement seraient assumés par les membres des groupes (en sus du respect des conventions signées antérieurement prévoyant le paiement de 25 % des sommes perçues pour les membres), en cas de succès seulement. (citations internes omises)

16. Comme le démontre l'affaire *Marcotte*, il peut être extrêmement long et coûteux d'agir en demande dans certaines actions collectives, particulièrement lorsque les défendeurs disposent de ressources importantes. Dans les cas les plus complexes, le coût des nombreuses expertises nécessaires peut atteindre plusieurs millions de dollars. Dans ces situations, le soutien des financiers de litiges peut s'avérer essentiel afin de donner les coudées franches aux avocats et leur permettre de poursuivre une réclamation au meilleur de leur capacité pour le bénéfice des membres du groupe.
17. La juge Claudine Roy a résumé comme suit le développement de l'industrie du financement de litiges et ses avantages dans l'affaire *Marcotte* :

[43] Face aux coûts de justice, une industrie a vu le jour qui n'est pas encore répandue au Québec, mais qui prend de l'ampleur au Canada et est plus développée en Grande-Bretagne. Un client qui ne pourrait autrement faire valoir ses droits peut obtenir du financement en échange de l'engagement de remettre un rendement élevé au financier. En contrepartie, ce dernier accepte de risquer ses fonds et n'est payé que si le demandeur obtient gain de cause.

[44] Le très honorable Lord Rupert Jackson de la Chambre des Lords a conduit une enquête exhaustive relative aux coûts en matière de litige civil. Dans son rapport intitulé *Review of Civil Litigation Costs*, Lord Jackson, notamment, mentionne que le financement de litiges par des tiers (« third party financing ») constitue une voie d'accès à la justice.

[45] Une entente sur le financement d'un litige lie généralement le financier et le client. Ici par contre, bien que les demandeurs aient consenti à ce que le remboursement des frais de financement soit prélevé sur les sommes

recouvrées pour les membres, comme les parties ignoraient le sort du litige, ce sont plutôt les avocats qui ont garanti le paiement des frais de financement, à même les honoraires auxquels ils pouvaient avoir droit. Le remboursement des frais de financement n'est donc pas demandé aux défenderesses, mais bien aux membres qui ont bénéficié de ce financement.

[46] Évidemment, vu le risque, le coût du financement est élevé.

18. Les critiques du financement de litiges dans le contexte d'actions collectives soulignent souvent que les membres du groupe risquent de recevoir moins en raison des frais qui doivent être versés au financier. La vraie question consiste toutefois à évaluer la possibilité réelle que des membres n'aient rien reçu ou aient reçu beaucoup moins dans des circonstances où les avocats du groupe se voient contraints d'abandonner l'affaire ou d'accepter un règlement hâtif moins favorable.
19. Comme l'illustre l'affaire *Marcotte*, les avocats du groupe peuvent être soumis à de fortes pressions financières lorsqu'une affaire prend des années à être résolue et nécessite des investissements très importants en temps et argent. Bien que les membres du groupe aient pu recevoir une plus grande part du gâteau en l'absence de la participation d'un financier, il s'agissait potentiellement d'un gâteau plus petit, voire d'aucun gâteau lorsque la situation financière de l'avocat signifie qu'une réclamation potentiellement fondée n'est jamais entamée ou est abandonnée. Le financement de litiges offre aux membres du groupe l'assurance que l'affaire sera poursuivie jusqu'à son meilleur résultat possible et qu'elle ne sera pas réglée prématurément en raison de contraintes financières. La juge Claudine Roy a souscrit à ce point de vue dans l'affaire *Marcotte* :

[49] Bien qu'il [les frais du financier] s'agisse d'un montant important [13,18% des sommes recouvrées], en l'occurrence, ces financements étaient nécessaires pour permettre de mener les dossiers à terme. (citations internes omises)

20. Une situation similaire a été reconnue par la Cour supérieure dans une autre décision publiée concernant un financement, *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, 2018 QCCS 3836 :

[83] Les déboursés encourus par les avocats des Demandeurs s'élèvent à la somme de 2 217 870,27 \$ et incluent des frais de financement de la présente action collective de 2 100 000 \$, encourus auprès de IMF Bentham Ltd. [maintenant Omni Bridgeway]

[84] La Représentante a consenti à ce financement, sans l'obtention duquel les avocats ad litem des Demandeurs soumettent au Tribunal qu'ils n'auraient jamais pu mener la présente action collective à terme.

[85] Madame la juge Claudine Roy, dans l'affaire *Marcotte*, indique que de tels frais de financement sont remboursés par les membres à même les sommes recouvrées collectivement, en sus des honoraires des avocats.

[86] Nous partageons le point de vue de madame la juge Roy applicable en l'espèce. Il était nécessaire d'obtenir le financement pour continuer à aller de l'avant.

[...]

[88] Les avocats du Groupe estiment que l'Entente [de règlement au montant de 153 507 134\$], dont les modalités, termes et conditions sont détaillés ci-dessus, constitue un excellent résultat pour les membres du Groupe. Le Tribunal partage cet avis pour les motifs exposés ci-dessous.

[89] Les avocats des Demandeurs ont fait preuve d'une efficacité méritoire en obtenant ces résultats appréciables moins de 19 mois après le Jugement d'autorisation et moins de 15 mois après le Jugement d'appel.

21. Les affaires *Marcotte* et *Marcil* illustrent toutes deux que le financement de litiges peut être essentiel dans certaines circonstances pour garantir que les avocats du groupe puissent poursuivre adéquatement des réclamations complexes et obtenir le meilleur résultat possible pour les membres du groupe.
22. Le financement de litiges peut éliminer ou réduire le risque que, même lorsqu'une affaire se déroule bien, l'avocat du groupe soit finalement contraint d'envisager de faire passer son propre intérêt financier avant celui des membres du groupe et d'accepter un règlement moindre afin de garantir certains honoraires, plutôt que de risquer de perdre au procès et de ne rien récupérer. En utilisant le financement de litiges plutôt que le financement bancaire traditionnel, les avocats du groupe sont soulagés de la pression qui peut être liée à une énorme dette souvent garantie par des actifs personnels.

Commentaires sur des points spécifiques soulevés dans le document de consultation

23. Omni Bridgeway formule les observations suivantes concernant certaines des pistes de réforme énoncées dans le document de consultation.

Volume élevé d'actions collectives

24. Dans ses Constats généraux, le document mentionne qu'il continue d'y avoir un volume élevé d'actions collectives au Québec et que certaines personnes prétendent qu'il y a beaucoup de réclamations frivoles ou *de minimis*.
25. L'une des idées fausses les plus répandues sur l'industrie du financement de litiges est qu'elle pourrait conduire à une augmentation injustifiée du nombre d'actions collectives. Certains vont même jusqu'à suggérer qu'elle pourrait augmenter le nombre de réclamations frivoles. Ces deux propositions sont inexactes. Comme les financiers ne sont payés que si l'affaire est gagnée, ils sont très sélectifs. Par exemple, Omni Bridgeway ne finance qu'environ 5 % de toutes les demandes de financement qu'elle reçoit, tant dans le monde qu'au Canada, ce qui démontre son engagement à ne soutenir que les actions méritoires ayant des chances élevées d'aboutir à un résultat positif pour les demandeurs et à ne pas encombrer les tribunaux de réclamations sans fondement. En soi, le faible nombre de cas rapportés d'actions collectives financées au Québec montre que les financiers ne sont pas responsables de l'augmentation du nombre de recours ou du dépôt de réclamations frivoles.

26. Comme l'illustrent les cas rapportés au Québec dont il est question ci-dessus, les financiers s'impliquent rarement dans des réclamations *de minimus*, à moins que les dommages ne soient très importants dans leur ensemble. Étant donné que les financiers ne sont payés que sur le produit des règlements ou des jugements, et compte tenu de l'important engagement en capital qu'ils prennent habituellement, ils refuseront généralement de financer des actions collectives qui ne prévoient pas de dommages importants pour les membres du groupe. En général, les financiers s'impliqueront dans des dossiers complexes et importants qui pourront potentiellement apporter une compensation réelle et significative aux membres du groupe.

Variété de cabinets d'avocats agissant à titre d'avocats du groupe

27. Les pages 6 et 7 du document de consultation comprennent des statistiques sur le nombre de cabinets d'avocats qui déposent des actions collectives, y compris le pourcentage d'actions collectives déposées par les mêmes cabinets d'avocats. La présence de financiers garantit que les membres du groupe peuvent bénéficier d'un large éventail d'avocats disposés à poursuivre leurs réclamations. L'inadéquation entre les parties – les défenderesses avec des avocats souvent nombreux payés sur la base d'un taux horaire et les demandeurs avec des avocats travaillant sans recouvrement d'honoraires pendant des années – peut dissuader de nombreux avocats à agir pour les membres d'un groupe. Le financement peut amener un plus large éventail d'avocats à la fois à entamer des causes fondées et à les mener à terme dans le meilleur intérêt des membres.

Stratégies pour une gestion efficace et active des actions collectives (points 1 et 2)

28. En général, les avocats du groupe qui reçoivent un financement pour le temps qu'ils consacrent à une affaire très importante ou pour des déboursés coûteux seront en mesure d'être plus proactifs et de faire progresser l'affaire plus rapidement. Par exemple, ils seront moins limités dans leur capacité à se consacrer pleinement à l'affaire et à dépenser les fonds nécessaires pour des outils électroniques permettant une révision efficace des documents ou pour retenir les services d'experts compétents qui prépareront des rapports essentiels pour leur cause.

Processus d'approbation des honoraires des avocats, y compris lorsqu'une entente de financement est en place (points 6, 7 et 8)

29. En règle générale, Omni Bridgeway est d'avis que les tribunaux sont actuellement bien outillés pour évaluer le caractère raisonnable des honoraires d'avocats et l'impact, le cas échéant, que l'existence d'une entente de financement devrait avoir.
30. Les décisions *Marcotte* et *Marcil* discutées ci-dessus sont de bons exemples d'une pondération adéquate des divers facteurs et de l'équilibre à atteindre pour protéger les intérêts des membres du groupe.
31. Omni Bridgeway est sceptique quant à l'idée décrite au point 6 du document de consultation, selon laquelle l'attribution des honoraires ne devrait se faire qu'après que la Cour ait pu observer les distributions aux membres et le « succès » relatif de l'étape

du recouvrement. Puisque les avocats n'ont aucun contrôle sur le succès du recouvrement, autre que de s'assurer que les avis adéquats soient envoyés, l'ajout de ce facteur dans l'évaluation ne semble ni juste ni justifié et risquerait de créer une trop grande incertitude.

32. Pour la même raison, le fait de reporter l'approbation des honoraires jusqu'à ce qu'un processus de recouvrement individuel ait lieu ne fournirait pas une prévisibilité suffisante et pourrait avoir un effet dissuasif sur la volonté des avocats d'introduire des réclamations susceptibles d'aboutir à un recouvrement individuel ou de convenir de règlements qui offrent de bons résultats pour les membres du groupe mais envisagent un processus de recouvrement individuel. Du point de vue d'un financier, un certain degré de certitude quant au rendement attendu est une condition commercialement raisonnable pour conclure une entente de financement.
33. En ce qui concerne les commentaires formulés au point 7 du document de consultation, selon lesquels la méthode d'évaluation du caractère raisonnable des honoraires met trop l'accent sur les risques pris et pas assez sur les heures réellement travaillées par les avocats, Omni Bridgeway estime que l'approche actuelle, qui donne aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire considérable, est saine et qu'aucune autre directive ou intervention législative n'est nécessaire. Il existe déjà d'importants freins et contrepoids, notamment l'intervention croissante des tribunaux dans le processus d'approbation des règlements des actions collectives.
34. Les tribunaux devraient continuer à être prudents et évaluer les risques au moment où ils ont été assumés, lorsque le processus de litige a commencé, et non une fois l'affaire terminée, le litige gagné et les fonds collectés et disponibles pour distribution, avec le bénéfice du recul. De l'avis d'Omni Bridgeway, la décision *Marcil* est un bon exemple d'une analyse appropriée :

[108] La responsabilité et le risque assumés par les avocats des Demandeurs doivent être appréciés, prenant en compte la situation qui prévalait au moment où ceux-ci ont accepté le mandat d'agir dans cette affaire.

[109] Les avocats des Demandeurs se sont engagés dans ce dossier malgré les délais inhérents qui seraient requis afin de mener une action collective si volumineuse et si complexe à terme, malgré les montants en jeu et malgré le risque particulier de mesures législatives spéciales dont le Tribunal a fait état ci-dessus.

[110] Les avocats des Demandeurs ont accepté d'être rémunérés sur la base d'une convention d'honoraires à pourcentage, assumant ainsi le risque de ne pas être rémunérés en cas d'échec.

[111] Ils ont, en particulier, fait des sacrifices extraordinaires en assumant les risques de la présente action collective et des dossiers apparentés depuis 2011, soit depuis plus de sept ans, en prenant à leur charge une bonne partie du travail requis et en y consacrant l'essentiel de leur pratique.

[112] Comme le démontre la déclaration sous serment de Me Manon Lechasseur, le temps et les efforts investis ont eu un impact significatif sur leur vie personnelle et professionnelle et que l'échec de la présente action collective aurait entraîné

une perte financière considérable dont l'impact aurait été beaucoup plus important, mettant possiblement en jeu la survie de leur pratique professionnelle et leurs plans de retraite.

[113] Les avocats ad litem des Demandeurs et leurs avocats-conseil ont encouru un coût d'opportunité important en ne consacrant pas leur temps au développement de leur clientèle ou à des dossiers offrant une rémunération plus stable et moins risquée.

[114] Les avocats des Demandeurs soumettent que la responsabilité et les risques assumés dans la présente action collective étaient d'une importance majeure et que le Tribunal partage cet avis, à la lumière des motifs qui précèdent.

[115] Dans les circonstances, nous croyons que les honoraires doivent être à la hauteur des risques que les avocats des Demandeurs ont accepté d'assumer afin de représenter les intérêts des membres du Groupe puisque, pour employer l'expression anglaise « betting the Farm » (« ils pariaient la « Ferme »)

35. Il est également crucial d'éviter la distorsion de la rétrospective lorsqu'on examine les frais auxquels un financier a droit en vertu d'une entente de financement. Les financiers acceptent de fournir un financement, souvent de plusieurs millions de dollars, sur la base des meilleures informations disponibles mais bien souvent incomplètes, concernant une affaire dont le résultat est bien souvent imprévisible. Et même si l'affaire aboutit, la partie défenderesse peut être incapable de payer ou la couverture d'assurance peut être inapplicable ou épuisée.
36. En fin de compte, les frais des financiers dépendent de diverses considérations, notamment du montant de la réclamation, du montant recouvrable estimé, des coûts estimés, de la durée estimée jusqu'à la résolution du litige et des risques encourus. Des résultats négatifs ou moins favorables sont parfois occasionnés par des développements inattendus dans le dossier, des éléments de preuve défavorables qui émergent au cours de la procédure ou un changement législatif. Les financiers sont souvent tenus d'évaluer et d'assumer ces risques dès le départ, avant la première audience du tribunal, lorsqu'il existe des incertitudes importantes en termes de temps qu'il faudra pour résoudre l'affaire, de frais juridiques et autres et, bien sûr, du résultat.
37. Les risques pris par les financiers ne sont pas tout à fait comparables au risque assumé par un avocat facturant des honoraires conditionnels. Dans le cadre d'une entente d'honoraires conditionnels, le risque de l'avocat se limite au temps consacré à l'affaire et, dans certains cas, aux déboursés. L'avocat exerce un contrôle sur le temps qu'il consacre à l'affaire et sur la rémunération de son personnel afin de gérer ce risque. En revanche, les financiers ne sont pas les prestataires des services juridiques. Leur rémunération dans le cadre d'une entente de financement de litige est basée sur leur engagement à fournir un investissement important en capital pour soutenir une réclamation qu'ils ne contrôlent pas.
38. Dans l'ensemble, Omni Bridgeway considère que les tribunaux sont actuellement bien outillés pour évaluer le caractère raisonnable des honoraires et que des orientations supplémentaires ou une réforme législative ne sont pas nécessaires.

39. Il nous fera plaisir de répondre à toute question que le Ministère pourrait avoir qui n'a pas été abordée dans ces observations.

Mémoire sur la consultation publique
Perspectives de réforme de l'action collective au Québec

Présenté à
Monsieur Simon Jolin-Barrette
Ministre de la Justice du Québec

Septembre 2021

Le Bureau d'assurance du Canada est l'association qui représente les sociétés privées d'assurance de dommages. L'industrie de l'assurance de dommages joue un rôle de premier plan dans l'économie québécoise en permettant à la population de se prémunir contre des sinistres pouvant avoir un impact important sur sa sécurité financière en protégeant son patrimoine.

Pour mener à bien sa mission, le BAC :

- maintient des relations suivies avec le gouvernement, les consommateurs et toute autre partie concernée;
- intervient dans des dossiers règlementaires et législatifs;
- fait équipe avec le gouvernement et avec divers intervenants dans des initiatives de prévention;
- informe le grand public en matière d'assurance, tant dans le quotidien qu'en situation de crise;
- élabore des campagnes d'éducation et de sensibilisation à l'intention des consommateurs.

Le BAC est non seulement le porte-parole de l'Industrie, mais aussi un précieux partenaire pour les gouvernements, les intervenants du milieu de l'assurance de dommages et les consommateurs.

Bureau d'assurance du Canada
1981, avenue McGill College, bureau 620
Tour BNP Paribas
Montréal (Québec) H3A 2Y1

Septembre 2021

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION	2
2. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX	2
3. COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES SUR LES PISTES DE RÉFORME	4
4. CONCLUSION	7

1. INTRODUCTION

Au nom de ses membres, le Bureau d'assurance du Canada (BAC) salue l'initiative du ministère de la Justice d'effectuer une réflexion en profondeur de l'action collective au Québec. Les assureurs de dommages sont des acteurs importants de l'action collective au Québec, car ils interviennent fréquemment, notamment afin de défendre les intérêts de leurs assurés lorsque ceux-ci sont poursuivis. Ainsi, les assureurs ont une bonne connaissance de ce véhicule procédural et des enjeux auxquels sont confrontés les intervenants qui l'utilisent.

Le présent mémoire expose la position des assureurs de dommages relativement aux pistes de réforme proposées dans le document de consultation publique (Document de consultation) et aux suggestions figurant dans le rapport du Laboratoire sur les actions collectives (Rapport). Principalement, le BAC souhaite commenter les enjeux suivants :

- Le principe de proportionnalité qui doit être incorporé de manière spécifique aux dispositions afin d'assurer une application concrète et mesurable;
- Le principe de la transparence qui doit s'appliquer à toutes parties intéressées lors d'une action collective, ce qui inclut les tiers qui la financent;
- Le mécanisme d'approbation des honoraires qui doit être revu pour s'assurer qu'ils sont raisonnables, de façon que les victimes soient justement indemnisées;
- L'importance d'un mécanisme de reddition de compte et de collecte de données.

Le BAC propose également de nouvelles pistes de réflexion pour la réforme de l'encadrement de l'action collective.

2. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Réforme axée sur la proportionnalité

En 2016, le nouveau Code de procédure civile (CPC) est entré en vigueur. La réforme du CPC avait pour objectif de faciliter l'accès à la justice et a introduit les principes directeurs de la procédure. L'un de ces principes directeurs est le principe de proportionnalité édicté à l'article 18 du CPC. Le BAC recommande d'intégrer ce principe aux dispositions applicables aux actions collectives afin de rendre son application concrète et mesurable.

Le BAC recommande également qu'une réflexion sur les actions collectives multi juridictionnelles, ou impliquant plusieurs défendeurs, soit effectuée pour s'assurer que le principe de la proportionnalité y soit bien adapté, considérant notamment le nombre d'avocats impliqués.

Réforme axée sur la transparence

Par souci de transparence, le BAC recommande l'encadrement des ententes de financement ou des tiers qui financent les actions collectives. À cet égard, le BAC s'interroge sur le fait que le Document de consultation ne contienne pas de piste de réflexion sur le financement des actions collectives par un tiers, dans la mesure où le CPC ou une loi sectorielle n'encadre pas directement les ententes de financement. Plusieurs juridictions ont entamé des réflexions importantes sur le

financement par un tiers des actions collectives ou ont effectué des modifications législatives¹. C'est le cas de l'Ontario, qui a modifié la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*² en 2020 pour introduire un encadrement des accords de financement par un tiers lors d'actions collectives. Toujours en 2020, l'Union européenne a également réformé sa directive relative aux actions collectives³ en introduisant, entre autres, des articles sur le financement par des tiers afin de garantir une meilleure transparence et l'absence de conflits d'intérêts.

Réforme axée sur les principes de règlementation intelligente

Cette réforme doit inclure un mécanisme de reddition de compte afin de mesurer l'impact des modifications et de démontrer que les objectifs prévus par la réforme se sont matérialisés. Un mécanisme de reddition de compte permet également d'identifier rapidement les enjeux et de les rectifier. **Le BAC recommande donc l'ajout d'une obligation de faire un rapport au ministre de la Justice qui se lirait comme suit :**

Le ministre de la Justice doit, au plus tard le [insérer date], et par la suite, tous les cinq ans, faire un rapport sur l'application du Code de procédure civile ainsi que sur les sujets que le ministre peut lui soumettre en lien avec les actions collectives. Ce rapport comprend également des recommandations, le cas échéant, afin d'atteindre les objectifs.

Le ministre dépose ce rapport à l'Assemblée nationale dans les 15 jours suivant sa réception ou, si elle ne siège pas, dans les 15 jours suivant la reprise des travaux.

Le BAC considère que cette obligation est cohérente avec les principes de l'article 27 (Reddition de comptes) de la *Politique gouvernementale sur l'allègement réglementaire et administratif – pour une règlementation intelligente*⁴ qui prévoit que les ministères doivent se doter d'un mécanisme de révision des règles qui ont des impacts sur les entreprises.

Pour bien mesurer l'état de la situation et exécuter une reddition de compte efficace, la collecte de données est un élément central. **La réforme devrait prévoir la création d'un plan statistique avec collecte de données obligatoire.** Dans la mesure où le CPC prescrit à l'article 593 alinéa 3 que le tribunal entende le Fonds d'aide aux actions collectives (Fonds) avant de se prononcer sur les frais de justice et les honoraires, il serait intéressant de considérer attribuer cette responsabilité à ce dernier. Ainsi, il pourrait avoir des statistiques officielles sur les honoraires en fonction des facteurs utilisés par le tribunal dans l'approbation des honoraires. Cette fonction permettrait de surveiller l'évolution de ces derniers. D'ailleurs, le BAC constate que le Fonds ne fait pas l'objet d'une étude ou de piste de réforme tant dans le Rapport que dans le Document de consultation. Or, le Fonds joue un rôle essentiel en offrant un soutien financier et informatif aux personnes qui désirent intenter une action collective.

¹ Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, *Litigation funding and the regulation of the class action industry*, 12 décembre 2020, https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Corporations_and_Financial_Services/Litigationfunding/Report

² LO 1992, c6.

³ Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=uriserv%3AAOJ.L_.2020.409.01.0001.01.FRA

⁴ Décret 1166-2017.

3. COMMENTAIRES SPÉCIFIQUES SUR LES PISTES DE RÉFORME

Piste de réforme n° 1 : Forcer un changement dans les pratiques et la culture par une gestion d'instance plus serrée

▪ Question 1 (p. 9)

Le Rapport propose la mise en place d'une stratégie visant à encourager non seulement les tribunaux, mais aussi, et surtout, les parties à gérer activement ces dossiers, de manière à réduire les délais. À cet égard, le CPC prévoit des pouvoirs de gestion plus importants pour le juge que lors d'un recours traditionnel. Le BAC appuie cette piste de réforme puisque le rôle du juge est primordial dans la bonne gestion d'une action collective. Le BAC considère que celui-ci devrait détenir les pouvoirs nécessaires pour une gestion active du dossier.

▪ Question 2 (p. 10)

À la deuxième puce de la question 2, le Laboratoire sur les actions collectives (Laboratoire) propose d'encourager les parties à travailler ensemble et en équipes réduites à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige. Le BAC rappelle que le CPC prévoit déjà l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre. Il est important que cette mesure et, plus précisément, le souhait de travailler en équipe réduite n'affectent pas le droit d'être défendu par l'avocat de son choix.

Quant à la recommandation d'encourager les parties à travailler ensemble, notamment pour préciser les questions en litige, le BAC précise que l'obligation de collaborer ne devrait pas devenir un moyen pour combler les lacunes d'une action mal fondée. La possibilité pour la demanderesse de raffiner des allégations vagues ou bien de corriger la définition des membres du groupe en obtenant des informations additionnelles de la part de la partie défenderesse aurait pour effet de dénaturer la procédure contradictoire.

À la troisième puce de la question 2, le Laboratoire propose d'encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu en se méfiant des règlements trop précoces. Cette proposition semble contredire ou, du moins, grandement atténuer le principe directeur du CPC de favoriser la solution rapide des litiges et pourrait priver les victimes d'une indemnisation en temps utile. Encourager les règlements hors cour constitue une saine politique judiciaire contribuant à l'efficacité de l'administration de la justice. Dans l'exercice de l'appréciation d'une entente intervenue entre les parties, le tribunal ne devrait pas être obligé d'attribuer une inférence négative à un règlement conclu dès le dépôt de l'action collective. D'ailleurs, dans certains cas, la conclusion d'un règlement hors cour au début des procédures judiciaires constitue un avantage important pour les membres du groupe, leur permettant d'entamer leur processus de deuil. Par exemple, dans le jugement sur demande pour approbation d'une transaction de la décision *Schneider c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Herron*, le juge vient préciser les avantages de l'entente pour les membres du groupe, dont le fait de ne pas avoir à partager leurs rapports médicaux ou à se soumettre à une expertise médicale au cours de l'instance⁵. Dans la mesure où plus de 60 % des actions collectives se règlent à l'amiable avant le jugement d'autorisation⁶, le BAC craint que cette mesure augmente les délais ainsi que les frais. Pour

⁵ Par. 31. <https://www.registredesactionscollectives.quebec/fr/Fichier/Document?NomFichier=7931.pdf>

⁶ Catherine Piché, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Les éditions Thémis, 2019, p. 64.

ces raisons, le BAC n'est pas d'accord avec la proposition d'encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu en se méfiant des règlements trop précoces.

Le BAC recommande que la réflexion porte plutôt sur les critères devant guider le tribunal dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation d'un règlement hors cour et qu'elle vise à s'assurer que celui-ci détient tous les pouvoirs nécessaires pour effectuer cette évaluation en toute transparence. À cet effet, un des critères que le tribunal considère lors de cette évaluation est la bonne foi des parties et l'absence de collusion. Un auteur notait l'importance des mesures prises pour minimiser les conflits d'intérêts entre le représentant du groupe et son avocat comme suit :

Dans le sens opposé, une collusion peut aussi intervenir entre l'avocat et le représentant. On est loin de l'exemple américain du cabinet Milberg Weiss qui a versé des ristournes illégales à même les 3.8 milliards de dollars obtenus d'un règlement à l'amiable, mais la possibilité d'une entente entre ces partenaires dans le but de s'enrichir mutuellement reste plausible. C'est la raison pour laquelle le représentant ne doit pas être en droit de recevoir de gratification en cas de réussite de l'action, pour éviter précisément tout appât du gain. D'aucune manière ne doit-il être exposé à une situation qui pourrait mettre sa probité en jeu. Dans cet esprit, le législateur québécois ne lui accorde que le simple remboursement des dépenses encourues, y compris les frais en justice et les honoraires qu'il aurait à payer⁷.

[Nos soulignés]

Également, le BAC recommande le maintien de l'article 593 du CPC qui interdit d'octroyer une indemnité pour compenser le temps et les efforts consacrés par le représentant du groupe afin de limiter les possibilités de conflit d'intérêts⁸.

Piste de réforme n° 2 : Critère de proportionnalité ou d'opportunité du mécanisme d'autorisation

▪ Question 3 (p.11)

Le Laboratoire propose d'ajouter un principe de proportionnalité applicable à toutes les étapes de l'action collective ou d'ajouter formellement la proportionnalité aux critères d'autorisation. Le BAC est d'accord avec cette proposition. Dans l'éventualité où l'autorisation est intégrée à l'instance principale conformément à l'une de vos propositions, la réforme devrait prévoir d'introduire ce principe également aux moyens préliminaires pouvant être invoqués par un défendeur.

Piste de réforme n° 3 : Intégration de l'autorisation à l'instance principale

▪ Question 4 et 5 (p.11)

Le Laboratoire propose de commencer l'action collective par une demande introductive d'instance et non par une demande d'autorisation. Sans se prononcer sur la nécessité de préserver l'étape de l'autorisation, le BAC recommande de maintenir un mécanisme de filtrage et de s'assurer que celui-ci est efficace. À cet égard, il faudra s'assurer de maintenir le critère de l'apparence de droit qui

⁷ Pierre-Claude Lafond, *Libre propos sur la pratique de l'action collective*, Éditions Yvon Blais, 2020.

⁸ Cette interprétation a été confirmée récemment dans la décision de la Cour d'appel, *Attar c. Fonds d'aide aux actions collectives*, 2020 QCCA 1121.

constitue la raison la plus souvent invoquée pour refuser l'autorisation⁹ ainsi que le critère des questions identiques, similaires ou connexes.

Le BAC croit également qu'il serait pertinent que les règles procédurales permettent au tribunal de considérer d'autres critères lorsqu'une situation s'y prête. Par exemple, l'article 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*¹⁰ (LVM) édicte un mécanisme de filtrage plus exigeant que celui prévu au CPC pour les actions en dommages-intérêts intentées sous la LVM afin de préserver la confiance des investisseurs dans les marchés et de mettre un frein aux recours opportunistes. Dans ce cadre, le tribunal doit évaluer si l'action est intentée de bonne foi et s'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause. Cette mesure a été édictée pour atteindre un équilibre entre la possibilité de recours opportunistes et la légitimité de déposer un recours pour obtenir réparation.

Le BAC trouve intéressante la suggestion du Laboratoire¹¹ d'envisager une procédure de jugement sommaire, semblable à celle des provinces de *common law*, qui permet un meilleur équilibre entre les parties dans la mesure où le juge ne tient pas les faits pour avérés à la différence d'un moyen préliminaire. Le BAC souhaite que cette suggestion soit étudiée lors de la réforme.

Piste de réforme n° 4 : Resserrer le processus d'approbation des honoraires

Le processus d'approbation des honoraires est une étape importante. Le tribunal est le gardien des intérêts des membres du groupe et doit s'assurer que les honoraires sont raisonnables.

▪ Question 6 (p.12)

Le Laboratoire propose de fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut. Cette suggestion s'apparente au modèle tarifaire implanté pour l'aide juridique, qui a fait l'objet de critiques de la part de la communauté juridique. Pour trouver une solution aux enjeux soulevés, le modèle tarifaire est actuellement à l'étude par un groupe de travail indépendant pour formuler des recommandations. Considérant que le rapport final de ce groupe de travail est prévu au plus tard le 1^{er} avril 2022, le BAC ne privilégie pas actuellement cette approche pour les actions collectives. Le BAC considère que la solution qui sera développée doit mettre de l'avant le principe directeur de la transparence, de la proportionnalité et de la raisonnabilité des frais et de l'intérêt des membres du groupe.

▪ Question 7 (p.12)

Le Laboratoire propose une méthode systématique qui tient compte du risque encouru et des heures travaillées. Le BAC trouve cette approche en trois temps intéressante, surtout en regard de la méthode du multiplicateur. Le BAC réitère que peu importe la solution retenue, les principes directeurs de la transparence, de la proportionnalité et de l'intérêt des membres doivent être implantés dans la solution.

Le Rapport indique qu'il serait intéressant d'obtenir l'avis d'un intervenant neutre, *tiers amicus*, pour minimiser les effets négatifs de l'absence d'un processus contradictoire. Dans la mesure où la réforme souhaite encadrer de manière plus rigoureuse les frais, le BAC s'interroge sur ceux qu'entraînerait ce nouvel intervenant dans le dossier, qui sera ultimement responsable de les payer et l'impact de l'ajout de ce nouvel intervenant dans la gestion saine et efficiente de l'instance. Pour

⁹ Id. note 6, p. 106.

¹⁰ *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c V-1.1

¹¹ Catherine Piché, *Perspective de réforme de l'action collective au Québec*, septembre 2019, p. 69.

contrebalancer l'absence d'un processus contradictoire, il serait intéressant de considérer un rôle plus interventionniste de la part du juge à cette étape du processus, au lieu d'un *tiers amicus*, et d'établir une collecte de données obligatoire afin que le juge puisse se fier à des données neutres. À cet égard et tel que précisé à la page 3 de ce mémoire (*Réforme axée sur les principes de réglementation intelligente*), le BAC est d'avis que la collecte de données est un élément central, dont la création d'un plan statistique obligatoire est nécessaire pour procurer des informations importantes aux juges.

4. CONCLUSION

À l'instar de la réforme du CPC en 2016, la réforme de l'action collective doit développer et mettre de l'avant des principes directeurs innovants adaptés à l'action collective afin de favoriser un meilleur accès à la justice. La consultation et le Rapport font le constat de nombreux enjeux et proposent des pistes de réforme intéressantes. Le BAC est d'avis que la réforme doit miser sur la transparence de toutes les parties impliquées et sur la proportionnalité de la procédure, laquelle a un impact sur les délais et les frais.

Cette réforme doit également prévoir des mécanismes souples afin d'en assurer la pérennité. À cet égard, le BAC souhaite que le gouvernement pousse sa réflexion sur des enjeux soulevés actuellement dans d'autres juridictions, dont les ententes de financement par un tiers et les actions collectives multi juridictionnelles, afin de prévoir des mécanismes adéquats en regard de nos traditions juridiques.

Le BAC insiste également sur le fait que le gouvernement doit se doter de moyens pour mesurer le succès de sa réforme. À cet égard, un mécanisme de reddition de compte et la collecte de données sont des leviers efficaces.

Finalement, nous vous remercions de l'opportunité que vous donnez aux assureurs de dommages de participer à cette consultation et nous demeurons disponibles afin de discuter plus amplement de ce qui précède.



1. L'Institut pour la réforme juridique de la Chambre de commerce des États-Unis (« **IRJ** ») a le plaisir de présenter la présente soumission en réponse à la consultation publique entreprise par le ministère de la Justice du Québec (« **MJQ** ») au sujet de l'examen du régime des actions collectives du Québec. L'IRJ accueille favorablement l'étude du MJQ sur le processus d'autorisation des actions collectives au Québec et sur le besoin de réforme dans le domaine des actions collectives, avec le bénéfice de plus de 40 ans d'expérience sous le régime juridique actuel.
2. L'IRJ est une organisation de défense publique à but non lucratif affiliée à la Chambre de commerce des États-Unis, la plus grande fédération d'entreprises au monde, qui représente les intérêts de plus de trois millions d'entreprises de toutes tailles et de tous secteurs, ainsi que des chambres locales et des associations industrielles. La mission de l'IRJ est d'assurer un système juridique simple, efficace et équitable. Depuis sa création en 1998, l'IRJ a travaillé avec diligence pour limiter l'incidence des procédures abusives devant les tribunaux américains et a participé activement aux efforts de réforme juridique aux États-Unis et à l'étranger. Ses membres ont un intérêt direct dans la façon dont les litiges sont menés au Canada car nombre d'entre eux font affaires au Canada ou avec des Canadiens.
3. Compte tenu de ce niveau de commerce et d'investissement, les entreprises américaines ont un intérêt direct dans les systèmes juridiques canadien et québécois. Elles et leurs filiales sont également directement exposées aux litiges au Canada et au Québec et, en particulier, aux actions collectives. En fait, bon nombre de ces entreprises ont été défenderesses dans des actions collectives au Québec et ailleurs au Canada au cours des 40 dernières années.
4. Le Document de consultation publique du MJQ, publié en avril 2021, présente une série de pistes de réforme proposées. Pour faciliter la consultation, nous avons organisé les soumissions ci-dessous, à la suite de nos commentaires d'introduction, en utilisant ces pistes de réforme comme titres. L'IRJ n'a pas de position spécifique sur certaines des questions soulevées dans le Document de consultation publique, tel que plus amplement détaillé ci-dessous. Certaines des recommandations spécifiques de l'IRJ en matière de réforme détaillées ci-dessous

sont également décrites dans un document publié en octobre 2017, intitulé *Recipe for Reform: A proposal for Improving Canadian Class Action Procedures*¹.

I. INTRODUCTION ET CONTEXTE DES RECOMMANDATIONS DE RÉFORME

5. À l'origine, les actions collectives ont été conçues pour avantager les personnes légitimement lésées en leur permettant de se regrouper plus facilement et de demander une réparation juridique efficace. Aujourd'hui, de nombreuses actions collectives s'accompagnent de coûts importants, en particulier lorsqu'elles sont introduites sans véritable chance de succès, mais exercent des pressions considérables sur les entreprises pour qu'elles règlent le différend². Outre les risques économiques et réputationnels évidents pour les entreprises qui doivent se défendre contre des actions collectives, les coûts économiques de ces actions collectives peuvent être reportés en bout de ligne sur les actionnaires (sous la forme d'une réduction de la valeur des actions)³, les consommateurs (sous la forme d'une augmentation des prix et d'une diminution ou d'un retard de l'innovation)⁴ et les employés (sous la forme de temps réorienté aux litiges et, dans les cas extrêmes,

¹ En mars 2015, l'IRJ a également publié un document de recherche intitulé "*Painting an Unsettling Landscape: Canadian Class Actions 2011-2014*", dans lequel l'IRJ a passé en revue les évolutions notables du droit canadien en matière d'actions collectives et a mis en évidence les principales stratégies de défense pour les entreprises confrontées à des actions collectives au Canada ("*Painting an Unsettling Landscape*"); disponible au [lien suivant](#).

² Au moins certains juges canadiens ont reconnu que la plupart des actions collectives n'aboutissent jamais à un procès sur le fond parce que les enjeux sont trop importants pour que les parties parient sur un résultat souhaitable et parce que le processus crée un risque important qu'une partie défenderesse innocente soit obligée de se joindre au règlement pour éviter le risque de dommages énormes qu'un procès sur le fond entraîne : voir *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, 2010 BCSC 992, par. 18.

³ Voir "Economic Consequences: The Real Costs of U.S. Securities Class Action Litigation", (U.S. Chamber Institute for Legal Reform 2014).

⁴ Voir Giovanna ROCCAMO, "Medical Implants and Other Health Care Products: Theories of Liability and Modern Trends" (1994) 16 *Advoc. Q.* 421; Steven GARBER, "Product Liability, Punitive Damages, Business Decision and Economic Outcomes" (1998) *Wis. L. Rev.* 237; Steven GARBER, "Product Liability and the Economics of Pharmaceuticals and Medical Devices" (Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice, 1993); Richard MANNING, "Changing Rules in Tort Law and the Market for Childhood Vaccines" (1994) 37 *J.L. & Econ.* 247; Richard MANNING "Is the Insurance Aspect of Producer Liability Valued by Consumers? Liability Changes and Childhood Vaccine Consumption" (1996) 13 *J. Risk Uncertainty* 37.

d'une réduction des salaires ou des emplois)⁵. Ces conséquences soulèvent de sérieuses inquiétudes quant au fait que de nombreux aspects des régimes d'actions collectives et de leur développement au Canada imposent des fardeaux injustifiés aux parties défenderesses et aux tribunaux, aux dépens, en fin de compte, des actionnaires, des contribuables et des consommateurs, et plaident en faveur d'une réforme des régimes d'actions collectives au Canada afin d'établir un équilibre plus juste entre les intérêts de tous les intervenants.

6. Un des objectifs des actions collectives sans cesse réitéré est l'accès à la justice. La Cour suprême du Canada a déclaré que « l'accès à la justice » suppose une issue juste, et non simplement l'accès à une procédure judiciaire engagée pour la forme⁶. Bien que de nombreux auteurs dans ce domaine concentrent leurs remarques sur l'importance de la justice substantielle pour les demandeurs (membres du groupe), certains ont souligné une évidence : les défendeurs, tout comme les demandeurs, ont droit à l'accès à la justice, c'est-à-dire, l'accès à de résultats justes⁷, que ces résultats prennent la forme d'un jugement final ou d'un règlement. Cependant, de nombreux aspects du régime des actions collectives, y compris le seuil d'autorisation peu élevé et les strictes limites imposées à la production d'éléments de preuve par les parties défenderesses au stade de l'autorisation, soulèvent des questions quant à savoir si les actions collectives atteignent équitabement les objectifs d'accès à la justice.

⁵ Voir *Warner v. Smith & Nephew Inc.*, 2016 ABCA 223, par. 72 (décision minoritaire): « [TRADUCTION LIBRE] Malgré les avantages reconnus des actions collectives, elles imposent un coût à l'économie. Des actions collectives inappropriées peuvent augmenter le coût des produits, décourager l'innovation et détourner les fabricants d'activités plus productives. »; *Player v. Janssen-Ortho Inc.*, et. al., 2014 BCSC 1122, par. 184: « [TRADUCTION LIBRE] Lors de la certification, des avis publics indiquant que le médicament fait l'objet d'une action collective et alléguant que le médicament est dangereux et peut causer la mort dans des conditions normales d'utilisation sont susceptibles d'alarmer toute personne utilisant ou peut-être même prescrivant du fentanyl.... si la preuve est insuffisante pour soutenir l'action, les conséquences associées à l'implication dans une action collective étendue et coûteuse sont très sérieuses. »

⁶ *AIC Limited c. Fischer*, 2013 CSC 69, par. 56. Voir aussi *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Attorney General of British Columbia*, 2014 CSC 59, par. 47, où il est noté que les contraintes qui empêchent les plaideurs de présenter des réclamations frivoles ne portent pas indûment atteinte à l'accès à la justice, et peuvent en fait accroître l'efficacité du système judiciaire et améliorer globalement l'accès à la justice.

⁷ *2038742 Ontario Limited v. Quiznos Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONSC 5390, par. 17-18. Voir aussi l'Honorable Frank IACOBUCCI, "What is access to justice in the context of class actions?" dans Jasminka KALAJDZIC, ed. *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*, 28 (LexisNexis Canada, 2011).

7. Bien que nous ne cherchions pas à entraver un véritable accès à la justice, nous cherchons à améliorer le régime actuel des actions collectives pour le rendre équitable pour les deux parties, et à mettre en place des réformes qui reconnaissent les pressions sérieuses exercées sur les entreprises pour qu'elles règlent des actions collectives même peu fondées ou sans mérite, à des coûts sociaux potentiellement importants pour tous. Comme la présente soumission le décrira plus en détail, des réformes spécifiques sont nécessaires pour atteindre les objectifs primordiaux suivants : a) décourager le dépôt d'actions collectives frivoles, sans fondement ou qui ratissent trop large, et b) encourager le règlement ou le jugement rapides et équitables des actions collectives. Par conséquent, la présente soumission propose des réformes procédurales qui portent sur les conditions d'autorisation, les retards au stade de l'autorisation, les cas de chevauchement dans plusieurs juridictions et d'autres sujets connexes.

A. Pistes de réforme n^{os} 1 et 2 : Gestion d'instance active comme moyen de gérer et limiter les délais

Recommandations:

- *Préserver la directive interne existante concernant la fixation de l'audience d'autorisation dans l'année qui suit le dépôt de la demande d'autorisation, mais s'abstenir de promulguer une règle formelle à cet égard ;*
- *Adopter une règle exigeant qu'une conférence de gestion soit convoquée dans les 90 jours du dépôt de la demande d'autorisation, au cours de laquelle les parties et le tribunal conviendraient d'un calendrier procédural pour toutes les étapes menant à l'audience d'autorisation ;*
- *Exiger que le demandeur obtienne l'autorisation du tribunal pour toute modification de la demande d'autorisation ou pour le dépôt de preuves supplémentaires après cette conférence de gestion initiale;*
- *Adopter officiellement le Protocole judiciaire canadien de gestion des actions collectives multijuridictionnelles de l'Association du Barreau canadien comme moyen de parvenir à une gestion plus harmonieuse des actions collectives multijuridictionnelles qui se chevauchent ;*
- *Encourager une utilisation équilibrée des pouvoirs discrétionnaires judiciaires de manière à protéger les droits procéduraux fondamentaux des parties, y compris audi alteram partem ;*

- *Définir des critères clairs pour l'admissibilité de la preuve des parties défenderesses au stade de l'autorisation qui soient compatibles avec les objectifs de cette étape de la procédure.*

8. L'IRJ soumet que les règles, les directives judiciaires et les mesures connexes actuellement en place semblent fournir des moyens adéquats pour porter une action collective au stade de l'autorisation, et éventuellement à un procès sur les questions communes sur le fond, dans un délai raisonnable lorsque les parties et le tribunal le souhaitent collectivement.
9. Ce qui pourrait être perçu par certains comme (et qui sont effectivement parfois) des délais déraisonnables se produisent le plus souvent lorsque l'avocat du groupe ne souhaite pas faire avancer l'affaire rapidement (que ce soit en raison de contraintes de temps, d'un désir de laisser le litige mûrir dans d'autres instances ou pour d'autres raisons stratégiques), lorsque les parties ont choisi de s'orienter vers une résolution qui nécessite des négociations complexes, parfois dans plusieurs juridictions, ou lorsque l'action collective proposée ratisse trop large ou est trop ambitieuse en termes de portée et de parties concernées.
10. Bien qu'il faille éviter les retards excessifs, il convient de noter que les actions collectives sont généralement parmi les affaires civiles les plus compliquées et qu'elles nécessitent un temps et une procédure raisonnables pour être jugées équitablement. Le simple fait que les actions collectives prennent beaucoup de temps pour aboutir à un procès ne signifie pas nécessairement qu'il y a eu un retard « déraisonnable ».
11. À cet égard, nous constatons que le *Rapport préparé à l'attention du ministère de la Justice du Québec* en date de septembre 2019 par le Laboratoire sur les actions collectives sous la supervision de la professeure Catherine Piché (le « **Rapport** ») et le Document de consultation publique indiquent qu'une « action collective prend en moyenne deux ans et 185 jours pour atteindre le jugement final d'autorisation », et concluent ainsi que « les délais causés par l'autorisation sont importants »⁸. Cette conclusion semble être basée sur des données qui datent, au mieux, d'une décennie et qui ne devraient pas être considérées comme indicatives de la situation actuelle au Québec.

⁸ Document de consultation publique, p. 4.

12. Plusieurs mesures ont été mises en œuvre au cours des trois dernières années afin que les actions collectives progressent plus rapidement jusqu'à l'audience d'autorisation. L'une de ces mesures est la création, en 2018, d'un groupe de juges spécialisés de la Cour supérieure du Québec chargés de la gestion de toutes les actions collectives déposées dans le district judiciaire de Montréal⁹ au stade de l'autorisation, avec un nombre de jours judiciaires par année spécifiquement alloué à chaque juge pour accomplir cette tâche. Ces juges ont développé une expertise particulière en ce qui a trait à la gestion des actions collectives au stade de l'autorisation, puis au stade du mérite, et peuvent ainsi s'assurer que les dossiers se rendent avec diligence et efficacité à l'audience d'autorisation et au procès.
13. Outre nos observations générales sur les retards au stade de l'autorisation, nous avons inclus ci-dessous nos commentaires sur certaines pistes de réforme spécifiques proposées par le MJQ ainsi que sur les mesures alternatives proposées par l'IRJ visant à traiter les facteurs à l'origine des retards au stade de l'autorisation d'une manière à la fois efficace et équilibrée.
14. L'IRJ n'est pas favorable à l'adoption d'un délai fixe d'un an après la date de dépôt de la demande pour l'audience d'autorisation de l'action collective proposée. Le système actuel, dans lequel les juges chargés de la gestion d'instance appliquent une directive interne au même effet, est efficace et bien adapté à la réalité pratique des actions collectives, tout en offrant la flexibilité nécessaire pour s'adapter aux exigences des affaires particulièrement complexes ou de celles impliquant un nombre anormalement élevé de défendeurs, ou aux retards résultant de modifications tardives par la partie demanderesse ou de la coordination de procédures multijuridictionnelles se chevauchant.
15. L'IRJ soutient également qu'une gestion hâtive de l'affaire pour déterminer le calendrier procédural menant à l'audience d'autorisation et des limites liées aux amendements tardifs des procédures ou au dépôt de la preuve supplémentaire par la partie demanderesse sont des mesures complémentaires pouvant être mises en œuvre pour mieux contrôler les délais au stade de l'autorisation. Par conséquent, nous proposons l'adoption d'une règle prévoyant la convocation d'une conférence de gestion dans les 90 jours suivant le dépôt de la demande

⁹ La grande majorité des actions collectives sont déposées dans le district judiciaire de Montréal, et les dernières années ont montré une augmentation de cette tendance. En 2020, environ 90 % des demandes d'autorisation d'actions collectives ont été déposées dans le district judiciaire de Montréal, le reste étant réparti dans toute la province.

d'autorisation, au cours de laquelle les parties et le tribunal conviendraient d'un calendrier procédural pour l'étape d'autorisation, et après laquelle la partie demanderesse ne pourrait amender la demande d'autorisation ou déposer de la preuve supplémentaire qu'avec l'autorisation du tribunal¹⁰.

16. L'IRJ est favorable à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des juges chargés de la gestion de l'instance de manière active et proactive, mais souligne que ces pouvoirs doivent être utilisés en tenant soigneusement compte des principes fondamentaux et directeurs de justice codifiés dans le *Code de procédure civile*, y compris le principe *audi alteram partem*¹¹, et doivent être mis en balance avec les droits procéduraux fondamentaux des parties.
17. L'IRJ met également en garde contre certaines pistes de réforme proposées visant à gérer les retards au stade de l'autorisation qui entraîneraient des restrictions indues aux droits procéduraux des parties défenderesses, ce qui nuirait aux objectifs fondamentaux du processus d'autorisation, à savoir la protection des droits des parties défenderesses et le filtrage des actions frivoles. Nous soumettons respectueusement que l'adoption de telles mesures affecterait, en fin de compte, la légitimité du stade de l'autorisation.
18. L'une de ces mesures est l'approche restrictive proposée en ce qui concerne la production de preuve au stade de l'autorisation. Permettre aux parties défenderesses de produire une preuve adéquate, proportionnée et adaptée à l'analyse des conditions d'autorisation est nécessaire pour protéger les membres du groupe, les parties défenderesses et les intérêts du système judiciaire en filtrant les actions frivoles ou mal fondées.
19. L'IRJ convient que les éléments de preuve produits au stade de l'autorisation doivent être limités à l'analyse à effectuer à ce stade, et ne doivent donc pas s'étendre à des éléments de preuve volumineux, complexes et controversés concernant les motifs de défense sur le fond. Cependant, nous pensons que l'adoption d'une approche générique restrictive de la preuve à ce stade aurait au bout du compte un effet négatif sur l'équité et la légitimité du processus d'autorisation et nuirait à ses objectifs. L'IRJ propose plutôt de codifier des principes directeurs

¹⁰ Une mesure similaire a été adoptée en Australie et exige la tenue d'une conférence de gestion initiale dans un délai de six semaines à compter de la date de dépôt de la demande : voir *Practice Note CM 17 — Representative Proceedings Commenced under Part I-VA of the Federal Court of Australia Act 1976*, para. 1.2(b).

¹¹ Art. 17 C.p.c.

pour aider les tribunaux à évaluer ce qui constitue la « preuve pertinente » admissible à ce stade de l'instance. À cet égard, deux principes fondamentaux se dégagent d'une longue jurisprudence sur la question : (i) la preuve que la partie défenderesse cherche à produire doit se rapporter directement à l'analyse des conditions d'autorisation ; et (ii) la preuve proposée doit être proportionnée à la lumière de l'action collective proposée et de l'analyse requise au stade de l'autorisation¹².

20. Enfin, afin de contrôler les délais dans le contexte d'actions collectives multijuridictionnelles intentées dans diverses provinces, nous suggérons également que le *Protocole judiciaire canadien de gestion des actions collectives multijuridictionnelles* de l'Association du Barreau canadien soit formellement incorporé au C.p.c., car cela permettrait une meilleure coordination, et aussi plus harmonieuse, par les juges chargés de la gestion d'instance dans les diverses provinces concernées¹³.

B. Piste de réforme n° 3 : Ajout d'un test ou d'un principe de proportionnalité au stade de l'autorisation

Recommandations :

- *Ajouter un critère de proportionnalité comme cinquième condition d'autorisation ;*
- *Continuer à utiliser la proportionnalité comme principe directeur de la procédure dans l'interprétation des autres conditions d'autorisation et tout au long de la procédure d'action collective (y compris à l'étape du mérite) ;*
- *Considérer l'ajout d'un critère de prédominance au stade de l'autorisation.*

¹² Voir, par exemple : *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2006 QCCS 6290; *Allstate du Canada, compagnie d'assurances c. Agostino*, 2012 QCCA 678; *Option Consommateurs c. Brick Warehouse, l.p.*, 2011 QCCS 569; *Kramar c. Johnson & Johnson*, 2016 QCCS 5296; *J.B. c. Sœurs Grises de Montréal*, 2021 QCCS 3630.

¹³ En ce qui concerne la gestion des actions collectives multijuridictionnelles qui se chevauchent, et bien que cette question ne soit pas spécifiquement abordée dans les pistes de réforme, des pistes de réforme futures pourraient envisager de modifier les critères régissant l'analyse des demandes de suspension des actions collectives québécoises en présence d'actions collectives parallèles qui se chevauchent, afin d'obtenir un meilleur alignement entre les critères utilisés dans les différentes provinces canadiennes à cet égard, comme l'a noté la Cour d'appel du Québec dans la récente décision *Micron Technology Inc. c. Hazan*, 2020 QCCA 1104.

21. L'IRJ est favorable à cette piste de réforme. Depuis longtemps, la proportionnalité fait partie de l'analyse des tribunaux au stade de l'autorisation, bien qu'il y ait déjà eu une controverse quant à savoir si elle devait être considérée comme une condition distincte de l'autorisation, ou plutôt être utilisée comme un principe directeur lors de l'analyse des autres conditions d'autorisation.
22. L'IRJ est favorable à l'adoption de la proportionnalité comme condition d'autorisation autonome, à titre d'outil permettant d'éviter que le mécanisme long, complexe et coûteux d'une action collective ne soit déclenché lorsqu'il s'avère disproportionné ou inapproprié dans les circonstances.
23. Contrairement à ce qui est suggéré dans le Rapport, la proportionnalité n'est pas un facteur qui favorise intrinsèquement l'autorisation d'une action collective¹⁴. Elle doit plutôt être traitée comme un facteur neutre et doit être considérée à la lumière des circonstances de chaque cas.
24. Par exemple, une action collective putative peut ne pas remplir la condition de proportionnalité dans les situations où une société a déjà mis en place un processus d'indemnisation que le tribunal estime adéquat, par exemple, par le biais de remboursements simplifiés des réclamations, de rappels de produits ou de réparations gratuites, selon les circonstances¹⁵.
25. La proportionnalité peut également offrir une protection contre deux tendances en croissance qui ont à la fois terni l'image des actions collectives en tant que véhicule d'accès à la justice et eu un impact négatif sur sa légitimité.
26. La première tendance a été décrite par le professeur Jutras comme la prolifération des actions collectives soulevant des questions d'une étonnante banalité, en violation flagrante de la doctrine *de minimis non curat lex*. Ces actions, qui visent à obtenir une indemnisation pour ce qui serait normalement décrit comme des désagréments normaux de la vie courante, encombrent les rôles des tribunaux et entravent l'accès à la justice¹⁶.
27. La deuxième tendance est la monétisation des demandes d'intérêt public, par laquelle les avocats du groupe conçoivent des demandes monétaires insignifiantes

¹⁴ Rapport, p. 28 et ss.

¹⁵ Voir, par exemple : *Paquette c. Samsung Electronics Canada Inc.*, 2020 QCCS 1160.

¹⁶ Daniel JUTRAS, « L'action collective et l'intérêt public », dans C. PICHÉ, *The Class Action Effect / Les effets de l'action collective*, id., p. 71.

afin de convertir ce qui constituerait autrement un litige d'intérêt public en demandes de dommages-intérêts présentées dans le cadre d'une action collective. Analysées sous l'angle de la proportionnalité, ces demandes apparaîtraient plus vraisemblablement pour ce qu'elles sont réellement, et les tribunaux seraient mieux placés pour rediriger les demandeurs vers un véhicule procédural plus approprié et plus efficace, telles qu'une requête pour jugement déclaratoire ou une procédure d'injonction¹⁷. Ainsi, le critère de proportionnalité offrirait un cadre pour analyser si une action collective est le véhicule procédural approprié dans ces scénarios, à l'instar du critère de « préféralité » utilisé dans d'autres provinces¹⁸.

28. Une norme similaire existe déjà dans d'autres provinces canadiennes et il est souhaitable que l'environnement juridique dans lequel évoluent les entreprises à travers le pays soit aussi prévisible et cohérent que possible. Nous proposons donc que ce nouveau critère de proportionnalité soit aligné sur l'exigence de « préféralité » telle que définie dans les récentes modifications apportées à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, qui exige que le véhicule procédural de l'action collective soit préférable à tous les moyens raisonnablement disponibles pour traiter la demande présentée au nom des membres du groupe, notamment, selon le cas, une procédure quasi judiciaire ou administrative, la gestion des causes pour les demandes individuelles dans une instance civile, ou tout mécanisme ou programme de réparation hors du cadre d'une instance.
29. En plus de l'ajout de la proportionnalité comme condition formelle d'autorisation formelle, ce principe cardinal de la procédure devrait continuer à éclairer l'analyse des autres conditions d'autorisation et devrait continuer à être appliqué à l'instance au mérite de l'action collective.
30. Que la condition de proportionnalité soit combinée à la condition existante des « question communes » ou qu'elle soit adoptée en tant que condition distincte de « prédominance », le test révisé de l'autorisation devrait faire en sorte que les

¹⁷ Daniel JUTRAS, « L'action collective et l'intérêt public », dans C. PICHÉ, *Class Action Effects / Les effets de l'action collective*, id., p. 72-73. Un exemple classique de ce principe se trouve dans la décision de principe *Marvotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, où la Cour suprême du Canada a jugé qu'une action collective n'était pas le véhicule procédural approprié pour contester un règlement municipal sur la fiscalité, puisqu'une seule partie pouvait présenter une demande individuelle en jugement déclaratoire et obtenir un jugement qui bénéficierait effectivement à tous les autres résidents de la municipalité, tout en évitant les complexités et les obstacles procéduraux d'une action collective.

¹⁸ Id.

actions collectives ne soient autorisées que dans les cas où les questions communes de fait et de droit prédominent sur toute question n'affectant que les membres individuels du groupe (c'est-à-dire les questions qui ne peut être tranchées dans le contexte d'un procès sur les questions communes). Un tel résultat serait conforme à la véritable raison d'être des actions collectives et à leur objectif d'économie des ressources judiciaires. Il a également l'avantage de mieux correspondre au test utilisé dans les provinces de *common law*.

C. Piste de réforme n° 4 : Supprimer l'étape préliminaire d'autorisation et l'intégrer à l'instance

Recommandation : Maintenir l'étape préliminaire d'autorisation et améliorer certaines conditions d'autorisation (tel qu'indiqué dans les sections ci-dessus et ci-dessous).

31. Tel qu'indiqué dans le Rapport, le processus d'autorisation vise à atteindre trois objectifs fondamentaux : (i) la protection des membres absents du groupe, (ii) la protection des parties défenderesses, et (iii) la protection de l'utilisation efficace des ressources judiciaires.
32. L'IRJ est particulièrement préoccupé par le deuxième objectif. L'introduction d'une action collective a de graves conséquences pour les parties défenderesses, qui doivent souvent faire face à des conséquences importantes en termes de réputation et de commerce, et qui sont confrontées à un risque financier important en raison de l'agrégation de multiples demandes individuelles¹⁹. En filtrant les actions frivoles ou malveillantes, le processus d'autorisation vise à « s'assurer que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables »²⁰.

¹⁹ André DUROCHER et Claude MARSEILLE, « Autorisation d'exercer une action collective », Jurisclasseur Québec, coll. « Droit civil », *Procédure civile II*, fasc. 21, Montréal, Lexis Nexis, p. 21/6; Brian T. FITZPATRICK, « Do Class Actions Deter Wrongdoing? », dans C. PICHÉ, *Class Action Effects / Les effets de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 188 et ss.; Claude MARSEILLE, « Le danger d'abaisser le seuil d'autorisation » dans C. PICHÉ, *Les effets de l'action collective*, id., p. 255-256.

²⁰ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, par. 61. Voir aussi : Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996, p. 349; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, par. 37; *Lambert c. Whirlpool Canada*, l.p., 2015 QCCA 433, par. 11-12 (demande d'appel rejetée).

33. Malgré les objectifs importants du processus d'autorisation, le Rapport et le Document de consultation publique proposent néanmoins, comme piste de réforme, d'éliminer l'étape préliminaire d'autorisation et de l'intégrer à l'instance principale au mérite.
34. L'IRJ s'oppose fermement à cette piste de réforme proposée, qui modifierait fondamentalement le régime actuel et réduirait effectivement l'efficacité du processus d'autorisation en tant que mécanisme de filtrage. Il faut s'attendre à ce que, par conséquent, les actions sans fondement survivent plus longtemps avant qu'une contestation préliminaire puisse être soulevée, ce qui entraînerait une utilisation moins efficace des ressources judiciaires et ralentirait la progression des actions collectives bien fondées, en raison d'un encombrement excessif du rôle des tribunaux, un phénomène qui devient déjà apparent dans la pratique.
35. Au cours des dernières années, des commentateurs juridiques faisant autorité ont exprimé leur malaise à l'égard du régime d'autorisation actuel, en notant le contraste entre les ressources importantes consacrées à cette étape de l'instance et le seuil peu élevé résultant d'années de jurisprudence abaissant continuellement la seuil d'autorisation. Cela a conduit certains à se demander si, dans ce contexte, l'étape de l'autorisation devrait être éliminée et intégrée à l'instance au mérite ou, au contraire, s'il faudrait lui donner « le mordant qu'elle mérite »²¹. Cette dernière proposition a reçu l'appui de hauts magistrats spécialisés dans le domaine des actions collectives et est certainement celle que l'IRJ juge préférable et davantage recommandable.
36. L'une des partisans d'un critère d'autorisation renforcé est l'Honorable juge Savard, maintenant juge en chef de la Cour d'appel du Québec, qui a écrit :

[29] [...] Certains prônent la suppression de cette autorisation, d'autres, dont je suis, suggèrent plutôt de la renforcer. Mais dans l'attente de la révision de cette question, que ce soit par le législateur ou la Cour suprême, il faut s'assurer que l'action collective puisse jouer son véritable rôle et ne soit pas utilisée à des fins

²¹ Voir les commentaires de l'Honorable juge Bich dans *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716, par. 69-74; voir aussi *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673.

autres que celles pour lesquelles une telle voie procédurale existe.²²

[soulignements ajoutés]

37. Comme le résumant bien les commentaires récents des Honorables juges Côté, Moldaver et Rowe de la Cour suprême du Canada, les objectifs sous-jacents « d'accès à la justice, de modification des comportements préjudiciables et d'économie des ressources judiciaires » qui définissent la procédure d'action collective « ne peuvent cependant être atteints que si une procédure rigoureuse est suivie pour encadrer l'autorisation du recours », et « le recours collectif ne peut atteindre ses objectifs que si les tribunaux donnent sens et substance au texte du législateur, dans le respect de leur rôle institutionnel »²³.
38. Dans une perspective de droit comparé, il est également intéressant de noter que parmi les juridictions qui ont adopté des régimes d'actions collectives dans le monde, la grande majorité²⁴ a choisi d'incorporer un mécanisme d'autorisation (ou de « certification ») semblable à celui actuellement en vigueur au Québec, en se fondant sur le raisonnement selon lequel les juges de première instance devraient « [TRADUCTION LIBRE] examiner le plus tôt possible si le dispositif d'action collective représente un véhicule approprié pour traiter les demandes des membres du groupe »²⁵.
39. Enfin, d'un point de vue pratique, nous estimons que le Rapport n'établit pas comment la procédure révisée proposée, conduisant à la suppression du processus de l'étape préliminaire d'autorisation, permettrait d'obtenir des résultats plus rapides et plus équitables et de réduire les délais associés à l'autorisation d'une action collective.

²² *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, par. 29.

²³ *Desjardins Financial Services Firm Inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, par. 202.

²⁴ L'Australie, qui a opté pour un régime de « décertification », est une exception notable à la règle.

²⁵ N.M. PACE, *Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature*, Santa Monica (California), RAND Institute for Civil Justice, 2007, p. 593.

D. Piste de réforme n° 5 : Éliminer la deuxième condition d'autorisation (le critère de l'apparence de droit) et la remplacer par le véhicule de la demande préliminaire en rejet à l'étape du mérite

Recommandations :

- *Maintenir l'examen du bien-fondé de l'action à la condition d'autorisation prévue à l'article 575(2) C.p.c. ;*
- *Réformer et renforcer le critère existant en adoptant le critère d'autorisation des « chances raisonnables de succès » utilisé dans le cadre de l'action collective relative aux informations fausses ou trompeuses sur les titres du marché secondaire.*

40. L'IRJ s'oppose vivement à l'élimination de la condition de l'apparence de droit ou de « cause défendable » codifiée à l'article 575(2) C.p.c.
41. La partie demanderesse dans une action collective putative doit être tenue de démontrer sommairement que l'action collective proposée a un certain fondement au stade de l'autorisation. Pour les raisons indiquées dans nos remarques introductives, les normes d'autorisation et les seuils de preuve peu élevés sont des sujets de préoccupation importants et appellent donc les pistes de réforme proposées ci-dessous.
42. Non seulement encourageons-nous le législateur québécois à conserver la condition de l'apparence de droit, mais nous soumettons respectueusement que cet aspect du test d'autorisation devrait être renforcé en vue de mieux s'aligner sur les objectifs du stade de l'autorisation, d'assurer une utilisation plus efficace des ressources judiciaires et, ultimement, d'offrir un meilleur accès à la justice à toutes les parties impliquées.
43. Plus le seuil d'autorisation est bas et plus le fardeau de la preuve est léger, plus le risque est élevé que des actions collectives sans fondement ou abusives soient intentées dans le but d'extorquer un règlement injuste, en raison des pressions à régler qu'une action collective exerce sur les entreprises, quel que soit le bien-fondé de la réclamation²⁶. Bien que les actions collectives fassent de plus en plus

²⁶ *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, [2010] BCSC 992, par. 18, demandes d'appel accueillies pour d'autres motifs, 2011 BCCA 187 et 2013 CSC 58; voir aussi Warner, par. 71-72.

souvent l'objet de procès sur des questions communes au Canada²⁷, il n'en demeure pas moins que la plupart des actions collectives n'aboutissent jamais à un procès au mérite. Les parties défenderesses subissent des pressions considérables pour régler les actions collectives dans lesquelles elles sont impliquées, pour des raisons indépendantes de leur bien-fondé, ou à des conditions disproportionnées par rapport au mérite de ces actions. Les facteurs contribuant à la pression en faveur d'un règlement comprennent l'ampleur des dommages potentiels, les coûts économiques colossaux déployés pour se défendre et la pression sur la réputation de l'entreprise due à la publicité, qui est inhérente à de nombreuses actions collectives, indépendamment de leur bien-fondé.²⁸

44. Tout en reconnaissant que le stade de l'autorisation est une étape procédurale, une certaine analyse du bien-fondé d'une action collective proposée devrait être obligatoire au stade de l'autorisation afin d'éliminer rapidement les demandes fragiles. Une action collective proposée peut être sans fondement, soit parce qu'elle n'a aucune chance de succès dans les faits, soit parce qu'elle ne se prête pas à un traitement collectif, même s'il peut y avoir un petit groupe d'individus ayant des revendications viables contre la partie défenderesse. Un seuil d'autorisation plus élevé est nécessaire pour garantir que la justice substantielle ne soit pas sacrifiée aux objectifs d'accès à la justice poursuivis par la législation sur les actions collectives.
45. En effet, l'expérience québécoise récente montre une augmentation des actions collectives « sectorielles » dans une variété d'industries. Il y a donc une réelle tendance à ce que l'action collective, qui se veut un pur véhicule procédural visant à obtenir une justice commutative de façon plus efficace, soit utilisée en lieu et place de commissions d'enquête. De plus, profitant du seuil d'autorisation peu

²⁷ *Painting an Unsettling Landscape*, supra, p. 23 - 25. Bien que plus de 100 procès portant sur des questions communes aient eu lieu dans tout le pays, la grande majorité d'entre eux se sont déroulés au Québec. Le procès en action collective au Québec contre un certain nombre de compagnies de tabac, dont il est question dans cet article, a donné lieu à un jugement de 15 milliards de dollars ; *Letourneau c. JTI MacDonald Corp et al*, 27 mai 2015, confirmé en appel, *Imperial Tobacco Canada liée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358. Dans un autre procès depuis la rédaction de cet article, la Cour supérieure a rejeté une action contre Abbott alléguant un défaut de mise en garde contre un risque dans l'utilisation d'un médicament : *Brousseau c Laboratoires Abbott liée*, 2016 QCCS 5083, confirmé en appel, 2019 QCCA 801.

²⁸ Les juges canadiens ont reconnu que la plupart des actions collectives ne se rendent jamais au procès sur le fond. Voir : *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, 2010 BCSC 992, au par. 18.

élevé et des diverses présomptions reconnues au fil du temps par le droit prétorien, certains demandeurs utilisent ce véhicule procédural pour imposer aux parties défenderesses un fardeau de preuve inversé, les forçant à établir qu'elles n'ont pas eu le comportement contesté ou que le produit qu'elles ont fabriqué n'était pas défectueux — souvent dans le but de faire pression sur ces parties défenderesses pour obtenir un règlement rapide²⁹.

46. C'est précisément ce scénario qui a amené le juge en chef de la Cour suprême du Canada à mettre en garde contre l'adoption de l'hypothèse générale selon laquelle un seuil d'autorisation moins élevé équivaut toujours à un meilleur accès à la justice : une action collective autorisée à la suite d'une interprétation généreuse des conditions d'autorisation qui aboutirait à un règlement prévoyant le paiement de sommes insignifiantes aux membres du groupe ne répond pas à l'objectif d'accès à la justice³⁰. Dans la même veine, un auteur a fait remarquer qu'un test d'autorisation plus strict peut envoyer un signal fort, dans les cas où l'action collective est autorisée, que l'action dénote une apparence de droit et encourager la négociation d'un règlement, alors qu'un test d'autorisation laxiste n'envoie aucun tel message et incite dès lors les parties défenderesses à choisir de défendre l'action collective sur le fond³¹.
47. Selon le régime actuel, la partie demanderesse doit seulement établir « une simple possibilité d'avoir gain de cause » qui n'a à être ni réaliste ni raisonnable³². Il est largement reconnu que ce critère fixe un seuil peu élevé pour l'autorisation.
48. Les conditions d'autorisation prévues par la loi devraient être modifiées de manière à adopter une évaluation préliminaire du bien-fondé de l'action proposée, semblable à celle qui est effectuée pour obtenir l'autorisation d'intenter une action pour information fausse ou trompeuse sur le marché secondaire en vertu de

²⁹ Les actions collectives intentées au Québec au cours des dernières années contiennent une pléthore d'exemples de ce phénomène, dont, entre autres, les actions collectives intentées contre des assureurs automobiles et des assureurs habitation qui allèguent diverses pratiques trompeuses ou autrement illégales liées à l'utilisation de réseaux de fournisseurs privilégiés (*Jacques Généreux & Robert Beaudry c. Desjardins Groupe d'assurances générales inc. et al.*, 705-06-000009-218 et *Alain Tessier c. Desjardins Groupe d'assurances générales inc. et al.*, 410-06-000008-209).

³⁰ Le très Honorable Richard WAGNER, « Comment l'action collective est devenue ce qu'elle est » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects / Les effets de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 286.

³¹ Claude MARSEILLE, « Le danger d'abaisser le seuil d'autorisation » in C. Piché, *Class Action Effects / Les effets de l'action collective*, id., p. 256-257.

³² *Charles c. Boiron Canada inc.*, 2016 QCCA 1716.

la législation sur les valeurs mobilières du Québec. En vertu de cette législation, pour obtenir l'autorisation d'intenter une telle action, le tribunal doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause³³.

49. Les décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc.*³⁴ et *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*³⁵, qui considèrent cette exigence d'autorisation, sont révélatrices de la raison d'être de ce critère et de la manière dont il pourrait être appliqué de façon générale aux actions collectives. Après avoir noté « l'intérêt public » à l'égard des litiges entrepreneuriaux et la nécessité de prendre des mesures pour prévenir les « poursuites opportunistes et dénuées de fondement » dans le contexte des actions collectives en matière de valeurs mobilières — c'est-à-dire, « des actions non fondées intentées en vue de contraindre des défendeurs ciblés à conclure un règlement injuste »³⁶ — la Cour suprême a statué que « le critère préliminaire [d'autorisation] doit être plus qu'un [traduction] “dos d'âne”... Autrement dit, pour favoriser l'atteinte de l'objectif législatif consistant à instaurer un mécanisme de filtrage dissuasif musclé qui écarte les demandes non fondées, le critère préliminaire exige une possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause »³⁷.
50. L'expérience tirée des actions collectives en matière de valeurs mobilières au Canada jusqu'à présent indique que l'exigence d'une évaluation sommaire du bien-fondé n'a pas découragé indûment la poursuite des réclamations fondées, ni empêché que des actions collectives soient entreprises par des avocats en demande estimant qu'elles ont une possibilité raisonnable ou réaliste de succès. Selon une étude de 2017 de NERA Economic Consulting, le nombre d'actions collectives

³³ Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ c V-1.1, art. 225.4.

³⁴ 2015 CSC 18 [*Theratechnologies*].

³⁵ 2015 CSC 60 [*Green*].

³⁶ *Green*, par. 67-69.

³⁷ *Theratechnologies*, par. 38. Voir aussi Anthony DUGGAN, Jacob ZIEGAL, Jassmine GIRGIS, and David FELDMAN, “*The Statutory Claim for Secondary Market Misrepresentations after Theratechnologies and Green*” (Canadian Business Law Journal, 2017).

en matière de valeurs mobilières déposées au Canada a plus que doublé en 2016 par rapport à l'année précédente³⁸.

51. Il y aurait un avantage considérable à exiger de la partie demanderesse dans une action collective putative qu'elle démontre sommairement que l'action collective proposée a un certain bien-fondé au stade de l'autorisation. Une telle exigence fournirait un mécanisme permettant d'éliminer les actions collectives proposées qui sont vouées à l'échec si elles vont à procès et contribuerait à décourager l'introduction de telles demandes. Elle donnerait également au juge d'autorisation une occasion plus importante de restreindre une action collective putative en affinant la définition du groupe proposé et les questions communes pour refléter correctement ce qui est réellement en cause, dans les cas qui sont suffisamment bien-fondés pour justifier une autorisation.
52. Avec une évaluation hâtive du bien-fondé dans le cadre de l'autorisation, les parties défenderesses n'auraient pas besoin d'introduire de longues et coûteuses requêtes pour faire rejeter les réclamations non fondées au stade du mérite, ni de potentiellement constituer une preuve importante avant une telle requête.
53. L'expérience a montré qu'une action collective est tout aussi importante et potentiellement problématique, qu'elle porte sur une opération sur titres du marché secondaire ou sur tout autre domaine du droit. La justification du critère d'autorisation dans l'affaire *Theratechnologies* s'applique également aux autres types d'actions collectives. L'élimination de tous les types d'actions collectives peu ou pas fondées dès le début de l'affaire, avant que des dépenses et des inconvénients importants ne soient encourus par toutes les parties et les tribunaux, favorisera et équilibrera davantage les objectifs d'économie judiciaire, de dissuasion et d'accès à la justice de la législation sur les actions collectives.
54. Enfin, bien qu'une demande pour « jugement sommaire » semblable à ce qui est prévu en common law puisse éventuellement être introduite à l'étape du mérite en droit civil québécois, une telle demande, supposant même qu'elle soit ajoutée au *Code de procédure civile* un jour, ne peut se substituer à un examen approfondi des actions collectives au stade de l'autorisation.

³⁸ « Trends in Canadian Securities Class Actions: 2016 Update », NERA Economic Consulting, (22 février 2017), disponible au <http://www.nera.com/publications/archive/2017/trends-in-canadian-securities-class-actions-2016-update.html>.

E. Pistes de réforme n^{os} 6 à 8 : Améliorer l'évaluation et l'approbation des honoraires des avocats en demande

Recommandation : L'IRJ ne souhaite pas se prononcer sur cette question, si ce n'est que pour mieux encadrer les circonstances dans lesquelles la désignation d'un amicus curiae peut être appropriée et les implications en termes de coûts qui y sont liées.

55. L'IRJ est généralement favorable aux pistes de réforme qui concernent l'amélioration de l'évaluation et de l'approbation des honoraires des avocats en demande. Toutefois, la nomination d'un *amicus curiae* pour conseiller le tribunal sur les questions liées à l'approbation des honoraires des avocats en demande est une solution à réserver aux cas exceptionnels soulevant des questions complexes ou nouvelles. Des critères détaillés ont été développés par la jurisprudence au fil du temps pour évaluer et approuver les honoraires des avocats en demande, de sorte que toutes les affaires ne nécessitent pas la nomination d'un conseiller neutre pour aider le tribunal à cet égard. La nomination automatique d'un *amicus curiae* dans chaque dossier augmenterait indûment le coût des actions collectives pour les parties et entraînerait des délais supplémentaires. En outre, tous les frais associés à la nomination d'un *amicus curiae* devraient être payés en les retranchant de tout montant payable aux membres du groupe, selon des règles similaires à celles qui régissent le paiement des honoraires des avocats en demande.

II. CONCLUSION

56. Nous sommes reconnaissants de l'occasion qui nous est donnée de présenter ces soumissions et propositions de réforme du régime québécois d'action collective.
57. Les réformes suggérées dans le présent document visent à atteindre un juste équilibre dans les procédures d'action collective. En particulier, le maintien du processus d'autorisation et l'adoption de normes d'autorisation plus rigoureuses imposant aux parties demanderesse un fardeau plus lourd pour justifier un traitement de groupe contribueront grandement à mettre un terme aux actions collectives abusives le plus tôt possible, et permettront de mieux affecter les ressources judiciaires aux réclamations méritoires et de faire en sorte qu'elles puissent être entendues plus rapidement, assurant ainsi un meilleur accès à la justice.



67, Sainte-Ursule, Québec (Québec) G1R 4E7

David Bourgoin, avocat

Ligne directe : 418 523-4222

Télécopieur : 418 692-5695

dbourgoin@bga-law.com

Québec, le 30 septembre 2021

PAR COURRIEL

Me Yan Paquette
Sous-ministre associé et sous-procureur général adjoint
MINISTÈRE DE LA JUSTICE
Édifce Louis-Philippe-Pigeon
Québec (Québec) G1V 4M1

Objet : Consultation publique – Perspectives de réforme de l'action collective au Québec

Monsieur le Sous-ministre associé,

Avant d'aborder directement les enjeux soulevés par le rapport de la professeure Piché, je vous remercie de l'invitation et de l'opportunité que vous me donnez d'ajouter mon point de vue à la discussion entourant les changements qui pourraient être envisagés dans le domaine foisonnant et en constante évolution des actions collectives. Il me fait donc plaisir d'apporter ma modeste contribution.

D'entrée de jeu, j'ai eu l'occasion de prendre connaissance des mémoires déposés par les cabinets *TJL*, *Belleau Lapointe* et *Kugler Kandestin* avec lesquels je suis en accord. J'ai toutefois certaines remarques et propositions additionnelles que je tiens à partager.

Je pratique à Québec dans le domaine des actions collectives depuis 2003 après avoir co-fondé le micro-cabinet BGA. Au fil des années, j'ai eu à naviguer et à m'adapter à plusieurs courants et tendances. Tantôt très restrictives, tantôt plus permissives, tantôt littéralistes et rigoristes, tantôt teintées de procès d'intention à l'endroit des avocats de la demande, les positions adoptées par les tribunaux ont évolué, mais il demeure un élément fondamental qui s'est parfois perdu à travers la mer de moyens de contestation soulevés par les défendeurs à l'étape de l'autorisation : si le droit d'action semble bon, il est du devoir des tribunaux de ne pas y mettre fin sur la base de considérations formalistes.

En effet, une approche littéraliste et déconnectée de l'analyse de la cause d'action elle-même ne sert ni la justice, ni les justiciables, ni l'administration de la justice, puisqu'elle n'apporte aucune réponse sur le fond des questions de droit, tout en ouvrant la porte au dépôt de nouvelles demandes d'autorisation couvrant des groupes ayant été inutilement limités ou compartimentés, sans parler des rejets fondés sur des motifs accessoires ou de forme.

Certains juges semblent parfois oublier qu'il y a des vraies personnes touchées par des pratiques de commerce et ils ne voient que des avocats de la demande à la recherche d'honoraires. En d'autres termes, pour ces juges, le rejet d'une demande d'autorisation ou d'une action collective n'affecterait qu'une personne : l'avocat de la demande.

Une telle approche ou façon de penser n'est peut-être pas étrangère à la chute drastique et vertigineuse des nouveaux dossiers d'actions collectives dans la division de Québec.

Un autre facteur pouvant expliquer cette baisse est l'absence d'une équipe de juges dédiée à la gestion de l'étape de l'autorisation comme dans la division de Montréal. Cette équipe de juges mise en place à Montréal a permis d'apporter une certaine prévisibilité, stabilité et uniformisation de la jurisprudence, en plus d'engendrer des gains d'efficacité substantiels.

Je suis en accord avec mes collègues qui suggèrent qu'une équipe similaire devrait être créée pour la gestion de l'étape du fond afin d'éviter que l'audition de moyens préliminaires ou de débats d'objections ne fassent exploser les délais en raison de la disponibilité limitée du juge gestionnaire.

Plusieurs mythes plaidés *ad nauseam* par la défense et qui semblent ancrés dans la grille d'analyse de certains juges doivent être déboulonnés. Tout d'abord, ce n'est pas parce qu'il s'agit d'une action collective que les ressources judiciaires à y consacrer deviennent démesurées lorsque le dossier chemine au fond.

La très grande majorité des actions collectives étant des dossiers de consommation, elles ne nécessitent bien souvent que très peu d'auditions préliminaires, d'interrogatoires au préalable et de journées de procès.

J'ai eu le privilège de piloter plusieurs de ce type d'actions collectives et de prendre part à une douzaine de procès au fond dans des dossiers de consommation, pharmaceutique, de pratiques discriminatoires, de troubles de voisinage, de grève ou moyens de pression et de responsabilité syndicale, la plupart d'entre eux avec mon associé et maintenant partenaire Me Benoît Gamache.

S'il est vrai que mes procès autres qu'en consommation ont nécessité de 3 à 6 semaines d'audition, les dossiers de consommation ont rarement excédé 5 journées d'audition avec des résultats très intéressants pour les membres.

Ainsi, l'épouvantail de la disproportion d'utilisation des ressources judiciaires ou du caractère ingérable d'un dossier lancé par nos collègues de la défense à l'étape de l'autorisation pour tenter d'éviter que leurs clients aient à affronter le fond et les réels enjeux, se dégonfle dans l'écrasante majorité des cas.

Le rôle et le travail des avocats en demande consiste d'ailleurs à être ciblés, précis, efficaces et percutants, ce qui est un modèle d'affaires aux antipodes de celui des avocats de la défense. Autrement dit, notre but est de maximiser le résultat, tout en canalisant notre énergie.

À mon humble avis, la seule vraie étape d'une action collective, c'est le fond et le procès. Paradoxalement, c'est l'étape où les défendeurs sont les plus inconfortables puisque tous les arguments accessoires à la cause d'action qu'ils servent et re-servent aux juges à l'autorisation n'ont plus de prise. Pour employer une expression populaire, c'est là qu'il faut « *parler des vraies affaires* » et dévoiler des informations, des données et des chiffres.

Je pense donc que si des gains d'efficacité sont à faire, c'est bien à l'étape cruciale du fond, mais surtout de l'exécution des jugements. Par exemple, en maximisant les échanges de documents et d'informations avant même que la défense ait été déposée et que les interrogatoires aient eu lieu, en codifiant le principe que le membre est *de facto* représenté par l'avocat en demande même lorsqu'un recouvrement individuel est ordonné et en consacrant l'obligation par le défendeur de communiquer sous engagement de confidentialité l'identité des membres, leurs coordonnées et le montant des indemnités individuelles lorsque ces informations sont en sa possession.

En rafale sur les trois thèmes développés par le Laboratoire, voici mes propositions complémentaires à celles contenues dans les mémoires de mes collègues sur certains changements qui pourraient être apportés :

I- Amélioration de la gestion

- a) Prévoir un protocole de l'instance pour l'étape de l'autorisation avec l'obligation par les défendeurs de dénoncer leurs moyens de contestation sur le droit invoqué (575 (2)) et sur la définition du groupe.
- b) Obligation de tenir une audience préliminaire sur la définition du groupe dans le cas où l'autorisation était accordée.

Ces mesures simples et ciblées permettraient d'éviter des arguments surprise dans les plans d'argumentation ou lors de l'audition de la demande d'autorisation ainsi que des amendements de dernière minute sur ces deux volets, en plus de réduire la durée d'audition et le volume des notes et autorités. Les éventuels moyens d'appel s'en trouveraient également allégés et limités.

II- Que faire de l'étape de l'autorisation?

Les juges disposent déjà de tous les outils nécessaires afin qu'une date d'audition soit fixée rapidement. Les conditions d'autorisation sont également bien établies et connues. J'ai proposé certaines mesures dans la section précédente susceptibles selon moi d'accélérer l'étape de l'autorisation et d'éviter certains débats inutiles.

Si toutefois le législateur envisage resserrer l'étape de l'autorisation, il faudra qu'il prévoie un pendant du côté de la demande en ouvrant le volet exploratoire de la communication des informations et des interrogatoires avant autorisation, sans quoi l'équilibre procédural risque d'être rompu.

III- Les honoraires

Il s'agit de l'éléphant dans la pièce qui illustre le mieux la relation complexe de notre société avec l'argent. C'est la raison pour laquelle cet épineux sujet fait couler beaucoup d'encre et continuera à le faire. Les réflexions suivantes me sont venues à l'esprit à la lecture du rapport du Laboratoire.

Qu'y a-t-il de mal à ce qu'un cabinet d'avocats soit prospère? Faut-il se cacher d'être un entrepreneur¹ au nom de la « pureté » de notre profession? Est-ce que cette pureté consiste à évaluer le travail d'un avocat-entrepreneur sur le principe archaïque de l'accumulation des heures (utiles ou non)? Faut-il plutôt encourager et rémunérer l'efficacité? Une heure utile vaut-elle plus que 500 heures inutiles? Le résultat obtenu ne devrait-il pas être le principal critère d'analyse?

Le risque et la recherche du meilleur résultat font partie intégrante de notre pratique et sont l'ADN d'un avocat de la demande. Tel que je l'ai déjà mentionné, j'ai fait des procès de plusieurs semaines. Or, il m'est arrivé à quelques reprises de voir l'action collective être rejetée sur toute la ligne par la Cour supérieure et de subir également un revers devant la Cour d'appel après parfois dix années d'efforts et de procédures. La préparation d'un mémoire d'appel après un procès de 5 ou 6 semaines est un travail exigeant qui nécessite beaucoup de temps et d'énergie.

¹ Voir les paragraphes 101 à 103 de l'arrêt rendu dans l'affaire *Sibiga* (2016 QCCA 1299). Le juge Kasirer reconnaît que les avocats de la demande en action collective sont des entrepreneurs et qu'il est souhaitable qu'il en soit ainsi.

Le mode de recouvrement ordonné par le jugement sur le fond constitue également une grande source d'incertitude et de risque pour le praticien en demande.

Le risque ultime n'étant-il pas de faire un procès et d'obtenir un jugement?

La liberté d'action et l'assumption du risque permettent aux avocats en demande de pousser les dossiers jusqu'à la Cour d'appel et la Cour suprême. Même en cas de défaite, les membres bénéficient ultimement de ce travail puisque leurs droits sont vigoureusement plaidés devant les tribunaux de première instance et d'appel, alors que sans des avocats qui supportent ces risques, ils n'auraient jamais même été judiciairisés.

Il arrive également que des actions collectives rejetées aient eu pour effet de faire changer la pratique. Il s'agit d'intangibles inhérents à ce véhicule procédural dont les consommateurs et la société profitent.

Il est par ailleurs utile de rappeler l'évidence suivante : le champ de pratique de l'action collective est un marché ouvert. Si c'était si facile, tous les avocats exploiteraient ce domaine. Autre évidence : les honoraires rapportent des taxes et impôts à l'État, sans compter les pourcentages très élevés (jusqu'à 90 %) que le Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC) est autorisé par règlement à prélever sur tout reliquat (j'y reviendrai).

De plus, les avocats de la demande jouent depuis plusieurs années le rôle d'agents d'application de la *Loi sur la protection du consommateur*, lequel devrait pourtant être occupé plus activement par l'Office de la protection du consommateur.

Dans l'optique d'une approche constructive sur la question des honoraires, voici mes suggestions :

- a) Les critères d'analyse des honoraires prévus au Code de déontologie des avocats devraient être pondérés selon l'étape du dossier. Le résultat obtenu et le risque encouru devraient obtenir la pondération la plus élevée après un jugement sur le fond et encore plus s'il a été porté en appel.
- b) Les pourcentages que le FAAC peut prélever sur le reliquat devraient être substantiellement réduits.

Je considère que la démarche amorcée par votre ministère est saine et témoigne d'un intérêt marqué à l'égard de l'accessibilité à la justice, ce qui devrait d'ailleurs être la seule priorité.

Rappelons-nous toutefois que les justiciables s'attendent à ce que justice soit rendue et non que gestion soit rendue. Le processus d'indemnisation et les modes de recouvrement devraient donc être le prochain chantier de réforme de l'action collective, et ce, dans un avenir très rapproché puisque de plus en plus de dossiers se rendent à procès et à jugement.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, je vous prie d'agréer,
Monsieur le Sous-ministre associé, mes salutations distinguées.

A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

David Bourgoïn
BGA inc.

DB/st

Consultation publique
Perspectives de réforme de l'action collective
au Québec

MÉMOIRE

DU CENTRE QUÉBÉCOIS DU
DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Présenté au ministère de la Justice

Septembre 2021

© 2021

Centre québécois du droit de
l'environnement

Courriel : info@cqde.org

Reproduction d'extraits de ce document permise en citant la source de la façon suivante :
CENTRE QUÉBÉCOIS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, *Mémoire présenté au ministère de la Justice,*
dans le cadre de la *Consultation publique – Perspectives de réforme de l'action collective au*
Québec, 2021.

PRÉSENTATION DU CENTRE QUÉBÉCOIS DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Né sous l'impulsion d'un groupe de juristes intéressé·es par les aspects juridiques des enjeux environnementaux, le Centre québécois du droit de l'environnement (CQDE) est un organisme de bienfaisance fondé en 1989. Le CQDE compte plus de 300 membres individuels et corporatifs actifs dans toutes les régions du Québec.

Le CQDE s'est donné pour mission de mettre son expertise juridique au service de la population québécoise et de la protection de l'environnement.

Le CQDE joue un rôle actif au sein de la société québécoise en intervenant dans les débats environnementaux importants qui animent l'actualité. Il participe aux consultations gouvernementales portant sur diverses réformes législatives et réglementaires et intervient devant les instances judiciaires lorsque nécessaire.

Depuis sa fondation, le CQDE offre de l'information juridique à des citoyen·nes et des groupes de protection de l'environnement, leur permettant de faire la lumière sur les dimensions juridiques des problèmes environnementaux auxquels ils font face, dans le but d'assurer le respect du droit à un environnement sain.

Il est le seul organisme à but non lucratif à offrir une expertise indépendante en matière de droit de l'environnement au Québec, permettant par le fait même à la population d'accéder à l'information et à la justice en matière de droit environnemental. En contribuant à la mise en place d'un droit répondant aux crises environnementales auxquelles nous faisons face, le CQDE contribue au développement, à la diffusion et au respect du droit de l'environnement afin de protéger l'environnement et les espèces vivantes.

Commentaires du CQDE

Le CQDE est interpellé par la présente consultation menée par le ministère de la Justice en raison des nombreuses et déterminantes actions collectives en matière environnementale qui ont été entreprises au fil des années et des jugements qui en ont découlé.

L'action collective a permis à des milliers de personnes au Québec d'avoir accès au système de justice pour protéger leur environnement, leur bien-être et leur santé. Le CQDE tient à souligner l'importance de ce véhicule procédural qui ne permet pas seulement de rationaliser les procédures judiciaires, mais qui permet également à un plus grand nombre de pouvoir entreprendre une démarche judiciaire. En ce sens, il s'agit d'un véhicule procédural qui respecte l'esprit du Code de procédure civile, tel qu'il appert dans cet extrait des dispositions préliminaires :

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

(emphase ajoutée)

Que ce soit par des recours historiques tel que celui de Ciment Saint-Laurent¹ ou encore par des actions judiciaires ayant un impact concret sur des milieux de vie, l'action collective participe à l'accès à la justice et à la mise en œuvre de l'esprit du Code de procédure civile et des principes directeurs de cette procédure.

Cela étant, le CQDE estime qu'il est essentiel que l'action collective demeure une action judiciaire accessible et permettant l'obtention d'ordonnances de différents ordres, en plus des compensations monétaires. Dans ce contexte, le CQDE s'inquiète de constater qu'il est envisagé d'ajouter un critère de proportionnalité à l'autorisation de l'action collective.

Tel que le soulignent le Rapport et le Document de consultation, le principe de proportionnalité fait déjà partie des éléments qui doivent être pris en compte dans l'analyse faite par le juge puisque ce principe fait partie des principes généraux de la procédure civile québécoise (article 18 C.p.c.). L'ajout d'un critère de proportionnalité comporte, selon nous, davantage de risques que de possibilités d'améliorations.

Mentionnons que l'action collective, particulièrement celle en matière environnementale, n'a pas pour seul objectif de permettre aux demandeurs d'obtenir une compensation monétaire pour des préjudices subis.

Certaines actions collectives ont pour objectif de permettre aux membres de retrouver un milieu de vie sain. Ce fut entre autres le cas dans le dossier *Arrouart c. Anacolor*² alors que les demandeurs demandaient que cessent les émanations d'odeur nauséabonde causées par l'usine d'Anacolor dans un quartier résidentiel.

¹ *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, le CQDE a agi à titre d'intervenant dans cette cause.

² 2019 QCCS 4975.

D'autres actions collectives visent par ailleurs à obtenir des dommages punitifs afin de dissuader le défendeur de perpétrer à nouveau les comportements fautifs. C'est entre autres le cas de l'action collective menée par l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique³ contre Volkswagen. La Cour d'appel du Québec de même que la Cour suprême ont conclu qu'il est valide d'employer l'action collective, même lorsque les conclusions ne visent que l'obtention de dommages punitifs.

Lorsqu'on sait qu'un certain nombre de personnes ont souffert de problèmes respiratoires à cause de l'augmentation des NOX par la faute de Volkswagen, mais qu'on ne peut identifier ces personnes et prouver le lien de causalité entre les émissions et leurs symptômes, l'action collective pour dommages-intérêts punitifs devient le seul outil qui permet l'internalisation des coûts, un principe reconnu, tout comme celui du pollueur-payeur, dans la Loi sur le développement durable (RLRQ c. D-8.1.1).

Or, l'ajout d'un critère de proportionnalité aurait probablement eu pour effet d'empêcher l'autorisation de l'action collective menée par l'AQLPA et autorisée par la Cour suprême. L'ajout d'un tel critère pourrait équivaloir à un recul pour le droit québécois, alors que cet ajout mettrait à mal les développements jurisprudentiels récents.

Enfin, l'action collective en matière d'environnement joue un rôle important afin de remplacer ou compléter l'action étatique. Le CQDE le constate de manière quotidienne : l'action citoyenne est incontournable afin d'assurer la protection de l'environnement. La population agit en quelque sorte comme un chien de garde, une « sentinelle de l'environnement »⁴. Pour faciliter l'action de la population, l'action collective est souvent le seul moyen pratique et économiquement réalisable lorsqu'une action en justice est inévitable. En ajoutant un critère de proportionnalité ou de procédure préférable, le CQDE craint que les tribunaux ne concluent que par son action, la population tente de remplacer l'État à qui il revient de faire appliquer les lois environnementales et qu'il ne s'agit pas de la meilleure procédure disponible. Or, le CQDE le constate dans son travail d'information juridique, l'État n'investit tout simplement pas les ressources suffisantes - ou encore la volonté politique - afin de faire appliquer ces lois qui devraient protéger l'environnement dans toutes les situations qui le justifieraient. L'action collective doit donc demeurer accessible pour que la population puisse continuer à avoir accès à ce véhicule procédural pour assurer la protection de l'environnement et de leur milieu de vie et ce, même en cas d'inaction de la part de l'État.

Or, le CQDE le constate dans son travail d'information juridique, l'État n'investit tout simplement pas les ressources suffisantes - ou encore la volonté politique - afin de faire appliquer ces lois qui devraient protéger l'environnement dans toutes les situations qui le justifieraient. L'action collective doit donc demeurer accessible pour que la population puisse continuer à avoir accès à ce véhicule procédural pour assurer la protection de l'environnement et de leur milieu de vie et ce, même en cas d'inaction de la part de l'État.

³ *Volkswagen Group Canada Inc. c. Association Québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique*, 2019 CSC 53; *Volkswagen Group Canada Inc. c. Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique*, 2018 QCCA 1034 : le CQDE a agi à titre d'intervenant dans ce dossier à la Cour suprême.

⁴ *Bellefleur c. Québec (Procureur général)*, 1993 CanLII 4067 (QC CA).

Mémoire de l'étude Kugler Kandestin s.e.n.c.r.l. sur les Perspectives de réforme de l'action collective au Québec

Produit dans le cadre de la Consultation publique annoncée
en avril 2021 par le ministère de la Justice du Québec

**Soumis au
Ministère de la Justice du Québec**

**En date du
30 septembre 2021**

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I - ÉTAPE DE L'AUTORISATION POUR INTENTER UNE ACTION COLLECTIVE....	1
SOMMAIRE EXÉCUTIF	1
INTRODUCTION.....	3
A. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 1 : Ajout d'un critère de proportionnalité, d'opportunité ou de préféralité à l'étape de l'autorisation d'intenter une action collective	5
I. L'AJOUT D'UN PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ À LA GESTION DE L'ACTION COLLECTIVE.....	5
II. L'AJOUT D'UN CRITÈRE ADDITIONNEL À L'ÉTAPE DE L'AUTORISATION : LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ.....	7
a. Les conséquences néfastes de la proportionnalité comme critère additionnel à l'étape de l'autorisation	7
b. La vocation dissuasive de l'action collective, l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice sont incompatibles avec un critère de proportionnalité comme critère additionnel à l'étape de l'autorisation	8
c. Le régime de l'action collective comprend déjà une pondération adéquate et une prise en compte suffisante de la proportionnalité	11
B. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 2 : Intégration de l'autorisation à l'instance principale de l'action collective et l'élimination du critère de l'apparence de droit à l'étape de l'autorisation.....	13
II. COMMENTAIRES SUR LA SUGGESTION GÉNÉRALE DU LABORATOIRE DE RENFORCER L'ÉTAPE D'AUTORISATION POUR JUSTIFIER LES COÛTS QUI Y SONT CONSACRÉS.....	16
C. NOTRE PROPOSITION : Maintenir le processus actuel, ou subsidiairement permettre l'autorisation de l'action collective de façon <i>ex parte</i>	17
PARTIE II - LES HONORAIRES DES AVOCATS	21
SOMMAIRE EXÉCUTIF	21
INTRODUCTION.....	23
A. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 1 : Modification de la méthode d'appréciation de la raisonnable des honoraires réclamés	23
I. LE FACTEUR DU RÉSULTAT OBTENU	27
II. LE FACTEUR DU RISQUE (LA RESPONSABILITÉ ASSUMÉE).....	29
III. LA CAPACITÉ DU JUGE GESTIONNAIRE À SANCTIONNER LES ABUS	39
B. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 2 : Resserrer la procédure d'approbation des honoraires ...	40
I. RECOMMANDATION N° 1 : FIXER LES HONORAIRES EN FONCTION DE L'ÉTAPE JUDICIAIRE À LAQUELLE LE DOSSIER SE CONCLUT	40

ii.

II. RECOMMANDATION N° 2 : FAVORISER LES CONVENTIONS D'HONORAIRES À POURCENTAGE INVERSEMENT PROPORTIONNEL À LA SOMME OBTENUE, EN TANDEM AVEC UNE ÉCHELLE CROISSANTE SELON LAQUELLE LE POURCENTAGE AUGMENTE EN FONCTION DE L'ÉTAT DU DOSSIER	42
III. RECOMMANDATIONS N° ^{OS} 3 ET 4 : NE PROCÉDER À L'ATTRIBUTION DES HONORAIRES QU'APRÈS AVOIR PU OBSERVER LES DISTRIBUTIONS AUX MEMBRES / DANS LE CAS D'UN RECOUVREMENT INDIVIDUEL, N'APPROUVER LES HONORAIRES QU'APRÈS LA DISTRIBUTION AUX MEMBRES	43
C. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 3 : Prévoir la nomination d'un amicus curiae.....	46

PARTIE I -

ÉTAPE DE L'AUTORISATION POUR INTENTER UNE ACTION COLLECTIVE

SOMMAIRE EXÉCUTIF

Toute réflexion sur le processus d'autorisation des actions collectives doit être guidée par les objectifs fondamentaux de ce régime particulier : la modification de comportements répréhensibles, l'économie des ressources judiciaires, et surtout l'accès à la justice. Le processus d'autorisation rencontre ces objectifs en jouant le rôle de filtrage des demandes frivoles.

Dans sa forme actuelle, le processus d'autorisation remplit bien ce rôle. Les acteurs du système judiciaire bénéficient des précieux enseignements de la Cour suprême et de la Cour d'appel à l'égard de ce processus, lesquels facilitent d'ailleurs la bonne marche de l'étape de l'autorisation.

Nous partageons néanmoins le constat du Laboratoire voulant que le processus d'autorisation puisse déraiper et alors consommer des ressources judiciaires qui pourraient être consacrées au mérite de l'affaire. Le processus devient donc trop coûteux, long et inutilement compliqué. Cependant, nous sommes d'avis que les deux suggestions proposées par le Laboratoire risquent d'aggraver ces problèmes.

La première – l'ajout d'un critère de proportionnalité à l'article 575 C.p.c. – créera un obstacle additionnel à l'étape de l'autorisation, à l'image des procédures issues de la *common law*. Plutôt que de favoriser l'accès à la justice, le critère de proportionnalité servira à décourager les recours portant sur de petites réclamations individuelles. De même, plutôt que de contribuer à modifier les comportements préjudiciables, ce nouveau critère enverra le mauvais message : prélever de petites sommes auprès des membres, que ce soit par erreur ou de façon intentionnelle, échappe à toute sanction sur le plan civil.

La seconde – intégrer l'étape d'autorisation à l'instance principale – risque d'alourdir le processus d'autorisation. L'audition sur l'autorisation porterait non seulement sur trois des quatre critères actuels de l'article 575 C.p.c., mais aussi sur des demandes en irrecevabilité ou en rejet ainsi que sur d'autres moyens préliminaires. Des auditions encore plus longues, plus compliquées et plus coûteuses seraient donc à prévoir.

À notre avis, bien que le processus d'autorisation remplisse bien sa fonction de filtrage dans sa forme actuelle, toute modification apportée à celle-ci devrait viser à simplifier le processus. Puisque son rôle est uniquement de filtrer les demandes frivoles, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de tenir un débat contradictoire à l'étape de

l'autorisation. Nous recommandons donc que la demande d'autorisation d'intenter une action collective soit analysée *ex parte* pour vérifier qu'elle n'est pas frivole, comme c'est le cas par exemple pour un plaideur quérulent voulant être autorisé à intenter un recours civil ordinaire.

Comme l'étape de l'autorisation n'est que procédurale et qu'elle n'est pas susceptible de causer un préjudice à un défendeur, ce dernier conserverait ainsi toute la latitude nécessaire pour faire rejeter l'action collective, tant au stade des moyens préliminaires (articles 51, 168 al. 2 C.p.c., etc.) qu'au procès.

Cette simplification permettrait au juge saisi du dossier de vérifier que les critères sous l'article 575 C.p.c. sont satisfaits, tout en réduisant énormément les délais et les ressources actuellement consacrés à une étape qui devrait n'être qu'une vérification sommaire. Nous y voyons ainsi un meilleur accès à la justice.

INTRODUCTION

1. L'action collective comporte au moins trois objectifs principaux, tel que récemment résumé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, à savoir « *faciliter l'accès à la justice, modifier des comportements préjudiciables et économiser les ressources judiciaires* »¹.
2. L'accès à la justice est l'objectif premier du législateur derrière la création du régime des actions collectives au Québec en 1979. En effet, tel que noté par le Laboratoire « *ce régime nouveau s'inscrit] à l'époque dans un contexte de changement social et vis[e] à offrir un meilleur accès à la justice* »².
3. La Cour suprême rappelle que la jurisprudence veut clairement *faciliter* l'exercice des actions collectives, étant donné les avantages qu'elles présentent³.
4. Toute réflexion sur l'amélioration du régime des actions collectives doit être guidée par ces objectifs, et doit viser à *mieux* les satisfaire.
5. Cette prise en compte de l'accès à la justice rejoint également les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin* (« **l'arrêt Hryniak** ») quant aux notions d'accessibilité à la justice et de primauté du droit :

[1] De nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada. Les procès sont de plus en plus coûteux et longs. La plupart des Canadiens n'ont pas les moyens d'intenter une action en justice lorsqu'ils subissent un préjudice ou de se défendre lorsqu'ils sont poursuivis; ils n'ont pas les moyens d'aller en procès. À défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise. L'évolution de la common law ne peut se poursuivre si les affaires civiles ne sont pas tranchées en public.⁴

[Notre emphase]

6. Le stade de l'autorisation est la première étape procédurale où ces objectifs sont mis de l'avant. La principale fonction du stade de l'autorisation est d'écarter les demandes *manifestement frivoles*. Les motifs de l'honorable juge Nicolas Kasirer dans le récent arrêt de la Cour suprême *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin* sont clairs à cet égard : « *Ceci témoigne de la vocation de l'étape de l'autorisation du recours collectif : exercer une fonction de filtrage pour écarter les demandes frivoles, sans plus* »⁵.

¹ *L'Oratoire-Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.* [L'Oratoire], 2019 CSC 35.

² Catherine PICHE, *Perspectives de réforme de l'action collective au Québec – Rapport préparé à l'attention du ministère de la justice du Québec – Septembre 2019*, Université de Montréal (Faculté de droit), Septembre 2019 [Mémoire], p. 6.

³ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs* [Infineon], 2013 CSC 59, paragr. 60.

⁴ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7.

⁵ 2020 CSC 30 [Asselin], paragr. 27.

7. Dans le district judiciaire de Montréal, un groupe de juges faisant partie de « *l'Équipe restreinte en matière d'action collective au stade de l'autorisation* » est spécifiquement désigné pour gérer les demandes d'autorisation pour exercer une action collective. Les règles de pratique du district judiciaire de Montréal requièrent que l'audition d'une demande en autorisation soit entendue dans l'année suivant son dépôt.
8. De façon générale, le processus d'autorisation actuel fonctionne bien, pourvu que les enseignements et les règles des tribunaux soient bien appliqués en pratique.
9. Cela étant dit, nous sommes d'accord avec le Laboratoire que les délais et les coûts liés à l'autorisation devraient certainement être réduits, puisque cette étape dérape trop souvent sur des aspects du litige que le législateur a pourtant réservé à l'étape du mérite, une fois l'action collective autorisée.
10. Avant de proposer une réforme du stade de l'autorisation – si une telle réforme doit avoir lieu – nous commenterons d'abord les propositions du Laboratoire.
11. Les pistes de réforme à l'étape de l'autorisation mises de l'avant par le Laboratoire se déclinent en deux mesures :
 - i. L'ajout d'un principe de proportionnalité à la gestion des instances d'actions collectives ou, alternativement, l'ajout d'un critère de proportionnalité ou d'opportunité à l'étape de l'autorisation d'intenter une action collective ; et
 - ii. L'intégration de l'étape de l'autorisation à l'instance principale de l'action collective, permettant au critère de l'apparence de droit d'être éliminé de l'étape de l'autorisation.
12. Nous réitérons être en accord avec le Laboratoire que l'étape de l'autorisation puisse être simplifiée ou allégée. Cette étape, qui doit constituer un simple mécanisme de filtrage, a développé une propre vie, selon plusieurs. Plutôt que de favoriser l'accès à la justice et l'économie des ressources judiciaires, elle accapare trop souvent le temps, les énergies et les moyens des justiciables et des tribunaux⁶.
13. Chose certaine, le processus d'autorisation ne devrait *pas* être renforcé pour devenir davantage onéreux, puisque cela risque de multiplier encore plus les délais et les ressources judiciaires et financières déployées à cette étape, bloquant ainsi l'accès à la justice.
14. Par ailleurs, bien que le principe de la proportionnalité, qui se retrouve dans la disposition préliminaire du *Code de procédure civile* (« **C.p.c.** ») et dans les principes directeurs de la procédure civile (articles 18 et 19 C.p.c.), doit guider les

⁶ Mémoire, p. 24-25.

parties et les tribunaux à chaque étape de l'instance, nous estimons qu'il n'est *pas* approprié d'ajouter un critère additionnel de proportionnalité ou de préféralité au stade de l'autorisation d'une action collective.

15. À notre avis, si le législateur estime qu'une réforme est nécessaire, nous croyons qu'une solution appropriée serait de simplifier davantage l'audience d'une demande d'autorisation en permettant que celle-ci se tienne *ex parte*, ce qui a l'avantage de libérer les ressources judiciaires et celles des parties, sans pour autant nécessiter une réorganisation entière du régime des actions collectives.

A. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 1 : AJOUT D'UN CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ, D'OPPORTUNITÉ OU DE PRÉFÉRABILITÉ À L'ÉTAPE DE L'AUTORISATION D'INTENTER UNE ACTION COLLECTIVE

16. Le Laboratoire propose de codifier le principe de proportionnalité aux règles particulières à l'action collective, afin de préciser qu'il s'applique à toutes les étapes de l'action collective, y compris l'autorisation.
17. Puisque la proportionnalité est déjà enchâssée au C.p.c et que les tribunaux n'hésitent pas à l'appliquer dans la gestion de l'instance, nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de spécifiquement codifier le principe de proportionnalité à la gestion de l'instance des actions collectives.
18. Alternativement, le Laboratoire suggère l'ajout du principe de proportionnalité comme un critère additionnel à l'étape de l'autorisation.
19. À cet égard, nous estimons, avec respect, qu'il est inopportun, voire indésirable, d'ajouter un critère de proportionnalité comme critère additionnel à l'étape de l'autorisation. Cela risquerait d'avoir l'effet pervers de contrecarrer l'accès à la justice des actions collectives.

I. L'AJOUT D'UN PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ À LA GESTION DE L'ACTION COLLECTIVE

20. La recommandation du Laboratoire consiste en l'ajout d'un alinéa à l'actuel article 571 C.p.c. afin de lire : « *[L]e tribunal doit tenir compte de la proportionnalité et du meilleur intérêt de la justice à toutes les étapes de l'action collective* »⁷.
21. D'emblée, il convient de souligner que le principe de proportionnalité, codifié aux articles 18 et 19 C.p.c.⁸, est déjà applicable à toutes les étapes de l'action collective⁹.

⁷ Mémoire, p. 65-66.

⁸ Voir aussi notamment les articles 156, 158(2°) et 341 al. 1 C.p.c.

⁹ *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, paragr. 21.

22. Ce principe est par ailleurs consacré au deuxième alinéa de la *Disposition préliminaire* du C.p.c., laquelle fournit les orientations du droit judiciaire civil québécois :

Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

[Notre emphase]

23. Bien appliqué, le principe de proportionnalité rejoint certainement la vocation sociale de l'action collective en permettant un accès à la justice qui soit en équilibre avec les enjeux du litige, de même qu'une économie des ressources judiciaires.
24. Dans l'arrêt Hryniak, la Cour suprême rappelait justement à l'unanimité, quoique dans un autre contexte, l'importance du principe de proportionnalité pour favoriser l'accès à la justice pour tous les justiciables :

[2] On reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile. Ce virage implique que l'on simplifie les procédures préalables au procès et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L'équilibre entre la procédure et l'accès à la justice qu'établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables.¹⁰

[Notre emphase]

25. Dans l'état actuel du droit, les tribunaux sont enclins à appliquer le principe de proportionnalité à toutes les étapes d'une action collective, et le font sans hésitation apparente.
26. La nécessité, ou l'utilité, d'une disposition additionnelle pour réitérer l'application du principe de proportionnalité lors du déroulement de l'action collective semble donc discutable.
27. À l'heure actuelle, il n'y a pas de doute que le principe de proportionnalité imprègne toutes les instances civiles, incluant les actions collectives. Les parties à une action collective sont déjà libres de plaider l'absence de proportionnalité si elles font face

¹⁰ Hryniak, *supra* note 4, paragr. 2.

à une procédure démesurée ou excessive, et ce, avec ou sans le texte proposé par le Laboratoire.

28. La nécessité d'une disposition additionnelle qui vise le déroulement de l'action collective pourrait créer une inutile confusion, puisque le législateur n'est pas censé parler pour ne rien dire.
29. Dès lors, plusieurs chercheraient dans cette nouvelle codification une signification allant au-delà de la règle de proportionnalité s'appliquant traditionnellement à toute affaire, ce qui pourrait se révéler dangereux et excessivement contraignant pour le véhicule procédural de l'action collective et les objectifs qui la sous-tendent.

II. L'AJOUT D'UN CRITÈRE ADDITIONNEL À L'ÉTAPE DE L'AUTORISATION : LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

30. Avec égards, la recommandation du Laboratoire d'ajouter un critère additionnel de proportionnalité pour permettre l'autorisation d'une action collective constituerait une modification indésirable du régime actuel, irait à l'encontre des enseignements de la Cour suprême, et mènerait à un résultat contraire aux objectifs du législateur.
31. Plutôt que de contribuer à un filtrage efficace des demandes d'autorisation d'intenter une action collective en symbiose avec l'accès à la justice, l'ajout d'un tel critère risquerait de créer une barrière additionnelle et, par conséquent, ce critère proposé est difficilement réconciliable avec les objectifs de l'action collective.

a. Les conséquences néfastes de la proportionnalité comme critère additionnel à l'étape de l'autorisation

32. Une distinction importante s'impose dès à présent entre la mise en œuvre du principe de proportionnalité dans le cadre de la gestion de l'instance de l'action collective, d'une part, et la proportionnalité comme critère additionnel distinct pour permettre l'autorisation d'une action collective, d'autre part.
33. Dans le premier cas, les parties et le tribunal participent à un exercice évolutif qui vise généralement la mise en état du dossier en vue de l'audition sur la demande d'autorisation et le procès. Il est question de la gestion des délais, des ressources, des moyens et des coûts engendrés par diverses procédures ou étapes du dossier, tels les débats d'objections, l'administration d'une preuve appropriée, la communication d'engagements, l'adjudication des moyens préliminaires, la durée des auditions, etc.
34. Dans le deuxième cas, en revanche, le demandeur devrait convaincre le tribunal que l'action collective est le véhicule procédural *le plus approprié*, étant proportionnel aux enjeux du litige ou du droit recherché, à défaut de quoi l'autorisation ne sera pas accordée.

35. Dans cette perspective, l'ajout du principe de proportionnalité comme critère d'autorisation risque de miner les trois objectifs fondamentaux de l'action collective, tels que reconnus par la Cour suprême : la modification du comportement du défendeur, l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice.

b. La vocation dissuasive de l'action collective, l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice sont incompatibles avec un critère de proportionnalité comme critère additionnel à l'étape de l'autorisation

36. Considéré de la perspective de chacun des membres putatifs d'une action collective, il serait trop facile d'arriver à la conclusion que l'action proposée est disproportionnée à la lumière des questions collectives (versus les questions individuelles), des réclamations individuelles en jeu et de l'usage des ressources judiciaires.
37. Le régime actuel de l'autorisation d'une action collective au Québec rejette le critère de la proportionnalité ou préféralité comme critère d'autorisation, contrairement aux provinces de *common law*. À ce sujet, la Cour suprême enseigne :

[57] L'approche québécoise à l'égard de l'autorisation se veut ainsi plus souple que celle appliquée dans les provinces de *common law*, bien que celles-ci demeurent généralement fidèles à une interprétation favorable à l'exercice des recours collectifs. Elle est également plus flexible que l'approche suivie actuellement aux États-Unis : [...], « [l]a procédure québécoise surpasse sur ce plan celles des autres provinces canadiennes, de l'Angleterre et des États-Unis, aux prises avec les concepts rigides de "même intérêt" ou d'"intérêt commun", et de "prédominance des questions communes" » : [...]

[...]

[60] À la lumière de ces principes, nous sommes d'avis que le juge d'autorisation s'est mépris lorsqu'il a insisté sur la possibilité que de nombreuses questions individuelles doivent éventuellement être analysées. Il aurait dû plutôt se demander si la condition prévue à l'al. 1003a) était remplie, c'est-à-dire si le requérant avait établi la présence d'une question commune qui ferait progresser le règlement du litige pour l'ensemble des membres du groupe et qui ne jouerait pas un rôle négligeable quant au sort du litige.

[...]

[66] [...] La proportionnalité du recours collectif ne constitue pas un cinquième critère indépendant.

[68] [...] Toutefois, le juge d'autorisation ne peut pas, au nom du principe de la proportionnalité, refuser d'autoriser un recours qui respecterait par ailleurs les critères établis.¹¹

[Citations omises]

¹¹ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello* [Vivendi], 2014 CSC 1.

38. Le régime québécois a facilité, au cours des dernières décennies, l'exercice d'actions collectives très importantes sur le plan humain et social, lesquelles ont permis un accès à la justice à des milliers de justiciables qui n'auraient pas pu bénéficier d'un tel accès s'ils avaient dû intenter une poursuite individuelle ou prouver que l'action collective était « proportionnelle » ou « préférable ».
39. Pensons notamment aux dossiers d'agressions sexuelles où des centaines d'enfants ont été agressés par des membres d'une même communauté religieuse. L'action collective a été reconnue comme étant le *seul* véhicule procédural permettant un accès réel à la justice à ces victimes, vu les énormes obstacles auxquelles elles sont confrontées dans le cadre d'un recours individuel¹².
40. Si le critère de proportionnalité ou préférabilité existait au Québec, l'autorisation de telles actions collectives serait certainement contestée avec vigueur vu le nombre de procès individuels auxquels elles mènent au stade du recouvrement. En effet, les défendeurs dans de tels dossiers plaident souvent que l'action collective sera ingérable ou qu'elle est inappropriée, puisque de toute manière, chaque membre devra faire la preuve de sa réclamation individuelle à un stade ultérieur.
41. Or, de telles actions collectives ont permis au cours des dix dernières années d'offrir un accès réel et important à la justice à plusieurs centaines de justiciables, par des règlements totalisant plus de 120 millions \$¹³.
42. Pensons également à un dossier du droit de la consommation où le défendeur facture quelques dollars de trop à chacun des utilisateurs de téléphone cellulaire. S'il ne vaut pas la peine pour quiconque de prendre un recours individuel, vu les faibles montants en jeu, en quoi une action collective serait-elle plus justifiée? L'on peut se demander s'il y a vraiment un enjeu important qui nécessite l'attention du tribunal, du point de vue de la proportionnalité.
43. Considérer la proportionnalité invite le juge autorisateur à réfléchir sur ces aspects du dossier, alors que c'est précisément le genre de réflexion à éviter à ce stade.
44. Imaginons que les réponses à toutes ces questions vont à l'encontre de ce que nous espérons de la part de l'action collective : les montants en jeu sont très faibles pour l'individu; les membres putatifs ignorent l'existence du préjudice; bon nombre d'entre eux risquent de ne pas soumettre une réclamation si le demandeur a gain de cause; etc.
45. Or, un recours en droit de la consommation, même si de faibles sommes sont en jeu pour chacun des membres, ne fait que poursuivre les objectifs d'accessibilité à

¹² A. c. *Les Frères du Sacré Cœur et al.*, 2017 QCCS 5394, paragr. 114.

¹³ À ce sujet, voir notamment : F. c. *Frères du Sacré-Cœur* [**Sacré-Cœur**], 2021 QCCS 3261; Y. c. *Servites de Marie de Québec* [**Servites**], 2021 QCCS 2712; *Centre de la communauté sourde du Montréal Métropolitain c. Clercs de Saint-Viateur du Canada* [**CCSMM**], 2016 QCCS 840; *Tremblay c. Lavoie* [**Tremblay**], 2014 QCCS 4955.

la justice et de dissuasion de comportements répréhensibles et, s'il satisfait les critères actuels de l'article 575 C.p.c., il devrait être autorisé. Or, si la proportionnalité figure comme un cinquième critère, certains juges pourraient être enclins à le rejeter à l'étape de l'autorisation.

46. Le message que cela envoie aux parties défenderesses est clair : empocher de petits montants des consommateurs échappe, au Québec, à toute sanction sur le plan civil. L'enjeu est trop petit pour un recours individuel, et trop gros ou « disproportionné » pour une action collective. Pis encore, si l'enjeu est jugé disproportionné pour une action collective, l'est-il aussi, ou davantage même, pour un recours individuel?
47. C'est pour cette raison que l'objectif de l'action collective de dissuader les comportements répréhensibles sera ébranlé et mis en péril par l'ajout de la proportionnalité aux critères d'autorisation. C'est justement parce que l'action collective offre une voie d'accès à la justice pour corriger les injustices mineures que les défendeurs potentiels sont plus enclins à respecter leurs obligations.
48. L'ajout d'un critère de proportionnalité à l'étape de l'autorisation entraînerait également des conséquences indésirables sur l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice, car en ajoutant un critère additionnel, il y a nécessairement des dossiers, à l'image de celui précédemment donné en exemple, qui souffriront.
49. Qui plus est, ce qui est proportionnel pour une personne le sera peut-être moins pour une autre. Plutôt que de simplifier l'étape de l'autorisation, l'ajout d'un critère de proportionnalité risque fort d'engendrer des divergences d'interprétation significatives, vu la nature variable, subjective et contextuelle d'un tel critère, menant ainsi à de longs débats devant les tribunaux.
50. Comme l'explique un auteur, la proportionnalité est un concept qui emporte un degré significatif d'incertitude juridique :

[L]a proportionnalité présente des dangers en termes de sécurité juridique. L'opération du principe de proportionnalité confère un pouvoir d'appréciation au juge qui pourrait s'apparenter à l'arbitraire, dépendamment des circonstances. La proportionnalité se donne uniquement à voir à l'aune d'un contexte donné, ce qui donne « à la justice un degré d'incertitude qui rompt avec la prévisibilité indispensable à la sécurité juridique ». Mieux encore, la proportionnalité ferait abdiquer au droit « sa fonction traditionnelle de stabilisation des attentes, de fixation de points de repère fermes et prévisibles en considération desquels se déterminent action et inaction ».¹⁴

[Citations omises]

¹⁴ Antoine GUILMAIN, « *Sur les traces du principe de proportionnalité : une esquisse généalogique* », (2015) 61:1 RD McGill 87, 131.

51. Pour se prémunir contre cette incertitude, le demandeur devra-t-il fournir une analyse, voire une expertise, quant aux coûts de l'action collective envisagée? De son côté, le tribunal devra-t-il soupeser ces coûts, monétaires, humains, sociaux et autres, avec l'importance du droit en cause ou la gravité des violations alléguées?
52. Ce critère rappelle celui de certaines provinces de *common law* où chaque dossier doit être soupesé pour déterminer si l'action collective est le véhicule le plus approprié pour faire valoir un droit d'action. Les procureurs en demande doivent préparer un plan de litige (« *litigation plan* ») allant jusqu'à la liquidation des réclamations suivant le jugement au mérite, afin de justifier que l'action collective est le meilleur moyen procédural d'accéder à la justice. Ce critère additionnel pourrait donner lieu, à lui seul, à une contestation de l'autorisation, de même qu'un droit d'appel sur permission, créant ainsi des délais additionnels et inutiles, et menant à l'engorgement des tribunaux (que la réforme veut pourtant éviter).
53. Le critère de la proportionnalité risque d'alourdir le processus d'autorisation que le législateur et les principaux interlocuteurs du système québécois tentent désespérément de soulager. L'incorporation de cette proposition créerait un frein à l'accès à la justice au Québec. Il s'agirait d'un pas significativement vers l'arrière, ce qui n'est évidemment pas souhaitable.
54. Il convient de rappeler que l'autorisation est un mécanisme de nature procédurale¹⁵. Elle n'est pas une fin en soi, mais bien une étape qui précède le procès et la recherche de la vérité par le tribunal. L'ajout d'un critère à interprétation variable comme celui de la proportionnalité requerra des parties et du tribunal des énergies qui sont disproportionnées aux gains escomptés.

c. Le régime de l'action collective comprend déjà une pondération adéquate et une prise en compte suffisante de la proportionnalité

55. Nous sommes d'avis que dans sa rédaction actuelle, l'article 575 para. 3 C.p.c. prévoit déjà un mécanisme adéquat de filtrage de l'« opportunité » d'utiliser la voie procédurale de l'action collective :

575. Le tribunal autorise l'exercice de l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

[...]

3° la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;

¹⁵ Mémoire, p. 10.

56. Ce critère existant n'est pas problématique dans son application¹⁶ et atteint l'équilibre souhaité entre le besoin de favoriser l'accès à la justice lorsque les véhicules procéduraux traditionnels du litige civil sont difficiles ou peu pratiques.
57. En outre, comme mentionné précédemment, le principe de la proportionnalité transpire déjà de l'action collective en soi. En effet, une action collective permet, au sein d'une seule et même instance, de trancher des questions communes à des centaines ou milliers de membres dispersés sur le territoire et dans le temps, de sorte que les ressources déployées servent à résoudre un nombre important de litiges d'un seul coup.
58. Les motifs de l'honorable juge Clément Samson, j.c.s., rendus dans le contexte d'un jugement d'approbation des honoraires, sont éloquentes à cet égard :

[16] L'accès à la justice est depuis toujours un défi lancé à la société, à l'État, aux juges et aux avocats. Récemment encore, la Cour suprême du Canada écrivait [dans l'arrêt Hryniak] :

« De nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada. Les procès sont de plus en plus coûteux et longs. La plupart des Canadiens n'ont pas les moyens d'intenter une action en justice lorsqu'ils subissent un préjudice ou de se défendre lorsqu'ils sont poursuivis; ils n'ont pas les moyens d'aller en procès. À défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise. L'évolution de la common law ne peut se poursuivre si les affaires civiles ne sont pas tranchées en public. »

[17] Or, l'action collective s'inscrit dans cet idéal d'accès à la justice; elle permet à un citoyen d'obtenir une indemnité contre des personnes ou des entreprises qui ont engagé leur responsabilité pour des sommes parfois minimes, mais auprès d'un vaste groupe de personnes lésées.

[...]

[19] Si l'action collective n'existait pas, il serait utopique de croire qu'un consommateur, par exemple, serait disposé à investir des dizaines, voire des centaines de milliers de dollars, pour une cause qui ne lui rapporterait qu'une poignée de dollars. Bien plus, les tribunaux, devant assurer la proportionnalité entre les moyens investis et le résultat escompté, risqueraient fort de freiner les ardeurs du plus valeureux consommateur qui agirait seul. L'action collective rééquilibre les forces, les moyens de part et d'autre et justifie une meilleure proportionnalité.¹⁷

[Notre emphase]

¹⁶ Mémoire, p. 18-19.

¹⁷ *Roy c. Denso Corporation*, 2017 QCCS 6429, paragr. 16-17 et 19.

59. En raison de tout ce qui précède, nous sommes d'avis que l'ajout d'un critère de proportionnalité à l'article 575 C.p.c. irait à contre-courant des objectifs de l'action collective.

B. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 2 : INTÉGRATION DE L'AUTORISATION À L'INSTANCE PRINCIPALE DE L'ACTION COLLECTIVE ET L'ÉLIMINATION DU CRITÈRE DE L'APPARENCE DE DROIT À L'ÉTAPE DE L'AUTORISATION

60. Dans sa configuration actuelle, l'action collective se déroule en trois étapes distinctes, soit l'étape de l'autorisation, l'étape de l'instruction des questions collectives et l'étape de la distribution ou du recouvrement¹⁸.
61. La proposition du Laboratoire porte sur la première étape et constituerait une réforme majeure du déroulement de l'action collective, tant pour les praticiens que pour les tribunaux.
62. Dans un premier temps, le Laboratoire propose l'intégration de l'étape de l'autorisation à l'instance principale en action collective (autrement dit, à l'étape de l'instruction), effectuée par le dépôt d'une demande hybride en *demande d'autorisation d'exercer une action collective et demande introductive d'instance de l'action collective*, visant à initier l'action collective.
63. Dans un deuxième temps, le Laboratoire propose l'élimination du critère d'apparence de droit à l'étape de l'autorisation (article 575 para. 2 C.p.c.) afin que le débat sur l'apparence de droit, le cas échéant, se tienne au cours de l'instance principale, et sur le fondement de l'irrecevabilité et du rejet de la demande introductive de l'action collective.
64. Si le législateur préconisait cette voie, nous croyons utile de proposer un mécanisme simple mais quelque peu différent de celui proposé par le Laboratoire. Ce mécanisme de contrôle, selon nous, représenterait le rempart nécessaire pour atteindre le double objectif de l'accès à la justice et de l'économie des ressources judiciaire.
65. En effet, nous sommes d'avis que la façon la plus efficace de désengorger le système judiciaire du temps et des ressources accaparés par l'étape de l'autorisation est fort simple et facile à mettre en pratique : le C.p.c. doit permettre et encourager les tribunaux à décider d'une demande d'autorisation sommairement et *ex parte* : c'est ce que nous aborderons plus en détail à la section « C » ci-dessous [voir paragr. 88 et suivants du présent mémoire].

¹⁸ Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le grand collectif, Code de procédure civile ; commentaires et annotations*, vol. 2 « Articles 391 à 836 », Cowansville, Yvon Blais, 2018, art. 574.

I. PROBLÉMATIQUES ET DIFFICULTÉS POSÉES PAR LA PROPOSITION DE RÉFORME MISE DE L'AVANT PAR LE LABORATOIRE

66. Le Laboratoire identifie les délais, les coûts et l'engorgement du système judiciaire comme les principaux problèmes liés au processus d'autorisation¹⁹. Nous sommes tout à fait d'accord avec ce constat.
67. En guise de solution, le Laboratoire propose de débiter l'action collective par une demande introductive d'instance hybride et non pas par une demande d'autorisation. Cependant, la proposition du Laboratoire maintient la nécessité d'une audition pour faire autoriser l'action collective. Il en résulte donc que le temps et les ressources qui sont actuellement consacrés à l'audition sur la demande d'autorisation risquent de perdurer.
68. Deux choses changeraient toutefois sous ce nouveau modèle mis de l'avant par le Laboratoire : 1) le deuxième critère – celui de l'apparence de droit – serait éliminé de l'article 575 C.p.c.; 2) les moyens préliminaires, dont l'irrecevabilité, seraient débattus en même temps que l'autorisation de l'action collective. Nous sommes sceptiques que ces changements répondront adéquatement aux problèmes de délais, de coûts ou d'engorgement du système judiciaire.
69. Quant au premier changement, le Laboratoire propose que la question de l'apparence de droit puisse être réglée ou vidée par un moyen d'irrecevabilité formulé sous l'article 168 al. 2 C.p.c. ou par une demande en rejet fondée sur l'article 51 C.p.c. De l'avis du Laboratoire, en traitant une seule fois du bien-fondé de l'action, l'on permettra d'éviter la tenue de deux auditions sur cette même question, l'une à l'autorisation, l'autre post-autorisation.
70. Même si la proposition du Laboratoire pouvait en théorie éviter la tenue d'une deuxième audition sur une question similaire (ce qui risque en pratique d'être vivement contesté en défense), elle risquerait également d'alourdir l'audition sur l'autorisation. Tel que noté par les auteurs du Mémoire :

Puisque l'autorisation n'inclurait aucun critère relatif à l'apparence de droit, il faut s'attendre à ce que les défenderesses soumettent de façon systématique une demande en irrecevabilité et/ou en rejet basée sur le 2^e alinéa de l'art. 168 C.p.c. (la demande n'est pas fondée en droit quoique les faits allégués puissent être vrais) ou encore sur les articles 54.1ss. C.p.c.²⁰

¹⁹ Mémoire, p. 24-25.

²⁰ Mémoire, p. 70.

71. Or, un débat en vertu des articles 168 ou 51 C.p.c. n'est pas de la même ampleur et ne requiert pas le même fardeau de preuve que celui tenu en vertu du deuxième critère de l'article 575 C.p.c. Le Mémoire du Laboratoire fait ce même constat :

Bien que le second critère d'autorisation et ce moyen d'irrecevabilité portent tous deux sur l'apparence de droit, leur analyse diffère légèrement. En effet, dans une demande suivant l'art. 168 al. 2 C.p.c., le juge doit trancher une question de droit (cette demande est déposée après l'autorisation), alors que l'autorisation requiert une évaluation sommaire de l'apparence de droit.²¹

72. On pourrait s'attendre à ce que les parties se préparent pour cet aspect du processus d'autorisation comme si elles plaidaient au fond de l'affaire, alors que la jurisprudence abondante est sans équivoque quant au fait que l'autorisation doit éviter de se pencher sur le fond de l'affaire, justement afin économiser les ressources judiciaires²².
73. Quant au deuxième changement proposé, il risquerait davantage d'alourdir le travail des tribunaux et des parties.
74. Certes, combiner les moyens préliminaires avec l'analyse des critères d'autorisation et la tenue d'une seule audition évite la tenue d'une audition similaire post-autorisation, et permet au recours d'avancer plus rapidement. Toutefois, les traiter ensemble ferait augmenter le nombre de jours nécessaires au débat de ces questions.
75. Le Laboratoire note déjà que la durée d'une audition d'autorisation varie d'un à trois jours, et que le délai pour obtenir un jugement final est en moyenne de 2 ans et 185 jours.²³
76. Ajouter les moyens préliminaires à l'audition sur l'autorisation fera indéniablement augmenter la durée de l'audition : plus longue est la durée de l'audition, plus loin seront les dates disponibles à la Cour pour la fixer.
77. Qui plus est, il serait complètement inutile de débattre les moyens préliminaires si le recours n'est pas ultimement autorisé.
78. Nous proposons plutôt de répondre à ces préoccupations par une procédure qui maintient ce qui fonctionne bien à l'heure actuelle, mais l'encadre dans un processus simplifié et expéditif, le tout afin de mieux rejoindre l'objectif de filtrage à l'étape de l'autorisation [voir paragr. 88 et suivants du présent mémoire].

²¹ Mémoire, p. 70.

²² *L'Oratoire*, *supra*, note 1, paragr. 12 (voir aussi les citations incluses à ce paragraphe).

²³ Mémoire, pp. 16, 23.

II. COMMENTAIRES SUR LA SUGGESTION GÉNÉRALE DU LABORATOIRE DE RENFORCER L'ÉTAPE D'AUTORISATION POUR JUSTIFIER LES COÛTS QUI Y SONT CONSACRÉS

79. Nous sommes, respectueusement, en désaccord avec la proposition du Laboratoire visant à renforcer le processus d'autorisation pour qu'il soit de commune mesure avec les ressources qui y sont consacrées.
80. La jurisprudence actuelle affirme que le juge autorisateur commet une erreur s'il s'avance « *dans le fond de l'affaire* »²⁴. Le jugement qui autorise l'action collective ne peut pas, et ne doit pas, se prononcer sur le mérite de la cause.
81. Le régime actuel prévoit que le critère de l'apparence du droit (article 575 para. 2 C.p.c.) est *peu élevé*. Le demandeur doit simplement démontrer qu'il existe une *possibilité* d'avoir gain de cause ou une cause *défendable*. Si le fardeau de preuve actuel était modifié pour être plus contraignant pour le demandeur, celui-ci risquerait de devoir prouver une « *probabilité* » d'avoir gain de cause, ce qui irait à l'encontre des enseignements des tribunaux.
82. Hausser le seuil à franchir pour la demande d'autorisation et requérir davantage de preuve au stade de l'autorisation impliqueraient un mini-procès, sans toutefois bénéficier des mécanismes procéduraux qui assureraient sa bonne marche.
83. Par exemple, la preuve dont dispose le demandeur au stade de l'autorisation se limite à ce qu'il est en mesure d'obtenir publiquement. Il ne dispose pas des documents ou d'admission du défendeur qui sont normalement obtenus durant l'instance par le biais d'interrogatoires préalables hors Cour et de demandes de communication de documents. Ces étapes cruciales de l'instance sont nécessaires pour permettre au demandeur *de prouver selon la balance des probabilités le bien-fondé de sa cause au procès*.
84. Imposer un seuil plus élevé au stade de l'autorisation, sans le bénéfice des moyens procéduraux qui permettraient au demandeur de le rencontrer, transformerait le processus d'autorisation en une barrière indûment contraignante et entraverait l'accès à la justice. De même, imposer un seuil plus élevé avec les mêmes moyens procéduraux que durant l'instance – tels que la tenue d'interrogatoires préalables hors Cour et des demandes de communication de documents – ne ferait que devancer le rôle du procès à un stade hâtif du dossier.
85. Une modification du fardeau actuel au stade de l'autorisation ferait également en sorte que les justiciables devront repartir à zéro : toute l'encre qui a coulé au cours des dernières années, incluant celle de Cour suprême, quant à l'interprétation du fardeau de preuve au stade de l'autorisation, aura coulé en vain. De nouvelles batailles juridiques sur l'interprétation de ce nouveau fardeau

²⁴ Voir par exemple, *Asselin*, *supra*, note 5, paragr. 18.

occasionneront sans conteste une multiplication de l'utilisation des ressources judiciaires et financières.

86. Renforcer les critères de l'autorisation risque donc de constituer une barrière à l'accès à la justice et les coûts et les délais seront augmentés de façon significative, sans gains réels sur l'étape au mérite.
87. C'est pour ces raisons que renforcer l'étape de l'autorisation risque d'aggraver les problèmes connus, plutôt que de les régler. La solution que nous prôtons vise davantage à simplifier l'étape de l'autorisation, tout en privilégiant son rôle de filtrage.

C. NOTRE PROPOSITION : MAINTENIR LE PROCESSUS ACTUEL, OU SUBSIDIAIREMENT PERMETTRE L'AUTORISATION DE L'ACTION COLLECTIVE DE FAÇON EX PARTE

88. Nous sommes d'avis que dans sa structure actuelle, l'étape de l'autorisation fonctionne relativement bien et permet de remplir sa vocation de filtrage. Certes, elle génère certains délais et coûts mais, somme toute, ces derniers ne sont pas plus importants – et sont même vraisemblablement bien moins importants – que les délais et les coûts qui seraient associés à une demande en irrecevabilité ou en rejet.
89. De plus, l'étape de l'autorisation a acquis une certaine stabilité juridique, compte tenu de la jurisprudence des dernières années de la Cour suprême dans *Vivendi*²⁵, *Infineon*²⁶, *L'Oratoire*²⁷ et *Asselin*²⁸.
90. Ces arrêts renferment une analyse minutieuse de l'étape de l'autorisation de l'action collective au Québec par l'instance judiciaire ultime, laquelle a fourni de judicieux enseignements et une orientation claire aux parties et aux tribunaux inférieurs à ce sujet.
91. Une réforme majeure pourrait signifier que ces enseignements et cette orientation seront perdus, et que de nouvelles batailles judiciaires émergeront sur la façon dont le processus d'autorisation devrait se dérouler. Les parties seront donc soumises à de nouveaux débats procéduraux, alors que la principale préoccupation actuelle est de procéder avec célérité au débat des droits substantifs en cause, c'est-à-dire au fond d'une affaire.
92. Si le rôle principal du processus d'autorisation est simplement de filtrer les demandes frivoles et qu'il s'agit en quelque sorte d'un simple jugement d'intendance

²⁵ *Supra*, note 11.

²⁶ *Supra*, note 3.

²⁷ *Supra*, note 1.

²⁸ *Supra*, note 5

procédurale, afin de déterminer si le défendeur peut être poursuivi ou non, aucune règle de droit n'exige que ce filtrage nécessite un débat contradictoire à ce stade.

93. À ce sujet, il suffit de se rappeler que la Cour d'appel du Québec nous enseigne dans *New York Life Insurance Company c. Vaughan* que l'autorisation d'une action collective ne cause *aucun* préjudice envers le défendeur :

[4] CONSIDÉRANT que le jugement autorisant le recours collectif n'est qu'un jugement préparatoire et ne décide en aucune façon, ni du fond du débat à être engagé ni des droits des parties;

[5] CONSIDÉRANT que ce jugement relève simplement de l'intendance procédurale et ne préjuge nullement des moyens de défense que les intimés pourront invoquer;

[6] CONSIDÉRANT donc que le seul fait d'être désigné comme défendeur dans un recours collectif ne peut être, en soi, constitutif d'un quelconque préjudice;²⁹

94. La Cour d'appel a récemment affirmé que ces motifs demeurent d'actualité et qu'ils sont transposables au régime de l'actuel C.p.c., tout en réitérant que le simple fait d'être défendeur à une action collective n'est pas susceptible de causer préjudice à ce dernier³⁰.
95. Rappelons que l'autorisation du tribunal à exercer une action collective est requise principalement pour protéger les *membres putatifs du groupe qui sont absents* et qui ne signent pas un mandat, mais qui se voient liés par tout jugement à intervenir dans l'action collective. Il est reconnu que le juge gestionnaire d'une action collective agit comme l'« *ombudsman* » des membres absents à toutes les étapes de l'action.
96. Le législateur a donc certainement le pouvoir de permettre qu'une action collective soit autorisée par le tribunal sans débat contradictoire, ce qui conserve le mécanisme de protection et de contrôle vis-à-vis les membres d'un groupe putatif.
97. Nous sommes d'avis que si une réforme du processus d'autorisation est entreprise, la meilleure façon de réduire les délais et les coûts tout en assurant son rôle de filtrage est de faire en sorte que la présentation des demandes d'autorisation procède *ex parte*.
98. Voici comment nous envisageons cette réforme.
99. La demande d'autorisation d'exercer une action collective est déposée au dossier de la Cour et timbrée en même temps que la demande introductive d'instance. Le dépôt simultané de la demande introductive d'instance évite un délai non nécessaire

²⁹ 2003 CanLII 75170 (QC CA), J.E. 2003-296 [demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême rejetée, dossier 29469].

³⁰ *Sirius XM Canada inc. c. Mendelsohn*, 2018 QCCA 996, paragr. 5 et 6.

de trois mois pour déposer la demande introductive d'instance suivant le jugement autorisant la demande d'autorisation d'exercer l'action collective.

100. Ensuite, dans le district de Montréal, où la majorité des actions collectives sont intentées, le dossier sera transféré à l'un des juges siégeant dans la Chambre des actions collectives. Le juge saisi de la demande convoquerait les procureurs en demande et le demandeur-représentant pour une audition *ex parte* afin de vérifier que les critères de l'article 575 C.p.c. sont satisfaits et que le recours n'est pas frivole, sans plus.
101. Si le juge est satisfait que le recours n'est pas frivole et qu'il est en présence d'un véritable représentant, l'instance de l'action collective peut débiter et la demande introductive d'instance est signifiée au défendeur. Cette façon de faire abolirait les longs plans d'argumentation, les cahiers d'autorités volumineux et les multiples journées d'audition pour l'étape de l'autorisation.
102. Au final, cela signifie que l'exercice pour être autorisé à intenter une action collective est similaire à l'autorisation qu'un plaideur quérulent doit obtenir avant de signifier une action : on souhaite s'assurer qu'il ne s'agisse pas d'un usage inutile des ressources judiciaires.
103. Cette modification concorde avec d'autres allègements au déroulement de l'audience des demandes d'autorisation.
104. Prenons par exemple la règle à l'article 574 al. 3 C.p.c. selon laquelle la demande d'autorisation ne peut être contestée qu'oralement. Tel qu'il appert des Commentaires de la ministre de la Justice, cette règle visait à endiguer les débordements du débat sur l'autorisation :

[...] La disposition maintient la règle du droit actuel adoptée par la *Loi portant réforme du Code de procédure civile* (L.Q. 2002, c. 7), qui impose la contestation orale de la demande et, à cette étape, ne permet la présentation d'une preuve appropriée que si le tribunal l'autorise. Cette modification visait essentiellement à limiter les débats sur l'autorisation de l'action collective, qui, au fil des années, avaient pris « des proportions démesurées », de telle sorte que l'on pouvait considérer que le procès avait lieu à l'étape de la demande d'autorisation plutôt que sur l'action elle-même. [...] ³¹

[Notre emphase]

105. Les gains de notre proposition seraient majeurs et certains : moins de jours du calendrier judiciaire seraient consacrés à des auditions d'autorisation, sans compter toutes les ressources déployées par les parties en préparation d'une audition. L'allègement du calendrier aurait pour effet d'accélérer le délai pour les auditions d'autorisation jugées nécessaires.

³¹ Commentaires de la ministre de la Justice, art. 574 (L.Q. 2014, c. 1).

106. Un défendeur ne perdrait aucun droit puisqu'il pourra, à l'aide des moyens préliminaires déjà prévus au C.p.c., faire rejeter en tout ou en partie une action collective en vertu des articles 168 al. 2 ou 51 C.p.c. (ce que reconnaît le Laboratoire), ou autrement préserver tous ses autres droits, ce qui est déjà prévu au stade du mérite en vertu de l'article 588 C.p.c.
107. Finalement, nous sommes d'avis que cette proposition rejoint les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt Hryniak en perpétuant le virage de la culture judiciaire en « *simplifi[ant] les procédures préalables au procès* »³².

³² *Supra*, note 4, paragr. 2.

PARTIE II - LES HONORAIRES DES AVOCATS

SOMMAIRE EXÉCUTIF

L'application systématique d'un multiplicateur des heures travaillées pour analyser la raisonnable des honoraires réclamés par les cabinets agissant en demande dans les actions collectives n'est pas dans le meilleur intérêt des justiciables et elle risque de nuire aux objectifs fondamentaux qui sous-tendent le véhicule procédural de l'action collective.

Afin de promouvoir l'accès à la justice et la dissuasion de comportements répréhensibles, il est essentiel que l'analyse du caractère raisonnable des honoraires continue d'être principalement fondée sur les facteurs i) du résultat obtenu pour les membres et ii) des risques encourus par les avocats. L'application d'un multiplicateur aux heures consacrées est une méthode qui aura pour effet de décourager les cabinets à rechercher ce qui est le plus important pour les justiciables, soit un excellent résultat obtenu dans les meilleurs délais.

De plus, l'application systématique d'un multiplicateur aux heures consacrées a pour effet d'élever toute heure consacrée dans toute action collective sur un même pied d'égalité, ce qui ne peut pas être le cas. Il n'est ni dans l'intérêt des membres ni dans l'intérêt de la justice que les heures consacrées à une mauvaise stratégie, que ce soit en raison d'une méconnaissance du droit ou d'une gestion déficiente du dossier, par exemple, soient davantage récompensées qu'un moins grand nombre d'heures consacrées par un cabinet qui adopte une stratégie plus efficace pour aboutir à un meilleur résultat pour les membres du groupe, dans un délai plus rapide.

L'application systématique d'un multiplicateur aux heures consacrées risque de dissuader les cabinets agissant en demande à tenter des actions collectives plus risquées et comportant des défis plus importants, que ce soit en raison du haut degré de complexité au niveau des questions de droit ou au niveau humain, tel que les dossiers d'agressions sexuelles survenues il y a plusieurs décennies pour le compte de personnes vulnérables, par exemple. En effet, si toute heure consacrée dans une action collective est mise sur le même pied d'égalité, il n'existe aucun incitatif pour un cabinet d'accepter un dossier plus difficile, plus complexe, comprenant davantage d'incertitudes; le cabinet risque de tout simplement travailler sur des dossiers plus simples et moins complexes. Au bout du compte, ce sont les justiciables – qui ont intérêt à ce que des cabinets réputés acceptent leurs dossiers complexes et risqués - qui seront perdants et qui subiront les conséquences néfastes de l'application systématique d'un multiplicateur.

Finalement, nous croyons qu'il peut s'avérer approprié de prévoir la possibilité pour un juge saisi d'une action collective de nommer un *amicus curiae* dans son analyse de la raisonnable des honoraires réclamés.

INTRODUCTION

108. Le Laboratoire propose une modification du système de rémunération des avocats agissant en demande dans les actions collectives, par le biais de trois principaux changements :
- i. Une modification de la méthode d'appréciation de la raisonnable des honoraires réclamés ;
 - ii. Un resserrement de la procédure d'approbation des honoraires par les tribunaux ; et
 - iii. L'inclusion au C.p.c. d'une référence à la nomination d'un *amicus curiae* pouvant intervenir quant aux honoraires.
109. Dans les pages qui suivent, nous traitons de ces trois recommandations surtout en fonction de l'expérience de notre cabinet pratiquant l'action collective en demande depuis des décennies.

A. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 1: MODIFICATION DE LA MÉTHODE D'APPRÉCIATION DE LA RAISONNABILITÉ DES HONORAIRES RÉCLAMÉS

110. Le Laboratoire propose un changement quant à la méthode d'appréciation de la raisonnable des honoraires réclamés, par la mise en place de la méthode d'analyse suivante en trois étapes :
- i. La convention d'honoraires doit continuer à être présumée valide ;
 - ii. Le tribunal devrait *systématiquement* vérifier le caractère raisonnable des honoraires en fonction de la méthode du multiplicateur, qui consiste à « *mesurer le nombre d'heures travaillées, multiplié par le taux horaire, multiplié par un facteur pour tenir compte du risque* »³³ (le « **Multiplicateur** ») ; et
 - iii. Le tribunal devrait par la suite examiner les autres critères établis par la jurisprudence, afin d'évaluer si un écart entre les honoraires prévus à la convention et le montant obtenu grâce au Multiplicateur peut se justifier par ces autres critères.
111. Puisque l'article 593 C.p.c. ne mentionne pas les critères devant guider les tribunaux dans l'évaluation de la raisonnable des honoraires réclamés, les tribunaux ont eu recours, de façon constante depuis maintenant plusieurs années, aux facteurs qualitatifs d'appréciation énumérés à l'article 102 du *Code de déontologie des avocats* (« **C.d.a** ») afin d'évaluer la raisonnable des honoraires réclamés par les avocats en demande dans une action collective.

³³ Mémoire, p. 74.

112. Ce sont ces « *critères établis par la jurisprudence* » auxquels le Laboratoire fait référence à la troisième étape (étape iii) de la méthode qu'il propose.

113. En 2018, la Cour d'appel écrivait dans l'arrêt *Option consommateurs c. Banque Amex du Canada* (« **Amex** ») :

[65] Les articles 101 et 102 du Code de déontologie des avocats énoncent :

[...]

102. Les honoraires sont justes et raisonnables s'ils sont justifiés par les circonstances et proportionnés aux services professionnels rendus. L'avocat tient notamment compte des facteurs suivants pour la fixation de ses honoraires :

- 1° l'expérience;
- 2° le temps et l'effort requis et consacrés à l'affaire;
- 3° la difficulté de l'affaire;
- 4° l'importance de l'affaire pour le client;
- 5° la responsabilité assumée;
- 6° la prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence particulière ou une célérité exceptionnelle ;
- 7° le résultat obtenu;
- 8° les honoraires prévus par la loi ou les règlements;
- 9° les débours, honoraires, commissions, ristournes, frais ou autres avantages qui sont ou seront payés par un tiers relativement au mandat que lui a confié le client.

[66] Les principes généraux et les méthodes d'évaluation pertinentes à l'analyse du caractère juste et raisonnable des honoraires résultent de la prise en compte de ces facteurs. Dans ce contexte, les conventions d'honoraires bénéficient d'une présomption de validité et ne sont écartées que si leur application n'est pas juste et raisonnable pour les membres dans les circonstances de la transaction examinée; quant au modèle du facteur multiplicateur, il constitue un outil de mesure ou de contrôle du caractère raisonnable des honoraires.³⁴

[Notre emphase, citations omises]

³⁴ 2018 QCCA 305, paragr. 65 et 66.

114. La seule différence notable entre la proposition du Laboratoire et la méthode préconisée par la Cour d'appel dans l'arrêt Amex réside dans l'ajout systématique, par le Laboratoire, de l'application du Multiplicateur à la deuxième étape de l'analyse (étape ii). Dans l'arrêt Amex, la Cour d'appel laisse plutôt à la discrétion du tribunal l'application du Multiplicateur, considérant celui-ci comme étant *un* outil de contrôle, mais non pas *le seul* outil de contrôle qui devrait être systématiquement appliqué³⁵.
115. Nous sommes d'avis qu'il est inapproprié, et même contraire aux objectifs sociaux du véhicule procédural de l'action collective, d'élever l'importance et la prépondérance du facteur des heures travaillées dans l'analyse de la raisonnable des honoraires réclamés.
116. D'abord, le temps consacré à un dossier n'est même pas un critère listé au C.d.a. Le critère applicable est plutôt le suivant : « *le temps et l'effort requis consacrés à l'affaire* »³⁶ (notre emphase), ce qui démontre que l'effort n'est pas toujours une fonction du nombre d'heures consacrées.
117. Pour cette raison, c'est à bon droit que les tribunaux n'accordent généralement pas une importance particularisée aux heures travaillées dans leur analyse d'une demande d'approbation d'honoraires.
118. La méthode d'analyse actuellement appliquée par les tribunaux fonctionne et elle est celle qui favorise le mieux l'intérêt des membres et l'objectif de justice sociale que revêt l'action collective. Cette méthode a récemment été réitérée par l'honorable Christian Immer, j.c.s., dans l'affaire *F. c. Frères du Sacré-Cœur*, une action collective au bénéfice de victimes d'agressions sexuelles. Le tribunal y confirme que tout est une question de « **circonstances** »³⁷.
119. L'utilisation du Multiplicateur comporte ses limites³⁸. Le juge Immer cite avec approbation les motifs de l'honorable Edward Belobaba, de la Cour supérieure de l'Ontario, dans l'affaire *Cannon v. Funds for Canada Foundation* :

[5] [...] Why should it matter how much actual time was spent by class counsel? What if the settlement was achieved as a result of "one imaginative, brilliant hour" rather than "one thousand plodding hours"? If the settlement is in the best interests of the class and the retainer agreement provided for, say, a one-third contingency fee, and was fully understood and agreed to by the representative plaintiff, why should the court be concerned about the time that was actually docketed? This only encourages docket-padding and over-lawyering, both of which are already pervasive problems in class action litigation.³⁹

³⁵ Voir également à ce sujet : *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345 [Pellemans], paragr. 64-65; *Sacré-Cœur*, *supra*, note 13, paragr. 162 à 164.

³⁶ Art. 102 (2) C.d.a.

³⁷ *Sacré-Cœur*, *supra*, note 13, paragr. 171 et 172.

³⁸ *Ibid*, paragr. 163.

³⁹ *Ibid*, paragr. 166 citant *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686, paragr. 5.

120. Le juge Immer rappelle également que l'application systématique du Multiplicateur et la mise sur un même pied d'égalité de chaque heure travaillée peuvent parfois donner lieu à des résultats qui ne sont pas souhaitables pour les membres, ces derniers ayant intérêt à ce que le dossier procède rapidement et efficacement :

[168] Comme le Tribunal n'a [sic] déjà mentionné dans *Servites de Marie*, appliquée sans discernement, l'analyse par facteur multiplicatif peut mener à récompenser l'inefficacité, l'inexpérience ou, pire encore, l'incompétence. Des procédures mal rédigées, des inefficacités administratives ou une méconnaissance du droit peuvent mener en soi à des contestations par des parties défenderesses. En l'instance, on n'a qu'à penser quels retards et coûts auraient été causés si les actions en garantie des centres de service scolaires et du PGQ dans le dossier F. n'avaient pas été disjointes, si tous les membres B à G ou #1 à #5 auraient dû fournir tous les dossiers médicaux requis ou si plus de membres avaient été interrogés au préalable. Or, plus le nombre d'heures est élevé, plus le facteur multiplicatif est réduit.

[...]

[171] Au final, comme le prévoit l'article 102 du *Code de déontologie*, tout est affaire de « circonstances ».⁴⁰

[Notre emphase]

121. Dans l'affaire *Y. c. Servites de Marie du Québec*, une autre action collective intentée au nom de victimes d'agressions sexuelles, le tribunal rendait les motifs suivants dans le cadre de son jugement approuvant le règlement de l'action collective et les honoraires réclamés :

[108] Il est vrai, comme le souligne l'Étude, que l'évaluation des honoraires par la voie du multiplicateur a ses limites. Elle peut mener à une prime à l'inefficacité, à l'inexpérience ou, pire encore, à l'incompétence. Des procédures mal rédigées, des inefficacités administratives ou une méconnaissance du droit peuvent mener en soi à des contestations par des parties défenderesses. Les heures consacrées au dossier s'additionneront, sans aucun bénéfice aux membres. De plus, manifestement, la rapidité avec laquelle le dossier se règle peut aussi jouer. Le règlement rapide d'un dossier sera au bénéfice des membres, mais amplifiera nécessairement le facteur multiplicatif.⁴¹

122. Le nombre d'heures inscrites aux livres peut résulter d'une mauvaise stratégie par les procureurs en demande, d'une méconnaissance du droit de leur part ou d'une gestion déficiente du dossier. Dans tous ces cas, ces heures « facturées », bien que récompensées par l'utilisation systématique du Multiplicateur, ne bénéficient pas nécessairement aux membres du groupe.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Servites, supra*, note 13, paragr. 108. Voir aussi : *Sacré-Coeur, supra*, note 13, paragr. 168.

123. Le recours à la technique du Multiplicateur de façon systématique peut donc représenter, dans certaines situations, un incitatif ou une prime à l'inefficacité.
124. Ne serait-ce que pour cette raison, nous croyons que les tribunaux ne devraient pas vérifier le caractère raisonnable des honoraires en fonction de la méthode du Multiplicateur lorsqu'ils sont saisis d'une demande pour approbation d'honoraires dans une action collective.
125. Par ailleurs, les tribunaux ont reconnu par le passé que parmi tous les critères énumérés à l'article 102 C.d.a., deux (2) d'entre eux revêtent une importance prépondérante lors de l'analyse d'une demande d'approbation des honoraires d'avocats agissant en demande: la responsabilité assumée (plus communément référée comme le « facteur des risques assumés ») et le résultat obtenu⁴².
126. À notre avis, les facteurs du résultat obtenu et du risque assumé doivent demeurer les critères prépondérants dans l'analyse de la raisonnable des honoraires réclamés.
127. Ces critères sont ceux qui permettent le mieux aux membres d'obtenir ce qu'ils souhaitent avant tout – un résultat excellent et rapide. Ces critères permettent aussi de s'assurer de respecter les objectifs premiers du législateur qui sous-tendent le véhicule procédural qu'est l'action collective, à savoir l'accès à la justice pour des justiciables qui, autrement, n'y auraient pas accès, ainsi que la dissuasion de comportements inacceptables dans notre société.
128. Nous traitons maintenant plus en détail du facteur du résultat obtenu (i), du facteur du risque (ii) et émettons certains commentaires quant au rôle et aux pouvoirs du tribunal à titre de gardien des membres du groupe (iii).

I. LE FACTEUR DU RÉSULTAT OBTENU

129. Comme plus amplement discuté dans la première partie du présent mémoire, l'action collective est d'abord et avant tout un véhicule procédural à portée sociale, par le biais duquel le législateur vise, notamment, à favoriser l'accès à la justice.
130. Les tribunaux reconnaissent d'ailleurs que, dans certains cas, l'action collective est probablement le **seul** moyen disponible pour des justiciables avec peu de ressources d'accéder à la justice⁴³.

⁴² Voir notamment à ce sujet : *Gagné c. Microsoft Corporation*, 2018 QCCS 5529, paragr. 47; *Pellemans*, *supra*, note 35, paragr. 76; *Sacré-Coeur*, *supra*, note 13, paragr. 142, 155, 157, 164 et 165; *Servites*, *supra*, note 13, paragr. 78-79; *Schneider (Succession de Schneider) c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Herron inc.* [Schneider], 2021 QCCS 1808, paragr. 60 à 66.

⁴³ *CCSMM*, *supra*, note 13, paragr. 123.

131. L'action collective permet aussi l'accès à la justice dans des dossiers où les enjeux et les dommages sont bien réels, mais pas assez élevés pour justifier une action individuelle qui nécessitera le paiement d'honoraires significatifs par un seul et même justiciable.
132. Dans ces circonstances, nous estimons qu'il est crucial que le facteur du résultat obtenu pour les membres (i.e. : efficacité à obtenir le résultat **et** caractère satisfaisant du résultat obtenu) continue de revêtir une importance prépondérante, afin d'assurer la vocation de justice sociale du véhicule procédural qu'est l'action collective. Ce facteur est, à notre sens, largement plus important que le nombre d'heures consacrées et il est impératif qu'il le demeure.
133. Quant à l'importance d'obtenir des résultats de façon efficace pour les membres, le Laboratoire fait le constat suivant dans son mémoire, avec lequel nous sommes en accord :

[...] Nous avons conclu de la vaste étude au Laboratoire qu'il était avantageux pour les membres (sur le plan de la compensation obtenue) de voir l'action collective se conclure rapidement. De fait, au-delà des frais d'avocats moindres associés à un dossier réglé plus rapidement, les taux de distribution et de recouvrement sont plus élevés lorsque l'action se conclut dans un délai moindre. Ainsi, nous sommes d'avis qu'il faut travailler les incitatifs des avocats à procéder de manière plus efficace, dans des délais rapprochés.⁴⁴

[Notre emphase]

134. Or, l'application systématique de la méthode du Multiplicateur pourrait avoir pour effet de pénaliser des avocats ayant travaillé efficacement.
135. En effet, si les avocats en demande risquent de voir leurs honoraires amputés parce qu'ils n'ont pas facturé « assez d'heures » et qu'ils ont réglé l'action collective « trop rapidement », il ne peut être exclu que certains d'entre eux choisissent de faire perdurer le litige afin de s'assurer d'avoir consacré au dossier un nombre d'heures « suffisant » ou « qui en vaille la peine ».
136. Il est donc possible que si le temps consacré à l'affaire devient **le** facteur prépondérant d'application systématique, au détriment du résultat obtenu, plusieurs effets pervers s'ensuivront pour les membres, dont principalement celui d'un recouvrement et d'une liquidation de leurs indemnités reportés dans le temps.
137. Ces effets pervers peuvent être particulièrement préjudiciables pour les membres plus vulnérables d'une action collective, comme le fait remarquer le juge Immer dans *F. c. Frères du Sacré-Cœur* :

⁴⁴ Mémoire, p. 72.

[169] Par ailleurs, le règlement rapide d'un dossier sera au bénéfice des membres, mais amplifiera nécessairement le facteur multiplicatif. Dans un dossier comme celui-ci, où nombre de membres sont sexagénaires, tout report du règlement est dévastateur.⁴⁵

[Notre emphase]

138. Ainsi, l'efficacité des procureurs en demande à obtenir des résultats concrets pour les membres du groupe ne devrait pas être *pénalisée* lors de l'analyse de la raisonnable des honoraires réclamés, mais bien plutôt *récompensée*.
139. Par ailleurs, l'analyse du facteur du résultat obtenu ne doit évidemment pas tenir compte uniquement de l'efficacité des procureurs à obtenir des résultats.
140. La jurisprudence enseigne que les tribunaux doivent également s'attarder au succès du recouvrement⁴⁶, à l'établissement de modalités de compensation logiques⁴⁷, à l'établissement de modalités de réclamation des indemnités qui soient simples et accessibles⁴⁸ et aux changements dans le comportement reproché à la partie défenderesse⁴⁹.
141. Lorsque des avocats en demande réussissent à obtenir un règlement qui inclut de tels avantages, l'analyse de la raisonnable des honoraires réclamés devrait tenir compte d'une façon prépondérante de ces avantages, et les récompenser.
142. Autrement, si les avocats ne sont pas encouragés par le législateur à obtenir le résultat le plus avantageux possible pour les membres, dans les meilleurs délais, il nous apparaît inévitable que ce seront les parties défenderesses qui bénéficieront d'une telle situation, le tout au détriment des membres.
143. Les objectifs souhaités par le législateur d'accessibilité à la justice et de modification de comportements répréhensibles, maintes fois répétés par la Cour suprême, s'en trouveront négativement affectés.

II. LE FACTEUR DU RISQUE (LA RESPONSABILITÉ ASSUMÉE)

144. Au Québec, les demandeurs dans une action collective signent généralement des conventions d'honoraires à pourcentage en fonction desquelles leurs avocats assument tous les risques financiers liés au litige et ne sont payés qu'en cas de succès (en cas de règlement ou de jugement au mérite).

⁴⁵ *Sacré-Coeur, supra*, note 13, paragr. 169.

⁴⁶ *Pellemans, supra*, note 35, paragr. 109 et 110.

⁴⁷ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière [Marcil]*, 2018 QCCS 3836, paragr. 67 et 68.

⁴⁸ *Ibid*, paragr. 69 et 70, *Tremblay, supra*, note 13, paragr. 22 et 36

⁴⁹ *Marcil, supra*, note 47, paragr. 66; *Conseil pour la protection des malades c. CHSLD Manoir Trinité*, 2014 QCCS 2280, paragr. 51 et 52.

145. La convention à pourcentage est nécessaire afin que les justiciables moins fortunés ou plus vulnérables aient la possibilité d'entreprendre une action en justice, sans avoir à en supporter l'important fardeau financier.
146. Autrement, comme le soulignait il y a déjà quelques années l'honorable André Prévost, j.c.s., la plupart des citoyens ordinaires refuseraient d'assumer le rôle de représentant et la vocation sociale de l'action collective s'en trouverait sensiblement affectée :

[101] Lorsque, comme en l'instance, l'avocat accepte dès le départ d'assumer la responsabilité des coûts et des risques liés à l'exercice du recours collectif et à son rejet éventuel, à l'exclusion du représentant, il apparaît justifié que l'ampleur de ces risques soit reflétée dans l'honoraire à pourcentage négocié avec son client. Il faut s'attendre à une certaine adéquation entre l'importance des risques assumés par l'avocat, d'une part, et le pourcentage qui sera éventuellement payé par les membres, le cas échéant, d'autre part.

[102] En l'absence d'une telle entente, il est raisonnable de présumer que dans de nombreux dossiers, un membre refuserait de se porter représentant aux fins de l'exercice du recours collectif. Ainsi, c'est l'accès même à la procédure du recours collectif, recours unique, qui se verrait compromis à une époque où de plus en plus d'intervenants de notre société se questionnent sur l'accessibilité à la justice.⁵⁰

[Notre emphase, citations omises]

147. Récemment, dans *Schneider (Succession de Schneider) c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Herron inc.*, l'honorable Donald Bisson, j.c.s., l'actuel juge responsable de la Chambre des actions collectives dans le district judiciaire de Montréal, écrivait quant à la convention d'honoraires intervenue dans ce dossier :

[...] qu'il est raisonnable de croire que tous les membres du groupe auraient accepté de signer individuellement une convention de l'ordre de 25 %, en ne prenant aucun risque et aucun engagement de payer des honoraires et des débours autrement qu'en cas de succès.⁵¹

[Notre emphase]

148. Les motifs de l'honorable Gérard Dugré, j.c.s., dans *Krantz c. Procureure générale du Québec* abondent dans le même sens :

[...] *les conventions à pourcentage favorisent [...] l'accès à la justice pour des citoyens qui autrement n'en auraient pas les moyens. En contrepartie, ils consentent à partager avec l'avocat les bénéfices du recours judiciaire entrepris*⁵².

⁵⁰ Pellemans, *supra*, note 35.

⁵¹ Schneider, *supra*, note 42, paragr. 83

⁵² Krantz c. Procureure générale du Québec [Krantz], 2017 QCCS 5115, paragr. 59.

149. Ces conventions n'ont pas pour effet de conférer un caractère de lucre à la profession : elles prévoient plutôt expressément que les avocats en demande ne seront payés que s'ils obtiennent un résultat favorable pour le demandeur et les membres du groupe. Dans le cas contraire, les avocats en demande n'obtiennent strictement rien.
150. Cela étant, ce type particulier de mandat entre un demandeur dans une action collective et ses procureurs implique un **risque financier majeur** pour ces derniers.
151. Dans une décision rendue récemment, l'honorable Donald Bisson, j.c.s., explique avec justesse pourquoi il est crucial, pour la **viabilité** de l'action collective, que le risque financier pris par les avocats en demande soit considéré de façon prépondérante, et dûment récompensé :

[97] L'action collective constitue une mesure sociale visant à assurer l'accès à la justice pour des demandeurs qui n'ont pas les ressources pour intenter des actions individuelles ou pour qui l'enjeu personnel est trop minime pour justifier le coût d'intenter des procédures.

[98] Comme l'ont souligné les tribunaux à maintes reprises, les actions collectives servent notamment à modifier le comportement des défendeurs. Les Actions sont ici en pratique le seul outil mis à la disposition des consommateurs canadiens pour sanctionner le Cartel allégué.

[99] Les enjeux en matière d'action collective sont souvent très importants sur le plan financier en raison du nombre de réclamations potentielles. Il s'ensuit que les défendeurs sont régulièrement représentés par des avocats de premier plan, disposant de ressources importantes.

[100] Un tel véhicule procédural **ne peut exister** à moins que les avocats qui agissent en demande n'acceptent d'assumer une part importante, sinon la totalité, des frais du recours, ainsi que d'être payés seulement en cas de succès, comme les avocats de la demanderesse le font en la présente affaire.

[101] Pour assurer la **viabilité** du véhicule procédural qu'est l'action collective, il est **essentiel** que des avocats compétents acceptent de prendre de tels risques. Or, **sans une compensation en cas de succès qui tient compte du risque assumé, aucun avocat n'a d'intérêt à accepter de tels risques.**

[102] Pour les avocats de la demanderesse, ceci inclut la perspective d'investir des milliers d'heures et des centaines de milliers de dollars sans la moindre garantie d'être payés, que ce soit en raison d'un échec dans leur tentative d'établir les éléments de la responsabilité de Panasonic et des autres

défenderesses qui n'ont pas réglé le litige, ou encore de l'incapacité de ces dernières de payer le montant d'une condamnation éventuelle.⁵³

[Notre emphase]

152. La pratique de l'action collective en demande requiert une certaine forme d'entrepreneuriat juridique, inévitable afin que les intentions du législateur de faire de ce véhicule procédural un moyen d'accès à la justice ne demeurent pas lettres mortes.
153. Dans l'arrêt-phare de la Cour d'appel *Sibiga c. Fido Solutions Inc.*, l'honorable Nicholas Kasirer – avant qu'il ne soit nommé juge à la Cour suprême Canada – expliquait en ces termes en quoi l'entrepreneuriat juridique est **nécessaire** au régime de l'action collective, et comment il peut y **bénéficier** :

[102] While it is not inappropriate to be mindful of possible excesses of what some have described as “entrepreneurial lawyering” in class actions, **it is best to recognize that lawyer-initiated proceedings are not just inevitable, given the costs involved, but can also represent a social good in the consumer class action setting.** As Perrell J. wrote in one Ontario case, “the entrepreneurial nature of a class proceeding can be a good thing because it may be the vehicle for access to justice, judicial economy, and behaviour modification, which are all the driving policy goals of the *Class Proceedings Act, 1992*”. Scholars have observed that, within the proper limits of ethical rules that bind all lawyers, **courts should recognize that lawyer-initiated consumer class actions can be helpful to meet the access to justice policy goals of the modern law of civil procedure.** In my view, the fact that lawyers play an important, even primary role in instituting a consumer class action is not in itself a bar to finding that the designated representative has the requisite interest in the suit. Where the personal stake of a consumer representative is small – here, the appellant was charged \$250.81 for roaming, of which only a portion is alleged to be overpayment – it is often unrealistic to insist upon a consumer-initiated class action.⁵⁴

[Notre emphase, citations omises]

154. D'ailleurs, la bonification des honoraires accordés aux procureurs en demande pour les risques qu'ils prennent ne bénéficie pas uniquement à ces procureurs, mais également aux justiciables, puisqu'une somme significative de ces honoraires est généralement réinvestie dans le fonds de roulement du cabinet, afin d'en assurer les frais d'exploitation et de permettre à d'autres actions collectives de voir le jour.
155. À cet égard, l'honorable Donald Bisson, j.c.s., écrivait encore récemment :

⁵³ *Options consommateurs c. Panasonic Corporation* [**Panasonic**], 2021 QCCS 596, paragr. 97 à 102. Voir aussi au même effet, par l'honorable juge Bisson : *Schneider*, *supra*, note 42, aux paragr. 69 et 70.

⁵⁴ *Sibiga c. Fido Solutions Inc.*, 2016 QCCA 1299, paragr. 102.

[105] Le caractère juste et raisonnable des honoraires doit s'analyser notamment à la lumière des difficultés liées à la pratique de l'action collective en demande. Une telle pratique implique de réinvestir une part substantielle des honoraires obtenus afin d'assurer les frais futurs d'exploitation du cabinet. Bien que plusieurs parties défenderesses estiment parfois injuste à leur égard ce modèle, il n'en demeure pas moins qu'il reflète une réalité incontournable dont les principaux bénéficiaires sont les membres passés, présents et futurs des actions collectives.⁵⁵

[Notre emphase]

156. Cet important risque financier n'est ni abstrait ni théorique. Dans les faits, ce sont l'argent, les revenus, les ressources et même parfois les carrières des professionnels qui pratiquent l'action collective en demande qui sont en jeu, lorsque de nombreuses heures sont investies dans un dossier, sans aucune garantie de rémunération.
157. Par ailleurs, bien que le risque financier soit le plus souvent invoqué et discuté, l'action collective expose les avocats qui la pratiquent en demande à de nombreux autres risques auxquels sont beaucoup moins confrontés les praticiens du droit en général.
158. À cet égard, pensons notamment au risque de faillite (et aux conséquences professionnelles que cela peut avoir pour un avocat), de même qu'au risque d'une responsabilité professionnelle allant au-delà de la couverture d'assurance⁵⁶.
159. Tous ces risques significatifs doivent être adéquatement compensés afin que l'action collective puisse continuer d'exister et d'atteindre ses objectifs sociaux, même si cela implique d'évaluer le risque de manière prospective⁵⁷.
160. En effet, un cabinet s'expose à un risque financier dès l'instant où il dépose une demande d'autorisation d'exercer une action collective, puisqu'à ce moment, il ignore l'investissement financier qu'un tel recours requerra.
161. Peut-être qu'en fonction de la stratégie qu'adoptera la partie défenderesse, le cabinet devra attirer plusieurs avocats pour travailler exclusivement sur ce dossier, et ce pendant plusieurs années? Peut-être la partie défenderesse multipliera-t-elle les moyens préliminaires, les expertises et les appels (ou permissions d'appel) sur chacune des décisions interlocutoires qui seront rendues en cours d'instance? Peut-être la partie défenderesse déposera-t-elle de nombreuses interventions forcées qui auront pour effet de faire prendre à l'action collective des proportions encore inimaginables au moment du dépôt de la demande d'autorisation? Peut-être que la

⁵⁵ *Panasonic, supra*, note 53, paragr. 105.

⁵⁶ Par exemple, voir à ce sujet : *Marcil, supra*, note 47, paragr. 111 à 115, *Brown c. Roy*, 2021 QCCS 3112, paragr. 52.

⁵⁷ Voir à ce sujet : Mémoire, p. 53.

Cour suprême rendra un nouvel arrêt qui impactera négativement la théorie de la cause de l'action collective?

162. Malgré tous ces risques et ces incertitudes, un cabinet agissant en demande en action collective doit être prêt à mener le dossier jusqu'au bout, et ce dès le moment du dépôt de la demande d'autorisation.
163. À bon droit, les tribunaux québécois analysent présentement le facteur du risque encouru en fonction du niveau de risque et de la situation qui prévalaient **au moment d'intenter l'action collective**, et non pas une fois que l'issue du dossier est scellée.
164. Dans *Pellemans*, l'honorable juge André Prévost, j.c.s., écrit :

[52] Dans le cas particulier d'une entente à pourcentage conclue au début d'un mandat, l'analyse de plusieurs des critères mentionnés à l'article 3.08.02, dont ceux prévus aux alinéas c) à f), doit s'effectuer à la lumière des circonstances prévalant au moment de sa conclusion, plutôt qu'à celui du règlement ou du jugement. C'est en effet à ce stade que les parties évaluent les risques qui seront subséquentement assumés par l'avocat.⁵⁸

[Notre emphase]

165. Dans *Marcotte c. Banque de Montréal*, l'honorable Claudine Roy, alors qu'elle siégeait encore à la Cour supérieure, écrit à propos du facteur du risque encouru :

[32] Dans l'évaluation de ce critère, il faut tenir compte de l'importance du recours collectif comme véhicule procédural d'accès à la justice et tenir compte de la réalité économique des avocats qui agissent en demande.

[33] Il faut se replacer au moment de la conclusion des conventions pour comprendre les risques auxquels se sont exposés les avocats en demande. Douze années se sont écoulées depuis le début des procédures, sans que les avocats ne sachent si, ultimement, ils seraient rémunérés pour leur travail.⁵⁹

[Notre emphase]

166. Dans *Krantz*, l'honorable Gérard Dugré, j.c.s., écrit :

[76] La jurisprudence met en garde contre une analyse rétrospective des critères de détermination du caractère juste et raisonnable de la convention d'honoraires, ce qui est particulièrement pertinent dans l'analyse du critère du risque et de la difficulté de l'action collective.⁶⁰

[Notre emphase, citations omises]

⁵⁸ *Pellemans*, *supra*, note 35, paragr. 52.

⁵⁹ *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, paragr. 32 et 33.

⁶⁰ *Krantz*, *supra*, note 52, paragr. 76.

167. Si les avocats agissant en demande craignent de voir leurs honoraires diminués significativement en raison d'une analyse rigide fondée sur les heures travaillées, et qu'ils ont un doute quant au fait que les risques encourus pourraient ne pas être dûment récompensés, de moins en moins d'actions collectives seront entreprises. Les membres se trouveront alors à être pénalisés, vu la réticence des avocats à les représenter.
168. À titre d'exemple pratique, un avocat ayant perdu une action collective au mérite devant la Cour suprême, après plusieurs années de bataille juridique au cours desquelles il a supporté tous les frais financiers, doit demeurer motivé à poursuivre une pratique en matière d'action collective.
169. Pour ce faire, il doit avoir la certitude qu'il ne sera pas pénalisé s'il règle pour une somme importante la prochaine action collective qu'il entreprend (avec de bons résultats pour les membres), mais à un stade précoce. Autrement, après un coûteux échec en Cour suprême, cet avocat risque de délaisser la pratique de l'action collective et de passer à côté de dossiers importants qui auraient pu bénéficier aux justiciables et favoriser l'accès à la justice.
170. À cet égard, il est important de souligner que malgré les honoraires importants qui peuvent être approuvés, le nombre de cabinets qui agissent en demande en matière d'actions collectives demeure faible. Tel que le souligne l'honorable Donald Bisson, j.c.s. :
- [68] L'action collective exige un niveau élevé d'expertise et de professionnalisme de la part des avocats qui la pratiquent.
- [69] Ce véhicule procédural existe au Québec depuis maintenant 40 ans, mais il demeure que relativement peu de cabinets acceptent d'agir en demande vu la complexité et les risques importants associés à cette procédure, notamment sur le plan des ressources financières.⁶¹
171. Il faut *encourager* les cabinets à accepter les risques associés à l'institution d'actions collectives pour remplir les objectifs sociaux du législateur. Toute modification législative qui risque d'avoir pour effet de dissuader les cabinets à accepter d'agir en demande ou de diminuer le nombre de dossiers d'actions collectives qu'ils auraient autrement été prêts à accepter, serait contraire aux objectifs sociaux et ultimement, au détriment des membres.
172. À cet égard, nous référons aux propos de l'honorable Gérard Dugré, j.c.s., dans *Krantz c. Procureure générale du Québec* :

[52] Par ailleurs, le respect du mandat intervenu entre le représentant et les procureurs offre un niveau de prévisibilité eu égard au résultat éventuel qui

⁶¹ *Schneider, supra*, note 42, 2021 QCCS 1808.

constitue un facteur important dans la décision des procureurs d'assumer ou non le risque inhérent à ce genre de dossier. Lorsque des procureurs décident d'entreprendre une action collective sur la base d'une entente à pourcentage, leur décision est fondée sur leur estimation de la somme qui pourra éventuellement faire l'objet d'un recouvrement, combinée à leur entente à pourcentage.

[53] Un manque de prévisibilité raisonnable quant aux gains potentiels en cas de succès rend difficile une analyse du risque et décourage l'institution d'actions collectives, qui sont, de par leur nature, longues, complexes et donc plus risquées.

[54] Les tribunaux ont indiqué à plusieurs reprises que la rémunération des procureurs acceptant de prendre un mandat d'action collective sur la base d'une convention d'honoraires à pourcentage ne doit pas constituer un faux espoir. [...]

[55] Ainsi, sans une compensation raisonnablement prévisible en cas de succès et qui tient compte du risque assumé, aucun avocat n'a intérêt à accepter de tels risques. En effet, la pratique dans le domaine des actions collectives ne peut exister que si les procureurs reçoivent des honoraires qui tiennent compte des conventions intervenues avec les représentants, celles-ci devant bien sûr être justes et raisonnables.⁶²

[Notre emphase, citations omises]

173. Prenons également l'exemple d'un cabinet qui décide d'entreprendre une action collective complexe, dans un domaine du droit où il existe une controverse jurisprudentielle. Le demandeur n'étant pas en mesure d'assumer la charge financière d'un tel recours, il signe une convention à pourcentage avec ses avocats en vertu de laquelle le cabinet assume tous les frais liés au litige et n'est payé qu'en cas de succès.
174. Dans cette situation, le cabinet s'expose indéniablement à des risques majeurs.
175. Or, imaginons qu'en raison de la qualité des arguments et de la stratégie des procureurs en demande, de leur célérité et de leur compétence, ces derniers parviennent à mettre un terme définitif à l'action collective peu de temps après le stade de l'autorisation, en négociant un règlement hors Cour substantiel, par le biais duquel les membres du groupe auront accès à des indemnités significatives.
176. Évidemment, dans cet exemple, les avocats auront investi moins de temps dans le litige que s'ils avaient dû plaider l'affaire au mérite devant la Cour d'appel.
177. Suivant la méthode appliquant un Multiplicateur telle que proposée par le Laboratoire, ces procureurs verraient nécessairement les honoraires accordés réduits, puisqu'ils auront consacré moins de temps au dossier, malgré qu'ils aient réussi à obtenir un *meilleur* résultat pour leurs clients.

⁶² Krantz, *supra* note 52.

178. Inversement, des procureurs qui auraient accordé peu d'attention au **même** dossier ou qui auraient usé de la mauvaise stratégie ou avancé les mauvais arguments, et qui seraient parvenus à un règlement beaucoup plus tard, plusieurs années après l'autorisation du dossier, verraient leurs honoraires augmentés en application de la technique du Multiplicateur, puisqu'ils auraient consacré beaucoup plus de temps au dossier.
179. Or, les risques **initiaux** encourus lors du dépôt de la demande d'autorisation étaient **exactement les mêmes**.
180. Il s'avère donc qu'une application systématique de la méthode du Multiplicateur mène au résultat que le facteur de risque sera **moins récompensé** dans le cas des avocats les plus diligents et efficaces, qui auront réglé le dossier plus rapidement.
181. Finalement, une analyse de la raisonnable des honoraires qui tient compte de façon prépondérante du facteur de risque est celle qui favorise le plus le développement d'actions collectives audacieuses, complexes ou de droit nouveau. De plus, cette approche est aussi celle qui favorise le mieux les objectifs sociaux qui sous-tendent les actions collectives.
182. En effet, si, par le biais de l'imposition systématique d'un Multiplicateur, chaque heure travaillée est mise sur un même pied d'égalité dans toutes les actions collectives, alors aucun procureur n'aurait avantage à entreprendre un dossier particulièrement complexe, colossal ou risqué.
183. En effet, les avocats agissant en demande pourraient alors avoir tendance à se concentrer sur des actions collectives pour lesquelles il existe des précédents bien établis, ou qui se fondent sur des théories de la cause davantage simplistes, à l'égard desquelles le droit est clair et limpide.
184. Pourtant, il est **crucial** pour l'accessibilité à la justice que des cabinets intentent des actions collectives **avant-gardistes**, **risquées** et qui nécessitent des **investissements gigantesques**, et qu'ils soient récompensés en conséquence lorsqu'ils parviennent à un résultat positif.
185. Conscient de cette réalité, dans *F. c. Frères du Sacré-Cœur*, le tribunal a approuvé des honoraires au-delà du Multiplicateur théorique appliqué par un certain courant de la jurisprudence, en tenant justement compte du risque encouru par les procureurs, de la complexité du dossier et de la nature particulière de cette action collective :

[148] Le dossier est d'une grande complexité.

[...]

[150] Par ailleurs, même si les demandeurs bénéficient de ces développements favorables et que la question de prescription ne doit plus les

préoccuper, mener à terme de tels recours demeure une tâche herculéenne posant des défis sur les plans factuel, juridique et humain.

[...]

[153] [...] Au stade de l'autorisation, il est devenu apparent que les défenderesses, dans l'interprétation qu'ils faisaient valoir de l'article 2926.1 C.c.Q., étaient d'avis que cet article comprenait un délai de déchéance, qui empêchait toute victime de poursuivre les défenderesses pour des agressions sexuelles commises. [...]

[154] L'Étude a donc demandé, dans un geste procédural inusité, d'intervenir dans le dossier J.J. devant la Cour d'appel, ce que la Cour d'appel lui a permis. Puis, à titre de conseil, il a mené, à ses frais et avec l'accord des avocats de J.J., le pourvoi à la Cour suprême. Ultimement, la Cour suprême a rejeté l'argument présenté par les avocats des parties défenderesses, dans J.J. [...]

[155] Cela donne un éclairage particulier du grand risque, sur le plan juridique, assumé par l'Étude.

[156] Sur le plan humain, les avocats doivent gérer les effets que suscitent la remémoration d'événements douloureux et ils doivent accompagner en continu les membres. Le rôle des avocats dépasse largement le rôle traditionnel. Les notes sténographiques des interrogatoires d A. et de F. et les interrogatoires des membres G et #5 auxquels le tribunal a assisté, ont été certes incommensurablement éprouvants pour les témoins, bien qu'ils aient été menés avec respect et mesure par les procureurs des défenderesses. Une très grande assistance et un accompagnement continu en amont et en aval de ces interrogatoires étaient requis de l'Étude.

[157] Il est donc difficile de concevoir de demandes où la difficulté du problème soumis, l'importance de l'affaire et la responsabilité assumée par les avocats du groupe sont plus considérables.

[158] L'étude de ce premier groupe de critères milite donc en faveur de l'approbation du Compte.⁶³

[Notre emphase, citations omises]

186. Pour toutes ces raisons, nous croyons que le facteur du risque encouru doit conserver son poids prépondérant dans l'analyse de la raisonnable des honoraires des avocats en demande.

⁶³ *Sacré-Cœur, supra*, note 13.

III. LA CAPACITÉ DU JUGE GESTIONNAIRE À SANCTIONNER LES ABUS

187. Chaque cas est un cas d'espèce et il est « *difficile sinon impossible* »⁶⁴ d'imposer une norme de rémunération standardisée et d'application systématique pour tous les dossiers d'actions collectives.
188. D'ailleurs, l'article 102 C.d.a. prévoit expressément que l'analyse des honoraires réclamés doit être effectuée en fonctions **des circonstances de chaque dossier**⁶⁵.
189. Il est vrai, toutefois, que dans la pratique de l'action collective, certains cas d'espèce peuvent s'avérer problématiques. Il importe néanmoins de rappeler que conformément à l'article 593 C.p.c., les honoraires doivent **obligatoirement** faire l'objet d'une approbation par un juge de la Cour supérieure du Québec.
190. À cet égard, le législateur a confié aux magistrats un rôle de gardien et de protecteur des droits des membres absents, et les juges sont pleinement en mesure d'appliquer les critères énoncés au C.d.a. et établis par la jurisprudence, au cas par cas, en fonction des **circonstances propres à chaque dossier**.
191. La Cour d'appel a confirmé en 2018 que le juge saisi d'une demande d'approbation pour honoraires est autorisé « *à réviser ces honoraires en fonction de leur valeur réelle, à les arbitrer et à les réduire s'ils sont inutiles, exagérés, ou hors de proportion au regard de ce que le groupe retire du recours* »⁶⁶.
192. De fait, il existe dans la jurisprudence québécoise de nombreux exemples de dossiers où la Cour supérieure a usé de son pouvoir discrétionnaire afin de réduire, à la suite d'une analyse de l'ensemble des facteurs pertinents, les honoraires réclamés par les procureurs en demande, sans avoir à recourir à la technique du Multiplicateur⁶⁷.
193. Dans ce contexte, les craintes de voir des honoraires extravagants injustement accordés à des avocats en demande ne nécessitent pas l'imposition d'une norme standardisée qui aurait ultimement pour effet de causer des dommages au véhicule procédural qu'est l'action collective.
194. Nous estimons donc que l'actuelle méthode d'analyse de la raisonnable des honoraires développée par les tribunaux fonctionne, et que celle-ci ne devrait pas être modifiée.

⁶⁴ Voir à ce sujet : Mémoire pp. 44 et 76.

⁶⁵ Voir aussi : *Sacré-Cœur*, *supra*, note 13, paragr. 171.

⁶⁶ *Amex*, *supra*, note 34, paragr. 62.

⁶⁷ Voir notamment, à titre d'illustrations : *Mahmoud c. Société des casinos du Québec inc.*, 2018 QCCS 452; *Option Consommateurs c. Banque de Montréal (BMO)*, 2020 QCCS 1985.

195. Cette méthode d'analyse assure un contrôle, par la Cour supérieure, des honoraires réclamés par les avocats agissant en demande, mais elle permet également de récompenser adéquatement les procureurs lorsque ceux-ci ont pris un risque important et qu'ils ont ultimement réussi à obtenir de bons résultats pour les membres.

B. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 2 : RESSERRER LA PROCÉDURE D'APPROBATION DES HONORAIRES

196. Le deuxième changement proposé par le Laboratoire est un resserrement de la procédure d'approbation des honoraires, qui s'articule autour de quatre (4) principales recommandations :

- i. Fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut ;
- ii. Favoriser les conventions d'honoraires à pourcentage inversement proportionnels à la somme obtenue, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier ;
- iii. Ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer les distributions aux membres, en fonction du « succès relatif de l'étape du recouvrement » ; et
- iv. Dans les cas d'un recouvrement individuel, n'approuver les honoraires qu'après les distributions aux membres.

I. RECOMMANDATION N° 1 : FIXER LES HONORAIRES EN FONCTION DE L'ÉTAPE JUDICIAIRE À LAQUELLE LE DOSSIER SE CONCLUT

197. La recommandation du Laboratoire est la suivante :

[...] Ainsi, hormis la proposition drastique d'éliminer les honoraires conditionnels, qui ne peut réellement être envisagée pour des raisons évidentes, une première proposition serait de fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclue. Ainsi, les honoraires seraient moindres pour le dossier conclu au stade de l'autorisation par voie de transaction que pour celui se concluant subséquentement, ou encore pour celui se concluant au mérite.⁶⁸

[Citations omises]

198. Puisque cette proposition a pour objectif d'accorder un poids prépondérant aux heures travaillées par les procureurs, celle-ci pourrait comporter des risques pour

⁶⁸ Mémoire, p. 72.

l'intérêt des membres représentés, et, à ce titre, nous renvoyons le lecteur à nos commentaires formulés à la section précédente quant à l'importante prépondérance des facteurs du résultat obtenu et du risque encouru.

199. À ces commentaires, nous ajoutons l'exemple des dossiers *A. c. Les Frères du Sacré-Cœur et al.*⁶⁹ et *F. c. Les Frères du Sacré-Cœur et al.*⁷⁰, deux actions collectives intentées au bénéfice des victimes d'agressions sexuelles perpétrées par les membres de la communauté des *Frères du Sacré-Cœur*.
200. Dès le stade de l'autorisation, ces deux dossiers ont fait l'objet d'une contestation farouche par la partie défenderesse, mais ont tout de même été autorisés⁷¹.
201. Après l'autorisation (au stade de l'enquête, avant la mise en état des dossiers), la partie défenderesse a opté pour une contestation tous azimuts, en submergeant littéralement les avocats des groupes de demandes préliminaires, en déposant des interventions forcées pour appel en garantie contre plus de quarante (40) entités diverses, en déposant des interventions forcées contre plus d'une dizaine (10) d'assureurs et en formulant des demandes pour permission d'appel à l'encontre de certaines des décisions interlocutoires rendues par le juge gestionnaire des actions collectives.
202. Les avocats des demandeurs ont contesté chacune des procédures déposées par la partie défenderesse.
203. Les parties ont par la suite entamé des discussions de règlement, lesquelles ont mené à la conclusion d'une entente pour une somme 60 millions de dollars, la plus importante jamais versée au Québec dans le cadre d'actions collectives intentées pour le compte de victimes d'agressions sexuelles.
204. Les indemnités qui seront obtenues par les membres en vertu du règlement sont significatives, et des modalités de réclamation simples et efficaces ont été mises en place : elles excluent notamment toute participation de la part de la partie défenderesse.
205. Régler les actions collectives au stade de l'enquête, plutôt que d'avoir obtenu un **jugement** au mérite, ne devrait pas être **pénalisé**, mais plutôt **récompensé**. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en est arrivée la Cour supérieure dans ces deux dossiers, après avoir procédé à une analyse minutieuse des divers critères énoncés au C.d.a.⁷².
206. Outre la protection des membres du groupe, il est possible de se demander quel est l'intérêt pour des avocats d'offrir une contestation acharnée au stade de l'enquête,

⁶⁹ Dossier de Cour n° 460-06-000002-165.

⁷⁰ Dossier de Cour n° 450-06-000001-192.

⁷¹ *A c. Frères du Sacré-Coeur*, 2017 QCCS 5394; *F. c. Frères du Sacré-Coeur*, 2019 QCCS 5122.

⁷² *Sacré-Cœur*, supra, note 13.

s'ils savent qu'au final, plus ils auront fait perdurer le dossier, plus les honoraires qu'ils se verront accordés risquent d'être élevés?

207. Nous estimons donc qu'une réforme à ce sujet n'est pas appropriée.

II. RECOMMANDATION N° 2 : FAVORISER LES CONVENTIONS D'HONORAIRES À POURCENTAGE INVERSEMENT PROPORTIONNEL À LA SOMME OBTENUE, EN TANDEM AVEC UNE ÉCHELLE CROISSANTE SELON LAQUELLE LE POURCENTAGE AUGMENTE EN FONCTION DE L'ÉTAT DU DOSSIER

208. Le Laboratoire fait la seconde recommandation suivante :

Or, pour palier au risque que l'avocat se retrouve en conflit d'intérêts et préfère poursuivre le dossier que de le régler, dans l'espoir d'obtenir de plus généreux honoraires, il pourrait être envisagé de favoriser les conventions d'honoraires à pourcentage inversement proportionnel au montant obtenu, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier.⁷³

209. Cette proposition pourrait comporter des risques pour l'intérêt des membres représentés, et, à ce titre, nous renvoyons le lecteur aux commentaires que nous avons formulés à la section précédente quant à l'importante *prépondérance* du résultat obtenu pour les membres.

210. Les avocats en demande doivent être récompensés pour leur volonté à se battre pour chaque dollar obtenu pour les membres. Il est crucial qu'ils soient récompensés lorsqu'ils réussissent à obtenir un résultat plus avantageux. Il est souhaitable, voire fondamental, que les avocats soient encouragés à ne pas accepter un règlement « facile » ou sous-optimal. Autrement, les défenderesses seront ultimement les grandes gagnantes de cette situation.

211. En réduisant le pourcentage d'honoraires simplement parce que le montant du règlement (ou du jugement) est plus important, les avocats se retrouvent pénalisés pour leur travail exceptionnel.

212. Or, il est crucial *d'encourager*, et non de *décourager*, les avocats à se battre pour faire primer l'intérêt de leurs clients. Si la proposition du Laboratoire était adoptée, des avocats risquent de perdre tout incitatif à déployer des efforts supplémentaires pour obtenir le *meilleur* résultat pour leurs clients, et il existe un risque réel que des avocats se contentent d'un résultat médiocre, puisque leurs efforts supplémentaires et surtout, les risques supplémentaires qu'ils encourent en poursuivant le dossier, ne seront pas adéquatement rémunérés. Cela serait contraire à l'intérêt de la justice.

213. Le représentant du groupe, lequel se fie souvent sur les recommandations de ses avocats pour évaluer une offre de règlement, pourrait alors ne pas avoir la confiance

⁷³ Mémoire, p. 72.

que les conseils de ses avocats sont réellement dans le meilleur intérêt du groupe qu'il représente.

214. La proposition du Laboratoire a pour effet de déconsidérer l'importance des autres facteurs du *C.d.a.*, dont le risque assumé, les efforts déployés, la prestation de services professionnels exceptionnels, la difficulté de l'affaire, et le résultat obtenu.
215. Il n'existe aucune formule objective (que ce soit en fonction du montant obtenu ou de l'étape du dossier) qui puisse s'appliquer dans tous les cas.
216. La recommandation du Laboratoire, laquelle souhaite éviter une situation de conflit d'intérêts, risque malheureusement de créer une situation de conflit d'intérêts, d'où l'importance de ne ***pas*** codifier une telle règle, mais plutôt de laisser le soin au tribunal d'analyser le dossier selon les ***circonstances***, comme l'a récemment rappelé la Cour supérieure.
217. Nous estimons donc qu'une réforme à ce sujet n'est pas appropriée.

III. RECOMMANDATIONS N^{OS} 3 ET 4 : NE PROCÉDER À L'ATTRIBUTION DES HONORAIRES QU'APRÈS AVOIR PU OBSERVER LES DISTRIBUTIONS AUX MEMBRES / DANS LE CAS D'UN RECOUVREMENT INDIVIDUEL, N'APPROUVER LES HONORAIRES QU'APRÈS LA DISTRIBUTION AUX MEMBRES

218. Puisqu'elles nous apparaissent interreliées, nous traitons des recommandations n°3 et 4 dans une seule et même section.
219. Au sujet de ces recommandations, le Laboratoire écrit :

Il pourrait aussi être envisageable de ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer l'accomplissement de la procédure de distributions [sic] aux membres, en fonction du « succès » relatif du recouvrement. [...]

Nous recommandons que dans le cadre d'un recouvrement individuel les honoraires ne puissent être approuvés qu'après la distribution. Le tribunal aura ainsi entre les mains toutes les informations pertinentes pour prendre une décision éclairée.⁷⁴

220. Nous sommes d'accord avec le Laboratoire que ces deux recommandations connaissent d'importantes limites :

Par contre, nous reconnaissons que le recouvrement et son succès ne sont pas toujours fonction des avocats en demande. Des facteurs externes contribuent très souvent à rendre la tâche des distributions plus ardue que prévue, tels que

⁷⁴ Mémoire, p. 73.

la valeur des réclamations, le désintérêt des membres, un déménagement, ou encore d'autres facteurs extrinsèques.⁷⁵

221. En effet, il pourrait être problématique pour l'objectif social de l'action collective de pénaliser des avocats en retardant ou en diminuant le paiement de leurs honoraires, si le succès du recouvrement est moins important qu'espéré.
222. Cela est d'autant plus vrai qu'au moment de la présentation de la demande d'approbation de l'entente de règlement en vertu de l'article 593 C.p.c., le tribunal peut – et doit – évaluer le caractère suffisant des mécanismes de distribution des indemnités qui ont fait l'objet du recouvrement.
223. Si le tribunal, au terme de son analyse, conclut que le processus proposé est juste et raisonnable, de même que dans le meilleur intérêt des membres, l'avocat ne devrait pas être pénalisé s'il a obtenu un résultat satisfaisant pour les membres, mais que les membres font le choix de ne pas se prévaloir du mécanisme de réclamation proposé.
224. Les avocats ne devraient pas s'exposer à un risque de voir leurs honoraires diminués, alors qu'ils ont tout fait pour obtenir un excellent résultat et pour mettre en place un processus de distribution efficient; ils ne devraient pas non plus attendre la fin de processus de réclamation afin d'obtenir rémunération pour les services qu'ils ont fournis.
225. Il est vrai que le processus de recouvrement individuel comporte son lot de difficultés.
226. En effet, dans ce type de recouvrement, le montant de la somme réelle recouverte peut parfois ne pas être déterminé (ou déterminable) au moment de l'approbation des honoraires.
227. Néanmoins, la question du caractère raisonnable des honoraires devrait être analysée au cas par cas et une règle uniforme applicable n'est pas appropriée, notamment à l'égard du processus de recouvrement individuel.
228. En effet, il existe une pluralité de situations, ayant chacune leurs particularités. À titre d'exemple simple, il existe des différences fondamentales dans le processus de recouvrement collectif selon que celui-ci intervienne dans le contexte d'un règlement, ou à la suite d'un jugement au mérite. De plus, dans le cadre d'actions collectives faisant l'objet d'un règlement avec recouvrement individuel, les honoraires des avocats en demande sont parfois payés en sus du fonds de règlement, faisant en sorte qu'ils n'ont aucune incidence sur les sommes qui seront versées aux membres.

⁷⁵ *Ibid.*

229. S'il est vrai qu'en matière de recouvrement individuel, le montant du recouvrement réel n'est pas toujours déterminé ou déterminable au moment de l'approbation des honoraires, il n'en demeure pas moins que la transaction prévoit, dans la plupart des cas, une somme maximale qui pourra faire l'objet d'un recouvrement auprès de la partie défenderesse.
230. Le règlement a donc une valeur maximale potentielle, mise à la disposition des membres du groupe et pour laquelle leurs avocats ont travaillé, et dans la mesure où le tribunal conclut que les facteurs d'analyse sont satisfaits et que les mécanismes de distribution sont adéquats, les honoraires devraient être accordés sur cette valeur, tout comme c'est le cas en matière de recouvrement collectif.
231. Par ailleurs, il ne faut pas oublier qu'en plus du résultat obtenu pour les membres du groupe, un autre objectif social important du véhicule procédural de l'action collective est la modification et la dissuasion de comportements illégaux de la part d'entreprises et d'individus.
232. Une fois que les avocats ont réussi à obtenir un montant afin d'indemniser les membres et, souvent, *à faire en sorte que la partie défenderesse modifie son comportement préjudiciable*, ils ont obtenu un résultat fort important non seulement pour les membres du groupe, mais également *pour les consommateurs futurs et la société en général*. Les avocats ne devraient donc pas être pénalisés si le taux de réclamation n'est pas élevé.
233. Le législateur a justement adopté l'action collective comme mesure sociale pour assurer la réforme de comportement illégaux dans des cas où l'enjeu personnel des demandeurs est souvent trop minime pour justifier le coût d'intenter des procédures individuelles. On peut notamment penser aux milliers de consommateurs qui se voient charger illégalement des frais et aux entreprises qui s'enrichissent de plusieurs millions de dollars de ces pratiques illégales en contravention à une loi d'ordre publique.
234. Si la rémunération des avocats était automatiquement tributaire du taux de réclamation, bien que les avocats n'aient *aucun* contrôle à ce niveau, malgré tous leurs efforts déployés pour encourager les membres à réclamer, les avocats risqueraient de refuser d'entreprendre des actions collectives importantes. Les entreprises pourraient alors poursuivre leurs activités illégales en toute impunité et sans conséquence légale, au détriment de la justice sociale et de l'intérêt du public en général. Les objectifs sociaux du véhicule procédural de l'action collective en souffriraient.
235. La rémunération des avocats du groupe devrait tenir compte du fait qu'ils ont réussi à emmener le proverbial cheval à l'abreuvoir, pas sur le fait de forcer ce même cheval à boire l'eau qui s'y trouve, ce qu'ils ne peuvent pas faire.

236. Pour divers facteurs majoritairement extrinsèques au travail des avocats, certains dossiers obtiendront des taux de réclamation particulièrement élevés, alors que d'autres obtiendront des taux de réclamation particulièrement bas.
237. Un taux de réclamation bas ne doit cependant pas être synonyme d'un travail mal exécuté par les avocats, ou d'une compétence diminuée, et les procureurs en demande ne devraient pas voir la rémunération de leurs efforts reportée pour ce motif; à plus forte raison, leur rémunération ne devrait pas être amputée.
238. Si cette recommandation était mise en application, il existe un risque bien réel que moins d'actions collectives soient intentées avec le temps et que les véritables gagnants de cette situation soient (encore une fois) les parties défenderesses – souvent de grandes corporations ou des institutions gouvernementales – au détriment des membres du groupe, les justiciables.
239. En effet, considérant que la modification du comportement est l'un des objectifs fondamentaux de l'action collective, il importe que les avocats soient encouragés à entreprendre des actions collectives, indépendamment du taux de recouvrement, autrement ces grandes corporations ou des institutions gouvernementales prendront conscience, qu'à terme, elles n'auront pas de compte à rendre dans ce type de situation.

C. CHANGEMENT PROPOSÉ N° 3 : PRÉVOIR LA NOMINATION D'UN AMICUS CURIAE

240. Le Laboratoire propose d'inclure au C.p.c une référence à la nomination d'un *amicus curiae* pour couvrir deux situations où sa présence pourrait être utile, à savoir lors de l'approbation des transactions et lors de la détermination des honoraires des avocats du représentant.
241. Nous estimons qu'il pourrait s'agir d'une bonne idée, dans la mesure où le juge conserverait l'entière discrétion de requérir, ou non, les services de l'*amicus curiae*. Évidemment, le tribunal ne serait pas lié par la position adoptée par l'*amicus curiae* et conserverait, à l'égard des honoraires à être octroyés aux avocats en demande, l'entière discrétion de son pouvoir discrétionnaire.
242. La nomination d'un *amicus curiae* peut d'ailleurs refléter une idée de justice dans l'œil du citoyen moyen.
243. Nous tenons néanmoins à mentionner que les honoraires de l'*amicus curiae* ne devraient pas être payables à même le montant du règlement (destiné aux membres).
244. En ce sens, la méthode de rémunération de l'*amicus curiae* devra être prévue par le législateur, et pourrait, par exemple, être assumée par le *Fonds d'aide aux actions collectives*.

André Ryan, Associé, Avocat
Téléphone : 514-397-6931
ar@bcf.ca

Shaun E. Finn, Associé, Avocat
Téléphone : 514-397-6899
shaun.finn@bcf.ca

Montréal, 30 septembre 2021

PAR COURRIEL

Honorable Simon Jolin-Barrette

Ministre de la Justice
Ministère de la Justice
Édifice Louis-Philippe-Pigeon
1200, route de l'Église
Québec (Québec) G1V 4M1

Re: Consultation publique: Perspectives de réforme de l'action collective au Québec

Monsieur le Ministre,

C'est avec beaucoup d'intérêt que nous écrivons en réponse au processus de consultation publique annoncé par le ministère de la Justice du Québec sur d'éventuelles réformes du régime d'action collective. Cette consultation publique, qui découle d'un mandat de recherche confié au Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal et du rapport de septembre 2019 de la professeure Catherine Piché (le « **Rapport** »¹), est à la fois opportune et bienvenue.

L'action collective a évolué considérablement depuis son entrée en vigueur en 1979. Étant d'abord une procédure novatrice, elle est devenue partie intégrante du cadre juridique du Québec et a joué un rôle significatif dans la promotion de l'économie judiciaire, de l'accès à la justice et de la modification des comportements². L'augmentation du nombre et de l'ampleur des actions collectives signifie que le législateur, la magistrature, la profession juridique ainsi que l'ensemble de la société ont tout intérêt à ce qu'elles soient aussi efficaces et résilientes que possible. Il est également important que l'action

¹ Me Catherine Piché, professeure, Université de Montréal, Faculté de droit, « Perspectives de réforme de l'action collective au Québec : Rapport préparé à l'attention du ministère de la Justice du Québec – septembre 2019 ».

² *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 RCS 534, pars. 26-29.

collective québécoise soit pleinement conforme au changement culturel qui est incarné par l'actuel *Code de procédure civile* (« **Code** » ou « **C.p.c.** »)³ et préconisé par la Cour suprême du Canada⁴.

Bien que nous saluions la profondeur et la grande créativité du Rapport, nous ne sommes pas en accord avec toutes ses observations et les réformes proposées. Comme nous l'expliquerons plus en détail ci-dessous, nous soumettons respectueusement que :

- Éliminer le processus d'autorisation tel qu'il existe actuellement et le remplacer par un mécanisme procédural hybride au stade de l'examen au fond (c'est-à-dire un test d'autorisation tronqué jumelé à une demande de rejet facultative) ne simplifierait pas et n'accélérerait pas le processus d'action collective.
 - Le problème de redondance est largement illusoire puisque très peu d'actions collectives autorisées au Québec sont par la suite visées par une demande de rejet au fond. Plutôt que de créer un mécanisme procédural hybride comme celui proposé dans le Rapport, il serait plus efficace selon nous de permettre explicitement aux défendeurs de présenter des demandes de suspension ou de rejet le plus rapidement possible à la suite du dépôt d'une demande d'autorisation d'exercer une action collective (« **demande d'autorisation** ») pour défaut de compétence, litispendance, chose jugée, incapacité, absence d'intérêt, et/ou abus de procédure.
 - Puisque le critère de la « cause défendable » de l'article 575(2) C.p.c. a suscité des désaccords notables, une façon mesurée d'assurer une plus grande rigueur et objectivité serait de le remplacer par les critères plus robustes de l'article 225.4, alinéa 3 de la *Loi sur les valeurs mobilières*⁵.
 - Le mécanisme procédural hybride proposé par le Rapport renverserait le fardeau de la preuve qui existe depuis 1979 en l'imposant principalement au *défendeur* plutôt qu'au *demandeur*, contrairement à ce qui se fait dans toutes les autres juridictions nord-américaines.
 - Cette discordance avec les autres provinces ferait en sorte qu'il serait beaucoup plus difficile pour les demandeurs et les défendeurs de différentes juridictions de coopérer, alors qu'un bon nombre d'actions collectives au Québec ont une dimension multiterritoriale (ou multijuridictionnelle).
 - L'adoption du mécanisme procédural hybride aurait pour effet pratique de mettre de côté 42 ans de jurisprudence et d'exiger des tribunaux qu'ils recommencent à zéro, et ce, à grands frais institutionnels.

³ Voir notamment la Disposition préliminaire et les articles 1, 2, 9, 18, 19 et 20 C.p.c.

⁴ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7 (CanLII), [2014] 1 RCS 87 et *Brunette c. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l.*, 2018 CSC 55 (CanLII), [2018] 3 RCS 481.

⁵ CQLR c V-1.1

- La plupart des statistiques citées dans le Rapport ont été recueillies *avant* la création de la Chambre des actions collectives du district judiciaire de Montréal (de loin le district le plus actif du Québec en action collective), un groupe de juges spécialisés dont le but premier est d'accroître l'efficacité et la cohérence du système.
- Bien que nous ne présentions aucune observation précise au sujet des honoraires des avocats en demande, nous notons que, bien que l'approche des tribunaux du Québec à l'égard des honoraires soit essentiellement semblable à celle des autres provinces, les avocats en demande au Québec ne risquent pas d'obtenir une adjudication de frais de justice défavorable importante et n'ont pas à faire face à des différends en matière de conduite de l'instance. Cela signifie qu'ils assument généralement moins de risques, un facteur clé dont les tribunaux tiennent compte lorsqu'ils attribuent les honoraires des avocats.
- Il serait opportun de remplacer la « règle du premier à déposer » par un examen préliminaire des demandes d'autorisation concurrentes par le juge responsable de la gestion de l'instance afin de promouvoir leur qualité plutôt que la célérité simpliste.

I. HISTORIQUE DE L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC

Le Québec a été la première province canadienne à adopter l'action collective, un mécanisme juridique qui est de nature procédurale, et non substantielle, et qui n'a pas modifié le droit civil du Québec⁶. Cette décision se situe dans le sillon de réformes majeures, comme l'adoption de la *Loi sur la protection du consommateur*⁷ en 1971 et de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁸ en 1976, qui découlent des vastes réformes sociales, économiques et juridiques apportées par la Révolution tranquille. Bien qu'il s'inspire de la Règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis, le régime d'action collective du Québec a été adapté pour répondre à des préoccupations particulières. Il a également été conçu pour s'inscrire dans l'architecture procédurale unique du Québec, qui comprend des éléments civilistes et de common law. Cette cohérence a été soulignée par le fait que l'adoption de l'action collective a été favorablement accueillie par tous les grands partis politiques de l'époque⁹. Autrement dit, le processus d'autorisation, tel qu'il existe actuellement, a été accepté par une Assemblée nationale unanime. Même s'il est vrai que l'action collective au Québec a été simplifiée depuis¹⁰, sa structure

⁶ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211, pars. 31-33; *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 RCS 666, pars. 17-19.

⁷ CQLR c P-40.1

⁸ CQLR c C-12

⁹ Assemblée nationale, Journal des débats, Commissions parlementaires, Troisième session – 31^e législature, 7 mars 1978 – No. 7, pp. B-261-B-264. Pour une description de l'historique législatif de l'action collective au Québec, voir André Ryan et Shaun E. Finn, *Québec Class – Actions – collectives au Québec: Articles, notes, directives, jurisprudence & illustrations* (Montréal : LexisNexis, 2020), pp. 1-2.

¹⁰ Cela s'est fait en supprimant l'obligation pour le demandeur de déposer une déclaration sous serment, en limitant la contestation aux représentations orales et en ne permettant le dépôt d'éléments de preuve appropriée qu'avec l'autorisation du tribunal. Voir l'arrêt *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, dans lequel la Cour d'appel a statué que ces modifications étaient constitutionnelles.

tripartite – qui comprend l'étape de l'autorisation, l'étape de l'examen au fond et l'étape du recouvrement (collectif ou individuel), le cas échéant – et les quatre critères d'autorisation¹¹ demeurent les mêmes.

Depuis qu'elle fait partie du cadre procédural québécois, l'action collective a été adoptée par voie législative ou jurisprudentielle¹² par les provinces de common law et par la Cour fédérale. À ce jour, le Québec a maintenu le caractère distinctif de son régime, tandis que ses tribunaux ont trouvé des moyens pratiques de se coordonner, au besoin, avec les tribunaux des autres provinces¹³. Le Québec participe également au Protocole judiciaire canadien de gestion de recours collectifs multijuridictionnels, dont l'objet est « de tirer parti des règles de pratique, des règles de procédure civile et des lois sur les recours collectifs existant déjà dans diverses provinces pour faciliter la gestion des recours collectifs multijuridictionnels »¹⁴.

II. UN VIRAGE CULTUREL

Bien qu'il soit important de garder ce contexte à l'esprit, il est également nécessaire de tenir compte du changement de culture juridique qui s'est produit plus récemment. Ce changement – qui souligne l'importance de l'accès à la justice, de la proportionnalité et de l'efficacité judiciaire – se reflète dans le nouveau *Code*¹⁵. En effet, selon sa Disposition préliminaire, ce *Code* « vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice ».

Cet esprit est tout à fait conforme au « virage culturel » récemment invoqué par la Cour suprême du Canada. Dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, une affaire en provenance de l'Ontario, la juge Karakatsanis commence par reconnaître qu'en raison des coûts et des délais, « garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada »¹⁶. En conséquence :

[2] On reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile. Ce virage implique que l'on simplifie les procédures préalables au procès et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L'équilibre entre la procédure et l'accès à la justice qu'établit notre système de justice doit en

¹¹ Art. 575 C.C.P.

¹² *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 SCR 534; *King & Dawson v. Government of PEI*, 2019 PESC 27.

¹³ Pour un exemple récent, voir *Pelletant c. Hyundai Auto Canada Corp.*, 2021 QCCS 793 et *McBain v. Hyundai Auto Canada Corp.*, 2021 ONSC 1734, dans lesquelles les soussignés étaient les avocats au dossier des défendeurs dans l'action intentée au Québec.

¹⁴ <https://www.cba.org/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2011/Canadian-Judicial-Protocol-for-the-Management-of-M?lang=fr-ca>

¹⁵ Selon l'ancienne Ministre de la Justice, l'honorable Stéphanie Vallée, le rapport qui a ouvert la voie à l'adoption du nouveau *Code* « présentait une nouvelle vision de la procédure civile et indiquait les objectifs de la révision: humanisation de la justice, célérité et adéquation des coûts de la justice ».

¹⁶ [2014] 1 CSC 87 [*Hryniak*].

venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables. (Nos soulignements)

Cela signifie, entre autres, que « si aucune véritable question litigieuse ne requiert un procès », « [l]a requête en jugement sommaire constitue un outil important pour faciliter l'accès à la justice parce qu'elle peut offrir une solution de rechange au procès complet plus abordable et plus rapide [...] »¹⁷. Autrement dit, plutôt que de procéder directement au fond, des avenue procédurales autres devraient être considérées lorsque les circonstances le justifient.

Bien que le droit québécois ne prévoie pas une requête en jugement sommaire, le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Brunette c. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l.*¹⁸, une affaire en provenance du Québec, est essentiellement au même effet. Selon le juge Rowe (écrivant pour la majorité de la Cour), « l'intérêt suffisant étant une condition de recevabilité applicable à toutes les demandes, il s'ensuit que les tribunaux doivent être en mesure d'établir son existence et, s'il y a lieu, de rejeter les demandes lorsque l'intérêt allégué est insuffisant »¹⁹. Le juge Rowe ajoute que « [c]ela suppose que la question de l'intérêt suffisant du demandeur doit pouvoir être tranchée au stade des requêtes préliminaires, sans que le tribunal ait besoin de décider si la demande est fondée en droit »²⁰. En d'autres mots, les procédures judiciaires entachées d'irrégularités graves devraient être rejetées *le plus rapidement possible*.

En termes simples, l'accès à la justice, la proportionnalité et l'économie judiciaire militent en faveur de décisions préliminaires accélérées (voir l'**Annexe A** de la présente lettre pour une analyse plus complète de cet aspect, notamment sous l'angle de la jurisprudence pertinente de la Cour d'appel)²¹.

III. COMMENTAIRES SUR LES PROPOSITIONS ET LES RÉFORMES POSSIBLES DU RÉGIME D'ACTION COLLECTIVE

A. Le test d'autorisation

(i) *Il y a peu de redondance en pratique*

Une des raisons données à l'appui du mécanisme procédural hybride proposé par le Rapport semble être la prémisse selon laquelle les tribunaux doivent actuellement évaluer le critère de la cause défendable une première fois à l'autorisation (en vertu de l'art. 575(2) C.p.c.) et une deuxième fois au fond (en vertu de l'art. 168 C.p.c.)²². Pourtant, dans les faits, cette prétendue redondance analytique se

¹⁷ *Ibid*, par. 34.

¹⁸ [2018] 3 RCS 481 [*Brunette*].

¹⁹ *Ibid*, par. 19.

²⁰ *Ibid*.

²¹ Pour une analyse plus détaillée du changement de culture énoncé dans *Hryniak* et *Brunette*, voir André Ryan, « Chronique – Le jugement sommaire comme moyen d'assurer la proportionnalité et l'économie judiciaire : un virage culturel dans l'administration de la justice civile québécoise ? », La référence, EYB2019REP2778, *Repères*, juin 2019 (**Annexe A**).

²² Rapport, pp. 27, 66 : « Nous recommandons de **réformer les règles applicables à l'action collective pour que l'apparence de droit ne soit analysée qu'une seule fois** » (gras dans l'original).

produit plutôt inf fréquemment. Les actions collectives autorisées ne font ordinairement pas l'objet d'une demande de rejet au fond intentée en vertu de l'article 168 C.p.c. ou d'une demande d'annulation intentée en vertu de l'article 588 C.p.c. Ces demandes constituent l'exception plutôt que la règle. Or, aucune statistique n'est citée dans le Rapport quant au nombre, à la fréquence, à l'évolution historique ou au succès des demandes subséquentes de rejet ou d'annulation. Ces statistiques devraient être soupesées soigneusement avant de mettre en œuvre des changements majeurs comme ceux envisagés dans le Rapport. En d'autres mots, il n'y a aucune preuve déterminante qui démontre un problème important exigeant une solution.

Un changement plus modéré au régime d'actions collectives serait l'ajout d'une disposition qui permettrait à l'intimé de présenter une demande de suspension ou de rejet d'une action collective proposée aussi rapidement que possible après le dépôt d'une demande d'autorisation. Bien que les demandes de suspension ou de rejet soient actuellement possibles avant l'autorisation, il serait utile que le législateur précise qu'elles peuvent être fondées sur différents motifs, notamment l'absence de compétence (art. 167 C.p.c.), la litispendance, la chose jugée, l'incapacité, l'absence d'intérêt (art. 168 C.p.c.) et/ou l'abus de procédure (art. 51 ss. C.p.c.). Une telle disposition serait conforme aux objectifs du nouveau *Code* ainsi qu'au virage culturel préconisé par la Cour suprême du Canada, en éliminant les actions collectives fatalement entachées d'irrégularités graves *avant* l'analyse exigée par l'article 575 C.p.c. – et *bien avant* qu'elles soient autorisées à aller de l'avant au fond, avec les formalités, les retards et les coûts onéreux qui s'ensuivraient nécessairement.

(ii) La possibilité raisonnable de gain de cause est un critère plus robuste et objectif

Le critère de la cause défendable de l'article 575(2) C.p.c. s'est avéré quelque peu problématique dernièrement. Dans les arrêts *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*²³ et *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*²⁴, la Cour suprême du Canada n'a pu s'entendre sur la façon de l'interpréter. Dans les deux cas, de fortes opinions dissidentes ont été exprimées quant à la mesure dans laquelle les tribunaux peuvent « lire entre les lignes » de la demande d'autorisation et tirer des inférences fondées sur les allégations et les éléments de preuve pertinents. Bien que nous ne recommandions aucun changement majeur à ce critère pour le moment (puisque la jurisprudence pourrait devenir plus uniforme, comme elle l'a été en ce qui concerne l'application de la proportionnalité dans le cadre d'une action collective²⁵), si le législateur était enclin à modifier la disposition, nous sommes d'avis qu'il serait opportun de renforcer l'article 575(2) C.p.c., une approche qui est conforme aux commentaires émis par l'actuelle juge en chef du Québec, l'honorable Manon Savard, dans l'arrêt *Whirlpool Canada c. Gaudette*²⁶. Une façon de renforcer ce critère et de le rendre plus objectif serait de

²³ 2019 CSC 35. Pour une analyse plus détaillée de cet arrêt, voir Shaun E. Finn « Commentaire sur la décision *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.* – La désolante complexification des critères d'autorisation », La référence, EYB2019REP2813, *Repères*, juillet 2019 (**Annexe B**).

²⁴ 2020 CSC 30.

²⁵ *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 RCS 65, pars. 43 (majorité) et 72-75 (dissidence); *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, [2014] 1 RCS 3, par. 68.

²⁶ 2018 QCCA 1206, par. 29: « Certains prônent la suppression de cette autorisation, d'autres, dont je suis, suggèrent plutôt de la renforcer. Mais dans l'attente de la révision de cette question, que ce soit par le législateur

le remplacer par les critères contenus à l'article 225.4, alinéa 3 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. En vertu de cette disposition, « [l]e tribunal accorde l'autorisation s'il estime que l'action est intentée de bonne foi et qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ».

En utilisant un langage qui rappelle les arrêts *Hryniak* et *Brunette*, la Cour suprême du Canada déclare dans l'arrêt *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc.* que, lorsqu'ils interprètent l'article 225.4, « les tribunaux doivent entreprendre un examen raisonné de la preuve afin de s'assurer que l'action peut être fondée. Autrement dit, pour favoriser l'atteinte de l'objectif législatif consistant à instaurer un mécanisme de filtrage dissuasif musclé qui écarte les demandes non fondées, le critère préliminaire exige une possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause »²⁷. La Cour ajoute que « [p]our démontrer une possibilité raisonnable d'avoir gain de cause, le demandeur doit offrir une analyse plausible des dispositions législatives applicables, et il doit également présenter des éléments de preuve crédibles à l'appui de sa demande »²⁸. Ces critères imposeraient un fardeau de preuve plus lourd au demandeur, mais ils ne sont pas aussi exigeants que ceux prévus dans les lois sur les valeurs mobilières des provinces de common law²⁹. Une telle modification de l'article 575 C.p.c. enverrait un message clair aux avocats en demande que les procédures qu'ils déposent doivent être sérieuses, bien fondées et conformes au principe de la proportionnalité³⁰. Étant donné qu'environ 30 % des actions collectives sont rejetées à l'étape de l'autorisation³¹, l'effet pratique d'un critère plus musclé serait de s'assurer que seules les actions collectives valables soient autorisées à se prévaloir du temps et des ressources limités du système judiciaire du Québec (voir les **Annexes B et C** de la présente lettre pour une analyse plus complète de cet aspect)³².

(iii) Un renversement du fardeau de la preuve serait inapproprié

En vertu du régime actuel d'action collective au Québec, c'est le demandeur qui doit démontrer que les quatre critères cumulatifs d'autorisation sont respectés. Toutefois, en vertu du mécanisme procédural hybride proposé par le Rapport, le défendeur serait maintenant appelé à démontrer que l'action collective devrait être rejetée si le tribunal détermine que les autres critères d'autorisation sont respectés. Ce renversement du fardeau de la démonstration est cependant problématique. Contrairement à un recours purement individuel, la partie qui cherche à obtenir justice pour un groupe

ou la Cour suprême, il faut s'assurer que l'action collective puisse jouer son véritable rôle et ne soit pas utilisée à des fins autres que celles pour lesquelles une telle voie procédurale existe. »

²⁷ [2015] 2 RCS 106, par. 38.

²⁸ *Ibid*, par. 39.

²⁹ *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2013 QCCA 1256, par. 122-126.

³⁰ Selon l'article 18 C.p.c., « [l]es parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande ». De plus, « [l]es juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice ».

³¹ Rapport, p. 21.

³² Voir Shaun E. Finn, « Commentaire sur l'arrêt *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin* – Un point de rupture en matière d'action collective au Québec ? », La référence, EYB 2021REP3246, *Repères*, mars 2021 (**Annexe C**).

devrait être tenue d'établir le sérieux de sa démarche (même si ce n'est que sur une base *prima facie*), surtout lorsqu'elle cherche à représenter des milliers, sinon des millions de membres absents. Étant donné les conséquences importantes potentielles d'une action collective, la personne qui cherche à intenter une telle action devrait, à tout le moins, être appelée à démontrer que les faits et la preuve allégués étayent un syllogisme juridique viable. Par ailleurs, le fardeau de l'article 168 C.p.c. est plus onéreux que celui de l'article 575(2) C.p.c.

(iv) La coopération entre les tribunaux et les avocats serait compromise

Une réalité importante de la pratique des actions collectives au Québec est que de nombreuses actions collectives s'inspirent de procédures semblables intentées ailleurs, décrivent un groupe multiterritorial ou sont essentiellement similaires à des actions collectives dont sont saisies d'autres tribunaux canadiens. Cette réalité se reflète dans l'article 577 C.p.c. qui énonce, entre autres, que « [l]e tribunal ne peut refuser d'autoriser l'exercice d'une action collective en se fondant sur le seul fait que les membres du groupe décrit font partie d'une action collective multiterritoriale déjà introduite à l'extérieur du Québec ». Il s'ensuit que les avocats en demande et les avocats en défense doivent souvent collaborer activement entre juridictions afin de suspendre, d'interrompre, de régler ou de poursuivre des actions collectives d'une manière proportionnée et économe. S'il est adopté, le mécanisme procédural hybride proposé dans le Rapport aurait pour effet de rendre le régime d'action collective québécois, qui existe maintenant depuis 42 ans, soudainement et significativement très différent de celui de toute autre province, territoire ou état d'Amérique du Nord. Non seulement les avocats du Québec, tant en demande qu'en défense, auraient-ils plus de difficulté à coordonner leurs activités avec leurs collègues des provinces de common law, mais les juges des cours supérieures de ces provinces auraient aussi du mal à collaborer, à organiser des audiences conjointes, et à mettre en œuvre le Protocole judiciaire canadien de gestion de recours collectifs multijuridictionnels.

Nous sommes d'avis que la collaboration entre les avocats de plusieurs juridictions canadiennes facilite l'institution d'actions collectives à l'échelle nationale, y compris au Québec, car elle permet la formation de groupes plus importants, crée des économies d'échelle et permet une administration simplifiée des procédures, ce que la Cour suprême du Canada encourage dans certains cas³³. Il convient également de noter qu'une fois intentées, les procédures multiterritoriales sont administrées par les provinces conformément aux lois applicables. L'harmonisation des règles de procédure à l'échelle nationale n'a aucune incidence sur le droit substantiel du Québec. Nous sommes également d'avis que l'adoption des réformes proposées dans le Rapport inciterait le magasinage de for (« forum shopping »), ce que le Code et le récent virage culturel cherchent à décourager. À notre avis, plutôt que de simplifier les actions collectives, les réformes proposées les compliqueraient considérablement pour toutes les parties impliquées.

(v) Les tribunaux du Québec devraient élaborer une nouvelle jurisprudence

Le mécanisme procédural hybride signifierait également qu'une grande partie de la jurisprudence qui a été élaborée par les tribunaux du Québec au cours des 42 dernières années (surtout en ce qui a trait à

³³ *Canada Post Corp. c. Lépine*, [2009] 1 RCS 549, pars. 56-57.

la cause défendable) serait remplacée par une nouvelle jurisprudence. L'approche à l'égard des autres critères – une fois séparés de l'article 575(2) C.p.c., qui serait alors écarté – devrait également être revue et reconceptualisée. Cela signifierait que les avocats et les tribunaux du Québec seraient appelés à retourner à la case départ à un grand coût institutionnel, ce qui introduirait de l'incertitude dans un domaine de droit déjà très complexe et spécialisé. En revanche, l'adoption de critères comme ceux de l'article 225.4, alinéa 3 de la *Loi sur les valeurs mobilières* permettrait à nos tribunaux de continuer à s'appuyer sur une riche jurisprudence existante.

(vi) Les résultats obtenus par la Chambre des actions collectives méritent une étude plus approfondie

Enfin, l'un des développements institutionnels les plus importants au Québec est la création de la Chambre des actions collectives, qui a vu le jour le 31 décembre 2018 conformément aux articles 226 et 227 des *Directives de la Cour supérieure pour le District de Montréal*. Composée de 10 à 11 juges ayant une connaissance spécialisée des actions collectives, la Chambre est conçue pour gérer les actions collectives de manière plus efficace – du dépôt de la demande d'autorisation à l'inscription pour instruction et jugement (si autorisée) – réduire les délais et mieux harmoniser la jurisprudence en matière d'action collective³⁴. Bien que le Rapport fasse l'éloge de la Chambre, la plupart des statistiques dont ce premier fait état se rapportent à la période précédant la constitution de la Chambre. Encore une fois, avant de procéder à une réforme majeure comme le mécanisme procédural hybride proposé par le Rapport, une étude plus exhaustive de l'impact de la Chambre sur les actions collectives devrait être entreprise. Il convient également de noter que le professeur Pierre-Claude Lafond, une autre autorité doctrinale éminente en matière d'action collective au Québec, préconise un virage *culturel* plutôt que d'importantes modifications législatives au régime actuel. La Chambre incarne un tel virage culturel bénéfique³⁵.

B. L'attribution des honoraires des avocats en demande

Au Québec, comme en Ontario et dans les autres provinces, les honoraires des avocats en demande sont accordés en fonction d'un pourcentage des indemnités découlant du jugement ou du règlement de l'action collective. Ils peuvent aussi être fondés sur le modèle multiplicateur (« loadstar method ») selon lequel le temps facturable cumulatif des avocats de la demande est multiplié par un facteur de 1,1 à 4³⁶. Entre autres, le pourcentage ou le multiplicateur vise à indemniser l'avocat en demande pour le risque qu'il a assumé dans la poursuite de l'action collective³⁷. Toutefois, contrairement à l'Ontario³⁸ et aux

³⁴ Voir André Ryan et Shaun E. Finn, *Québec Class – Actions – collectives au Québec: Articles, notes, directives, jurisprudence & illustrations* (Montréal: LexisNexis, 2020), pp. 82-83.

³⁵ Pierre-Claude Lafond, *Libres-propos sur la pratique de l'action collective* (Montréal: Thomson Reuters, 2020), pp. 144-146.

³⁶ *Guilbert c. Sony BMG Musique (Canada) inc.*, 2007 QCCS 432 [Guilbert]; appel rejeté, *Sony BMG Musique (Canada) inc. c. Guilbert*, 2009 QCCA 231. Voir aussi Jean Lortie, Lisa Chamandy et Shaun Finn, « Putting a Price on Legal Services: Determining Reasonable Class Counsel Fees in the Settlement Context », *La Revue canadienne des recours collectifs*, vol. 9, no. 2, février 2014, pp. 419-444.

³⁷ *Ibid*, pars. 40-45

³⁸ Voir, par exemple, *Boal c. International Capital Management Inc.*, 2021 ONSC 2018, dans laquelle les défendeurs se sont vu adjuger approximativement 547 000 \$ en dépens.

autres provinces de common law³⁹, les demandeurs du Québec ne sont pas assujettis à des frais de justice substantiels si l'action collective est rejetée. Ils n'ont pas non plus à s'engager dans des différends longs et coûteux en matière de conduite de l'instance (« carriage motions ») compte tenu de la règle jurisprudentielle du « premier à déposer » créée⁴⁰ et modifiée par la suite par la Cour d'appel⁴¹. Selon cette règle, la première partie à déposer une demande d'autorisation aura le droit de poursuivre l'action collective à moins qu'il n'y ait de fortes considérations militantes contre elle, comme la réticence flagrante de l'avocat en demande de poursuivre l'action collective. Bien que nous ne préconisons pas une réforme de l'approbation des honoraires au Québec, nous soumettons respectueusement que ces distinctions importantes entre le régime d'actions collectives du Québec et ceux des provinces de common law devraient être prises en considération au moment d'évaluer le caractère raisonnable des honoraires demandés par les avocats en demande. Si le risque n'est pas le même, la récompense ne devrait pas l'être non plus.

C. Le rejet de la règle du premier à déposer

L'une des causes de retard à l'étape de la préautorisation est sans doute la règle du premier à déposer. Cette règle encourage les avocats en demande à déposer leurs demandes d'autorisation le plus rapidement possible, au détriment de la portée et de la profondeur de leur analyse préliminaire, de leurs discussions avec le demandeur et de la qualité de la demande d'autorisation. Cela signifie que l'avocat doit tenter de remédier aux allégations incomplètes ou non fondées après le fait, retardant ainsi l'audience d'autorisation. Bien que ce problème puisse être solutionné, en partie, par la gestion proactive de l'instance, une autre solution serait de permettre au tribunal d'évaluer les demandes d'autorisation concurrentes et les pièces à leur soutien de façon préliminaire⁴². Si la deuxième demande est nettement supérieure à la première, le demandeur qui l'a déposée devrait se voir accorder la conduite de l'instance afin d'assurer la célérité et un débat plus sérieux et plus pertinent. Un tel résultat serait dans l'intérêt des membres du groupe, des intimés, du tribunal et de l'administration de la justice en général.

IV. CONCLUSION

Le Rapport et le processus de consultation auquel il a donné lieu sont des développements très positifs. L'action collective est un mécanisme procédural important dont la vocation principale est de donner accès à la justice à un grand nombre de consommateurs et de citoyens ordinaires. Il est donc tout à fait approprié d'étudier de plus près l'action collective québécoise et, au besoin, d'adopter des réformes

³⁹ Voir, par exemple, *Canada (Attorney General) c. MacQueen*, 2014 NSCA 96, dans laquelle les défendeurs ont reçu plus de 730 000 \$ en dépens; demande pour permission d'appeler à la Cour suprême du Canada rejetée, *Neila Catherine MacQueen, et al. v. Attorney General of Canada, et al.*, 2015 CanLII 17890. Pour une discussion sur l'adjudication des dépens dans le contexte d'une action collective, voir Cameron Fiske, « Costs in Class Actions », BCF Class Action NetLetter, 1^{er} avril 2020 – Issue 16, pp. 1-3.

⁴⁰ *Hotte c. Servier Canada inc.*, 1999 CanLII 13363 (QC CA).

⁴¹ *Schmidt c. Johnson & Johnson inc.*, 2012 QCCA 2132.

⁴² Voir Pierre-Claude Lafond, *Libres-propos sur la pratique de l'action collective* (Montréal : Thomson Reuters, 2020), pp. 144-146 et Cameron Fiske, « Class Action Reform in Québec and Ontario », BCF Class Action NetLetter, 1^{er} juillet 2021 – Issue 31, pp. 3-5.

pour l'améliorer. Bien que certaines des réformes les plus substantielles décrites dans le Rapport soient certainement innovantes, nous soumettons respectueusement que le mécanisme procédural hybride qu'il propose ne faciliterait, ne simplifierait, ni n'améliorerait l'action collective québécoise. À notre avis, d'autres changements, plus modestes, sont plus susceptibles de produire des avantages pour toutes les parties impliquées, surtout les membres du groupe eux-mêmes.

Nous sommes disponibles pour répondre à toute question que vous pourriez avoir et de participer au processus de consultation au cours des semaines et des mois à venir.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de nos sentiments distingués.

BCF LLP



André Ryan



Shaun E. Finn

AR/SEF/hc

p.j. André Ryan, « Chronique – Le jugement sommaire comme moyen d'assurer la proportionnalité et l'économie judiciaire : un virage culturel dans l'administration de la justice civile québécoise ? », La référence, EYB2019REP2778, *Repères*, juin 2019 (**Annexe A**); Shaun E. Finn, « Commentaire sur la décision L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J. – La désolante complexification des critères d'autorisation », La référence, EYB2019REP2813, *Repères*, juillet 2019 (**Annexe B**); Shaun E. Finn, « Commentaire sur l'arrêt Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin – Un point de rupture en matière d'action collective au Québec ? », La référence, EYB 2021REP3246, *Repères*, mars 2021 (**Annexe C**); biographies de Me André Ryan et Me Shaun E. Finn (**Annexe D**).

Chronique – Le jugement sommaire comme moyen d'assurer la proportionnalité et l'économie judiciaire : un virage culturel dans l'administration de la justice civile québécoise ?

André RYAN^{*}
EYB2019REP2778 (approx. 9 pages)

EYB2019REP2778

Repères, Juin, 2019

André RYAN^{*}

Chronique – Le jugement sommaire comme moyen d'assurer la proportionnalité et l'économie judiciaire : un virage culturel dans l'administration de la justice civile québécoise ?

Indexation

PROCÉDURE CIVILE ; DISPOSITION PRÉLIMINAIRE ; PRINCIPES DIRECTEURS DE LA PROCÉDURE ; PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– L'ARRÊT BRUNETTE C. LEGAULT JOLY THIFFAULT S.E.N.C.R.L.](#)

[II– LA JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE S'INSPIRANT DE L'ARRÊT HRYNIAK](#)

[III– VERS L'ADOPTION DU JUGEMENT SOMMAIRE AU QUÉBEC ?](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur commente l'impact de l'arrêt Hryniak c. Mauldin, et du virage culturel qu'il incarne, sur la jurisprudence procédurale québécoise des cinq dernières années, jusqu'à l'arrêt Brunette c. Legault, Joly, Thiffault, s.e.n.c.r.l.

INTRODUCTION

La justice civile est-elle à l'aube d'un véritable virage culturel ? Les coûts augmentent, les délais s'accumulent et les procès se complexifient. Aura-t-on bientôt droit à un arrêt *R. c. Jordan*¹ de la procédure civile ? Ou ne devrait-on pas plutôt dire qu'il a déjà été rendu non pas une, mais bien deux fois ?

Une longue citation s'impose pour commencer ce texte. Elle est tirée de l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*² :

A. Accès au système de justice civile : un virage culturel nécessaire

[23] Le présent pourvoi traite des valeurs et des choix à la base de notre système de justice civile, ainsi que de la faculté, pour les Canadiens ordinaires, d'avoir accès à ce système. Notre système de justice civile repose sur le principe que le processus décisionnel doit être juste et équitable. Ce principe ne souffre aucun compromis.

[...]

[27] Les solutions de rechange au règlement des différends [sic] recueillent de plus en plus d'appuis et il se dégage un consensus sur le fait que l'équilibre traditionnel entre les longues procédures préalables au procès et le procès conventionnel ne correspond plus à la réalité actuelle et doit être rajusté. L'atteinte d'un juste équilibre exige la mise en place de procédures de règlement des litiges simplifiées et proportionnées, et influe sur le rôle des avocats et des juges. Il faut reconnaître par cet équilibre qu'un processus peut être juste et équitable sans entraîner les dépenses et les délais propres au procès, et que les autres modèles de règlement des litiges sont aussi légitimes que le procès conventionnel.

[28] Un virage culturel s'impose. L'objectif principal demeure le même : une procédure équitable qui aboutit au règlement juste des litiges. Une procédure juste et équitable doit permettre au juge de dégager les faits nécessaires au règlement du litige et d'appliquer les principes juridiques pertinents aux faits établis. Or, cette procédure reste illusoire si elle n'est pas également accessible — soit proportionnée, expéditive et abordable. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse. » (Nos soulignements)

Cette affaire émane bien sûr des tribunaux de l'Ontario, province de common law où les règles procédurales en matière civile sont passablement différentes de celles codifiées au Québec, d'autant plus que l'affaire soulève une question relative à la procédure de jugement sommaire prévue à la règle 20, dont il existe des corollaires dans toutes les provinces canadiennes³, à l'exception du Québec⁴. La Cour suprême du Canada prend donc soin de préciser que l'interprétation de la règle 20 de la procédure civile ontarienne qu'elle livre, même si la règle va plus loin que d'autres règles ne le font dans les autres provinces, se veut d'application générale à travers les pays, sauf au Québec bien entendu :

[35] La règle 20 énonce la procédure de jugement sommaire à suivre en Ontario ; une partie peut demander, par voie de requête, un jugement sommaire accueillant ou rejetant en totalité ou en partie la demande. Bien que la règle 20 de l'Ontario aille en quelque sorte plus loin que d'autres règles applicables ailleurs au pays, les valeurs et les principes sur lesquels repose son interprétation sont d'application générale.

L'arrêt *Hryniak* a profondément bouleversé l'administration de la justice civile dans les provinces de common law. Au nom de l'accès à la justice et de la proportionnalité notamment, deux principes bien présents dans la philosophie procédurale québécoise, voire dans le *Code de procédure civile* dans le cas de la proportionnalité⁵, la Cour a considérablement facilité l'accès au jugement sommaire en édictant un processus simple pour en permettre l'utilisation. De nombreux auteurs ont commenté ce « virage culturel » souhaité par la Cour suprême du Canada⁶. Mais a-t-il eu un impact quelconque au Québec ?

I– L'ARRÊT **BRUNETTE C. LEGAULT JOLY THIFFAULT S.E.N.C.R.L.**

Cinq ans plus tard, il semble que la Cour suprême du Canada doutait elle-même des progrès réalisés chez nous et que le virage culturel souhaité par l'arrêt *Hryniak* requerrait un nouvel électrochoc. On peut du moins le penser en prenant connaissance de l'arrêt *Brunette c. Legault Joly Thiffault s.e.n.c.r.l.*⁷, rendu en fin d'année 2018. Il y est question du rejet d'un recours en responsabilité contre des professionnels au stade de l'irrecevabilité. Ce passage de l'opinion du juge Rowe⁸ témoigne de la

volonté de la Cour suprême du Canada d'uniformiser la philosophie judiciaire civile à travers le Canada, incluant le Québec :

[47] De plus, si nous acceptons que la question de la qualification du préjudice est si intimement liée à celle de la causalité qu'elle doit, dans tous les cas, être tranchée au procès sur le fond, les requêtes préliminaires fondées sur l'art. 165(3) seront inmanquablement rejetées dans le contexte de la responsabilité civile. Il en est ainsi parce que l'un des éléments essentiels de la demande — le préjudice — ne peut jamais être contesté avant le procès sur le fond. Au stade préliminaire, les tribunaux québécois seront effectivement dépouillés de tout moyen d'écarter, en vertu de l'art. 165(3), les demandes non fondées en responsabilité civile en raison de l'absence d'intérêt suffisant.

[48] Le risque de gaspillage des ressources judiciaires est considérable en l'espèce. Comme l'a affirmé la Cour dans *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, [EYB 2014-231951](#), « les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges » (par. 24). Le règlement juste et équitable des litiges exige une affectation efficiente des ressources judiciaires. Vu la rareté de telles ressources, les tribunaux doivent être capables de rejeter au stade préliminaire les demandes qui sont manifestement non fondées.

[49] Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin dans *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, [EYB 2011-193722](#), « [l]e pouvoir de radier les demandes ne présentant aucune possibilité raisonnable de succès constitue une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l'efficacité et à l'équité des procès. Il permet d'élaguer les litiges en écartant les demandes vaines et en assurant l'instruction des demandes susceptibles d'être accueillies » (par. 19). Il en va de même du pouvoir en vertu du C.p.c. de rejeter des demandes pour cause d'absence d'intérêt suffisant.

Cette affaire est aussi d'un grand intérêt pour les juristes en droit des sociétés parce qu'elle traite de l'application de la règle *Foss c. Harbottle*⁹ en droit québécois. La Cour d'appel du Québec a eu l'occasion de discuter du recours direct de l'actionnaire contre l'administrateur ou le tiers qui cause un préjudice à la société à l'occasion de quelques décisions¹⁰, mais c'est à notre connaissance la première fois que la Cour suprême du Canada se prononce sur cette question de manière directe dans un dossier québécois. La Cour retient une fois pour toutes qu'en l'absence d'une faute distincte et d'un préjudice distinct, il n'y a pas en droit québécois de tel recours direct en responsabilité civile de l'actionnaire¹¹ :

[51] Les principes du droit procédural et du droit des sociétés au Québec empêchent les actionnaires d'exercer des droits d'action qui appartiennent aux sociétés dans lesquelles ils détiennent des actions. Les actionnaires peuvent toutefois intenter une poursuite s'ils peuvent démontrer (1) un manquement à une obligation distincte et (2) un préjudice direct qui est distinct de celui subi par les sociétés en question. Ces exigences reflètent les principes essentiels de la responsabilité civile sous le régime du C.c.Q. et permettent aux actionnaires ayant un intérêt direct et personnel de réclamer des dommages-intérêts à des tiers défendeurs.

Mais c'est davantage le volet procédural de cette décision qui retient notre attention ici. Au cours des prochaines lignes, nous relèverons certaines décisions rendues en droit québécois dans l'intermède entre les arrêts *Hryniak* et *Brunette*. L'objectif ambitieux est de tenter de déterminer si la « philosophie procédurale » qui se dégage de l'arrêt *Hryniak* s'est imposée au Québec depuis 2014 pour ensuite évaluer la signification et la portée possible de la mise au point faite par la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'arrêt *Brunette*.

Car c'est de cela dont il s'agit, une véritable mise à niveau du droit procédural québécois, appuyée sur la philosophie procédurale élaborée par la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'arrêt *Hryniak*. Tels que rapportés ci-haut, les propos de la juge en chef McLachlin dans *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*¹² repris par le juge Rowe, au nom de la majorité, énoncent très clairement l'arrivée du virage culturel dans le paysage procédural québécois. Pour quiconque en douterait, l'opinion minoritaire de la juge Côté devrait dissiper les doutes qui subsisteraient. Elle écrit ce qui suit au tout premier paragraphe de sa dissidence :

[55] Il n'y a rien de banal à rejeter une action avant même que le demandeur ait pu se faire entendre sur le fond. Comme le rappelait la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 CSC 49, [2014] 2 R.C.S. 477, [EYB 2014-239851](#), par. 1, « si la saine administration de la justice commande que les recours voués à l'échec n'accaparent pas les ressources des tribunaux, le principe cardinal de l'accès à la justice exige en revanche que ce pouvoir soit utilisé avec parcimonie, lorsqu'il est manifeste qu'une demande n'a aucune chance raisonnable de succès. » La prudence s'impose d'autant plus lorsque le moyen d'irrecevabilité repose sur l'absence d'intérêt. En effet, l'intérêt est souvent tributaire des faits — et peut rarement être apprécié pleinement avant l'instruction de l'affaire.

Cette approche qui a caractérisé le paysage procédural québécois au cours des dernières années est clairement rejetée par la majorité.

Avant que la Cour suprême du Canada ne rende l'arrêt *Brunette* à la fin de l'année 2018, la Cour d'appel du Québec a cité à plusieurs reprises l'arrêt *Hryniak*. Sans prétendre en faire ici un relevé exhaustif, il est utile de traiter brièvement certains de ces arrêts.

II— LA JURISPRUDENCE QUÉBÉCOISE S'INSPIRANT DE L'ARRÊT *HRYNIAK*

- *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCA 2193, [EYB 2014-245185](#)

La Cour d'appel est saisie dans cette affaire d'une décision du juge Davis de la Cour supérieure qui s'était prononcé sur des objections à la preuve en limitant les questions en litige au stade de l'injonction interlocutoire et énonçant d'autres modalités de gestion. Le contexte plus large est celui d'une dispute entre des communautés innues de la Côte-Nord et Hydro-Québec en lien avec la construction du barrage de La Romaine.

Après un survol des pouvoirs de gestion du juge qui s'est vu confier l'administration de ce volumineux et important dossier, la Cour d'appel lui reconnaît des pouvoirs étendus afin de circonscrire le débat et d'assurer la proportionnalité des actes posés par les parties. Dès décembre 2014, la Cour d'appel postule que la confirmation de cette mission du juge gestionnaire d'instance et la reconnaissance des pouvoirs qui lui permettent de jouer son rôle efficacement sont parfaitement cohérentes avec les « plus récents enseignements de la Cour suprême »¹³.

- *Lavigne c. 6040993 Canada inc.*, 2016 QCCA 1755, [EYB 2016-272123](#)

La Cour d'appel est saisie d'un jugement de la Cour du Québec suspendant une instance du district de Montréal en raison de l'existence parallèle de procédures soulevant des questions similaires devant la Cour supérieure. Devant cette dernière, un syndicat de copropriétaires poursuit 19 défendeurs, dont le promoteur, le propriétaire, le constructeur, les sous-entrepreneurs et certains professionnels ayant participé à la construction de la copropriété en raison de vices majeurs de conception. Devant la Cour du Québec, les demandeurs poursuivent leur vendeur sur la base de la garantie de qualité. Le juge Sabourin de la Cour du Québec suspend l'instance devant cette cour.

La problématique particulière de cette affaire est liée à l'interprétation qui doit être donnée à l'expression « suspension de l'instance » contenue à l'article 32 C.p.c.¹⁴ et donc au caractère appellable ou non de la décision de première instance. La Cour d'appel conclut que la décision est appellable et l'infirmes. De manière plus pertinente quant au présent propos, l'analyse de la Cour d'appel commence par une référence à l'arrêt *Hryniak*¹⁵. La Cour d'appel évoque la parenté entre le deuxième alinéa de la [disposition préliminaire](#) du C.p.c. et le propos de la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Hryniak*, suggérant même que le législateur québécois ait pu avoir à l'esprit le raisonnement de cette dernière au moment d'écrire ce commentaire¹⁶.

Si un tel lien peut étonner, il n'en demeure pas moins que le législateur québécois a fait ce commentaire dans un esprit que l'on peut difficilement distinguer de celui qui animait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hryniak*. Il suffit pour s'en convaincre de lire cet autre commentaire de la Cour d'appel dans l'arrêt *Lavigne*, traitant cette fois des principes directeurs de la procédure civile énoncés aux articles 17 à 24 C.p.c. :

[41] De plus, ces principes directeurs de la procédure doivent être eux-mêmes interprétés et mis en oeuvre à la lumière de la [disposition préliminaire](#) du *C.p.c.*, dont notamment son 2^e alinéa. Ainsi, ces principes directeurs doivent être appliqués de façon à permettre le règlement des différends et des litiges par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Ils doivent aussi être interprétés et mis en oeuvre de façon à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice.

- *Cardinal c. Bonnaud*, 2018 QCCA 1357, [EYB 2018-301271](#)

La Cour d'appel du Québec se prononce ici sur un jugement en matière civile, rejetant un rapport d'entrevue polygraphique et le déclarant inadmissible. La Cour rejette l'appel. Ce faisant, la juge Roy, dans une opinion majoritaire à laquelle souscrit le juge Shragar, dresse un portrait de l'abondante jurisprudence en la matière et conclut à l'existence d'une tendance forte à l'effet de rejeter une telle preuve ou de ne lui accorder que très peu de poids¹⁷. Elle se dit préoccupée par l'établissement d'une règle stricte voulant que le débat entourant l'admissibilité de ce type de preuve se fasse de manière préliminaire pour épargner des coûts, craignant que cela « n'entraîne l'effet inverse »¹⁸.

La juge Gagné rédige pour sa part une opinion concordante dans laquelle elle se prononce notamment sur le caractère inutile et superflutaire d'une telle preuve, à supposer même qu'elle soit admise. S'inspirant explicitement de l'arrêt *Hryniak*, elle écrit ce qui suit :

[74] Cette dernière considération vaut tant en matière civile que criminelle, surtout à l'ère du virage culturel nécessaire pour garantir l'accès à la justice civile. Ce virage implique que l'on simplifie les procédures afin de diminuer les coûts et les délais. Dans cette optique, je ne vois guère de plus-value à la preuve obtenue à l'aide d'un polygraphe pour évaluer la crédibilité des témoins, « ce qui n'a jamais été autre chose qu'une question incidente à trancher par le juge des faits »¹⁹.

C'est donc par le biais du rejet d'éléments de preuve que le virage culturel demandé par l'arrêt *Hryniak* fait ici son entrée.

- *Grenier c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCA 266, [EYB 2018-290709](#)

Il s'agit dans ce dossier d'un appel d'une décision du juge Ruel (alors de la Cour supérieure) rejetant une demande en nullité des articles 84 à 90 du *Règlement de procédure civile* (Cour supérieure). L'appelant, ayant été déclaré plaideur quérulent, contestait la validité des articles qui encadraient l'exercice par le tribunal du pouvoir de déclarer un plaideur quérulent. Quoique la demande paraisse théorique, compte tenu des amendements au *Code de procédure civile* et au Règlement visé par l'appel depuis le jugement de première instance, la Cour d'appel du Québec a décidé d'entendre l'affaire et de rendre son arrêt.

Il est permis de penser que l'occasion était belle pour faire une mise au point en la matière et, ce faisant, de s'inspirer de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hryniak*. Citant l'arrêt *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique* (Procureur général)²⁰, aussi de la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel, sous la plume de la juge Savard, s'exprime ainsi :

[34] Selon moi, les dispositions en matière de quérulence (art. 54.1 et 54.5 C.p.c.) constituent précisément l'une des mesures auxquelles la Cour suprême entendait référer dans ce dernier passage. La déclaration de quérulence résulte de l'abus d'un justiciable – abus qui peut prendre la forme de procédures frivoles – qui ne bénéficie d'aucune protection constitutionnelle. Les articles 84 et 85 du Règlement s'inscrivent dans le même cadre. Ces dispositions législatives et réglementaires visent aussi non seulement à décourager les recours frivoles et vexatoires, mais également à s'assurer d'une saine gestion des ressources judiciaires en prenant les mesures requises pour que ceux-ci n'engorgent pas le rôle du tribunal. Elles s'inscrivent également parfaitement dans le « virage culturel » que la Cour suprême invite les intervenants du milieu judiciaire à prendre afin que l'accès à la justice puisse être maintenu. Les tribunaux, notamment, doivent s'assurer d'adopter « une procédure équitable qui aboutit au règlement juste des litiges », au bénéfice de l'ensemble des justiciables²¹.

- *Immeubles Rimanese inc. c. Gestion Marigec inc.*, 2018 QCCA 1165, [EYB 2018-296538](#)

Ici la Cour est invitée explicitement par les requérantes à revoir sa jurisprudence afin de mettre en oeuvre une approche plus agressive du traitement préliminaire des requêtes en irrecevabilité dans la foulée de l'arrêt *Hryniak*. La juge Savard, saisie de la demande de permission d'en appeler, confirme ainsi cette demande :

[3] S'appuyant sur les propos de la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S.87, qui appelle à un « virage culturel », de même que sur les principes directeurs de la procédure civile du *Code de procédure civile* visant à améliorer l'accès à la justice, les requérantes inviteraient la Cour, si la permission était accueillie, à revoir sa jurisprudence sur la question de la prudence requise en matière de requêtes en irrecevabilité ou en rejet. Elles ajoutent subir un préjudice irréparable du fait de devoir subir un long procès, sans raison.

Le juge Barin avait précédemment refusé de rejeter à ce stade un recours en oppression faisant suite aux interrogatoires préalables.

Quoiqu'elle reconnaisse le caractère attrayant de la proposition des requérants, la juge Savard rejette la demande sur la base de la jurisprudence existante de la Cour d'appel en la matière :

[5] Elles plaident par ailleurs que l'exception de la « question de droit nouvelle » trouve ici application. La proposition est attrayante. Toutefois, aussi intéressantes que puissent être l'approche proposée par les requérantes en vertu de l'article 51C.p.c. et la réflexion à laquelle elle invite, j'estime que la présente requête ne s'inscrit pas dans le « corridor très étroit » permis par cette exception. Dans *Pharma Biotech inc. c. Biogentis inc.*, 2005 QCCA 578, [EYB 2005-91164](#), la juge Bich, à titre de juge unique, écrivait :

[3] Plus récemment, il semble que l'on ait également ouvert – plus exactement entrebâillé – la porte à l'appel dans les cas où le débat porte sur une question de droit nouvelle et d'intérêt public, qu'il est nécessaire de trancher immédiatement. La jurisprudence offre quelques exemples de cette exception qui, on le comprendra, ne peut être réservée qu'à des cas tout à fait particuliers et qui doit donc être interprétée et appliquée de façon stricte, sous peine de dénaturer la règle générale et de contourner l'article 29C.p.c. La jurisprudence sur le sujet montre d'ailleurs le caractère fort restreint de l'exception : la question nouvelle semble devoir être rattachée à un litige de droit public ou à une disposition de droit substantiel ou encore se conjuguer à l'une ou l'autre des deux exceptions déjà reconnues (litispendance/chose jugée, compétence), l'intérêt public devant être manifeste dans tous les cas.

III- VERS L'ADOPTION DU JUGEMENT SOMMAIRE AU QUÉBEC ?

Ces quelques arrêts témoignent d'une timide, mais réelle incursion de la « philosophie » *Hryniak* dans le corpus jurisprudentiel québécois depuis 2015. La Cour d'appel du Québec a rapidement reconnu cet arrêt de principe à sa juste valeur, mais il est permis d'émettre l'hypothèse que les dossiers se prêtant vraiment à son importation en droit québécois sont limités. Les décisions commentées témoignent aussi de la nécessaire prudence avec laquelle la Cour d'appel a autorisé l'introduction en droit civil québécois de cet important énoncé de principe émanant du droit procédural ontarien, soit en l'identifiant aux principes directeurs qui ont inspiré la plus récente réforme du *Code de procédure civile*. Ceux-ci font par ailleurs l'objet de nombreuses autres décisions de la Cour d'appel qui ne sont pas répertoriées ici, simplement puisqu'ils ne réfèrent pas à l'arrêt *Hryniak*.

L'apparente hésitation qui caractérise les motifs prononcés par l'honorable Savard dans la décision *Immeubles Rimanese inc.* ne relève pas tant d'une frilosité à s'inspirer de la Cour suprême du Canada pour renverser une lourde tendance jurisprudentielle, comme le souhaitent les requérants dans cette affaire. Ce rôle revient en définitive aux juges de première instance qui devront faire preuve de cran dans l'analyse des dossiers voués à l'échec. Il sera beaucoup plus simple pour la Cour d'appel de leur donner raison que de remettre en question la règle procédurale sur les permissions d'appeler pour ensuite se substituer au juge de première instance et prononcer les

rejets. S'il avait été destiné à l'exhaustivité, le présent article aurait analysé les nombreuses références à l'arrêt *Hryniak* relevées dans la jurisprudence de la Cour supérieure depuis son prononcé. L'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Brunette* donne aux juges de cette Cour un nouvel outil qui devrait en principe ouvrir la voie à une plus large utilisation du rejet et de l'irrecevabilité, partiel ou total.

Mais il nous semble peu probable qu'un véritable renversement se produise sur cette seule base. L'irrecevabilité et le rejet sont trop drastiques dans leurs conséquences pour permettre le traitement rapide et définitif des dossiers qui présentent un minimum d'apparence de chance de succès, si mince soit-elle. L'outil qui nous semble le mieux adapté à ces très nombreux litiges est celui du jugement sommaire. L'adoption du modèle canadien du jugement sommaire nous semble indiquée pour permettre aux juges de première instance d'appliquer un filtre à l'entrée aux trop nombreux dossiers qui encombrant inutilement les rôles civils, principalement à Montréal et Québec. L'important corpus jurisprudentiel émanant du reste du Canada offre aussi un référentiel solide qui ne risque pas de contaminer le droit civil québécois puisqu'il est essentiellement procédural et ne heurte donc pas l'approche civiliste de front, comme la common law le fait trop facilement en droit substantif.

CONCLUSION

En définitive, le jugement sommaire relève d'un équilibre entre le nécessaire arbitrage neutre et objectif des intérêts opposés des parties à un litige et l'efficacité procédurale sans laquelle l'administration de la justice et, en définitive, la justice civile elle-même sont mises à mal. Le jugement sommaire est versatile et permet, au cas par cas, le dosage du bon niveau de preuve dont le juge de première instance se saisira pour rendre sa décision. Le mot de la fin revient à la juge Karakatsanis qui s'exprimait ainsi sur le jugement sommaire à l'occasion de l'arrêt *Hryniak*, satisfaite qu'elle était que cette procédure permette au juge qui l'autorise d'administrer un processus juste et équitable, par ailleurs susceptible de protéger l'intérêt supérieur de la justice avec un grand « J »²² :

[56] Je conviens certes que le juge saisi d'une requête doit avoir une connaissance de la preuve nécessaire pour tirer des conclusions décisives, mais le procès n'est pas le seul moyen d'acquiescer cette connaissance. Mettre l'accent sur la quantité et la nature des éléments de preuve qui peuvent être présentés au procès, plutôt que sur la question de savoir si la tenue d'un procès est « nécessaire », comme le prévoit la règle, pourrait amener le juge à fixer un critère trop exigeant. L'intérêt de la justice ne saurait être limité aux caractéristiques avantageuses du procès conventionnel et il doit tenir compte de la proportionnalité, de la célérité et de l'accessibilité économique. Sinon, le processus décisionnel permis par les nouveaux pouvoirs — ainsi que l'objet des modifications — seraient contrecarrés.

[57] Dans le cadre de la procédure par jugement sommaire, il n'est pas nécessaire que la preuve soit la même que celle présentée lors d'un procès, mais elle doit être telle que le juge soit confiant de pouvoir résoudre équitablement le litige. La preuve documentaire, surtout si elle est complétée au moyen de nouveaux outils de recherche des faits, y compris des témoignages oraux, est souvent suffisante pour trancher des questions importantes de manière juste et équitable. L'exercice des pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles peut déboucher sur une recherche des faits tout aussi valable, voire plus brève.

On voit bien par ce seul extrait que le jugement sommaire offre de biens meilleures perspectives de traitement accéléré et allégé de certains dossiers que ne le permettent l'irrecevabilité et le rejet.

* M^e André Ryan est le chef du groupe litige de BCF, Avocats d'affaires, et coresponsable de l'équipe stratégique en défense d'actions collectives.

1. [2016] 1 R.C.S. 631, [EYB 2016-267713](#).

2. [2014] 1 R.C.S. 87, [EYB 2014-231951](#).

3. *Ibid.*, par. 34.

4. Il est vrai que l'article 168(2) C.p.c. permet maintenant l'inscription partielle en droit, mais il n'y a pas de procédure simplifiée pour obtenir jugement de manière sommaire autrement que par demande en irrecevabilité ou en rejet.

5. Art. 18 C.p.c.

6. Voir, par exemple, Teresa WALSH et Lauren POSLOSKI. « Establishing a Workable Test for Summary Judgment: Are We There Yet? », dans Todd L. ARCHIBALD et Randall Scott ECHLIN, Éd., *Annual Review of Civil Litigation 2013*. Toronto : Thomson Carswell, 2013, 419.

7. 2018 CSC 55, [EYB 2018-304886](#).

8. S'il est étonnant que le juge Rowe signe l'opinion de la majorité, il ne faut pas douter de la clarté de l'avis émis par la Cour suprême du Canada, puisque tous les juges sauf un y souscrivent, dont le juge en chef Wagner et le juge Gascon. Seule la juge Côté est dissidente ; nous en traiterons plus loin.

9. (1843) 2 Hare 460, 67 R. 189 (H.L.), qui a établi en common law le principe de l'absence de recours direct de l'actionnaire contre l'administrateur qui cause un préjudice à la société.

10. *Groupe d'action d'investisseurs dans Biosyntech c. Tsang*, 2015 QCCS 3265, [EYB 2015-254410](#) ; *Groupe d'action d'investisseurs dans Biosyntech c. Tsang*, 2016 QCCA 1923, [EYB 2016-273408](#) ; *Robillard c. Arsenault*, 2015 QCCS 3984, [EYB 2015-256065](#) ; *Robillard c. Arsenault*, 2017 QCCA 750, [EYB 2017-279404](#).

11. Cela n'exclut pas pour autant les recours prévus aux articles 217 et s. de la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1.

12. [2011] 3 R.C.S. 45, [EYB 2011-193722](#).

13. Voir le paragraphe 65 où la Cour d'appel cite abondamment la juge Karakatsanis dans l'arrêt *Hryniak*.

14. Voir le paragraphe 22.

15. Par. 35.

16. Voir à cet effet le paragraphe 36 de l'arrêt, où les principes directeurs d'accessibilité, de qualité et de célérité du processus judiciaire de même que le principe de proportionnalité sont discutés.

17. Voir notamment le paragraphe 28 de l'arrêt.

18. *Ibid.*, par 33.

19. La juge Gagné cite ici *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, [EYB 1987-67735](#), p. 418.

20. [2014] 3 R.C.S. 31, [EYB 2014-242606](#).

21. La juge Gagné cite ici l'arrêt *Hryniak*, précité, note 2, aux paragraphes 28 et 32.

[22.](#) Précité, note 2.

Date de dépôt : 19 juin 2019

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.
©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.

EYB2019REP2813

Repères, Juillet, 2019

Shaun E. FINN*

Commentaire sur la décision L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J. – La désolante complexification des critères d'autorisation

Indexation

RESPONSABILITÉ CIVILE

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– LES FAITS](#)

[II– LES DÉCISIONS](#)

[A. L'historique judiciaire](#)

[1. La décision de la Cour supérieure du Québec](#)

[2. L'arrêt de la Cour d'appel du Québec](#)

[B. La décision majoritaire de M. le juge Brown, à l'opinion duquel souscrivent les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin](#)

[1. L'intervention de la Cour d'appel à l'égard de la décision du juge de première instance](#)

[2. L'intervention de la Cour d'appel à l'égard de la condition relative au caractère commun des questions \(art. 575\(1^o\) C.p.c.\)](#)

[3. L'intervention de la Cour d'appel relative au caractère suffisant des faits allégués \(art. 575\(2^o\) C.p.c.\)](#)

[4. L'intervention de la Cour d'appel à l'égard du critère lié au statut du Demandeur comme représentant des membres du groupe \(art. 575\(4^o\) C.p.c.\)](#)

[5. La décision de la Cour d'appel autorisant l'exercice de l'action collective contre la Congrégation et l'Oratoire était-elle justifiée en vertu des articles 575\(1\) et 575\(2\) C.p.c. ?](#)

[a\) Le lien entre l'Oratoire et la Congrégation](#)

[b\) Le caractère commun des questions \(art. 575\(1^o\) C.p.c.\)](#)

[c\) Le caractère suffisant des faits allégués \(art. 575\(2^o\) C.p.c.\)](#)

[d\) Le fait que seul l'Oratoire soit poursuivi aux côtés de la Congrégation](#)

[C. La décision du Juge Gascon, dissident en partie, à l'opinion duquel souscrivent le juge en chef Wagner et le juge Rowe](#)

[1. Le délai de prescription de trois ans – Le régime de l'article 2926.1 C.c.Q.](#)

[2. L'action collective contre la Congrégation](#)

[3. L'action collective contre l'Oratoire](#)

[D. La dissidence de la juge Côté](#)

[1. Les principes généraux](#)

[2. L'absence d'une cause défendable à l'encontre de la Congrégation](#)

[3. Le délai prévu au deuxième alinéa de l'article 2926.1 C.c.Q.](#)

[III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur commente cet arrêt dans lequel la Cour suprême, à la majorité, confirme une décision d'appel autorisant une action collective contre des institutions religieuses en matière d'agression sexuelle.

INTRODUCTION

Un des rôles principaux d'une cour d'appel – et, *a fortiori*, du plus haut tribunal du pays qu'est la Cour suprême – est de clarifier le droit pour les instances inférieures, les praticiens et les justiciables ainsi que les citoyens ordinaires. En effet, selon l'article 3 de la *Loi sur la Cour suprême*, cette Cour est le tribunal « propre à améliorer l'application du droit canadien »¹. Dans *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*² toutefois, bien que les juges majoritaires et dissidents s'entendent sur la terminologie applicable aux critères de l'article 575 C.p.c., leur interprétation de ceux-ci est divergente, de sorte que les trois juges civilistes et les cinq des six juges de *common law* préconisent une conception différente de l'autorisation. Alors que cet arrêt aurait pu améliorer la compréhension et l'application des conditions énoncées par le législateur, il vient brouiller les cartes dans un domaine de droit qui occupe une place progressivement importante. Que l'action collective fasse maintenant partie d'un débat public et se voie qualifiée, dans certains des médias, comme « fardeau pour le système judiciaire », amplifie les enjeux davantage³.

I– LES FAITS

J.J. (le « demandeur »), sous le couvert de l'anonymat, affirme avoir été abusé sexuellement lorsqu'il fréquentait l'école primaire Notre-Dame-des-Neiges de 1951 à 1955 par deux membres, maintenant décédés, de la communauté religieuse mieux connue aujourd'hui comme la Congrégation de Sainte-Croix⁴.

Le demandeur allègue avoir gardé le silence sur ces agressions pendant plusieurs décennies et avoir été sérieusement affecté par celles-ci⁵. En 2011, après avoir visionné un reportage diffusé dans le cadre de l'émission *Enquête* de Radio-Canada portant sur des agressions sexuelles commises par des membres de la Congrégation sur des mineurs pendant qu'ils étudiaient au Collège Notre-Dame du Sacré-Coeur, le demandeur aurait pris connaissance du fait que son préjudice serait attribuable aux agressions qu'il aurait subies⁶.

En 2013, il demande l'autorisation d'exercer une action collective contre la Province canadienne de la Congrégation de Sainte-Croix (la « Congrégation »)⁷ et l'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal (« Oratoire »)⁸ (collectivement les « appelants »), et ce, « au nom de toutes les victimes d'agressions sexuelles qui, depuis 1940, auraient été commises au Québec dans divers établissements par des frères et des pères membres de la communauté religieuse connue sous le nom de congrégation de

Sainte-Croix »⁹.

Le demandeur reproche aux appelants « de ne pas avoir agi pour faire cesser les abus sexuels commis par les membres de la Congrégation » en plus « d'avoir incité les victimes à ne pas dénoncer ces abus »¹⁰. Pour ce faire, il s'appuie sur un DVD du reportage de l'émission *Enquête*, des articles scientifiques et un tableau des présumées victimes¹¹.

Selon le demandeur, les appelants, même s'ils étaient au courant des abus sexuels, auraient décidé de les ignorer et de les étouffer au détriment des enfants mineurs qui en ont été victimes¹², et auraient ainsi « placé leurs intérêts au-dessus de ceux des enfants mineurs, en violation de leur intégrité morale, spirituelle et physique, ce qui justifierait l'octroi de dommages-intérêts punitifs » au demandeur et aux membres du groupe de la demande¹³.

Comme les appelants exercent un pouvoir de contrôle sur les activités de leurs membres et auraient permis que ces abus se poursuivent, le demandeur soutient qu'ils doivent être tenus responsables des abus commis à titre de commettants des frères et des pères¹⁴.

Les appelants, quant à eux, s'opposent à l'autorisation d'une action collective. Plus particulièrement, la Congrégation fait valoir que, comme elle n'a été constituée en personne morale qu'en 2008, elle ne saurait être tenue responsable d'actes qui, pour la plupart, auraient été commis avant sa constitution¹⁵. Elle soutient que le demandeur « aurait plutôt dû poursuivre la Corporation Jean-Brillant — une personne morale qui existait à l'époque des faits sous le nom "Les Frères de Sainte-Croix", mais qui ne fait aujourd'hui état d'aucun établissement ni d'aucun employé, et qui n'a pas pour objets d'organiser, d'administrer et de maintenir une congrégation religieuse »¹⁶.

L'Oratoire prétend n'avoir aucun lien de droit avec la Congrégation¹⁷, mais soutient plutôt être « une entité distincte ayant comme seule mission d'exploiter et d'entretenir ce lieu de culte »¹⁸. Selon elle, les allégations de la demande et les pièces déposées sont des reproches « d'ordre générique et non factuel »¹⁹. Le demandeur, en désignant le lieu physique appartenant à l'Oratoire comme étant un endroit où se seraient produites certaines des agressions alléguées, ne peut mener à la conclusion que le commettant du membre de la Congrégation qui lui aurait agressé serait l'Oratoire²⁰.

Enfin, les appelants prétendent que l'action personnelle du demandeur est irrémédiablement déchue en raison du délai de prescription de trois ans prévu à l'article [2926.1](#), al. 2 C.c.Q. relativement à la réparation du préjudice corporel en cas de décès de l'auteur de l'acte.

II- LES DÉCISIONS

A. L'historique judiciaire

1. La décision de la Cour supérieure du Québec

En première instance²¹, l'honorable Julien Lanctôt refuse l'autorisation de l'action collective, étant d'avis qu'aucun des quatre critères de l'article [575](#) C.p.c. n'est rempli, et ce, pour les motifs suivants :

- Le demandeur ne démontre pas que l'action soulève des questions de faits ou de droits identiques, similaires ou connexes, selon l'article [575\(1⁰\)](#) C.p.c., mais vise plutôt un nombre indéterminé d'endroits et d'agresseurs ce qui nécessite une analyse juridique et une appréciation des faits propre à chaque partie²² ;
- Le demandeur ne fait état d'aucun fait expliquant pourquoi la Congrégation et l'Oratoire sont visés par la demande d'autorisation ni des faits appuyant la conclusion qu'ils auraient commis une faute à l'égard des membres du groupe, selon l'article [575\(2⁰\)](#) C.p.c., puisque la Congrégation est constituée en 2008, soit nombreuses années après les faits reprochés. La demande d'autorisation est également « silencieuse à l'égard de l'implication de l'Oratoire » ;
- La composition du groupe visé est trop large et une définition trop vague est proposée par le demandeur, contrairement à l'exigence de l'article [575\(3⁰\)](#) C.p.c. ; et
- Le demandeur ne démontre pas en quoi il serait le représentant adéquat pour les membres du groupe, puisqu'il n'a fait aucune tentative pour rejoindre les membres potentiels du groupe et ne démontre aucune initiative dans les démarches initiales (art. [575\(4⁰\)](#) C.p.c.)²³.

La question de la prescription prévue à l'article [2926.1](#), al. 2 C.c.Q. n'est pas examinée par le juge Lanctôt, car selon la majorité de la Cour d'appel, « ce moyen comportait une question de fait litigieuse relativement à l'impossibilité d'agir de J.J. »²⁴. Cet élément est seulement débattu à l'étape des plaidoiries devant la Cour d'appel²⁵.

2. L'arrêt de la Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel²⁶ infirme le jugement en première instance et autorise l'exercice de l'action collective contre les deux appelants.

Les juges majoritaires confirment que le juge de première instance avait interprété de manière trop restrictive l'article [575](#) C.p.c.²⁷ et aurait dû prendre en considération le contexte particulier de l'affaire.

Ils estiment également que :

- Il existe au moins une question commune qui favorisera de manière non négligeable le sort du litige (art. [575\(1⁰\)](#) C.p.c.) ;
- Les allégations et les pièces déposées par le demandeur supportent les conclusions en responsabilité directe et pour le fait d'autrui recherchées, tant à l'égard de la Congrégation que l'Oratoire²⁸ (art. [575\(2⁰\)](#) C.p.c.) ;
- Le tableau des victimes suffit à l'étape de l'autorisation pour justifier la composition dite « large » du groupe recherché²⁹ (art. [575\(3⁰\)](#) C.p.c.) ; et
- L'engagement du demandeur est suffisant pour satisfaire au seuil minimal requis à titre de représentant pour le compte du groupe proposé (art. [575\(4⁰\)](#) C.p.c.)³⁰.

Quant au moyen de défense fondé sur la déchéance du recours, la majorité estime qu'il n'est pas « opportun de se prononcer de façon définitive » à l'étape de l'autorisation, car une analyse de la preuve est nécessaire pour y parvenir, et seul le juge du fond pourra en déterminer le bien-fondé et conclure, le cas échéant, si le recours est effectivement prescrit en vertu de l'article [2926.1](#) C.c.Q.

Les motifs concordants de la juge Marcotte précisent qu'elle aurait rejeté l'appel de l'Oratoire puisque, à son avis, il n'existe aucune allégation de fait dans la demande d'autorisation qui puisse soutenir « une faute *directe* ou une responsabilité du fait d'autrui » à son égard, mais se limite plutôt au fait que « les agressions auraient été perpétrées sur les lieux » de l'Oratoire³¹. Selon elle, le « seul fait d'alléguer que des agressions sexuelles auraient eu lieu sur le site de l'Oratoire ne saurait être suffisant pour mettre en cause la responsabilité civile de celui-ci »³².

B. La décision majoritaire de M. le juge Brown, à l'opinion duquel souscrivent les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin

Le juge Brown³³, pour la majorité, estime que la décision de la Cour d'appel autorisant l'exercice de l'action collective contre la Congrégation et l'Oratoire n'est entachée d'aucune erreur révisable et qu'il n'y a aucune raison qui justifierait la Cour de l'infirmer³⁴.

L'opinion majoritaire souscrit à l'analyse du juge Gascon concernant l'article 2926.1 C.c.Q. selon laquelle l'action personnelle du demandeur n'est ni déchuée ni prescrite, au motif que le second alinéa de cet article ne crée aucun délai de déchéance.

L'analyse des motifs de la majorité sera traitée dans les sections suivantes.

1. L'intervention de la Cour d'appel à l'égard de la décision du juge de première instance

La majorité rappelle que lorsque la Cour d'appel doit rendre une décision portant sur une demande d'autorisation, la Cour d'appel « ne détient qu'un pouvoir limité d'intervention », et doit ainsi « faire preuve de déférence envers la décision du juge d'autorisation »³⁵ et n'interviendra que si le juge d'autorisation a commis une erreur de droit ou si son appréciation des critères énoncés à l'article [575] C.p.c. est manifestement non fondée »³⁶.

La majorité rappelle également qu'« en présence d'une erreur de droit ou d'une appréciation manifestement non fondée de la part du juge d'autorisation à l'égard d'un critère prévu à l'article [575] C.p.c., la Cour d'appel peut uniquement substituer son appréciation pour ce critère et non pour les autres »³⁷, puisque l'appréciation du respect des conditions d'autorisation demeure discrétionnaire.

Citant les arrêts *Infineon* et *Vivendi*, la majorité réitère l'importance du rôle de filtrage qu'à le juge de première instance à l'étape de l'autorisation d'une action collective, qui doit « simplement » s'assurer que le demandeur satisfait aux quatre conditions énoncées à l'article 575 C.p.c. Il s'agit d'une question « purement procédurale » et le juge ne doit pas « se pencher sur le fond du litige »³⁸. Lorsqu'il outrepassé son rôle, il commet une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour d'appel.

À cet égard, la majorité confirme que les tribunaux privilégient une « interprétation et application larges des critères d'autorisation (...) la jurisprudence a clairement voulu faciliter l'exercice d'actions collectives comme moyen d'atteindre le double objectif de la dissuasion et de l'indemnisation des victimes »³⁹.

2. L'intervention de la Cour d'appel à l'égard de la condition relative au caractère commun des questions (art. 575(1⁰) C.p.c.)

La majorité confirme que le juge de la Cour supérieure a erré dans son analyse de la condition relative au caractère commun des questions prévues à l'article 575(1⁰) C.p.c. en insistant sur les différences entre les membres du groupe.

À l'étape de l'autorisation, le juge Brown, citant le paragraphe 72 de la décision *Infineon*, rappelle que « le seuil nécessaire pour établir l'existence des questions communes à l'étape de l'autorisation est peu élevé »⁴⁰.

La majorité conclut que tous les membres du groupe avaient manifestement intérêt à ce qu'au moins une question commune soit tranchée pour faire « progresser le règlement du litige pour l'ensemble des membres du groupe » et qui ne « jouerait pas un rôle négligeable », à savoir la responsabilité de la Congrégation pour les agressions commises sur des enfants par ses membres qui exercent des activités « auprès d'enfants avec le consentement ou sous l'autorité des dirigeants de la Congrégation »⁴¹.

Plus particulièrement, il est question « de la responsabilité découlant de la faute *directe* (...) de la Congrégation fondée sur une prétendue négligence "systémique" à l'égard des agressions qui auraient été commises par ses membres sur des enfants »⁴².

La Cour d'appel est donc fondée à substituer son appréciation à celle du juge en première instance.

3. L'intervention de la Cour d'appel relative au caractère suffisant des faits allégués (art. 575(2⁰) C.p.c.)

Le juge en première instance est d'avis qu'il n'y a pas de « faits précis et palpables » allégués dans la demande d'autorisation qui soutiennent l'argument du demandeur selon lequel la « Congrégation avait connaissance des agressions qui auraient été commises par ses membres sur des enfants »⁴³. Il écarte également des éléments de preuve en se penchant sur leur valeur probante⁴⁴.

Selon la Cour suprême, le juge en première instance n'a pas respecté son rôle de filtrage en se penchant sur le fond du différend⁴⁵ et en concluant qu'il n'y a pas de faits « précis et palpables » allégués dans la demande d'autorisation.

Cette erreur se manifeste également lorsqu'il écarte certaines des pièces déposées en preuve qui, selon lui, (i) constituent « des documents d'opinion »⁴⁶, (ii) que les informations contenues dans le DVD de l'émission *Enquête* ne sont d'aucune utilité pour les fins du recours⁴⁷ (art. 575(2⁰) C.p.c.), et (iii) que le tableau des victimes a peu de valeur probante puisque les procureurs du demandeur ont participé à sa préparation⁴⁸.

Ces éléments de preuve sont, de l'avis de la majorité, pertinents pour l'affaire et le DVD étayait l'allégation de la connaissance des abus sexuels et le refus d'agir des officiers de la Congrégation⁴⁹. La majorité rappelle qu'à l'étape de l'autorisation, il faut tenir pour avéré le fait que « tous les agresseurs présumés dénoncés au tableau des victimes sont des membres de la Congrégation »⁵⁰.

De surcroît, compte tenu des opinions d'un article scientifique, la majorité conclut que la Cour supérieure commet une erreur en « accordant une si grande importance à l'absence, dans la demande elle-même, de faits "concrets", "précis" ou "palpables", allégués au soutien de la prétention de J.J. selon laquelle la Congrégation avait connaissance des agressions »⁵¹. Néanmoins, le juge refuse de considérer le contenu de cet article scientifique qui aurait démontré « qu'une contrainte morale, provenant de la relation d'autorité entre le prêtre et l'enfant, est souvent la cause de l'absence de dénonciation des abus »⁵².

La majorité souscrit à la conclusion de la Cour d'appel voulant que « la simple preuve *prima facie* selon laquelle près d'une trentaine de membres de la Congrégation (...) se sont adonnés à des sévices sexuels sur des enfants mineurs sur une période de temps importante, dénote l'existence probable d'un *modus operandi* chez les agresseurs »⁵³.

Plus précisément, la combinaison d'éléments de preuve, soit : i) le nombre d'agressions signalées dans le tableau des victimes ; ii) le nombre de membres religieux impliqués ; iii) la durée et la période couverte ; et iv) le nombre d'endroits où des agressions auraient eu lieu⁵⁴, soutiennent le syllogisme juridique qu'« il y aurait lieu lors de l'audition de l'action sur le fond d'en tirer l'inférence que la Congrégation savait ou ne pouvait ignorer que certains de ses membres se livraient à des agressions sur des enfants »⁵⁵.

Finalement, la majorité confirme que les faits allégués dans la demande d'autorisation paraissent justifier l'octroi de l'autorisation d'exercer une action collective contre la Congrégation en l'espèce, et la Cour d'appel est donc fondée à substituer son appréciation à celle du juge en première instance.

4. L'intervention de la Cour d'appel à l'égard du critère lié au statut du Demandeur comme représentant des membres du groupe (art. 575(4⁰) C.p.c.)

À l'égard du caractère adéquat du demandeur à titre de représentant du groupe, le juge de la Cour supérieure conclut que ce dernier n'a pas la compétence nécessaire pour représenter correctement les membres du groupe, car il n'a pas personnellement pris des mesures pour vérifier les institutions où les prétendues agressions avaient

eu lieu et le nombre de personnes faisant partie du groupe proposé.

La majorité déclare que cette conclusion constitue une erreur révisable ayant eu une influence sur l'analyse des autres critères, y compris la composition du groupe prévue à l'article 575(3^o) C.p.c.

À cet égard, trois critères doivent guider les tribunaux dans leur analyse de l'art. 575(3^o) C.p.c. :

- 1) l'intérêt du représentant à poursuivre ;
- 2) la compétence du représentant ; et
- 3) l'absence de conflit avec les membres du groupe⁵⁶.

La majorité rappelle qu'« il y a lieu d'interpréter ces trois critères « de façon libérale » et qu'ainsi « [a]ucun représentant proposé ne devrait être exclu, à moins que ses intérêts ou sa compétence ne soient tels qu'il serait impossible que l'affaire survive équitablement »⁵⁷.

Dans ce type d'action collective, il est parfaitement normal, selon la majorité, que les victimes d'agression sexuelle jouissent du droit à l'anonymat et que le contact avec les membres soit maintenu principalement par l'intermédiaire des avocats du représentant du demandeur⁵⁸.

En somme, la majorité conclut que la Cour d'appel avait raison de substituer son appréciation à celui du juge en première instance.

5. La décision de la Cour d'appel autorisant l'exercice de l'action collective contre la Congrégation et l'Oratoire était-elle justifiée en vertu des articles 575(1) et 575(2) C.p.c. ?

Les conditions prévues aux paragraphes 575(1^o) et 575(2^o) C.p.c. sont les seules conclusions contestées par l'Oratoire⁵⁹. Cette dernière conteste également « l'existence de tout lien entre l'Oratoire et la Congrégation »⁶⁰.

a) Le lien entre l'Oratoire et la Congrégation

Le demandeur prétend dans sa demande d'autorisation que la Congrégation a fondé l'Oratoire, en vertu de la *Loi constituant en corporation l'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal*⁶¹, et que « les affaires de l'Oratoire sont administrées par cinq directeurs qui sont tous membres de la Congrégation »⁶².

La majorité rappelle que la Cour d'appel, tant dans l'opinion majoritaire que l'opinion dissidente, convient que l'Oratoire est administré par des membres de la Congrégation⁶³. La juge dissidente conteste tout simplement la conséquence juridique qui découle de ce fait⁶⁴.

En cas de doute quant à l'existence d'un lien de droit entre ces deux entités, l'Oratoire pourra, lors de l'audition sur le fond, « présenter une défense afin de nier l'existence de tout lien entre lui et la Congrégation », mais, à l'étape de l'autorisation, les tribunaux ne doivent pas considérer « les moyens de défense qui pourraient être soulevés à cet égard »⁶⁵, puisque le juge doit tenir pour avérés les faits de la demande pour autorisation⁶⁶.

Si, au stade de l'autorisation, il subsiste un doute, celui-ci doit bénéficier au demandeur et le juge doit autoriser l'action collective⁶⁷ :

[42] (...) Cette approche marquée par la prudence est justifiée par le principe voulant que le *seul* fait d'être désigné défendeur à une action collective ne constitue pas *en soi* un préjudice irréparable, puisque le juge du fond conserve toute la latitude requise afin de rejeter l'action sur la foi de toute la preuve entendue (...)

b) Le caractère commun des questions (art. 575(1^o) C.p.c.)

La majorité soulève par ailleurs que le critère de la communauté des questions établi dans l'arrêt *Vivendi* suggère une analyse « moins exigeante » en droit québécois « que celle appliquée dans les provinces de common law »⁶⁸.

À cet égard, la Cour souscrit à l'argument du demandeur suivant lequel « le fait que les membres du groupe n'aient pas tous une cause d'action personnelle contre l'Oratoire ne constitue pas un obstacle à l'autorisation de l'exercice de l'action collective contre celui-ci »⁶⁹, ce qui est vivement contesté par l'Oratoire.

L'Oratoire quant à lui affirme, en citant *Vivendi*, qu'« une question sera considérée comme commune si elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe »⁷⁰, donc une interprétation plus stricte de la communauté des questions.

La Cour suprême ne partage pas cet avis⁷¹.

En établissant que les administrateurs de l'Oratoire étaient au courant des allégations d'abus sexuels sur des mineurs et auraient sciemment et consciemment choisi d'ignorer cet abus ou de le faire taire, il est possible de démontrer qu'il s'agit d'une responsabilité *directe* de l'Oratoire.

Par conséquent, et pour reprendre les paroles du juge Brown, « la question des fautes prétendument commises par les membres de la Congrégation était indéniablement commune à tous les membres du groupe »⁷².

Selon la majorité, l'Oratoire était clairement « sous la gouverne de la Congrégation non seulement en raison du fait que tous les administrateurs de l'Oratoire étaient à l'époque des faits membres de la Congrégation, mais aussi en raison « de la relation hiérarchique temporelle et spirituelle qui unit inévitablement le religieux à sa communauté religieuse et des privilèges (...) et pouvoirs extraordinaires (...) à l'égard de ses membres »⁷³.

Or, toute constatation de responsabilité *directe* de l'Oratoire fait avancer l'action de chaque membre du groupe⁷⁴, notamment afin de démontrer « l'existence d'une négligence systémique au sein de la Congrégation »⁷⁵. Il n'y a donc pas lieu pour le tribunal à l'étape de l'autorisation de se prononcer sur le « bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués »⁷⁶.

[55] (...) En l'espèce, il suffit de constater que la question de la responsabilité directe de la Congrégation à l'égard des abus sexuels qui auraient été commis par ses membres sur des enfants est difficilement distinguable de la question de la responsabilité directe de l'Oratoire — lequel n'est que l'un des multiples *visages* de la Congrégation — à l'égard des *mêmes* abus sexuels qui auraient été commis par les membres de la *même* communauté religieuse sur des enfants. Dans la mesure où il ne s'agit pas de « questions de droit ou de fait identiques », il s'agit certainement à tout le moins de questions « similaires » ou « connexes » visées à l'art. 575(1) C.p.c. (...)

Néanmoins, la Cour soulève qu'elle ne serait « peut-être » pas arrivée à la même conclusion si nous étions en présence de deux sociétés par actions, mais s'abstient de se prononcer puisque l'Oratoire et la Congrégation sont des personnes morales « particulières »⁷⁷.

c) Le caractère suffisant des faits allégués (art. 575(2^o) C.p.c.)

La Cour rappelle que le fardeau applicable à l'autorisation quant au deuxième critère repose sur la démonstration par le demandeur de l'existence « d'une cause défendable » eu égard aux faits et au droit applicable ⁷⁸.

Le demandeur n'a qu'à démontré « une simple possibilité d'avoir gain de cause sur le fond, pas même une possibilité réaliste ou raisonnable » ⁷⁹.

Il s'agit d'un simple fardeau de « démonstration » du caractère soutenable du syllogisme juridique proposé ⁸⁰ :

[58] (...) Le seuil de preuve prévu à l'art. 575(2) C.p.c. est quant à lui plus utilement défini par ce qu'il n'est pas. Premièrement, le demandeur n'est pas tenu d'établir l'existence d'une cause défendable selon la norme de preuve applicable en droit civil, soit celle de la prépondérance des probabilités ; en fait, le seuil de preuve requis pour établir l'existence d'une cause défendable est « beaucoup moins exigeant » : Infineon, par. 127 ; voir aussi par. 65, 89 et 94. Deuxièmement, il n'est pas nécessaire, contrairement à ce qui est exigé ailleurs au Canada, que le demandeur démontre que sa demande repose sur un « fondement factuel suffisant » : Infineon, par. 128.

Selon la majorité, il est possible que la preuve présentée au soutien de la demande d'autorisation contienne des faits « concrets », « précis » ou « palpables », lesquels sont susceptibles d'établir l'existence d'une cause défendable, et ce, « en dépit du caractère apparemment “vague”, “général” ou “imprécis” des allégations de la demande » ⁸¹ :

[61] (...) Je tiens à préciser ici — et cela dit avec égards pour l'opinion contraire — qu'il ne me semble pas tout à fait exact d'affirmer, comme le fait la juge Côté au par. 203 de ses motifs, que son « différend » avec le juge Gascon porte essentiellement sur l'« application » à l'espèce du critère applicable à la condition prévue à l'art. 575(2) C.p.c., et non sur son « interprétation ». La juge Côté estime qu'écarter les demandes frivoles ou manifestement mal fondées ne constitue pas le « critère retenu par le législateur », mais seulement « l'un des objectifs du processus d'autorisation » (par. 206), alors que le juge Gascon énonce plutôt de façon claire — et correcte selon moi — qu'il « suffit » que la demande de J.J. ne soit « ni insoutenable, ni frivole » (par. 163).

Le juge Brown se prononce au paragraphe 62 sur les « souhaits exprimés » par certains juristes à voir les balises de l'article 575 C.p.c. énoncées dans *Infineon* et *Vivendi* révisées. Malgré que la Cour convient que le processus d'autorisation ne doit pas être réduit à « une simple formalité », tel qu'il est soulevé par la juge dissidente, elle conclut que le demandeur atteint le seuil minimal requis et démontre une « cause défendable » :

[62] (...) Je conviens cependant avec ma collègue la juge Côté que le fardeau d'établir une « cause défendable » — quoique peu élevé — « existe » et « doit être franchi par le demandeur » : motifs de la juge Côté, par. 205, se référant à *Sofio*, par. 24. Ainsi, il faut éviter de réduire le processus d'autorisation à « une simple formalité » : motifs de la juge Côté, par. 206. Toutefois, à l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que J.J. a satisfait en l'espèce au seuil de preuve et au seuil légal prévus à l'art. 575(2) C.p.c., comme je m'apprete à le démontrer.

La cause d'action personnelle du demandeur contre l'Oratoire n'est pas fondée sur une « prétendue responsabilité « absolue » (i.e. sans faute) découlant du seul fait que l'Oratoire est propriétaire d'un lieu où des agressions auraient été commises ⁸², mais repose sur la responsabilité en tant que faute *directe* en négligeant de faire cesser les abus sexuels et/ou en les camouflant ⁸³, et ce, eu égard aux deux volets suivants : i) manquement à un devoir de dénonciation ou de protection, et ii) omission de prendre les mesures qui s'imposent afin de prévenir ou de faire cesser les abus ⁸⁴, allégations que la juge dissidente en Cour d'appel a qualifiées de « reproche d'ordre générique (et non factuels) ».

Toutefois, la majorité convient qu'il faut les analyser « à la lumière du contexte spécifique » et de la preuve à son soutien ⁸⁵ :

[64] (...) Les allégations de faute visant l'Oratoire ne sont d'ailleurs pas formulées « dans l'abstrait » : elles s'appuient sur la trame factuelle sous-jacente, laquelle consiste en des allégations d'agressions sexuelles qui auraient été commises régulièrement à l'Oratoire sur une période de plusieurs années et sur plusieurs victimes, ce qui *en soi* est « suspect » et rend « possible » l'existence d'une faute imputable à l'Oratoire. Les agressions sexuelles ont d'ailleurs *toujours* été des fautes automatiquement constitutives de préjudices graves : Langevin et Des Ros. De plus, les allégations apparemment générales de J.J. visant l'Oratoire trouvent en l'espèce appui dans une « certaine preuve » au sens de l'arrêt *Infineon* : par. 134.

Selon la majorité, il n'est pas « insoutenable », sur la base d'une « certaine preuve », que l'Oratoire, ou ses administrateurs, « savaient ou auraient dû savoir que des agressions étaient supposément commises à l'Oratoire sur des enfants par des membres de la Congrégation », et ce, lors des activités étant sous la responsabilité de l'Oratoire ⁸⁶. Ce sont des éléments « précis et palpables » soutenus par le tableau des victimes en tant qu'élément de preuve ⁸⁷.

La Cour note également de passage que cinq victimes se sont manifestées lors des procédures et prétendent avoir été agressées à l'Oratoire, « sur une période de douze ans par trois ou quatre membres de la Congrégation » ⁸⁸.

Ceci est suffisant à cette étape-ci, selon la majorité, afin de démontrer la connaissance des membres des agressions ayant eu lieu et il n'est pas nécessaire d'imposer au demandeur le fardeau de démontrer que l'Oratoire (ou ses administrateurs) « avaient une connaissance réelle ou subjective des agressions qui auraient commises à l'Oratoire » ⁸⁹.

Selon le juge Brown, le fait que certains éléments de preuve ne mentionnent pas de manière explicite l'Oratoire « ne constitue pas un empêchement » pour l'autorisation de l'action collective à son égard ⁹⁰.

La majorité estime que les allégations et les pièces au soutien de la demande d'autorisation du demandeur contre la Congrégation et contre l'Oratoire « ne peuvent tout simplement pas être distinguées » de « quelque façon pertinente » sur le plan juridique ⁹¹.

Les propos du juge Brown au paragraphe 76 résument bien l'argumentaire au soutien de cette position qui s'efforce d'écarter l'exercice de comparaison de la force relative des causes d'action, puisqu'elles « portent sur l'autorité des dirigeants de la communauté religieuse connue sous le nom de congrégation de Sainte-Croix à l'égard de ses membres » :

[76] (...) Or, non seulement les administrateurs de l'Oratoire étaient-ils tous *des membres* de la Congrégation, mais certains d'entre eux étaient même possiblement *des dirigeants* de la Congrégation, donc en situation d'autorité (et en mesure d'exercer un pouvoir de contrôle) à l'égard des membres de la Congrégation qui oeuvraient à l'Oratoire ou y exerçaient des activités auprès d'enfants (...).

Somme toute, s'il demeure un doute après ces analyses, celui-ci « doit bénéficier au demandeur » ⁹² et « les tribunaux devraient pécher par excès de prudence et autoriser l'action en cas de doute quant au respect de la norme » ⁹³.

d) Le fait que seul l'Oratoire soit poursuivi aux côtés de la Congrégation

L'Oratoire prétend que le recours exercé à son égard « est incohérent[e], car aucun autre propriétaire de lieu où des agressions auraient été commises par des membres de la Congrégation n'est poursuivi » ⁹⁴, argument auquel souscrit le juge Gascon, la juge dissidente de la Cour d'appel ainsi que le juge de première instance.

Toutefois, la majorité conclut que la responsabilité de l'Oratoire « n'est pas recherchée à titre de propriétaire d'un lieu où des agressions auraient été commises », mais est plutôt fondée sur « la responsabilité découlant de sa faute directe » et que « l'Oratoire était contrôlé par des membres de la Congrégation à l'époque des faits » ⁹⁵.

En regard de la situation personnelle du demandeur, la majorité réitère que, contrairement aux propos de la juge dissidente de la Cour d'appel et du juge de première

instance, le fait que seul l'Oratoire est poursuivi avec la Congrégation démontre que « c'est la situation individuelle de la personne désignée qui doit être examinée à ce stade du recours »⁹⁶. Or, le demandeur a seulement une cause d'action contre la Congrégation et l'Oratoire⁹⁷.

En effet, au moment où le demandeur dépose sa demande en autorisation (en 2013), l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte*⁹⁸ (rendu le 19 septembre 2014) venant préciser l'état du droit québécois selon que le représentant n'est pas tenu d'avoir une cause d'action personnelle contre chaque défendeur, n'était pas rendu, et donc, selon la Cour, il est injuste d'opposer cet argument au Demandeur⁹⁹.

C. La décision du Juge Gascon, dissident en partie, à l'opinion duquel souscrivent le juge en chef Wagner et le juge Rowe

Selon le juge Gascon, la demande d'action collective contre la Congrégation doit être autorisée, et celle contre l'Oratoire doit être rejetée.

De surcroît, selon lui, le recours du demandeur n'est ni déchu ni manifestement prescrit aux termes de l'article 2926.1 C.c.Q., une opinion à laquelle souscrit la majorité.

1. Le délai de prescription de trois ans – Le régime de l'article 2926.1 C.c.Q.

L'article 2926.1 C.c.Q. dans son entièreté fait partie intégrante du régime de la prescription et l'alinéa 2 n'y fait pas exception¹⁰⁰. L'article 2926.1 C.C.Q. est de droit nouveau (adopté en 2013) et traite du délai applicable pour intenter une action en réparation du préjudice corporel résultant, comme en l'espèce, d'une agression à caractère sexuel. Ce délai de prescription est de 30 ans.

La prise de connaissance de la victime du fait que son préjudice est attribuable à un tel acte constitue le point de départ des délais énoncés à l'article 2926.1 C.c.Q.

La réduction du délai de prescription à trois ans, tel qu'il est prévu à l'alinéa 2, ne s'applique qu'aux recours visant la succession de la victime ou de l'auteur de l'acte, et non à ceux visant des tiers dont la responsabilité est recherchée pour leur propre faute ou pour le fait d'autrui¹⁰¹.

L'objectif de l'alinéa 2 de l'article 2926.1 C.c.Q. consiste à faciliter l'accès à la justice aux victimes d'infractions criminelles en reconnaissant les difficultés psychologiques auxquelles elles font face, qui se réalisent différemment lorsque c'est la succession de la victime qui entreprend le recours¹⁰².

Le juge Gascon rappelle que la déchéance ne se présume pas en droit québécois¹⁰³, tel qu'il est prévu de manière expresse à l'article 2878 C.c.Q., lequel précise que la déchéance doit résulter d'un texte exprès¹⁰⁴.

Si le délai de l'alinéa 2 en était un de déchéance, « la victime disposerait alors d'un maximum de trois ans à compter du décès de l'auteur de l'acte pour intenter son recours, et ce, même si le préjudice ne s'est pas encore manifesté »¹⁰⁵. Selon cette interprétation, le recours d'une victime pourrait dorénavant être déchu avant même d'être né¹⁰⁶. En considérant que l'alinéa 2 constitue un délai de déchéance mènerait ainsi à des conséquences illogiques, voire absurdes¹⁰⁷.

Sous cette nouvelle disposition, le point de départ pour calculer le délai de prescription court à compter du « moment où la victime prend connaissance du lien entre son préjudice et l'agression, plutôt qu'au moment même de l'agression », et réduit seulement la durée du délai prévue et « non le point de départ »¹⁰⁸.

Le point de départ en l'espèce constitue donc le moment de la prise de conscience du demandeur du fait que son préjudice est attribuable aux agressions qu'il aurait subies par les frères de la Congrégation, et ce, lors du visionnement de l'émission *Enquête* en 2011.

Selon le juge Gascon, à la simple lecture de la demande, « le recours de J.J. n'est [...] ni déchu ni manifestement prescrit »¹⁰⁹. Le juge Gascon conclut qu'il n'y a pas lieu de refuser d'autoriser l'action collective pour ces raisons¹¹⁰.

2. L'action collective contre la Congrégation

La Congrégation conteste la décision de la Cour d'appel sur la seule base qu'il n'y a aucun lien de droit entre elle-même et le demandeur, puisque les événements soulevés par celui-ci auraient eu lieu avant sa constitution en 2008¹¹¹. Le juge en première instance, en se fondant sur (1) l'état de renseignements de la Corporation Jean-Brilliant au registre des entreprises, et (2) un tableau des présumées victimes, conclut que le demandeur n'a pas établi une « cause défendable »¹¹².

Le juge Gascon confirme qu'il n'y a pas lieu de rejeter l'action collective contre la Congrégation à l'étape de l'autorisation. Selon lui, le juge en première instance s'est tenu à une application trop restrictive du critère prévu à l'article 575(2^o) du C.p.c. et qu'il a outrepassé son rôle de filtrage en se prononçant sur la valeur probante des pièces¹¹³.

Même si la Congrégation n'a été constituée qu'en 2008¹¹⁴, la preuve déposée démontre les éléments suivants, lesquels soutiennent l'existence d'une « cause défendable » pour la Congrégation¹¹⁵ qui n'est ni frivole ni manifestement insoutenable :

- Plusieurs des établissements de la Congrégation ont adopté la dénomination « Sainte-Croix » au fil des ans en utilisant notamment les noms « Congrégation de Sainte-Croix », « La Province canadienne des frères de Sainte-Croix¹¹⁶, et que la Corporation Jean-Brilliant et la Congrégation ont six dirigeants en communs et le même domicile ;
- La Congrégation ne soulève pas l'argument basé sur le fait que les prétendus agresseurs pouvaient faire partie d'une communauté religieuse autre que celle qu'elle représente¹¹⁷ ; et
- La Congrégation accepte, en 2009, de prendre fait et cause pour la Corporation Jean-Brilliant dans le cadre d'un règlement intervenu à la suite du dépôt d'une autre demande d'autorisation relativement à des sévices sexuels qu'auraient commis des membres de la Congrégation. La Cour supérieure s'était alors prononcée sur le critère de l'apparence de droit et lui a ainsi permis d'autoriser l'action collective aux fins d'approbation du règlement intervenu entre les parties.¹¹⁸

La Cour indique également que la question de la levée du voile corporatif pour rechercher la responsabilité des administrateurs en est une qui doit être débattue au fond. Ainsi, l'argument de la Congrégation selon lequel la Cour d'appel aurait, à tort, levé le voile de la personnalité juridique pour autoriser l'exercice de l'action collective ne convainc pas le juge Gascon.

En l'espèce, il existe deux entités constituées sous la *Loi sur les corporations religieuses*¹¹⁹, soit la Corporation Jean-Brilliant et la Congrégation, qui représentent toutes deux les membres de la même communauté religieuse. C'est dans ce contexte que la Cour d'appel prend le soin de préciser que l'examen complet de la structure corporative de la Congrégation devra se faire au procès, vu l'existence d'une situation qu'elle estime à juste titre embrouillée. Elle ne suggère pas que la levée du voile de la personnalité juridique est justifiée ou nécessaire. Comme la Cour d'appel l'indique avec justesse selon le juge Gascon, il appartiendra aux parties de débattre de la structure corporative de la Congrégation lors de l'audience au fond et de présenter les arguments complets qu'ils jugeront alors appropriés¹²⁰.

Enfin, le recours du demandeur comporte une « cause défendable » (ou une « apparence de droit »¹²¹ pour reprendre les mots du juge Gascon) en vertu de l'article 575(2^o) C.p.c. compte tenu des allégations et des pièces déposées à leur soutien¹²².

3. L'action collective contre l'Oratoire

Le juge Gascon¹²³, partageant l'avis de la juge dissidente en Cour d'appel, estime que malgré l'approche généreuse favorisée par la jurisprudence en matière

d'autorisation, les allégations vagues, générales et imprécises du demandeur ne suffisent pas à établir l'existence d'une « cause défendable » à l'encontre de l'Oratoire, et est d'avis qu'il y a lieu de rétablir la conclusion de première instance à son égard.

La Cour d'appel était également divisée sur cet aspect ¹²⁴.

Selon le juge Gascon, il n'existe aucune assise factuelle appuyant « un raisonnement déductif rigoureux qui aille au-delà de simples suppositions ou de spéculations » ¹²⁵.

Selon le juge Gascon, désigner le lieu physique, propriété de l'Oratoire, où auraient eu lieu les agressions en cause, n'est pas suffisant.

De plus, on ne saurait confondre le lieu physique et le lien de droit essentiel à la constatation d'une relation commettant-préposé ¹²⁶. Le simple fait qu'un bureau qui appartient à l'Oratoire soit mis à la disposition d'un membre de la Congrégation ne signifie pas que l'Oratoire agissait en tant que commettant de ce membre.

Tout en reconnaissant que le seuil qui incombe à un demandeur à l'étape d'autorisation soit « peu élevé », le juge Gascon affirme qu'« il doit être franchi » ¹²⁷ :

[171] Bien que notre Cour ait indiqué dans les arrêts *Infineon* et *Vivendi* que le seuil de preuve requis au stade de l'autorisation d'une action collective est peu élevé, ce seuil minimal demeure et il doit être franchi. Pour s'acquitter de son fardeau, lequel consiste à établir l'existence d'une cause défendable, le demandeur doit alléguer des faits précis et palpables qui soutiennent sa cause d'action et appuient le syllogisme juridique qu'il propose. Comme l'a souligné notre Cour dans *Infineon*, même si cette condition préliminaire est « relativement peu exigeante », il n'en reste pas moins que, pour y satisfaire, « de simples affirmations sont insuffisantes sans quelque forme d'assise factuelle » : par. 134. Et s'il est loisible de s'appuyer sur les pièces déposées au soutien des affirmations de la demande pour démontrer l'existence d'une cause défendable, encore faut-il que les allégations ne demeurent pas simplement vagues, générales et imprécises (...) [Nos soulignements.]

Selon le juge Gascon, contrairement au recours contre la Congrégation, aucune allégation ou pièce déposée au soutien de la demande ne vient supporter les allégations génériques imputant une responsabilité à l'Oratoire ¹²⁸. Le demandeur s'en tient plutôt à des « généralités, qu'il ne détaille d'aucune manière » ¹²⁹. Selon le juge, ces allégations et pièces constituent des « conclusions de fait, sans assise factuelle, des argumentations juridiques ou des opinions » ¹³⁰.

On n'y retrouve également aucune pièce qui indique que l'Oratoire est effectivement sous la gouverne de membres de la communauté religieuse ¹³¹. Cependant, le juge Gascon convient que même si c'était le cas, « cela ne serait pas suffisant en soi pour établir l'existence d'une cause défendable fondée sur la responsabilité de l'Oratoire en l'absence d'allégations précises et palpables » ou du « lien de préposition » en invoquant au minimum que des membres de la Congrégation étaient des préposés de l'Oratoire ¹³².

Pour reprendre les mots du juge Gascon, il incombe au demandeur d'établir une « cause défendable » pour chaque entité qu'il poursuit et certes, l'interprétation dite large des conditions d'autorisation ne va « pas jusqu'à permettre de présumer l'existence d'un élément essentiel à la démonstration d'une cause défendable » ¹³³.

En l'absence d'allégations « précises ou palpables » de négligence de la part de l'Oratoire et de l'existence de son lien de préposition avec les membres de la communauté religieuse de Sainte-Croix, le syllogisme juridique requis, selon lequel il serait possible d'attribuer à l'Oratoire la même responsabilité pour les gestes commis par la Congrégation par le biais de ses membres qui ont contribué à fonder l'Oratoire, n'est pas établi.

Le recours contre l'Oratoire doit être rejeté comme la condition d'apparence de droit de l'article 575(2^o) C.p.c. n'est pas remplie.

D. La dissidence de la juge Côté

La juge Côté aurait accueilli les deux pourvois.

Elle affirme être d'accord avec le juge Gascon pour accueillir l'appel de l'Oratoire puisque les allégations de la demande d'autorisation sont trop vagues, générales et imprécises pour satisfaire à la condition de l'article 575(2^o) C.p.c. Cependant, elle déclare que l'appel de la Congrégation aurait dû être également accueilli étant donné que le demandeur n'a pas su démontrer l'existence d'un lien entre lui et cette dernière, qui n'a été créé qu'après les abus allégués, soit en 2008 ¹³⁴.

1. Les principes généraux

La juge Côté réitère les principes énoncés dans *Infineon* et *Vivendi* selon lesquels le fardeau du demandeur consiste à démontrer l'existence d'une cause défendable et que le syllogisme juridique doit être « clair, complet et rigoureux » ¹³⁵.

Selon la juge Côté, et contrairement à l'opinion majoritaire, le critère d'une « cause défendable » ne « varie pas en fonction du contexte particulier de l'affaire » ¹³⁶ :

[213] Je conclurai sur l'interprétation de l'art. 575(2) C.p.c. en ajoutant simplement que — contrairement à ce que suggèrent les motifs de la Cour d'appel — le critère applicable permettant de déterminer si la condition a été remplie ne varie pas en fonction du contexte particulier de l'affaire (voir par. 18, 48, 52 et 92). Dans tous les cas, les faits allégués doivent révéler une cause défendable reposant sur un syllogisme juridique clair, complet et rigoureux. Tout au plus, le juge d'autorisation doit se montrer sensible aux difficultés de preuve que soulèvent certaines affaires à l'étape de l'autorisation, c'est-à-dire avant la tenue d'interrogatoires préalables et la communication d'éléments de preuve.

2. L'absence d'une cause défendable à l'encontre de la Congrégation

La juge estime que le juge de première instance avait raison de conclure que ces conditions n'ont pas été remplies, car le demandeur n'a pas su démontrer comment la Congrégation saurait être tenue responsable des actes commis avant sa constitution ¹³⁷. La Congrégation, constituée en 2008, n'aurait fait l'objet d'aucune fusion ou continuation, faits non contestés figurant à l'état des renseignements ¹³⁸. Même s'il est vrai que le juge au stade de l'autorisation doit éviter de faire une lecture trop rigoureuse de la demande, il doit tout de même s'en tenir aux faits allégués et ne peut chercher à les compléter ¹³⁹.

La juge écarte l'argument de la Cour d'appel voulant que, sur le plan juridique, la Congrégation et la Corporation Jean-Brillant seraient une seule entité, sans égard aux règles applicables aux personnes morales ¹⁴⁰ et que la Congrégation « n'est que l'instrument d'une communauté religieuse qui existait au moment des faits reprochés » ¹⁴¹. Selon la juge, il ne s'agit pas d'une structure complexe qui requiert qu'un juge au fond examine la preuve de manière approfondie ¹⁴². S'il y a un « brouillard » sur le plan factuel, c'est en raison de l'insuffisance des faits allégués qui ne permettent pas « d'inférer de la demande un syllogisme juridique clair, complet et rigoureux » ¹⁴³.

En ce qui a trait au soulèvement du voile corporatif prévu à l'article 317 du C.c.Q., la juge Côté est d'avis que pour imputer une responsabilité civile d'une entité juridique à une autre, il faut forcément « faire abstraction de leur personnalité juridique » ¹⁴⁴. Toutefois, elle convient qu'aucune allégation ni pièce ne soutient le syllogisme juridique fondé sur ce concept.

En outre, « une action collective ne peut être autorisée à l'égard d'une partie défenderesse sur la seule base de ses liens étroits avec d'autres entités » ¹⁴⁵.

Finalement, la juge conclut qu'il y a lieu de rétablir le jugement de première instance rejetant la demande d'autorisation à l'égard de la Congrégation et de l'Oratoire ¹⁴⁶. Toutefois, elle demeure silencieuse quant à ses motifs au soutien du rejet de l'action contre l'Oratoire :

[236] Enfin, en ce qui a trait à l'Oratoire, j'ai évidemment pris connaissance des motifs exposés par mon collègue le juge Brown quant à certaines autres

conditions d'autorisation de l'art. 575 C.p.c. Il ne me paraît pas opportun d'y répondre. Mon silence ne signifie cependant pas que j'y souscris.

3. Le délai prévu au deuxième alinéa de l'article 2926.1 C.c.Q.

Pour reprendre textuellement les propos divergents de la juge Côté sur ce point, nous avons reproduit ci-dessous le sommaire de ses motifs¹⁴⁷ :

- Bien que la juge entretienne un doute quant à savoir si un délai de déchéance a été créé, elle estime que le décès de la victime ou de l'auteur de l'acte constitue un point de départ distinct de celui prévu au premier alinéa.
- Le délai prévu au deuxième alinéa demeure susceptible de suspension, sauf pour cause d'ignorance du lien entre l'acte reproché et le préjudice subi.
- La juge est d'avis que le délai abrégé prévu au deuxième alinéa est opposable à toutes les actions concernées, que celles-ci soient dirigées contre l'auteur de l'acte, contre sa succession ou contre un tiers.
- Que le délai prévu au deuxième alinéa de l'article 2926.1 C.c.Q. en soit un de prescription ou de déchéance, il n'aurait pas éteint rétroactivement le droit d'action de l'intimé.

Selon la juge, le décès de la victime ou de l'auteur de l'acte constitue le point de départ du délai de prescription, lequel est distinct de celui prévu à l'article 2926.1, al. 1 C.c.Q.¹⁴⁸. Ce n'est donc pas la prise de connaissance par la victime du lien entre son préjudice et l'agression qui déclenche le point de départ du calcul¹⁴⁹.

Le deuxième alinéa de l'article 2926.1 C.c.Q. est applicable aux actions en réparation du préjudice corporel résultant d'une agression à caractère sexuel qui a comme objectifs d'assurer la préservation de la preuve et d'assurer l'intégrité du processus contradictoire¹⁵⁰.

Il semble que le législateur a prévu, à titre de solution, un délai de trois ans à compter de la date de décès de la victime ou de l'auteur de l'acte, et ce, peu importe que la victime ait préalablement fait ou non le lien entre l'acte et le préjudice subi.

Comme le deuxième alinéa de l'art. 2926.1 C.c.Q. prévoit un point de départ distinct de la prescription, indépendant de celui fixé au premier alinéa, il semble que l'ignorance du lien entre l'acte reproché et le préjudice subi ne peut constituer une cause de suspension du délai prévu au deuxième alinéa. L'interprétation contraire irait à l'encontre de l'intention du législateur de faire courir le délai à compter du décès, et non à compter de la prise de connaissance du lien¹⁵¹. Toutefois, si le délai de 30 ans prévu au premier alinéa commence à courir, ce délai « est simplement ramené à trois ans »¹⁵².

Contrairement à la majorité, la juge estime également que le délai abrégé est opposable à l'encontre d'une action contre de l'auteur de l'acte ainsi que des tiers¹⁵³.

En ce qui a trait à l'effet rétroactif de cette nouvelle disposition, la juge s'exprime comme suit :

[282] En l'espèce, il est manifeste que l'art. 13 de la loi modificatrice attribue un effet rétroactif au point de départ prévu au premier alinéa, lequel est déclaratoire de par sa nature même, mais il n'en va pas de même du nouveau point de départ établi par le deuxième alinéa. Du reste, il serait invraisemblable que le législateur ait eu l'intention, sans s'en exprimer plus clairement, d'éteindre subitement et irrémédiablement le droit d'action des victimes dont les agresseurs sont décédés plus de trois ans avant l'entrée en vigueur de la loi modificatrice.

En somme, l'introduction d'un nouveau point de départ fixé au moment du décès n'aurait pas d'incidence, en l'espèce, sur le droit d'action du demandeur.

III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR

L'arrêt commenté est à la fois complexe et polyphonique. C'est ce deuxième aspect – celui de la multiplicité des voix et de leur manque de concordance – qui soulève le plus de questions.

Avant d'aborder cet aspect, il est important de noter d'emblée qu'une majorité de la Cour suprême vient clore le débat concernant le renforcement des critères d'autorisation. Cette idée, longtemps promue par les avocats de la défense, a récemment été reprise par la juge Savard de la Cour d'appel dans l'arrêt *Whirlpool Canada c. Gaudette*. Dans un *obiter* percutant, elle énonce que « [c]ertains prônent la suppression de cette autorisation [prévues à l'article 575 C.p.c.], d'autres, dont je suis, suggèrent plutôt de la renforcer »¹⁵⁴. La juge Savard ajoute qu'« il faut s'assurer que l'action collective puisse jouer son véritable rôle et ne soit pas utilisée à des fins autres que celles pour lesquelles une telle voie procédurale existe »¹⁵⁵. Selon la majorité, toutefois, il n'est « pas opportun que la Cour suprême “renforce” le processus d'autorisation ou autrement “révise” ses arrêts *Infiniteon* et *Vivendi*, dont il est par ailleurs possible de dire qu'ils ont été entérinés par le législateur québécois lors de l'entrée en vigueur du nouveau C.p.c. le 1^{er} janvier 2016 »¹⁵⁶.

Tout en écartant une approche plus exigeante, le raisonnement de la majorité écarte également (bien qu'implicitement) l'*obiter* tout aussi percutant de la juge Bich dans l'arrêt *Charles c. Boiron Canada inc.*, dans le cadre duquel elle pose la question suivante : « L'action collective [...] n'est plus une institution procédurale nouvelle, elle a conquis ses galons, elle est connue et bien intégrée au processus judiciaire : a-t-on toujours besoin que la porte d'entrée soit verrouillée et doive être déverrouillée au cas par cas, de cette manière ? »¹⁵⁷ La réponse est forcément « oui » puisque, comme l'observe la majorité en l'espèce, le nouveau C.p.c. entérine à la fois les critères d'autorisation et l'interprétation « souple » que préconise la Cour suprême à leur égard.

Outre la question politique du renforcement (ou de la proscription totale) des critères d'autorisation, il y a celle de l'appréciation jurisprudentielle de ces critères à la lumière des arrêts *Infiniteon* et *Vivendi*. Entre autres, la Cour suprême énonce dans ces affaires qu'à « l'étape de l'autorisation, les faits allégués dans la requête du requérant sont tenus pour avérés. Le fardeau imposé au requérant à cette étape consiste à établir une cause défendable, quoique les allégations de fait ne puissent être “vague[s], générale[s] [ou] imprécise[s]” »¹⁵⁸. La Cour énonce de plus que « bien que cette condition [de démontrer une cause défendable] soit relativement peu exigeante, de simples affirmations sont insuffisantes sans quelque forme d'assise factuelle »¹⁵⁹.

Malgré ces enseignements, l'arrêt commenté illustre l'ambiguïté qui les entoure. Selon une majorité de cinq juges, des allégations larges et génériques, qui sont contextualisées par des éléments de preuve versés au dossier de la cour, sont suffisantes pour justifier l'autorisation d'une action collective contre une corporation (religieuse en l'occurrence) alors qu'il n'y a aucun fait démontrant qu'elle avait effectivement connaissance des gestes fautifs en question ou qu'elle aurait essayé de les dissimuler. La possible responsabilité de l'intimée se fonde plutôt sur la prémisse que les auteurs de ces gestes fautifs étaient sous son contrôle en raison de la composition de son conseil d'administration.

Cependant, pour le juge Gascon (ainsi que le juge en chef Wagner et le juge Rowe), l'allégation qu'un acte fautif aurait eu lieu dans la propriété d'une partie intimée n'est pas suffisante pour établir la responsabilité directe de ce dernier, surtout si les éléments de preuve ne portent pas précisément sur cette intimée :

[185] Comme notre Cour le souligne dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [EYB 2009-164625](#) (CanLII), [2009] 3 R.C.S. 65, la loi constitue la source première de la procédure civile du Québec, et l'action collective n'y fait pas exception : par. 18. Aux termes de l'art. 575(2) C.p.c., tout demandeur est tenu d'alléguer des faits qui paraissent justifier les conclusions recherchées. Lorsque cette condition n'est pas remplie, l'exercice d'une action collective doit être refusé. Autoriser l'action collective projetée contre l'Oratoire sur la foi des allégations formulées dans la demande de J.J. et des pièces limitées qu'il présente à cet égard réduirait à bien peu le seuil minimal dont fait état notre Cour dans les arrêts *Infiniteon* et *Vivendi*, au point de rendre futile la condition prévue à l'art. 575(2) C.p.c. L'obligation d'avancer davantage que des allégations vagues, générales ou imprécises demeure, et elle doit conserver tout son sens et sa portée. (Nos

soulèvements)

Le raisonnement de la juge Côté – qui favorise une conception plus robuste des critères d'autorisation à l'intérieur des limites tracées par les arrêts *Infineon* et *Vivendi* – abonde dans le même sens :

[206] À ce chapitre, tout comme mon collègue le juge Gascon (par. 185), je suis d'avis que les tribunaux doivent se garder d'abaisser la « norme relativement peu exigeante » décrite par la Cour dans *Infineon* (par. 89) et d'en faire une simple formalité. Notamment, il convient de rappeler que le rôle du juge d'autorisation ne se limite pas à filtrer les demandes frivoles ou manifestement mal fondées. Écarter de telles demandes constitue certes l'un des *objectifs* du processus d'autorisation, mais il ne s'agit pas du *critère* retenu par le législateur (voir *Infineon*, par. 61 et 65). L'art. 575C.p.c. précise que le juge autorise l'action collective uniquement si les conclusions recherchées paraissent justifiées au regard des faits allégués et si, bien sûr, les autres conditions sont remplies (*Vivendi*, par. 37). Le fardeau du demandeur est donc plus exigeant et ne consiste pas simplement à établir que sa demande n'est pas frivole ou manifestement mal fondée [...]. (Nos soulèvements)

Plus qu'une divergence d'application, il existe une divergence conceptuelle parmi les juges de la Cour suprême quant à la nature et la portée de l'autorisation. Pour la majorité, des allégations minimalistes appuyées par une preuve contextuelle et complétée par certaines déductions logiques et juridiques peuvent s'avérer suffisantes, dans leur ensemble, pour démontrer une cause défendable. Mais pour les juges dissidents, les tribunaux ne sauraient combler les lacunes de la demande d'autorisation à l'aide d'inférences qui font abstraction des allégations et de la preuve. Comme l'observe le juge Gascon, « [s]i, aux termes des arrêts *Infineon* et *Vivendi*, il faut interpréter et appliquer avec largesse les conditions d'autorisation, dont celle relative au caractère suffisant des faits allégués — lesquels sont tenus pour avérés — des allégations qui ne restent que vagues, générales et imprécises ne permettent pas aux juges de présumer l'existence de ce qui ne s'y trouve pas, pas plus que d'inférer ce qui aurait pu y avoir été écrit »¹⁶⁰. Lire entre les lignes d'une demande d'autorisation n'est pas assimilable à « présumer l'existence de ce qui ne s'y trouve pas, pas plus que d'inférer ce qui aurait pu y avoir été écrit »¹⁶¹.

Cette divergence conceptuelle est d'autant plus frappante lorsqu'on considère que le raisonnement de la majorité se heurte à celui des trois juges civilistes de la Cour (dont le juge en chef Wagner, qui a rédigé les arrêts *Infineon* et *Vivendi* avec le juge LeBel). En principe, ces juges civilistes, issus d'une tradition juridique distincte, ont comme rôle d'assurer l'évolution cohérente du droit substantif et procédural du Québec.

Loin de clarifier ou d'améliorer le droit en matière d'action collective, l'arrêt commenté risque de le complexifier en proposant des modèles conceptuels différents et irréconciliables. Bien que le raisonnement de la majorité soit celui qui devra maintenant prévaloir, ce raisonnement, qui vient contrecarrer celle des juges civilistes, risque d'encourager l'autorisation d'actions collectives qui se fondent sur des affirmations, des conclusions juridiques et un début de preuve qui est tout aussi dépourvu de faits palpables. La ligne séparant l'intendance judiciaire de l'automatisme devient ainsi encore plus difficile à tracer, ce qui compliquera le rôle des juges de première instance qui doivent décider de l'autorisation, et des praticiens qui doivent conseiller leurs clients.

CONCLUSION

Selon une majorité de la Cour suprême, des allégations minimalistes appuyées par une preuve contextuelle et complétée par certaines déductions logiques et juridiques peuvent s'avérer suffisantes, en leur ensemble, pour démontrer une cause défendable.

* M^e Shaun E. Finn, avocat et coresponsable de l'équipe stratégique en défense d'actions collectives du cabinet BCF, Avocats d'affaires, concentre sa pratique en litige commercial, principalement en défense d'actions collectives visant des entreprises, des institutions financières et des sociétés d'État. Il enseigne également en matière d'actions collectives à la Faculté de droit de l'Université McGill à titre de chargé de cours. Il tient à remercier M^{me} Audrée Anne Barry, stagiaire, et M^{me} Claudia D'Iorio, étudiante, pour leur précieuse collaboration.

¹ LRC (1985), c. S-26.

² 2019 CSC 35, [EYB 2019-312410](#).

³ Loui-Samuel PERRON, « Actions collectives : c'est payant, mais pour qui ? », *La Presse+*, édition du 23 juin 2019.

⁴ Par. 91 et 216 de la décision commentée.

⁵ Par. 92 de la décision commentée.

⁶ Par. 92 de la décision commentée.

⁷ La personne morale ayant aujourd'hui pour objets d'organiser, d'administrer et de maintenir cette communauté religieuse.

⁸ L'établissement dans lequel le demandeur aurait personnellement subi des agressions sexuelles.

⁹ Par. 1 et 85 de la décision commentée.

¹⁰ Par. 94 et 174 de la décision commentée.

¹¹ Par. 174 de la décision commentée.

¹² Par. 174 de la décision commentée.

¹³ Par. 174 de la décision commentée.

¹⁴ Par. 94 de la décision commentée.

¹⁵ Par. 2 de la décision commentée.

¹⁶ Par. 2 de la décision commentée.

¹⁷ Par. 2 de la décision commentée.

¹⁸ Par. 2 de la décision commentée.

¹⁹ Par. 175 de la décision commentée.

²⁰ Par. 2 de la décision commentée.

²¹ J.J. c. *Province canadienne de la Congrégation de Sainte-Croix*, 2015 QCCS 3583, [EYB 2015-255143](#).

- [22.](#) Par. 96 de la décision commentée.
- [23.](#) Par. 98 de la décision commentée.
- [24.](#) Par. 95 de la décision commentée.
- [25.](#) Par. 114 de la décision commentée.
- [26.](#) J.J. c. *Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal*, 2017 QCCA 1460, [EYB 2017-284792](#).
- [27.](#) Par. 100 de la décision commentée.
- [28.](#) Par. 101 de la décision commentée.
- [29.](#) Par. 102 de la décision commentée.
- [30.](#) Par. 102 de la décision commentée.
- [31.](#) J.J. c. *Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal*, 2017 QCCA 1460, [EYB 2017-284792](#), par. 128.
- [32.](#) Par. 104 de la décision commentée citant le par. 137 de la décision de la Cour d'appel.
- [33.](#) Les motifs du jugement majoritaire ont été rédigés par le Juge Brown, avec l'accord des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin (par. 1 à 83). Le juge en chef Wagner et les juges Gascon et Rowe sont dissidents en partie (par. 84-189) et la juge Côté est dissidente (par. 190 à 287).
- [34.](#) Par. 7 de la décision citant *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, [2014] 1 RCS 3, [EYB 2014-231631](#) et *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 RCS 600, [EYB 2013-228582](#).
- [35.](#) Par. 10 de la décision commentée.
- [36.](#) Par. 10 de la décision commentée en citant *Vivendi*, par. 34.
- [37.](#) Par. 10 de la décision commentée en citant *Vivendi*, par. 35.
- [38.](#) Par. 7 de la décision commentée, citant *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, [2014] 1 RCS 3, [EYB 2014-231631](#), par. 60.
- [39.](#) Par. 8 de la décision commentée citant *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 RCS 600, [EYB 2013-228582](#), par. 60.
- [40.](#) Par. 44 de la décision commentée.
- [41.](#) Par. 18 de la décision commentée.
- [42.](#) Par. 19 de la décision commentée.
- [43.](#) Par. 21 de la décision commentée.
- [44.](#) Par. 21 de la décision commentée.
- [45.](#) Par. 22 de la décision commentée.
- [46.](#) Par. 21 de la décision commentée, citant les par. 108-109 de la décision de la Cour d'appel.
- [47.](#) Par. 21 de la décision commentée, citant le par. 111 de la décision de la Cour d'appel.
- [48.](#) Par. 21 de la décision commentée, citant le par. 57 de la décision de la Cour d'appel.
- [49.](#) Par. 24-26 de la décision commentée.
- [50.](#) Par. 23 de la décision commentée.
- [51.](#) Par. 26 de la décision commentée.
- [52.](#) Par. 26 de la décision commentée.
- [53.](#) Par. 25 de la décision commentée.
- [54.](#) Par. 24 de la décision commentée.
- [55.](#) Par. 24 de la décision commentée, en citant les motifs de la Cour d'appel par. 59-60 et 82-86.
- [56.](#) Par. 32 de la décision commentée.
- [57.](#) *Infineon*, par. 149.
- [58.](#) Par. 32 de la décision commentée.
- [59.](#) Par. 35 de la décision commentée.
- [60.](#) Par. 36 de la décision commentée.
- [61.](#) S.Q. 1916, c. 90 ; par. 37 de la décision commentée.
- [62.](#) Par. 38 de la décision commentée.
- [63.](#) Par. 36 de la décision commentée, citant les par. 111 et 137 de la décision de la Cour d'appel.

- [64.](#) Par. 36 de la décision commentée.
- [65.](#) Par. 41 de la décision commentée.
- [66.](#) Par. 42 de la décision commentée.
- [67.](#) Par. 42 de la décision commentée citant *Sibiga*, au par. 51.
- [68.](#) Par. 43 de la décision commentée, citant *Vivendi*, aux par. 52-53.
- [69.](#) Par. 44 de la décision commentée.
- [70.](#) Par. 45 de la décision commentée, citant *Vivendi*, au par. 46.
- [71.](#) Par. 46 de la décision commentée.
- [72.](#) Par. 50 de la décision commentée.
- [73.](#) Par. 54 de la décision commentée.
- [74.](#) Par. 50 de la décision commentée.
- [75.](#) Par. 50 de la décision commentée.
- [76.](#) Par. 55 de la décision commentée.
- [77.](#) Par. 51 de la décision commentée.
- [78.](#) Par. 58 de la décision commentée, citant *Vivendi*, au par. 37, et *Infineon*, aux par. 65 et 67.
- [79.](#) Par. 58 de la décision commentée, citant *Infineon*, aux par. 80, 100, 101, 130, 136 et 144.
- [80.](#) Par. 58 de la décision commentée citant *Infineon*, au par. 61 et *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [EYB 2005-89683](#), au par. 25.
- [81.](#) Par. 60 de la décision commentée.
- [82.](#) Par. 63 de la décision commentée.
- [83.](#) Par. 63 de la décision commentée.
- [84.](#) Par. 63 de la décision commentée.
- [85.](#) Par. 64 de la décision commentée.
- [86.](#) Par. 68 de la décision commentée.
- [87.](#) Par. 69 de la décision commentée.
- [88.](#) Par. 69 de la décision commentée.
- [89.](#) Par. 70 de la décision commentée.
- [90.](#) Par. 71 de la décision commentée.
- [91.](#) Par. 74 de la décision commentée.
- [92.](#) Par. 79 de la décision commentée.
- [93.](#) Par. 79 de la décision commentée citant *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299, [EYB 2016-268978](#), par. 51.
- [94.](#) Par. 80 de la décision commentée.
- [95.](#) Par. 81 de la décision commentée.
- [96.](#) Par. 82 de la décision commentée, citant *Option Consommateurs c. Merck & Co. inc.*, 2013 QCCA 57, [EYB 2013-216651](#), aux par. 20 et 24.
- [97.](#) Par. 82 de la décision commentée.
- [98.](#) *Banque de Montréal c. Marcotte*, [2014] 2 RCS 725, [EYB 2014-242090](#), aux par. 37-47.
- [99.](#) Par. 83 de la décision commentée.
- [100.](#) Par. 115 de la décision commentée.
- [101.](#) Par. 116 de la décision commentée.
- [102.](#) Par. 119 de la décision commentée.
- [103.](#) Par. 125 de la décision commentée.
- [104.](#) Par. 125 de la décision commentée.
- [105.](#) Par. 134 de la décision commentée.
- [106.](#) Par. 135 de la décision commentée.
- [107.](#) Par. 135 de la décision commentée.

[108.](#) Par. 139 et 142 de la décision commentée.

[109.](#) Par. 88 de la décision commentée.

[110.](#) Par. 155 de la décision commentée.

[111.](#) Par. 156 de la décision commentée.

[112.](#) Par. 158 de la décision commentée.

[113.](#) Par. 159 de la décision commentée.

[114.](#) Par. 87 de la décision commentée.

[115.](#) Par. 164 de la décision commentée.

[116.](#) Par. 160 de la décision commentée.

[117.](#) Par. 162 de la décision commentée.

[118.](#) Par. 165 de la décision commentée.

[119.](#) RLRQ, c. C-71.

[120.](#) Par. 77 de la décision commentée.

[121.](#) Par. 165 et 166 de la décision commentée.

[122.](#) Par. 163 de la décision commentée.

[123.](#) Par. 167 de la décision commentée.

[124.](#) Par. 167 de la décision commentée.

[125.](#) Par. 170 de la décision commentée.

[126.](#) Par. 184 de la décision commentée.

[127.](#) Par. 171 de la décision commentée.

[128.](#) Par. 170 de la décision commentée.

[129.](#) Par. 174 de la décision commentée.

[130.](#) Par. 175 de la décision commentée.

[131.](#) Par. 180 de la décision commentée.

[132.](#) Par. 180 et 183 de la décision commentée.

[133.](#) Par. 177 de la décision commentée.

[134.](#) Par. 192 de la décision commentée.

[135.](#) Par. 197 à 202 de la décision commentée.

[136.](#) Par. 213 de la décision commentée.

[137.](#) Par. 217 de la décision commentée.

[138.](#) Par. 217 de la décision commentée.

[139.](#) Par. 212 de la décision commentée.

[140.](#) Par. 219 de la décision commentée.

[141.](#) Par. 219 de la décision commentée.

[142.](#) Par. 231 de la décision commentée.

[143.](#) Par. 231 de la décision commentée.

[144.](#) Par. 226 de la décision commentée.

[145.](#) Par. 230 de la décision commentée.

[146.](#) Par. 235 de la décision commentée.

[147.](#) Par. 237 de la décision commentée.

[148.](#) Par. 248 de la décision commentée.

[149.](#) Par. 248 de la décision commentée.

[150.](#) Par. 263 de la décision commentée.

[151.](#) Par. 266 de la décision commentée.

[152.](#) Par. 252 de la décision commentée.

[153.](#) Par. 270 de la décision commentée.

[154.](#) 2018 QCCA 1206, [EYB 2018-296790](#), par. 29.

[155.](#) *Ibid.*

[156.](#) Par. 62 de la décision commentée.

[157.](#) 2016 QCCA 1716, [EYB 2016-271842](#), par. 71.

[158.](#) *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 RCS 600, [EYB 2013-228582](#), par. 67.

[159.](#) *Ibid.*, par. 134.

[160.](#) Par. 186 de la décision commentée.

[161.](#) Par. 187 de la décision commentée.

Date de dépôt : 16 juillet 2019

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.
©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.

Repères, Mars, 2021

Shaun E. FINN*

Commentaire sur l'arrêt Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin – Un point de rupture en matière d'action collective au Québec ?

Indexation

PROCÉDURE CIVILE

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– LE CONTEXTE](#)

[II– LES DÉCISIONS](#)

[A. La décision de la Cour supérieure](#)

[B. L'arrêt de la Cour d'appel](#)

[C. L'arrêt de la Cour suprême](#)

[1. Motifs de la majorité \(juge en chef Wagner et juges Abella, Karakatsanis, Brown, Martin et Kasirer\)](#)

[2. Motifs de la dissidence \(juges Moldaver, Côté et Rowe\)](#)

[III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR](#)

[A. Le virage jurisprudentiel de 1990](#)

[B. La trilogie « large et libérale » de la Cour suprême](#)

[C. L'arrêt Oratoire de la Cour suprême du Canada brouille les cartes](#)

[D. L'arrêt commenté représente-t-il un point de rupture ?](#)

[E. Quelques pistes de solution qui s'offrent au législateur](#)

[1. Alléger l'étape de l'autorisation](#)

[2. Supprimer l'étape de l'autorisation complètement](#)

[3. Intégrer l'autorisation à l'instance](#)

[4. Renforcer l'autorisation](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur commente cette décision dans laquelle la majorité de la Cour suprême prône une approche particulièrement flexible de l'autorisation des actions collectives qui s'harmonise avec celle de la Cour d'appel.

INTRODUCTION

De 2014 à 2019, la Cour suprême du Canada parle d'une seule voix en matière d'actions collectives québécoises. Elle énonce, entre autres choses, que l'esprit qui doit guider le juge de l'autorisation lors de l'application des critères de l'article [575](#) C.p.c. est celui de la souplesse. Cette unanimité jurisprudentielle a toutefois été secouée par l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*¹ compte tenu d'une divergence conceptuelle entre le raisonnement des juges majoritaires et minoritaires, notamment quant aux éléments requis afin de démontrer une cause défendable (art. [575](#)(2⁰) C.p.c.). L'arrêt *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*², qui marque également un désaccord important – possiblement un point de rupture – sur ce même aspect, pose un problème pour les juges d'autorisation, les avocats et les justiciables. Si la Cour suprême n'est pas en mesure de composer avec cette problématique, il serait peut-être opportun que le législateur se prononce clairement en allégeant l'étape de l'autorisation, supprimant l'autorisation complètement, intégrant l'autorisation au fond ou encore (et préférablement selon l'auteur) en renforçant les critères d'autorisation. Les motifs d'une éventuelle refonte devraient par ailleurs être consacrés dans des commentaires limpides et non équivoques.

I– LE CONTEXTE

Le demandeur, M. Ronald Asselin (« Asselin » ou « le demandeur ») demande l'autorisation d'exercer une action collective contre Desjardins Cabinet de services financiers (« DCSF ») et Desjardins gestion internationale d'actifs (« DGA ») pour avoir prétendument contrevenu respectivement à leurs obligations contractuelles, extracontractuelles et légales.

DCSF est un cabinet de services financiers, partie du Mouvement Desjardins (« Desjardins »), offrant par l'intermédiaire de ses représentants dans les différentes caisses Desjardins des services de courtage en épargne collective et de planification financière. DGA est, quant à elle, une société de portefeuille affiliée à Desjardins dont la mission consiste à offrir et à gérer divers services de placement et de gestion d'actifs.

Asselin, qui est membre d'une caisse populaire de Desjardins, a souscrit « entre mars 2005 et juin 2007 à deux placements, soit le Placement Épargne à Terme Perspectives Plus ("PP") et le Placement Épargne à Terme Gestion Active ("GA") » (collectivement, les « Placements »), lesquels sont deux différents produits financiers offerts par DGA. Cette souscription fut faite sur recommandation de sa conseillère financière, qui est, elle, représentante de DCSF. Au moment de ces investissements, en 2005, Asselin présente un profil d'investisseur peu tolérant au risque et il comprend qu'il s'agit de produits financiers appropriés pour un investisseur prudent et conservateur.

En 2009, le demandeur reçoit une lettre disant que ses placements ne lui procureront finalement aucun rendement jusqu'à l'échéance du terme. À cette date, le capital investi par le demandeur est encore engagé dans les Placements et ne pourra en être retiré avant cinq ans.

En 2011, Asselin dépose une demande pour autorisation d'exercer une action collective contre DCSF et DGA (la « demande d'autorisation »), invoquant : i) contre DCSF le manquement au devoir d'information dans le cadre de sa responsabilité contractuelle envers les membres du groupe quant aux risques associés aux placements et ii) contre DGA le manquement aux devoirs de compétence quant à la conception et la gestion des fonds dans le cadre de sa responsabilité extracontractuelle envers les membres du groupe en usant de stratégies d'investissements risquées.

II- LES DÉCISIONS

A. La décision de la Cour supérieure

Asselin allègue que DCSF est responsable des planificateurs financiers exerçant dans le réseau des caisses Desjardins et ainsi contractuellement responsable des fausses représentations effectuées par ces derniers dans la présentation des produits financiers en question comme étant à « faible risque »³. Il allègue aussi que DGA, à l'origine de la conception et de la gestion des fonds placés par l'entremise de ces produits financiers, est responsable des pertes survenues à ceux-ci⁴.

Dans sa demande initiale, Asselin demandait également l'autorisation de poursuivre Desjardins Fiducie pour responsabilité contractuelle. Il s'est toutefois désisté de cette réclamation et Desjardins Fiducie n'est plus partie aux procédures à cette étape⁵.

La Cour conclut toutefois de la preuve présentée que les conventions signées par les membres Desjardins désirant acquérir ces produits financiers étaient exécutées entre ceux-ci et Desjardins Fiducie. D'après la Cour, il appert clairement que DCSF n'était pas partie aux conventions en question et qu'elle ne peut donc être tenue contractuellement responsable du bris allégué d'un contrat auquel elle n'était pas partie⁶.

Asselin explique dans ses allégations le lien contractuel proposé entre DCSF et les membres du groupe, mais la Cour soulève le fait qu'elle n'est pas tenue de considérer ces allégations pour avérées puisque celles-ci sont de nature juridique :

Pour semer un doute dans notre esprit sur la vraisemblance d'un recours contractuel contre le commettant Cabinet, il aurait fallu que la requête allègue des faits précis nous permettant de conclure qu'un ou des représentants de Cabinet a au moins commis une faute particularisée liée à des représentations inadéquates, ce qui n'est pas le cas [...].⁷

Pour cette raison, la Cour estime que le demandeur n'a pas réussi à démontrer une apparence de droit en responsabilité contractuelle contre DCSF. La Cour estime aussi, pour les mêmes raisons, que le recours, même individuel, du demandeur contre DCSF serait également voué à l'échec.

En ce qui a trait au recours en responsabilité extracontractuelle contre DGA, Asselin allègue que DGA est responsable de la conception en plus de la gestion des placements dont il est question. À ce titre, il allègue que DGA a conçu et géré des produits beaucoup trop risqués pour être destinés à des investisseurs dont la tolérance au risque est faible. Selon lui, connaissant le type de clientèle visée par ces produits d'investissement, DGA a fait preuve d'incompétence dans la conception comme dans la gestion des PP et des GA⁸.

La Cour conclut toutefois que les allégations du demandeur ne sont pas suffisamment supportées par la preuve pour qu'il soit possible d'y voir plus que la simple opinion du demandeur :

[L]a prémisse du syllogisme, soit des représentations précises et concrètes faites aux membres (et au requérant) leur permettant de conclure qu'elles ne correspondent pas au profil financier de ceux qui se les sont fait faire, mais qui ont quand même acquis des placements PP et GA, ne fait l'objet d'aucune allégation ni démonstration, et la conclusion qui devrait rationnellement découler d'une telle prémisse, c'est-à-dire qu'il y a une faute dans la

conception de ces placements parce que ceux-ci ne correspondent pas au profil desdits membres, n'est pas établi et ne repose que sur de pures hypothèses.⁹

La Cour considère plus probable que la cause de l'absence de rendement des placements PP et GA est la crise financière survenue en 2008, plutôt qu'une faute de la part de DGA dans sa conception ou sa gestion de ces placements¹⁰ :

En l'absence de pistes précises établissant un lien vraisemblable entre une faute de compétence et de gestion de DGA et l'absence de rendement des placements PP et GA en 2008, il nous faut préciser que la preuve pointe vers la crise économique comme explication.

Pour ces raisons, la Cour conclut également à l'absence d'apparence de droit sur ce point¹¹.

B. L'arrêt de la Cour d'appel

L'arrêt de la Cour d'appel rendu à l'unanimité et livré par la juge Marie-France Bich, infirme la décision de première instance et autorise Asselin à agir pour le compte du groupe suivant :

Toutes les personnes physiques et toutes les personnes morales de droit privé, sociétés ou associations, comptant en tout temps au cours de la période de 12 mois qui précède le 16 septembre 2011 sous leur direction ou sous leur contrôle au plus 50 personnes liées à elles par contrat de travail, qui, en date du 1^{er} octobre 2008, détenaient le Placement Épargne à terme Perspectives Plus (« PP ») ou le Placement Épargne à terme Gestion Active (« GA »), ou tout autre placement comportant une portion investie dans le Placement Épargne à terme Perspectives Plus ou le Placement Épargne à terme Gestion Active.¹²

La Cour d'appel est d'avis que la Cour supérieure a fait preuve de trop de rigueur dans son analyse de la soutenabilité du syllogisme juridique proposé par le demandeur et même qu'elle s'est prononcée sur des questions qui auraient dû être réservées au juge du fond.

La Cour d'appel commence son analyse en effectuant un rappel des principes applicables à l'étape de l'autorisation. Elle observe d'abord¹³ que l'autorisation des actions collectives ne devrait pas faire l'objet d'une approche « exigeante des conditions d'autorisation », mais bien d'une approche « souple, libérale et généreuse » telle que préconisée par les arrêts *Infineon*¹⁴ et *Vivendi*¹⁵. Le juge saisi de la demande d'autorisation doit se limiter à vérifier si le syllogisme présenté est soutenable — c'est-à-dire qu'il a une chance de réussite, même si celle-ci paraît mince¹⁶ :

[34] D'autre part, **on doit comprendre que des allégations génériques ne suffiront pas**, les faits soulevés devant, au regard du droit applicable, être **suffisamment spécifiques pour qu'on puisse saisir les grandes lignes du narratif proposé et vérifier sur cette base que sont remplies les conditions de l'art 575 C.p.c.**, c'est-à-dire que le syllogisme juridique est plaidable et que les questions de fait et de droit qui le sous-tendent sont suffisamment communes pour que leur résolution fasse avancer le débat au bénéfice de chacun des membres d'un groupe par ailleurs convenable, dont les intérêts seront assurés par une personne capable d'une représentation adéquate, conditions qui doivent être interprétées et appliquées en vue de « faciliter l'exercice des recours collectifs » [...]

[35] **Or, ce test n'est pas toujours appliqué comme il le devrait.** C'est ainsi que, par exemple, sous couvert de vérifier qu'une cause d'action est défendable et le syllogisme juridique soutenable, que des faits précis et concrets sont allégués (que l'on peut donc sans hésitation tenir pour avérés) tout en débusquant le vague, le général, l'hypothétique et le spéculatif, **on se trouve finalement, comme l'écrit le juge Gagnon dans Copibec, à s'avancer dans le domaine de la preuve et du fond, et à imposer au requérant un fardeau allant bien au delà des exigences fixées par l'art. 575 C.p.c. (1003 a.C.p.c.).** L'affaire *Copibec* offre l'exemple frappant d'un tel glissement, tout comme les arrêts *Belmamoun c. Ville de Brossard* (qui présente de nombreuses analogies avec notre dossier), *Charles c. Boiron Canada inc.*, *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, *Masella c. TD Bank Financial Group* (qui s'y apparente lui aussi), *Martel c. Kia Canada inc.*, et d'autres encore. (notre emphase ; références omises).

La limite du rôle du juge à l'étape de l'autorisation est parfois difficile à identifier dans les faits, surtout lorsqu'une preuve substantielle lui est présentée. C'est ce qui est arrivé dans cette affaire : la juge de première instance, en tentant de débroussailler une preuve volumineuse afin d'en dégager le syllogisme proposé par Asselin effectue une analyse du fond de l'affaire à certains égards¹⁷ :

[45] Pour terminer, je me risquerais à ajouter que si l'on ne veut pas que les actions collectives accaparent une part indue des ressources judiciaires, ressources limitées, il serait donc utile, dans l'état actuel du droit, que l'on évite de faire au stade de l'autorisation ce qui, en réalité, appartient au fond. Or, à mon humble avis, et je le dis avec le plus grand respect pour la juge de première instance, à qui l'on ne saurait reprocher d'avoir statué de manière expéditive, c'est là l'écueil auquel se heurte son jugement, dans un contexte où, tout au long du processus, elle a libéralement autorisé les parties à produire une preuve assez substantielle dont l'analyse a malheureusement fait dériver le débat vers le fond et l'a conduite à certaines erreurs d'appréciation déterminantes. C'est ainsi que, tout en usant du vocabulaire promu par la Cour suprême, elle a examiné la demande de l'appelant d'une manière pointilleuse qui

n'était pas de mise au stade de l'autorisation. Elle a transformé en véritable fardeau de preuve le fardeau de logique incombant à l'appelant.

La Cour d'appel décide donc de reprendre l'analyse de la demande d'autorisation, en commençant par le recours en responsabilité contractuelle contre DCSF. La Cour d'appel note que la juge de première instance a mal compris le syllogisme du demandeur en concluant que le fondement du recours contractuel figure dans les conventions de dépôt.

L'action que veut intenter Asselin contre Desjardins Cabinet repose plutôt sur l'allégation que DCSF est lié aux membres du groupe par un contrat de service, exécuté par des commettants (les conseillers Desjardins) dont les agissements peuvent soulever sa responsabilité contractuelle. Ainsi, Asselin considère que c'est bel et bien DCSF qui, par l'intermédiaire de sa conseillère en placements, lui a conseillé de se procurer les placements dont il est question¹⁸.

Admettant ce lien contractuel, il est logique et soutenable que DCSF puisse être tenu contractuellement responsable de l'information erronée ou insuffisante relayée par ses commettants et sans laquelle les membres n'auraient pas souscrit aux placements en question. Par conséquent, ce volet de la demande d'autorisation aurait dû être autorisé par la juge de première instance¹⁹.

La Cour d'appel révisé aussi les conclusions de la juge de première instance concernant la responsabilité extracontractuelle de DGA. En effet, il appert sur ce point que la juge de première instance n'a pas conclu à l'absence de logique dans le syllogisme proposé par le demandeur, mais bien à son absence de fondement. Ses conclusions sur ce volet sont que les allégations de ce dernier sont insuffisantes pour appuyer le syllogisme proposé et que la véritable cause du préjudice est la crise financière de 2008.

La Cour d'appel révisé cette conclusion et estime plutôt que les allégations du demandeur étaient suffisamment claires et précises pour permettre de bien comprendre le syllogisme qu'il propose — en se rappelant que le demandeur n'a pas le fardeau de prouver ces allégations à l'étape de l'autorisation du recours — et que la juge de première instance s'est erronément prononcée sur le fond de l'affaire en référant à la crise économique de 2008 comme réelle cause du préjudice :

[111] Voilà des commentaires qui, dans le contexte, relèvent entièrement du fond de l'affaire (sans parler du fait que le passage ci-dessus déforme le syllogisme présenté par l'appelant). Le dossier tel que constitué ne contient en effet rien qui permette à la juge de première instance de conclure que le préjudice qu'allègue l'appelant résulte de la crise économique de 2008 plutôt que des fautes reprochées aux intimées. Comme le rappelle la juge St-Pierre dans l'arrêt *London Life Insurance Company c. Long*, l'existence d'une crise financière n'est pas une panacée pour le conseiller ou le gestionnaire financier, qui lui permettrait « d'éluder toute responsabilité », ni un bouclier qui le protège contre toute poursuite civile liée aux conseils qu'il a prodigués ou à la gestion des actifs qui lui ont été confiés. Que la crise économique de 2008 ait pu jouer un rôle, peut-être même déterminant, dans la stérilisation des placements en cause n'est pas invraisemblable, bien sûr, et c'est d'ailleurs là un moyen de défense que les intimées pourront assurément faire valoir sur le fond de l'affaire. **Au stade de l'autorisation, cependant, il ne convenait pas de statuer sur la question, qu'il était d'ailleurs impossible de trancher, sauf à spéculer.**²⁰ (notre emphase ; un renvoi a été omis.)

Pour ce qui est du préjudice, les intimés (soit Desjardins Cabinet de services financiers inc. et Desjardins gestion internationale d'actifs inc.) plaident qu'en matière d'investissement, l'absence de réalisation d'un profit ne constitue pas un « préjudice ». Si la Cour d'appel admet que l'absence de réalisation d'un profit n'est pas en soi un préjudice, elle affirme toutefois que, du fait que le demandeur a souscrit à ces placements en raison d'une représentation erronée du risque, la réalisation du risque non accepté par ce dernier constitue en soi un préjudice. Elle ajoute que la privation de capital pour le reste du terme des placements, alors même qu'il est établi et reconnu que ceux-ci ne produiront aucun rendement, constitue aussi un préjudice²¹.

Finalement, les intimés avancent que la demande d'autorisation est irrecevable puisque les placements en question ont fait l'objet d'une quittance déchargeant DCSF d'une telle responsabilité. La juge de première instance n'avait dans son jugement pas analysé cette allégation puisqu'à cette étape du jugement, elle avait déjà conclu au rejet de l'autorisation. La Cour d'appel note que :

[133] À première vue, si une action collective est manifestement mal fondée en raison d'une quittance qui la contrecarre à sa face même et sans ambiguïté ou possibilité de contredit, il est sans doute préférable de le savoir dès le stade de l'autorisation et de faire l'économie d'un recours dont on pourrait ainsi constater la futilité. Toutefois lorsque, tenant les faits allégués pour avérés, le syllogisme proposé par le demandeur est soutenable — comme c'est ici le cas —, seul un obstacle aussi évident qu'insurmontable peut y faire échec. Autrement, l'on entre dans le domaine des moyens de défense, qui devraient être laissés aux bons soins du juge saisi du fond de l'action collective.

[134] Cela étant dit, il va de soi que DGIA devait faire la preuve de la quittance et autres éléments reliés avant de pouvoir les opposer à la demande d'autorisation, preuve qui, cependant, devait être spécialement autorisée avant d'être produite. Il n'est pas permis en effet de soumettre des éléments de preuve à l'encontre d'une demande d'autorisation, sauf permission du juge en vertu de l'art. 1002 a.C.p.c. (art. 574, 3^e al. C.p.c.). Or, en l'occurrence, on ne trouve au dossier aucune demande écrite en ce sens et aucun jugement autorisant la production de ces éléments

de preuve. En septembre 2013, les intimées ont demandé la permission de produire une certaine preuve, ce qui leur a été accordé. Ni leur requête ni le jugement ne traitent toutefois de la quittance en cause ni des autres éléments de preuve s'y rapportant. En février 2015, elles ont une nouvelle fois sollicité l'autorisation de produire divers éléments de preuve, ce qui leur fut également accordé. Là encore, rien n'y paraît rattaché à la quittance.

Une quittance est effectivement survenue entre les membres Desjardins concernés et DGA ayant trait notamment à ces produits d'investissement. Asselin ne remet pas en question l'existence de cette quittance, mais soumet que celle-ci ne s'applique pas à tous les produits d'investissement visés par la demande d'autorisation. La Cour d'appel juge que ce moyen d'irrecevabilité requiert l'administration d'une preuve qu'un juge à l'étape de l'autorisation ne peut ni admettre ni prendre en considération et renvoie donc son évaluation à l'analyse au fond ²².

Quant aux questions communes, la Cour d'appel se prononce ainsi :

[156] Cela étant, j'estime en l'espèce que, **même s'il existe entre les membres du groupe les différences qu'a notées la juge de première instance, on peut néanmoins parler ici de questions identiques, similaires ou connexes**. Vu le caractère circonscrit des reproches adressés aux intimées, cette réponse fera avancer utilement le débat pour tous, quitte à ce que les mesures et modalités appropriées soient mises en place au stade des mesures de réparation – à supposer bien sûr que l'action soit accueillie – afin de tenir compte des différences qui pourraient exister entre les membres.

[157] Ainsi, quant à DCSF, partant de la situation de l'appelant et l'extrapolant aux membres du groupe, il s'agit de savoir si, peu importe l'investisseur, le fait d'induire celui-ci en erreur en ne lui révélant pas l'exacte nature et le risque véritable du produit financier qu'on lui conseille de se procurer peut constituer une faute.

[158] Quant à DGIA, à moins qu'il n'ait connu les détails précis des pratiques de celle-ci dans la conception et la gestion des produits PP et GA, celui qui investit dans un produit financier qu'il sait risqué peut quand même avoir un recours à faire valoir contre celui qui a géré son investissement de façon incompétente ou contraire à ses intérêts[153] (et l'on invoque ces deux fautes à l'endroit de DGIA) : la question, qui est la même pour tous les membres du groupe, sera donc celle de savoir si, en l'espèce, DGIA a commis cette faute.

[159] Quant au préjudice résultant des fautes combinées de DCSF et de DGIA, il paraît devoir être le même pour tous, quoique son quantum, dans la portion compensatoire, puisse différer de l'un à l'autre (ce qui n'a jamais été vu comme un obstacle à l'action collective). Pareillement, la question de la causalité entre faute et préjudice a un aspect collectif.

[160] Finalement, et bien que l'appelante ne l'ait pas incluse au nombre des questions qui appelle un traitement collectif, se pose également la question de savoir si la situation se prête à l'octroi de dommages punitifs, que réclament les conclusions de la demande d'autorisation. Cette question devra être ajoutée à la liste des questions collectives. (notre emphase)

Pour ces raisons, la demande d'autorisation de l'action collective est accueillie par la Cour d'appel.

C. L'arrêt de la Cour suprême

1. Motifs de la majorité (juge en chef Wagner et juges Abella, Karakatsanis, Brown, Martin et Kasirer)

La majorité, sous la plume du juge Kasirer, débute son raisonnement en pointant du doigt une critique faite par les appelantes du jugement de la Cour d'appel y voyant « un nouveau jalon dans la remise en question du travail des juges autorisateurs de la Cour supérieure » ²³. Il rappelle qu'au stade de l'autorisation, le juge autorisateur peut tirer des inférences des allégations afin d'en dégager le sens véritable, tant et aussi longtemps que les allégations permettent bel et bien ces inférences — le juge ne devant pas réécrire les allégations des demandeurs à leur place ²⁴.

Empruntant l'approche de la Cour d'appel, la majorité analyse la demande en responsabilité contractuelle dirigée contre DCSF. DCSF admet être contractuellement liée à Asselin par le biais de ses commettants ²⁵. Ce que DCSF conteste cependant est la suffisance des allégations d'Asselin pour établir un syllogisme juridique soutenable et la présence de questions communes liant les membres du groupe proposé ²⁶.

En ce qui a trait à la suffisance des allégations, la Cour suprême cite l'arrêt *Oratoire* selon lequel : « [l]e fardeau qui incombe au demandeur au stade de l'autorisation consiste simplement à établir l'existence d'une cause “défendable” eu égard aux faits et au droit applicable » ²⁷.

S'en remettant à l'état actuel du droit selon les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire* (tout en réitérant que le juge d'autorisation « ne bénéficie d'aucune discrétion résiduelle lui permettant de refuser l'autorisation sous le prétexte que le recours ne serait pas le véhicule le plus adéquat » ²⁸), la majorité confirme que le syllogisme proposé par Asselin n'est ni frivole ni manifestement mal fondé ²⁹ :

[53] Respectueusement dit, soutenir que le rôle des juges d'autorisation à cette étape n'est pas seulement de filtrer les demandes d'autorisation apporte un changement au droit applicable (motifs de la juge Côté, par. 218 et 220-221). Aucune des références citées à cet effet (*Infineon*, par. 59, *Vivendi*, par. 37, et *Oratoire*, par. 7, cités dans les motifs de la juge Côté, par. 220) ne présente la fonction de filtrage des recours frivoles comme distincte de la vérification du respect des conditions de l'art. 1003 de l'ancien C.p.c. (voir aussi à cet égard Lafond, p. 116, cité avec approbation dans *Oratoire*, par. 56 : « l'étape de l'autorisation n'existe que pour écarter les demandes frivoles ou manifestement mal fondées en fait ou en droit, comme le souhaitait initialement le législateur »).

[57] En l'espèce, le fardeau de démontrer « une “cause défendable” eu égard aux faits et au droit applicable » est satisfait (*Oratoire*, par. 58). La cause d'action proposée par M. Asselin n'est ni frivole ni manifestement non fondée.

[58] Au contraire, le syllogisme juridique proposé est tout à fait défendable : la personne prestataire de services financiers est bien soumise à un devoir d'information, et le non-respect de ce devoir peut donner lieu à une responsabilité civile dont le commettant ou le mandant de la conseillère financière fautive doit répondre (voir *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638, [REJB 2000-17996](#), par. 30-31 ; R. Crête et C. Duclos, « Les sanctions civiles en cas de manquements professionnels dans les services de placement », dans Crête dir. et autres, *Courtiers et conseillers financiers. Encadrement des services de placement*, (2011), 361, p. 394 ; *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentations Denis & Mario Guillemette inc.*, 2012 QCCA 1376, [EYB 2012-209691](#), par. 16-17 (CanLII)).

Quant à la suffisance des faits « concrets », « précis » et « palpables », la Cour suprême conclut :

[81] En conclusion, non seulement les allégations sont présentes et suffisamment précises, mais elles sont également appuyées par la preuve au dossier. Rappelons qu'au Québec, **la partie demanderesse n'est pas tenue, contrairement à ce qui est requis dans le reste du pays, de « démontrer[r] que sa demande repose sur un “fondement factuel suffisant” »** (*Oratoire*, par. 58, citant *Infineon*, par. 128). En l'espèce, **exiger une preuve documentaire déterminante du défaut d'information serait non seulement excessif à l'étape de l'autorisation, mais ce serait également imposer à M. Asselin un fardeau plus onéreux que celui auquel il devra faire face lors du procès sur le fond, puisque l'omission peut se prouver par tous les moyens, y compris le témoignage et l'inférence.**

[82] **Loin de lire la requête en diagonale ou de traiter l'étape de l'autorisation comme une simple formalité, la Cour d'appel s'est livrée à une analyse serrée et rigoureuse de la requête. Les appelantes ne démontrent aucune erreur de sa part quant à la cause défendable à l'encontre de Cabinet.** (notre emphase)

Pour ce qui est du caractère commun des questions soulevées par ce syllogisme, les juges de la majorité sont satisfaits par la distinction à faire entre l'information et le conseil. En effet, ce qui est allégué par Asselin comme étant la faute de DCSF est l'absence d'information adéquate *et non l'absence de conseils adéquats*. Il faut bien admettre que le devoir de conseil qu'ont les représentants de DCSF face à leurs clients est distinct à l'égard de chaque client en raison de son profil d'investisseur, de sa situation financière, etc. Toutefois, le devoir d'information quant aux produits financiers proposés aux clients est, lui, généralisé, puisque le produit reste le même, peu importe le client à qui il est proposé³⁰.

De plus, si DCSF a mal informé ses représentants sur les placements dont il est question (comme il est allégué), il est logique de conclure que tous les membres du groupe proposé auront bénéficié d'informations déficientes ou erronées lors de l'achat de ces produits³¹.

Il y a donc une proposition soutenable pour la formulation d'une question identique, similaire ou connexe aux membres du groupe. Ceci est suffisant puisqu'« au Québec, une seule question [commune] suffit tant qu'elle fait progresser le litige de manière non négligeable »³².

Finalement, les appelantes allèguent qu'il est impossible d'exercer une action collective contre une maison de courtage³³. À cela, la majorité répond qu'une détermination aussi catégorique n'est pas appropriée à l'étape de l'autorisation³⁴. La jurisprudence québécoise ne supporte pas non plus cette proposition. De plus, le fait que la majorité reconnaisse un syllogisme logique dans les allégations du demandeur fait nécessairement échec à cette prétention³⁵.

Passant à la responsabilité extracontractuelle de DGA, la majorité reprend le raisonnement de la Cour d'appel.

Devant la Cour suprême, les appelantes, soit Desjardins cabinet de services financiers inc. et Desjardins gestion internationale d'actifs inc., concèdent que la responsabilité de DGA peut être recherchée à titre de concepteur des placements. Elles prétendent toutefois que les allégations d'Asselin sont insuffisantes dans un contexte de crise financière afin de démontrer un syllogisme soutenable et que la quittance intervenue en lien avec les investissements visés rend le recours irrecevable.

Comme l'a fait la Cour d'appel, les juges de la majorité concluent que les allégations du demandeur sont suffisantes pour supporter le syllogisme juridique proposé puisqu'elles sont précises et concrètes. La question de savoir si elles sont fondées sera tranchée lors de l'audition au fond, à la suite d'une appréciation de la preuve pertinente³⁶.

Pour ce qui est de la quittance, la majorité se range encore une fois derrière le jugement la Cour d'appel, concluant aussi que le débat proposé par les parties sur la portée de la quittance et son applicabilité aux faits en cause revient à l'analyse du fond de l'affaire. Cette interprétation est d'ailleurs supportée par le principe qu'au stade de l'autorisation, la prudence s'impose et que tout doute devrait jouer en faveur de la continuation des procédures.³⁷

2. Motifs de la dissidence (juges Moldaver, Côté et Rowe)

La minorité, sous la plume de la juge Côté, soutient pour sa part que la Cour d'appel ainsi que ses collègues majoritaires ont erré dans leur application des principes établis dans les arrêts *Infineon* et *Vivendi*³⁸. Elle est toutefois d'avis qu'une application plus robuste de cette jurisprudence est requise³⁹. Or, un manque de rigueur à l'étape de l'autorisation menace « les objectifs du recours collectif lui-même, tout particulièrement sa vocation en tant que véhicule d'accès à la justice »⁴⁰ :

[199] Ce pourvoi soulève, selon moi, des questions d'application plutôt que des questions de principe. Il n'est pas question ici de remettre en cause l'approche souple et libérale à l'autorisation établie par les arrêts de cette Cour dans *Infineon*, *Vivendi* et ceux qui les ont suivis. Cependant, il faut déterminer si, et à quel point, cette approche souple et libérale permet qu'une cour — de première instance ou d'appel — saisie d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif lise « entre les lignes » de la requête afin de conclure que les conditions prévues à l'art. 1003 C.p.c. (maintenant l'art. 575) sont respectées.

[200] Mon collègue le juge Kasirer n'est pas d'accord. Je conviens avec lui qu'une lecture indûment sévère des conditions d'autorisation n'est pas conforme à l'état du droit québécois. Nos divergences d'opinion semblent plutôt porter sur ce qui constitue un traitement « sévère » de la requête pour autorisation. Tout en acceptant que les requêtes pour autorisation d'exercer un recours collectif doivent être abordées avec souplesse, la jurisprudence, dans son état actuel, ne permet pas au juge d'autorisation de « deviner » le fondement de la cause d'action. Statuer ainsi ne constitue pas une lecture indûment sévère de la requête mais correspond plutôt à la volonté clairement exprimée du législateur que chacune des conditions énoncées à l'art. 1003 C.p.c. soit satisfaite.

La minorité ajoute que l'autorisation sert à écarter d'emblée des demandes qui sont sans fondement⁴¹ :

[214] [...] Je tiens à souligner que lorsque le juge tranche une question de droit dont dépend le sort du recours collectif à l'étape de l'autorisation, cela favorise l'atteinte des objectifs de prévisibilité juridique et d'économie judiciaire qui sous-tendent le système d'administration de la justice. Ceci est d'ailleurs cohérent avec l'objectif de l'autorisation qui est « d'éviter que les parties défenderesses doivent se défendre au fond contre des réclamations insoutenables ».

L'interprétation que retient la minorité de l'arrêt *Infineon* est que l'étape de l'autorisation ne sert pas seulement à écarter les plaintes « frivoles », mais bien toutes les plaintes qui ne remplissent pas chacun des critères d'autorisation⁴² :

[221] Je souhaite préciser ma compréhension de l'expression « frivole à sa face même » puisque cela semble être à l'origine du désaccord avec mon collègue. À ce propos, je suis d'opinion que mon collègue s'écarte de la jurisprudence de cette Cour dans les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire* en affirmant que le filtrage ne vise qu'à « écarter les demandes frivoles, sans plus » (par. 25 et 27). Je conviens que le seuil du filtrage n'est pas très élevé. Cependant, il existe une distinction entre une demande « insoutenable » et une demande « frivole ». À mon sens, une requête pour autorisation qui ne remplit pas toutes les conditions d'autorisation n'est pas par ce fait même « frivole », qualificatif appliqué plutôt aux requêtes qui, à leur face même, sont futiles, vexatoires ou dénuées de sens. Il n'est donc pas question de n'écarter que les requêtes les plus extrêmes. Une lecture attentive de la requête et une analyse de la preuve au dossier s'imposent. Lorsque je parle d'une étape de vérification, je réitère le principe bien établi voulant que le juge d'autorisation doive lire avec attention les allégations de la requête tenues pour avérées afin d'analyser le caractère défendable du syllogisme juridique qu'elle propose.

S'appuyant sur ce cadre analytique, la minorité procède à l'évaluation du syllogisme proposé par Asselin dans sa demande en responsabilité contractuelle contre DCSF :

[236] De la même façon, de « lire entre les lignes » ne permet pas à une cour d'appel de réorienter le recours à sa guise, particulièrement en l'absence d'allégations. Bien qu'une requête puisse manquer de limpidité, comme le reconnaît la Cour d'appel à l'égard du dossier en l'espèce (par. 47), un fil conducteur doit néanmoins permettre de relier les points afin de permettre au tribunal d'inférer la cause d'action sur la base de déductions fondées sur les faits allégués (A c. *Frères du Sacré-Cœur*, 2017 QCCS 5394, [EYB 2017-287442](#), par. 31 (CanLII)). Cela ne pourra cependant pas se faire en l'absence d'allégations et certainement pas en présence d'affirmations contradictoires. La facilitation de l'autorisation du recours collectif favorisée par la jurisprudence ne va pas jusque-là. Or, et avec respect, c'est ce qui s'est passé selon moi en Cour d'appel.

[237] La juge d'autorisation a analysé le recours contre Cabinet tel qu'il a été présenté par l'intimé dans sa requête pour autorisation, c'est-à-dire sous l'angle de la responsabilité contractuelle de Cabinet découlant d'un manquement au devoir d'information. Ce manquement allégué du devoir d'information a fait l'objet d'une analyse notamment dans le cadre d'un fondement contractuel qui découlerait de la relation mandant-mandataire entre les représentants de

Cabinet et les clients (par. 208). Je rappelle ici que l'appréciation par la juge des conditions d'autorisation commande la déférence en appel en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante.

La minorité est d'avis que l'action collective ne devrait pas être autorisée contre DCSF en l'absence de questions identiques, similaires ou connexes. Malgré la reconnaissance d'une certaine distinction entre le principe d'information et celui de conseil, la minorité retient surtout le caractère hautement individuel de la relation entre un conseiller financier et son client et conclut qu'il serait impensable de fonder un recours collectif sur une telle relation de confiance⁴³ :

[241] Même en présumant pour les fins de la discussion de la condition de l'al. 1003a) C.p.c. que l'intimé a une cause défendable contre Cabinet, je suis d'avis que le recours ne peut être autorisé en raison de l'absence de questions communes. L'existence, s'il en est, de la faute reprochée à Cabinet, soit un manquement à son devoir d'information concernant le caractère sécuritaire des placements PP et GA, requiert une analyse contextuelle impliquant plusieurs facteurs, dont : la nature de la relation entre le conseiller financier et son client, les informations transmises par le conseiller financier, le profil d'investisseur de chaque individu, son âge et son expérience, la compréhension par chaque investisseur des risques associés aux placements, le degré de sophistication de chaque investisseur, la tolérance de chaque investisseur au risque ; tous des facteurs mettant essentiellement en évidence le caractère individuel, et non commun du devoir d'information en l'absence d'une démonstration du caractère systématique du manquement à ce devoir.

La minorité soulève également que le caractère systématique du manque d'information, qui aurait été nécessaire pour conclure à une question commune, n'est pas spécifiquement allégué par le demandeur et qu'il n'est pas du rôle du juge d'inférer des allégations de la part du demandeur.⁴⁴

La minorité rejette donc la demande d'autorisation quant à la responsabilité contractuelle de DCSF.

En ce qui concerne le recours proposé contre DGA, la minorité estime que la quittance intervenue entre DGA et les membres Desjardins concernés est applicable aux faits de l'espèce et met ainsi en échec une partie de la demande contre DGA.

Malgré une certaine réticence, la minorité observe que dans une optique d'économie judiciaire et de proportionnalité des procédures, il vaut mieux trancher une telle question à l'étape de l'autorisation si cela est possible⁴⁵.

Elle analyse ainsi la quittance et conclut, au même titre que la juge de première instance, que celle-ci emporte renonciation par les parties au recours envisagé.⁴⁶

Les juges minoritaires autoriseraient toutefois en partie le recours contre DGA, tout simplement parce que la détermination de ce qui aurait causé l'effondrement de ces investissements (la mauvaise gestion de Desjardins Gestion ou la crise financière) est une question de fond sur laquelle la juge de première instance n'aurait pas dû se prononcer.⁴⁷

III- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR

A. Le virage jurisprudentiel de 1990

Dès les arrêts *Comité d'environnement de la Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*⁴⁸, *Tremaine c. A.H. Robins Canada inc.*⁴⁹ et *Château c. Placements Germarich inc.*⁵⁰, tous rendus en 1990, la Cour d'appel effectue un changement jurisprudentiel important en matière d'actions collectives en insistant sur le caractère purement procédural et donc « ordinaire » de ces recours. Pour reprendre les propos du juge en chef d'alors, l'honorable Claude Bisson, « [l]e premier juge a qualifié le recours collectif de "recours exceptionnel". Avec égards, je ne partage pas ce point de vue. Le recours collectif est un véhicule procédural comme il y en a plusieurs autres dans le Code et il est disponible lorsque les conditions d'exercice se rencontrent »⁵¹. Ces enseignements ont donné naissance à une approche souple, voire large et libérale, aux critères d'autorisation, encourageant ainsi le foisonnement des actions collectives au Québec. L'arrêt *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs* abonde dans le même sens, envisageant l'autorisation comme une forme d'intendance procédurale : « la requête en autorisation du recours est un mécanisme procédural qui donne ouverture à un jugement de vérification du statut de représentant du requérant afin de lui permettre de former une action collective qui se déploiera et sera entendue et jugée suivant le mode usuel »⁵². Bien qu'on ait parlé d'un retour du balancier à la suite de certaines décisions subséquentes⁵³, la tendance large et libérale s'est rétablie de façon convaincante à l'occasion d'une trilogie d'arrêts rendus par la Cour suprême du Canada : *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*⁵⁴, *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*⁵⁵ et *Banque de Montréal c. Marcotte*⁵⁶.

B. La trilogie « large et libérale » de la Cour suprême

Dans cette trilogie, la Cour suprême, parlant d'une seule voix, insiste sur la souplesse que devrait démontrer le juge d'autorisation. Ce dernier « dans sa fonction de filtrage, écarte simplement les demandes frivoles et autorise celles qui satisfont aux exigences relatives au seuil de preuve et au seuil légal prévus à l'art. [575 C.p.c.]. Le but de cet examen n'est pas d'imposer un lourd fardeau au requérant, mais simplement de s'assurer que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables »⁵⁷. Il s'ensuit qu'à l'étape de l'autorisation, le demandeur ne doit démontrer qu'une « cause défendable » à la lumière des allégations de faits

(pourvu qu'elles soient appuyées « d'une certaine preuve ») afin de satisfaire au critère de l'article 575(2) C.p.c.⁵⁸. Par ailleurs, le demandeur qui ne dispose pas d'un lien de droit contre *chacune* des parties intimées peut néanmoins intenter sa poursuite contre l'ensemble de celles-ci puisque, malgré l'article 85 C.p.c. qui exige un « intérêt suffisant », l'article 575 C.p.c. confère « au tribunal le pouvoir de décider si le représentant proposé pourrait assurer une représentation adéquate des membres du groupe à l'égard des défendeurs contre lesquels il n'aurait pas en d'autres circonstances le statut pour poursuivre »⁵⁹. De plus, le critère de l'article 575(1⁰) C.p.c. ne requiert que la « présence d'une seule question de droit ou de fait identique similaire ou connexe » sauf si « cette question ne joue qu'un rôle négligeable quant au sort du recours »⁶⁰. En ce qui a trait au caractère adéquat du représentant, celui-ci ne doit jouir que d'un intérêt à poursuivre, une compétence suffisante et une absence de conflit avec les membres du groupe⁶¹. Sur ce dernier point, « [m]ême lorsqu'un conflit d'intérêts peut être démontré, le tribunal devrait hésiter à prendre la mesure draconienne de refuser l'autorisation »⁶². En effet, comme « l'étape de l'autorisation vise uniquement à écarter les demandes frivoles, il s'ensuit que l'al. [575(4) C.p.c.] ne peut avoir pour conséquence de refuser l'autorisation en présence d'une simple possibilité de conflit »⁶³. La trilogie de la Cour suprême semblait ainsi avoir sonné le glas de toute reconsidération sérieuse de l'action collective québécoise.

L'unanimité de la Cour suprême n'a cependant été que de courte durée.

C. L'arrêt *Oratoire* de la Cour suprême du Canada brouille les cartes

Dans l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*⁶⁴, la Cour suprême est divisée sur la question de l'autorisation d'une action collective contre l'Oratoire. Alors que les juges majoritaires – tous provenant de provinces de *common law* – sont d'avis que les allégations de faits et les éléments de preuve sont suffisants pour démontrer une cause défendable contre cet intimé, le juge en chef Wagner, ainsi que les juges Gascon, Rowe et Côté, sont de l'avis contraire. Plus qu'une simple dispute entourant l'application de principes jurisprudentiels bien établis, il s'agit d'une mésentente quant à la nature et l'étendue du processus d'autorisation, surtout en ce qui concerne le critère de l'article 575(2⁰) C.p.c. Ceci se dégage du raisonnement des juges Wagner, Gascon et Rowe, qui écrivent :

[185] Comme notre Cour le souligne dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, [EYB 2009-164625](#), la loi constitue la source première de la procédure civile du Québec, et l'action collective n'y fait pas exception : par. 18. Aux termes de l'art. 575(2) C.p.c., tout demandeur est tenu d'alléguer des faits qui paraissent justifier les conclusions recherchées. Lorsque cette condition n'est pas remplie, l'exercice d'une action collective doit être refusé. **Autoriser l'action collective projetée contre l'Oratoire sur la foi des allégations formulées dans la demande de J.J. et des pièces limitées qu'il présente à cet égard réduirait à bien peu le seuil minimal dont fait état notre Cour dans les arrêts *Infineon* et *Vivendi*, au point de rendre futile la condition prévue à l'art. 575(2) C.p.c.** L'obligation d'avancer davantage que des allégations vagues, générales ou imprécises demeure, et elle doit conserver tout son sens et sa portée.

[186] À ce chapitre, J.J. invoque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673, [EYB 2017-286339](#), et plaide qu'il faut non pas faire preuve d'un littéralisme injustifié mais plutôt « lire entre les lignes » de sa demande : par. 33 (CanLII). Les passages de l'arrêt *Asselin* sur lesquels s'appuie J.J. n'ont pas le sens qu'il souhaite leur donner. **Si, aux termes des arrêts *Infineon* et *Vivendi*, il faut interpréter et appliquer avec largesse les conditions d'autorisation, dont celle relative au caractère suffisant des faits allégués — lesquels sont tenus pour avérés — des allégations qui ne restent que vagues, générales et imprécises ne permettent pas aux juges de présumer l'existence de ce qui ne s'y trouve pas, pas plus que d'inférer ce qui aurait pu y avoir été écrit.** (notre emphase)

Dans l'arrêt *Oratoire*, la juge Côté exprime une opinion dissidente tout aussi musclée lorsqu'elle note ce qui suit :

[211] De plus, des allégations vagues, générales ou imprécises — tout comme de simples énoncés de nature juridique, des opinions ou des hypothèses — ne peuvent suffire à démontrer l'existence d'une « cause défendable » (*Infineon*, par. 67 et 127 ; *Bell Mobilité*, par. 37 et 38 ; Finn, *Class Actions in Québec: Notes for Non-Residents*, p. 21). Comme l'a dit la Cour dans *Infineon*, « de simples affirmations sont insuffisantes sans quelque forme d'assise factuelle » (par. 134). **Il est vrai que la preuve présentée à l'étape de l'autorisation peut parfois suppléer au manque de précision des faits allégués, mais aucune preuve ne peut remédier à l'absence d'allégations factuelles spécifiques quant à un élément essentiel de la cause d'action. À cet égard, je suis en désaccord avec mon collègue le juge Brown dans la mesure où ses motifs laissent entendre que la preuve présentée pourrait en elle-même démontrer l'existence d'une cause défendable, et ce, alors que la demande d'autorisation ne contient que des allégations des plus vagues, générales et imprécises.** Selon les termes mêmes de l'art. 575(2) C.p.c., l'autorisation doit reposer sur les « faits allégués ». Le demandeur ne peut donc se contenter de formuler des affirmations génériques telles que « le défendeur a commis une faute ayant causé un préjudice », de présenter quelques éléments de preuve et de laisser au juge la tâche de fouiller lui-même dans cette preuve afin d'y trouver les éléments nécessaires démontrant l'existence d'une cause défendable.

[212] **Qui plus est, le juge d'autorisation ne devrait pas s'appuyer sur de simples conjectures pour combler les lacunes d'une demande mal ficelée.** Je suis d'accord avec mon collègue le juge Gascon pour dire que des allégations vagues, générales ou imprécises « ne permettent pas aux juges de présumer l'existence de ce qui ne s'y

trouve pas, pas plus que d'inférer ce qui aurait pu y avoir été écrit » (par. 186). À mon avis, il n'appartient pas au juge d'autorisation de « lire entre les lignes » de la procédure, pour reprendre la formule de la juge Bich dans *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673, [EYB 2017-286339](#), par. 33 (CanLII). **Sans conteste, le juge doit éviter de faire une lecture excessivement rigoureuse et littérale de la demande, mais il doit néanmoins s'en tenir aux faits qui y sont effectivement allégués, sans chercher à les compléter** (voir Finn, *Class Actions in Québec: Notes for Non-Residents*, p. 86 ; voir aussi *Sofio*, par. 25). En faisant ce commentaire, il va de soi que je n'exprime aucune opinion sur le bien-fondé de la décision *Asselin*, laquelle fait encore l'objet d'une demande d'autorisation d'appel devant notre Cour. (notre emphase ; soulignements dans l'original)

En résumé, le juge d'autorisation peut-il inférer un syllogisme viable à partir d'allégations et d'éléments de preuve minimalistes ? Devrait-il combler les lacunes de la demande d'autorisation sur la base de déductions logiques et/ou juridiques ? En répondant à ces questions de façon différente, les juges majoritaires et minoritaires soulignent un écart conceptuel portant sur le filtrage qui est la raison d'être du processus d'autorisation. Bref, comment ce filtrage devrait-il être effectué ?

D. L'arrêt commenté représente-t-il un point de rupture ?

Tout comme l'arrêt *Oratoire*, l'arrêt commenté fait également ressortir une divergence au sein du plus haut tribunal du pays. Alors que la majorité et la minorité (outre l'honorable Côté) ne sont pas composées des mêmes juges, les fissures qui les divisent sont aussi marquantes. Encore une fois, c'est le processus de filtrage et l'appréciation des critères d'autorisation qui posent un problème. Selon le juge Kasirer, écrivant pour la majorité, ce problème en est un de principe et non d'application :

[25] *Quatrième remarque préliminaire* : **bien que ma collègue la juge Côté écrive qu'il « n'est pas question ici de remettre en cause l'approche souple et libérale à l'autorisation mandatée par les arrêts de cette Cour dans *Infineon*, *Vivendi* et ceux qui les ont suivis » (par. 199), j'estime respectueusement que ce serait bien la conséquence inéluctable de ce qu'elle propose dans ses motifs. On pourrait croire que son analyse s'écarte des enseignements de notre Cour sur l'approche préconisée à l'étape de l'autorisation sur au moins deux points.** Premièrement, elle suggère que la fonction du tribunal n'est pas simplement de filtrer les demandes frivoles, contredisant ainsi les enseignements de la Cour dans les arrêts *Infineon* et *Oratoire*. Deuxièmement, en faisant abstraction de la question commune soulevée par ce dossier et en insistant sur le fait que « [l']analyse individualisée exigée par le recours éclipse la possibilité de procéder sur une base collective » (motifs de la juge Côté, par. 247), elle semble ajouter un critère de prépondérance des questions communes par rapport aux questions individuelles dans l'analyse de la condition énoncée à l'al. 1003a) de l'ancien C.p.c. Or, le droit québécois n'exige que la présence d'une question commune qui puisse faire avancer le recours de manière non négligeable. À mon humble avis, ces affirmations auraient l'effet d'affaiblir l'approche généreuse et flexible adoptée par notre Cour dans les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire*.

[26] Je prends bonne note que les parties n'ont pas demandé à notre Cour de réexaminer sa jurisprudence. En effet, les appelantes concèdent à l'audience que cet appel devant la Cour n'a pas de vocation à changer le droit ; il serait un pourvoi où la Cour n'aurait pour fonction que la simple « correction d'erreurs » qui auraient été commises par la Cour d'appel. Je partage l'avis des appelantes sur ce point et je dirais même plus : **non seulement cette affaire ne donne pas lieu à changer le droit, la Cour d'appel a parfaitement respecté le cadre d'analyse fixé dans les arrêts *Infineon* et *Vivendi* et, même si l'arrêt *Oratoire* a été rendu par la suite de son arrêt, son raisonnement est aussi conforme aux principaux enseignements de notre Cour dans ce dossier qui, jusqu'à nouvel ordre, dit le droit.**

[27] Je propose donc de m'en tenir à l'état actuel du droit suivant les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire*. Comme nous le savons, l'autorisation d'un recours collectif au Québec nécessite l'atteinte d'un seuil peu élevé. Une fois les quatre conditions énoncées à l'art. 1003 de l'ancien C.p.c. (maintenant l'art. 575 du nouveau C.p.c.) satisfaites, la juge d'autorisation *doit* autoriser le recours collectif ; elle ne bénéficie d'aucune discrétion résiduelle lui permettant de refuser l'autorisation au prétexte que, malgré l'atteinte de ces quatre conditions, le recours ne serait pas le véhicule « le plus adéquat » (voir *Vivendi*, par. 67). Les questions de droit peuvent être résolues par un ou une juge d'autorisation lorsque le sort de l'action projetée en dépend, mais ce choix relève généralement de la discrétion du tribunal (voir *Oratoire*, par. 55). Ceci témoigne de la vocation de l'étape de l'autorisation du recours collectif : exercer une fonction de filtrage pour écarter les demandes frivoles, sans plus (voir *Oratoire*, par. 56, citant notamment *Infineon*, par. 61, 125 et 150). Enfin, il n'y a aucune exigence au Québec que les questions communes soient prépondérantes par rapport aux questions individuelles (voir *Vivendi*, par. 56-57). Au contraire, une seule question commune suffit si elle fait progresser le litige de façon non négligeable. Il n'est pas nécessaire que celle-ci soit déterminante pour le sort du litige (voir *Vivendi*, par. 58 ; *Oratoire*, par. 15).

[28] **En tout respect, j'estime donc que les désaccords entre ma collègue et moi ne concernent pas des simples questions « d'application » de principes bien établis** (motifs de la juge Côté, par. 200). (notre emphase)

La juge Côté, écrivant pour une minorité de trois, n'est pas d'avis qu'il y aurait une divergence entre elle et le juge Kasirer au niveau des principes juridiques applicables, mais prône néanmoins une approche plus rigoureuse que celle préconisée par

ce dernier :

[199] **Ce pourvoi soulève, selon moi, des questions d'application plutôt que des questions de principe.** Il n'est pas question ici de remettre en cause l'approche souple et libérale à l'autorisation établie par les arrêts de cette Cour dans *Infinion*, *Vivendi* et ceux qui les ont suivis. **Cependant, il faut déterminer si, et à quel point, cette approche souple et libérale permet qu'une cour — de première instance ou d'appel — saisie d'une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif lise « entre les lignes » de la requête afin de conclure que les conditions prévues à l'art. 1003 C.p.c. (maintenant l'art. 575) sont respectées.**

[200] Mon collègue le juge Kasirer n'est pas d'accord. Je conviens avec lui qu'une lecture indûment sévère des conditions d'autorisation n'est pas conforme à l'état du droit québécois. Nos divergences d'opinion semblent plutôt porter sur ce qui constitue un traitement « sévère » de la requête pour autorisation. **Tout en acceptant que les requêtes pour autorisation d'exercer un recours collectif doivent être abordées avec souplesse, la jurisprudence, dans son état actuel, ne permet pas au juge d'autorisation de « deviner » le fondement de la cause d'action.** Statuer ainsi ne constitue pas une lecture indûment sévère de la requête mais correspond plutôt à la volonté clairement exprimée du législateur que chacune des conditions énoncées à l'art. 1003 C.p.c. soit satisfaite. (notre emphase)

Un peu plus loin dans ses motifs, la juge Côté ajoute ce qui suit :

[202] **Les objectifs visés par le recours collectif, tout aussi louables qu'ils soient, ne peuvent cependant être atteints que si une procédure rigoureuse est suivie pour encadrer l'autorisation du recours.** On ne saurait fermer les yeux devant le fait que le recours collectif constitue un véhicule procédural lourd qui représente une démarche énorme pour tous les acteurs concernés, y compris les tribunaux. **Le recours collectif ne peut atteindre ses objectifs que si les tribunaux donnent sens et substance au texte du législateur, dans le respect de leur rôle institutionnel.** (notre emphase)

Compte tenu des fortes dissidences exprimées dans l'arrêt *Oratoire* et la décision commentée, il n'est désormais plus possible de parler d'un consensus judiciaire quant à l'application des critères d'autorisation de l'article 575 C.p.c. Certes, ce ne serait pas la première fois qu'une différence d'opinions existe à ce sujet. Dans l'arrêt *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, par exemple, le rôle de la proportionnalité a donné lieu à un vif débat. Dans un *obiter*, la majorité, sous la plume du juge LeBel, y voyait un principe visant à faire respecter « la bonne foi » et « l'équilibre entre les plaideurs » afin d'éviter « une utilisation abusive du service public que forment les institutions de la justice civile »⁶⁵. Les tribunaux devraient ainsi « se garder de [priver la proportionnalité], dès le départ, de toute valeur comme source du pouvoir d'intervention des tribunaux dans la gestion des procès. Dans cette perspective, la présence du principe de la proportionnalité jette des doutes graves sur l'à-propos d'engager des recours collectifs aux fins visées par les procédures des appelants »⁶⁶. Dans une dissidence étoffée, la minorité, sous la plume de la juge Deschamps, dit ne pas accepter « l'argument selon lequel l'art. [18 C.p.c.] a pour effet d'importer dans le droit québécois l'exigence que l'on trouve dans les lois d'autres provinces canadiennes. Un bref survol de ces lois révèle que, dans les provinces où le juge dispose du pouvoir de refuser de certifier un recours au motif qu'il n'est pas la voie la plus appropriée, la loi le précise »⁶⁷. Quelques années plus tard, cependant, ce débat a été tranché succinctement par l'arrêt *Vivendi*, dans lequel le juge LeBel énonce que « dans la mesure où les quatre critères énoncés à l'art. [575] C.p.c. sont exhaustifs, et nous sommes d'avis qu'ils le sont, le principe de la proportionnalité doit alors être considéré dans l'appréciation de chacun de ces critères. La proportionnalité du recours collectif ne constitue pas un cinquième critère indépendant »⁶⁸.

Est-ce que le présent désaccord connaîtra un aussi succinct dénouement ou sommes-nous en présence d'un écart plus sérieux ? Les propos du juge Kasirer, pour le moins, suggèrent un point de rupture.

E. Quelques pistes de solution qui s'offrent au législateur

Advenant que ce point de rupture existe, l'issue la plus évidente serait une intervention de la part du législateur. Celui-ci serait libre de choisir parmi quatre options possibles : 1) alléger l'étape de l'autorisation ; 2) la supprimer complètement ; 3) intégrer l'autorisation à l'instance ; ou 4) amplifier et renforcer les critères de l'article 575 C.p.c.

1. Alléger l'étape de l'autorisation

S'il désirait alléger le processus d'autorisation, le législateur pourrait modifier les articles 574 et 575 C.p.c. en :

- interdisant aux parties intimées de produire une preuve appropriée en vertu de l'article 574 *in fine* C.p.c. ;
- codifiant la jurisprudence voulant que les questions identiques, similaires ou connexes de l'article 575(1) C.p.c. ne doivent pas prédominer sur les questions individuelles et qu'une seule question de fait ou de droit est suffisante si elle n'est pas négligeable quant au sort du litige ; et
- élaguant l'article 575(2) C.p.c. pour éviter ainsi l'appréciation forcément subjective des allégations de faits et des éléments de preuve versés au dossier.

Alors que de telles modifications simplifieraient l'autorisation, elles feraient du Québec une juridiction d'exception et un for de choix pour les actions collectives qui mèneraient à l'institution de procédures discutables à leur face même. Ceci irait à l'encontre d'un des enseignements principaux qui se dégagent de l'arrêt *Infiniteon* : que « des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables »⁶⁹. Ainsi, en allégeant cette procédure préalable, on viendrait alourdir le fond en encombrant l'appareil judiciaire avec des réclamations douteuses.

2. Supprimer l'étape de l'autorisation complètement

Le législateur pourrait décider d'aller encore plus loin en supprimant l'étape de l'autorisation complètement. Comme les critères de l'article 575 C.p.c. sont à la fois moins exigeants que ceux des autres juridictions canadiennes et ont, de plus, été atténués par la jurisprudence, certains remettent en question leur pertinence. Dans des motifs concourants auxquels souscrivent les juges Lévesque et Savard (maintenant juge en chef du Québec), la juge Bich avance ce point de vue en *obiter* dans l'arrêt *Charles c. Boiron Canada inc.*⁷⁰ :

[71] L'action collective (désormais régie par les art. 574 et s. du nouveau *Code de procédure civile*) n'est plus une institution procédurale nouvelle, elle a conquis ses galons, elle est connue et bien intégrée au processus judiciaire : a-t-on toujours besoin que la porte d'entrée soit verrouillée et doit-elle être déverrouillée au cas par cas, de cette manière ? Et, parlant de porte, le « seuil peu élevé » que décrit la Cour suprême, notamment dans l'arrêt *Infiniteon*, justifie-t-il que l'on consacre autant d'efforts et de ressources à cette pré-instance ? **S'il ne s'agit que d'écarter les actions manifestement mal fondées ou frivoles à leur lecture même, ne serait-il pas opportun de laisser la fonction au domaine ordinaire de l'irrecevabilité ou à celui de l'abus au sens des articles 51 et s. n.C.p.c.** (précédemment art. 54 et s. C.p.c.). (notre emphase)

Tout en évitant les débats portant sur les demandes pour preuve appropriée et sur l'autorisation, cette approche s'avère doublement problématique. Dans un premier temps, toutes économies réalisées à l'étape préalable risqueraient simplement d'être déplacées au fond où les ressources judiciaires sont à la fois précieuses et limitées. Dans un second temps, cela permettrait à des personnes d'intenter des litiges importants alors qu'elles ne jouissent ni d'un mandat ni même d'une approbation, ne serait-ce que *prima facie*, de la part du tribunal. Encore une fois – et à plus forte raison – l'amputation des articles 571 à 578 C.p.c. ferait du Québec une juridiction d'exception à l'échelle nord-américaine et un for de choix pour les actions collectives.

3. Intégrer l'autorisation à l'instance

Comme l'observe la juge Bich, « [j]'évoque plus haut la possibilité que le processus d'autorisation soit supprimé ou, mieux peut-être, intégré à l'instance elle-même »⁷¹. Une telle intégration rendrait le régime québécois plus similaire à ceux des autres provinces dont le processus de certification appartient au fond. Il n'est toutefois pas du tout clair que les actions collectives sont moins coûteuses et administrées plus efficacement en Ontario qu'elles ne le sont ici. Qui plus est, en intégrant l'autorisation à l'instance et en invitant possiblement une plus importante preuve à cette étape (comme c'est le cas ailleurs au pays), la règle jurisprudentielle du « premier qui dépose »⁷² perdrait peut-être de son lustre. Compte tenu du fait que l'action collective québécoise serait alors une action au fond et non simplement un recours potentiel⁷³, les membres du groupe devraient, en principe, avoir droit aux meilleurs services juridiques disponibles. Autrement dit, des débats entre différents avocats prospectifs du groupe (« *carriages motions* ») pourraient avoir lieu, ajoutant une autre couche de procédures et de coûts judiciaires au processus. Pourraient également avoir lieu des demandes en rejet sommaire d'action collective, des procédures qui sont jusqu'à maintenant étrangères au droit québécois.

4. Renforcer l'autorisation

Enfin, la juge Bich ajoute que « d'autres, avec lesquels on pourrait tout aussi bien être d'accord, suggèrent plutôt de [renforcer l'autorisation], pour lui donner le mordant qu'on lui a jusqu'ici refusé »⁷⁴. Ces propos rejoignent ceux de l'*obiter* de la juge Savard dans l'arrêt *Whirlpool Canada c. Gaudette* lorsqu'elle écrit « [c]ertains prônent la suppression de cette autorisation, d'autres, dont je suis, suggèrent plutôt de la renforcer. Mais dans l'attente de la révision de cette question [...] il faut s'assurer que l'action collective puisse jouer son véritable rôle et ne soit pas utilisée à des fins autres que celles pour lesquelles une telle voie procédurale existe »⁷⁵. Bien que la Cour suprême ait refusé de donner plus de mordant aux critères d'autorisation dans *Oratoire*⁷⁶, le législateur pourrait le faire en exigeant que :

- les questions identiques, similaires ou connexes de l'article 575(1^o) C.p.c. prédominent sur les questions individuelles (comme il est maintenant prévu au *Class Proceedings Act*, 1992 de l'Ontario) ;
- le demandeur démontre que l'action collective proposée est intentée de bonne foi et qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause comme le requiert l'article 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*⁷⁷. Ce nouveau critère viendrait remplacer le critère de la cause défendable de l'article 574(2^o) C.p.c. ;
- une action collective s'avère « supérieure » à tout autre moyen ; et
- le représentant soit typique des autres membres du groupe.

Des modifications de cette ampleur, qui rendraient l'autorisation plus onéreuse, seraient en harmonie avec la plus récente réforme procédurale ontarienne⁷⁸ et rapprocheraient le Québec de la Règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis.

Peu importe la réforme qu'il pourrait décider de mettre en oeuvre, le législateur devrait accompagner ses modifications de commentaires clairs quant aux objectifs qu'il vise. Ceci permettrait de guider l'interprétation jurisprudentielle qui en serait faite et d'éviter d'importantes divergences conceptuelles comme celles de la décision commentée. Bien que des débats rigoureux au sein de la Cour suprême du Canada puissent certes faire avancer le droit, ils peuvent également rendre plus difficiles la fonction des tribunaux inférieurs, le travail des avocats (plus particulièrement au stade de l'autorisation) et la vie des justiciables, qui doivent être en mesure de bien comprendre leurs droits et la manière dont ils peuvent les exercer. Ces débats rigoureux sont d'autant plus désolants lorsqu'ils prennent la forme de longs jugements polyphoniques qui sont uniquement accessibles à un infime groupe de juristes spécialisés. Si point de rupture il y a, le législateur dispose de tous les pouvoirs – et pistes de solution – nécessaires pour procéder à la refonte de l'action collective, tracer le parcours de son évolution future et assurer l'heureuse réconciliation des opinions discordantes.

CONCLUSION

Dans une action collective, la partie demanderesse n'est pas tenue, contrairement à ce qui est requis dans le reste du pays, de démontrer que sa demande repose sur un fondement factuel suffisant. Il s'ensuit qu'exiger une preuve documentaire déterminante d'un défaut d'information serait excessivement onéreux à l'étape de l'autorisation puisque, même au fond, l'omission peut se prouver par tous les moyens, y compris le témoignage et l'inférence.

* M^e Shaun E. Finn, avocat et coresponsable de l'équipe stratégique en défense d'actions collectives du cabinet BCF, Avocats d'affaires, concentre sa pratique en litige commercial, principalement en défense d'actions collectives visant des entreprises, des institutions financières et des sociétés d'État. Il enseigne également en matière d'actions collectives à la Faculté de droit de l'Université McGill à titre de chargé de cours. Il tient à remercier M^e Audrée Anne Barry, avocate au sein du même cabinet, et Audréanne Côté, stagiaire en droit, pour leur précieuse collaboration à la rédaction du présent texte.

1. 2019 CSC 35, [EYB 2019-312410](#).

2. 2020 CSC 30, [EYB 2020-365389](#).

3. *Asselin c. Fiducie Desjardins inc.*, 2016 QCCS 839, [EYB 2016-262816](#), par. 60-63.

4. *Ibid.*, par. 2.

5. *Ibid.*, par. 3.

6. *Ibid.*, par. 65-70.

7. *Ibid.*, par. 91.

8. *Ibid.*, par. 142-146.

9. *Ibid.*, par. 161.

10. *Ibid.*, par. 199.

11. *Ibid.*, par. 175.

12. *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673, [EYB 2017-286339](#), par. 7.

13. *Ibid.*, par. 29.

14. *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2013] 3 RCS 600, [EYB 2013-228582](#) [*Infineon*].

15. *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, [2014] 1 RCS 3, [EYB 2014-231631](#) [*Vivendi*].

16. *Ibid.*, par. 34.

17. *Ibid.*, par. 35-45.

18. *Ibid.*, par. 51-52.

19. *Ibid.*, par. 81.

- [20.](#) *Ibid.*, par. 111.
- [21.](#) *Ibid.*, par. 98-100 et 103.
- [22.](#) *Ibid.*, par. 130-133.
- [23.](#) Par. 11 de la décision commentée.
- [24.](#) *Ibid.*, par. 15-16.
- [25.](#) *Ibid.*, par. 29 et 36.
- [26.](#) *Ibid.*, par. 32 et 38.
- [27.](#) *Ibid.*, par. 52.
- [28.](#) *Ibid.*, par. 27.
- [29.](#) *Ibid.*, par. 58.
- [30.](#) *Ibid.*, par. 60-62.
- [31.](#) *Ibid.*, par. 86.
- [32.](#) *Ibid.*, par. 85.
- [33.](#) *Ibid.*, par. 114.
- [34.](#) *Ibid.*, par. 116.
- [35.](#) *Ibid.*, par. 126.
- [36.](#) *Ibid.*, par. 138-140.
- [37.](#) *Ibid.*, par. 150-151 et 156.
- [38.](#) *Ibid.*, par. 199.
- [39.](#) *Ibid.*, par. 200.
- [40.](#) *Ibid.*, par. 206.
- [41.](#) *Ibid.*, par. 214.
- [42.](#) *Ibid.*, par. 217 et 221.
- [43.](#) *Ibid.*, par. 239 et 242.
- [44.](#) *Ibid.*, par. 236 et 239.
- [45.](#) *Ibid.*, par. 269.
- [46.](#) *Ibid.*, par. 299.
- [47.](#) *Ibid.*, par. 302.
- [48.](#) 1990 CanLII 3338, [EYB 1990-63507](#) (QC CA).
- [49.](#) 1990 CanLII 2808, [EYB 1990-59580](#) (QC CA).
- [50.](#) 1990 CanLII 2903, [EYB 1990-57403](#) (QC CA).
- [51.](#) 1990 CanLII 2808, [EYB 1990-59580](#) (QC CA), par. 65.
- [52.](#) 2005 QCCA 437, [EYB 2005-89683](#) (CanLII), par. 38.
- [53.](#) *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, [EYB 2006-110653](#) ; *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, [EYB 2008-130376](#).

- [54.](#) Précité, note 14.
- [55.](#) Précité, note 15.
- [56.](#) [2014] 2 RCS 725, [EYB 2014-242090](#) [*Banque de Montréal*].
- [57.](#) *Infineon*, par. 61.
- [58.](#) *Infineon*, par. 134.
- [59.](#) *Banque de Montréal*, par. 43.
- [60.](#) *Vivendi*, par. 58.
- [61.](#) *Infineon*, par. 149.
- [62.](#) *Ibid.*, par. 150.
- [63.](#) *Ibid.*
- [64.](#) 2019 CSC 35, [EYB 2019-312410](#).
- [65.](#) [2009] 3 RCS 65, [EYB 2009-164625](#), par. 43 [*Marcotte*].
- [66.](#) *Ibid.*
- [67.](#) *Marcotte*, par. 77.
- [68.](#) *Vivendi*, par. 66.
- [69.](#) *Infineon*, par. 61.
- [70.](#) 2016 QCCA 1716, [EYB 2016-271842](#).
- [71.](#) *Ibid.*, par. 74.
- [72.](#) *Hotte c. Servier Canada inc.*, 1999 CanLII 13363, [REJB 1999-14507](#) (QC CA) ; *Schmidt c. Johnson & Johnson inc.*, 2012 QCCA 2132, [EYB 2012-214805](#), par. 26 (demande d'autorisation d'en appeler devant la Cour suprême rejetée, *Johnson & Johnson inc. c. Alan Dick*, 2016 CanLII 60509 (CSC)).
- [73.](#) *Thompson c. Masson*, 1992 CanLII 3662, [REJB 1992-59464](#) (QC CA).
- [74.](#) *Charles*, par. 74.
- [75.](#) 2018 QCCA 1206, [EYB 2018-296790](#), par. 29 (demande d'autorisation d'en appeler devant la Cour suprême rejetée, *Whirlpool Canada LP c. Sylvain Gaudette*, 2019 CanLII 73200 (CSC)).
- [76.](#) *Oratoire*, par. 62.
- [77.](#) RLRQ, c. V-1.1.
- [78.](#) Bill 161, *Smarter and Stronger Justice Act*, 2020. Ce projet de loi est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2020.

Date de dépôt : 22 mars 2021

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.

André Ryan, IAS.A

Associé, avocat



T. 514 397-6931
C. 514 294-6931
andre.ryan@bcf.ca

Formation

- IAS, Programme de perfectionnement des administrateurs (2019)
- D.E.P. Rotman School of Management-McGill Executive Institute (2018)
- Barreau du Québec (1994)
- LL.B. Université de Montréal (1993)
- B.Sc. Université de Montréal (1990)

MONTREAL

—
1100, boul. René-Lévesque O.
25^e étage
Montréal (Québec) H3B 5C9
T. 514 397-8500
F. 514 397-8515

Profil

Éminent avocat dont la renommée dépasse les frontières du Québec et du Canada, André Ryan est associé au sein du groupe Litige et du groupe Gouvernance de BCF. Avocat de droit commercial, André dispense aujourd'hui des conseils stratégiques en matière de litige commercial, de gouvernance d'entreprises, de relations avec les médias, de gestion de crise et de négociations de contrats et de partenariats à l'échelle nationale et internationale. Il conseille régulièrement des conseils d'administration de sociétés publiques, d'entreprises privées et de sociétés gouvernementales.

Formé comme avocat de litige, André a développé une expertise unique en représentation de parties devant les commissions d'enquête, en défense d'actions collectives et en conflits d'actionnaires. Il agit devant les tribunaux de droit commun de même qu'en arbitrage et en médiation. Il coordonne ou participe à des enquêtes internes. Il est aussi médiateur accrédité en matières commerciales. Grâce à son expérience et ses nombreux contacts à l'international, il conseille plusieurs entreprises étrangères désirant s'installer au Québec, notamment en matière d'autorisation d'investissements étrangers, de même que des entreprises d'ici souhaitant prendre de l'expansion à travers le monde.

De 2013 à 2015, André a assumé la présidence mondiale du réseau Meritas, un regroupement de plus de 7 500 avocats répartis dans 95 pays, ce qui l'a amené à faire plusieurs présentations sur la pratique du droit à l'ère de la mondialisation en Asie, en Europe, en Amérique latine et en Amérique du Nord. En 2017, il a été nommé *Fellow* de l'American College of Trial Lawyers, un prestigieux titre réservé à moins de 1 % des avocats. Membre du conseil d'administration du cabinet, André était l'associé responsable du groupe Litige de BCF de 2013 à 2020. André est co-responsable de l'équipe stratégique de défense des actions collectives du cabinet. Il préside également le conseil d'administration du quotidien *Le Devoir* depuis 2017.

Expertises

- Litige civil et commercial
- Éthique, gouvernance et anticorruption
- Défense d'actions collectives
- Gestion de crise et réputation
- Accords commerciaux internationaux
- Investissements et développements étrangers

Industries

- Institutions financières
- Manufacturier, logistique et transport
- Sciences de la vie et soins de santé
- Technologies de l'information et télécommunications
- Divertissement, sports et médias

André Ryan, IAS.A

Associé, avocat

Reconnaisances

- *Benchmark Litigation Canada* (2021)
 - Litigation Star
- *Best Lawyers* (2020-2022)
 - Résolution alternative de conflits
 - Litige en actions collectives
 - Gouvernance d'entreprise
 - Litige corporatif et commercial
- *Canadian Legal Expert* (2019-2021)
 - Litige commercial
- *Chambers Canada, Québec* (2018)
 - Litige commercial
- *American College of Trial Lawyers* (2017)
 - Nommé « Fellow »

Affiliations professionnelles

- Institut des administrateurs de sociétés, administrateur accrédité IAS.A (2019)
- Fellow de l'*American College of Trial Lawyers* (2017)
- Président du conseil d'administration, Le Devoir (2017-), membre du comité exécutif (2014 -), membre du conseil et du comité d'audit (2012-2017)
- Président du comité d'audit BCF (2017-), membre du conseil (2016-), secrétaire du conseil (2002 à 2006)
- Chairman mondial de Meritas (2013 à 2015), Vice-Chairman mondial de Meritas, responsable de l'assurance qualité et de la conformité (2011 à 2013) et membre du conseil (2004 à 2007)
- Association du Barreau canadien (1994)
- International Bar Association (2004)

Mandats représentatifs

- Action collective – Lac Mégantic, en défense pour une des parties visées;
- Action collective contre Bausch Health (Valeant Pharmaceuticals), en défense pour l'une des parties;
- Commission d'enquête sur la nomination de juges du Québec (Bastarache);
- Commission sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction (Charbonneau);
- Commission Grenier sur les dépenses référendaires;
- Commission d'enquête concernant les allégations au sujet des transactions financières et commerciales entre Karlheinz Schreiber et le très honorable Brian Mulroney (Oliphant);
- A représenté Ciments McInnis dans un litige l'opposant à Lafarge Inc., le Centre québécois du droit de l'environnement et Environnement Vert-Plus inc., lesquels cherchaient à faire annuler le certificat d'autorisation du ministre de l'Environnement pour la construction de la nouvelle cimenterie McInnis.

Conférences

- « La Gestion de crise : guide de survie du conseiller juridique, L'image à consolider ou à refaire une fois la tempête passée : quel est le travail du conseiller juridique? », Insight, 2012;
- « Sharpening your skills – Current Challenges and Opportunities in Conducting Business in the Americas », (en collaboration avec Kenneth S. Atlas, Charles Spector, Kristina Unsworth et Daniel J. Paul), CCCA 2012 Word Summit and Spring Conference, 2012;
- « La gestion de crise en entreprise : l'ABC de la relation avec les médias » (en collaboration avec Isabelle Perras), Association of Corporate Counsel, 2010;
- « Gestion de crise : comment concilier la protection du public et les intérêts de son client? », Congrès du Barreau du Québec, 2010.

Publications

- « Québec class actions/Actions collectives au Québec », co-auteur avec M^e Shaun Finn. Lexis Nexis, 2020
- « The Quebec Class Action: A Roadmap » (auteur collaborateur), LexisNexis, 2016;
- « Your Gateway to the European Union », Équipe stratégique Internationale de BCF, 2015;
- « Gestion de crise : comment concilier la protection du public et les intérêts de son client? » (en collaboration Mélanie Joly), Ouvrage publié dans le cadre du Congrès 2010 du Barreau du Québec;
- « Gestion des litiges et mécanismes de résolutions de conflits » (ouvrage collectif visant les PME du secteur des technologies de l'information), Le Guide des aspects juridiques pour les PME en technologies de l'information, Montréal, Réseau Inter-Logique.

Shaun E. Finn

Associé, avocat



T. 514 397-6899
C. 514 229-9373
shaun.finn@bcf.ca

Formation

- Barreau du Québec (2004)
- LL.M. (avec mémoire), Université Laval (2011)
- B.C.L., LL.B., Université McGill (2002)
- M.A., Études anglaises (avec thèse), Université de Montréal (2001)
- Diplôme d'études supérieures spécialisées en journalisme, Université Concordia (1998)
- B.A., Société et culture occidentales, Collège d'études humanistes, Université Concordia (1997)

MONTREAL

—
1100, boul. René-Lévesque O.
25^e étage
Montréal (Québec) H3B 5C9
T. 514 397-8500
F. 514 397-8515

Profil

Shaun E. Finn est coresponsable du groupe Défense d'actions collectives de BCF et un associé du service montréalais du litige. Sa pratique comprend des dossiers complexes en litige commercial et en actions collectives.

Après avoir été stagiaire et auxiliaire juridique à la Cour d'appel du Québec (Hon. Louise Mailhot), Shaun a plaidé au Tribunal administratif du Québec, à la Cour municipale, au Tribunal canadien du commerce extérieur, au tribunal d'arbitrage de l'ALÉNA, à la Cour supérieure du Québec et à la Cour d'appel du Québec.

Dans le cadre de son travail en actions collectives, Shaun a représenté des sociétés et institutions défenderesses dans les secteurs de la responsabilité de produits, des sinistres collectifs, de la protection des consommateurs, du respect de la vie privée et des valeurs mobilières, entre autres. Shaun a été cité par divers tribunaux, dont la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel du Québec, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et la Cour supérieure du Québec. Il a par ailleurs été interviewé par *Le Devoir*, *Law Times*, *Investment Executive*, *National* et *Droit Inc.* pour faire valoir son point de vue sur les tendances en matière d'actions collectives. En 2021, Shaun s'est vu décerner le titre prestigieux de « Fellow » du Litigation Counsel of America. Il a également été reconnu par ses pairs pour inclusion dans les répertoires Canadian Legal Lexpert (Actions collectives) et Best Lawyers in Canada (Litige corporatif et commercial ainsi que Litige en actions collectives).

Shaun a écrit plusieurs ouvrages portant sur les actions collectives, notamment : (1) [Québec Class – Actions – collectives au Québec : Jurisprudence, Directives, Notes, & Illustrations](#) (avec André Ryan, Montréal : LexisNexis, 2020); (2) [Privacy and Data Protection Class Actions in Canada: A Practical Guidebook](#) (avec Danielle Miller Olofsson, Montréal : Thomson Reuters, 2020); (3) [Class Actions in Québec: Notes for Non-Residents](#), 2nd Edition (Montréal : Thomson Reuters, 2018); et (4) [L'action collective au Québec](#) (Montréal : Yvon Blais, 2016). Shaun est l'éditeur et un auteur collaborateur des livres [The Quebec Class Action: A Roadmap](#) (Toronto, LexisNexis, 2021) et [Manuel de l'action collective](#) (Montréal, LexisNexis, 2021), deux guides faciles à utiliser conçus pour les gens d'affaires et les conseillers juridiques en entreprise. Il est aussi l'éditeur en chef du BCF Class Action NetLetter, un bulletin électronique mensuel publié par LexisNexis.

Expertises

- Défense d'actions collectives
- Litige civil et commercial
- Gestion de crise et réputation

Industries

- Sciences de la vie et soins de santé
- Technologies de l'information et télécommunications
- Manufacturiers, logistique et transport

Shaun E. Finn

Associé, avocat

Reconnaisances

- *Litigation Counsel of America* (2021)
 - Nommé « Fellow »
- *Canadian Legal Lexpert* : Édition spéciale (2021)
 - Sciences de la santé
- *Canadian Legal Lexpert* (2021)
 - Action collective
- *Best Lawyers* (2020-2022)
 - Litige en actions collectives
 - Litige corporatif et commercial
- *Revue canadienne des recours collectifs* (2005)
 - Prix du meilleur essai Harvey T. Strosberg et récipiendaire d'une bourse

Affiliations professionnelles

- Fellow du Litigation Counsel of America
- Association du Barreau canadien
- Réseau international des cabinets Meritas

Mandats représentatifs

- Représente une compagnie de transport publique poursuivie en action collective
- Représente un ex-dirigeant et administrateur dans le cadre d'une action statutaire et civile en matière de valeurs mobilières visant le marché secondaire;
- Représente des constructeurs automobiles majeurs dans le cadre d'une action collective fondée sur la *Loi sur la concurrence*;
- Représente une société pétrolière et gazière dans le contexte d'une procédure d'arbitrage intentée en vertu de l'ALÉNA;
- Représente des fabricants de produits médicaux dans le cadre d'actions collectives multi-juridictionnelles;
- A représenté un ex-dirigeant et administrateur dans le cadre d'une action collective multi-juridictionnelle en matière de valeurs mobilières;
- A représenté une société d'État dans le cadre d'une action collective visant des services de transport en commun;
- A représenté la plus grande entreprise d'appareils électroniques au monde dans plusieurs dossiers d'action collective, et ce, à toutes les étapes procédurales;
- A représenté une société d'État, tant à l'étape d'autorisation qu'en appel, d'une action collective de 2,4 milliards de dollars;
- A conseillé un fabricant de pesticides multinational dans le cadre d'un litige fondé sur la responsabilité du produit;
- A représenté un fabricant de wagons-citernes dans le cadre d'une action collective intentée à la suite du désastre ferroviaire de Lac-Mégantic.

Implications

- Coresponsable du groupe de pratique en Litige délictuel et Défense d'action collective du réseau international des cabinets Meritas (en cours)
- Chargé de cours sur les actions collectives à la Faculté de droit de l'Université McGill (en cours)
- Conférencier invité aux HEC Montréal ainsi qu'à la Faculté de droit de l'Université de Montréal (en cours)
- Chargé de cours sur le litige en matière de valeurs mobilières et le litige commercial à la Faculté de droit de l'Université McGill (2018-2019)

Conférences

Shaun a activement participé à de nombreuses conférences, symposiums et panels de discussions en matière d'actions collectives, notamment :

- A participé à une présentation sur les actions collectives en matière de vie privée, 30 octobre 2020 (avec l'honorable Nicole Duval Hesler, ancienne juge en chef du Québec et Me Danielle Miller Olofsson, modéré par Me Simon V. Potter, Ad. E.);
- A agi comme modérateur d'un panel sur le recouvrement individuel et collectif dans le cadre du Colloque national sur les actions collectives, Montréal, 21-22 octobre 2020 (avec Mes Karine Karine Chênevert, Joséane Chrétien, Gabrielle Gagné et Marie-Anaïs Sauvé);
- A agi comme modérateur d'un panel sur les dommages punitifs dans le cadre du Colloque national sur les recours collectifs, Montréal, 20-

Shaun E. Finn

Associé, avocat

- 21 octobre 2020 (avec Mes Bradley J. Hamburger and Ms. Anne Merminod);
- A agi comme modérateur d'un panel sur les actions collectives en valeurs mobilières dans le cadre du Colloque national sur les actions collectives, Montréal, 22-23 mars 2018 (avec Maîtres Shawn K. Faguy, Samy Elnemr et Éric Préfontaine);
 - A donné une présentation à l'intention des juges de la Cour supérieure du Québec sur l'évolution des tendances en matière d'actions collectives donnée au Palais de justice de Montréal, le 9 mai 2017 (avec Me Mathieu Charest-Beaudry);
 - A participé à un groupe de discussion sur la loi en matière de protection de la vie privée lors du *14th National Symposium on Class Actions* tenu à Toronto, les 6 et 7 avril 2017 (avec Me Ted Charney);
 - A participé à une formation sur les développements récents en matière d'actions collectives au Colloque national sur les actions collectives tenu à Montréal les 23 et 24 mars 2017 (avec Me Mathieu Charest-Beaudry);
 - A donné une présentation sur la rédaction et la diffusion des avis d'actions collectives, événement de l'Association du Barreau canadien, Musée des beaux-arts de Montréal, le 23 novembre 2016;
 - A donné une présentation sur l'état des actions collectives lors du lancement de L'Action collective au Québec à la Cour d'appel du Québec, Montréal, le 17 octobre 2017 (avec l'honorable Nicole Duval Hesler, juge en chef du Québec et Me André Ryan);
 - A donné une présentation sur le recoupement entre les actions collectives et la stratégie d'affaires lors du lancement de *The Quebec Class Action: A Roadmap*, un guide simple d'utilisation pour les dirigeants et les juristes d'entreprise, Montréal, le 4 octobre 2016 (avec Caroline Beaudoin, Emmanuelle Demers, Annie Mathieu, Isabelle Landry, Marie-Christine Levasseur et André Ryan);
 - A participé à un groupe de discussion sur les arrêts de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs* et *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, événement de l'Association du Barreau canadien, Montréal, le 29 janvier 2014 (avec MM. Daniel Belleau, Maxim Nasr et Yves Martineau).

Publications

a) Livres

- *The Québec Class Action: A Roadmap, 2nd Edition* (Toronto : LexisNexis, 2021) (éditeur et auteur collaborateur);
- Manuel de l'action collective, 2^e édition (Montréal : LexisNexis Canada, 2021) (éditeur et auteur collaborateur);
- Québec Class – Actions – collectives au Québec : Jurisprudence, Directives, Notes, & Illustrations (Montréal : LexisNexis, 2020) (avec André Ryan);
- Privacy and Data Protection Class Actions in Canada: A Practical Guidebook (Montréal: Thomson Reuters, 2020) (avec Danielle Miller Olofsson);
- Class Actions in Québec: Notes for Non-Residents (Montréal: Thomson Reuters, 2018);
- Class Actions in Canada (Toronto: Emond, 2018) (auteur collaborateur);
- Code de procédure civil annoté 2014-2015, 2015-2016, 2016-2017, 2017-2018, 2018-2019, 2020-2021 et 2021-2022 (Montréal : LexisNexis 2018) (auteur collaborateur);
- Manuel de l'action collective (Montréal : LexisNexis, 2017) (éditeur et auteur collaborateur);

Shaun E. Finn

Associé, avocat

- *The Quebec Class Action: A Roadmap* (Toronto: LexisNexis, 2016) (éditeur et auteur collaborateur);
- L'action collective au Québec (Montreal : Yvon Blais, 2016);
- L'Expertise, LegisPratique (Montreal: LexisNexis, 2016) (auteur collaborateur);
- *Class Actions in Quebec: Notes for Non-Residents* (Montreal: Carswell, 2014);
- Recours singulier et collectif: Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière (Montreal : Yvon Blais, 2011);
- *Defending Class Actions in Canada*, 3rd ed. (Toronto: LexisNexis, 2011) (auteur collaborateur);
- *Defending Class Actions in Canada*, 2nd ed (Toronto: CCH, 2007) (auteur collaborateur)

b) Articles

- « Commentaire sur la décision Lamoureux c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) – Une action collective en matière de protection des renseignements personnels rejetée au fond en raison d'une absence de préjudice indemnisable », Repères, mai 2021, La référence.
- « Chronique – Revue d'un nouveau livre sur l'action collective : Libres propos sur la pratique de l'action collective de Pierre-Claude Lafond », Repères, avril 2021, La référence.
- « Chronique – Une analyse comparative du Projet de loi C-11 avec le Projet de loi 64 et de leur incidence possible sur les actions collectives », Repères, avril 2021, La référence.
- « Commentaire sur l'arrêt Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin – Un point de rupture en matière d'action collective au Québec », Repères, mars 2021, La référence.
- « Québec's New Judicial Culture and its Ramifications for Class Actions », *Class Action Defence Quarterly*, LexisNexis, Vol. 15, No. 2, décembre 2020, pp. 20-24.
- « Commentaire sur la décision Attar c. Fonds d'aide aux actions collectives – La rémunération du représentant du groupe en matière d'action collective », novembre 2020, La référence.
- « Commentaire sur l'arrêt Option consommateurs c. Infineon Technologies – L'art d'accommoder les restes: le sort du reliquat en matière de recouvrement collectif », Repères, juillet 2020, La référence.
- « Class Conflict in a Time of Plague: COVID-19 and the Class Actions to Which it is Giving Rise », *Emerging Areas of Practice Series – COVID-19 (Coronavirus)*, Thompson Reuters, juin 2020.
- « Commentaire sur la décision Imperial Tobacco c. Conseil québécois sur le tabac et la santé – La Cour d'appel précise les obligations d'avertissement et d'information imposés aux fabricants dans le cadre d'une action collective fondée sur la responsabilité civile et la *Loi sur la protection du consommateur* », Repères, avril 2020, La référence.
- « L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. JJ and the Growing Complexity of Québec's Authorization Criteria », *Canadian Class Action Review*, Irwin Law, Vol. 15, No. 2, mars 2020, pp. 87-115.
- « A Further Lowering of the Authorization Bar in Québec: L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J. », *Class Action Defence Quarterly*, LexisNexis, Vol. 14, No. 1, septembre 2019, pp. 1-7 (avec Audrée Anne Barry).
- « Commentaire sur la décision L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J. – La désolante complexification des critères d'autorisation », Repères, juillet 2019, La référence.
- « Commentaire sur la décision Marineau c. Bell Canada – Quelles sont les conséquences d'un constat de prescription à l'étape de

Shaun E. Finn

Associé, avocat

l'autorisation d'une action collective? », Repères, mai 2019, La référence.

- « Commentaire sur la décision Hazan c. Micron Technology Inc. – La Cour supérieure se prononce encore sur le débat entourant la litispendance en matière d'action collective », Repères, avril 2019, La référence.
- « Commentaire sur la décision Lavallée c. Ville de Sainte-Adèle – De simples affirmations sans assise factuelle ne peuvent justifier l'autorisation d'une action collective », Repères, avril 2019, La référence.
- « Commentaire sur la décision Apple Canada Inc. v. Charbonneau – La modification d'un groupe par le tribunal à la suite de l'autorisation d'exercer une action collective », Repères, mars 2019, La référence.
- « Commentaire sur la décision Metellus c. Procureure générale du Québec – L'action collective contre l'État et la fragilisation de la défense de l'immunité de la Couronne à l'étape de l'autorisation », Repères, février 2019, La référence.
- « Commentaire sur la décision Belley c. TD Auto Finance Services Inc./Service de financement auto TD inc. – Le statut *sui generis* des membres à la suite de l'autorisation d'une action collective et l'incidence du secret professionnel », Repères, janvier 2019, La référence.
- « L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v JJ and the Growing Complexity of Quebec's Authorization Criteria », Canadian Class Action Review, Irwin Law, Vol. 15, No. 2, 2019-2020, pp. 87-114.
- « Commentaire sur la décision Martineau c. Bayer Cropscience inc. – Selon l'adage français, 'la douceur du miel ne console pas de la piqûre de l'abeille' », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, octobre 2018;
- « Class Actions in South Africa: A Canadian Perspective », Class Action Defence Quarterly, LexisNexis, Vol. 13, No. 1, septembre 2018, pp. 7-13 (avec Monique Pansegrouw).
- « Commentaire sur la décision Mc Mullen c. Air Canada : L'irrecevabilité en matière d'action collective et réflexion sur les articles 18 et 51 C.p.c. », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, août 2018;
- « The Art of Reading Between the Lines: Asselin v. Desjardins cabinets de services financiers inc. », Class Action Defence Quarterly, mars 2018;
- « Class Actions in the "Mixed" Legal Systems of Québec and South Africa », La Revue, Barreau du Québec, Autone 2017 – Tome 76;
- « Commentaire sur la décision Asselin c. Hitachi Ltd. – L'intersection juridique entre les complots internationaux et l'action collective québécoise », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, avril 2018;
- « Commentaire sur la décision Amaya inc. c. Derome – Un émetteur assujetti ne doit pas aider un demandeur à relever le fardeau d'autorisation qu'impose l'article 225.4 de la Loi sur les valeurs mobilières », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, mars 2018;
- « Commentaire sur la décision Garage Poirier & Poirier inc. c. FCA Canada inc. – Fin du suspense: la Cour supérieure fait le point sur les demandes pour suspension en matière d'actions collectives », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, mars 2018;
- « Commentaire sur la décision Beauchamp c. Procureure générale du Québec – Comment lire entre les lignes d'une demande d'autorisation (et les plus récents enseignements de la Cour d'appel en matière d'action collective) », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, février 2018;

Shaun E. Finn

Associé, avocat

- « Commentaire sur la décision Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, janvier 2018;
- « Commentaire sur la décision Option Consommateurs c. Meubles Léon Itée – Peut-on « sauver les meubles » lorsqu'on est trouvé responsable de pratiques interdites en vertu de la Loi sur la protection du consommateur ? », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, décembre 2017;
- « Commentaire sur la décision Canada (Procureur général) c. Thouin – L'immunité de l'État en matière d'interrogatoire préalable : la Cour suprême se prononce », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, novembre 2017;
- « The Advent and Challenges of Copycat Class Actions: A North American Perspective », Class Action Defence Quarterly, septembre 2017;
- « Commentaire sur la décision Masson c. Telus Mobilité – Le (sans-)fil d'Ariane : comprendre le labyrinthe juridique des frais de résiliation en matière de télécommunications », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, juin 2017;
- « Commentaire sur la décision Baratto c. Merck Canada inc. – L'analyse des critères d'autorisation n'est pas un exercice superficiel », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, juin 2017;
- « Commentaire sur la décision Badamshin c. Option Consommateurs – La Cour d'appel confirme que le premier à déposer une demande pour autorisation n'est pas forcément celui qui pilotera la procédure », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, mai 2017;
- « Commentaire sur la décision Choquette c. Air Canada – La juridiction de la Cour supérieure en tant que tribunal de droit commun et la preuve requise à l'étape de l'autorisation pour démontrer une cause défendable », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, mai 2017;
- « Commentaire sur la décision Baulne c. Bélanger – La responsabilité professionnelle comme fondement d'une action collective », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, avril 2017;
- « The Attenuation of Quebec's Authorization Analysis: Sibiga v. Fido Solutions Inc. », Class Action Defence Quarterly, décembre 2016;
- « Class Actions as a Bridge Between Cultures of Dignity and Victimhood », publié dans la Revue canadienne des recours collectifs, vol. 12, no. 1, 2016-2017;
- « The Clone Wars: North America's Expanding Class Action Market and the Challenge of Copycat Litigation », IBA North American Regional Forum newsletter, septembre 2016;
- « Class Action Trends in Quebec and What They Mean for Your Business », Canadian Class Action Review, vol. 11, No. 2, pp. 293-307, mars 2016;
- « CIBC v. Green: The Supreme Court Reaffirms the High Bar for Certifying Securities Class Actions », Class Action Defence Quarterly, mars 2017;
- « Les dommages punitifs comme arme de dissuasion massive : Biondi c. Syndicats des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301) », publié sur le blogue Éditions Yvon Blais, janvier 2016;
- « Commentaire sur les décisions Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) et Zuckerman v. Target Corporation – La Cour d'appel précise les exigences à respecter pour autoriser un recours collectif fondé sur la perte ou le vol de renseignements personnels », publié sur le service

Shaun E. Finn

Associé, avocat

- de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, janvier 2016 (en collaboration avec Marie-Christine Levasseur);
- « Chronique- Comment concilier l'article 1 du nouveau Code de procédure civile avec l'action collective », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, décembre 2015;
 - « Girard c. Vidéotron : les dommages punitifs en matière de recours collectifs », publié sur le blogue Éditions Yvon Blais, décembre 2015;
 - « Once More Unto the Breach: How Privacy Rights and the Vulnerability of Data are Shaping Class Actions in Quebec », Class Action Defence Quarterly, Butterworths, décembre 2015 (en collaboration avec Marie-Christine Levasseur);
 - « Chronique – La suprématie parlementaire et le droit à un procès juste et équitable : un (dés)équilibre précaire », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, décembre 2015 (en collaboration avec Geneviève Thériault-Lachance);
 - « Ramacieri c. Bayer inc. – L'importance de démontrer le lien de causalité dès l'étape de l'autorisation d'un recours collectif », publié sur le blogue des Éditions Yvon Blais, décembre 2015;
 - « Commentaire sur la décision Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Conseil québécois sur le tabac et la santé – La Cour d'appel précise l'opportunité de l'ordonnance exécutoire en matière de recours collectifs », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, novembre 2015 (en collaboration avec Geneviève Thériault-Lachance);
 - « Commentaire sur la décision Marineau c. Bell Canada – Comment la prescription peut mettre fin à un recours collectif dès l'autorisation », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, novembre 2015 (en collaboration avec Geneviève Thériault-Lachance);
 - « MÉDAC c. Société financière Manuvie : Les limites de la flexibilité procédurale en matière de preuve lors d'un recours collectif autorisé », publié sur le blogue Éditions Yvon Blais, octobre 2015;
 - « Option Consommateurs c. Banque Nationale du Canada : Le « reliquat » et sa pertinence dans le cadre d'une entente visant à régler un recours collectif », publié sur le blogue des Éditions Yvon Blais;
 - Commentaire sur la décision J. (J.) c. Province canadienne de la Congrégation de Sainte-Croix – La Cour supérieure précise la notion de représentant adéquat du paragraphe 1003d) C.p.c. Repères, Éditions Yvon Blais, octobre 2015;
 - « La suprématie parlementaire et la fragilité relative du concept de procès équitable : La Cour d'appel remet les pendules à l'heure dans l'arrêt Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Québec », publié sur le blogue des Éditions Yvon Blais, octobre 2015;
 - « Novo codex, nova lex? Quelques observations concernant le nouveau Code de procédure civile et le régime de recours collectifs », publié sur le blogue des Éditions Yvon Blais, septembre 2015;
 - « La prescription est un motif suffisant pour rejeter une requête en autorisation », publié sur le blogue des Éditions Yvon Blais, septembre 2015;
 - « Commentaire sur la décision Martel c. Kia Canada inc. – Qu'est-ce qu'un représentant adéquat en matière de recours collectifs? », publié sur le service de recherche doctrinale en ligne La Référence, Éditions Yvon Blais, septembre 2015. Un compte est nécessaire pour lire cet article;
 - « Le sort du représentant « adéquat » en matière de recours collectif », publié sur le blogue des Éditions Yvon Blais, septembre 2015.

Shaun E. Finn

Associé, avocat

Réforme de l'action collective au Québec

Mémoire présenté à l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de
consultations publiques

30 septembre 2021



Par Me David Assor et Me Joanie Lévesque du cabinet Lex Group Inc.

Table des matières

Présentation des auteurs.....	1
Exposé général.....	5
I. INTRODUCTION	5
II. POSITION SUR LES PISTES DE RÉFORME (HUIT (8) ÉNONCÉS) QUI DÉCOULENT DU RAPPORT DU LABORATOIRE SUR LES ACTIONS COLLECTIVES DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL	5
1. Pour faciliter un changement de culture dans les dossiers d'action collective, le rapport propose la mise en place d'une stratégie visant à encourager non seulement les tribunaux, mais aussi et surtout les parties à gérer activement ces dossiers, de manière à réduire les délais (Pages 60 à 62 du rapport du Laboratoire).....	5
2. Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées. Qu'en pensez-vous ?	6
3. Le Laboratoire propose l'une ou l'autre de ces deux solutions. Qu'en pensez-vous? (pages 63 à 64 du Rapport).....	10
4. La proposition du Laboratoire consiste à amorcer l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation. Qu'en pensez-vous? (pages 66 à 70 du Rapport).....	12
5. L'autorisation serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement seraient respectés. Qu'en pensez-vous? (pages 66 à 70 du Rapport).....	13
6. Ainsi, le Laboratoire propose une première série de changements qui pourraient toucher à la procédure d'approbation des honoraires et aux critères considérés par les tribunaux à cette étape. Qu'en pensez-vous? (pages 71 à 73 du Rapport).....	14
7. Le Laboratoire propose une méthode en trois temps pour que le tribunal puisse apprécier la raisonnable des honoraires. Qu'en pensez-vous?.....	17
8. Ainsi, le Laboratoire propose d'inclure au Code de procédure civile une référence à la nomination d'un <i>amicus curiae</i> pour couvrir deux situations où sa présence serait particulièrement utile, à savoir l'approbation des transactions et la détermination des honoraires des avocats du représentant. Qu'en pensez-vous?	17
III. COMMENTAIRES SUPPLÉMENTAIRES DE LEX GROUP TIRÉS DE LA PRATIQUE...	20
IV. CONCLUSION	23

Présentation des auteurs



DAVID ASSOR

Avocat

DAVIDASSOR@LEXGROUP.CA

[LINKEDIN](#) in

[VCARD](#) vcf

PROFIL

David a passé les dix premières années de sa carrière pratiquant le litige commercial et civil dans des cabinets d'avocats locaux et nationaux bien connus et respectés. En 2011, il a fondé Lex Group Inc.

David plaide régulièrement auprès de tous les niveaux des tribunaux Québécois, ainsi que devant la Cour Fédérale (en première instance ainsi qu'en appel).

Il fournit également à ses clients (entreprises ou entrepreneurs) la gamme complète de conseils et services juridiques commerciaux, y compris la formation de compagnies ou de sociétés et la rédaction de contrats tels que des conventions entre actionnaires, des contrats d'emploi, des baux, des conventions d'achat et d'autres types de contrats commerciaux.

David est aussi un agent de Marque de Commerce au Canada et a la reconnaissance nécessaire auprès du *United States Patent and Trademark Office* afin de pouvoir présenter et gérer des demandes de marques de commerce aux États-Unis pour ses clients canadiens.

David a institué ou mené plusieurs actions collectives contre de grandes entreprises, manufacturiers, Banque à charte, fabricants automobiles, hôpitaux/médecins et le Gouvernement. Il est régulièrement amené à coordonner ces efforts dans les actions collectives avec des avocats d'autres provinces du Canada et des États-Unis et a réglé de multiples actions collectives d'envergure nationale.

David agit souvent à titre de conférencier invité auprès de la Faculté de droit de l'Université McGill sur les sujets des actions collectives et du droit de la protection des renseignements personnels.

Il est un diplômé (Promotion 2019) du prestigieux institut de formation sur le Leadership Wexner Heritage créé par l'homme d'affaire et philanthrope Leslie Wexner, Président du Conseil d'administration de L Brands, empire mondial de la vente au détail comprenant notamment les marques Victoria's Secret et Bath & Body Works.

DOMAINES D'EXPERTISE

- Litige commercial et civil
- Actions collectives
- Litige dans le domaine de la propriété intellectuelle
- Droit des affaires
- Marques de commerce

ADMISSION AU BARREAU

Barreau du Québec (2001)

Barreau de l'Ontario (2021)

LANGUES

- Français
- Anglais
- Hébreu

AFFILIATIONS PROFESSIONNELLES

- Membre du conseil d'administration de l'Association de droit Lord Reading - Liaison avec le Barreau (2016 à présent)
- Membre du comité d'accès à la justice en langue anglaise du Barreau de Montréal (2016-2019)
- Membre du conseil de discipline du Barreau du Québec (2016 à présent)
- La Société des plaideurs (2019 à présent)
- Gouverneur de la Fondation du Barreau du Québec (2020 à présent)

ÉDUCATION

- Baccalauréat en droit civil (LL.B.), Université de Montréal (2000)
- Diplôme d'études supérieures spécialisées (DESS) en common law nord-américaine, Université de Montréal (2003)
- Juris Doctor en common law nord-américaine (J.D.), Université de Montréal (2014)

PUBLICATIONS

- JUILLET 2019 - Commentaire sur la décision Whirlpool Canada LP c. Gaudette – Autorité de la chose jugée relativement au jugement rejetant la demande en autorisation?
- FÉVRIER 2019 - Chronique – L'indemnité payable au représentant d'une action collective dans le contexte d'un règlement hors cour
- DÉCEMBRE 2016 - Commentaire sur la décision Charles c. Boiron Canada inc. – Le processus d'autorisation d'une action collective réduit au domaine ordinaire de l'irrecevabilité du de fetus?
- JUILLET 2014 - Commentaire sur la décision Magasins Best Buy inc. c. Québec (Procureur général) – Une exception à l'obligation d'ajouter un terme générique français, qui reflète la nature des activités de l'entreprise, sur les enseignes commerciales au Québec
- AVRIL 2014 - Commentaire sur la décision Lefrançois c. Lefebvre – L'impossibilité de se ménager la preuve écrite d'un acte juridique selon l'article 2861 du Code civil du Québec
- OCTOBRE 2012 - Chronique – Recours collectif – l'interrogatoire du requérant avant l'audition de la requête en autorisation
- MAI 2012 - Commentaire sur la décision Union des consommateurs c. Pfizer Canada inc. – Le processus d'approbation d'un règlement dans le contexte d'un recours collectif et l'indemnité compensatoire versée au requérant (représentant du groupe)
- AVRIL 2012 - Commentaire sur la décision Mouvement d'éducation et de défense des actionnaires (MEDA) c. Société Financière Manuvie – L'avis aux membres dans le cadre d'un recours collectif autorisé – son contenu, sa diffusion et le paiement des frais de publication
- MAI 2011 - Commentaire sur la décision Melley c. Toyota Canada Inc. – Les recours collectifs intentés dans plusieurs provinces canadiennes à la fois

Cette biographie de David Assor est disponible au lien suivant en français et en anglais :

<https://www.lexgroup.ca/fr/team-member/david-assor/>



JOANIE LÉVESQUE

Avocate

514.451.5500 (EXT. 401)

jlevesque@lexgroup.ca

[LINKEDIN](#)

[VCARD](#)

PROFIL

Joanie s'est jointe à Lex Group en juillet 2019.

Elle pratique principalement en matières de litige commercial et civil, en actions collective et en droit des affaires.

Durant ses études, Joanie a participé au *Concours de procès simulé en droit international Charles-Rousseau*. Ce concours de plaidoiries lui a permis de développer ses qualités d'oratrice et de plaider devant un panel d'experts reconnus en droit international.

Joanie a également participé au programme des pages étudiants à l'Assemblée nationale du Québec.

DOMAINES D'EXPERTISE

- Litige commercial et civil
- Actions collectives
- Droit des affaires

ADMISSION AU BARREAU

Barreau du Québec (2020)

LANGUES

- Français
- Anglais

ÉDUCATION

- Baccalauréat en droit (L.L.B.), Université Laval (2017)
- Baccalauréat en affaires publiques et relations internationales (B.A.), Université Laval (2015)

Cette biographie de Joanie Lévesque est disponible au lien suivant en français et en anglais : <https://www.lexgroup.ca/fr/team-member/joanie-levesque/>

Résumé

De manière générale les auteurs sont en faveur d'une réforme de l'action collective au Québec qui aurait pour but de réduire les délais et favoriser une utilisation plus efficace du système judiciaire de même qu'une utilisation accrue des modes alternative de prévention de règlement des différends.

Cependant, les auteurs mettent en garde contre une réforme qui aurait pour effet d'alourdir inutilement le processus d'autorisation en place, de scinder les différentes étapes du processus d'approbation des transactions ou de créer un acteur superflu qui s'ajouterait au système et poserait un frein à l'approbation des transactions.

Enfin, les auteurs sont favorables à l'adoption d'une méthode afin de régulariser les critères d'approbation des honoraires d'avocats par les juges. Par contre, établir une seule méthode de rémunération ne serait pas saine, si cette méthode viendrait à mettre les avocats de part et d'autre dans une situation où leur intérêt à régler rapidement un dossier se retrouve diamétralement opposé.

Dans sa réforme, le Québec devra en sus de revoir les méthodes de fonctionnement actuel, favoriser une nouvelle procédure qui s'harmonisera avec la pratique en cours dans les autres juridictions qu'elle soit nationale ou internationale sans toutefois adopter une procédure qui aurait pour effet de faire perdre des droits aux membres des actions collectives québécoise.

Exposé général

I. INTRODUCTION

1. Lex Group Inc. (ci-après « **Lex Group** ») est un cabinet boutique spécialisé en litige et plus particulièrement en action collective en demande. Lex Group fait partie des « grands joueurs de l'action collective au Québec »¹ identifiés par le rapport « Perspectives de réformes de l'action collective au Québec, Rapport préparé à l'attention du ministère de la Justice du Québec – septembre 2019 » du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal (ci-après respectivement le « **Rapport** » et le « **Laboratoire** »).
2. Lex Group possède donc une forte expérience de la pratique des actions collectives du côté des demandeurs et est constamment confronté aux difficultés procédurales soulevées par le Laboratoire dans son rapport soumis au Ministère de la Justice du Québec.
3. Les positions et commentaires formulés par le cabinet sont donc en lien avec une application concrète quotidienne des pistes de réforme proposées par le Laboratoire pour un cabinet dont la pratique est concentrée principalement sur les actions collectives.

II. POSITION SUR LES PISTES DE RÉFORME (HUIT (8) ÉNONCÉS) QUI DÉCOULENT DU RAPPORT DU LABORATOIRE SUR LES ACTIONS COLLECTIVES DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

1. Pour faciliter un changement de culture dans les dossiers d'action collective, le rapport propose la mise en place d'une stratégie visant à encourager non seulement les tribunaux, mais aussi et surtout les parties à gérer activement ces dossiers, de manière à réduire les délais (Pages 60 à 62 du rapport du Laboratoire).

¹ PICHÉ, Catherine. « Perspectives de réformes de l'action collective au Québec, Rapport préparé à l'attention du ministère de la Justice du Québec – septembre 2019 », Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal, p. 45 et 46 [**Rapport du Laboratoire**];

4. Lex Group est en accord avec la plupart des commentaires du Laboratoire concernant la participation active des parties au litige dans la gestion de l'instance. Nous saluons particulièrement l'excellent travail des 10 juges de l'équipe restreinte du Projet-pilote au sein d'une chambre des actions collectives de la Cour Supérieure de Montréal. Une telle chambre des actions collectives pourrait également être créée à la Cour Supérieure de Québec accompagné de directives similaires à celles adoptées par la Cour Supérieure de Montréal dans le cadre du Projet-pilote.
5. Afin de favoriser une gestion d'instance plus efficace du processus de l'autorisation l'échéance voulant que la demande d'autorisation soit entendue dans l'année suivant son dépôt pourrait être réduite à une période allant entre 7 et 9 mois du dépôt de la demande d'autorisation.

2. Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées. Qu'en pensez-vous ?

6. Le Laboratoire émet sept (7) propositions à la page 62 de son Rapport afin d'assurer une meilleure gestion d'instance de l'action collectives. Ces propositions sont traitées dans le tableau suivant :

Propositions du Laboratoire	Observations de Lex Group
Favoriser des protocoles d'instances présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation (incluant : refuser un report de date d'audition due à l'absence de l'un des avocats au dossier);	Lex Group est en faveur de procéder rapidement avec des dates et des échéances rapprochées. Cependant, il faut noter que dû à la gestion particulière de l'instance automatique prévue à l'article 572 C.p.c., il n'y a pas de protocole de l'instance à l'étape de l'autorisation. Le tout demeure donc tributaire des disponibilités du/de la juge désigné.e pour gérer le dossier. À Montréal, les parties sont souvent dans l'attente (pour plusieurs semaines ou mois) de l'attribution du dossier à un juge et d'une conférence de gestion par la suite

Propositions du Laboratoire	Observations de Lex Group
	afin de pouvoir prévoir les différentes étapes du cheminement du dossier. Prévoir une limite de temps (à partir de la dernière date de signification de la demande d'autorisation aux parties défenderesses) dans laquelle le dossier doit être attribué à un juge gestionnaire ainsi qu'une limite de temps dans laquelle les parties doivent déposer leurs moyens préliminaires peuvent être des pistes de solution afin de s'assurer que la demande d'autorisation procède rapidement et soit entendue dans un délai d'un an ou moins.
• Encourager les parties à travailler ensemble à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels;	Les avocats en demande identifient les questions en litige à même la demande d'autorisation. Parfois, les avocats en défense contestent les questions en litige identifiées au moment de l'audience sur la demande d'autorisation, mais il revient au juge de l'autorisation à circonscrire le débat s'il juge approprié de le faire. Ce point n'est en générale pas la source de dépassement de coûts ni de la prolongation des délais. Pour ce qui est de la communication avec les membres, les avocats en demande ont coutume de dédier une partie de leur site internet à une action spécifique où l'on retrouve de l'information pertinente pour les membres. Lorsque les parties doivent communiquer des avis aux membres, ils ont des balises et des indications de la Cour (soit sous la forme d'un jugement ou un procès-verbal d'audience). Bien que les parties ne soient pas toujours en accord avec le contenu des avis aux membres, il existe dans la plupart des cas une bonne collaboration

Propositions du Laboratoire	Observations de Lex Group
	dans la rédaction et la distribution des avis par l'entremise d'un tiers administrateur.
Encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu. Nous sommes d'avis que pour bien apprécier la valeur d'un règlement pour les membres, et le caractère « raisonnable » de la transaction pour ces derniers, il faut avoir effectué un travail d'analyse significatif de la preuve essentiellement documentaire fournie en toute transparence et bonne foi par les parties à la transaction;	Toutes les parties ont intérêt à ce qu'un règlement de l'action collective survienne le plus tôt possible afin de favoriser une économie des ressources judiciaires. C'est également le rôle de l'avocat en demande et du juge de s'assurer que les membres obtiennent le meilleur règlement possible compte tenu de la preuve et des faits du dossier. Imposer que le dossier soit prêt à être entendu avant de pouvoir le régler pourrait avoir pour conséquence d'imposer des moyens préliminaires inutile et de l'utilisation non nécessaire des ressources judiciaires. De plus et très souvent, les règlements impliquent la participation des parties et des avocats impliquées dans des procédures similaires d'action collective (anciennement appelé recours collectif) dans d'autres juridictions (autres provinces canadiennes, États-Unis, etc.). Imposer de telles conditions additionnelles au Québec, avant d'approuver le règlement, risque donc de paralyser plusieurs règlements nationaux et/ou internationaux, ce qui n'est pas l'intérêt des membres du groupe. Dans d'autres cas, le dossier québécois peut se régler sans la participation des autres juridictions (un règlement strictement québécois). Imposer de telles conditions additionnelles au Québec risquerait la possibilité et la viabilité même de ces règlements, soit ceux qui favorisent un règlement rapide et sans admissions de part et d'autre (c'est-à-dire sans risque d'influencer les autres dossiers dans

Propositions du Laboratoire	Observations de Lex Group
	d'autres juridictions qui continuent leurs cours).
Encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier. Évidemment, cette mesure fait déjà partie de l'obligation de considération prévue au Code à l'article 1(3), mais l'obligation prend une nouvelle dimension compte tenu du représentant, de la présence « absente » de membres, et du caractère entrepreneurial de l'action. Nous restons sceptiques quant aux possibilités de forcer plus avant les parties à tenter de régler dans le contexte d'une pratique de style « entrepreneurial » offrant de si grandes potentialités de gains;	Tel que mentionné précédemment, toutes les parties ont avantage à obtenir un règlement de l'action collective. La conférence de règlement à l'amiable (CRA) ou une médiation privée sont des modes de résolutions possible de l'action collective, même compte tenu des pratiques de style « entrepreneurial ». Le demandeur/représentant du groupe doit tout de même assister à ces modes de résolution de conflits et donner son approbation au règlement intervenu. Pour un exemple de dossier réglé à la suite d'une médiation privée, voir la décision <i>Charbonneau v. Apple Canada Inc.</i>, 2021 QCCS 1912.
Encourager les juges à exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive.	Nous sommes d'accord avec cette proposition. Malheureusement, malgré l'immense diligence des juges dans la gestion de leurs dossiers, les échéanciers sont parfois repoussés dû à l'encombrement du système judiciaire.
Continuer à adopter une approche restrictive à la preuve permise à l'autorisation.	Nous sommes également d'accord avec cette proposition. Les avocats en défense demandent presque systématiquement à déposer de la preuve avant l'autorisation alors que celle-ci n'est pas toujours nécessaire aux critères de l'autorisation. Le dépôt de déclarations sous serment entraîne le contre-interrogatoire du déclarant et des débats d'objections. De plus, dans certains cas les avocats en défense demandent à interroger le demandeur malgré le fait que celui-ci n'a plus l'obligation de fournir de déclaration

Propositions du Laboratoire	Observations de Lex Group
	sous serment au soutien de sa demande depuis la réforme du C.p.c. de 2003. Il faut également garder en tête que la preuve et les allégués du demandeur sont tenus pour avérer, mais pas la preuve déposée en défense².
• Réfléchir à une transition éventuelle vers une pratique des actions collectives dématérialisée. Nous croyons, de fait, que l'action collective comme domaine de pratique et comme procédure se prêterait particulièrement bien à un projet-pilote sur l'action collective « sans papier » [à revoir plus précisément en contexte « post-Covid »].	Étant donné le délai de traitement de 24 à 48 heures du Greffe numérique judiciaire du Québec (« GNJQ ») et la règle du premier qui dépose (<i>first to file rule</i>), il est présentement impossible de débiter un dossier sans déposer physiquement la demande d'autorisation au greffe de la Cour Supérieure. Heureusement, le reste des procédures peuvent être déposée électroniquement au GNJQ et au Registre des actions collectives du Québec.

3. Le Laboratoire propose l'une ou l'autre de ces deux solutions. Qu'en pensez-vous ? (Pages 63 à 64 du Rapport)

- **Codifier un principe de proportionnalité (en sus de l'article 18 du C.p.c.) applicable à toutes les étapes de l'action collective;**
- **Ajouter formellement la proportionnalité aux critères d'autorisation.**

7. Selon nous, le principe de proportionnalité (prévu à l'article 18 C.p.c.) est déjà employé par les Tribunaux dans leur appréciation des différents critères d'autorisation. Il n'est donc pas nécessaire de le codifier spécifiquement pour l'appliquer à toutes les étapes de l'action collective. De plus, ajouter formellement la proportionnalité aux critères de d'autorisation risque d'alourdir le débat sur l'autorisation, en offrant encore plus de pistes de contestations inutiles.

² *Durand c. Subway Franchise Systems of Canada*, 2020 QCCA 1647, par. 52; *Benamor c. Air Canada*, 2020 QCCA 1597, par. 44

8. L'Honorable Nicholas Kasirer, juge de la Cour Suprême du Canada, a d'ailleurs mentionné pour la majorité de la Cour, tout en confirmant la jurisprudence constante en matière d'action collective dans la décision *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, qu'ajouter un critère de proportionnalité ou de *préférabilité* au stade de l'autorisation alourdirait les procédures et le fardeau du demandeur à cette étape ce qui est contraire au but de tenir une étape préliminaire d'autorisation :

[25] Quatrième remarque préliminaire : bien que ma collègue la juge Côté écrive qu'il « n'est pas question ici de remettre en cause l'approche souple et libérale à l'autorisation mandatée par les arrêts de cette Cour dans Infineon, Vivendi et ceux qui les ont suivis » (par. 199), j'estime respectueusement que ce serait bien la conséquence inéluctable de ce qu'elle propose dans ses motifs. On pourrait croire que son analyse s'écarte des enseignements de notre Cour sur l'approche préconisée à l'étape de l'autorisation sur au moins deux points. Premièrement, elle suggère que la fonction du tribunal n'est pas simplement de filtrer les demandes frivoles, contredisant ainsi les enseignements de la Cour dans les arrêts Infineon et Oratoire. Deuxièmement, en faisant abstraction de la question commune soulevée par ce dossier et en insistant sur le fait que « [l']analyse individualisée exigée par le recours éclipse la possibilité de procéder sur une base collective » (motifs de la juge Côté, par. 247), elle semble ajouter un critère de prépondérance des questions communes par rapport aux questions individuelles dans l'analyse de la condition énoncée à l'al. 1003a) de l'ancien C.p.c. Or, le droit québécois n'exige que la présence d'une question commune qui puisse faire avancer le recours de manière non négligeable. À mon humble avis, ces affirmations auraient l'effet d'affaiblir l'approche généreuse et flexible adoptée par notre Cour dans les arrêts Infineon, Vivendi et Oratoire.

9. L'emploi de la proportionnalité à toutes les étapes de l'action collective aide déjà les juges à exiger la collaboration des parties à toutes étapes de l'action collective incluant à l'étape de la signification des parties qui peut malheureusement facilement déraiper et créer une sorte de jeu de cache-cache entre les procureurs en demande et en défense. Au début de l'application des mesures sanitaires dues à la Covid-19, plusieurs établissements étaient fermés et les procédures judiciaires extrêmement difficile à signifier.
10. Plus particulièrement, il serait opportun d'exiger que dans le cadre d'actions collectives les procureurs en défense soient tenus d'accepter la signification pour la parties défenderesse des procédures d'appel intentées par le demandeur à moins que la partie ne désavoue ses avocats.

11. Ceci éviterait l'application de l'article 358 C.p.c. qui exige que les procédures d'appel soient signifiées directement à la partie intimée. Il est fréquent que la partie défenderesse d'une action collective soit une grande entreprise qui n'est pas domiciliée au Québec et qu'elle n'ait aucun établissement au Québec ce qui entraîne l'application de la *Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, un processus qui peut prendre plusieurs mois à mettre à terme et exiger la traduction en langue étrangère de la déclaration d'appel.
12. Nous notons que les propositions de codifications aux articles 571 et 572 du C.p.c. n'ont pas été annexés au document « Consultations Publiques, Perspective de réforme de l'action collective au Québec » du ministère de la Justice du Québec daté d'avril 2021. Nous ne pouvons donc pas donner notre opinion sur ces projets d'articles.

4. La proposition du Laboratoire consiste à amorcer l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation. Qu'en pensez-vous? (pages 66 à 70 du Rapport)

Concrètement, la procédure d'autorisation se traduirait ainsi :

- 1) Dépôt de la demande introductive d'instance;**
 - 2) Réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité;**
 - 3) Jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité;**
 - 4) Jugement au mérite.**
13. À première vue, le dépôt de la demande introductive d'instance sans demande d'autorisation semble raccourcir les étapes du parcours judiciaire de l'action collective. Or, la proposition du Laboratoire, telle que plus amplement détaillée aux pages 66 à 70 du Rapport, sera difficilement applicable en pratique et aura ultimement pour effet de gaspiller les ressources judiciaires dans certains cas.
14. Le dépôt d'une la demande introductive d'instance pour ensuite la suspendre automatiquement pour ensuite avoir le dépôt de moyens préliminaires puis un

jugement sur l'autorisation (bien qu'avec des critères allégés) est contreproductif pour dans deux types de situations.

15. Dans la première situation, si l'autorisation est rejetée, les parties auront engagé énormément de ressources financières et accaparé le temps des tribunaux pour des moyens préliminaires (demande de rejet, interrogatoires complets de part et d'autre, débat d'objection etc.) pour voir l'action collective ensuite rejetée par le juge.
16. Dans la seconde situation, si l'autorisation est accordée, la partie demanderesse devra complètement revoir la demande introductive d'instance (rédigée de manière détaillée pour rien) avant le jugement sur l'autorisation pour prendre en compte les moyens préliminaires ainsi que les changements possiblement apportés par le jugement d'autorisation. Ceci est causé en partie par le fait dans la plupart des actions collectives, la preuve est majoritairement en possession de la partie défenderesse de sorte qu'il existe un déséquilibre entre la connaissance de la preuve de la partie demanderesse et celle de la partie défenderesse³. Ouvrir le débat sur la preuve augmentera sans doute les délais et coûts.

5. L'autorisation serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement seraient respectés. Qu'en pensez-vous? (pages 66 à 70 du Rapport)

Critères proposés :

- 1) Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;**
 - 2) La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;**
 - 3) Le membre auquel le tribunal entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.**
17. Nous comprenons que cette proposition doit être lue avec la proposition du point 4 concernant le dépôt d'une demande introductive d'instance sans complètement éliminer l'étape de l'autorisation, ce qui à notre humble avis n'aura pas pour effet de

³ *Benamor c. Air Canada*, 2020 QCCA 1597, par. 42;

diminuer les délais engendrés par l'action collectives ni d'épargner les ressources du système de justice soit le but visé par la réforme actuelle.

18. Cette proposition implique que la partie défenderesse devra systématiquement faire une demande de rejet en vertu de l'article 168 C.p.c. afin de pouvoir débattre du fondement juridique de l'action collective sous peine de la voir presque systématiquement autorisée dû à l'absence du critère de l'apparence de droit. Avec égard pour la proposition du Laboratoire ceci a pour effet de détourner l'application et le but de l'article 168 C.p.c.
19. Subsidiairement, l'article 168 C.p.c. fait déjà l'objet de décisions de courants jurisprudentiels important qui module son application à l'action collective⁴.
20. De plus, les décisions prise en vertu de 168 C.p.c. ne sont pas susceptible d'appel alors que le jugement d'autorisation qui refuse l'autorisation d'une action collective est présentement appelable de plein droit. Préférer une utilisation automatique de la procédure de demande en rejet de l'article 168 C.p.c. à l'article 575(2) C.p.c. soit le critère de l'apparence de droit tel qu'il est formulé aujourd'hui entraînerait un grave déni de justice pour les demandeurs qui sont généralement des membres du public, des consommateurs ou des citoyens privés injustement de leurs droits qui rappelons-le sont vulnérables et possèdent peu de moyens comparativement aux parties défenderesses.

6. Ainsi, le Laboratoire propose une première série de changements qui pourraient toucher à la procédure d'approbation des honoraires et aux critères considérés par les tribunaux à cette étape. Qu'en pensez-vous? (pages 71 à 73 du Rapport)

21. Le Laboratoire émet quatre (4) propositions à la page 71 à 73 de son Rapport afin de resserrer le processus d'approbation des honoraires des avocats en demande. Ces propositions sont traitées dans le tableau suivant :

⁴ Claire Carrier et Hubert Reid, *Code de procédure civile du Québec, RLRQ, c. C-25.01 : Jurisprudence et Doctrine*, Collection Alter Ego, 37e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2021, article 168 C.p.c., consulté en ligne à l'adresse URL : <https://elois.caij.qc.ca/C-25.01/article168# InfoAlterEgo> ;

Positions du Laboratoire	Observations de Lex Group
• Fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut;	Cette proposition de rémunérer moins les avocats en demande au stade de l'autorisation qu'au stade du mérite mettrait les avocats en demande et en défense dans une situation où leurs intérêts à régler le litige divergent démesurément. Les avocats en défense ayant le mandat de régler auraient intérêt à le faire le plutôt possible afin de faire sauver de l'argent à leur client tandis que les avocats en demande auraient un intérêt personnel à ce que la cause s'étire dans le temps pour recevoir plus d'honoraire et ce peu importe la complexité de l'affaire ou l'opportunité pour les membres du groupe d'obtenir un règlement dès le début du dossier. De plus, l'implication des parties et avocats dans d'autres juridictions, où des procédures en actions collectives similaires ou parallèles sont pendantes, et souvent nécessaires. Un règlement national ou international sera donc mis en péril par de telles conditions additionnelles au Québec. Pour un exemple d'action collective où un règlement pancanadien est intervenu voir le dossier du « Diesel Gate » de Volkswagen : <i>Option Consommateurs c. Volkswagen Group Canada Inc.</i>, 2018 QCCS 1726.
• Favoriser les conventions d'honoraires à pourcentages inversement proportionnels à la somme obtenue, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier;	La jurisprudence déjà employée et constante, qui demande la revue et l'approbation de tous les aspects du règlement par le Tribunal, incluant l'aspect des honoraires d'avocats, fonctionne correctement et s'harmonise avec ceux qui est déjà fait dans d'autres provinces canadiennes.

Positions du Laboratoire	Observations de Lex Group
• Ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer les distributions aux membres, en fonction du « succès » relatif de l'étape du recouvrement;	Les réclamations des membres ne sont pas garantes des efforts mis en place par les avocats de part et d'autre afin d'apporter une solution au litige et d'obtenir le meilleur règlement possible compte tenu des faits du dossier. Ce mode de rémunération ne tient pas en compte les actions collectives où les membres sont impossibles à trouver ou les actions collectives ayant comme mode d'indemnisation un paiement fait à une œuvre de charité. Une fois de plus, une telle condition purement québécoise causera des problèmes et des délais dans le contexte de règlements nationaux ou internationaux potentiels. En effet, les défenderesses veulent souvent tout régler en même temps, selon des conditions similaires à travers le pays. Les dossiers d'actions collectives débordent souvent les frontières québécoises et toute réforme potentielle se doit de bien envisager et de favoriser la collaboration avec les avocats et parties dans d'autres provinces/pays. La rigidité et l'ajout de conditions ou balises purement québécoises ne sont pas de mise. Le rôle de surveillance des Tribunaux, qui est déjà en place et qui fonctionne bien, devrait être maintenu.
• Dans le cas d'un recouvrement individuel, n'approuver les honoraires qu'après la distribution aux membres.	Voir les réponses précédentes.

7. Le Laboratoire propose une méthode en trois temps pour que le tribunal puisse apprécier la raisonnable des honoraires. Qu'en pensez-vous?

Méthode proposée par le Laboratoire :

- 1) La convention d'honoraires doit être présumée valide, comme c'est le cas dans l'état actuel du droit;**
- 2) Le tribunal devrait ensuite vérifier le caractère raisonnable suivant la méthode du multiplicateur. Celle-ci consiste à mesurer « le nombre d'heures travaillées, multiplié par le taux horaire, multiplié par un facteur pour tenir compte du risque ».**
- 3) À la suite de cette vérification, le tribunal devrait examiner les autres critères établis par la jurisprudence. Il pourrait évaluer si un écart entre les honoraires établis à la convention et la somme obtenue grâce à la méthode du multiplicateur se justifie par ces autres critères, comme par exemple le résultat obtenu et la finalité du dossier.**

22. Nous sommes en accord avec cette méthode en trois temps. C'est d'ailleurs notre méthode d'évaluer si nos honoraires sont raisonnables. Nous plaillons d'ailleurs cette méthode devant les tribunaux lorsque vient le temps de faire approuver nos honoraires extrajudiciaires.

8. Ainsi, le Laboratoire propose d'inclure au Code de procédure civile une référence à la nomination d'un *amicus curiae* pour couvrir deux situations où sa présence serait particulièrement utile, à savoir l'approbation des transactions et la détermination des honoraires des avocats du représentant. Qu'en pensez-vous?

23. Cette méthode ne serait pas efficace, car l'*amicus curiae* n'aurait aucune connaissance des parties, ni de tous les efforts mis dans la recherche et la négociation de la transaction, ni dans les efforts mis par les avocats en demande afin de mener le dossier ce qui peut prendre plusieurs années de travail assidu.

24. De plus, il n'a pas accès à la documentation révisée (qui demeure souvent confidentielle) même à l'étape du règlement.

25. Le juge gestionnaire de l'instance est très bien placé pour apprécier le travail des parties et les efforts mis dans la résolution du litige puisqu'il est présent à toutes les étapes du cheminement du dossier. Le juge bénéficie d'une forte expérience dans le domaine des actions collectives, ce qui le rend plus à même qu'une entité extérieure

d'assurer, de concert avec le demandeur, la protection des membres du groupe représentés et que la transaction intervenue soit la plus juste et équitable possible.

26. La question de la rémunération de l'*amicus curiae* pose aussi problème. Si celui-ci est payé par l'État, cela va encore plus accaparer les ressources financières limitées du système de justice. Si l'*amicus curiae* est payé à même le montant du règlement intervenu entre les parties, cela va diminuer le montant payable aux membres du groupe et placer l'*amicus curiae* en conflit d'intérêt. Si l'*amicus curiae* doit être rémunéré par l'une ou l'autre des parties, cela posera un problème au niveau de la dépendance de celui-ci envers la partie qui le paiera.

27. Au surplus, le Laboratoire soumet trois (3) propositions afin de resserrer l'approbation des honoraires des avocats en demande qui seront traités dans le tableau suivant :

Positions du Laboratoire	Observations de Lex Group
1) d'adopter un critère d'appréciation considérant la mesure dans laquelle l'action collective favorise l'atteinte des finalités de la procédure. Ainsi, une action à plus grand bénéfice sociétal pourrait entraîner une plus généreuse compensation des avocats;	Cette proposition pose la question de définir ce qu'est la finalité de la procédure de l'action collective. Pour nous la finalité d'une action collective est d'obtenir réparation pour les membres du groupe lorsque survient un comportement répréhensible ou de la négligence de la part des grandes entreprises. L'étape du jugement au mérite ne devrait pas être vue comme une finalité de l'action collective. Que vaut une action au mérite si les membres du groupe n'obtiennent pas gain de cause au fond alors qu'ils auraient pu avoir droit à une certaine compensation si l'action était réglable par une négociation, une CRA ou une médiation privée. Cette proposition pose également différents problèmes sur le plan éthique. Si cette proposition est adoptée, comment va-t-on qualifier les actions comme ayant un « grand bénéfice sociétal » ?

Positions du Laboratoire	Observations de Lex Group
	Par exemple : - Va-t-on accorder un plus grand bénéfice sociétal aux actions du domaine des droits et libertés plutôt qu'à celle concernant la protection du consommateur ? - Va-t-on attribuer un plus grand bénéfice sociétal aux actions du domaine de la santé plutôt qu'à celles portant sur la protection des données personnelles ? En effet, la raison d'être des actions collectives englobe tous ces domaines et autres : soit de protéger le consommateur contre la fausse publicité ou pratiques interdites, assurer la sécurité des automobiles, médicaments et autres produits, assurer le respect de la vie privée des citoyens, éviter des fausses représentations dans le monde des actions cotées à la bourse, etc. L'aspect de dissuasion et de punition des actions collectives est important dans tous ces domaines, peu importe les montants en jeu pour chaque membre du groupe. Par exemple, un shampoing vendu trop cher basé sur des représentations mensongères, mérite une action collective même si le membre n'a droit qu'au remboursement de son 5,00\$ payé. Il y a un « grand bénéfice sociétal » dans tous ces dossiers, surtout quand ces dossiers font avancer la jurisprudence et par conséquent la protection du public et des consommateurs en général, en modifiant le comportement des défenderesses (grosses entreprises, compagnies, etc.).
2) de permettre aux avocats de prouver leur efficacité dans le dossier afin de justifier des honoraires plus élevés;	Nous sommes en accord avec cette proposition, mais celle-ci gagnerait à être plus élaborée.

Positions du Laboratoire	Observations de Lex Group
	Par exemple, le nombre d'heures travaillées n'est pas toujours garant d'efficacité pour un dossier qui peut prendre plusieurs années et détours procéduraux, mais les avocats au dossier peuvent également avoir fait preuve d'une grande d'efficacité malgré la situation.
3) de séparer l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires.	Bien qu'il soit possible d'approuver une transaction et les honoraires des avocats en demande en deux temps, prévoir systématiquement deux étapes différentes pour l'approbation de la transaction et pour l'approbation des honoraires alourdirait les étapes déjà nombreuses du règlement de l'action collective (surtout dans le contexte de règlements nationaux impliquant les approbations simultanées ou successives de plusieurs tribunaux (par exemples les Tribunaux du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique).

III. COMMENTAIRES SUPPLÉMENTAIRES DE LEX GROUP TIRÉS DE LA PRATIQUE

A. Le Fonds d'aide aux actions collectives (ci-après le « **FAAC** »).

28. Nous reconnaissons que le FAAC a sa place comme acteur de l'action collective au Québec toutefois son rôle et le processus de demande de fonds d'aide devraient être réformés afin de refléter la réalité de la pratique.
29. D'abord, la demande de fonds d'aide ne devrait plus nécessiter une déclaration des revenus financiers du demandeur. En effet, il s'agit là d'une hypocrisie du système qui suppose que le demandeur paie des déboursés ou des honoraires à son avocat pour la poursuite de l'action collective alors que comme le démontre le rapport du Laboratoire, la pratique veut les déboursés et honoraires des avocats en demande soit payés selon l'une ou l'autre des méthodes du pourcentage ou du multiplicateur du taux horaire et des heures travaillées.

30. En effet, même le timbre judiciaire payable au greffe de la Cour afin d'initier le recours (voir notre prochaine section) est payé en pratique par les avocats en demandes, et non pas par le demandeur. Le FAAC s'immisce donc dans les budgets et les finances du demandeur pour aucune raison, en exigeant la signature d'une déclaration des revenus financiers du demandeur. Certains demandeurs ne voudront tout simplement pas s'impliquer dans un dossier d'action collective, s'ils doivent non seulement signer une déclaration de revenus financiers (une question très délicate et personnelle), mais aussi devoir se justifier devant le conseil du FAAC.
31. La demande détaillée de fonds d'aide, la lecture de la demande d'autorisation et de ses pièces, ainsi que la signature d'une déclaration sous serment par les avocats au soutien de la demande de fonds d'aide devraient suffire au Fonds d'aide afin d'évaluer le sérieux d'une demande.
32. Enfin, le FAAC bien qu'il soit un acteur important de l'action collective au Québec devrait se garder de s'immiscer dans les transactions intervenues et négociés entre les parties à moins que cette dernière affecte les montants auxquels la FAAC a droit selon la Loi. En effet, le FAAC devrait faire preuve de retenue dans ses observations au Tribunal et se limiter à commenter seulement les éléments du règlement en liens directs avec les montants ou pourcentages payables au FAAC. Le reste demeure le domaine exclusif du Juge.

B. Le timbre judiciaire.

33. Le timbre judiciaire afin d'intenter une action collective s'élève maintenant à près de 1 800\$ pour un demandeur personne physique et de plus de 2 000\$ pour une demanderesse personne morale.
34. Il fut un temps très récent où aucuns frais de timbre était exigés au début du processus, soit lors du dépôt de la demande en autorisation.
35. Dans notre exemple mentionné plus haut du shampoing de 5\$ acheté à la suite de représentations fausses ou mensongères de la part du manufacturier ou vendeurs, il est donc incongru dans notre humble avis d'exiger le paiement de 1 800\$ afin d'initier

le dossier. Possiblement un tel timbre judiciaire serait exigible au stade du mérite, soit une fois l'action autorisée afin de procéder sur une base collective.

36. En effet, si plusieurs demandes d'autorisation sont déposées successivement, par différents demandeurs, chacun paye le 1 800\$ de timbre judiciaire, le premier dossier déposé procède en règle générale et les dossiers subséquents sont suspendus sans que le timbre judiciaire ne soit remboursé! Encore une fois, ceci nous semble déraisonnable. Exiger le paiement du timbre judiciaire au stade du mérite, soit après l'autorisation, assurerait le respect du principe de l'accès à la justice pour les judiciaires.

C. Indemnité au demandeur

37. Avant la réforme du Code de procédure civile de 2016, les parties pouvaient prévoir une indemnité payable au demandeur dans le contexte d'un règlement hors Cour, afin de l'indemniser pour le temps et les efforts consacrés au dossier (en faveur des autres membres du groupe non présents). En effet, le demandeur d'une action collective se fait souvent attaquer par la défense, doit se soumettre à des interrogatoires, doit être présent devant les tribunaux, etc.
38. Dans notre exemple du shampoing à 5\$, un demandeur qui intente son recours au nom du groupe doit consacrer beaucoup de temps et d'efforts, voir perdre des jours de travail, etc. afin de favoriser un règlement de plusieurs millions de dollars distribués au Groupe. Il était donc raisonnable de négocier une indemnité pour le demandeur dans un tel cas. Les Tribunaux révisaient et devaient approuver des telles indemnités dans le contexte de règlements hors Cour⁵.
39. Cependant, depuis le nouvel article 593 du Code de procédure civile, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016, et l'interprétation de la Cour d'appel dans le dossier *Attar c. Fonds d'aide aux actions collectives*⁶ les parties ne peuvent plus négocier une telle indemnité

⁵ *Petrella c. Osrham Sylvana, inc.*, 2017 QCCS 25, par. 19-21 ; *Muraton c. Toyota Canada inc.*, 2018 QCCS 4235, par. 68-77 ; *Rabin c. HP Canada Co.*, 2019 QCCS 1511, par. 14 ; *Zuckerman c. Target Corporation Inc.*, 2018 QCCS 2276, par. 12;

⁶ *Attar c. Fonds d'aide aux actions collectives*, 2020 QCCA 1121 ;

(même dans le contexte de règlements nationaux où les demandeurs sans les autres provinces qui règle ont droit à une telle indemnité.

40. Dans notre humble avis, le *Code de procédure civile* devrait être modifié afin de permettre de telles indemnités, comme ce qui se faisait avant 2016 et comme ce qu'il se produit toujours dans d'autres provinces canadiennes.
41. En effet, les indemnités en question étaient payables par les défenderesses qui règlent le dossier, défenderesses qui acceptaient de payer une telle indemnité au demandeur. L'indemnité n'était donc pas payée par les autres membres du Groupe. Elle représentait souvent un montant très modeste (souvent moins que cinq mille dollars), et était toujours sujet à l'approbation du Tribunal.
42. Ceci favorise la raison d'être des actions collectives et le principe de l'accès à la justice, en assurant que des demandeurs veulent consacrer leur temps et efforts au bénéfice des autres membres du Groupe, soit ceux qui ne doivent rien faire ou consacrer afin de recevoir une compensation.

IV. CONCLUSION

43. Le rapport du Laboratoire apporte des pistes de solutions intéressantes et dresse un portrait plutôt fidèle de l'action collective au Québec malgré qu'il soit inexacte à certains égards. La réalité des avocats en demande dans le domaine des actions collectives peut être difficile à comprendre aux yeux du public, mais un acteur averti du domaine de l'action collective comme le laboratoire aurait dû mettre plus d'accent sur le fait que la grande majorité des actions collective font l'objet d'une convention d'honoraires à pourcentage.
44. Évidemment, la rémunération à pourcentage implique que les avocats en demande reçoivent un seul montant par action collective si et seulement si cette dernière est couronnée de succès. Les avocats en demande assument tous les frais reliés à une action collective tant que cette dernière n'est pas terminée ce qui implique de mener des dossiers qui durent en moyenne de 3 à 6 ans selon le rapport du Laboratoire sans aucune rémunération.

45. Le Laboratoire semble mal saisir cette réalité de la pratique lorsqu'il mentionne sans référence à la page 45 de son rapport « des grandes possibilités de financement croisé des litiges » qui selon le rapport diminue les risques reliés à la poursuite d'une action.
46. Quoi qu'il en soit, nous sommes tout à fait favorables à une réforme de l'action collective qui vise l'économie des ressources judiciaires, une diminution des délais menant à l'audience sur la demande d'autorisation, une mise en premier plan des modes alternatifs de règlement des différends tel la CRA ainsi qu'une meilleure collaboration entre les différents acteurs du milieu.

Montréal, le 30 septembre 2021

LEX GROUP INC.



Par Me David Assor et Me Joanie Lévesque,
Avocats

4101 rue Sherbrooke Ouest

Westmount, (Québec), H3Z 1A7

Téléphone: 514.451.5500 ext. 321

Télécopieur: 514.940.1605

Site internet : <https://www.lexgroup.ca/fr/>

CONSULTATION PUBLIQUE
PERSPECTIVES DE RÉFORME DE L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC

MÉMOIRE DU CABINET
TRUDEL JOHNSTON & LESPÉRANCE

Présenté au ministère de la Justice du Québec

30 septembre 2021



TRUDEL JOHNSTON & LESPÉRANCE

Rédaction

M^e Anne-Julie Asselin, avocate

M^e Mathieu Charest-Beaudry, avocat

Collaborateurs

M^e Bruce Johnston, avocat et associé

M^e Yves Lauzon, Ad.E.

M^e André Lespérance, avocat et associé

M^e Clara Poissant-Lespérance, avocate

M^e Philippe Trudel, avocat et associé

Présentation du cabinet TJL

Le cabinet Trudel & Johnston a été fondé en 1998 par Me Philippe Trudel et Me Bruce Johnston, auxquels se sont joints en 2015 Me André Lespérance à titre d'associé et Me Yves Lauzon à titre d'avocat-conseil. Le cabinet Trudel Johnston & Lespérance (TJL) compte aujourd'hui 13 avocats qui exercent presque exclusivement dans les domaines de l'action collective et du litige d'intérêt public. Les nombreuses actions collectives qu'ils ont entreprises depuis sa création touchent à une multitude de domaines : santé, environnement, consommation, droits fondamentaux, droits des travailleurs, etc. TJL accepte d'agir dans des affaires qui peuvent faire évoluer le Québec et le Canada vers une société plus juste et plus respectueuse des citoyens, de leur santé et de l'environnement.

Ils ont par exemple obtenu gain de cause en Cour supérieure et en Cour d'appel pour les victimes du tabac, permis que les femmes puissent avoir accès à l'avortement dans une clinique de leur choix sans devoir payer, obtenu la confirmation de la Cour suprême du Canada que les banques à charte fédérale sont assujetties aux lois provinciales sur la protection du consommateur et fait changer plusieurs pratiques portant atteinte à l'intégrité, à la sécurité et à la dignité des personnes détenues dans les établissements de détention. Ces avancées n'auraient pas été possibles dans le cadre de recours individuels.

1. Introduction – l'état des lieux

Le constat qui ressort généralement du rapport du Laboratoire sur les actions collectives est plutôt positif : l'action collective se porte bien au Québec. Ce constat général n'exclut cependant pas que certains aspects demeurent perfectibles, tant au bénéfice des membres que pour celui des tribunaux.

La nécessité d'une réforme découle aussi en partie d'un autre constat véhiculé dans le rapport, à savoir que les acteurs, principalement en demande, ont changé dans la dernière décennie. Alors que seulement quelques cabinets agissaient en demande pendant les deux premières décennies de l'action collective, on observe depuis l'arrivée de plusieurs cabinets dont les domaines de pratiques principaux et l'expérience varient. Le portrait de la magistrature a également grandement changé alors qu'un nombre important de juges assurent maintenant la gestion d'actions collectives et qu'une chambre spécialisée a été mise sur pied dans le district d'appel de Montréal.

Avant de se pencher sur les propositions formulées, il nous semble primordial de bien cerner les problèmes qu'on cherche à corriger. De cette façon, il sera plus facile d'évaluer la pertinence des solutions suggérées et, surtout, cela évitera de « jeter le bébé avec l'eau du bain », c'est-à-dire de nuire à la majorité des dossiers d'actions collectives pour tenter de répondre à des problèmes qui ne surviennent que rarement, même s'ils font grand bruit.

Le problème des délais identifié dans le rapport et dans le document de consultation est un enjeu bien réel. La durée des procédures a des impacts importants sur l'administration de la justice. Elle se répercute aussi directement sur les taux de réclamation des indemnités, puisqu'avec le temps qui passe, les membres deviennent plus difficiles à rejoindre. L'impact est particulièrement important dans certains domaines comme les actions collectives en environnement dans lesquelles une grande partie des membres peut avoir déménagé à l'extérieur de la zone touchée par le recours. Dans ce type de recours, où la demande de compensation financière s'accompagne souvent d'une demande d'injonction, l'écoulement du temps joue clairement en défaveur des citoyens et en faveur du pollueur.

Il importe donc d'insister sur l'asymétrie des conséquences qu'ont les délais sur les demandeurs et les défendeurs. « Justice delayed is justice denied », disait William E. Gladstone, dans un adage maintenant bien connu. La Cour suprême du Canada a rappelé qu'« [à] défaut de moyens efficaces et accessibles de faire

respecter les droits, la primauté du droit est compromise »¹. En étant conscients des impacts des délais sur les membres et sur le taux de réclamation, les avocats en demande se voient souvent dans l'obligation de renoncer à contester des demandes des défendeurs, de renoncer à plaider certaines demandes qui sont contestées (par exemple, des demandes de communication de documents), voire de carrément renoncer à certaines causes d'action². La défense, profitant de l'écoulement du temps, a tout intérêt à multiplier les procédures dilatoires et à contester chaque demande des demandeurs. Et comme le reconnaît la Cour d'appel, « [l]e défaut de les respecter [les exigences d'efficacité, d'accessibilité et de célérité], notamment l'exigence de célérité, ne peut être compensé en toutes circonstances par des intérêts. »³ Il nous apparaît par conséquent essentiel de mettre en place des incitatifs à accélérer les procédures, ou des désincitatifs à les retarder.

À ce titre, il faut souligner les récentes améliorations relativement aux délais écoulés pour l'étape de l'autorisation, notamment grâce à la mise en place de l'équipe restreinte de juges pour l'autorisation des actions collectives à Montréal⁴. Mise en place à compter de l'année judiciaire 2018-2019, l'équipe restreinte a permis que les demandes d'autorisation soient entendues et tranchées dans un délai significativement plus court qu'avant. Ainsi, il nous apparaît que les statistiques rapportées dans le rapport du Laboratoire, qui ne comptabilisent pas cette période, ne reflètent pas cet réalité actuelle.

Cependant, si les deux dernières réformes de l'action collective ont mis l'accent sur l'étape de l'autorisation, peu d'améliorations ont concerné l'étape du fond. La réduction considérable des délais pour l'autorisation grâce à l'équipe restreinte montre que, lorsque les juges ont du temps consacré à la gestion des actions collectives, les échéances sont plus rapprochées et les divers incidents menant à l'audience de la demande d'autorisation sont franchis avec plus de célérité. Ce progrès notable devrait être une source d'inspiration pour accélérer le déroulement de la mise en état du dossier après l'autorisation.

L'autre problème montré du doigt pour justifier la réforme envisagée est celui de la mauvaise perception des actions collectives par le public et les médias. Ce problème concerne en particulier les actions collectives pour lesquelles les

¹ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 RCS 87, par. 1.

² Par exemple, dans l'affaire *Lalande*, les demandeurs ont renoncé à leur cause d'action sur les dépassements de la norme de nickel dans l'air ambiant, car les défendeurs remettaient en cause la validité constitutionnelle de cette norme. Ainsi, le Procureur général du Québec n'a pas eu à intervenir dans les débats et l'affaire a pu être entendue durant l'année judiciaire 2018-2019 comme prévu initialement.

³ *Lavigne c. 6040993 Canada inc.*, 2016 QCCA 1755, par. 51.

⁴ *Directives de la Cour supérieure pour le District de Montréal - septembre 2019*, art.226-231.

membres reçoivent peu et les avocats, beaucoup, et pour lesquelles le gain pour la société n'est pas significatif ou apparent. Il est malheureux que ces recours teintent négativement l'image de l'action collective, mais il faut garder en tête qu'il ne s'agit souvent que de cas anecdotiques, qui ne reflètent en rien la réalité de la pratique. Or, il serait mal indiqué de fonder une réforme sur des anecdotes.

Il ne faut pas oublier non plus l'importante fonction dissuasive de l'action collective, trop souvent passée sous silence dans les médias. Pourtant, les tribunaux n'ont pas hésité à reconnaître que l'action collective favorise une meilleure justice sociale⁵ et qu'elle constitue une « mesure de protection de l'intérêt public »⁶. Lorsque l'action collective réussit à faire changer les pratiques d'une entreprise, voire d'une industrie (pensons notamment à des actions collectives en environnement, en droit carcéral ou en droit de la consommation): le succès de l'action collective ne se mesure pas uniquement au nombre de réclamants ni au montant distribué⁷. Les tribunaux ont d'ailleurs rejeté l'argument *de minimis* formulé à l'encontre de certaines demandes d'autorisation, réitérant que « [l']institution de l'action collective existe justement pour préoccupier la cour de réclamations minimales qui ne valent pas l'institution d'actions individuelles [...] Elle est également là pour décourager les comportements fautifs »⁸.

Faire cesser une violation des droits fondamentaux, agir comme un procureur général privé lorsque l'État tarde ou néglige à faire respecter la loi, ou porte lui-même atteinte à des droits fondamentaux, ou encore faire cesser des pratiques de tarification abusives, cela a aussi une valeur pour la société⁹.

Comme le remarquent la professeure Catherine Piché et Me André Lespérance dans un article qu'ils co-signent, les actions collectives contre des voyagistes, fréquentes dans les années 1980 et 1990, se font aujourd'hui rarissimes parce que « les commerçants indésirables ont été évincés du marché du voyage, et que ceux qui y sont toujours s'assurent de corriger la faute avant même d'être

⁵ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, par. 8; *Abihisira c. Johnston*, 2019 QCCA 657, par. 63.

⁶ *Trottier c. Canadian Malartic Mine*, 2018 QCCA 1075 par. 36-37.

⁷ Voir par exemple *Arrouart c. Anacolor inc.*, 2019 QCCS 4795, par. 20 : « Comme discuté plus haut, la considération principale de l'Entente pour les membres du groupe n'est pas financière. L'objectif véritable poursuivi, à la fois dans l'action collective et dans l'injonction, était de trouver un remède utile aux problèmes environnementaux découlant du rapprochement progressif des voisins de l'usine au fil du développement urbain et des moyens de production de celle-ci. »; *Bramante c. Restaurants McDonald du Canada limitée*, 2021 QCCS 955, par.21.

⁸ *Valiquette c. Groupe TVA inc.*, 2021 QCCS 161, par.57-59; *Zakem c. Rogers Communications Canada inc.*, 2021 QCCS 162, par.38-40.

⁹ Catherine Piché et André Lespérance, « L'action collective comme outil de prévention, d'évitement et de dissuasion », *Colloque national sur l'action collective – développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis* (2016 : Montréal, Québec), pp. 61 à 98.

poursuivis »¹⁰. De même, ils soulignent qu'environ un mois après l'institution d'une action collective contre plusieurs compagnies de télécommunication pour les frais d'itinérance jugés abusifs, ceux-ci sont passés de 5\$ à 10\$ par mégaoctet à 7,99\$ pour 50 mégaoctets¹¹.

Ainsi, l'indemnisation des membres ne doit pas être le seul critère à l'aune duquel mesurer le succès d'une action collective.

2. Le problème des délais

TJL partage le constat exprimé sur la problématique des délais, laquelle se répercute sur l'équité du processus – les délais profitant systématiquement à la défense –, sur le taux de réclamation des membres et, bien évidemment, sur le système de justice lui-même. Nous sommes d'accord qu'il faut trouver des solutions.

Force est de constater que le changement de culture ne viendra pas de la défense, puisqu'elle tire profit des délais, par exemple lorsque la demande abandonne certains arguments, ne fait pas trancher certaines objections ou renonce à obtenir certains documents visés par une objection, dans le but d'accélérer la mise en état du dossier. Les avocats en demande, sans être exemplaires non plus, font généralement ce qu'ils peuvent pour accélérer les procédures. Toutefois, nous dénonçons une certaine pratique en demande, beaucoup moins répandue aujourd'hui à la suite des interventions des tribunaux et de l'adoption de l'article 577 CPC, qui consiste à déposer rapidement une action collective dans le seul but d'occuper le terrain et à demander ensuite la suspension de l'instance au bénéfice d'une action collective identique ou similaire entreprise dans une autre province canadienne.

Depuis la mise en place de l'équipe restreinte de la chambre des actions collectives dans le district de Montréal, le déroulement de l'autorisation s'en trouve grandement accéléré, bien qu'il y ait encore place à amélioration. Le problème des délais est cependant particulièrement criant à l'étape du fond. Fort du succès du projet pilote de l'équipe restreinte de juges dans le district d'appel de Montréal, le mandat de celle-ci a été récemment élargi pour couvrir la gestion des dossiers jusqu'à la mise en état. Cette innovation ne peut qu'être saluée et mène déjà à

¹⁰ *Id.*, p.91.

¹¹ *Id.*, p.93, référant à *Sibiga c Fido Solutions inc.*, 2014 QCCS 3235.

des améliorations concrètes que nous constatons dans la pratique. Nous estimons que l'équipe restreinte dans le district de Montréal fait la preuve de son efficacité.

Selon nous, le changement s'opérera par les tribunaux d'abord et avant tout. Certains juges sont déjà très proactifs dans la gestion des dossiers qui leur sont assignés et leur implication a un impact direct sur la réduction du délai de mise en état de ces dossiers. Il faut que les juges désignés pour gérer une instance d'action collective disposent des ressources et des bons outils pour gérer activement et efficacement ces dossiers, ce qui implique que plus de temps soit dégagé dans leur horaire pour le faire.

La gestion particulière est censée faciliter et accélérer la mise en état des dossiers qui en font l'objet. Puisque l'action collective fait l'objet d'une gestion particulière, les parties sont dépendantes de l'agenda du juge gestionnaire et n'ont pas accès à la chambre de pratique. Ce qui est censé être un avantage peut donc mener à des délais plus longs que dans un dossier individuel où les demandes incidentes seraient présentées en chambre de pratique. Pensons par exemple à un débat à tenir sur une objection à la transmission d'un document qui s'avère essentiel pour la tenue d'un interrogatoire préalable ou la confection d'un rapport d'expert. Si le juge gestionnaire n'a aucune disponibilité avant plusieurs mois, et rend jugement après un délibéré de plusieurs mois, une année ou plus sera consacrée à cette seule tâche. La défense, sachant que toute demande incidente peut entraîner de tels délais, peut avoir intérêt à les multiplier, ce qu'on observe trop souvent en pratique.

À l'autorisation, un protocole ou échéancier devrait être convenu entre les parties dans les 30 jours de la réponse de la partie défenderesse. Ce protocole devrait prévoir toutes les étapes jusqu'à la date de l'audition de la demande d'autorisation, de même que la dénonciation des moyens de contestation de l'autorisation.

Les Directives de la Cour supérieure pour le district de Montréal prévoient un délai d'un an pour entendre la demande d'autorisation de l'action collective. Ce délai constitue une nette amélioration par rapport à la pratique antérieure. Une fois l'action autorisée, l'instance de l'action collective débute et le délai pour la mise en état est le même que pour les actions civiles, soit 6 mois (art. 173 CPC), comme l'ont rappelé certaines juges. Malgré toutes les bonnes intentions des parties et du tribunal, ce délai s'avère malheureusement irréalisable dans la quasi-totalité des actions collectives. Dans notre expérience, aucune action collective n'a été mise en état dans un délai de 6 mois. *De facto*, l'action collective se retrouve sans encadrement légal véritable pour la mise en état du dossier, ce qui explique en grande partie les délais pour l'audition au fond. Règle générale, les parties demandent d'emblée une prolongation du délai de 6 ou 12 mois, parfois plus, qui

est rarement refusée et, dans la plupart des cas, inscrivent après ce délai. Un délai plus réaliste et mieux adapté à la complexité des actions collectives, qui pourrait être de 18 mois, serait, malgré les apparences, plus contraignant car il pourrait mener à une approche plus restrictive des tribunaux à l'égard des demandes de prolongation de délais afin qu'elles deviennent l'exception et non la règle.

Les moyens préliminaires, les incidents et la communication de la preuve mènent à des délais importants. Des propositions plus précises seront abordées dans les sections subséquentes, mais mentionnons déjà que des mesures devraient être mises en place pour éviter la répétition de moyens présentés à l'autorisation et pour faciliter la communication de la preuve.

Par ailleurs, puisque la défense demande systématiquement des délais plus longs que la demande pour inscrire le dossier, un désincitatif à inscrire au-delà du délai de mise en état du *Code de procédure civile* pourrait être considéré, par exemple un cautionnement qui augmenterait année après année, ou encore la capitalisation des intérêts légaux.

Résumé des recommandations pour améliorer les délais

- Favoriser la gestion de l'instance au fond par une équipe restreinte de juges qui dispose de temps dédié aux dossiers d'actions collectives.
- Prévoir la préparation d'un protocole spécifique à l'étape de l'autorisation dans les 30 jours de la réponse de la partie défenderesse.
- Imposer un délai de rigueur de 18 mois pour la mise en état du dossier.
- Requérir la justification pour toute demande de prolongation du délai pour inscrire.
- Éviter la répétition de moyens préliminaires présentés et tranchés lors du débat sur la demande d'autorisation.
- Considérer l'ajout de désincitatifs à inscrire dans un délai supérieur au délai de mise en état du *Code de procédure civile*.

3. L'autorisation de l'action collective

Malgré la jurisprudence favorable à l'autorisation de l'action collective et le degré de preuve requis à cette étape, entre le 1^{er} avril 2019 et le 31 mars 2020, les tribunaux ont rejeté presque autant de demandes d'autorisation d'exercer une action collective qu'ils n'en ont accordées¹². Il semble donc que le proverbial

¹² Fonds d'aide aux actions collectives, [Rapport annuel 2019-2020](#), p.23.

« mécanisme de filtrage » qu'est l'autorisation fonctionne et que les actions collectives sans fondement ne passent pas au travers des mailles de ce filet.

En outre, comme nous l'avons déjà souligné, la problématique des délais à l'autorisation est en voie d'être réglée avec la mise en place de l'équipe restreinte à Montréal.

Conséquemment, il est permis de se demander ce qui justifierait de modifier une procédure qui fonctionne bien, qui a fait l'objet de nombreux amendements législatifs dans les dernières années et qui est encadrée par une jurisprudence stable. Les propositions du Laboratoire à cet égard sont créatives et ingénieuses, mais elles peuvent créer des problèmes et ne sont pas selon nous la solution aux problèmes visés par la réforme. Nous sommes d'avis ces propositions n'auraient pas d'impact significatif sur la réduction des délais et que, au contraire, l'incertitude qui serait créée par d'éventuelles modifications au processus d'autorisation serait susceptible d'entraîner davantage d'appels et plus de délais.

Ainsi, nous soumettons que la demande d'autorisation devrait demeurer. C'est par cette procédure que le représentant est autorisé à agir judiciairement pour d'autres personnes sans mandat. De plus, les allégations de cette demande visent en grande partie le caractère collectif du recours et la représentation adéquate des membres, allégations qui ne sont plus pertinentes une fois le recours autorisé. Éliminer la demande d'autorisation n'entraînerait qu'un bénéfice marginal puisqu'il faudrait de toute façon modifier la demande introductive d'instance après l'autorisation.

En ce qui a trait au critère d'apparence de droit, le nombre d'actions collectives dont l'autorisation est refusée sur la base de ce critère devrait suffire à convaincre qu'il est important de le conserver. La Cour suprême du Canada s'est penchée à cinq reprises dans les 10 dernières années sur le processus d'autorisation de l'action collective au Québec. Après les arrêts *Infineon*, *Vivendi*, *L'Oratoire*, *Volkswagen* et *Asselin*, on peut sans crainte affirmer que la jurisprudence relative aux critères d'autorisation est stable. Si le législateur modifiait à nouveau cette procédure pour s'en remettre à des demandes en rejet, combien d'audiences à la Cour suprême faudrait-il encore pour atteindre de nouveau la même stabilité? Et pour quel gain? Comme le dit le dicton américain, « If it ain't broken don't fix it ».

De la même façon, nous pensons qu'il s'agirait d'une erreur de codifier un principe de proportionnalité ou de « préféralité ». La proportionnalité est déjà codifiée dans les principes généraux du *Code de procédure civile*, elle s'applique à toutes les instances civiles, incluant l'action collective. Les tribunaux ont reconnu que la proportionnalité militait *en faveur* de l'autorisation des actions collectives. Il semble donc inapproprié. Il n'est pas judicieux de vouloir en faire un critère visant à limiter

l'autorisation des actions collectives. Les recours qui pâtiraient d'un tel ajout seraient surtout ceux pour lesquels ce n'est pas d'abord l'argent qui est en jeu, mais le bénéfice sociétal, ceux où l'on recherche davantage à atteindre l'objectif de dissuasion que celui de compensation.

Dans les provinces de common law, le critère de la « procédure préférable » est examiné notamment au regard de la prédominance des questions communes. La « préférabilité » de l'action collective comme voie procédurale et la prédominance des questions communes y ont servi de motifs pour rejeter des actions collectives qui présentaient un réel bénéfice sociétal, notamment en matière environnementale¹³. On observe aussi que ce critère ouvre la porte à une plus grande discrétion judiciaire, laquelle n'existe pas actuellement en droit québécois¹⁴.

Quoique nous nous prononcions contre une réforme majeure de cette nature, nous soumettons des pistes de solution afin de poursuivre la réduction des délais déjà observée.

D'abord, le délai d'un an pour l'audition de la demande d'autorisation qui a été incorporé aux Directives pour le district de Montréal (article 231) pourrait être inscrit dans le *Code de procédure civile*, au même titre que le délai pour l'inscription de toute action en justice. Nous estimons que le respect de ce délai est tout à fait réalisable dans la grande majorité des dossiers. Pour cela, il faut effectivement des échéances rapprochées, tel que proposé par le Laboratoire et le document de consultation.

Pour y parvenir, il serait utile de planifier une première conférence de gestion automatique dans les 30 jours de la dernière signification de la demande d'autorisation, lors de laquelle les parties devraient présenter conjointement ou débattre d'un échéancier prévoyant les moyens préliminaires propres à la demande d'autorisation. Cette conférence de gestion serait aussi l'occasion pour la partie défenderesse de dénoncer ses moyens de contestation des critères d'autorisation, et pour le tribunal de fixer la ou les dates d'audience de la demande d'autorisation.

Par ailleurs, tous les moyens déclinatoires et d'irrecevabilité devraient être plaidés dès le stade de l'autorisation. Les autres moyens, notamment les demandes de précision et de radiation, devraient être déférés au fond.

¹³ *Paron v Alberta (Environmental Protection)*, 2006 ABQB 375, *MacQueen v Sydney Steel Corp.*, 2011 NSSC 484.

¹⁴ Voir notamment *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 par. 66-67.

Dans un souci d'économie de temps et de ressources judiciaires, la modification de la demande d'autorisation ne devrait pas nécessiter l'autorisation du tribunal. Comme le demandeur n'a pas à demander de permission pour déposer sa demande d'autorisation, il est incongru d'exiger qu'il demande la permission de la modifier. Le contrôle des allégations s'effectuera lors du débat sur l'autorisation de la demande. Le défendeur conserverait toutefois le droit de contester une modification, comme pour toute autre procédure, conformément aux articles 206 et 207 CPC.

Nous souscrivons à la proposition de continuer à adopter une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise au stade de l'autorisation. Il est aisé de constater à quel point l'approche restrictive a accéléré et simplifié les débats sur la demande d'autorisation. Le volume de preuve produit à l'autorisation est un frein important à l'efficacité de cette étape.

On observe de plus que, bien que le tribunal en autorise encore assez souvent le dépôt, la déclaration sous serment est rarement un élément déterminant dans le débat sur la demande d'autorisation. Conceptuellement, il est difficile d'imaginer comment un témoignage par déclaration assermentée pourrait prouver qu'une allégation de la demande est manifestement fausse. De plus, comme le mentionnait récemment le juge Davis, « often these declarations are replete with subjective assessments of the declarant, as opposed to objective documentary evidence that might better assist the Court to determine the falsity or patent unlikelihood of the allegations of an authorization application »¹⁵. Cela justifie d'autant la méfiance que devraient avoir les tribunaux à l'égard de ce type de preuve lorsqu'il ne s'agit que de déterminer si les allégations sont frivoles ou manifestement mal fondées.

Il serait également utile de prévoir, dès le stade de l'autorisation, une obligation de divulgation de la part de toutes les parties des informations qu'elles détiennent sur la taille du groupe ou des informations qui pourraient permettre de l'estimer. Cela pourrait favoriser les règlements plus rapides et mieux informés.

Nous suggérons enfin de spécifier que la possibilité d'un appel sur permission d'une demande d'autorisation accueillie ne suspende pas les délais. Depuis le changement législatif l'ayant permis en 2016, un seul appel a été accueilli en totalité de façon à rejeter l'action collective¹⁶ et une poignée d'autres ont été partiellement accueillis, par exemple pour modifier la définition du groupe ou encore les questions communes. Il s'agit d'une source de délais importante, pour un résultat très mitigé.

¹⁵ *Thiel c. Facebook inc.*, 2021 QCCS 553, par. 27.

¹⁶ *Rozon c. Les Courageuses*, 2020 QCCA 5.

Résumé des recommandations sur l'autorisation

- Inscrire le délai d'un an pour l'audition de l'autorisation dans le *Code de procédure civile*.
- Planifier une première conférence de gestion automatique dans les 30 jours de la dernière signification de la demande d'autorisation, lors de laquelle l'audience de la demande d'autorisation est fixée.
- Prévoir que tous les moyens déclinatoires et d'irrecevabilité doivent être plaidés à l'autorisation et que les autres moyens doivent être déferés au fond.
- Préciser qu'une demande n'est pas requise pour modifier la demande d'autorisation.
- Continuer à adopter une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation.
- Prévoir une obligation de divulgation de la part de toutes les parties des informations qu'elles détiennent sur la taille du groupe.
- Préciser que l'appel sur permission d'une demande d'autorisation accueillie ne suspend pas les délais de l'action collective au fond.

4. L'étape du fond

Un des principaux problèmes identifiés par le Laboratoire sur les actions collectives est les délais importants dans le déroulement de l'action collective. Les réformes précédentes de l'action collective ainsi que la mise sur pied de la chambre des actions collectives ont permis de réduire considérablement les délais à l'étape de l'autorisation. Il est maintenant temps de se tourner vers l'étape principale de l'action collective, soit le fond. Dans la section sur les délais, nous avons abordé la principale solution selon nous qui est la modification du délai de mise en état. Nous aborderons ici d'autres pistes de solutions susceptibles d'accélérer et d'améliorer le déroulement de l'instance.

L'action collective a gagné en maturité depuis la réforme de 2002 et aujourd'hui, un nombre grandissant d'actions collectives procèdent au fond et se rendent à procès. Cette nouvelle réalité amène de nouveaux défis de gestion et des délais qui révèlent des failles dans l'encadrement législatif de ces actions, souvent complexes, qui ultimement nuisent à l'accomplissement des objectifs de l'action collective. Les délais pour la mise en état et les coûts pour mener à terme une action collective sont un obstacle important à un réel accès à la justice pour les membres du groupe alors que la répétition et la multiplicité des débats, la communication de la preuve et la gestion de l'instance atténuent bien souvent les

économies potentielles des ressources judiciaires. Sans réel accès à la justice, la réalisation de l'objectif de dissuasion est grandement diminuée.

Le protocole de l'instance est un outil primordial dans la gestion des délais de toute action en justice, y compris l'action collective. Les parties doivent déposer un protocole dans les 45 jours de la signification de l'avis d'assignation (art. 149 CPC) en utilisant le modèle de la Cour supérieure du Québec. Or, ce modèle unique s'applique à toute action en justice et n'est pas adapté à l'action collective. Il serait souhaitable qu'un modèle de protocole spécifique à l'action collective soit mis à la disposition des parties afin de mieux prévoir et encadrer les enjeux propres à l'action collective, notamment, l'interrogatoire des membres du groupe, la révision du jugement d'autorisation et la communication de documents, y compris les débats d'objections et de confidentialité qui en découlent.

Par ailleurs, la pratique habituelle de ne fixer les dates de procès qu'une fois le dossier en état crée inévitablement un long hiatus, généralement de un à deux ans, entre la fin de la mise en état et le début du procès. Permettre aux juges gestionnaires de fixer les dates de procès avant la fin de la mise en état éliminerait ce délai inutile et forcerait les parties à s'assurer que la mise en état soit complétée avant le début du procès.

Ensuite, afin de mieux outiller les tribunaux pour gérer les complexités des actions collectives et accélérer les délais, ils doivent disposer de larges pouvoirs discrétionnaires permettant d'adapter les règles de procédures civiles à chaque situation particulière. Sous l'ancien *Code de procédure civile* (« aCPC »), l'article 1045 prévoyait ce qui suit :

1045. Le tribunal peut, en tout temps au cours de la procédure relative à un recours collectif, prescrire des mesures susceptibles d'accélérer son déroulement et de simplifier la preuve si elles ne portent pas préjudice à une partie ou aux membres; il peut également ordonner la publication d'un avis aux membres lorsqu'il l'estime nécessaire pour la préservation de leurs droits.

Cet article qui était contenu au chapitre des actions collectives a malheureusement disparu lors de la réforme de 2016 alors qu'il avait été utilisé à maintes reprises par les tribunaux afin de prescrire des mesures efficaces, notamment pour la gestion de la preuve. Le retour de cet article permettrait de doter le tribunal de pouvoirs de gestion accrus afin d'accélérer le déroulement de l'action collective.

Dans la grande majorité des actions collectives, des demandes de communication de documents sont notifiées par le demandeur au(x) défendeur(s). Selon l'ampleur du dossier, ces demandes peuvent souvent viser des centaines, voire des milliers de documents, et entraîner des délais de communication de plusieurs mois, voire même de plus d'un an. Cette étape de l'action collective crée bien souvent un

goulot d'étranglement et retarde indument le déroulement de l'instance. Les communications sont souvent partielles ou contestées, ce qui entraîne d'inévitables débats d'objections.

Bien qu'elles puissent malgré tout être efficaces dans plusieurs cas, les règles de communication de documents ne sont pas toujours adaptées aux procédures complexes comme l'action collective, surtout lorsque celle-ci vise une longue période ou des pratiques qui se sont déroulées à grande échelle. Dans ce contexte, nous croyons qu'il serait souhaitable que les tribunaux puissent s'inspirer des règles de common law en la matière en ordonnant, lorsque le tribunal l'estime nécessaire, la production par le défendeur d'une liste des documents pertinents (*affidavit of documents*) afin de faciliter la communication des documents, d'éviter que le défendeur puisse bénéficier du déséquilibre informationnel particulièrement important en action collective et de réduire le nombre et la durée des débats sur les objections. Une telle approche pourrait être possible notamment par le retour de l'article 1045 aCPC et serait en phase avec l'article 20 CPC qui imposent aux parties un devoir de coopération et d'information sur les faits et les éléments susceptibles de favoriser un débat loyal.

Par ailleurs, la communication des informations concernant les membres du groupe continue de soulever des débats dans plusieurs dossiers. Selon l'état actuel du droit, le demandeur n'obtient que très rarement des informations nominales sur les membres du groupe, le privant ainsi de la possibilité de communiquer avec eux afin d'obtenir des informations pertinentes pour constituer sa preuve et préparer le procès. Nous croyons qu'il serait souhaitable que le législateur encadre la communication de ces informations en imposant aux parties un devoir de divulgation proactive des informations relatives aux membres du groupe tout en respectant le caractère privilégié de certaines informations communiquées par les membres du groupe aux avocats en demande. Un tel encadrement favorisant la communication des informations sur les membres du groupe pourrait permettre également de mieux cerner les questions collectives.

Certains dossiers peuvent se prêter à un traitement expéditif, notamment lorsque les faits sont peu ou pas contestés et que le débat porte principalement sur une question de droit. D'ailleurs, le tribunal est tenu de trancher à l'autorisation une pure question de droit lorsque l'issue du litige en dépend¹⁷. Toutefois, lorsque cette question est tranchée en faveur du demandeur, aucun bénéfice en découle pour les étapes subséquentes et les parties doivent procéder selon les règles usuelles du déroulement de l'instance avec les délais qui y sont rattachées. Il serait souhaitable dans ces cas de s'inspirer des provinces de *common law* qui

¹⁷ L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J., 2019 CSC 35, par. 55.

bénéficient d'une procédure de jugement sommaire (*summary judgment*) permettant aux parties de procéder rapidement au procès sans administration de preuve autre que des déclarations assermentées et des documents. Nous croyons que l'ajout de cette procédure devrait être envisagé dans le cadre de la réforme et pourrait s'harmoniser avec les larges pouvoirs discrétionnaires de l'article 1045 aCPC.

L'interrogatoire des membres du groupe peut être également être une source importante de délais. Malgré que l'article 587 CPC interdise l'interrogatoire des membres du groupe sauf exception, ces interrogatoires sont plutôt la règle et, dans notre expérience, peuvent engendrer un délai d'au moins un an entre le dépôt de la demande pour interroger des membres du groupe et la fin des interrogatoires. De plus, nous notons une tendance dans les dernières années à repousser cette demande vers la fin du déroulement de l'instance, ce qui peut retarder la mise en état du dossier. Afin d'éviter de tels délais additionnels, il serait souhaitable que l'article 587 CPC précise que la demande doit être présentée dans les 60 jours suivant l'interrogatoire du demandeur, sauf exception. Par ailleurs, considérant que les membres du groupe qui peuvent être interrogés sont souvent dispersés géographiquement, des modes alternatifs à l'interrogatoire oral en personne devraient être privilégiés, comme l'interrogatoire par visioconférence ou l'interrogatoire écrit.

À l'étape de l'autorisation, il est fréquent que les défenderesses demandent et obtiennent la permission d'interroger le représentant ou de présenter un moyen préliminaire. Comme mentionné précédemment, les moyens préliminaires permis devraient être limités aux questions de compétence, de litispendance et de chose jugée. Toutefois, il arrive que certains autres moyens préliminaires, par exemple des demandes de précisions et de communication de documents, soient présentés avant l'autorisation et présentés à nouveau une fois l'action collective autorisée. La répétition de ces moyens retarde inutilement le déroulement de l'instance et occupe de précieuses ressources judiciaires.

Il en va de même pour l'interrogatoire du demandeur qui peut être tenu sur permission à l'étape de l'autorisation, alors qu'il est permis de plein droit une fois l'action collective autorisée. Cet interrogatoire n'est pas toujours permis à l'autorisation et, lorsqu'il l'est, est généralement limité à certains thèmes concernant les critères d'autorisation. Or, parmi ces thèmes, le critère de l'apparence de droit (575(2) CPC) est invariablement le sujet principal de l'interrogatoire du représentant une fois l'action collective.

Pour éviter de dédoubler ces étapes, si le demandeur est interrogé sur le fondement de son recours avant l'autorisation, l'interrogatoire du demandeur une

fois l'action collective autorisée ne devrait pas pouvoir porter sur les thèmes sur lesquels il a déjà été interrogé. De même, lorsqu'un moyen préliminaire est présenté à l'autorisation, il ne devrait pas pouvoir être présenté à nouveau après l'autorisation. Toutefois, un tel interrogatoire ou moyen préliminaire pourrait être permis en cas de nouvelles allégations ou de preuve nouvelle.

Résumé des recommandations sur l'étape du fond

- Adopter un modèle de protocole de l'instance spécifique à l'action collective.
- Permettre au juge gestionnaire de fixer les dates de procès avant la fin de la mise en état du dossier.
- Réintroduire l'article 1045 aCPC.
- Permettre des adaptations aux règles de communication de documents, dont la liste de documents pertinents (*affidavit of documents*).
- Imposer la communication des informations concernant les membres du groupe.
- Prévoir une procédure de jugement sommaire pour accélérer le déroulement des actions collectives lorsque les circonstances s'y prêtent.
- Fixer un délai de 60 jours après l'interrogatoire du demandeur pour présenter une demande pour interroger des membres du groupe et favoriser l'interrogatoire par visioconférence et l'interrogatoire écrit.
- Soumettre à une permission les moyens préliminaires et l'interrogatoire du demandeur lorsqu'ils ont été présentés ou eu lieu à l'étape de l'autorisation, sauf en présence d'allégations ou de preuve nouvelles.

5. Les honoraires des avocats en demande et les transactions

Le mode de rémunération des avocats en demande est généralement basé sur un pourcentage des sommes recouvrées pour les membres du groupe en cas de succès au procès ou de règlement. Dans le contexte où les actions collectives se déroulent sur plusieurs années¹⁸, les avocats en demande assument des risques financiers importants.

Le premier risque est de ne recevoir aucune somme pour le temps et les ressources investies en cas d'échec de l'action collective. Les avocats

¹⁸ Une transaction à l'étape du fond n'intervient, en moyenne, qu'après six ans et 327 jours : Rapport du Laboratoire, p. 23.

s'aventurent donc dans une action collective pouvant se dérouler sur plusieurs années sans aucune garantie d'être payés pour les centaines, voire milliers, d'heures qu'ils devront travailler pour mener à terme un dossier. Le temps investi dans ces dossiers comporte également un coût d'opportunité important.

Le deuxième risque est l'écoulement du temps avant d'être rémunérés pour leur travail. Contrairement aux avocats en défense qui perçoivent des honoraires sur une base régulière, souvent mensuelle, tout au long de l'action collective, les avocats en demande doivent attendre souvent plusieurs années avant de recevoir des honoraires. Toutefois, comme tout cabinet d'avocats, ils doivent pendant cette période assumer les dépenses d'exploitation du cabinet ainsi que des déboursés souvent très importants pour mener à terme l'action collective.

Le troisième risque est que la convention d'honoraires convenue entre le demandeur et ses avocats, qui est présumée valide, soit modifiée par le tribunal. Il est important de rappeler que tout paiement d'honoraires doit être approuvé par le tribunal qui dispose d'une grande discrétion dans l'évaluation du caractère raisonnable des honoraires demandés. À titre d'exemple, dans le cadre d'un règlement intervenu un mois avant le début du procès de l'action collective concernant l'éclosion de légionellose à Québec en juillet 2012, le tribunal a conclu au caractère juste et raisonnable de l'entente, mais a réduit les honoraires de 30% prévus à la convention d'honoraires à 18,2%¹⁹. Cet exemple démontre toute l'incertitude quant à la rémunération des avocats même en cas de succès.

Soulignons que le Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC) peut accorder une aide financière aux demandeurs, mais cette aide est discrétionnaire et bien souvent marginale. Avant d'entreprendre une action collective, le demandeur ignore si le FAAC acceptera de l'aider financièrement et, lorsque l'aide est accordée, elle couvre qu'une partie des heures travaillées à un taux horaire variant de 75\$ à 125\$ selon l'expérience des avocats. L'aide financière peut également couvrir une partie des déboursés, à la discrétion du FAAC, y incluant les frais d'expertise. Malgré cette aide, le risque financier des avocats en demande demeure très important.

L'exemple des dossiers *Marcotte c. Banque de Montréal* et *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, dans lesquels nous agissions en demande, permet de mieux saisir l'ampleur des risques assumés par les avocats en demande. Dans sa décision approuvant les honoraires ainsi que le

¹⁹ Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale, 2018 QCCS 5313.

remboursement du financement obtenu de tiers, le tribunal a retenu les faits suivants quant aux risques que nous avons assumés²⁰ :

- 1- la demande d'approbation des honoraires a été présentée 12 ans après le début des procédures,
- 2- les procureurs du demandeur ont consacré environ 13 650 heures à ces dossiers pendant cette période,
- 3- la responsabilité professionnelle est en jeu vis-à-vis les membres du groupe alors que les enjeux financiers dépassaient la couverture d'assurance des avocats en demande,
- 4- après 16 ans d'activités, les ressources du cabinet étaient insuffisantes pour poursuivre les activités, malgré un recours intensif au crédit et une rémunération des avocats salariés sur une base de partage de risque,
- 5- tous les actifs personnels des associés ont été donnés en garantie pour le crédit obtenu et les associés ont liquidé la quasi-totalité de leur épargne retraite afin de permettre la survie du cabinet, et
- 6- les associés ont dû se tourner vers des firmes de financement de litiges afin de financer le recours.

Chaque cas en est un d'espèce, mais cet exemple démontre l'ampleur des risques auxquels peuvent s'exposer les avocats en demande au moment où ils s'aventurent dans une nouvelle action collective. Dans ce cas, le montant total des honoraires accordés était important (25% pour une somme totale d'environ 13,5M\$), mais reflétait l'ampleur du risque assumé par les avocats. Toutefois, selon les données compilées par le Laboratoire, lorsque des honoraires sont accordés aux avocats en demande, donc sans prendre en considération les actions collectives qui n'ont mené au versement d'aucun honoraire, la moyenne est de 929 257,23\$ alors que la médiane est 189 854,38\$. L'écart entre ces données s'explique par les quelques dossiers où des honoraires de plusieurs millions de dollars ont été accordés alors que dans plus de la moitié des dossiers les honoraires accordés sont inférieurs à 200 000\$. Il faut donc éviter de monter en épingle quelques cas anecdotiques repris dans les médias qui ne sont pas représentatifs. Par ailleurs, afin de contextualiser les honoraires des avocats en demande, il serait intéressant de comparer leurs honoraires avec ceux perçus par les avocats en défense pour un même dossier.

Dans ce contexte, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de resserrer le processus d'approbation des honoraires, mais que certaines mesures pourraient être mises en place bien qu'elles ne relèvent pas nécessairement d'une réforme législative. Les tribunaux disposent présentement des outils et de la discrétion

²⁰ *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915.

nécessaires pour vérifier le caractère juste et raisonnable et réduire les honoraires demandés lorsqu'ils sont déraisonnables eu égard aux circonstances propres à un dossier.

Nous sommes d'accord que les honoraires soient fixés en fonction de l'avancement du dossier et du montant des sommes perçues par les membres du groupe. Ces critères sont en fait déjà considérés par les tribunaux pour l'approbation des honoraires. Ainsi, les tribunaux ont déjà reconnu que les conventions d'honoraires devraient prévoir des pourcentages progressifs selon l'avancement du dossier et dégressifs à partir de l'obtention d'un certain montant ou un montant maximal²¹. Nous sommes donc d'avis qu'aucune intervention législative n'est requise à cet égard. Toutefois, un guide des meilleures pratiques élaboré par le Barreau du Québec, comme il l'a fait dans le domaine des actions collectives pour les avis aux membres et la distribution du reliquat, pourrait certainement être utile et guider les praticiens et les tribunaux.

Alors que la méthode du pourcentage est privilégiée par les tribunaux et les praticiens, la méthode du multiplicateur est souvent utilisée dans l'analyse de la raisonnabilité des honoraires. Or, comme mentionné par le Laboratoire, cette méthode n'encourage pas l'efficacité des avocats et occulte la valeur des services rendus. De plus, cette méthode soulève la question du taux horaire des procureurs, alors que certains cabinets, comme le nôtre, ne facturent aucun dossier sur une base horaire. La détermination du taux horaire est alors largement arbitraire. Nous croyons que ce critère devrait être évacué de l'analyse ou, à tout le moins, son importance grandement diminuée.

Nous sommes en désaccord avec les recommandations visant à lier les honoraires avec les taux de réclamation dans le cadre d'un recouvrement collectif. La somme mise à la disposition des membres grâce au travail des avocats doit constituer la base sur laquelle les honoraires sont calculés. En effet, le taux de réclamation relève de plusieurs facteurs souvent hors de contrôle des avocats en demande. L'écoulement de plusieurs années entre la faute et l'obtention d'une indemnisation ainsi que l'absence de coordonnées des membres du groupe ont un impact direct sur les taux de réclamation. D'autres facteurs peuvent également influencer le taux de réclamation, comme la valeur des réclamations individuelles et la collaboration de la partie défenderesse qui détient souvent davantage d'informations sur les membres du groupe que les avocats du demandeur. De plus, le succès de l'action collective ne se mesure pas qu'à la valeur des sommes distribuées. Le reliquat qui subsiste à l'issue de la distribution d'un recouvrement collectif constitue une forme d'indemnisation des membres, bien qu'indirecte. Il ne faudrait pas perdre de vue

²¹ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200, par. 108.

également les bénéfices non monétaires comme les changements de pratique, la dissuasion, la clarification d'un point de droit, la mise au jour d'une pratique industrielle inacceptable, le dépouillement des défendeurs des sommes fruits de sa conduite illégale, etc.

Même en l'absence de ces facteurs pouvant affecter le taux de réclamation, il est possible qu'il soit bas, un phénomène qui n'est pas exclusif à l'action collective. Dans le cadre de la pandémie de COVID, Air Canada a mis sur pied au printemps 2021 un programme de remboursement des billets d'avion pour les vols qui n'ont pu être effectués. Air Canada a communiqué directement avec ses clients pour les informer du programme de remboursement. Or, à l'issue de la première période de remboursement, seulement 40% des clients avaient présenté une demande de remboursement²².

Soulignons que les avocats en demande sont soumis à des règles déontologiques et agissent, sauf quelques malheureuses exceptions, de bonne foi et dans le meilleur intérêt des membres afin d'obtenir le meilleur taux de réclamation possible. Par ailleurs, la grande discrétion accordée aux tribunaux leur permet de prévoir des retenues, généralement entre 5% et 15%, jusqu'à la fin de processus de distribution afin d'en contrôler la qualité lorsque les circonstances l'exigent. Selon nous, une modification législative visant à lier les honoraires aux taux de réclamation n'est donc pas souhaitable.

Toutefois, lorsqu'une transaction ne prévoit qu'un processus de recouvrement individuel, nous sommes d'avis que les honoraires devraient être liés aux indemnités distribuées afin de pouvoir en apprécier le caractère juste et raisonnable. Une telle manière de procéder permet d'empêcher des transactions où les avocats du demandeur pourraient recevoir une somme forfaitaire pour leurs honoraires alors que le bénéfice ultime pour les membres est inconnu et pourrait s'avérer faible en bout de piste. De la même manière, nous sommes d'avis que dans le cas d'une transaction prévoyant le versement de coupons rabais aux membres du groupe, les avocats en demande devraient être rémunérés, du moins partiellement, qu'une fois que sera connue la valeur de coupons réellement utilisés par les membres du groupe.

Nous sommes d'avis que la désignation d'un *amicus curiae* n'est pas nécessaire dans la plupart des cas. Nous devons présumer que les tribunaux sont en mesure d'analyser la raisonnable des honoraires et d'une transaction et que les avocats se conforment à leurs obligations déontologiques. Nous comprenons toutefois que ces étapes se déroulent de consentement ou sans contestation et que les

²² <https://www.newswire.ca/fr/news-releases/air-canada-prolonge-de-30-jours-sa-politique-de-remboursement-liee-a-la-covid-19-810366644.html>

tribunaux sont privés d'un débat contradictoire. De plus, certaines transactions, par exemple celles qui prévoient une indemnisation uniquement en coupons rabais ou qui interviennent très tôt dans le processus judiciaire, alors que le juge n'a qu'une connaissance sommaire du dossier en l'absence de preuve administrée peuvent le placer dans une situation difficile. Le juge devrait ainsi pouvoir désigner un *amicus curiae* lorsqu'il l'estime nécessaire et que les circonstances l'exigent. Nous sommes d'avis qu'aucune intervention législative n'est nécessaire car les tribunaux peuvent déjà nommer un *amicus curiae* en vertu de leurs pouvoirs inhérents²³.

Finalement, nous sommes favorables à la recommandation de séparer formellement l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires, ce qui formaliserait en fait une pratique répandue à cet égard.

Résumé des recommandations sur les honoraires et les transactions

- Favoriser des conventions d'honoraires prévoyant des pourcentages progressifs selon l'avancement du dossier et dégressifs à partir de l'obtention d'un certain montant ou un montant maximal par l'adoption d'un Guide des meilleures pratiques élaboré par le Barreau du Québec.
- Éliminer la méthode du multiplicateur comme critère d'évaluation du caractère raisonnable des honoraires.
- Approuver les honoraires des avocats en demande qu'à la fin du processus de réclamation lorsque la transaction prévoit qu'un recouvrement individuel.
- Approuver les honoraires des avocats en demande qu'une fois que sera connue la valeur de coupons réellement utilisés par les membres du groupe lorsque la transaction prévoit le versement de coupons rabais.
- Séparer formellement l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires.

6. Le Fonds d'aide aux actions collectives

Nous sommes d'avis que la réforme devrait comprendre une réforme en profondeur des règles régissant le FAAC. À cet égard, nous appuyons le mémoire déposé par le Barreau du Québec.

²³ *Abisira c. Johnston*, 2019 QCCA 657, par 80.

7. Varia

Nous sommes d'avis que la réforme de l'action collective serait une occasion privilégiée d'aborder certaines modifications qui peuvent paraître à première vue de moindre importance, mais qui permettraient de mettre fin à certains débats jurisprudentiels ou à des pratiques contraires à la réalisation des objectifs de l'action collective et aux intérêts des membres. Ces modifications pourraient comprendre notamment :

- 1- Permettre que la définition du groupe ne comporte aucune date limite. Il n'est pas rare qu'une action collective soit autorisée alors que la pratique reprochée se poursuit. Dans ce contexte, certaines décisions autorisent une définition de groupe ouvert, c'est-à-dire sans date limite, alors que d'autres estiment cette pratique contraire aux règles de procédures.
- 2- Prévoir la supériorité de la notification directe de l'avis aux membres par rapport à la publication afin d'assurer une plus grande efficacité dans les modes d'information des membres du groupe. Encore aujourd'hui, plusieurs avis sont publiés dans les journaux alors que des méthodes plus efficaces sont disponibles.
- 3- Prévoir une exception à la règle de la signification de la demande introductive d'instance par huissier. Dans la quasi-totalité des cas, les défendeurs sont représentés par les mêmes avocats qu'à l'autorisation. Cette obligation entraîne des coûts inutiles et, en cas de signification internationale selon l'article 494 CPC, entraîne des coûts additionnels de traduction et des délais de plusieurs mois.
- 4- Encadrer strictement les transactions qui ne prévoient qu'un versement de coupons rabais. Dans plusieurs cas, cette pratique n'est pas dans le meilleur intérêt des membres et peut servir davantage les intérêts personnels des avocats en demande.
- 5- Prévoir la possibilité de rémunérer ou indemniser le représentant. Présentement, l'article 593 CPC interdit toute forme de rémunération alors que des représentants investissent une impressionnante quantité de temps et d'efforts eu égard à leur propre intérêt financier bien souvent limité. Un encadrement strict permettrait d'éviter un risque de professionnalisation du rôle de représentant qui s'avère, selon nous, plutôt théorique considérant la grande retenue des tribunaux québécois.

**PERSPECTIVES DE
RÉFORME DE
L'ACTION
COLLECTIVE AU
QUÉBEC**

**CONSULTATIONS
PUBLIQUES**



**MÉMOIRE DÉPOSÉ AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE
LE 30 SEPTEMBRE 2021**

TABLE DES MATIÈRES

I.	<u>INTRODUCTION ET COMMENTAIRES PRÉLIMINAIRES</u>	2
A)	<u>INTRODUCTION</u>	2
B)	<u>PLAN DU MÉMOIRE ET SOMMAIRE EXÉCUTIF</u>	2
C)	<u>L'OPPORTUNITÉ D'UNE RÉFORME DES CRITÈRES D'AUTORISATION</u>	4
D)	<u>L'OPPORTUNITÉ D'UNE RÉFORME AU STADE DU MÉRITE</u>	9
II.	<u>COMMENTAIRES SUR LES PROPOSITIONS QUANT À UNE RÉFORME DES ACTIONS COLLECTIVES</u>	9
A)	<u>LES PROPOSITIONS AXÉES SUR LA RÉDUCTION DES DÉLAIS (PROPOSITIONS 1 ET 2)</u>	9
1)	<u>Premier commentaire général : les données et la méthodologie</u>	9
2)	<u>Deuxième commentaire général : la nécessité d'un « changement de culture »</u>	12
3)	<u>Commentaires sur la proposition 1 : encourager la gestion active des dossiers par les parties et par le tribunal</u>	14
4)	<u>Commentaires sur la proposition 2, volet par volet</u>	14
B)	<u>LES PROPOSITIONS VISANT UNE RÉFORME DES CRITÈRES D'AUTORISATION ET « L'INTÉGRATION » DE L'AUTORISATION À L'INSTANCE PRINCIPALE (PROPOSITIONS 3, 4 ET 5)</u>	16
1)	<u>L'« intégration » de l'autorisation à l'instance principale</u>	17
2)	<u>La suppression du critère d'apparence de droit du demandeur et son remplacement par la recevabilité en droit</u>	18
3)	<u>Une proposition alternative – la suppression du critère d'apparence de droit du demandeur et son remplacement par « la bonne foi » et la « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause »</u>	25
4)	<u>Qu'en est-il de la preuve appropriée?</u>	29
5)	<u>L'ajout d'un critère d'opportunité</u>	30
6)	<u>Recommandation quant aux amendements au test de l'autorisation</u>	37
C)	<u>LES PROPOSITIONS RELATIVES AUX HONORAIRES DES AVOCATS EN DEMANDE</u>	39
1)	<u>Commentaires d'ordre général</u>	39
2)	<u>Commentaires sur la proposition 6, volet par volet</u>	41
3)	<u>Commentaires sur la proposition 7</u>	45
4)	<u>Commentaires sur la proposition 8</u>	47

I. INTRODUCTION ET COMMENTAIRES PRÉLIMINAIRES

A) INTRODUCTION

C'est avec optimisme et enthousiasme que le cabinet Woods, s.e.n.c.r.l. (« **nous** », ou « **notre Cabinet** ») dépose le présent mémoire en réponse au document de consultation publié par le gouvernement du Québec en juin 2021. Ce document de consultation résume le rapport préparé en septembre 2019 (le « **Rapport** ») par les chercheurs du Laboratoire des actions collectives de l'Université de Montréal (le « **Laboratoire** »), à l'attention du ministère de la Justice du Québec (le « **Ministère** »).

D'emblée, nous estimons que notre Cabinet est uniquement positionné pour commenter les propositions du Laboratoire. Notre savoir-faire en matière d'actions collectives émane de près de quatre-vingts dossiers traités par notre cabinet et des nombreux succès obtenus pour nos clients depuis sa création il y a vingt-cinq ans. Me James A. Woods, fondateur du cabinet, est d'ailleurs un pionnier des actions collectives au Québec, ayant participé à l'une des premières actions collectives rejetées au stade de l'autorisation, soit *Nadeau c. Esso, Gulf, Shell, Texaco, Irving, BP, Petrofina et Suncor*. Il a également participé à une des premières actions collectives au fond, soit *Buonamici c. Blockbuster Canada*.

Depuis, nous avons été impliqués dans des actions collectives de toutes sortes, notamment en matière de droit de la consommation, responsabilité du fabricant, valeurs mobilières, régimes de retraite, concurrence, santé et protection de la vie privée. Nous avons œuvré dans plusieurs actions collectives à caractère multi-juridictionnel et nous collaborons fréquemment avec des avocats d'autres juridictions, que ce soit au Canada ou ailleurs.

Enfin, nous sommes l'un des rares cabinets qui agit tant du côté de la défense que du côté de la demande. Cette expérience nous permet de bénéficier d'une perspective nuancée quant à la pratique de l'action collective au Québec et les enjeux qui s'y rattachent. Partant, nous avons rédigé le présent mémoire sans le moindre parti-pris : il ne s'agit pas d'avancer nos propres intérêts à titre d'« avocats de la demande » ou d'« avocats de la défense ». Plutôt, nous avons étudié attentivement les propositions du Laboratoire et du Ministère, que nous commentons ci-après, à titre de juristes ayant à cœur l'avancement du droit et l'efficacité de la procédure civile québécoise.

B) PLAN DU MÉMOIRE ET SOMMAIRE EXÉCUTIF

Les propositions de réforme qui se trouvent dans le document de consultation peuvent être regroupées en trois grandes catégories, à savoir :

- Les propositions axées sur la réduction des délais (propositions 1 et 2, commentées à la section II.A);
- Les propositions entourant les critères d'autorisation (propositions 3, 4 et 5, commentées à la section II.B), et

- Les propositions visant les honoraires des procureurs du groupe (propositions 6, 7 et 8, commentées à la section II.C).

Essentiellement, comme il sera détaillé aux pages qui suivent, notre position globale se résume à ce qui suit :

- Il est opportun de réformer le droit de l'action collective au Québec, non pas en raison de quelconque problème associé aux délais inhérents du processus d'autorisation, mais plutôt en raison du fait que le seuil d'autorisation a été rabaissé par interprétation judiciaire des tribunaux d'appel, sans que la loi n'ait changé, à un tel point que les tribunaux ne peuvent pas efficacement filtrer les actions sans mérite;
- Pour les fins de cette réforme, il est important de se rappeler que l'action collective est un véhicule procédural qui ne devrait pas modifier le droit substantif. S'agissant d'un recours introduit pour autrui, sans mandat, l'intervention du tribunal au stade de l'autorisation est cruciale pour protéger les droits de tous les justiciables concernés (tant les membres absents pour qui le représentant se propose d'agir que les parties défenderesses);
- Le test d'autorisation devrait être renforcé en remplaçant le critère d'apparence de droit par un nouveau critère, semblable à ce que propose le Laboratoire. Nous avons identifié deux options :
 - En premier lieu, le critère de l'apparence de droit pourrait être remplacé par un critère de « recevabilité en droit », ce qui rejoint en quelque sorte la proposition du Laboratoire.
 - En deuxième lieu, le critère de l'apparence de droit pourrait être remplacé par le critère applicable aux actions collectives entreprises sous la *Loi sur les valeurs mobilières*, soit l'action « intentée de bonne foi » dans laquelle « il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ».
- Cependant, en contraste avec le Laboratoire, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de changer la structure actuelle du déroulement de l'action collective. Deux étapes distinctes (soit l'autorisation et le mérite) sont nécessaires et le droit du demandeur doit être évalué à l'autorisation. Selon nous, l'« intégration » de l'autorisation à l'instance, telle que proposée, équivaut en réalité à un morcellement du stade de l'autorisation qui multiplie les auditions, brime les droits des parties et ainsi, n'est pas souhaitable.
- Nous proposons plutôt d'introduire le concept d'opportunité. Le concept d'« opportunité » englobe deux concepts subsidiaires, soit la « préférence » (*preferability*) de l'action collective à d'autres recours et la « prédominance » des questions communes par rapport aux questions individuelles. Les deux sont intimement liés au concept de la proportionnalité et méritent, selon nous, d'être intégrés plus explicitement au droit civil québécois.
- Enfin, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de réformer le droit entourant les honoraires des procureurs du groupe.

C) L'OPPORTUNITÉ D'UNE RÉFORME DES CRITÈRES D'AUTORISATION

Pour constater l'opportunité d'une réforme du droit des actions collectives, nous n'avons qu'à référer à la jurisprudence récente qui relevait les écueils du stade de l'autorisation et fait état de la difficulté d'appliquer les critères actuels. En 2016, dans un arrêt renversant une décision de la Cour supérieure, la juge Marie-France Bich de la Cour d'appel exprime sa dissatisfaction avec le système actuel¹ :

[70] Vu l'état du droit en la matière (particulièrement au regard du paragraphe 1003b), qui est le nœud du problème), on peut se demander si ce que la Cour suprême définit comme un mécanisme de filtrage (n'exigeant qu'une simple possibilité d'avoir gain de cause et non pas une possibilité réaliste ou raisonnable) a encore aujourd'hui une vocation utile comme préalable à l'action collective (autrement que pour régler certaines questions plus techniques, comme la description du groupe, la définition précise des questions en jeu ou les modalités de la publicité). [Références omises]

Considérant l'état du droit concernant les critères d'autorisation, qui n'ont jamais été interprétés de façon aussi permissive qu'ils l'ont été dans les dix dernières années, la juge Bich s'interroge alors s'il n'était pas mieux d'éliminer carrément le stade de l'autorisation. Il s'agit de sa préférence souhaitée. Or, ce que l'on retient principalement de sa réflexion, c'est qu'avant tout, la juge Bich appelle à l'action – peu importe la solution retenue² :

[74] L'on rétorquera que si les choses ont tourné ainsi, c'est que les dispositions législatives, qui reposent sur des fondements théoriquement solides, sont mal comprises ou mal appliquées. Cela est possible, je le concède, mais l'affirmation ne résout rien. Je serais de mon côté portée à dire que si la pratique, après 38 ans, n'arrive pas à donner vie à la théorie, c'est que la théorie est défailante ou dépassée ou que le modèle qui prétend l'incarner a besoin d'être non pas simplement rafistolé ou retouché, mais carrément rénové. J'évoque plus haut la possibilité que le processus d'autorisation soit supprimé ou, mieux peut-être, intégré à l'instance elle-même, mais d'autres, avec lesquels on pourrait tout aussi bien être d'accord, suggèrent plutôt de le renforcer, pour lui donner le mordant qu'on lui a jusqu'ici refusé. Quoi qu'il en soit, il serait temps que le législateur se penche sur la question et l'on s'étonne d'ailleurs que la chose n'ait pas été au programme de la dernière réforme du Code de procédure civile.

¹ Charles c. Boiron, 2016 QCCA 1716 au para. 70, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 37366 (4 mai 2017).

² Charles c. Boiron, 2016 QCCA 1716 au para. 74, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 37366 (4 mai 2017).

Deux années plus tard, tout en donnant raison à un demandeur au stade de l'autorisation, la juge Savard (maintenant juge en chef de la Cour d'appel du Québec) cite la juge Bich et exprime, à l'inverse, sa préférence pour un mécanisme d'autorisation renforcé³ :

[29] [...] Certains prônent la suppression de cette autorisation, d'autres, dont je suis, suggèrent plutôt de la renforcer. Mais dans l'attente de la révision de cette question, que ce soit par le législateur ou la Cour suprême, il faut s'assurer que l'action collective puisse jouer son véritable rôle et ne soit pas utilisée à des fins autres que celles pour lesquelles une telle voie procédurale existe.

En octobre 2020, dans le plus récent arrêt de la Cour suprême portant sur les actions collectives québécoises, la juge Côté fait, elle aussi, référence à une potentielle réforme, tout en rappelant qu'il revient au législateur, et non aux tribunaux, de changer la portée des critères d'autorisation⁴ :

[207] Or, malgré son rôle fondamental, l'étape de l'autorisation n'est pas sans controverse. En effet, elle ne fait pas l'unanimité au sein de la communauté juridique et a d'ailleurs fait l'objet de nombreux débats judiciaires (voir par ex. Charles c. Boiron Canada inc., 2016 QCCA 1716, par. 69-74, la juge Bich (CanLII); Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval, 2017 QCCA 199, par. 136 (CanLII); et voir a contrario, Whirlpool Canada c. Gaudette, 2018 QCCA 1206, par. 29, la juge Savard, maintenant juge en chef de la Cour d'appel du Québec (CanLII)). Ces débats ne sont pas que théoriques; ils s'accompagnent d'enjeux bien pratiques, lesquels touchent au nerf central de la légitimité du recours collectif, soit l'accès à la justice.

[...]

[209] Face à cette polémique, qu'en est-il? Force est de constater que, malgré plusieurs occasions de le faire, le législateur n'a pas cru opportun d'éliminer l'étape de l'autorisation. Son remodelage — ou, le cas échéant, sa suppression — appartient à la sphère politique. L'étape de l'autorisation demeure et il faut lui donner un sens.

Manifestement, le désir d'une réforme est si important que les tribunaux, qui, rappelons-le, forment une branche gouvernementale distincte et indépendante de celle

³ *Whirlpool c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206 au para. 29, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38341 (8 août 2019).

⁴ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30 aux paras. 207-209 [Asselin].

du législateur, se sentent justifiés d'interpeller ce dernier afin d'en faire valoir le besoin.

Si le législateur accueille cet appel à l'action, il est important que son processus décisionnel soit centré sur sa propre intention. La jurisprudence des tribunaux peut être utilisée comme point de référence, mais ne devrait pas être considérée comme dictant la solution appropriée, sans quoi il y aurait immixtion du judiciaire dans la création du droit, une prérogative appartenant à la branche législative du pouvoir.

Certes, le désir d'une réforme ne fait pas l'unanimité. Pour certains, une réforme ne semble pas nécessaire, le législateur ayant peut-être déjà entériné la caractérisation des critères d'autorisation avancée par la Cour suprême dans les célèbres arrêts *Infineon*⁵ et *Vivendi*⁶ :

[62] Malgré les souhaits exprimés en ce sens par certains juristes (voir, par exemple, Whirpool Canada c. Gaudette, 2018 QCCA 1206, par. 29 (en obiter); C. Marseille, « Le danger d'abaisser le seuil d'autorisation en matière d'actions collectives — Perspectives d'un avocat de la défense », dans C. Piché, dir., L'effet de l'action collective (2018), 247, p. 252-253), il n'est selon moi pas opportun que notre Cour « renforce » le processus d'autorisation ou autrement « révise » ses arrêts Infineon et Vivendi, dont il est par ailleurs possible de dire qu'ils ont été entérinés par le législateur québécois lors de l'entrée en vigueur du nouveau C.p.c. le 1er janvier 2016 (voir Commentaires de la ministre de la Justice, p. 420 : « [L'article 575] reprend le droit antérieur »).

Cette citation des motifs du juge Brown dans l'arrêt *Oratoire St-Joseph*⁷ a été reprise par le juge Kasirer dans l'arrêt *Asselin*⁸.

Or, selon nous et avec respect pour les juges Brown et Kasirer, une question légitime se pose à savoir si, dans un tel contexte, le silence du législateur vaut vraiment acceptation, surtout considérant que le droit applicable en matière d'actions collectives ne s'accorde tout simplement plus avec le texte de l'article 575 du *Code de procédure civile* (« **C.p.c.** »).

En effet, selon les tribunaux supérieurs :

- L'exigence du législateur voulant qu'il y ait des « questions de droit ou de fait identiques, similaires, ou connexes » – exprimée au pluriel dans le C.p.c. – peut être satisfaite s'il n'y a qu'une seule question connexe qui ne doit même pas

⁵ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59 [*Infineon*].

⁶ *Vivendi c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 [*Vivendi*].

⁷ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35 au para. 62 [*Oratoire St-Joseph*].

⁸ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30 au para. 56 [*Asselin*].

nécessairement générer des réponses connexes, une pluralité de réponses individuelles ne faisant pas obstacle au recours⁹;

- L'étendue de l'exigence que « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées » ne reflète pas non plus la réalité jurisprudentielle, du moins selon certains juges, qui s'estiment permis de « lire entre les lignes » lorsque certaines allégations ne répondent pas parfaitement à cette exigence minimale, et où, dans l'appréciation discrétionnaire du juge, le « sens » des allégations ressort « clairement »¹⁰. Ceci contribue aux présentes mésententes entre les différents juges de la Cour suprême, révélés dans les arrêts *Oratoire St-Joseph* et *Asselin*, sur l'étendue de l'analyse et la rigueur de l'examen, d'une part, du syllogisme proposé et, de l'autre, de la suffisance des allégations formulées. En fait, tel que noté en doctrine, à la suite de l'arrêt *Oratoire St-Joseph*, on se pose toujours plusieurs questions fondamentales quant au mécanisme de « filtrage » qu'est l'autorisation, soit, entre autres : « [L]e juge d'autorisation peut-il inférer un syllogisme viable à partir d'allégations et d'éléments de preuve minimalistes? Devrait-il combler les lacunes de la demande d'autorisation sur la base de déductions logiques et/ou juridiques? [...] Bref, comment ce filtrage devrait-il être effectué? ». L'arrêt *Asselin* révèle qu'il n'y a toujours pas de consensus sur cette question au sein du plus haut tribunal du pays. Selon un auteur, à la suite de ce dernier prononcement de la Cour suprême, « il n'est désormais plus possible de parler d'un consensus judiciaire quant à l'application des critères d'autorisation de l'article 575 C.p.c »¹¹.
- L'exigence voulant que la composition du groupe rende « difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance » est souvent incontestée, puisqu'elle sera rencontrée même si le nombre de membres du groupe est très petit¹². Toutefois, l'analyse s'effectue sur la base d'autres facteurs nullement mentionnés dans

⁹ *Vivendi c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 aux paras. 42 à 47, citant *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826 [Suroît], autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 34377 (1 mars 2012). Notons que dans l'affaire du *Suroît*, la Cour d'appel semble être arrivée à la conclusion qu'une seule question connexe suffit suivant une lecture extrêmement généreuse (sinon erronée) des motifs du juge Rothman dans *Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, EYB 1990-63507 (QC CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 21891 (5 juillet 1990), et sur les motifs de la Cour suprême dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, un arrêt décidant d'un litige albertain et rendu alors que la législation albertaine permettait l'action collective, mais sans spécifier quels sont les critères d'autorisation.

¹⁰ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673 au para. 33. Voir également *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30 au para. 20, où le juge Kasirer, tout en insistant que l'expression « lire entre les lignes » ne représente pas un changement dans le droit applicable, et sans mentionner les exigences de l'article 99 C.p.c., précise que cette expression permet de « partir du texte pour en découvrir son plein message, y compris son message nécessairement implicite » lorsqu'on lit une demande d'autorisation.

¹¹ Shaun E. Finn, « Commentaire sur l'arrêt *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin* – Un point de rupture en matière d'action collective au Québec ? », dans *Repères*, Mars, Cowansville, Yvon Blais, 2021 en ligne : EYB2021REP3246 aux pp. 14 et 16.

¹² Voir par exemple *Carrier c. Québec (Procureur général)*, 2011 QCCA 1231 aux paras. 75-78, où une action collective a été autorisée pour 46 résidences.

l'article 575(3) C.p.c. ou ailleurs dans le C.p.c., incluant « l'impact direct et déterminant sur la possibilité réelle pour les membres d'ester en justice, l'aspect financier étant un avantage important de l'action collective »¹³. Avec égards, une action dont les coûts sont partagés – même entre deux personnes – serait toujours préférable d'un point de vue financier; cet aspect risque donc de fausser l'analyse. Par ailleurs, selon une certaine jurisprudence, il faudrait désormais démontrer sous ce critère que l'action collective envisagée sera « utile »¹⁴. L'appréciation par les tribunaux de l'utilité de l'action collective est certes souhaitable, mais il n'en demeure pas moins que cet article du C.p.c. ne réfère pas à la notion d'utilité (elle serait, selon certains, « implicite »).

- Finalement, l'exigence voulant que le représentant soit « en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres » a été vidée de toute son utilité. À la face même du C.p.c., il est raisonnable de croire que l'évaluation de ce critère devrait se faire de façon stricte, le représentant étant après tout la personne chargée de faire valoir les droits de milliers voire de millions de personnes, souvent sans même que ces dernières ne soient au courant. Il s'agit d'une responsabilité solennelle. Or, au fil des ans, la jurisprudence a à ce point érodé l'effet utile de ce critère qu'à l'heure actuelle, « aucun représentant proposé ne devrait être exclu, à moins qu'il ne soit impossible que le recours survive équitablement »¹⁵. Désormais, le représentant n'est plus requis de faire « une enquête raisonnable », ni de fournir une « estimation des personnes visées » ou d'« établir qu'il est en mesure de diriger les démarches requises pour l'exercice du recours »¹⁶. Il n'a même plus à démontrer qu'il ne sera pas éventuellement en conflit d'intérêts avec les membres du groupe, puisqu'il a été jugé qu'au stade de l'autorisation, seule la question d'un conflit d'intérêts *actuel* peut être tranchée¹⁷. Un représentant n'a même plus à comprendre comment les dommages qu'il réclame ont été quantifiés, même si, dans les circonstances du dossier en question, cela représente un « élément capital » de son syllogisme qui « touche à l'essence » du recours¹⁸. Le critère, autrefois plus robuste, est « devenu minimaliste »¹⁹.

¹³ *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait*, 2016 QCCA 659 au para. 57. Notons par ailleurs que ce facteur nous semble tautologique, l'action collective étant toujours préférable à l'action individuelle d'un point de vue financier.

¹⁴ Voir par exemple *D'Amico c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 1922 au para. 6.

¹⁵ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59 au para. 149.

¹⁶ *Del Guidice c. Honda Canada inc.*, 2007 QCCA 922 au para. 38.

¹⁷ *Télévision communautaire et indépendante de Montréal (TVCI-MTL) c. Vidéotron*, 2018 QCCA 527 aux paras. 29 et 30, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38142 (21 février 2019).

¹⁸ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299 aux paras. 105 à 115.

¹⁹ *Lévesque c. Vidéotron*, 2015 QCCA 205 au para. 23. L'utilisation du mot « devenu » est révélatrice en ce qui concerne la jurisprudence et le texte même des critères d'autorisation, qui rappelons-le, n'ont jamais changé depuis l'instauration de l'action collective en 1978.

Considérant ces divergences entre le texte même de l'article 575 C.p.c. et l'interprétation jurisprudentielle de ces critères, et considérant que les tribunaux ont tellement rabaisé les critères d'autorisation que des questions légitimes peuvent se poser quant à leur utilité, nous sommes d'avis qu'une réforme est souhaitable, voire nécessaire.

Dans les sections qui suivent, nous formulerons certaines propositions, tout en commentant les propositions de réforme du Laboratoire et du Ministère. Ce faisant, nous exposerons les raisons pour lesquelles il est nécessaire non seulement de réformer les critères d'autorisation, mais aussi de les renforcer.

D) L'OPPORTUNITÉ D'UNE RÉFORME AU STADE DU MÉRITE

Nous constatons que toutes les propositions avancées par le Laboratoire et le Ministère concernent le stade de l'autorisation de l'action collective. Pourtant, comme l'observait la juge Côté dans l'arrêt *Asselin* (avec référence à un article de la professeure Catherine Piché)²⁰ :

[208] L'utilité de l'étape de l'autorisation est remise en question en raison des délais qu'elle peut occasionner. Cependant, quand bien même l'autorisation pourrait avoir une durée que certains estiment excessive, cela ne se compare aucunement à la durée de l'audition au mérite.

On pourrait en dire de même concernant la durée de toute l'étape du fond (et non seulement le procès), dont la durée excède souvent celle de l'étape de l'autorisation, et ce, par plusieurs années. Si l'objectif du législateur est la réduction des délais, une réforme de l'action collective au stade du mérite pourrait également être considérée. Cela dit, nous nous limiterons pour les fins du présent mémoire à commenter les propositions actuelles.

II. COMMENTAIRES SUR LES PROPOSITIONS QUANT À UNE RÉFORME DES ACTIONS COLLECTIVES

A) LES PROPOSITIONS AXÉES SUR LA RÉDUCTION DES DÉLAIS (PROPOSITIONS 1 ET 2)

Avant de commenter les propositions précises, nous formulerons des commentaires d'ordre général quant aux données présentées au Ministère dans le Rapport préparé par le Laboratoire et quant à la nécessité d'un « changement de culture ».

1) Premier commentaire général : les données et la méthodologie

Dans la section introductive du Rapport, le Laboratoire explique que ses chercheurs se sont « d'abord concentrés sur l'étape de l'autorisation dans l'action collective, en présumant que cette première grande étape implique des coûts et des délais importants

²⁰ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30 au para. 208, citant avec approbation Catherine Piché, « Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective » (2018) 77 R. du B. 525 à la p. 540.

[...] »²¹. Or, nous nous questionnons sur la prudence de présumer de la prémisse même de la réforme proposée, surtout considérant le caractère assez radical de celle-ci. Certes, le Laboratoire fournit certaines données quant aux délais²²:

Les délais causés par l'autorisation sont importants. L'action collective prend en moyenne 2 ans et 185 jours pour atteindre le jugement d'autorisation final, et 4 ans et 157 jours s'écoulent entre le jugement en autorisation et le jugement d'approbation de la transaction. Les transactions conclues avant l'autorisation sont approuvées en moyenne 3 ans et 125 jours après le début du recours, contre 6 ans et 327 jours pour les transactions conclues après un jugement d'autorisation. Ces chiffres suggèrent que l'étape d'autorisation est lourde de frais et de délais, lesquels pourraient être associés aux nombreux appels sur décisions interlocutoires, aux nombreuses actions collectives multi-juridictionnelles et au manque d'incitatifs des avocats de faire avancer leur dossier promptement. Ainsi, l'action collective au Québec prendrait autant de temps à être autorisée qu'elle en prend à être réglée en Australie, système distinct par son absence d'étape d'autorisation!

La référence à l'Australie est la seule donnée comparative qui se trouve dans le Rapport. Selon nous, il est impossible d'aborder la question de savoir si les délais au Québec sont acceptables sans avoir une meilleure idée des délais dans d'autres juridictions et surtout, dans d'autres juridictions qui comportent un stade d'autorisation et un stade du mérite (comme, par exemple, les autres juridictions canadiennes).

La simple constatation que les délais peuvent être longs (et les coûts importants) ne suffit pas. Il ne faut pas perdre de vue la réalité fondamentale de l'action collective : il s'agit d'une procédure qui générera nécessairement des délais et des coûts importants par sa nature même. Ainsi, pour apprécier le caractère acceptable des délais associés à l'action collective québécoise, davantage de données quant aux délais comparables ailleurs sont essentielles. Ultimement, les changements proposés sont substantiels. La recherche quantitative comparative aurait dû l'être tout autant.

En l'absence de données quant aux délais comparables dans d'autres juridictions, il est impossible d'identifier le caractère raisonnable ou non des délais qu'on souhaite maintenant réduire; il est également impossible de se prononcer de façon crédible quant à la raison d'être de ces délais, surtout dans un contexte comme le nôtre où les délais ont à maintes reprises été associés à un problème d'ordre plus général, soit le manque criant de ressources dans le système judiciaire.

²¹ Rapport à la p. 3.

²² Rapport à la p. 23.

Ce problème ne date pas d'hier et semble avoir perduré avec le temps :

- En 2015, dans une entrevue accordée au journal *La Presse*, François Rolland, le juge en chef sortant de la Cour supérieure du Québec, faisait le bilan des 11 années pendant lesquelles il avait occupé ce poste. Oui, il a notamment mentionné la complexification des affaires litigieuses, notant que la Chambre commerciale et la Chambre des conférences de règlement à l'amiable ont été créés pour y remédier. Cependant, il a aussi noté que le gouvernement ne répondait pas aux besoins qu'il avait identifiés dans le district de Montréal, dans lequel 76% des litiges se déroulaient. Le juge Rolland expliquait que (a) quatre ans auparavant, il avait demandé 12 nouveaux juges pour le district de Montréal et a fini par en avoir seulement quatre, et que (b) pour pallier les urgences dans le système criminel, le civil « prête » ses juges au criminel et en ressent les conséquences²³;
- En 2016, un professeur de droit de l'Université de Montréal affirmait dans *La Presse* qu'« [a]u Québec, le ministère de la Justice est sans doute le plus démuné de tous les ministères pour monitorer ses activités. Ses données sont bancales » et le journal notait qu'à plusieurs reprises à l'automne 2015, la Cour supérieure a dû fermer des salles de procès parce qu'il manquait de greffiers. Dans ce même article, on cite le juge en chef successeur du juge Rolland (Jacques Fournier), qui maintenait alors que les 12 juges réclamés en 2010 par le juge Rolland étaient tous nécessaires. On notait que les quatre juges fournis sont entrés en poste seulement en 2014²⁴;
- Plus récemment, en 2020, le juge Fournier réitérait une demande de 15 nouveaux juges faite un an avant la crise de COVID-19, craignant que la Cour supérieure soit « submergée » après la pandémie²⁵;
- Ce problème n'affecte pas seulement le district de Montréal. En juillet 2020, le juge coordonnateur de la Cour supérieure pour l'Estrie notait qu'un poste de juge était demeuré vacant depuis deux ans, ce qui a mené à un encombrement du rôle et le report de dossiers, parfois, plus d'une fois²⁶;

Par ailleurs, plusieurs circonstances peuvent expliquer les délais. Par exemple, le Laboratoire fait référence aux délais d'appel. Or, il y aurait moins d'appels si

²³ Christiane Desjardins, « Système de justice du Québec : le bilan du juge en chef de la Cour supérieure », *La Presse* (1 juin 2015), en ligne : <<https://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/actualites-judiciaires/201505/31/01-4874153-systeme-de-justice-du-quebec-le-bilan-du-juge-en-chef-de-la-cour-superieure.php>>.

²⁴ Caroline Touzin, « Un manque criant de ressources », *La Presse* (30 janvier 2016), en ligne : <https://plus.lapresse.ca/screens/a29b3308-d65b-4d9e-a0d0-a13c724ee95d__7C__Hr4Oes6mVDJf.html>.

²⁵ Daniel Renaud, « Le juge en chef de la Cour supérieure du Québec craint d'être «submergé» après la crise », *La Presse* (21 avril 2020), en ligne : <<https://www.lapresse.ca/covid-19/2020-04-21/le-juge-en-chef-de-la-cour-superieure-du-quebec-craint-d-etre-submerge-apres-la-crise>>.

²⁶ René-Charles Quirion, « La Cour supérieure manque de juge à Sherbrooke, Granby et Lac-Mégantic », *La Tribune* (2 juillet 2020), en ligne : <<https://www.lavoixdelest.ca/actualites/la-cour-superieure-manque-de-juge-a-sherbrooke-granby-et-lac-megantic-98b82dd18bd449059d77e9ead7359421>>.

l'interprétation des tribunaux était plus constante et que les tribunaux d'appel appliquaient rigoureusement la norme d'intervention exigeante qui s'impose face aux décisions discrétionnaires émanant du juge d'autorisation²⁷. Aussi, il y aurait sans doute moins de débats procéduraux si les critères de dépôt d'une demande d'autorisation étaient resserrés pour assurer le sérieux de la demande dès l'ouverture du dossier, plutôt que de favoriser le dépôt précipité de demandes d'autorisation pour respecter la règle du premier qui dépose (« first to file ») et leur modification subséquente, parfois à répétition. Finalement, il ne faut pas oublier que les avis aux membres entraînent à eux seuls des délais significatifs, qui ne peuvent être éliminés sans risquer d'atteindre les droits des membres absents au nom de qui l'action collective est instituée.

Sur un autre ordre d'idées, il y a lieu de souligner que le processus d'autorisation, lorsque réalisé de manière crédible et rigoureuse, lance un message important aux parties quant à l'apparence de droit du recours et mène le plus souvent à un règlement, évitant ainsi que le dossier ne se rende à procès. Abaisser les critères d'autorisation déplacerait le débat vers le fond, ce qui pourrait dans les faits augmenter les délais avant qu'une solution finale ne puisse être atteinte.

Ainsi et notamment en raison des commentaires qui suivent dans la présente section du mémoire, nous invitons le Laboratoire et le Ministère à se questionner au sujet des délais en matière d'action collective. Comme nous le verrons, plusieurs réformes ont déjà été entreprises pour réduire les délais, qui nous semblent d'ailleurs plus courts que ceux dans d'autres juridictions.

Dans un tel contexte, il y a peut-être lieu de prioriser les investissements dans le système judiciaire plutôt que d'effectuer une autre réforme. Selon nous, le véritable problème à régler en matière d'actions collectives n'est pas les délais, mais plutôt l'incapacité de la Cour supérieure de faire un véritable travail de filtrage à l'étape de l'autorisation, les tribunaux d'appel en ayant rabaissé le seuil à un tel point qu'il est vidé de tout son sens.

2) Deuxième commentaire général : la nécessité d'un « changement de culture »

Les propositions 1 et 2, qui sont interreliées, visent à instaurer un « changement de culture » dans la pratique de l'action collective²⁸. Or, plusieurs réformes visant ce même but ont déjà été instaurées. Il suffit de penser, par exemple, aux réformes suivantes :

- La première codification du principe de la proportionnalité, entrée en vigueur lors des réformes de l'ancien C.p.c. en 2003, notamment les articles 4.1 et 4.2

²⁷ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 au para 34.

²⁸ Document de consultation à la p. 9; Rapport aux pp. 60 et suivantes.

a.C.p.c.,²⁹ qui ont servi au fil des ans comme guide d'interprétation des critères d'autorisation;

- La re-codification de ce même principe pour les fins de l'actuel C.p.c., la proportionnalité étant maintenant identifiée comme étant un des « principes directeurs » de la procédure civile;
- L'adoption des vastes pouvoirs de gestion d'instance prévus à l'article 158 C.p.c.;
- L'adoption récente de directives applicables aux autorisations dans le District de Montréal, prévoyant :
 - o Que les parties doivent informer le tribunal de l'existence d'autres actions collectives ayant le même objet, afin de faciliter la gestion de la Chambre des actions collectives (directive 224);
 - o La création d'une « Équipe restreinte en matière d'action collective au stade de l'autorisation », soit une équipe de 10 juges qui entendront toutes les autorisations et pourront ainsi assurer une certaine constance dans la culture des actions collectives québécoises (directives 226 et 227);
 - o Une limite de 10 pages pour les représentations écrites faites dans le cadre de la présentation ou la contestation d'un moyen préliminaire, ce qui assure un débat limité et ciblé (directive 228);
 - o Un pouvoir très général accordé au juge gestionnaire de l'action collective pour fixer les délais et les modalités de la présentation d'un moyen préliminaire (directive 229);
 - o Le pouvoir de proposer aux parties de rendre jugement sur les moyens préliminaires sur la base uniquement des représentations écrites, sans audition (directive 230); et
 - o Qu'à moins de circonstances justifiant une exception, la demande d'autorisation d'exercer une action collective devrait être entendue dans l'année suivant son dépôt (directive 231).

Les propositions du Ministère vont encore bien au-delà de ces réformes. Selon nous, avant d'envisager des ajouts à ces directives, il faudrait prévoir davantage de temps pour juger de leur efficacité. Après tout, dans son Rapport, le Laboratoire note que les résultats obtenus entre 2017 et 2019 « témoignent de l'efficacité de la nouvelle mesure d'administrer les dossiers d'action collective mis en place depuis septembre 2018 »³⁰.

²⁹ Ces articles se lisent comme suit : « 4.1. Les parties à une instance sont maîtres de leur dossier dans le respect des règles de procédure et des délais prévus au présent code et elles sont tenues de ne pas agir en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive ou déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. Le tribunal veille au bon déroulement de l'instance et intervient pour en assurer la saine gestion »; « 4.2. Dans toute instance, les parties doivent s'assurer que les actes de procédure choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigés, proportionnés à la nature et à la finalité de la demande et à la complexité du litige; le juge doit faire de même à l'égard des actes de procédure qu'il autorise ou ordonne ».

³⁰ Rapport à la p. 62.

Ainsi, nous croyons que les propositions 1 et 2 du Ministère ne sont pas nécessaires. De plus, nous sommes d'avis que plusieurs des mesures élaborées dans le cadre de la proposition 2 seront difficiles à concrétiser. Nous les commenterons brièvement aux paragraphes suivants, une par une.

3) Commentaires sur la proposition 1 : encourager la gestion active des dossiers par les parties et par le tribunal

Selon nous et considérant nos expériences récentes, le tribunal et les parties encouragent déjà la gestion active des dossiers. De façon systématique et dès que la réponse de la défenderesse est produite, le juge coordonnateur demande aux parties de dénoncer, dans un délai de 30 jours, leurs moyens préliminaires à l'autorisation. Cela force les parties – et tout particulièrement la partie défenderesse – à maîtriser sa compréhension des faits et à réfléchir prudemment à sa stratégie dès le début du dossier.

Notons qu'au surplus, cette même demande du juge coordonnateur précise que le juge s'attend à ce que les parties commencent déjà à travailler sur leurs demandes, même si ce n'est que la dénonciation et non la production des procédures qui est attendue dans le délai d'un mois.

De plus, nous constatons chez la Cour supérieure une volonté accrue de gérer par courriel les dossiers au stade de l'autorisation, notamment pour fixer les délais et les modalités des demandes préliminaires. Ceci évite des conférences de gestion en présentiel (ou encore par téléphone) qui doivent être fixées selon les disponibilités de chaque procureur au dossier et, bien entendu, du juge.

Finalement, nous soulignons que les dossiers d'action collective sont parfois gérés tellement « activement » que le juge coordonnateur exigera parfois la production de certaines demandes préliminaires avant même qu'un juge gestionnaire ne soit désigné pour les entendre.

4) Commentaires sur la proposition 2, volet par volet

- i. *Volet 1 : Favoriser des protocoles d'instance présentant des dates et des échéances rapprochées de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation*

Ce volet tel que proposé est une référence au délai prévu à la directive 231 mentionnée dans la section précédente.

Encore une fois, nous précisons que selon notre expérience, la gestion active des dossiers par le tribunal se fait déjà. Si le tribunal encourage systématiquement les parties à dénoncer et à commencer à travailler sur leurs demandes préliminaires dès le premier mois suivant la réponse, c'est précisément parce qu'il est conscient de la directive de procéder rapidement.

- ii. *Volet 2 : Encourager les parties à travailler ensemble et en équipes réduites à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus*

précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels

Généralement, les dossiers d'action collective sont d'une telle ampleur sur le plan factuel que la restriction des équipes qui peuvent y travailler risque d'augmenter, et non de réduire, les délais.

Plus fondamentalement, ce volet de la proposition 2 se heurte au principe élémentaire de la procédure civile voulant que les parties soient maîtres de leur dossier (dans le respect des autres principes directeurs, bien entendu)³¹. Une telle ingérence du législateur ou du tribunal dans la constitution des équipes d'avocats au dossier serait donc non seulement inefficace, mais à tout le moins inappropriée.

Finalement, nous nous interrogeons sur la pertinence de ce volet considérant l'état de la jurisprudence sur les questions connexes et sur la communication avec les membres potentiels, qui est interprétée d'une manière large et libérale. En effet, dans certains contextes, la communication avec les membres potentiels n'est même plus requise aux fins de la démonstration qu'un groupe existe³².

iii. Volet 3 : Encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu, en se méfiant des règlements trop précoces

Ce troisième volet de la proposition 2 est, avec égards, déconcertant. Il se heurte lui aussi au principe fondamental voulant que la partie est maître de son dossier et nous voyons très mal comment le législateur pourrait forcer les parties à prolonger un litige qu'elles souhaitent terminer.

Un des grands avantages d'un règlement – pour ne pas dire le principal avantage – est qu'il permet aux parties d'éviter les coûts afférant à la préparation d'un litige, notamment en ce qui a trait aux étapes pré-procès. En règle générale, plus une partie dépense à mettre son dossier en état, plus elle se sent « investie » (tant littéralement que figurativement) dans le dossier et moins est-elle encline à régler le dossier.

N'oublions pas que le règlement d'un dossier à un stade peu avancé du dossier présente également un avantage pour le système judiciaire : il s'agit d'un dossier de moins à gérer, ce qui favorise l'accès à la justice en permettant la réallocation efficace de ressources.

Finalement, la Cour dispose déjà d'un mécanisme propre aux actions collectives qui protège les membres absents des règlements « trop précoces » : il s'agit du mécanisme d'approbation des règlements prévu à l'article 590 C.p.c. Les critères d'approbation sont bien étoffés et font l'objet d'une riche jurisprudence. De plus, les membres doivent obligatoirement être avisés de la date et de l'heure de l'audience sur

³¹ Article 19 C.p.c.

³² Voir par exemple *Lévesque c. Vidéotron, s.e.n.c.*, 2015 QCCA 205 aux paras. 26 et suivants.

l'approbation, ainsi que de leur droit d'y assister pour faire des représentations ou même s'opposer carrément à l'approbation du règlement³³.

iv. *Volet 4 : Encourager les parties à discuter du règlement à l'amiable du dossier*

Nous partageons la position du Laboratoire à l'effet que le règlement à l'amiable du dossier – à n'importe quel stade – est très souvent souhaitable. Or, selon nous, l'encouragement des règlements à l'amiable se trouve déjà dans le C.p.c., dans ses articles 1 à 7, qui promeuvent justement la voie de la résolution privée des différends et qui réfèrent spécifiquement au règlement des différends, ce qui se traduit très souvent par une transaction.

v. *Volet 5 : Encourager les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive*

Encore une fois, en tant que praticiens, nous constatons que l'exercice de la discrétion des juges au niveau de la gestion d'instance se fait déjà de manière active et proactive et nous ne voyons aucune nécessité d'encourager davantage les tribunaux à cet égard. Il y aurait plutôt lieu de les en féliciter, selon nous.

vi. *Volet 6 : Continuer d'adopter une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation*

Nous comprenons que le Ministère et le Laboratoire ne proposent aucun changement législatif concret ici. Nous sommes d'accord qu'aucun changement n'est requis.

B) LES PROPOSITIONS VISANT UNE RÉFORME DES CRITÈRES D'AUTORISATION ET « L'INTÉGRATION » DE L'AUTORISATION À L'INSTANCE PRINCIPALE (PROPOSITIONS 3, 4 ET 5)

Nous abordons ci-après les propositions 4 et 5, qui visent une réforme des critères d'autorisation et son « intégration » à l'instance principale. À des fins de concision, nous résumons les propositions 4 et 5 ensemble, comme suit :

- Le dossier débutera par le dépôt d'une demande introductive d'instance;
- Il serait suspendu par la suite, en attendant une décision sur trois critères d'autorisation, soit :
 - o Le critère de connexité de questions actuellement prévu par l'article 575(1) C.p.c.;
 - o Le critère d'impraticabilité d'application des règles sur le mandat ou la jonction d'instance actuellement prévu par l'article 575(3) C.p.c.;
 - o Le critère de représentation adéquate actuellement prévu par l'article 575(4) C.p.c.;

³³ Article 590 C.p.c.

- Le critère de l'apparence de droit serait éliminé, ce qui implique selon le Ministère et le Laboratoire que les défenderesses contesteraient la recevabilité en droit du recours de façon systématique dès le début de l'étape du mérite, permettant ainsi au tribunal d'évaluer le droit du demandeur.

1) L'« intégration » de l'autorisation à l'instance principale

Nous ne croyons pas qu'il y ait un avantage à « intégrer » l'autorisation à l'instance principale, comme le proposent le Laboratoire et le Ministère. Nous sommes plutôt d'avis que les deux étapes distinctes du recours devraient être conservées.

À notre sens, l'« intégration » de l'autorisation à l'instance principale, telle que proposée par le Laboratoire dans son Rapport, équivaut plutôt, à l'inverse, à un morcellement de l'autorisation. Effectivement, cette proposition a comme conséquence concrète la multiplication des auditions, rendant le déroulement de l'action collective plus complexe et plus coûteuse.

Dans son Rapport, le Laboratoire semble être d'avis qu'il devrait y avoir deux auditions préalables au jugement d'autorisation, soit une « conférence de gestion » en présence de la défenderesse pour traiter des questions connexes et la composition du groupe (articles 575(1) et (3) C.p.c.) et une « rencontre » entre le représentant proposé et le juge « sans la présence de la partie adverse » pour traiter du critère de la représentation adéquate (article 575(4) C.p.c.)³⁴.

Nous ne voyons pas l'utilité de multiplier les auditions ainsi et nous ne voyons pas comment ceci répondrait aux objectifs généraux des réformes proposés par le Laboratoire, soit de réduire les délais et les coûts afférents à l'action collective.

En outre, certains des propos du Laboratoire sont pour le moins préoccupants. Par exemple, on mentionne que l'analyse des critères (1) et (3) se ferait en « conférence de gestion » plutôt qu'en audience. Nous ne saisissons pas, exactement, quel est le changement proposé dans l'esprit du Laboratoire : la conférence de gestion n'est-elle pas une audience à proprement parler? Ceci étant dit, dans la mesure où le vocable de « gestion » suggère une analyse encore moins approfondie que l'analyse actuelle de ces critères, avec égards, cette suggestion devrait être catégoriquement rejetée, puisque l'analyse actuelle de ces critères est déjà extrêmement sommaire. C'est sans doute pourquoi, selon le Laboratoire, 70% des dossiers d'action collectives rejetés au stade de l'autorisation sont rejetés sur la base du critère de l'article 575(2)³⁵. Les critères (1) et (3) sont déjà très faciles à rencontrer.

Ajoutons que la proposition voulant que l'évaluation de la représentation adéquate se fasse *ex parte* nous laisse perplexe. Comme discuté, le critère de l'article 575(4) C.p.c. est « devenu minimaliste »³⁶. En pratique, cela se traduit par des allégations extrêmement sommaires, mécaniquement répétées d'un dossier à l'autre, comme, par exemple : « le représentant est membre du groupe »; « le représentant a un intérêt pour

³⁴ Rapport à la p. 66.

³⁵ Rapport à la p. 14.

³⁶ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59 au para. 149.

la cause » ou encore « le représentant collabore avec ses procureurs ». Dans un tel contexte, l'éclairage de la défenderesse peut s'avérer crucial. En effet, selon notre expérience, lorsqu'un dossier est rejeté sur la base de la représentation adéquate, c'est précisément parce que la défenderesse a amené un éclairage supplémentaire par le biais d'une preuve appropriée ou encore d'un interrogatoire autorisé par le Tribunal.

La suggestion du Laboratoire voulant que cette audience *ex parte* se fasse « dès les premiers moments de l'action collective »³⁷ semble faire fi de l'importance d'une telle preuve ou d'un tel interrogatoire, sans justification apparente.

Pour ces raisons, nous privilégions le maintien de la structure actuelle qui implique deux phases du dossier qui se distinguent clairement l'une de l'autre. Dans la section suivante, nous détaillerons les raisons pour lesquelles cette première phase qu'est l'autorisation doit absolument inclure une évaluation du droit du demandeur et ne peut être restreinte qu'aux critères (1), (3) et (4) de l'article 575 C.p.c.

2) La suppression du critère d'apparence de droit du demandeur et son remplacement par la recevabilité en droit

Tel qu'indiqué en introduction, les critères d'autorisation, dont l'apparence de droit, sont devenus tellement souples qu'à certains niveaux, ils ne s'accordent plus avec le texte même de l'article 575 C.p.c., leur utilité même ayant été remise en question par certains magistrats.

Ainsi, un remplacement de l'apparence de droit par un critère plus robuste est souhaitable et nous supportons la proposition du Laboratoire et du Ministère à cet égard. Cela étant, une nuance importante s'impose : la recevabilité en droit devrait être évaluée au stade de l'autorisation et non au début du stade du mérite par le biais d'une demande en irrecevabilité déposée à l'initiative de la défenderesse.

Pourquoi? Suivant la mécanique proposée par le Laboratoire et le Ministère, si une défenderesse (pour des raisons qui lui sont propres) ne choisit pas de déposer de demande en irrecevabilité, la Cour n'aurait aucune opportunité d'évaluer de façon préalable le syllogisme juridique proposé par le demandeur.

Or, dans le système actuel – peu importe si les critères d'autorisation sont contestés ou non – la Cour doit les évaluer. Même lorsque le tribunal autorise une action collective pour les fins de la régler, le tribunal évalue chacun des critères d'autorisation, bien que l'analyse soit plus souple³⁸. Tel que l'a récemment confirmé la Cour supérieure, le consentement d'une défenderesse à l'autorisation d'une action collective intentée contre elle « n'enlève [...] pas la tâche au Tribunal de s'assurer que les conditions prévues au *Code de procédure civile* sont rencontrées aux fins de l'autorisation de l'exercice de l'action collective »³⁹.

³⁷ Rapport à la p. 66.

³⁸ Voir à ce sujet *Option Consommateurs c. Virgin Atlantic Airways Ltd.*, 2012 QCCS 3213.

³⁹ *Solkin c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 490 au para. 11.

Ceci s'explique par les fondements mêmes de l'autorisation. Tel qu'écrivent les auteurs Me André Durocher et Me Claude Marseille, l'exigence de l'autorisation préalable d'une action collective vise notamment à protéger chacune des parties impliquées⁴⁰ :

[E]n droit civil québécois, l'absence d'autorisation préalable du tribunal afin de permettre l'exercice d'une action collective est en quelque sorte inconcevable. En effet, un axiome de la procédure civile québécoise veut que nul ne peut plaider sous le nom d'autrui. Le Code prévoit certaines exceptions à ce principe, mais elles sont peu nombreuses et bien circonscrites. Entre autres, lorsque plusieurs personnes ont un intérêt commun dans un litige, le législateur admet que l'une d'elles puisse ester en justice pour le compte de toutes, mais seulement si elle en a reçu mandat et pour autant qu'il en soit fait état « dans la demande introductive d'instance ou dans la défense » (art. 91 C.p.c.). Dans un tel cas, s'il est vrai que le demandeur agit non seulement pour lui-même, mais aussi pour d'autres, il le fait sous l'autorité d'une procuration formelle qui présuppose le consentement exprès des personnes ainsi représentées et la dénonciation explicite de l'identité des mandants à la partie adverse. Mais, dans la mesure où, par définition, l'action collective est un moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres (art. 571, al. 1 C.p.c.) (et en pratique, souvent à leur insu), seule une autorisation du tribunal est susceptible de pallier cette absence de procuration. Dans ce contexte, l'autorisation du tribunal devient nécessaire pour la protection des droits des membres puisque le demandeur cherche à les représenter dans l'action et à les voir liés par celle-ci.

Les tribunaux ont aussi reconnu que la procédure d'autorisation vise à protéger les droits du défendeur, étant donné les conséquences importantes qu'une telle action entraîne pour lui et la valeur de nuisance considérable qui en résulte, vu l'effet multiplicateur de l'agrégation d'un nombre potentiellement élevé de réclamations. Ainsi conçue, notamment, pour filtrer les demandes futiles ou vexatoires, l'étape préalable de l'autorisation constitue plus qu'une simple formalité à remplir : elle possède un effet intrinsèque de protection de l'intérêt du défendeur. En respectant son obligation de statuer sur des conditions de recevabilité préalables à l'exercice même de l'action, le tribunal assure au défendeur qu'il ne sera pas poursuivi collectivement sans fondement et qu'il n'aura pas à se défendre au fond contre des réclamations insoutenables. Sa responsabilité pouvant être très importante, il apparaissait

⁴⁰ André Durocher et Claude Marseille, « Fascicule 21 : Autorisation d'exercer une action collective » dans Pierre-Claude Lafond, dir, JCQ *Procédure civile II* (QL).

inacceptable de laisser l'utilisation de cette procédure au désir et à la fantaisie des justiciables. Si, en principe, les tribunaux doivent faciliter l'usage de l'action collective, principalement en raison des vertus régulatrices qu'on lui attribue et dont la nature favorise un juste équilibre entre des intérêts dont la puissance respective est disproportionnée, la Cour d'appel a reconnu que cet outil ne comporte pas que des avantages et que son usage est susceptible d'engendrer parfois des complications indues, voire des injustices. De là, la nécessité d'un filtrage judiciaire permettant de tester dans chaque cas l'opportunité d'y recourir. [Nous soulignons, références omises].

Sans quelque évaluation du droit invoqué par le demandeur, il serait tout simplement impossible pour le tribunal de protéger les membres du groupe proposé contre les recours mal préparés ou mal conçus en droit qui pourraient leur donner de faux espoirs, et ce, pendant des années, jusqu'au jugement au mérite. Si, comme le croient Mes Durocher et Marseille, seule une autorisation préalable peut pallier l'absence de procuration donnée par les membres, encore faut-il que cette autorisation soit évaluée à la lumière des principaux éléments de l'action entreprise, incluant la base juridique du recours proposé.

De plus, le système judiciaire, lui aussi, mérite aussi d'être protégé contre des demandes frivoles ou irrecevables. Selon nous, l'accès à la justice dépend entre autres (et en large partie) de l'utilisation efficiente de ressources judiciaires, surtout dans un contexte où ces ressources semblent être insuffisantes pour répondre aux besoins de la population⁴¹. Éliminer une évaluation préalable indépendante de la base juridique du recours nuirait à cet objectif.

C'est pourquoi, à notre avis, l'autorisation, et surtout, une évaluation indépendante par le tribunal du droit invoqué demeurent indispensables.

Ainsi, nous ne pouvons endosser l'idée d'éliminer ce qui est maintenant le critère le plus central à l'autorisation, c'est-à-dire, le critère qui est déterminant dans 70% des cas selon le Rapport⁴². Avec égard, nous ne comprenons pas comment l'on pourrait permettre qu'un demandeur institue des procédures au nom d'autrui, sans mandat et parfois sans lien de droit avec une ou plusieurs défenderesses, sans à tout le moins démontrer préalablement que le recours proposé a un fondement valide en droit.

Cependant, comme le Laboratoire, nous supportons l'idée de remplacer le critère d'« apparence de droit ». Plus concrètement, une option à considérer serait de le remplacer par le critère plus robuste de la « recevabilité en droit ».

Ce remplacement aurait pour effet de renforcer le processus d'autorisation, répondant ainsi au souhait exprimé en 2018 par la juge Savard (maintenant la juge en chef de la

⁴¹ Voir la discussion à ce sujet dans la section II.A.1.

⁴² Rapport à la p. 14.

Cour d'appel du Québec)⁴³. Il aurait également l'avantage d'éliminer une certaine confusion qui s'est insérée dans la jurisprudence récente en matière d'actions collectives.

Autrefois, la règle quant aux décisions portant sur les pures questions de droit à l'autorisation était claire – le tribunal *devait* les décider à l'autorisation. En 2007, dans *Trudel c. Banque Toronto-Dominion*⁴⁴, la Cour d'appel avait énoncé cette règle, justement et avec référence au droit applicable aux demandes en irrecevabilité :

[2] Si une action ordinaire est irrecevable parce que non fondée en droit même en tenant les faits allégués pour vrais, il en est de même d'une action collective d'autant plus que les frais engendrés par une telle action sont plus considérables que ce n'est le cas en règle générale.

[3] Il s'agit en l'occurrence d'une pure question d'interprétation. La juge de première instance a tenu les faits pour avérés et a conclu que les textes législatifs ne pouvaient pas soutenir l'interprétation soumise par le demandeur, à savoir que les banques doivent assumer les frais de préparation et d'inscription pour publication des quittances lorsque l'emprunt est garanti par une charge hypothécaire. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, les faits étant avérés, la juge non seulement pouvait, mais devait interpréter le droit.

Il n'y a aucune ambiguïté dans ce passage. Mais en 2019, la Cour suprême semble avoir apporté des nuances à la règle. À présent, on ne dit plus sans réserve que le juge *doit* interpréter les pures questions de droit à l'autorisation, mais qu'il « peut » le faire. Voici comment le juge Brown a décrit la règle dans l'arrêt *Oratoire St-Joseph* :

[55] [...] Certes, le tribunal peut trancher une pure question de droit au stade de l'autorisation si le sort de l'action collective projetée en dépend; dans une certaine mesure, il doit aussi nécessairement interpréter la loi afin de déterminer si l'action collective projetée est « frivole » ou « manifestement non fondée » en droit : Carrier, par. 37; Trudel c. Banque Toronto-Dominion, 2007 QCCA 413, par. 3; Fortier c. Meubles Léon ltée, 2014 QCCA 195, par. 89-91; Toure c. Brault & Martineau inc., 2014 QCCA 1577, par. 38; Lambert c. Whirlpool Canada, l.p., 2015 QCCA 433, par. 12; Groupe d'action d'investisseurs dans Biosyntech c. Tsang, 2016 QCCA 1923, par. 33; Finn (2016), p. 170. Toutefois, outre ces situations, il n'y a en principe pas lieu pour le tribunal, au stade de l'autorisation, de « se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués » : Comité régional des usagers des transports en

⁴³ *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206 au para. 29, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 38341 (8 août 2019).

⁴⁴ 2007 QCCA 413 aux paras. 2-3.

commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec, [1981] 1 R.C.S. 424, p. 429; *Nadon c. Anjou (Ville)*, [1994] R.J.Q. 1823 (C.A.), p. 1827-1828; *Infineon*, par. 60. [...] ⁴⁵

Dans l'arrêt *Asselin*, le juge Kasirer décrit la règle comme suit :

[154] Certes, comme je l'ai noté, un tribunal « peut trancher une pure question de droit au stade de l'autorisation si le sort de l'action collective projetée en dépend » (Oratoire, par. 55 (italiques dans l'original)). [...] ⁴⁶

Constatant cette évolution, la règle applicable n'est plus du tout claire. Est-ce que le juge a la discrétion de décider si une pure question de droit sera tranchée à l'autorisation? Ou encore est-ce qu'il *doit* trancher cette pure question de droit? S'il a maintenant une discrétion, pourquoi? Comment sera-t-elle exercée? Quels sont les facteurs applicables et comment les parties peuvent-elles se préparer à une audition sur l'autorisation en conséquence?

L'absence de réponse claire à ces questions milite en faveur d'une réforme. Remplacer l'« apparence de droit » par la « recevabilité en droit » du recours aurait l'avantage de fournir des réponses claires aux questions ci-dessus. L'état du droit concernant l'irrecevabilité étant lui-même clair, cette solution est selon nous à considérer.

Ainsi, selon cette proposition, le texte de l'article 575(2) C.p.c. serait réécrit pour se lire comme suit : « l'action collective proposée est fondée en droit en prenant les faits allégués pour avérés ». Les principes applicables à la décision du tribunal seraient les principes élaborés en matière d'irrecevabilité par la Cour d'appel en 2012 dans le célèbre arrêt *Bohémier c. Barreau du Québec*⁴⁷ et repris par cette même Cour en 2019 dans l'arrêt *Immeubles des Moulins inc. c. Ville de Terrebonne*⁴⁸, soit :

[7] Les allégations de la demande introductive d'instance sont tenues pour avérées, ce qui comprend les pièces déposées à son soutien;

Seuls les faits allégués doivent être tenus pour avérés et non pas la qualification de ces faits par le demandeur;

Le tribunal n'a pas à décider des chances de succès du demandeur ni du bien-fondé des faits allégués. Il appartient au juge du fond de

⁴⁵ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35 au para. 55.

⁴⁶ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30 au para. 154.

⁴⁷ 2012 QCCA 308.

⁴⁸ 2019 QCCA 509 au para. 7. Voir également *Canada (Procureur général) c. Confédération des syndicats nationaux*, 2014 CSC 49.

décider, après avoir entendu la preuve et les plaidoiries, si les allégations de fait ont été prouvées;

Le tribunal doit déclarer le recours recevable si les allégations de la demande introductive d'instance sont susceptibles de donner éventuellement ouverture aux conclusions recherchées;

La demande en irrecevabilité n'a pas pour but de décider avant procès des présentations légales des parties. Son seul but est de juger si les conditions de la procédure sont solidaires des faits allégués, ce qui nécessite un examen explicite, mais également implicite du droit invoqué;

On ne peut rejeter une demande en irrecevabilité sous prétexte qu'elle soulève des questions complexes;

[...] Un principe de prudence s'applique. Dans l'incertitude il faut éviter de mettre fin prématurément à l'instance; et

En cas de doute, il faut laisser au demandeur la chance d'être entendu au fond. [Nous soulignons]

En 2008, dans l'arrêt *Popovic c. Montréal*⁴⁹, la Cour d'appel a eu à énoncer les différences entre l'application du standard d'autorisation actuel (alors édicté par l'article 1003(b) a.C.p.c.) et l'application du standard de la recevabilité en droit. L'appelante avait plaidé que l'article 1003(b) a.C.p.c. faisait double emploi avec l'article 165(4) a.C.p.c. et que conséquemment, les demandes en irrecevabilité de l'action collective déposées dès le début du stade du mérite ne pouvaient être accueillies. Le juge Rochon a énoncé la différence entre « l'apparence de droit » et la « recevabilité en droit » de la manière suivante :

*[27] Au stade de l'autorisation du recours, le requérant a le fardeau de démontrer une apparence sérieuse de droit. Comme l'écrivait mon collègue Gendreau dans *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, « le juge doit, si les allégations de fait paraissent donner ouverture aux droits réclamés, accueillir la requête et autoriser le recours... ».*

*[28] Ce débat avait été tranché quelques décennies plus tôt par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Comité régional des usagers c. Q.U.C.T.C.* Le juge Chouinard formule la question en ces termes:*

Il s'agit essentiellement de déterminer si aux termes de l'al. b) de l'art. 1003, le tribunal pour autoriser l'exercice du recours collectif doit prononcer le bien-fondé en droit des conclusions en regard des

⁴⁹ 2008 QCCA 2371.

faits allégués, ou s'il suffit que les allégués justifient les conclusions prima facie ou dévoilent une apparence de droit.

[29] Le juge Chouinard conclura que le juge autorisera le recours s'il existe une apparence sérieuse de droit sans avoir à se prononcer sur le bien-fondé des conclusions en droit en regard des allégations de fait.

[30] C'est d'ailleurs ce que font apparaître clairement les textes législatifs. L'article 165(4) C.p.c. prévoit le rejet de la demande si elle « n'est pas fondée en droit » alors que l'article 1003 b) C.p.c. prévoit que le requérant doit démontrer que « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ».

[31] Contrairement au juge d'autorisation, le juge saisi d'une requête en irrecevabilité doit, malgré la complexité de la question et quelle que soit sa difficulté, la trancher [...]. [Nous soulignons]

Deux constats s'imposent à la lecture de ce passage. Premièrement, la controverse à savoir si le juge autorisateur *doit* trancher une question de droit ne date pas d'hier. Comme discuté, en 2007, la Cour d'appel disait qu'un juge *devait* interpréter le droit au stade l'autorisation. Un an plus tard, dans l'extrait précité de *Popovic*, la Cour laisse entendre qu'un juge autorisateur peut refuser de trancher une question de droit si elle est complexe ou difficile. Deuxièmement, on constate que cette « discrétion de trancher ou pas » constitue la différence principale, selon le juge Rochon, entre l'analyse en autorisation et l'analyse en irrecevabilité.

Le remplacement de « l'apparence de droit » par « la recevabilité en droit » aurait donc deux avantages :

- Premièrement, elle mettrait fin à la controverse susmentionnée. Si le standard de l'article 575(2) C.p.c. devient la « recevabilité » en droit, toute discrétion de trancher les questions de droit ou non serait enlevée au juge. Peu importe la complexité ou la difficulté d'une question de droit, il devra la trancher. Les parties pourront donc se préparer à l'autorisation avec davantage de certitude quant à l'étendue du débat. Ultimement, cela permettra d'éviter que des recours dès le départ non fondés en droit utilisent des ressources judiciaires en attendant d'être rejetés au fond; et
- Deuxièmement, elle redonnerait à l'étape de l'autorisation une raison d'être claire alors que, comme nous avons vu, cette raison d'être est, à l'heure actuelle, remise en question par les tribunaux.

Ce nouveau standard a l'avantage d'être clair et simple. Il n'y aurait dorénavant aucun besoin de traités académiques de la part des tribunaux d'appel sur la nature et la fonction de l'étape de l'autorisation, comme ceux dont nous avons vus dans les arrêts *Oratoire* et *Asselin* (qui malheureusement sont longs, théoriques et manquent parfois

d'harmonie), en sus de constituer une ingérence dans le processus de création du droit, une fonction qui revient à la branche législative. Le droit se résumerait à ceci :

- À l'autorisation, sont tranchées toutes les questions de droit à la lumière des allégations de fait qui peuvent être tenues pour avérées⁵⁰;
 - Au mérite, sont tranchées toutes les questions de droit à la lumière des allégations de fait qui ont été prouvées selon les règles ordinaires de preuve civile québécoise.
- 3) Une proposition alternative – la suppression du critère d'apparence de droit du demandeur et son remplacement par « la bonne foi » et la « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause »

Une deuxième option pour renforcer l'étape de l'autorisation serait de remplacer le standard de l'apparence de droit par le standard plus élevé que l'on trouve dans la *Loi sur les valeurs mobilières* (« **L.v.m.** »). L'article 225.4 L.v.m. énonce que « [l]e tribunal accorde l'autorisation s'il estime que l'action est intentée de bonne foi et qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ».

La Cour suprême a abordé la différence entre le standard de l'article 575(2) C.p.c. (alors l'article 1003(b) a.C.p.c.) et celui de l'article 225.4 L.v.m. dans le cadre de l'affaire *Theratechnologies c. 121851 Canada Inc.*⁵¹ :

*[36] Le législateur québécois a employé un libellé différent à l'art. 225.4 pour créer un mécanisme de filtrage qui soit plus significatif dans le contexte des valeurs mobilières et qui fasse ainsi obstacle aux poursuites opportunistes coûteuses et aux demandes non fondées. Les tribunaux s'y voient confier un important rôle de gardien, qui les oblige à procéder à un examen préliminaire de l'action ou de l'inaction en cause afin de déterminer s'il est possible de dire qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause : Pritchard et Sarra, p. 893. La question dont nous sommes saisis est la même que celle que le juge Belobaba s'est posée dans *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) c. Manulife Financial Corp.* (2013), 44 C.P.C. (7th) 80 (C.S.J. Ont.) :*

[traduction] S'agit-il simplement d'un mécanisme de filtrage destiné à éliminer les « poursuites opportunistes » qui sont manifestement dénuées de fondement et n'ont aucune chance d'être accueillies? Ou, s'agit-il d'un critère préliminaire du bien-fondé du recours qui devrait avoir davantage de mordant? [par. 36]

⁵⁰ Nous faisons référence aux allégations qui *peuvent* être prises pour avérées; selon la jurisprudence, les allégations qui sont de la nature de l'opinion, de l'hypothèse et de la spéculation doivent être écartées par le juge. Voir à cet effet *Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201 au para. 38, cité avec approbation dans *Gaudette c. Whirlpool Canada*, 2020 QCCS 1423 au para. 24.

⁵¹ 2015 CSC 18 aux paras. 36-39.

[...]

[38] À mon avis, comme le juge Belobaba l'a suggéré dans l'affaire *Ironworkers*, le critère préliminaire doit être plus qu'un [traduction] « dos d'âne » (par. 39), et les tribunaux doivent entreprendre un examen raisonné de la preuve afin de s'assurer que l'action peut être fondée. Autrement dit, pour favoriser l'atteinte de l'objectif législatif consistant à instaurer un mécanisme de filtrage dissuasif musclé qui écarte les demandes non fondées, le critère préliminaire exige une possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause.

[39] Pour démontrer une possibilité raisonnable d'avoir gain de cause, le demandeur doit offrir une analyse plausible des dispositions législatives applicables, et il doit également présenter des éléments de preuve crédibles à l'appui de sa demande. Cette approche est celle qui, à mon avis, permet le mieux de réaliser l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a instauré le mécanisme de filtrage : faire en sorte d'écarter les demandes qui n'ont guère de chances d'être accueillies — et d'éviter que l'on y consacre en vain temps et argent. Je suis d'accord avec la Cour d'appel, cependant, pour dire que l'étape de l'autorisation prévue par l'art. 225.4 ne doit pas être traitée comme un mini-procès. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète de la preuve. Si le mécanisme de filtrage a pour objectif d'écarter les poursuites opportunistes coûteuses et celles qui ont peu de chances d'être accueillies, il s'ensuit que les exigences en matière de preuve ne doivent pas être lourdes au point d'être pratiquement identiques à celles d'un procès. De telles exigences compromettraient l'objectif du mécanisme de filtrage, soit de protéger les émetteurs assujettis contre les poursuites opportunistes et les recours non fondés et coûteux. Ce qui est exigé, c'est une preuve suffisante pour convaincre le tribunal de l'existence d'une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause. [Nous soulignons]

L'expression « mordant » utilisée par le juge Belobaba dans la décision *Ironworkers* au sujet du critère à employer est parfaitement à propos. Les motifs de la juge Bich dans l'arrêt *Charles*⁵² laissent croire que c'est justement cela qui pourrait manquer à l'autorisation québécoise, du moins selon certains :

[74] [...] J'évoque plus haut la possibilité que le processus d'autorisation soit supprimé ou, mieux peut-être, intégré à l'instance elle-même, mais d'autres, avec lesquels on pourrait tout aussi bien

⁵² *Charles c. Boiron Canada inc.*, 2016 QCCA 1716, autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 37366 (4 mai 2017) [Woods s.e.n.c.r.l. représente Boiron Canada inc. dans cette affaire].

être d'accord, suggèrent plutôt de le renforcer, pour lui donner le mordant qu'on lui a jusqu'ici refusé. [...].

Rappelons que dans *Charles*, la Cour d'appel était d'avis que le juge d'instance :

[44] [...] tout en exposant adéquatement les principes qu'il lui fallait appliquer au stade de la demande d'autorisation, s'en est clairement éloigné. Il s'adonne à une étude au fond de la question en opposant les éléments de preuve déposés par l'appelante aux arguments de l'intimée, ainsi qu'en retenant que le processus d'approbation d'un produit homéopathique par Santé Canada est fiable.

Or, à la lecture des motifs de première instance, il appert que le juge était si peu persuadé par la preuve déposée que, même *prima facie*, il ne pouvait conclure à une apparence de droit :

[59] *As is apparent from the magazine title, this article is very critical of homeopathy in general and Oscillococcinum in particular. Two paragraphs in the article provide the gist of its view on the product: [...]*

[60] *This article, written by a retired Dutch mathematician, expresses a view. However, the Court, without expressing any opinion on the merits of homeopathy, is reluctant, in the circumstances, to give it any weight or credibility as it may be nothing more than a pamphlet or charge against homeopathy.*

[61] *The same is true of the article from the U.S. News and World Report magazine entitled Flu Symptoms? Try Duck dated February 9, 1997. This article, however, does refer to studies showing that homeopathic medicines work better than a placebo but that they have been attacked by the medical establishment for being unscientific.*

[63] *Again, the Court is reluctant to hold that there is an arguable case to be made that Oscillo products have no effect on the symptoms of flu sufferers strictly on the basis of these articles alone, notably because of the fact that Oscillo products have successfully met the requirements of Health Canada, have been approved for sale and, also, because these articles seem, at first glance, to be all out attacks on homeopathy.*

[85] [...] [T]he Court, as mentioned above, is not swayed by the views expressed in the articles filed as Exhibits R-7, R-8, and R-10. They are very critical of homeopathy in general and Oscillo products in particular. They may be well founded. However, the Court is most reluctant to base itself on such generalities to conclude, even on a

prima facie basis, that the product at issue is a mere placebo and should be taken off the shelves. [...]

[93] Taking Dr Willis' report as is, the Petitioner has not made the prima facie demonstration that the Oscillo Products are nothing more than placebo.

[94] It may very well be that, in Dr Willis' opinion, Oscillo products lack clinical relevance and utility; however, the same expert acknowledges an ability of said products, based on credible studies, to relieve flu-like symptoms that is "slightly better" than the effects of placebo treatment.

[95] It also appears from the evidence available at the authorization stage that "level 1 evidence", a randomized placebo-controlled study, was submitted and was accepted by Health Canada, in the process of obtaining the licence for the product. [Nous soulignons]⁵³

Cet extrait révèle que le juge de première instance ne s'est livré à aucune analyse particulièrement approfondie de la preuve soumise à l'autorisation. Il a plutôt examiné l'apparence de droit, à sa face même, simplement en lisant les pièces, en regardant leurs sources et en considérant un fait évident à la lumière de la preuve limitée permise, soit la fiabilité du régulateur fédéral canadien, en l'occurrence Santé Canada.

Or, selon la Cour d'appel, le juge d'instance est allé trop loin. Il y a lieu de se demander ce que le juge aurait dû faire. Lire les pièces, mais avec moins de rigueur, ou encore, les lire mais en diagonale? Ou devait-il plutôt « lire entre les lignes » pour les fins de l'évaluation des faits allégués par la demande⁵⁴, mais omettre de lire les lignes des pièces elles-mêmes, évitant ainsi de prendre connaissance de défaillances évidentes?

Le remplacement de l'apparence de droit par le standard de « l'action intentée de bonne foi, ayant une possibilité raisonnable de succès » répondrait aux problématiques mises en lumière dans l'arrêt *Charles*, arrêt qui selon nous laisse très peu de place au juge autorisateur et contribue à enlever le « mordant » du test d'autorisation. Suivant la jurisprudence développée en matière de valeurs mobilières, l'exigence qu'imposerait ce critère d'« entreprendre un examen raisonné de la preuve afin de s'assurer que l'action peut être fondée » et celui de « présenter des éléments de preuve crédibles »⁵⁵ permettrait au juge de première instance d'exercer son rôle de filtrage avec une appréciation de la preuve balisée par des exigences précises.

Au demeurant, ces règles redonneraient du « mordant » à l'autorisation, ce qui ferait de l'étape de l'autorisation un filtre plus efficace.

⁵³ *Charles c. Boiron Canada inc.*, 2015 QCCS 312 aux paras. 59-63, 85 et 93-92.

⁵⁴ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673 au para. 33.

⁵⁵ *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc.*, 2015 CSC 18 aux paras. 38 et 39.

4) Qu'en est-il de la preuve appropriée?

Ceux qui craignent que l'adoption d'un standard d'autorisation plus exigeant puisse créer des dérives, transformant ainsi l'autorisation en « mini-procès », seront rassurés par le fait que nous ne proposons aucun changement aux règles développées en jurisprudence pour encadrer la preuve appropriée.

Ces règles, comme plusieurs des règles applicables à l'autorisation, sont une création jurisprudentielle⁵⁶, les juges ayant été appelés au fil des ans à donner un sens à l'expression « preuve appropriée », qui se trouve maintenant à l'article 574 du C.p.c. On voit aisément des règles applicables que celles-ci pourront assurer le maintien du caractère sommaire de l'autorisation, même si le seuil de l'article 575(2) C.p.c. est rehaussé. Dans un jugement récent, la Cour supérieure les a énoncés comme suit⁵⁷ :

15.1. Le dépôt d'une preuve appropriée nécessite une autorisation préalable du tribunal. Un accord entre les parties sur cette question ne lie pas la cour.

15.2. Pour déterminer si le dépôt doit être autorisé, le tribunal doit trouver un juste équilibre entre rigidité et permissivité. La nature sommaire du processus d'autorisation exige une telle prudence.

15.3. Les éléments de preuve proposés doivent être limités et proportionnels à ce qui est essentiel et indispensable pour évaluer les critères d'autorisation énoncés à l'article 575 du C.p.c. Ils doivent respecter les principes de proportionnalité et de la conduite raisonnable des instances énoncés aux articles 18 et 19 du C.p.c.

⁵⁶ Nous n'avons qu'à penser, par exemple, à la règle voulant qu'une seule question connexe suffit, même si le C.p.c. en exige clairement plus qu'une, et que celle-ci n'a pas à générer des réponses connexes.

⁵⁷ *Mihoubi c. Priceline.com inc.*, 2021 QCCS 2943.

15.4. Le tribunal doit veiller à ne pas transformer la phase d'autorisation en une enquête préalable sur le fond. Au stade de l'autorisation, les allégations de la requête doivent être tenues pour avérées sans en vérifier la véracité. [...].

15.5. Par ailleurs, le tribunal saisi d'une demande pour production d'une preuve appropriée ne doit pas préjuger à l'avance de la qualité des arguments que pourraient faire valoir les défenderesses, mais plutôt décider si elles ont droit d'avoir les informations requises pour les présenter.

15.6. Lorsque la preuve consiste en des déclarations sous serment, celles-ci doivent porter sur des faits neutres et objectifs, par opposition à des questions controversées ou litigieuses qui relèvent de l'appréciation de la preuve sur le fond de l'affaire. [...].

15.7. Le fardeau de démontrer l'utilité et la pertinence incombe à la partie qui demande l'autorisation de déposer une preuve appropriée. [Nous soulignons]

Une codification des premières phrases des paragraphes 15.3 et 15.4 ci-haut pourrait être envisagée, si cela s'avérait nécessaire afin de lancer un message aux justiciables à l'effet que l'autorisation devrait demeurer « sommaire » même après un renforcement du test de l'article 575(2) C.p.c.

5) L'ajout d'un critère d'opportunité

La jurisprudence nous enseigne que la proportionnalité s'applique dans le cadre de l'analyse de chaque critère d'autorisation. Voici comment les juges LeBel et Wagner ont décrit l'application du principe de proportionnalité en matière d'action collective dans l'arrêt *Vivendi*, qui concernait principalement l'interprétation du critère des questions connexes :

*[65] L'appelante soutient qu'une interprétation de l'al. 1003a) qui encourage la multiplicité des analyses au fond viole le principe de la proportionnalité. Elle appuie sa position principalement sur les motifs de la majorité dans l'affaire *Marcotte*, où le juge LeBel affirme qu'il ne faut pas réduire le principe de la proportionnalité « à un simple principe à valeur interprétative qui n'accorderait aucun pouvoir réel aux tribunaux à l'égard de la conduite de la procédure civile au Québec » : par. 42.*

*[66] L'approche proposée par l'appelante est, à notre avis, incorrecte. L'arrêt *Marcotte* a confirmé l'importance du principe de la proportionnalité dans la procédure civile et comme source du pouvoir d'intervention des tribunaux dans la gestion d'une instance : par. 42-43. Cependant, en matière de recours collectifs, il faut concilier le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge pour*

l'application des quatre critères prévus à l'art. 1003 C.p.c. et le pouvoir conféré par l'art. 4.2 C.p.c. : Bouchard, par. 37, 41 et 44; Harmegnies, par. 20-22. Selon nous, dans la mesure où les quatre critères énoncés à l'art. 1003 C.p.c. sont exhaustifs, et nous sommes d'avis qu'ils le sont, le principe de la proportionnalité doit alors être considéré dans l'appréciation de chacun de ces critères. La proportionnalité du recours collectif ne constitue pas un cinquième critère indépendant.

[67] Cette conclusion trouve appui dans le texte de la loi, ainsi que dans la jurisprudence. Lorsqu'il a adopté les dispositions du C.p.c. relatives au recours collectif, le législateur québécois n'a pas jugé opportun d'inclure un critère requérant que ce recours soit la « meilleure » procédure pour régler le litige ou les questions communes, critère présent dans d'autres provinces. La prudence impose donc de ne pas introduire indirectement un tel critère dans la procédure civile québécoise. L'article 1003 est clair : lorsque le juge d'autorisation est d'avis que les quatre critères sont respectés, il doit autoriser le recours collectif. Il n'a pas à se demander si le recours collectif est le véhicule procédural le plus adéquat.

[68] [...] Le principe de la proportionnalité a pour effet de renforcer le pouvoir d'appréciation déjà reconnu au juge dans l'examen de chacun des quatre critères prévus à l'art. 1003 C.p.c. : Marcotte, par. 85. Toutefois, le juge d'autorisation ne peut pas, au nom du principe de la proportionnalité, refuser d'autoriser un recours qui respecterait par ailleurs les critères établis. [Nous soulignons]

Le rôle que joue le principe de proportionnalité en matière d'actions collectives est donc nébuleux. Comment peut-il véritablement « renforcer » le pouvoir d'appréciation du juge si ce même juge n'a aucune discrétion pour rejeter un recours qui respecte les critères établis – critères qui, en eux-mêmes, peuvent mener à des résultats non-proportionnels?

Le critère des questions connexes, qui était en jeu dans *Vivendi*, en est un bon exemple. Rappelons que dans *Vivendi*, le premier juge avait conclu que ce critère n'était pas rencontré, considérant que les questions communes présentées par le demandeur nécessiteraient *au moins* 22 analyses individuelles en raison des règles applicables à chaque membre, les faits particuliers à chaque membre et les communications individualisées entre l'employeur et les membres. En effet, selon le juge Mayer de la Cour supérieure :

[130] Il appert, donc, que non seulement chacune des questions soulevées par le Requérent devraient être analysées à la lumière des faits particuliers à chaque membre, mais également à la lumière du droit applicable au contrat d'emploi en vertu duquel un membre aurait des droits acquis.

[131] Il faudrait également considérer six séries de règles différentes en matière de prescription pour déterminer si le recours de chacun des membres est prescrit puisque Vivendi prétend que l'action en nullité de la Clause de Modification Unilatérale est prescrite.

[132] Lorsqu'on tient compte de l'existence des cinq sous-groupes décrits ci-dessus et des règles de droit qui sont applicables à chaque membre, on obtient un minimum de 22 sous-groupes.

[133] Un Tribunal québécois peut recevoir une preuve du droit des provinces de common law ou en prendre connaissance d'office dans le cadre d'un recours collectif lorsqu'il a compétence sur le litige et qu'il existe des questions véritablement communes.

[134] Cette Cour aurait donc à conduire un minimum de 22 analyses afin de régler les questions soi-disant « communes » soulevées par le Requéant. Des analyses supplémentaires seraient requises dans les cas où des communications individualisées ont été échangées entre l'employeur et un membre. [Nous soulignons]

La Cour suprême a néanmoins conclu que le critère des questions connexes était rencontré et que l'action collective aurait dû être autorisée. Dans un tel contexte, se pose la question : la proportionnalité a-t-elle encore véritablement un rôle à jouer?

L'interprétation si souple des autres critères mène également à des résultats qui ne sont pas proportionnels. Comme mentionné ci-haut, dans l'affaire *Charles*, le juge d'instance avait erré en concluant qu'il n'y avait pas d'apparence de droit, même si, *prima facie*, le manque de crédibilité de la preuve sur laquelle l'action était fondée sautait aux yeux. Forcer le tribunal à attendre le procès au mérite pour arriver à cette conclusion – c'est-à-dire, le forcer à attendre encore des années – ne nous semble pas proportionnel.

Ainsi, comme le Laboratoire et le Ministère, nous croyons que le législateur devrait agir afin de ramener en définitive la notion de proportionnalité au centre des actions collectives québécoises. Cela dit, nous sommes en désaccord avec la solution proposée, soit une deuxième codification du principe de proportionnalité propre aux actions collectives.

Parfois qualifiée de « méta-norme »⁵⁸, la proportionnalité est un principe fondamental de la procédure civile, un principe « directeur », selon le libellé du C.p.c.⁵⁹ Une deuxième codification, spécifique à un domaine de droit particulier, n'est donc pas

⁵⁸ *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCA 2193 au para. 4.

⁵⁹ Le Chapitre III du Titre II du Livre I du Code, dans lequel la codification du principe de proportionnalité se trouve (voir les articles 17 et 18) est intitulé « Principes directeurs de la procédure civile ».

nécessaire. Ajoutons qu'une telle deuxième codification pourrait porter à confusion. Par exemple, si la proportionnalité est re-codifiée pour les fins spécifiques des actions collectives, mais non pas pour les injonctions, quelle conclusion en tirera-t-on? Prétendra-t-on alors que la proportionnalité est plus importante dans un contexte qu'un autre? De tels débats et la confusion les entourant sont naturellement à éviter.

Il faut donc envisager d'autres solutions. D'abord, nous croyons que le renforcement du critère de l'article 575(2) C.p.c. aiderait à assurer que les recours autorisés soient plus proportionnels. Cela dit, pour garantir une meilleure proportionnalité dans les actions collectives, nous recommandons la codification d'une règle d'« opportunité », comme celle qui se trouve actuellement dans la *Loi sur les recours collectifs* de l'Ontario (la « **Loi** »). Cette règle se trouve à l'article 5(1)(d) de la Loi et se lit comme suit :

5 (1) Sous réserve du paragraphe (6) et de l'article 5.1, le tribunal saisi d'une motion visée à l'article 2, 3 ou 4 certifie un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies : [...] (d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes;

En 2020, par voie d'amendement, le législateur ontarien est venu préciser les facteurs à évaluer sous l'article 5(1)(d), en ajoutant à la Loi l'article 5(1.1), qui se lit comme suit :

(1.1) Dans le cas d'une motion visée à l'article 2, le recours collectif n'est le meilleur moyen de régler les questions communes en vertu de l'alinéa (1) (d) que si, au minimum, les conditions suivantes sont réunies :

(a) ce moyen est supérieur à tous les autres moyens raisonnablement disponibles pour établir le droit des membres du groupe à une mesure de redressement ou examiner la conduite reprochée au défendeur, notamment, selon le cas, une procédure quasi judiciaire ou administrative, la gestion des causes pour les demandes individuelles dans une instance civile ou un mécanisme ou programme de réparation hors du cadre d'une instance;

(b) les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe l'emportent sur les questions qui touchent uniquement les membres du groupe pris individuellement.

Le concept d'« opportunité » englobe donc deux concepts subsidiaires, soit la « préférence » (*preferability*) de l'action collective à d'autres recours et la « prédominance » des questions communes par rapport aux questions individuelles. Les deux sont intimement liés au concept de la proportionnalité, selon nous.

Quant au concept de préférence, le juge Ward Branch de la Cour suprême de la Colombie-Britannique explique dans son célèbre ouvrage *Class Actions in Canada* que ce concept se rapproche du critère des *U.S. Federal Rules* voulant que l'action collective soit le meilleur moyen de résoudre le litige :

Except under the Amended Act in Ontario, in the common law provinces of Canada the term “preferable” differs from the U.S. Rule 23(b)(3) requirement that a class proceeding be “superior” to other available methods. The Rule 23(b)(3) class action requires that the class action be the superior method to resolve the “controversy”. The common law statutes require that the class proceeding be the preferable procedure for the resolution of the “common issues” (as opposed to the entire controversy). This distinction can be seen as creating a lower threshold for certification in the common law provinces than in the U.S. However, it is still important to assess the litigation as a whole, including the individual hearing stage, in order to determine whether the class action is the preferable means of resolving the common issues. In the abstract, common issues are always best resolved in a common proceeding. However, it is important to adopt a practical cost-benefit approach to this procedural issue, and to consider the impact of a class proceeding on class members, the defendants, and the court.

The Amended Act in Ontario hews closer to the U.S. Rule 23(b) approach.⁶⁰ [...]. [Nous soulignons]

Ce critère pourrait ainsi aider à assurer l'efficacité des actions collectives et l'utilisation responsable des ressources judiciaires. Ceci est primordial, selon nous. Comme il ressort de l'article 18 C.p.c. et du deuxième paragraphe de la disposition préliminaire, l'efficacité et la proportionnalité sont des concepts intimement liés :

18. Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande.

Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice. [Nous soulignons]

⁶⁰ Ward Branch, *Class Actions in Canada*, 2^e éd, Toronto, Carswell, 2021 (ProView) à la section § 4:9.

Disposition préliminaire. [...] Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice. [...] [Nous soulignons]

Certains (dont Branch)⁶¹ argueront que le concept de préférence est déjà en quelque sorte intégré à la procédure civile québécoise, par le biais de l'article 575(3) C.p.c. Or, la jurisprudence que cite le juge Branch à l'égard d'un tel propos date d'au moins 12 ans, ce qui représente au Québec une éternité considérant la façon dont les critères d'autorisation ont été interprétés et réinterprétés dans les dernières années. Aujourd'hui, le critère de l'article 575(3) C.p.c. est peu contesté considérant l'état actuel du droit. Me Yves Lauzon, un avocat exerçant en demande, expose à quel point il est facile de rencontrer ce critère :

Lorsque le nombre de membres est important, ce facteur seul suffit (Jean-Paul c. Uber Technologies Inc., 2017 QCCS 164, EYB 2017-275397; Abicidan c. Bell Canada, 2017 QCCS 1198, EYB 2017-277942; Valade c. Ville de Montréal, 2017 QCCS 4299, EYB 2017-284875).

[...]

Le principe de proportionnalité et l'objectif de l'économie des ressources judiciaires militent également en faveur de l'utilisation de l'action collective même dans les cas de groupes plus restreints. En effet, il suffit de quelques procédures individuelles pour que l'objectif de l'économie des ressources judiciaires soit compromis (Ouellet c. Rail World Inc., 2015 QCCS 2002, EYB 2015-251883, J.E. 2015-913; Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait ltée, 2016 QCCA 659, EYB 2016-264753, J.E. 2016-759).⁶² [Nous soulignons]

Le critère (3) en est presque devenu circulaire : attendu qu'une demande représente quelques personnes avec un recours, cette demande peut être déposée... et cette même réalité nous permet de rencontrer d'emblée un des critères nécessaires à l'autorisation, sans plus. Il suffirait, pour paraphraser le juge Branch, de se contenter à dire que, « *in the abstract, common issues are always best resolved in a common proceeding* », sans tenir compte du fait qu'il est toujours nécessaire, pour assurer la proportionnalité, « *to*

⁶¹ Ward Branch, *Class Actions in Canada*, 2^e éd, Toronto, Carswell, 2021 (ProView) à la section § 4:9.

⁶² Yves Lauzon et Anne-Julie Asselin, « Article 575 », dans Luc Chamberland, dir, *Le Grand Collectif - Code de procédure civile : Commentaires et annotations, Volume 2 (Articles 391 à 836)*, 5^e éd, Montréal, Yvon Blais, 2020, en ligne : EYB2020GCO587 à la p. 8.

adopt a practical cost-benefit approach to this procedural issue, and to consider the impact of a class proceeding on class members, the defendants, and the court »⁶³.

Selon nous, l'adoption d'une telle approche pratique et l'évaluation du rapport coût-bénéfice qui s'ensuit respectent le principe de proportionnalité – et en découlent axiomatiquement – surtout à la lumière de la durée moyenne d'une action collective et l'investissement de ressources qu'un tel dossier représente pour le système judiciaire.

À notre sens, dans une telle perspective, la préférence (ou la « supériorité ») de l'action collective vis-à-vis d'autres options procédurales pourrait s'apprécier en regard d'une liste d'interrogations inspirée par les questionnements de la Cour suprême dans l'arrêt *AIC Limitée c. Fischer*⁶⁴, soit :

- (1) Quels sont les obstacles à l'accès à la justice?
- (2) Dans quelle mesure l'action collective permet-elle d'éliminer ces obstacles?
- (3) Quels autres moyens y a-t-il?
- (4) Dans quelle mesure les autres moyens permettent-ils d'éliminer les obstacles?
- (5) Dans quelle mesure est-ce que l'action collective encouragerait la modification du comportement de la défenderesse?

Quant au critère de la prédominance des questions communes sur les questions individuelles, il s'agit d'un critère qui se trouve dans la législation de plusieurs autres provinces, dont l'Ontario (comme mentionné), mais aussi la Terre-Neuve, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau Brunswick et l'Alberta⁶⁵. Il se trouve également dans les *Federal Courts Rules* des États-Unis. Il appert donc que dans plusieurs juridictions nord-américaines, on a refusé de dire, comme l'a dit la Cour suprême dans *Vivendi*, que : « la seule présence d'une question de droit ou de fait identique, connexe ou similaire suffit pour satisfaire au critère énoncé à l'al. 1003 (a) C.p.c. sauf si cette question ne joue qu'un rôle négligeable quant au sort du recours »⁶⁶.

Rappelons, une fois de plus, que selon le Laboratoire, 70% des actions collectives sont rejetées sur la base d'un seul critère, soit l'apparence de droit. En considérant l'approche « moderne » des tribunaux vis-à-vis l'évaluation souple des critères (1) et (3) de l'article 575 C.p.c., cette statistique s'explique bien.

⁶³ Ward Branch, *Class Actions in Canada*, 2e éd, Toronto, Carswell, 2021 (ProView) à la section § 4:9.

⁶⁴ 2013 CSC 69.

⁶⁵ *Class Actions Act*, SNL 2001, c. C-18.1, art. 5 (2) a) (Terre-Neuve), *Class Proceedings Act*, SNS 2007, c. 28, art. 7 (2) a) (Nouvelle-Écosse), *Class Proceedings Act*, RSNB 2011, c. 125, art. 6 (2) a) (Nouveau Brunswick) et *Class Proceedings Act*, SA 2003, c. C-16.5, art. 5 (2) a) (Alberta).

⁶⁶ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 au para. 58.

Aussi souhaitable qu'il puisse être d'avoir un test d'autorisation relativement aisément satisfait, le test actuel de l'article 575(1) C.p.c. ignore une réalité fondamentale incontournable, exposée par le juge Branch en doctrine et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en jurisprudence⁶⁷ :

Where individual issues predominate, the benefit to class members from the resolution of common issues within a class proceeding is more limited, since class members will be required to advance a substantial portion of their case individually in any event. In Tiemstra v. Insurance Corp. of British Columbia, the court stated:

I agree with the statement in the respondent's factum.

A class action which will break down into substantial individual trials in any event does not promote judicial economy or improve access to justice and is not the preferable procedure. [Nous soulignons]

6) Recommandation quant aux amendements au test de l'autorisation

Nous résumons notre proposition dans les lignes suivantes. Pour les raisons énoncées ci-dessus, nous proposons :

- Le maintien du système actuel qui comporte deux étapes distinctes, soit l'autorisation et le mérite;
- Le remplacement du critère de l'apparence de droit par un critère de « recevabilité en droit » ou encore de « bonne foi et chance raisonnable de succès »; et
- L'adoption d'un critère d'opportunité similaire au critère ontarien.

Ainsi, si le standard de « recevabilité en droit » était choisi, le nouvel article 575 C.p.c. que nous proposons se lirait comme suit :

575. Le tribunal autorise l'exercice de l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

1° les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes qui l'emportent sur les questions qui touchent uniquement les membres du groupe pris individuellement;

2° l'action collective proposée est fondée en droit à la lumière des faits allégués;

⁶⁷ Ward Branch, *Class Actions in Canada*, 2e éd, Toronto, Carswell, 2021 (ProView) à la section § 4:9.

3° la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;

4° le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres;

5° l'action collective proposée est supérieure à tous les autres moyens raisonnablement disponibles pour établir le droit des membres du groupe à une mesure de redressement ou examiner la conduite reprochée au défendeur, notamment, selon le cas, une procédure quasi-judiciaire ou administrative, la gestion des causes pour les demandes individuelles dans une instance civile ou un mécanisme ou programme de réparation hors du cadre d'une instance.

Si le standard de « bonne foi » et de « chance raisonnable de succès » était adopté, l'article 575 C.p.c. se lirait comme suit :

575. Le tribunal autorise l'exercice de l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

1° les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes qui l'emportent sur les questions qui touchent uniquement les membres du groupe pris individuellement;

2° l'action collective proposée est intentée de bonne foi et présente une chance raisonnable de succès;

3° la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;

4° le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres;

5° l'action collective proposée est supérieure à tous les autres moyens raisonnablement disponibles pour établir le droit des membres du groupe à une mesure de redressement ou examiner la conduite reprochée au défendeur, notamment, selon le cas, une procédure quasi-judiciaire ou administrative, la gestion des causes pour les demandes individuelles dans une instance civile ou un mécanisme ou programme de réparation hors du cadre d'une instance.

C) LES PROPOSITIONS RELATIVES AUX HONORAIRES DES AVOCATS EN DEMANDE

L'un des reproches du Laboratoire à l'égard du *statu quo* quant aux honoraires extrajudiciaires en demande est l'impression, notamment véhiculée par certains chroniqueurs, à l'effet que ces honoraires seraient parfois trop élevés. Le Laboratoire résume sa crainte au sujet des honoraires extrajudiciaires engagés dans l'action collective, écrivant qu'ils « font régulièrement les manchettes, principalement en raison de leur importance »⁶⁸ et poursuivant : « il en reste que des honoraires très – voire trop – élevés donnent mauvaise presse à l'action collective et affectent sa légitimité »⁶⁹. Le Laboratoire écrit similairement que « [c]ertains se demandent si l'action collective n'est pas devenue une sorte de 'chasse-galerie', pour reprendre la légende de la chasse fantastique »⁷⁰, une référence à l'opinion du professeur Daniel Jutras, qui mettait vraisemblablement en garde contre les risques d'excès.

Certes, des honoraires trop élevés, en plus de donner à la profession un caractère de lucre et de commercialité au sens du *Code de déontologie des avocats*⁷¹, réduisent le recouvrement obtenu par les justiciables et créent des distorsions dans les incitatifs d'avocats en demande.

Pourtant, à la lumière des données du Rapport du Laboratoire, ainsi que selon notre expérience, il n'est pas acquis qu'une intervention législative de la magnitude proposée à l'égard des honoraires extrajudiciaires s'impose. Comme il sera détaillé, toutefois, certains volets des propositions 6, 7 et 8 sont à notre avis bénéfiques et nous militons en faveur de leur ratification par le Ministère.

1) Commentaires d'ordre général

Premièrement, si un risque d'excès existe, nous ne sommes pas persuadés qu'il s'est matérialisé au point de justifier une réforme. En effet, généralement, il appert des données citées par le Laboratoire que les honoraires extrajudiciaires versés au Québec, dans leur ensemble, sont raisonnables :

- « Au Québec, la fourche de 20-25 % pour les honoraires semble demeurer la norme depuis les dernières années »⁷²;
- « Pour le professeur Pierre-Claude Lafond, une convention d'honoraires fixés par pourcentage du montant obtenu, variant de 15 % à 33 %, est souvent utilisée et jugée 'juste et raisonnable' par les tribunaux »⁷³, et

⁶⁸ Rapport du Laboratoire à la p. 43.

⁶⁹ Rapport du Laboratoire à la p. 43.

⁷⁰ Rapport du Laboratoire à la p. 71.

⁷¹ Article 101 du *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c. B-1, r. 3.1.

⁷² Rapport du Laboratoire à la p. 55.

⁷³ Rapport du Laboratoire à la p. 55.

- Le « [...] pourcentage moyen et médian de la somme totale déboursée par la partie défenderesse qui est versé aux avocats en honoraires représente 27,45 % en moyenne et 25,23 % pour la médiane »⁷⁴.

Qui plus est, le Laboratoire révèle que, dans les recours multi-juridictionnels, les avocats québécois en demande sont généralement payés en-deçà de leurs homologues canadiens (« [c]es honoraires sont moindres que pour le reste du Canada [...] »⁷⁵).

Ainsi, nous ne croyons pas qu'il y ait matière à conclure que les honoraires actuels sont « trop » élevés ou « extravagants »⁷⁶ justifiant ainsi une réforme.

Deuxièmement, si ce risque d'excès existe, nous ne sommes pas persuadés que les garde-fous actuels sont insuffisants ou inadéquats. À l'inverse, si les données détaillées présentées par le Laboratoire démontrent une tendance de manière univoque, c'est bien que les tribunaux québécois sont conscients des risques de débordement et agissent en conséquence. Nous nous demandons donc si une intervention législative est nécessaire.

Enfin, nous partageons la position du Laboratoire face au constat selon lequel notre système n'est pas parfait : trouver réponse à des questions aussi indispensables n'est pas une mince tâche. Le Laboratoire écrit au sujet de ses préoccupations vis-à-vis les honoraires extrajudiciaires :

À quel moment les honoraires deviennent-ils « trop » élevés? Quelle est la valeur du travail de l'avocat dans ce contexte? Certains types de dossiers « valent »-ils plus que d'autres, à cet égard? Ce sont là plusieurs questions auxquelles nous n'avons pas nécessairement de réponses⁷⁷. [Nous soulignons]

Comme le Laboratoire, nous ne sommes pas persuadés qu'il est possible de répondre à ces questions, et surtout, de manière systématique, comme le requiert une réforme. Ces questions, d'importance fondamentale, méritent d'être au cœur de la réflexion de chaque décideur, qui aura en sa possession des faits détaillés et des connaissances particulières. Humblement soumis, il serait à notre sens irréaliste de prétendre pouvoir y répondre systématiquement ou uniformément, sans avoir le bénéfice des faits particuliers de chaque affaire.

Pour citer le Laboratoire, « [a]u final, il demeure difficile sinon impossible d'imposer une norme objective de rémunération qui soit juste et raisonnable pour les membres du groupe et satisfaisante pour les avocats »⁷⁸.

Or, en proposant de hiérarchiser les critères d'analyse déjà existants (propositions 6, 7 et 8), le Laboratoire tente malgré tout l'exercice de répondre à ces questions et impose dans les faits « une norme objective de rémunération ». À notre sens, cet exercice,

⁷⁴ Rapport du Laboratoire à la p. 57.

⁷⁵ Rapport du Laboratoire à la p. 59.

⁷⁶ Rapport du Laboratoire aux pp. 43-44 et 71.

⁷⁷ Rapport du Laboratoire à la p. 71.

⁷⁸ Rapport du Laboratoire à la p. 76.

certainement louable, ne devrait être imposé aux juges, qui ont historiquement été et, qui demeurent, les mieux placés pour y répondre.

Ainsi, nous ne sommes pas persuadés que les propositions 6, 7 et 8 du Laboratoire devraient l'emporter sur l'autonomie judiciaire en revêtant une forme normative contraignante.

2) Commentaires sur la proposition 6, volet par volet

- i. *Volets 1 et 2 : Fixer ou favoriser les conventions d'honoraire à pourcentage inversement proportionnels à la somme obtenue, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut*

Les volets 1 et 2 représentent en fait la même suggestion. En effet, à la page 72 de son rapport, le Laboratoire propose de « fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut ». Deux phrases plus loin, référant à la jurisprudence⁷⁹, le Laboratoire précise sa proposition et parle d'un schéma intégrant à la fois (1) une échelle d'honoraires à pourcentage *décroissante* selon la somme obtenue et, inversement, (2) une échelle d'honoraires *croissante* selon l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut (« l'avancement du dossier »).

Ainsi, contrairement à ce qui semble suggéré par le Document consultatif, qui résume le contenu du volumineux Rapport, il n'est pas question de deux volets distincts (1 et 2) mais bien d'une seule suggestion par le Laboratoire.

Cette suggestion, à double mécanique, viserait à réduire l'incitatif encourageant l'avocat à faire perdurer le dossier afin de le régler plus tard dans l'espoir d'obtenir de plus généreux honoraires⁸⁰.

Respectueusement, nous sommes d'avis que cette proposition aurait, en réalité, très peu de valeur ajoutée et, conséquemment, ne devrait pas être entérinée par le législateur, et ce, pour les motifs qui suivent.

Premièrement, il n'est pas évident, à la lecture des volets 1 et 2, si cette proposition est de nature facultative ou impérative. L'emploi à la fois de « fixer » et de « favoriser » dans le même paragraphe⁸¹ porte à confusion.

Nonobstant ce qui précède, deuxièmement, la solution proposée semble en porte-à-faux avec le problème allégué. Si le problème est le prétendu incitatif de ne pas régler rapidement, pourquoi alors proposer une échelle *croissante* selon l'avancement de

⁷⁹ Citant l'affaire *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200, conf par 2018 QCCA 305, le Laboratoire reprend la formule décrite ainsi par la Cour supérieure : [108] Les conventions d'honoraires, comme celles analysées ici, prévoient souvent des pourcentages progressifs selon le stade d'avancement du dossier. Elles devraient également prévoir des pourcentages dégressifs à partir de l'obtention d'un certain montant ou un montant maximum.

⁸⁰ Rapport du Laboratoire à la p. 72.

⁸¹ Rapport du Laboratoire à la p. 72.

l'état du dossier? Le Laboratoire concluait, de sa vaste étude, qu'il est « avantageux pour les membres (sur le plan de la compensation obtenue) de voir l'action collective se conclure rapidement »⁸². Cette conclusion sert de prémisse aux volets 1 et 2 de la proposition 6 du Laboratoire⁸³. Or, partant de cette prémisse, il s'ensuit que la proposition qui encourage – même partiellement – l'avocat à régler plus tard est *prima facie* contraire à l'intérêt des membres.

Troisièmement, si le problème que sert à régler cette proposition est bien le « risque que l'avocat se trouve en conflit d'intérêts et préfère poursuivre le dossier [plutôt] que de le régler, dans l'espoir d'obtenir de plus généreux honoraires », alors, soit dit avec le plus grand des égards, nous ne sommes pas persuadés que ce problème est plus que théorique.

Il n'y a ni donnée ni quelconque élément de preuve dans le Rapport du Laboratoire qui corroborerait l'existence d'une tendance d'avocats qui « préfère[raient] poursuivre le dossier [plutôt] que de le régler ». Dans les faits, les actions collectives se règlent en très grande majorité et, dans les dernières années, progressent rapidement. En effet, selon les statistiques présentées à même le Rapport, 82,45% des dossiers qui se rendent à la fin du processus d'action collective font l'objet d'une transaction et non d'un jugement au mérite⁸⁴.

Similairement, le Rapport révèle que « des 28 dossiers du District de Montréal dans lesquels un jugement d'autorisation a été rendu entre juin 2017 et juin 2019, neuf ont reçu un jugement d'autorisation en moins d'un an (et 6 d'entre eux avaient été déposés en 2018) »⁸⁵. Comme l'écrit le Laboratoire, « [c]es résultats témoignent de l'efficacité de la nouvelle manière d'administrer les dossiers d'action collective mise en place depuis septembre 2018 »⁸⁶. Selon nous, ces résultats témoignent également de l'inexistence d'un risque réel d'avocats en demande qui préfèrent laisser perdurer le dossier, dans l'espoir d'obtenir de plus généreux honoraires.

Face à ce constat, en l'absence d'un problème palpable et évident (d'un sens comme dans l'autre), il nous paraît, avec égards, imprudent de modifier par voie législative le vaste corpus d'enseignements produit par les tribunaux au niveau des conventions d'honoraires extrajudiciaires. Introduire artificiellement un incitatif conventionnel générique (de type « *one size fits all* »), surtout en l'absence d'un problème prépondérant, risque de créer plus de problèmes qu'il en règle.

ii. *Volets 3 et 4 : Ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer les distributions aux membres, en fonction du « succès »*

⁸² Rapport du Laboratoire à la p. 72.

⁸³ Rapport du Laboratoire à la p. 72.

⁸⁴ Rapport du Laboratoire à la p. 76. La note de bas de page 329 du Laboratoire se lit « Livre, chapitre II, section 5.3. ». Elle devrait plutôt se lire : « Catherine Piché, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Montréal, Thémis, 2019, p. 63 ».

⁸⁵ Rapport du Laboratoire à la p. 62.

⁸⁶ Rapport du Laboratoire à la p. 62.

relatif de l'étape du recouvrement et, dans le cas d'un recouvrement individuel, n'approuver les honoraires qu'après la distribution aux membres.

À notre humble avis, les volets 3 et 4 ne devraient pas être mis en vigueur. Ces deux volets de la proposition 6 seront commentés conjointement, considérant qu'ils se rapportent tous les deux à la distribution aux membres.

Nous comprenons de la lecture du Rapport que le volet 3 est proposé par le Laboratoire avec certaines réserves. En effet, le Laboratoire reconnaît explicitement dans son Rapport que la proposition n'est pas sans défauts, en ce qu'elle ne tient pas compte de plusieurs facteurs hors du contrôle de l'avocat en demande⁸⁷ :

Cette proposition aurait pour avantage de mieux accorder les intérêts des avocats en demande avec ceux des membres. Par contre, nous reconnaissons que le recouvrement et son succès ne sont pas toujours fonction des avocats en demande. Des facteurs externes contribuent très souvent à rendre la tâche des distributions plus ardue que prévue, tels la valeur des réclamations, le désintérêt des membres, un déménagement, ou encore d'autres facteurs extrinsèques.

À la lumière de cet extrait, nous comprenons que le volet 3 se veut davantage une invitation à réflexion, plutôt qu'une proposition ferme de modification législative.

Enfin, subsidiairement (si le législateur jugeait bon d'inclure une forme de condition liée aux honoraires), nous invitons le législateur, comme l'a fait la province de l'Ontario⁸⁸, à accorder le pouvoir discrétionnaire aux juges d'assujettir les honoraires à des conditions qui seront pertinentes, plutôt que de modifier uniformément l'ordre de paiement, comme proposé par le Laboratoire. Autrement dit, nous préférons la discrétion judiciaire à l'imposition de conditions uniformes et rigides.

Nonobstant ce qui précède, les volets 3 et 4 sont, selon nous, incompatibles avec l'objet et l'esprit de l'action collective. Nous savons que la raison d'être de l'action collective est de permettre à un représentant, n'ayant pas les moyens financiers d'ester en justice sur une base individuelle, de faire valoir ses droits⁸⁹. Comme l'écrivent les auteurs Mes Yves Lauzon et Bruce Johnston, les avocats agissant pour le représentant « assument l'essentiel du risque financier inhérent à une telle procédure en acceptant une rémunération conditionnelle au succès de l'action collective, généralement sur la base d'un pourcentage payable à même 'le montant du recouvrement collectif ou avant le paiement des réclamations individuelles' »⁹⁰.

⁸⁷ Rapport du Laboratoire à la p. 73.

⁸⁸ *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, art. 32 (6).

⁸⁹ Yves Lauzon avec la collaboration de Bruce W. Johnston, *Traité pratique de l'action collective*, Montréal, Yvon Blais, 2021, en ligne : EYB2021TPA50 à la p. 2.

⁹⁰ Yves Lauzon avec la collaboration de Bruce W. Johnston, *Traité pratique de l'action collective*, Montréal, Yvon Blais, 2021, en ligne : EYB2021TPA50 à la p. 2.

C'est la raison pour laquelle le législateur édicte au premier alinéa de l'article 593 C.p.c. que le tribunal peut accorder une indemnité au représentant pour le paiement, entres autres, des honoraires de son avocat, « le tout payable à même le montant du recouvrement collectif ou *avant* le paiement des réclamations individuelles ».

Partant, lorsque le Laboratoire propose ses volets 3 et 4, qui conditionnent au recouvrement le paiement des honoraires d'avocat, il s'agit non pas d'une suggestion de modification accessoire, périphérique ou sans importance. Ce qui est demandé modifierait l'article 593, al. 1 C.p.c. ainsi que l'article 598(2) C.p.c. Le volet 4, voulant que « dans le cas d'un recouvrement individuel les honoraires ne puissent être approuvés qu'après la distribution » ignorerait l'intention du législateur eu regard de l'article 597 C.p.c. Comme l'enseigne la Cour supérieure, il est possible « qu'un jugement ou une entente de règlement ne permette pas de distribuer une compensation aux membres puisque le législateur lui-même en fait mention à l'article 597 C.p.c. »⁹¹. Le recours à l'article 597 C.p.c., c'est-à-dire, la reconnaissance de l'impraticabilité d'une distribution individuelle, n'est pas nécessairement une indication que l'action collective en question est moins « importante » ou « pertinente » d'un point de vue social que d'autres, de façon qu'il y aurait lieu de diminuer les honoraires des avocats du groupe.

Ni plus ni moins, cette modification proposée constituerait un changement radical, affectant l'essence même de l'action collective telle que nous la concevons aujourd'hui. Ce changement radical devrait être justifié par des circonstances tout aussi radicales. Qu'en est-il?

Comme discuté, le Laboratoire concède sans heurts ni détours que l'efficacité du recouvrement n'est pas entièrement fonction des efforts de l'avocat en demande. Ainsi, nous soumettons avec respect que la modification proposée est, au mieux, incompatible avec l'objet et l'esprit de l'action collective, et au pire, excessive et perturbatrice.

En sus de ce qui précède, cette proposition n'apporte que très peu de valeur ajoutée : les tribunaux sont déjà adéquatement outillés et considèrent fréquemment le résultat obtenu, incluant le recouvrement, dans leur analyse des honoraires extrajudiciaires. Comme l'écrit le Laboratoire dans son Rapport, parmi les critères jurisprudentiels, les « tribunaux évaluent le succès du recouvrement par le biais des sommes recouvrées par rapport à celles demandées et en fonction du risque de l'affaire, considérant que plus l'affaire est risquée, plus il est tolérable que le résultat soit moindre »⁹². Ainsi, la thèse de la nécessité d'une modification législative d'une telle envergure est une fois de plus érodée.

Les propositions des volets 3 et 4 ont pour effet de pénaliser l'avocat en demande, sans justification réelle. Lorsque le mode de recouvrement est individuel, plutôt que

⁹¹ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200 au para. 134, conf par 2018 QCCA 305 au para. 85.

⁹² Rapport du Laboratoire à la p. 54.

collectif, ce n'est d'aucune manière attribuable à l'avocat en demande, loin de là. C'est uniquement en raison de la nature des réclamations que le tribunal accorde un mode de recouvrement plutôt qu'un autre. Les auteurs Lauzon et Johnston arguent éloquemment à cet effet :

Toutefois dans le cas d'un jugement dont la valeur est importante pour les membres mais qui, considérant la nature des réclamations, ordonne un recouvrement individuel, les honoraires des avocats ne devraient pas être diminués pour ce seul motif.

Le résultat s'évalue à la lumière de l'ensemble des circonstances pertinentes de chaque cas. Dans plusieurs d'entre eux, une procédure de réclamation individuelle efficace s'avère la seule voie possible d'indemnisation.⁹³

Ajoutons qu'en discriminant contre les recouvrements individuels, le volet 4 va à l'encontre de la proposition 8(1) du Laboratoire. À titre de rappel, l'objet de la proposition 8(1) est d'inciter les avocats en demande à prendre en compte le bénéfice sociétal dans leur sélection de mandats représentatifs. Le volet 4, qui suspendrait, pour les dossiers impliquant un recouvrement individuel, le paiement des honoraires jusqu'à la complétion de la distribution, inciterait naturellement les avocats en demande à prioriser les dossiers qui impliquent plutôt un recouvrement collectif.

Or, nous savons que les dossiers impliquant un recouvrement individuel sont souvent de nature sensible, par exemple des cas de préjudice moral, comme des cas de violence sexuelle⁹⁴. Ces cas plus sensibles, d'une grande incidence pour les membres, sont précisément les cas que vise à encourager la proposition 8(1). En décourageant ces cas, le volet 4 est en dissonance avec l'objet de la proposition précitée.

3) Commentaires sur la proposition 7

Rappelons la septième proposition, qui se lit ainsi :

Le Laboratoire propose une méthode en trois temps pour que le tribunal puisse apprécier la raisonnable des honoraires :

- 1) La convention d'honoraires doit être présumée valide, comme c'est le cas dans l'état actuel du droit;
- 2) Le tribunal devrait ensuite vérifier le caractère raisonnable suivant la méthode du multiplicateur. Celle-ci consiste à mesurer « le nombre d'heures travaillées,

⁹³ Yves Lauzon avec la collaboration de Bruce Johnston, *Traité pratique de l'action collective*, Montréal, Yvon Blais, 2021, en ligne : EYB2021TPA50 à la p. 9.

⁹⁴ Yves Lauzon avec la collaboration de Bruce W. Johnston, *Traité pratique de l'action collective*, Montréal, Yvon Blais, 2021, en ligne : EYB2021TPA34 à la p. 1. Les auteurs citent *M.G. c. Association Selwyn House*, 2009 QCCS 989, *Cornellier c. Province canadienne de la Congrégation de Ste-Croix*, 2011 QCCS 6670 et *Tremblay c. Lavoie*, 2014 QCCS 3185.

multiplié par le taux horaire, multiplié par un facteur pour tenir compte du risque ».

3) À la suite de cette vérification, le tribunal devrait examiner les autres critères établis par la jurisprudence. Il pourrait évaluer si un écart entre les honoraires établis à la convention et la somme obtenue grâce à la méthode du multiplicateur se justifie par ces autres critères, comme par exemple le résultat obtenu et la finalité du dossier.

Nous sommes d'accord avec le premier volet de la proposition, qui se veut une continuation de l'état de droit actuel : les conventions d'honoraires devraient être présumées valides. En effet, l'inverse serait indésirable.

Nous partageons également la position du Laboratoire quant au troisième volet de la proposition 7, voulant que les tribunaux ne délaissent pas le riche corpus jurisprudentiel et les grilles d'analyses nuancées et plurifactorielles de la raisonnable des honoraires. Comme discuté précédemment, ces critères sont appliqués avec le bénéfice d'une compréhension détaillée des faits et une proposition invitant à leur évacuation serait nécessairement contre-productive, à notre sens.

Demeure le second volet de la septième proposition. À cet égard, notre position est simple et cohérente avec les arguments présentés précédemment : en l'absence d'un problème évident, la discrétion judiciaire ne devrait pas être restreinte. Plus précisément, nous nous opposons à une hiérarchisation législative des critères d'analyse de la raisonnable, ou pire encore, une édification d'un critère uniforme comme celui de la méthode du multiplicateur.

Premièrement, il est acquis que les tribunaux ont déjà recours à la méthode du multiplicateur. Nous référons le lecteur au Rapport du Laboratoire⁹⁵ ainsi qu'à la jurisprudence⁹⁶. Comme mentionné au Rapport, cette méthode est utilisée par les tribunaux avec « circonspection »⁹⁷, et selon nous, à juste titre. Le volet 2 aurait donc pour effet d'élever un critère que les tribunaux n'affectionnent pas particulièrement au niveau de critère principal. Uniquement pour ce motif, nous sommes d'avis que serait contre-productive une proposition d'origine académique qui serait incompatible avec un certain consensus judiciaire déjà établi ou une demande de réforme d'origine judiciaire.

Deuxièmement, le volet 2 aurait pour effet de créer des distorsions dans les incitatifs chez les avocats en demande. Comme discuté précédemment, il est dans l'intérêt des membres d'encourager le cheminement procédural rapide des actions collectives. Cependant, en élevant la méthode du multiplicateur au premier rang, il s'ensuit deux conséquences raisonnablement prévisibles et directes sur le comportement d'un avocat

⁹⁵ Rapport du Laboratoire à la p. 55.

⁹⁶ Voir notamment la discussion et les autorités citées dans la décision *Therrien c. Sony Interactive Entertainment*, 2021 QCCS 2823 aux paras. 30-40.

⁹⁷ Rapport du Laboratoire à la p. 56.

en demande : (1) l'augmentation du nombre d'heures facturées sur le dossier et (2) la sélection de dossiers ayant une plus grande probabilité d'impliquer de longues heures et un faible risque.

En effet, d'abord, (1) si le nombre d'heures réelles est la principale variable, il est compréhensible que certains avocats se sentent désavantagés par un règlement trop rapide du litige, ce qui crée un désalignement des intérêts avec celui des membres. Ensuite, (2) nous savons que la jurisprudence qui applique la méthode du multiplicateur considère que « [l]orsque l'application d'un pourcentage entraîne un multiplicateur hors proportion avec la norme (entre 2 et 3), il est avisé de réduire le pourcentage »⁹⁸.

Partant, la seconde conséquence prévisible de la méthode du multiplicateur est qu'un avocat en demande voudra – pour mitiger ses risques et ne voulant pas déborder de cette « norme » de 2-3x – choisir des dossiers moins risqués. Ceci dissuaderait la prise en compte du bénéfice sociétal dans la sélection de mandats représentatifs chez les avocats (proposition 8(1)), qui deviendra tout au plus une considération secondaire, face au réel risque de se faire réduire judiciairement leurs honoraires *ex post facto*.

4) Commentaires sur la proposition 8

La proposition 8 se lit ainsi :

Ainsi, le Laboratoire propose d'inclure au *Code de procédure civile* une référence à la nomination d'un *amicus curiae* pour couvrir deux situations où sa présence serait particulièrement utile, à savoir l'approbation des transactions et la détermination des honoraires des avocats du représentant.

Au surplus, le Laboratoire propose :

- 1) d'adopter un critère d'appréciation considérant la mesure dans laquelle l'action collective favorise l'atteinte des finalités de la procédure. Ainsi, une action à plus grand bénéfice sociétal pourrait entraîner une plus généreuse compensation des avocats;
- 2) de permettre aux avocats de prouver leur efficacité dans le dossier afin de justifier des honoraires plus élevés;
- 3) de séparer l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires.

Quant au volet 2, suffit-il de dire qu'il serait simplement impossible à mettre en vigueur et entraînerait fort probablement de sérieux problèmes, notamment quant au privilège avocat-client et au privilège relatif au litige.

Plus généralement, quant à l'emploi d'un *amicus curiae*, nous sommes d'avis qu'une telle modification aura peu d'effet utile et ne devrait pas être entérinée. Les tribunaux

⁹⁸ *Therrien c. Sony Interactive Entertainment*, 2021 QCCS 2823 au para. 36.

ont déjà la discrétion pour nommer un tel ami de la cour⁹⁹. Rajouter une disposition à cet effet serait donc redondant.

De plus, cette disposition additionnelle (et répétitive) pourrait encourager l'emploi fréquent d'une telle mesure qui devrait être « exceptionnelle », pour reprendre l'expression de la Cour d'appel du Québec¹⁰⁰. Nous ne pouvons également passer sous silence le risque de dérive si une telle pratique exceptionnelle devenait plus populaire. Le monde de l'action collective québécois est petit et les mêmes acteurs sont souvent devant la Cour. Un expert nommé *amicus curiae* dans un dossier serait vraisemblablement un avocat en demande chevronné, qui devra conjuguer d'une part son devoir envers l'administration de la justice (comme officier de justice et *amicus curiae*) et d'autre part, ses impératifs d'affaires en tant qu'avocat fréquemment en compétition directe avec les procureurs impliqués dans le dossier sous étude. Un tel risque, aussi minime soit-il, ne devrait pas être ignoré.

Au final, tout encouragement à faire appel à un *amicus curiae* serait, avec égards, malavisé. Cette proposition présuppose que les avocats impliqués ne peuvent convenir d'une entente quant aux honoraires qui serait équilibrée et, de surcroît, que le tribunal ne bénéficie pas des outils nécessaires pour en assurer la raisonnable. Surtout, cette proposition omet de prendre en compte la réalité que les magistrats sont souvent eux-mêmes des experts de l'action collective.

C'est à la lumière de ce qui précède que nous invitons le législateur québécois, comme l'Ontario¹⁰¹, à ne pas suivre la recommandation au sujet de l'*amicus curiae*. De toute façon, le Fonds d'aide aux actions collectives joue déjà ce rôle, officieusement.

Quant au volet 1, qui voudrait inclure une condition liée au bénéfice sociétal, nous sommes d'avis qu'une telle proposition est bénéfique dans son contenu mais inappropriée dans sa forme actuelle. Nous partageons la position du Laboratoire à l'effet que le caractère socialement bénéfique d'une action collective ne devrait pas être ignorée. Cependant, nous croyons que la discrétion du tribunal d'approuver des honoraires plus ou moins élevés à l'intérieur de la gamme généralement acceptée en jurisprudence suffit.

Quant au troisième volet portant sur la codification de la scission de l'approbation de la transaction et l'approbation des honoraires, nous ne pouvons nous y rallier – elle n'est simplement pas nécessaire. En pratique, les transactions d'action collective contiennent très souvent une clause faisant état d'une telle scission, parce que les parties (et surtout les défenderesses) ne veulent pas que la transaction n'obtienne pas d'approbation pour une question d'honoraires. Ajoutons que les plaidoiries au stade de l'approbation d'une transaction, selon notre expérience, se font souvent en deux

⁹⁹ *Abihsira c. Johnston*, 2019 QCCA 657 aux paras. 79-83.

¹⁰⁰ Voir *Abihsira c. Johnston*, 2019 QCCA 657 aux paras. 81 et ss.

¹⁰¹ Voir à cet effet les recommandations #22 et 37 dans Law Commission of Ontario, *Class Actions: Objectives, Experiences and Reforms: Final Report* (Toronto: July 2019) notamment aux pp. 97 et 99, en ligne (en anglais seulement) : <<https://bit.ly/3kdS4M0>>.

temps : on traite de la transaction en premier et ensuite, dans une plaidoirie distincte, des honoraires.



Woods s.e.n.c.r.l.
litigationboutique.com
2000, avenue McGill College
Bureau 1700 Montréal
(QC) Canada H3A 3H3
Téléphone: 514 982-4545
Télécopieur: 514 284-2046

Mémoire du Barreau du Québec

Consultation publique – *Perspectives de réforme de
l'action collective au Québec*



2021-09-28

Mission du Barreau du Québec

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie les membres de son Groupe d'experts sur l'action collective :

M^e Jean Saint-Onge
M^e Philippe H. Trudel
M^e Marie Audren
M^e Valérie Beaudin
M^e Mathieu Charest-Beaudry
M^e Laval Dallaire
M^e Nathalie Drouin
M^e Rima Kayssi
M^e Sylvie Rodrigue
M^e Normand Painchaud
M^e Yves Martineau
M^e Caroline Perrault

Le Barreau du Québec remercie également :

M^e Marie-Ève Gingras
M^e Maxime Nasr
M^e Emmanuelle Rolland
M^e Marie-Anaïs Sauvé

Le Groupe d'experts sur l'action collective est un comité consultatif du Barreau du Québec constitué d'avocats praticiens dont le mandat est d'élaborer et de proposer des meilleures pratiques touchant le véhicule procédural de l'action collective comme mesure d'accès à la justice. Il est consulté sur les questions ou projets de lois qui concernent l'action collective. Ses membres ont en outre participé activement à la consultation sur le *Code de procédure civile* en vigueur depuis 2016, de même qu'à la mise en place du Registre des actions collectives. Il agit également comme comité de liaison avec la Chambre des actions collectives de la Division d'appel de Montréal. Chaque année, et ce, depuis 2004, le Groupe d'experts organise le Colloque national sur l'action collective, la plus importante activité de formation professionnelle dans ce domaine au Canada. Le Groupe d'experts publie annuellement, par le truchement du Service de la qualité de la profession, un recueil de textes de doctrine en action collective très consulté sur les développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis.

Le secrétariat de ce Groupe d'experts est assuré par le Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques du Barreau du Québec :

M^e Réa Hawi

Édité en septembre 2021 par le Barreau du Québec

ISBN (PDF) : 978-2-924857-87-8

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives nationales du Québec, année

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives Canada, année

Table des matières

INTRODUCTION	1
1. FORCER UN CHANGEMENT DANS LES PRATIQUES ET LA CULTURE PAR UNE GESTION D'INSTANCE PLUS SERRÉE	1
1.1 Proposition 1.....	1
1.1.1 Fixation de la date d'audition et bonnes pratiques de gestion.....	3
1.1.2 Moyens technologiques	4
1.2 Proposition 2.....	4
2. CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ OU D'OPPORTUNITÉ DU MÉCANISME D'AUTORISATION	7
2.1 Proposition 3.....	7
3. INTÉGRATION DE L'AUTORISATION À L'INSTANCE PRINCIPALE	9
3.1 Proposition 4.....	9
3.1.1 Intégrer l'autorisation à l'instance principale	9
3.2 Proposition 5.....	10
3.2.1 Procédure non contradictoire pour le critère de représentation.....	10
3.2.2 L'apparence de droit.....	11
3.2.3 L'irrecevabilité de la demande	12
4. RESSERRER LE PROCESSUS D'APPROBATION DES HONORAIRES	13
4.1 Proposition 6.....	13
4.1.1 Taux de réclamation	15
4.1.2 Recours multiterritoriaux	16
4.1.3 Ententes de financement.....	16
4.2 Proposition 7.....	16
4.3 Proposition 8.....	17
4.3.1 <i>Amicus curiae</i>	17
4.3.2 Bénéfice sociétal de l'action	18
4.3.3 Séparer l'approbation des honoraires.....	18
4.3.4 Le mode de recouvrement	18

5. AUTRES VOLETS ASSOCIÉS À L’ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC.....	19
5.1 Amélioration des délais à l’étape du fond.....	19
5.2 Fonds d’aide aux actions collectives (FAAC).....	19
5.2.1 Financement des actions collectives	20
5.2.2 Intervention dans l’approbation de règlements hors cour	21

INTRODUCTION

Le Barreau du Québec est heureux de participer à la consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec, lancée par le ministère de la Justice le 1^{er} juin dernier. Cette consultation s'inscrit dans le cadre d'une réflexion visant à rendre l'action collective plus accessible, efficace et équitable pour le citoyen.

Le document de consultation reprend de manière générale les recommandations contenues au rapport d'étude du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal¹ (ci-après : le « Rapport »). Le Laboratoire propose des pistes de réforme visant à atteindre les objectifs suivants² :

- Économiser les ressources temps-coûts du système judiciaire québécois;
- Simplifier et accélérer l'autorisation sans pour autant porter atteinte à ses raisons d'être, soit la protection des membres du groupe, la protection de la partie défenderesse, l'intérêt du système de justice et l'organisation de l'action collective;
- Porter un regard plus critique sur les honoraires, compte tenu de la procédure dans son ensemble, de son importance et des efforts démontrés.

Nous soumettons nos commentaires aux huit pistes de réforme exposées au document de consultation.

1. FORCER UN CHANGEMENT DANS LES PRATIQUES ET LA CULTURE PAR UNE GESTION D'INSTANCE PLUS SERRÉE

1.1 Proposition 1

Proposition 1

Pour faciliter un changement de culture dans les dossiers d'action collective, le rapport propose la mise en place d'une stratégie visant à encourager non seulement les tribunaux, mais aussi et surtout les parties à gérer activement ces dossiers, de manière à réduire les délais.

La situation a considérablement évolué depuis la publication du Rapport du Laboratoire en septembre 2019, notamment depuis la réorganisation de la Chambre des actions collectives dans les districts de la Division d'appel de Montréal. En effet, depuis septembre 2018, l'étape menant à

¹ En ligne :

<https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/ministere/RA_Piche_Ref_Action_coll_Qc.pdf>.

² Consultation publique, en ligne :

<https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/ministere/RA_Persp_Ref_Action_coll_Qc_MJO.pdf>.

un jugement sur l'autorisation d'une demande d'action collective à Montréal est confiée à une équipe restreinte de 10 juges plus familiers avec le domaine de l'action collective, dont les assignations sont aménagées de façon plus optimale afin de consacrer un plus grand nombre d'heures à la gestion des actions collectives au stade de l'autorisation. Les résultats sont tangibles.

La réalisation de ce projet par la Cour supérieure a permis de réduire considérablement les délais et de favoriser un meilleur déroulement de l'étape menant à un jugement sur l'autorisation, et ce, malgré l'augmentation significative du nombre de dossiers d'action collective au cours des trois dernières années³. En 2020 seulement, 98 nouvelles demandes d'autorisation ont été déposées au Québec, alors que 90 l'avaient été en 2019⁴. Compte tenu des transformations socio-économiques que le Québec vit présentement, de l'évolution numérique et technologique ainsi que des nouvelles façons de transiger, nous estimons que cette tendance ira en s'accroissant. On doit donc nécessairement tenir compte de l'impact de cette nouvelle organisation sur le déroulement de l'instance, puisque celle-ci était en place depuis moins d'un an lorsque le rapport du Laboratoire a été présenté. Ainsi, les statistiques plus récentes sont davantage pertinentes et démontrent une nette amélioration au niveau des délais.

À titre d'exemple, six actions collectives en lien avec la pandémie de la COVID-19 déposées au cours du printemps, et à l'été 2020, ont été entendues et ont déjà fait l'objet d'un jugement, soit les affaires *Nashen c. Station Mont-Tremblant*⁵, *Larose c. Corporation de l'École des Hautes Études commerciales de Montréal*⁶, *Lachaine c. Air Transat AT Inc.*⁷, *Morfonios (Succession de Sarlis) c. Vigi Santé Ltée*⁸, *Bernard c. Collège Charles-Lemoyne de Longueuil Inc.*⁹ et *Centre de santé dentaire Gendron Delisle Inc. c. La Personnelle, assurances générales Inc.*¹⁰ Ces quelques exemples démontrent que le système fonctionne bien. Il y a bien entendu des exceptions, mais de façon générale, on peut affirmer que l'instance se déroule maintenant rondement et efficacement au stade de l'autorisation.

Les juges faisant partie de l'équipe restreinte en matière d'action collective, dans la Division d'appel de Montréal, ont pour directive de tenir une audition sur la demande d'autorisation à l'intérieur d'un délai de 12 mois du dépôt de la demande au greffe¹¹. Nous estimons que ce délai de 12 mois devrait être maintenu comme objectif dans tous les dossiers. Par ailleurs, on note que certaines instances procèdent beaucoup plus rapidement, comme dans l'affaire *Solkin c. Procureur général du Canada*¹², où le jugement d'autorisation a été rendu en moins de quatre mois. Mentionnons

³ Le 9 juin 2021, il y avait 502 dossiers actifs dans la division de Montréal, comparativement à 452 dossiers en juin 2020, 416 en mai 2019 et 366 en septembre 2018.

⁴ Données compilées à partir du Registre des actions collectives, en ligne : [<https://www.registredesactionscollectives.quebec/>](https://www.registredesactionscollectives.quebec/).

⁵ 2021 QCCS 1450 (jugement sur l'autorisation rendu le 19 avril 2021).

⁶ 2021 QCCS 2299 (jugement sur l'autorisation rendu le 3 juin 2021).

⁷ 2021 QCCS 2305 (jugement sur l'autorisation rendu le 8 juin 2021).

⁸ 2021 QCCS 2489 (jugement sur l'autorisation rendu le 16 juin 2021).

⁹ 2021 QCCS 3083 (jugement sur l'autorisation le 16 juillet 2021).

¹⁰ 2021 QCCS 3463 (jugements sur l'autorisation rendus le 18 août 2021).

¹¹ L'article 231 des Directives de la Cour supérieure pour le district de Montréal prévoit ce qui suit : « Sauf si les circonstances le justifient, la demande d'autorisation d'exercer une action collective est entendue dans l'année suivant son dépôt. »

¹² 2019 QCCS 490. Dans ce dossier, la demande d'autorisation a été déposée le 30 octobre 2018 et le jugement sur l'autorisation a été rendu le 20 février 2019.

également l'affaire *Hand c. Denso International America, inc.*¹³, où le jugement d'autorisation a été rendu à l'intérieur de six semaines.

Cependant, pour une foule de raisons, certains dossiers peuvent nécessiter plus de temps¹⁴, mais demeurent néanmoins sujets à une gestion tout aussi serrée de la part du juge. En effet, plusieurs facteurs peuvent expliquer de plus longs délais au stade de l'autorisation. Par exemple, pensons aux discussions de règlement entre les parties entreprises à une étape initiale, ou à la suspension temporaire de l'instance en matière de recours multiterritoriaux lorsque, conformément à l'article 577 C.p.c., les parties ont choisi de procéder avec un recours connexe sollicitant une classe nationale dans un autre ressort canadien, comme ce fut le cas à titre d'illustration dans l'affaire récente *Blais c. Bayerische Motoren Werke AG*¹⁵. De même, la présence d'une multitude de défendeurs n'ayant pas leur domicile au Québec requiert de procéder selon la Convention de La Haye pour la signification, ce qui a pour effet de prolonger le processus, tout en contribuant à certains délais. D'autre part, il arrive que le demandeur sollicite une suspension temporaire de l'instance en attendant de connaître le résultat d'une demande d'aide financière présentée au Fonds d'aide aux actions collectives, ce qui occasionne parfois des délais de quelques mois. Il en va de même lorsque le recours porte sur l'indemnisation de torts historiques, qui nécessite des recherches et des vérifications dès l'étape préliminaire de l'instance. Ces particularités doivent donc être considérées.

Il est indéniable qu'au cours des trois dernières années, plusieurs facteurs ont eu un impact favorable sur les délais, dont une gestion proactive des dossiers par le juge qui sollicite la collaboration des parties tout au long de l'instance. De plus, une nouvelle pratique a été instaurée selon laquelle les juges rendent un plus grand nombre de jugements sur dossier, donc sans audition, notamment sur les moyens préliminaires.

Notons que ces nouvelles pratiques ne touchent pour le moment que la Division d'appel de Montréal de la Cour supérieure, de sorte qu'il y aurait sans doute lieu de les harmoniser et, éventuellement, les introduire dans tous les districts judiciaires du Québec.

Mentionnons également les auditions par moyen technologique sur la plateforme Teams, qui ont pris de l'ampleur depuis le début de la pandémie de la COVID-19. Cet outil, maintenant fréquemment utilisé, contribue de façon significative à une plus grande efficacité du processus.

1.1.1 Fixation de la date d'audition et bonnes pratiques de gestion

Comme on le voyait couramment auparavant, le demandeur ne peut plus maintenant suspendre volontairement, et de sa propre initiative, une instance en action collective et négliger de faire progresser le litige dans l'intérêt des membres. Les juges ne le permettent tout simplement plus. De plus, la Cour d'appel a assoupli la règle de l'antériorité du recours (le premier qui dépose) dans l'affaire *Schmidt c. Johnson & Johnson Inc.*¹⁶ Ainsi, le demandeur qui souhaite que le dossier

¹³ Dans ce dossier, la demande d'autorisation a été déposée le 14 septembre 2020, l'autorisation a été entendue les 7 et 8 juillet 2021 et le jugement d'autorisation a été rendu le 17 août 2021.

¹⁴ Par exemple, *EV c. Abbott Laboratories* (demande introduite en 2019) et *Raunet c. P.G.Q.* (demande introduite en 2016, jugement sur exception déclinatoire rendu par la Cour d'appel en 2021).

¹⁵ 2021 QCCS 2487.

¹⁶ 2012 QCCA 2132.

demeure inactif, quelle qu'en soit la raison, s'expose à ce que sa demande soit suspendue, et qu'une autre demande connexe déposée subséquemment procède. Il y a donc des solutions jurisprudentielles qui contribuent à assurer une plus grande efficacité du processus.

En somme, les solutions les plus efficaces résident dans une gestion plus serrée de l'instance, adaptée à chaque situation. Par exemple, dans les dossiers qui impliquent plusieurs parties défenderesses, il est utile de fixer la date d'audition de l'autorisation au tout début de l'instance, afin d'assurer la disponibilité des parties et de leurs avocats le plus longtemps à l'avance, en fonction des agendas de chacun. Évidemment, il faut aussi faire preuve de souplesse, en faisant en sorte que la date d'audition puisse être modifiée au besoin, mais en évitant les demandes de prolongations injustifiées qui auraient pour effet de retarder inutilement l'étape de l'autorisation.

Enfin, la solution au problème des délais n'est pas nécessairement législative puisqu'elle pourrait passer par l'adoption de nouvelles directives par la Cour supérieure, ainsi que la mise en place de meilleures pratiques élaborées par le Barreau du Québec, de concert avec la magistrature, comme ce fut le cas pour les avis aux membres et la disposition des reliquats, qui ont fait l'objet de guides des meilleures pratiques largement diffusés auprès du public et des avocats¹⁷.

1.1.2 Moyens technologiques

La pandémie de la COVID-19 a amené des changements au système de justice en très peu de temps. Ainsi, les audiences virtuelles, qui sont maintenant possibles, contribueront inévitablement à réduire les délais, notamment pour les moyens interlocutoires, et plus particulièrement les demandes en vertu de l'article 574 C.p.c., qui demeurent assez fréquentes. Ce mode d'audition virtuel est non seulement là pour rester, mais pourrait même être davantage utilisé. La Cour supérieure pourrait par exemple se doter d'une salle virtuelle où les audiences en matière d'action collective s'y dérouleraient lorsque les parties consentent à procéder ainsi. Nous sommes d'avis qu'une telle initiative serait bien accueillie par les praticiens en action collective. Elle serait aussi susceptible de favoriser davantage la présence des membres, de même que des principaux intéressés, qui pourraient ainsi assister plus facilement aux audiences si elles se déroulaient en mode virtuel.

1.2 Proposition 2

Proposition 2

Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées :

- Favoriser des protocoles d'instance présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation;

¹⁷ *Guide sur les avis aux membres*, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1335/guide-avis-membres-action-collective.pdf>>; *Guide des meilleures pratiques pour la distribution des reliquats*, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/2676/guide-meilleures-pratiques-reliquats.pdf>>.

- Encourager les parties à travailler ensemble et en équipes réduites à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels;
- Encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu, en se méfiant des règlements trop précoces;

Nous sommes évidemment d'accord avec l'objectif de favoriser un déroulement efficace de l'instance. Or, plusieurs des moyens proposés par le Laboratoire sont déjà couramment appliqués, dont l'élaboration d'un échéancier dès le début du dossier, ainsi que le partage du travail et une meilleure coordination entre les défendeurs dans des dossiers en impliquant plusieurs, comme on en voit couramment. Les juges s'attendent d'ailleurs à ce qu'il en soit ainsi.

Cependant, il y a un profond désaccord avec la proposition suggérant que le tribunal devrait refuser d'approuver un règlement que l'on estimerait trop précoce. En effet, cette suggestion nous paraît contraire à la philosophie du *Code de procédure civile*. Les règles du Code sont destinées notamment à favoriser le règlement des différends et des litiges. Face à l'engorgement des tribunaux, le législateur a résolument opté pour des règles qui imposent aux justiciables de tenter de régler à l'amiable leurs différends dès que possible, et ce, avant même de s'adresser aux tribunaux (articles 1, 9, 19 et 25 C.p.c.). D'ailleurs, dans la Division d'appel de Montréal, le juge coordonnateur invite les parties à considérer la tenue d'une conférence de règlement à l'amiable (CRA) dès l'étape initiale de l'instance. Une telle proposition nous paraît donc contraire à ces principes fondamentaux. Rappelons également que l'ordre public requiert de favoriser les règlements à l'amiable des litiges par les parties¹⁸.

Il est parfois dans l'intérêt des parties et de la justice d'engager des discussions de règlement dès le début de l'instance. Notons que ce ne sont pas tous les dossiers qui sont suffisamment mûrs pour que les parties s'engagent rapidement dans des pourparlers. En fait, cela demeure l'exception. Dans le cas, par exemple, où le défendeur reconnaît sa responsabilité et souhaite tourner la page en indemnisant les membres avec lesquels il est toujours en relation d'affaires, en vertu de quel principe devrait-on empêcher les parties de saisir cette opportunité? Les juges encouragent constamment les parties à explorer les possibilités de règlement. Il peut être dans l'intérêt des membres qu'un dossier se règle rapidement, comme on l'a vu récemment dans celui des résidents du CHSLD Herron en lien avec une éclosion de COVID-19 dans cet établissement de santé, et dont le règlement a été approuvé par la Cour supérieure en avril 2021.

Ne perdons pas de vue que tout règlement en action collective est sujet à l'approbation du tribunal, qui a la faculté de refuser d'homologuer la transaction soumise et suggérer des modifications à l'entente¹⁹, s'il estime que la transaction proposée n'est pas juste, raisonnable, ou dans l'intérêt des membres du groupe. Il en va de même pour les honoraires d'avocats, qui sont soumis à des critères bien établis, assujettis au *Code de déontologie des avocats*²⁰. De plus, les avocats ont le

¹⁸ Voir notamment *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, par. 32-33.

¹⁹ *Walter c. Ligue de hockey junior majeur du Québec Inc.*, 2020 QCCS 3724; *Johnson c. Bayer Inc.*, 2008 QCCS 4957; *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200.

²⁰ RLRQ c. B-1, r. 3.1.

devoir d'échanger toute information pertinente et utile, dans le cadre du processus de vérification diligente, afin de s'assurer que le tribunal dispose de toute l'information nécessaire pour que les intérêts des membres soient bien servis et que ceux-ci soient adéquatement indemnisés, le cas échéant. Bref, que le règlement intervienne au tout début de l'instance ou plus tard dans son déroulement, il y a suffisamment de balises en place pour faire en sorte que les intérêts des deux parties, plus particulièrement ceux des membres, soient adéquatement protégés.

Proposition 2 (suite)

Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées :

- Encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier;

Les dispositions générales du *Code de procédure civile* s'appliquent à l'action collective, les outils sont donc déjà en place. Le volet préjudiciaire ne s'applique pas à l'action collective, puisque le dossier de l'action collective débute au moment du dépôt de la demande d'autorisation.

Proposition 2 (suite)

Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées :

- Encourager les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive;
- Continuer à adopter une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation.

À notre avis, il n'est pas nécessaire d'effectuer quelque modification législative en lien avec l'approche restrictive souhaitée à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation. L'article 574 C.p.c., permettant une preuve appropriée, est interprété restrictivement par les tribunaux et l'approche est de fait, restrictive²¹. Il est maintenant bien établi que seule une preuve essentielle et indispensable peut être permise par le juge. Au stade de l'autorisation, une preuve est considérée comme nécessaire si elle permet au juge de mieux saisir les enjeux, et de rendre un jugement d'autorisation en bénéficiant de l'éclairage de tous les faits pertinents. Par ailleurs, le tribunal a la discrétion de ne pas tenir compte de la preuve ainsi produite s'il estime qu'elle n'est pas utile pour les fins de l'analyse des critères de l'article 575 C.p.c., ou s'il était préférable d'en disposer sur le fond.

²¹ *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait Ltée*, 2016 QCCA 659; *Allstate du Canada Compagnie d'assurances c. Agostino*, 2012 QCCA 659.

2. CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ OU D'OPPORTUNITÉ DU MÉCANISME D'AUTORISATION

2.1 Proposition 3

Proposition 3

Le Laboratoire propose l'une ou l'autre de ces deux solutions :

- Codifier un principe de proportionnalité (en sus de l'article 18 du C.p.c.) applicable à toutes les étapes de l'action collective;
- Ajouter formellement la proportionnalité aux critères d'autorisation.

L'ajout, dans la législation, de la proportionnalité comme cinquième critère d'autorisation ne fait pas consensus, puisque la règle de la proportionnalité de l'article 18 C.p.c. est déjà bien ancrée dans l'analyse par le juge de chacun des critères de l'article 575 C.p.c. Elle serait donc en quelque sorte superflue.

Pour certains, le principe de proportionnalité énoncé à l'article 18 du C.p.c., comme outil d'appréciation des critères d'autorisation actuels, est bien suffisant et permet de filtrer adéquatement les recours. Un cinquième critère fondé sur la proportionnalité ou la préférabilité pourrait entraîner le refus de l'autorisation, même si les autres critères de l'article 575 C.p.c. sont respectés. Il pourrait s'agir d'un outil additionnel à la disposition du défendeur pour contester un recours qu'il n'estimerait pas opportun. Ceci étant dit, le critère de proportionnalité ne devrait pas être interprété comme un frein à l'exercice d'un recours susceptible de mobiliser des ressources judiciaires importantes. L'ajout d'un tel critère risque donc de créer beaucoup de lourdeur à la procédure actuelle qui se déroule bien, semer une certaine confusion et diluer l'analyse des critères actuels reposant sur une jurisprudence maintenant bien établie.

Il est de jurisprudence constante que l'analyse du tribunal doit tenir compte de la règle de la proportionnalité. Elle peut être invoquée autant par le demandeur que le défendeur, contrairement à ce que le Laboratoire souligne. Même si elle ne figure pas comme critère d'analyse, la règle de la proportionnalité est appliquée d'emblée. Plusieurs jugements l'ont abordée, à commencer par le jugement phare sur cette question rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Marcotte c. Longueuil (Ville)*²². La règle de la proportionnalité, telle que nous la connaissons, est omniprésente et appliquée de façon constante. Ainsi, il n'est pas nécessaire de renforcer encore davantage un élément qui jouit déjà de fortes assises dans notre droit.

Bref, nous estimons que les critères d'autorisation actuels sont adéquats et permettent de filtrer adéquatement les recours. Ajouter un tel critère serait susceptible de transformer considérablement le cadre législatif de l'autorisation, en plus du risque bien réel de basculer dans une analyse arbitraire.

²² 2009 CSC 43.

Mais pour d'autres, l'ajout formel d'un cinquième critère de proportionnalité, d'une portée plus large que l'article 18 du C.p.c., est souhaitable. On pourrait parler d'un critère d'opportunité, ou d'un critère de recours préférable ou de « meilleur moyen », par exemple, lorsqu'il existe une mesure alternative à une action collective et que la demande déposée n'a pas ou peu d'utilité, ou n'atteindra pas sa finalité. Comme le souligne le Laboratoire, la proportionnalité au sens large, et la préférabilité, sont des principes interreliés²³. L'ajout d'un cinquième critère pourrait permettre au juge autorisateur d'approfondir son analyse et de bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire élargi pour apprécier le caractère juste, efficient, gérable et préférable à d'autres méthodes de règlement²⁴ de l'action collective envisagée. La mise en balance de ces facteurs, particulièrement le caractère gérable et l'abondance de questions individuelles nécessitant une multitude de mini-procès, pourrait amener une réflexion et une discussion dès l'étape de l'autorisation et, lorsqu'autorisée, mais avec une portée plus limitée, afin d'assurer un meilleur encadrement de l'étape du fond et une amélioration des délais jusqu'à l'issue finale. Ce critère, que l'on retrouve dans la législation des provinces de *common law* et dans les règles de la Cour fédérale, n'a pas son équivalent au Québec²⁵ et n'a donc pas l'objet d'une analyse exhaustive par nos auteurs dans la doctrine québécoise. Par ailleurs, l'ajout d'un critère semblable aurait l'avantage d'harmoniser la procédure d'autorisation avec celle des autres provinces.

En ce qui concerne la notion de *minimis*, nous notons que la préoccupation du Laboratoire semble être associée à la prémisse que ces recours sont inutiles parce que, dans les faits, ils n'indemnisent personne. Si les réclamations individuelles ou à être recouvrées collectivement ne sont constituées que de petits montants, suggère-t-on qu'une action collective est injustifiée, sinon inutile? À cela, il faut répondre que la philosophie de l'action collective vise justement à regrouper de petites réclamations dans un seul recours afin d'assurer l'exercice de droits qui, autrement, ne le seraient pas, et à réaliser des économies judiciaires. Ne perdons pas de vue que le recouvrement de petits montants, notamment en droit de la consommation, peut être aussi parfois assorti d'une mesure correctrice destinée à modifier un comportement ou certaines pratiques, donnant ainsi une dimension sociale non négligeable au recours.

Lorsque l'action collective n'est pas susceptible d'indemniser qui que ce soit, ou seulement un très petit nombre de personnes, ou encore qu'elle est sans objet parce que les membres du groupe ont déjà été indemnisés, ou sont en voie de l'être par l'entremise d'un programme mis en place par le défendeur, ou tout simplement parce que l'action collective intentée n'a pas sa raison d'être, il faut alors faire confiance aux tribunaux. En effet, ceux-ci pourraient refuser d'autoriser l'action collective, ou dans d'autres cas, le recours pourrait faire l'objet d'un désistement, dont les parties auront négocié les termes. À titre d'exemple, citons l'affaire *Apple Canada Inc. c. St-Germain*²⁶, dans laquelle la Cour d'appel, saisie d'un appel sur le fond, mentionne avec approbation la réduction du groupe au stade de l'autorisation, considérant la preuve appropriée démontrant que la défenderesse avait déjà mis en place un programme d'indemnisation lorsque le recours a été déposé. Plus récemment, dans l'affaire *Lachaine c. Air Transat AT Inc.*²⁷, la demande a été rejetée parce que l'action n'avait plus aucun objet, les membres du groupe ayant déjà été remboursés.

²³ Rapport, p. 36.

²⁴ Le critère du recours préférable comme décrit par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fischer* et plus amplement expliqué à la page 35 du Rapport.

²⁵ *Desjardins Cabinet de services financiers Inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, par. 118.

²⁶ 2010 QCCA 1376.

²⁷ 2021 QCCS 2305.

Dans d'autres cas, lorsque le demandeur, après vérification diligente, estime que son recours n'a aucune chance de succès, le tribunal approuvera sous certaines conditions une demande de désistement²⁸.

3. INTÉGRATION DE L'AUTORISATION À L'INSTANCE PRINCIPALE

3.1 Proposition 4

Proposition 4

La proposition du Laboratoire consiste à amorcer l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation.

Concrètement, la procédure d'autorisation se traduirait ainsi :

- 1) Dépôt de la demande introductive d'instance;
- 2) Réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité;
- 3) Jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité;
- 4) Jugement au mérite.

3.1.1 Intégrer l'autorisation à l'instance principale

Nous sommes d'avis qu'il n'est pas souhaitable d'intégrer l'autorisation de l'action collective à l'instance principale.

Au centre de toute action collective entreprise au Québec se trouve l'idée que le tribunal autorise le demandeur à représenter un groupe et l'investit du pouvoir de le lier²⁹. Sans une telle autorisation, il ne saurait y avoir d'action collective. La proposition d'identifier des questions collectives, de décrire un groupe et d'en nommer le représentant dans le cadre d'une conférence de gestion n'est pas opportune, en ce que cette étape dépasse celle de la simple mise en place du dossier. Ces critères d'autorisation d'une action collective vont au cœur même de la détermination du statut collectif ou individuel de l'action envisagée, et leur détermination bénéficie bien souvent de l'éclairage d'une preuve appropriée et d'un débat contradictoire organisé.

Par ailleurs, et comme formulée aux pages 67 et 68 du Rapport, la proposition du Laboratoire n'aurait pas pour effet de générer une réduction substantielle des délais. Rappelons que la réorganisation de la Chambre des actions collectives dans les districts de la Division d'appel de Montréal a eu pour effet de réduire significativement les délais d'audition des demandes

²⁸ *Union des consommateurs c. Telus Communications Inc.*, 2021 QCCS 2681; *Deshaies c. FCA Canada Inc.*, 2019 QCCS 226; *Rivard c. A. Lassonde Inc.*, 2017 QCCS 1750.

²⁹ Art. 571 C.p.c.

d'autorisation qui sont aujourd'hui bien souvent entendues dans l'année qui suit leur dépôt³⁰. À cet égard, nous sommes d'avis qu'il n'y a plus, du moins à Montréal, de problématique en ce qui concerne les délais à l'étape de l'autorisation, et ce, malgré une nette augmentation du nombre de demandes déposées.

En outre, un juge à l'étape de l'autorisation d'une action collective en demeure le plus souvent saisi jusqu'à sa mise en état. Cette pratique fait en sorte que les débats préliminaires et autres moyens interlocutoires ne sont pas multipliés inutilement.

Finalement, nous sommes d'avis que l'intégration de l'étape de l'autorisation à celle du fond aurait pour effet d'amener trop souvent les parties à plaider le fond de l'affaire deux fois plutôt qu'une. Cette proposition aurait pour effet de complexifier le débat sur l'autorisation, qui se nourrit sans doute des allégations contenues aux divers moyens préliminaires que pourraient déposer les parties et des interrogatoires qui s'ensuivraient.

Soulignons que dans toutes les juridictions nord-américaines, l'action collective est soumise à un processus d'autorisation (*certification*) distinct de l'étape du fond, qui a toute sa raison d'être en tant que mécanisme de filtrage. S'éloigner de ce concept en éliminant l'étape de l'autorisation pourrait, au contraire, avoir un impact important sur l'utilisation des ressources judiciaires et la durée des litiges en action collective. De plus, une certaine harmonisation de nos règles de procédure avec celles des autres juridictions canadiennes est souhaitable, surtout dans le contexte des recours multiterritoriaux qui sont de plus en plus fréquents.

3.2 Proposition 5

Proposition 5

L'autorisation serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement seraient respectés :

- 1) Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- 2) La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;
- 3) Le membre auquel le tribunal entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

3.2.1 Procédure non contradictoire pour le critère de représentation

Tout comme le Laboratoire³¹, nous sommes en désaccord avec la proposition selon laquelle la représentation adéquate des membres pourrait faire l'objet d'une procédure non contradictoire dès

³⁰ Rapport, p. 61.

³¹ Rapport, p. 67.

les premiers moments de l'action collective, alors que le juge rencontrerait le candidat-représentant sans la présence de la partie défenderesse.

À notre avis, une telle procédure *ex parte* ne serait pas respectueuse de l'équité procédurale, et en ce sens, elle n'est pas souhaitable. Les parties doivent être entendues afin de permettre au tribunal d'apprécier le critère de la représentation adéquate et notamment de permettre à la partie défenderesse de faire ressortir une apparence de conflit d'intérêts qui, sans l'apport d'un processus contradictoire, pourrait passer inaperçue, ce qui est en soi est non négligeable.

En outre, loin de générer des gains d'efficacité, cette proposition entrainerait sans doute avec elle son lot de contestations, vu sa nature étrangère à notre procédure contradictoire. À notre avis, il s'agit d'un remède inapproprié, alors que le critère de représentation est bien défini en jurisprudence et que son application n'a pas pour effet de faire encourir des coûts ou des délais additionnels aux parties ou au système.

De plus, l'analyse de la qualité du représentant ne doit pas se faire isolément et dans l'abstrait, d'autant plus que cette même analyse est intimement liée au critère de l'apparence de droit. En effet, il y a parfois des vases communicants d'un critère à l'autre, c'est-à-dire que le sort de l'un peut affecter celui de l'autre³². Ainsi, le demandeur qui ne parvient pas à démontrer l'existence d'une cause défendable se verra dépouillé, par le fait même, de la possibilité de représenter adéquatement les membres du groupe, comme nous l'a maintes fois rappelé la Cour d'appel³³.

3.2.2 L'apparence de droit

Notons que près de 70% des demandes d'autorisation rejetées le sont parce que les faits allégués à la demande ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées³⁴. Le critère de l'apparence de droit est le filtre le plus performant de l'action collective québécoise. On ne saurait l'éliminer sans risquer de prolonger inutilement des actions vouées à l'échec.

Toutes les parties ont intérêt à ce que l'apparence de droit soit déterminée à un stade précoce du litige et au moindre coût possible. À cet égard, nous estimons que le processus de filtrage en place actuellement répond justement et parfaitement à ce besoin. Un défendeur poursuivi sur la base d'affirmations erronées a tout intérêt à couper court aux velléités d'un demandeur en produisant une preuve appropriée. Un demandeur qui aurait conçu son recours sur de fausses prémisses préférera l'apprendre avant d'y investir encore plus. Et l'appareil judiciaire a également avantage à affecter ses ressources à des actions méritoires.

³² *Delorme c. Concession A25, s.e.c.*, 2015 QCCA 2017.

³³ *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820, par. 10; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, par. 108-109; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2010 QCCA 351; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, par. 88; *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, par. 21-22; *Options consommateurs c. Merck & Co*, 2013 QCCA 57; *Contat c. General Motors du Canada Ltée*, 2009 QCCA 1699, par. 33; *Karras c. Société des loteries du Québec*, 2019 QCCA 813, par. 54.

³⁴ Rapport, p. 23.

Comme le reconnaît le Laboratoire, le retrait du critère de l'apparence de droit viendrait modifier drastiquement l'état du droit au Québec. Or, rien ne justifie un tel bouleversement, d'autant plus que la jurisprudence à l'autorisation semble avoir acquis une certaine stabilité.

Retirer le critère de l'apparence de droit ouvrirait la porte aux recours frivoles ou mal fondés et augmenterait le risque de chantage judiciaire (« judicial blackmail »).

3.2.3 L'irrecevabilité de la demande

Hormis quelques exceptions telles que des demandes de suspension, pour preuve appropriée ou pour exception déclinatoire, les moyens préliminaires au stade de l'autorisation sont très peu fréquents. Cette pratique a pour effet de raccourcir la route conduisant à l'audition de la demande d'autorisation et nous ne proposons pas de la modifier. Par ailleurs, le critère de l'apparence de droit, qui permet notamment de trancher une question de droit au stade de l'autorisation, limiterait en pratique les moyens d'irrecevabilité qui pourraient être soulevés au fond.

Cela dit, dans la mesure où l'étape de l'autorisation devait être intégrée à celle du fond et que le critère de l'apparence de droit devait disparaître, il est entendu que la demande en rejet prévue à l'article 168 C.p.c., ou même la demande pour abus prévue à l'article 51 C.p.c., deviendront des lieux communs fertiles en débats dès l'étape préliminaire de l'instance. Par ailleurs, dans l'état actuel du droit, ces moyens échapperaient au mécanisme de la preuve appropriée de l'article 574 C.p.c., ce qui pourrait priver le défendeur de la possibilité de les présenter efficacement, dans la mesure où il est concevable qu'une certaine preuve puisse être nécessaire, ce que ne permettent pas d'emblée les articles 51 et 168 C.p.c.

Quant à la procédure de jugement sommaire utilisée dans les provinces de *common law*, elle est entièrement distincte des outils disponibles au *Code de procédure civile*, notamment aux articles 51 et 168 C.p.c. Par exemple, la procédure civile québécoise ne prévoit pas d'outil adapté permettant d'accueillir ou de rejeter une demande à un stade préliminaire suivant l'administration d'une preuve sommaire et la tenue d'un débat complet. L'introduction d'un tel moyen à la procédure civile québécoise comporterait possiblement son lot d'avantages³⁵, mais il ne saurait se limiter uniquement à l'action collective et nécessiterait sans doute une réflexion beaucoup plus large, comme le suggère le Laboratoire³⁶.

³⁵ RYAN, André, « Chronique – Le jugement sommaire comme moyen d'assurer la proportionnalité et l'économie judiciaire : un virage culturel dans l'administration de la justice civile québécoise ? », dans Repères, juin 2019.

³⁶ Rapport, p. 69.

4. RESSERRER LE PROCESSUS D'APPROBATION DES HONORAIRES

4.1 Proposition 6

Proposition 6

Ainsi, le Laboratoire propose une première série de changements qui pourraient toucher à la procédure d'approbation des honoraires et aux critères considérés par les tribunaux à cette étape :

- Fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut;
- Favoriser les conventions d'honoraires à pourcentages inversement proportionnels à la somme obtenue, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier;
- Ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer les distributions aux membres, en fonction du « succès » relatif de l'étape du recouvrement;
- Dans le cas d'un recouvrement individuel, n'approuver les honoraires qu'après la distribution aux membres.

En raison notamment de leur caractère public, les honoraires des avocats en action collective ont, à l'occasion, fait l'objet de commentaires dans certains médias³⁷. Au-delà des perceptions négatives fondées malheureusement, trop souvent, sur de fausses prémisses, il ne faut pas perdre de vue que dans tous les cas où des honoraires sont payés au terme d'une action collective, un tribunal s'est prononcé sur leur raisonnabilité, à la lumière de critères connus et appliqués.

Selon le Laboratoire, la médiane des honoraires payés en actions collectives est de 189 854,38 \$³⁸. Cette donnée, qui signifie que dans plus de la moitié des dossiers d'actions collectives, les honoraires payés sont inférieurs à 200 000 \$, permet de mettre en perspective la moyenne des honoraires qui, elle, se situe à 929 257,23 \$. Or, cette moyenne est nécessairement fortement influencée par des dossiers hors-norme, aux résultats par ailleurs convaincants. On peut penser notamment au dossier des frais de conversion de devises contre des institutions financières³⁹, à l'affaire *Norbou*⁴⁰, au litige *Volkswagen*⁴¹, et au dossier des frais afférents facturés par des commissions scolaires⁴².

Par ailleurs, toute analyse des honoraires en action collective doit nécessairement tenir compte du risque assumé par l'avocat. Ainsi, dans le contexte où une transaction à l'étape du fond n'intervient,

³⁷ Rapport, p. 43.

³⁸ Rapport, p. 56.

³⁹ *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915.

⁴⁰ *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345.

⁴¹ *Grondin c. Volkswagen Group Canada Inc.*, 2016 QCCS 2423.

⁴² *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, 2018 QCCS 3836.

en moyenne, qu'après six ans et 327 jours⁴³, on conviendra que le modèle économique sous-jacent à ce type d'entreprise ne saurait se justifier, sans qu'il n'existe une possibilité bien réelle pour l'avocat de réaliser un rendement sur son investissement, supérieur à celui d'un avocat ayant opté pour un modèle d'affaires traditionnel, où ses clients acquittent leurs factures mensuellement.

Dans leur évaluation de la raisonnable des honoraires demandés, les tribunaux sont guidés notamment par les critères prévus à l'article 102 du *Code de déontologie des avocats*⁴⁴ :

« **102.** Les honoraires sont justes et raisonnables s'ils sont justifiés par les circonstances et proportionnés aux services professionnels rendus. L'avocat tient notamment compte des facteurs suivants pour la fixation de ses honoraires :

- 1° l'expérience;
- 2° le temps et l'effort requis et consacrés à l'affaire;
- 3° la difficulté de l'affaire;
- 4° l'importance de l'affaire pour le client;
- 5° la responsabilité assumée;
- 6° la prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence particulière ou une célérité exceptionnelle;
- 7° le résultat obtenu;
- 8° les honoraires prévus par la loi ou les règlements;
- 9° les débours, honoraires, commissions, ristournes, frais ou autres avantages qui sont ou seront payés par un tiers relativement au mandat que lui a confié le client. »

À titre de gardien de l'intérêt des membres absents, et sans doute aussi en raison de l'attention que porte le public en général à cette question, les tribunaux sont particulièrement soucieux d'approuver des honoraires respectueux de cette norme de raisonnable, et n'hésiteront pas à mettre de côté une convention d'honoraires qui conduirait à des résultats inacceptables⁴⁵. Ainsi, dans l'ensemble, le système fonctionne bien.

Nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de revoir le processus d'approbation des honoraires, dont les critères sont bien connus et laissent place à l'exercice d'une large discrétion du tribunal, qui assure l'intégrité du processus. Or, c'est justement ce large pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal qui permet qu'une décision respectueuse des enjeux propres au dossier étudié soit rendue, sans les contraintes d'un cadre qui pourrait produire des résultats choquants. Il nous paraît hasardeux d'adopter des règles rigides dans ce contexte.

Nous sommes également d'avis que les acteurs de l'action collective québécoise sauraient bénéficier d'un guide des meilleures pratiques en matière d'approbation d'honoraires, qui pourrait être élaboré par le Barreau du Québec avec le concours de la magistrature. Pour l'essentiel, il y a lieu de privilégier une très grande transparence des avocats dans le cadre de la preuve administrée au soutien de leurs demandes d'approbation d'honoraires. Un tel guide pourrait notamment prévoir la divulgation de la convention d'honoraires des avocats en demande à une étape préliminaire

⁴³ Rapport, p. 23.

⁴⁴ *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c. B-1, r. 3.1, art. 101.

⁴⁵ Voir, comme exemple récent, *Bramante c. Restaurants McDonald du Canada Limitée*, 2021 QCCS 955.

lorsque le dossier est financé par un tiers. En outre, le guide pourrait discuter des meilleures pratiques de rédaction de la convention d'honoraires.

Il pourrait aussi être souhaitable d'inciter les avocats en demande à prévoir à leurs conventions d'honoraires une échelle progressive selon l'avancement du dossier et les montants recouverts. À notre avis, il n'est toutefois pas souhaitable de mettre en place un cadre trop rigide, afin de permettre aux parties prenantes de prévoir un mode de rémunération adapté à chaque circonstance.

4.1.1 Taux de réclamation

Lier la rémunération des avocats en demande au taux de réclamation n'est pas souhaitable. Le taux de réclamation est influencé par plusieurs facteurs sur lesquels les parties ont très peu de contrôle – voire aucun –, à commencer par la possibilité de rejoindre les membres directement. Si, dans certains cas, les membres sont connus, dans plusieurs cas ils ne le sont pas, ou l'écoulement du temps a fait en sorte que leurs coordonnées ne sont tout simplement plus à jour.

D'autre part, afin de stimuler les membres à réclamer, il est coutume de leur communiquer la somme à laquelle ils pourraient avoir droit s'ils présentaient une réclamation. Or, si les honoraires des avocats étaient tributaires du taux de réclamation, cet exercice s'avèrerait impossible, puisque le montant net auquel les membres auraient droit ne serait connu qu'au terme du processus de réclamation.

Une autre question pratique se pose : Comment calculer le taux de recouvrement? Doit-on s'attarder au nombre de membres indemnisés? Auquel cas, que faire lorsque ce nombre n'est pas connu? Ou doit-on plutôt s'assurer que la totalité des sommes recouvrées collectivement est effectivement payée aux membres? Aussi, le cas échéant, l'avocat qui aura su générer un montant de règlement substantiel, mais qui n'aura pu être totalement distribué aux membres, sera-t-il pénalisé face à l'avocat qui, lui, aura réglé pour une somme beaucoup moins importante, mais qui aura été entièrement remise aux membres?

En effet, nous notons qu'en pratique, les tribunaux effectuent des retenues de l'ordre de 5% à 20% sur les honoraires approuvés, afin de contrôler *a posteriori* la qualité du processus de distribution⁴⁶. Bien que les avocats soient astreints à des obligations déontologiques⁴⁷ qui leur interdisent de ne pas rendre les services prévus à leur mandat et pour lesquels ils ont été payés, nous ne nous opposons pas à cette pratique.

Dans un autre ordre d'idées, et bien que nous n'ayons pas de consensus sur cette question, certains sont d'avis que, dans le contexte d'une transaction qui prévoit un recouvrement individuel, il pourrait être souhaitable d'interdire que l'avocat en demande soit rémunéré à même une enveloppe distincte des sommes payables aux membres du groupe. En effet, l'avocat qui obtient un jugement au fond prévoyant un recouvrement individuel n'est rémunéré qu'en fonction des sommes effectivement payées aux membres du groupe au terme du processus de réclamations

⁴⁶ Voir, à titre d'exemple, *Brière c. Rogers Communications*, 2021 QCCS 2615, par. 27 et suiv. et *9085-4886 Québec Inc. c. Visa Canada Corporation*, 2018 QCCS 4872, par. 72.

⁴⁷ *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c. B-1, r. 3.1, art. 20 et suiv.

individuelles. Permettre un traitement distinct en cas de règlement pourrait être une source de conflit d'intérêts.

4.1.2 Recours multiterritoriaux

Dans le cadre de dossiers multiterritoriaux, il est coutume pour les tribunaux des autres provinces canadiennes de se pencher sur le caractère raisonnable des honoraires de l'ensemble des avocats de la demande, sans égard à la juridiction dans laquelle ils pratiquent. Par exemple, le tribunal ontarien considérera comme un tout, les honoraires demandés par tous les avocats des demandeurs à l'échelle du Canada et se prononcera sur leur raisonnable. À l'opposé, la pratique des tribunaux québécois se limite à décider de la raisonnable des honoraires réclamés par les avocats québécois⁴⁸. Dans le contexte où le rôle du juge est de protéger les intérêts des membres absents, il nous apparaît important de permettre au tribunal québécois de s'assurer que les honoraires prélevés à l'échelle canadienne soient appropriés, à plus forte raison lorsque l'instance en approbation se déroule conformément au *Protocole judiciaire visant les actions collectives* (2018)⁴⁹, d'autant que les membres québécois se trouvent invariablement à en payer une partie.

4.1.3 Ententes de financement

Il y a lieu de tenir compte d'une nouvelle réalité dans le domaine, soit le recours à du financement externe. Ce mode de financement sera de plus en plus courant. Cette tendance est remarquable notamment dans le cadre de dossiers complexes et de dossiers multiterritoriaux. Lorsque les avocats en demande ont recours à ce mode de financement, il est souhaitable que les ententes soient divulguées et qu'une demande d'approbation soit faite au tribunal dès qu'elles sont conclues. En effet, les avocats doivent expliquer pourquoi ils ont recours à ce mode de financement qui, en bout de piste, est à la charge des membres⁵⁰. Le tribunal doit aussi être satisfait que le prêteur ne puisse se prononcer sur le recours. Si le tribunal ne l'approuve pas, les avocats devront envisager des solutions alternatives.

4.2 Proposition 7

Proposition 7

Le Laboratoire propose une méthode en trois temps pour que le tribunal puisse apprécier la raisonnable des honoraires :

- 1) La convention d'honoraires doit être présumée valide, comme c'est le cas dans l'état actuel du droit;
- 2) Le tribunal devrait ensuite vérifier le caractère raisonnable suivant la méthode du multiplicateur. Celle-ci consiste à mesurer « le nombre

⁴⁸ Voir, à titre d'exemple, *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2012 QCCS 3506, par. 6.

⁴⁹ En ligne : [https://www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2018/Class-Action-Judicial-Protocols-\(1\)/18-03-A-ct.pdf](https://www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2018/Class-Action-Judicial-Protocols-(1)/18-03-A-ct.pdf). L'article 62 du *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, RLRQ c. C-25.01, r. 0.2.1, prévoit la possibilité d'appliquer le Protocole judiciaire canadien de gestion de recours collectifs multijuridictionnels.

⁵⁰ Voir, à titre d'exemple, *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, 2018 QCCS 3836, par. 85 et 86.

d'heures travaillées, multiplié par le taux horaire, multiplié par un facteur pour tenir compte du risque »;

- 3) À la suite de cette vérification, le tribunal devrait examiner les autres critères établis par la jurisprudence. Il pourrait évaluer si un écart entre les honoraires établis à la convention et la somme obtenue grâce à la méthode du multiplicateur se justifie par ces autres critères, comme par exemple le résultat obtenu et la finalité du dossier.

On semble présenter l'idée du multiplicateur comme un des critères, alors qu'il ne devrait être qu'un outil de vérification du résultat obtenu, et non un critère d'évaluation des honoraires, tel que confirmé par une jurisprudence constante. Par ailleurs, comment va-t-on choisir le multiplicateur si l'on n'a pas appliqué le filtre de l'ensemble des critères?

4.3 Proposition 8

Proposition 8

Ainsi, le Laboratoire propose d'inclure au *Code de procédure civile* une référence à la nomination d'un *amicus curiae* pour couvrir deux situations où sa présence serait particulièrement utile, à savoir l'approbation des transactions et la détermination des honoraires des avocats du représentant.

Au surplus, le Laboratoire propose :

- 1) d'adopter un critère d'appréciation considérant la mesure dans laquelle l'action collective favorise l'atteinte des finalités de la procédure. Ainsi, une action à plus grand bénéfice sociétal pourrait entraîner une plus généreuse compensation des avocats;
- 2) de permettre aux avocats de prouver leur efficacité dans le dossier afin de justifier des honoraires plus élevés;
- 3) de séparer l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires.

4.3.1 *Amicus curiae*

Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter un mécanisme de nomination d'un *amicus curiae* au *Code de procédure civile*, puisque cet outil est déjà disponible. À l'heure actuelle, le tribunal a tous les pouvoirs nécessaires et peut nommer un *amicus curiae* s'il l'estime utile. Le tribunal peut également déterminer la manière dont il sera rémunéré. Le Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC), qui doit être notifié, peut faire des représentations sur les honoraires.

Habituellement, lorsqu'on a recours à un *amicus curiae*, le tribunal sollicite un avis sur l'ensemble du règlement, et non pas uniquement sur la question des honoraires. Cette pratique est peu utilisée

au Québec, parce qu'elle est superflue dans la majorité des cas. En effet, elle complexifie inutilement un processus qui est déjà complexe, surtout dans le cadre de dossiers multiterritoriaux.

En ce qui concerne l'absence de débat contradictoire à cette étape de l'approbation de la transaction, nous rappelons que les parties sont tenues à une obligation de divulgation franche et complète, assimilable aux procédures *ex parte*, et qu'elles doivent informer le tribunal de tous les tenants et les aboutissants de la transaction⁵¹.

4.3.2 Bénéfice sociétal de l'action

Nous sommes en désaccord avec la proposition suivant laquelle une action à plus grand bénéfice sociétal pourrait justifier des honoraires plus généreux aux avocats. À notre avis, une telle suggestion va à l'encontre de l'intérêt des membres. Il nous semble insensé de prélever davantage, à même le montant recouvré au bénéfice des membres, parce qu'on estime que la cause est importante. De plus, comment ferait-on pour évaluer l'importance de la cause par rapport à une autre et en vertu de quels critères? Cette suggestion du Laboratoire nous semble injustifiée et impraticable.

4.3.3 Séparer l'approbation des honoraires

La demande d'approbation de la transaction et la demande de l'approbation des honoraires peuvent être déposées en même temps. Cependant, il peut être utile, dans certains cas, d'attendre l'approbation de la transaction avant de plaider la question des honoraires⁵². Le fait que les deux demandes procèdent en même temps ne pose généralement aucune difficulté. D'ailleurs, nous estimons qu'il est préférable de disposer de l'approbation de la transaction et des honoraires dans le cadre d'une seule audition qui donne lieu à un seul jugement, l'une ayant une incidence sur l'autre, puisqu'il s'agit de questions liées, comme illustré tout récemment dans l'affaire *Rahmani c. Groupe Adonis Inc.*⁵³

4.3.4 Le mode de recouvrement

Le Laboratoire identifie le cas où la rémunération des avocats en demande ne tient pas compte du mode de recouvrement retenu. En effet, on constate dans certains cas, lorsqu'un règlement intervient, par exemple, peu après le début de l'instance, et qu'il prévoit un recouvrement individuel sous forme de coupons pour tenir lieu du paiement d'une somme d'argent, que la rémunération ne tient pas compte du taux de participation des membres par l'encaissement des coupons distribués.

D'abord, il faut déplorer que quelques cas anecdotiques fassent les manchettes au détriment des recours ayant connu un meilleur dénouement au bénéfice des membres, ce qui est le cas pour la majorité des actions collectives. Nous estimons qu'il n'est pas souhaitable d'envisager une modification législative visant à corriger la situation décrite par le Laboratoire, qui demeure somme toute marginale, sans parler de l'impact possible sur d'autres types de dossiers d'action collective. Certains estiment que cette problématique devrait plutôt être abordée par l'adoption de meilleures

⁵¹ *Abihsira c. Johnston*, 2019 QCCA 657, par. 48.

⁵² Voir, à titre d'exemple, *Bouchard c. Audi Canada*, 2021 QCCS 10.

⁵³ 2021 QCCS 2616.

pratiques, combinée à une plus grande vigilance des tribunaux. En effet, les tribunaux doivent faire preuve d'une prudence accrue à l'égard des règlements sous forme de coupons, notamment quant aux modalités qui y sont rattachées (transférabilité, date d'expiration, possibilité de cumuler, etc.), afin de s'assurer de la valeur réelle pour les membres du groupe.

Certains dossiers peuvent se prêter à une indemnisation des membres au moyen de coupons rabais, comme dans le dossier du cartel du prix de l'essence à la pompe, lorsqu'une distribution individuelle à chacun des membres est impossible, ou peu pratique⁵⁴. Nous considérons que la rémunération ne devrait pas, dans un tel cas, être fixée en fonction du nombre de coupons utilisés. Ainsi, lorsque le règlement prévoit un système de recouvrement individuel, la rémunération devrait être liée à la valeur de ce qui est effectivement remis aux membres, tout comme lorsque le recours est accueilli au stade du fond et que les honoraires sont prélevés à même les paiements individuels à chaque membre.

Rappelons que, contrairement à un jugement rendu au fond, un règlement a l'avantage de permettre une grande créativité, d'établir et de quantifier la contribution de la partie défenderesse par entente, et d'éviter ainsi les aléas et les risques, de même que les délais occasionnés par une condamnation éventuelle si l'instance devait procéder au fond. Il est donc souhaitable de maintenir la voie ouverte à une diversité de solutions qui servent les fins de la justice. Il ne faut pas se priver de cet outil, même s'il peut mener parfois à des solutions imparfaites. Il ne faut pas perdre de vue non plus qu'un règlement, en plus des indemnités versées, apporte parfois comme bénéfice un changement dans les pratiques des entreprises et organismes visés.

5. AUTRES VOLETS ASSOCIÉS À L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC

5.1 Amélioration des délais à l'étape du fond

Alors que nous considérons qu'il n'y a plus d'enjeux de délais à l'étape de l'autorisation, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'avoir plutôt une réflexion sur les manières d'accélérer l'étape du fond. En effet, les critères de l'autorisation sont balisés et bien connus. Il est possible de franchir cette étape beaucoup plus rapidement aujourd'hui.

Cependant, l'étape du fond est de plus en plus complexe et lourde. Les délais pourraient être améliorés et la procédure simplifiée. À titre d'exemple, il y aurait lieu de mettre en place des formulaires propres à l'action collective, notamment un modèle protocole de l'instance et de déclaration de dossier complet mieux adaptés à l'action collective. À notre avis, plusieurs solutions existent et elles pourraient faire l'objet d'une réflexion qui s'inscrirait dans le cadre d'une réforme plus large du déroulement de l'instruction de l'action collective et des autres types de recours prévus par le *Code de procédure civile*.

5.2 Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC)

D'abord, le Barreau du Québec reconnaît l'importance et l'utilité du FAAC, qui a pour objet d'assurer le financement des actions collectives et de diffuser des informations relatives à

⁵⁴ Jacques c. 189346 Canada Inc. (Pétroles Therrien Inc.), 2017 QCCS 4020.

l'exercice de ces actions⁵⁵. La création du FAAC traduit une volonté du législateur d'appuyer concrètement l'utilisation de l'action collective par les citoyens. Tous reconnaissent que le FAAC joue un rôle important dans la mise en œuvre de cette procédure. Il est donc essentiel d'assurer au FAAC un financement qui répond pleinement à sa mission et à ses besoins. Cependant, force est de constater qu'il y a lieu de moderniser le cadre législatif.

5.2.1 Financement des actions collectives

Nous avons entrepris une réflexion sur la question du financement des actions collectives et des recommandations pourraient être formulées prochainement. D'emblée, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de moderniser et de rendre plus équitable pour les membres des actions collectives la législation qui encadre le financement des actions collectives par le FAAC, laquelle n'a jamais été adaptée aux nouvelles réalités des actions collectives. Nous croyons qu'il est possible d'assurer au FAAC un mode de financement qui répond pleinement à sa mission tout en simplifiant les mécanismes de financement de manière à éviter les litiges lors de leur mise en œuvre.

Nous notons que certaines dispositions de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*⁵⁶ ont fait l'objet de contestations judiciaires au cours des dernières années. Plus particulièrement, l'interprétation de l'article 42 de la Loi et du *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*⁵⁷ a donné lieu à des débats parfois longs et coûteux. Ces débats ont mis en lumière la nécessité de réfléchir à la modernisation et à la simplification de ces dispositions, compte tenu de l'évolution importante de l'application de la procédure de l'action collective depuis son adoption en 1978. La nature et l'importance des actions collectives, telles que nous les connaissons aujourd'hui, ont peu en commun avec ce qui était anticipé à cette époque.

Voici les principales questions soulevées :

- ✓ Les règles qui régissent les prélèvements effectués par le FAAC sur les indemnités versées aux membres d'une action collective, afin de financer ses activités, produisent un résultat manifestement injuste. En effet, aucun prélèvement n'est appliqué sur une indemnité versée à la suite d'un recouvrement collectif, alors qu'un membre doit payer des frais au FAAC pouvant aller jusqu'à 10% de l'indemnité à laquelle il a droit lorsque le recouvrement est individuel.
- ✓ Le pourcentage prélevé par le FAAC sur les reliquats peut être très important et freiner la conclusion de règlements, ou encore favoriser une structure de règlement qui assure qu'il n'y ait aucun reliquat, comme on l'observe présentement dans la pratique. La grille prévue par règlement est désuète, puisque les montants en jeu sont beaucoup plus importants aujourd'hui. Ainsi, la réparation indirecte atteinte par un recouvrement collectif, qui a pourtant sa raison d'être, est pratiquement abandonnée de nos jours comme mesure lorsqu'il y a règlement à l'amiable d'une action collective.

⁵⁵ *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ c. F-3.2.0.1.1, art. 7.

⁵⁶ RLRQ c. F-3.2.0.1.1.

⁵⁷ RLRQ c. F-3.2.0.1.1, r. 2.

Nous constatons aussi des débats judiciaires sur le reliquat, initiés par le FAAC dans le cas de recours multiterritoriaux, qui ne tiennent pas compte du taux effectif de réclamation au Québec, ce qui génère des attentes irréalistes de la part du FAAC.

- ✓ Il y a absence de mécanisme pour évaluer les besoins en capitalisation du FAAC, tout comme il y a absence de critères objectifs pour déterminer les limites d'engagement. Il y aurait sans doute lieu de déterminer le seuil de capitalisation requis pour que le FAAC remplisse sa mission. Cela permettrait notamment un financement par un prélèvement unique sur les indemnités, sans égard au type de recouvrement, et une suspension des prélèvements sur les indemnités lorsque le seuil requis est atteint.

Dans le même ordre d'idées, il y a des lacunes dans la diffusion de l'information relative à l'exercice des recours. Par exemple, le rapport annuel du FAAC ne contient pas suffisamment d'information et il n'y a pas de données empiriques.

- ✓ En ce qui concerne l'aide attribuée par le FAAC, aucun barème n'est prévu pour le montant, et le processus est entièrement discrétionnaire et imprévisible. Les décisions sur les demandes de financement ne sont pas motivées dans la grande majorité des cas et il est très difficile d'avoir de l'information sur la manière dont l'aide est attribuée, notamment la ventilation des montants accordés dans les dossiers.

Par ailleurs, on constate que les délais sont longs pour l'obtention d'une date d'audience devant le FAAC, alors que différentes demandes dans un dossier ne peuvent être traitées en même temps. En effet, les demandes postérieures dans un dossier ne sont considérées qu'une fois les autres demandes traitées.

Enfin, certains déplorent qu'aucune aide ne soit accordée dans la majorité des cas lorsqu'il s'agit d'un recours multiterritorial initié au Québec, pénalisant ainsi le demandeur et ses avocats. Une réflexion sur cette question ainsi que de possibles ajustements seraient souhaitables.

5.2.2 Intervention dans l'approbation de règlements hors cour

Nous sommes d'avis que l'intervention du FAAC dans les règlements hors cour devrait être encadrée de manière plus précise, et exercée suivant ce qui est permis par le législateur. L'intervention actuelle du FAAC dépasse parfois le cadre de ce que la loi permet, provoquant certains écarts. Parce que son financement en dépend, on note une tendance du FAAC à critiquer, ou même à s'opposer, à des règlements hors cour, créant des débats inutiles, par exemple sur des mesures réparatrices.

L'article 593(3) C.p.c. prévoit que le FAAC doit être entendu par le tribunal avant de se prononcer sur les frais de justice et les honoraires, que celui-ci ait attribué ou non une aide au représentant. C'est ainsi que le FAAC n'a pas l'intérêt requis pour intervenir, critiquer ou s'objecter à une transaction librement négociée et consentie par les parties au litige, à moins que les motifs

invoqués ne soient reliés aux objets mentionnés à l'article 593(3) C.p.c., ou à l'application de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*⁵⁸ et ses règlements.

Invoquant sa mission d'informer le public, le FAAC a développé depuis quelques années une pratique qui consiste à critiquer des projets de transaction soumis au tribunal en soulevant, par exemple, certaines irrégularités qu'il relève sur des questions aussi variées que la quittance des membres, la suffisance des avis aux membres, la méthode de calcul du reliquat convenue par les parties, les formulaires de réclamation des membres, une demande de désistement d'un recours, et même à demander que les parties renégocient des aspects de l'entente.

Dans les faits, ces interventions du FAAC sont le plus souvent rejetées par le tribunal⁵⁹. Les tribunaux rappellent régulièrement au FAAC que sa sphère d'intervention est limitée et qu'il ne doit pas s'immiscer dans des pourparlers de règlement entre les parties au litige.

Ces interventions du FAAC ont pour effet d'entraîner parfois un débat secondaire lors des séances d'approbation d'une transaction, de prolonger inutilement l'audition, sans parler des frais non négligeables encourus par les parties afin d'y répondre et procurer l'éclairage nécessaire au juge, et tout cela sans être exposé aux frais de justice occasionnés par l'échec de son intervention.

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que le moment est propice pour moderniser la *Loi sur le fonds d'aide aux actions collectives* afin de tenir compte de l'évolution importante de ce mécanisme procédural comme mesure d'accès à la justice depuis 1978.

⁵⁸ RLRQ c. F-3.2.0.1.1.

⁵⁹ Voir, à titre d'exemple : *Bouchard c. Audi Canada Inc.*, 2021 QCCS 10; *Zouzout c. Canada Dry Mott's Inc.*, 2021 QCCS 1815; *Union des consommateurs c. Telus Communications Inc.*, 2021 QCCS 2681; *Dessis c. Cash Store Financial Services Inc.*, 2016 QCCS 4545; *Cornellier c. Province canadienne de la Congrégation de Ste-Croix*, 2011 QCCS 6670; *Option Consommateurs c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2011 QCCS 4841.



**Canadian Vehicle
Manufacturers' Association**
Association canadienne
des constructeurs de véhicules

222 Queen Street
Suite 1404
Ottawa, ON K1P 5V9

Tel: 416-364-9333
info@cvma.ca
www.cvma.ca

Le 30 septembre 2021

Ministère de la justice du Québec
Édifice Louis-Philippe-Pigeon
1200, route de l'Église
Québec (Québec) G1V 4M1

Mémoire de l'Association canadienne des constructeurs de véhicules Consultation publique – Perspectives de réforme de l'action collective au Québec

Les membres de l'Association canadienne des constructeurs de véhicules (ACCV), composés de Ford du Canada Limitée, de la Compagnie General Motors du Canada et de Stellantis (FCA Canada Inc.), sont reconnaissants d'avoir la possibilité de participer à la consultation publique sur l'important sujet mentionné en rubrique.

Les membres de l'ACCV appuient fortement les grands objectifs de l'action collective, nommément faciliter l'accès à la justice, favoriser l'efficacité judiciaire et promouvoir la modification ou la dissuasion comportementale. Le projet actuel constitue un pas important vers l'identification de recommandations pouvant faire avancer ces objectifs.

Nous désirons faire part de notre appui général à l'égard des positions avancées dans les mémoires de la *US Chamber of Commerce Institute for Legal Reform*.

Dans l'élaboration du présent mémoire, nous avons abordé les questions énoncées dans le document de consultation et la pratique entourant les actions collectives au Québec dans l'objectif de fournir des points de vue en tant que constructeurs automobiles. Par conséquent, nous avons centré nos réponses sur les principaux aspects qui ont une portée sur notre secteur, et vous les soumettons aux présentes pour examen.

1. Préservation des ressources judiciaires - Délais

Les membres de l'ACCV croient fermement que l'économie des ressources judiciaires représente un objectif extrêmement important de l'action collective. En s'appuyant sur leur expérience, nos membres ont constaté que les juges du Québec gèrent efficacement les actions collectives, en tenant compte des facteurs particuliers et pertinents de chacune.

Le document de consultation propose diverses pratiques de gestion des actions visant à réduire les délais. Certes, nos membres conviennent qu'il faut éviter les délais inutiles, mais nous avançons que la question des délais doit être abordée dans le contexte de la situation générale prévalant au chapitre des actions collectives au Québec et au Canada. Selon l'expérience de nos membres, les juges du Québec gèrent ces affaires de façon proactive et incitent les partis à gérer activement leurs dossiers. Toutefois, les tribunaux du Québec ont aussi reconnu que des résidents du Québec peuvent bénéficier de poursuites intentées devant d'autres tribunaux.

Plusieurs actions peuvent être menées dans une même province, dans des provinces canadiennes différentes, ainsi qu'en parallèle à des actions intentées aux États-Unis contre les sociétés américaines affiliées à nos membres. D'après l'expérience de nos membres, il arrive souvent, en particulier dans le cas d'actions collectives liées à la responsabilité du fabricant, qu'une action soit intentée au Canada seulement après qu'une action similaire l'ait été aux États-Unis et que les plaidoiries tendent à calquer celles présentées aux États-Unis. Lorsqu'un produit a été développé aux États-Unis et que l'expertise technique et d'ingénierie se trouve dans ce pays, le déclenchement d'une action au Québec avant qu'une même action ne soit déclenchée aux États-Unis représenterait une utilisation inefficace des ressources des deux partis – et des tribunaux. Il est souvent avantageux pour tous les partis, y compris les tribunaux, que les actions collectives soient intentées au Canada (et au Québec) de façon coordonnée et efficace une fois que les tribunaux des États Unis en sont déjà saisis.

Il est essentiel que les tribunaux adoptent une démarche coordonnée et équilibrée en déterminant quel tribunal aura à juger une action, établissant ainsi un processus simplifié permettant d'économiser des coûts et des ressources. Nos membres ont constaté au fil de leur expérience que les tribunaux du Québec tiennent compte de ces questions en déterminant si une action peut être autorisée au Québec avant qu'une action parallèle ne soit intentée devant un tribunal d'une autre juridiction.

Au Québec, la règle de l'antériorité incite les avocats des demandeurs à soumettre une action rapidement, parfois même avant d'avoir eu la chance d'en étudier adéquatement les mérites et d'approfondir la nature du litige. Cela peut entraîner deux résultats : 1) l'avocat des demandeurs ne sera pas bien préparé pour défendre efficacement son dossier; et 2) une poursuite frivole pourrait être intentée. Les propositions contenues dans le document de consultation exacerbent ces questions et vont à l'encontre de l'objectif d'efficience judiciaire. Exiger que les juges gèrent activement des affaires qui manquent de préparation ou qui sont basées sur des demandes frivoles est un gaspillage de ressources judiciaires, et il vaudrait mieux consacrer ces ressources à des cas plus appropriés.

En fonction de leur expérience, nos membres estiment que les tribunaux du Québec gèrent déjà les dossiers de façon proactive. Nos membres craignent que les propositions avancées dans le document de consultation n'entraînent des conséquences non intentionnelles négatives sur l'efficience judiciaire des tribunaux québécois.

Dans le but d'améliorer l'efficience des actions collectives au Québec, nous avançons respectueusement que le *Code de procédure civile* devrait être modifié afin d'abolir la règle de l'antériorité et de reconnaître et de tenir compte des actions collectives intentées devant des tribunaux d'autres juridictions.

2. Procédure préférable / Proportionnalité

Comme le préconise le mémoire de la *U.S. Chamber of Commerce Institute for Legal Reform*, nos membres appuient l'application d'une analyse de proportionnalité aux actions collectives conforme à celle en vigueur dans d'autres juridictions canadiennes, de façon à établir un critère de procédure préférable à l'étape d'autorisation. Un tel critère favorise l'efficience judiciaire en écartant les affaires qui peuvent être ou ont été traitées plus adéquatement dans d'autres forums.

Le secteur canadien de l'automobile est fortement réglementé, et les modifications apportées récemment à la législation sur la sécurité des véhicules a élargi les pouvoirs de l'autorité de réglementation dans ce domaine, soit Transports Canada. La conformité aux lois sur la sécurité et les enquêtes réalisées par Transports Canada assurent la sécurité des propriétaires de véhicule canadiens. Lorsqu'un problème survient au sujet d'un véhicule, nos membres ont l'obligation d'émettre des rappels de sécurité conformément à la législation sur la sécurité ou les émissions, ou peuvent établir volontairement des programmes afin de maintenir la satisfaction et la fidélité des clients. Dans le cadre des rappels de sécurité ou des programmes de satisfaction de la clientèle, les constructeurs automobiles réparent les véhicules sans frais pour les propriétaires.

Ces mesures s'inscrivent dans les objectifs d'accès à la justice, d'efficience judiciaire et de modification ou dissuasion comportementale. Les propriétaires de véhicule ont *accès à la justice* et à des correctifs sans avoir à s'adresser aux tribunaux, ce qui est le summum d'*économie judiciaire*. Les gestes ou omissions pouvant causer des torts sont traités et interdits par des lois en matière de sécurité, d'émissions et de protection des consommateurs. Ils sont dissuadés économiquement par le coût des rappels et/ou des programmes d'indemnisation volontaires, ainsi que par le spectre d'une action collective advenant qu'un correctif ne soit pas offert volontairement ou qu'il ne réussisse pas à corriger efficacement et raisonnablement le problème de sécurité ou de qualité en cause. L'adoption d'un critère de procédure préférable garantirait l'atteinte des trois objectifs du régime applicable aux actions collectives au Québec, tout en harmonisant ce régime à d'autres cadres réglementaires afin de favoriser les mesures de réparation raisonnables à l'endroit des consommateurs de la part de nos membres.

Dans ces objectifs, le *Code de procédure civile* devrait être modifié afin de tenir compte, dès les étapes préliminaires, des mesures prises par les parties défenderesses pour corriger les préjudices éventuels (sans recours au processus d'action collective). Ainsi, lorsqu'un parti fournit des correctifs raisonnables ou que des correctifs ont été fournis ou seront fournis à un groupe d'action collective éventuel, ces correctifs devraient être considérés comme une procédure préférable ayant pour effet de supprimer le besoin d'une action collective. La capacité d'éviter une action collective favoriserait l'objectif de modification ou de dissuasion comportementale en incitant les sociétés à réparer volontairement les torts.

Nos membres ont constaté au fil de leur expérience que des actions collectives sont souvent intentées par des avocats à la suite d'un rappel ou d'un autre programme d'indemnisation volontaire mis en œuvre par le constructeur. Or, le but d'un rappel ou d'un programme de ce genre est de corriger un problème et/ou d'indemniser les propriétaires de véhicule. Par conséquent, si ce but est atteint, il est clair qu'il ne subsiste pas de perte qui doive être indemnisée au moyen du processus coûteux qu'est une action collective. D'ailleurs, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a refusé récemment de certifier un recours collectif contre un constructeur automobile qui avait déjà émis un rappel pour corriger le problème. La Cour a soutenu que le groupe putatif n'avait pas subi de perte indemnisable. Dans de tels litiges, le seul parti qui bénéficie d'une action collective est l'avocat du groupe. Lorsque l'objectif de modification ou de dissuasion comportementale du régime d'action collective a été atteint et que le groupe a déjà été indemnisé raisonnablement par un programme réglementaire ou volontaire, il devient dès lors inutile ou redondant de la part d'un avocat de recourir à ce régime pour produire des honoraires.

Trop souvent, les mesures correctives mises en œuvre par les parties défenderesses, en particulier les rappels, ont pour effet d'inciter des avocats opportunistes à intenter des actions collectives coûteuses et redondantes contre les constructeurs alors que les membres du groupe ont déjà été indemnisés raisonnablement (par exemple, par la réparation entièrement gratuite des véhicules des membres du groupe). Nous avançons que ce devrait être le contraire. Les mesures de redressement devraient décourager le dépôt d'actions collectives et l'utilisation des précieuses ressources judiciaires. Les actions collectives devraient être réservées aux groupes privés de réparation. Une action collective n'est pas proportionnelle lorsque des mesures réglementaires, des rappels de produits ou d'autres mesures de redressement la rendent redondante. Dans de telles circonstances, une action collective est un gaspillage de ressources judiciaires.

Le *Code de procédure civile* devrait être modifié de façon à examiner et à déterminer dès les premières étapes si d'autres mesures ont été prises par les parties défenderesses afin de corriger tout tort allégué subi par les membres du groupe. Cela aurait pour effet d'éviter une action collective avant que les partis et les tribunaux n'aient consacré un temps et des dépenses considérables au processus complet de motion en autorisation. Dans des secteurs comme le secteur automobile, les mesures de redressement comme les rappels sans frais pour les clients et les programmes d'indemnisation volontaire ont souvent une portée internationale, voire mondiale. Les parties défenderesses devraient être incitées à planifier leurs correctifs conformément à leurs politiques et pratiques mondiales et ne devraient pas être la cible de motions en autorisation onéreuses en frais et en ressources ni avoir à payer une « taxe » à l'avocat du groupe (sous forme de coûts) parce qu'elles ont mis en œuvre un programme d'indemnisation approprié au Canada. L'avocat d'un groupe d'action collective apporte très peu de valeur dans un tel cas.

Un critère de procédure préférable serait renforcé par l'inclusion de critères de supériorité et de prédominance établissant qu'une action collective serait la procédure préférable de résolution de questions communes seulement si elle est : a) supérieure à toute autre forme disponible de correctif et b) que les questions communes prédominent les questions individuelles, comme c'est le cas dans la *Loi sur les recours collectifs* de l'Ontario à la suite des modifications apportées récemment. Nous avançons que de telles modifications favoriseraient l'objectif d'efficience judiciaire.

3. Intégration de l'autorisation à l'instance principale

Certains des objectifs de l'autorisation d'intenter une action collective au Québec sont comme suit : *Encadrer le déroulement de l'action collective en fixant des paramètres principaux; Protéger les parties défenderesses des recours frivoles de même que de l'utilisation inadéquate des ressources importantes du système judiciaire; Circonscrire les paramètres de l'action collective et déterminer ses balises.*

La demande d'autorisation a une fonction de filtrage cruciale pour écarter les demandes insoutenables ou frivoles. La proposition contenue dans le document de consultation voulant que l'étape d'autorisation soit incorporée à l'instance principale aurait pour effet d'éliminer cette importante fonction de filtrage et entraînerait le gaspillage de ressources judiciaires. Les tribunaux se trouveraient forcés d'avoir à gérer des affaires qui n'auraient jamais dû dépasser l'étape d'autorisation.

Le document de consultation précise que l'autorisation est déjà une très faible exigence à satisfaire de la part des demandeurs. Le document recommande également d'éliminer le critère selon lequel les demandeurs doivent démontrer que les faits allégués justifient les finalités recherchées. Une telle proposition affaiblit encore le critère d'autorisation. Le document de consultation avance que le fardeau de soulever les motifs préliminaires d'irrecevabilité devrait incomber à la partie défenderesse. Nos membres croient fermement que le fardeau de satisfaire aux critères d'autorisation devrait incomber aux demandeurs qui intentent une action. Les parties défenderesses ne devraient pas être confrontées à une inversion du fardeau du bien-fondé d'une action intentée par les demandeurs.

4. Présentation de preuve par les parties défenderesses

Nos membres s'opposent à toute réforme qui aurait pour effet d'affaiblir la capacité des parties défenderesses de présenter des preuves pertinentes à l'étape d'autorisation. Les critères d'autorisation sont peu élevés et les parties défenderesses ont des droits très limités de s'y opposer. Leur capacité de présenter des preuves pertinentes constitue un important facteur dans la fonction de filtrage de la demande d'autorisation. Une érosion de ces droits, combinée à la faible norme établie pour accorder les autorisations, entraînerait l'autorisation de demandes frivoles et, par le fait même, un gaspillage des ressources judiciaires. Comme mentionné précédemment, cela irait à l'encontre de l'objectif d'efficience judiciaire.

5. *Amicus curiae*

D'après l'expérience de nos membres, les juges du Québec sont parfaitement capables de scruter les règlements négociés et le juste établissement des honoraires. Nos membres s'opposent à la nomination d'un *amicus curiae* pour la médiation des règlements et la détermination des honoraires de l'avocat des demandeurs. Tant les règlements que les honoraires de l'avocat des demandeurs doivent obtenir l'approbation du tribunal. L'intégration d'un *amicus curiae* à la procédure ajoute de la complexité et des coûts pour des questions dont les juges traitent déjà de façon appropriée. Nous avançons que l'ajout de complexité, de coûts et de parties supplémentaires à la procédure d'action collective va totalement à l'encontre de l'objectif d'efficience judiciaire.

6. Honoraires

Nous sommes généralement en accord avec les propositions du document de consultation ayant trait au processus d'approbation des honoraires. Toutefois, le mécanisme rigide suggéré semble entraver le pouvoir discrétionnaire des tribunaux de déterminer l'adéquation des honoraires dans toutes les circonstances d'un litige particulier. Encore une fois, nous croyons que les tribunaux du Québec sont capables d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de façon appropriée.

Nous espérons que le présent mémoire apportera un éclairage utile à la consultation. L'ACCV aurait grand plaisir à coordonner toute autre discussion liée à la présente soumission qui pourrait vous être utile. Nous sommes conscients de la complexité des questions abordées et apprécions la possibilité d'exposer les commentaires et le contexte des expériences du secteur de l'automobile.

N'hésitez pas à communiquer avec le soussigné directement au 613-513-9626 ou par courriel, à bkingston@cvma.ca pour toute question ou information supplémentaire.

L'ACCV remercie le ministère de la Justice du Québec de l'attention qu'il portera à sa soumission.

Le président et chef de la direction,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'BK' followed by a long horizontal stroke.

Brian Kingston

L'action collective comme outil de justice sociale et environnementale

Mémoire présenté par ENvironnement JEUnesse au ministère de la Justice dans le
cadre des consultations publiques sur les perspectives de réforme de l'action
collective au Québec

1^{er} septembre 2021



Équipe

Ce mémoire a été préparé par : Catherine Gauthier, Amélie Beaulé et Aya Arba

Ce mémoire a été révisé par : Aya Arba

Mots-clés : accès à la justice, action collective, bien commun, biodiversité, compensation monétaire, critère de proportionnalité ou d'opportunité, dissuasion, dommage à l'environnement, dommages-intérêts punitifs, dommages punitifs, droit à un environnement sain, droits fondamentaux, effet dissuasif, environnement, indemnisation directe et indirecte, jeunesse, justice environnementale, justice sociale, mécanisme d'autorisation, mesure réparatrice, Ministère de la Justice du Québec, pollution et reliquat

Présentation d'ENvironnement JEUnesse

Créé en 1979, ENvironnement JEUnesse (ENJEU) est un organisme d'éducation relative à l'environnement qui vise à conscientiser les jeunes du Québec aux enjeux environnementaux, les outiller à travers ses projets éducatifs et les inciter à agir dans leur milieu. ENvironnement JEUnesse est un réseau qui valorise le développement de l'esprit critique et qui donne la parole à la jeunesse engagée afin qu'elle fasse connaître ses préoccupations, ses positions et ses solutions concernant les enjeux environnementaux actuels.

Nos objectifs sont les suivants :

- Développer les connaissances, les attitudes et les habiletés des jeunes pour qu'ils puissent agir en tant qu'agents multiplicateurs dans leur milieu ;
- Informer et former les jeunes et les personnes intervenantes sur des enjeux environnementaux ;
- Rassembler et motiver les jeunes, les groupes de jeunes et les personnes intervenantes dans un réseau dynamique et favoriser les échanges à l'intérieur et à l'extérieur de ce réseau ;
- Concevoir, diffuser et mettre à jour des projets, des animations et du matériel pédagogique, ainsi que des outils de soutien à l'action, pour les jeunes ;
- Assurer le rayonnement d'ENvironnement JEUnesse dans les milieux de l'éducation, de la jeunesse et de l'environnement ;
- Participer à des consultations et des débats publics sur les enjeux environnementaux et y promouvoir la place des jeunes et de l'éducation relative à l'environnement ;
- Initier les jeunes à la vie démocratique et à la gouvernance d'une organisation communautaire.

Les activités d'implication citoyenne et les projets pédagogiques d'ENvironnement JEUnesse touchent divers enjeux, dont la gestion des matières résiduelles, le transport et l'énergie, les changements climatiques, la consommation responsable, l'eau et l'intégration du développement durable en milieu institutionnel et commercial.



1. Contexte

ENvironnement JEUnesse souhaite répondre à l'appel du ministère de la Justice du Québec qui « souhaite consulter les principaux acteurs du milieu juridique ainsi que la population sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec. » (Gouvernement du Québec, 2021)

Dans son communiqué de presse, le ministre de la Justice exprime que « [c]es travaux visent à assurer un meilleur accès à la justice et à offrir aux citoyennes et aux citoyens un processus d'action collective plus efficace » (Cabinet du ministre de la Justice et procureur général du Québec, 2021). Comme on peut le lire dans le document de consultation, huit propositions sont sur la table, en plus d'un appel général à partager des « observations, commentaires ou suggestions pour tout autre volet associé à l'action collective au Québec ».

Dans son mémoire, ENvironnement JEUnesse souhaite intervenir plus spécifiquement (1) sur le critère de proportionnalité ou d'opportunité du mécanisme d'autorisation ainsi que (2) sur la distinction entre mesure réparatrice et reliquat. Nos observations s'inscrivent dans une volonté de protéger les acquis des dernières réformes qui ont fait du Québec un champion des actions collectives, notamment en matière environnementale.

2. Une portée qui va au-delà de l'indemnisation

Dans le document de consultation, la proposition à l'effet d'ajouter un critère de proportionnalité à l'autorisation – qui fait penser au critère de la *preferable procedure in common law* – nous paraît inquiétante.

Au fil des ans, **les actions collectives en environnement ont permis des avancées significatives au niveau local ou régional**, notamment dans l'affaire Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette, de la Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire « Petit Train du Nord » c. la MRC des Laurentides et des clubs de motoneiges, le cas de la poussière rouge à Québec, les émissions de l'usine de peinture Anacolor ou la pollution du lac Heney.

Des jeunes exigent le respect de leurs droits les plus fondamentaux

Dans l'action collective ENvironnement JEUnesse c. Procureur général du Canada déposée le 28 novembre 2018, la demanderesse demande à la Cour d'ordonner au gouvernement canadien de cesser de porter atteinte aux droits fondamentaux des membres de l'action collective et de le condamner au versement de dommages punitifs équivalents à 100 \$ par membre. Au total, le fonds représenterait 340 M \$ qui seraient investis dans la mise en œuvre de mesures pour répondre à la crise climatique ; les sommes ne seraient pas versées aux membres du groupe. En dépassant l'objectif d'une indemnisation directe et individuelle, **l'action collective vise la cessation des atteintes aux droits protégés, la mise en place de mesures réparatrices pour contribuer à freiner le réchauffement climatique et toute autre réparation** que la Cour estime appropriée d'imposer au gouvernement pour assurer le respect des droits fondamentaux des jeunes Québécoises et Québécois de 35 ans et moins. (ENvironnement JEUnesse, 2021)

Pour plusieurs de ces cas, l'impact atteint ou recherché de l'action collective allait bien au-delà des compensations monétaires (ex : Anacolor, ENvironnement JEUnesse, lac Heney). Bien souvent, en matière environnementale, les motivations des citoyennes et des citoyens ne sont pas pécuniaires, mais plutôt de pouvoir retrouver un milieu de vie sain et agréable.

En d'autres mots, l'action collective permet de rassembler et de mobiliser les citoyennes et les citoyens autour d'un problème commun et de la recherche de solutions qui dépassent les individus. **Les actions collectives ont ainsi un effet qui va au-delà de la seule indemnisation**, comme en témoignent les propos de plusieurs jeunes de l'organisme qui s'exprimaient à propos de l'action collective déposée par ENvironnement JEUnesse :

« J'espère qu'à l'avenir, le gouvernement priorisera la santé et le bien-être de la population et des jeunes, plutôt qu'une économie extractiviste détruisant la planète. »

–**Aya Arba**, 14 ans, membre jeunesse du conseil d'administration d'ENvironnement JEUnesse

« J'espère que le gouvernement saura se mettre dans la peau des jeunes et ainsi prendre des mesures audacieuses et concrètes pour lutter contre la crise climatique et pour nous redonner confiance en l'avenir. »

–**Amélie Beaulé**, 18 ans, membre jeunesse du conseil d'administration d'ENvironnement JEUnesse

Récemment, les développements jurisprudentiels au Québec et au Canada ont confirmé la possibilité d'entreprendre une action collective pour des dommages-intérêts punitifs uniquement. Par exemple, dans la foulée du scandale « dieselgate », ENvironnement JEUnesse et le Centre québécois du droit de l'environnement (CQDE) sont intervenus devant la Cour suprême du Canada afin de défendre l'importance qu'une action collective opposant l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) au constructeur automobile Volkswagen soit autorisée. Dans la foulée de cette intervention, les représentantes des deux organismes s'étaient exprimées par voie de communiqué. Leurs propos sont repris ci-dessous :

« La pollution de l'environnement affecte toutes les personnes, toutes les générations. L'action collective est un puissant outil de justice sociale et de justice environnementale. Si on attend que la crise climatique ou que la destruction de l'environnement nous atteigne toutes et tous individuellement, il sera trop tard pour agir et protéger notre avenir. »

–**Catherine Gauthier**, 32 ans, directrice générale d'ENvironnement JEUnesse

« L'action collective constitue un levier essentiel pour permettre aux individus d'agir comme gardiennes et gardiens de l'environnement. Priver les citoyennes et les citoyens de cet outil en limitant l'action collective aux rares situations où il est possible d'établir un lien direct entre la faute et ses conséquences sur les personnes reviendrait à vider le droit à un environnement sain de son contenu et à dépouiller l'action collective de l'une de ses fonctions essentielles, à savoir la dissuasion. »

– **Geneviève Paul**, 38 ans, directrice générale du CQDE



En inscrivant le droit de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, le législateur québécois a voulu non seulement permettre la réparation de toute atteinte éventuelle à ce droit, mais également dissuader tout comportement pouvant causer un dommage à l'environnement.

En d'autres mots, le bénéfice espéré par l'AQLPA n'est probablement pas le 35 \$ que chaque membre pourrait recevoir, mais l'effet dissuasif pour l'entreprise qui a menti au public et au régulateur, ainsi que pour les autres entreprises qui seraient tentées de faire la même chose, en ignorant les problèmes de santé publique qu'elles causent. Lorsqu'on sait qu'un certain nombre de personnes ont effectivement souffert de problèmes respiratoires en raison de l'augmentation des NO_x par la faute de Volkswagen, mais qu'on ne peut identifier ces personnes et prouver le lien de causalité entre les émissions et leurs symptômes, l'action collective pour dommages-intérêts punitifs devient le seul outil qui permet l'internalisation des coûts. Ce principe de même que celui du pollueur-payeur sont reconnus dans la *Loi sur le développement durable*.

La décision rendue par la Cour suprême du Canada le 13 novembre 2019 dans cette affaire est venue confirmer que les individus peuvent utiliser l'action collective pour réclamer des dommages-intérêts punitifs uniquement, et ainsi défendre le bien commun, la protection de l'environnement et de la biodiversité. **Dans le contexte de la crise climatique, où les impacts climatiques affectent toutes les personnes, toutes les générations, l'action collective est un puissant outil de justice sociale et de justice environnementale.**

Selon le document de consultation, « la proportionnalité et l'opportunité peuvent entrer en conflit avec l'accès à la justice et la dissuasion des comportements, deux objectifs également fondamentaux de l'action collective. » (Ministère de la Justice du Québec, 2021 : 10) ENvironnement JEUnesse est d'accord avec cette affirmation. Concrètement, l'ajout d'un critère de proportionnalité ou de « préférabilité » à l'autorisation aurait possiblement empêché l'autorisation d'une action collective comme celle de l'AQLPA et d'autres recours en environnement, puisqu'il existe des recours pénaux par exemple. C'est d'ailleurs ce que plaidait Volkswagen, un argument qui n'a pas été retenu par la Cour suprême du Canada.

Les effets d'une telle modification contreviendraient alors à l'objectif évoqué par le ministre de la Justice que « [l]es Québécoises et les Québécois [puissent] compter sur un système de justice moderne, accessible et juste. » (Cabinet du ministre de la Justice et procureur général du Québec, 2021) En somme, ENvironnement JEUnesse souhaite réitérer que l'ajout d'un critère de proportionnalité ou de préférabilité aurait le potentiel de faire reculer le Québec sur des avancées récentes qui permettent des recours avec un grand bénéfice sociétal.

3. Une mesure réparatrice comme mesure d'indemnisation indirecte

Dans les actions collectives en environnement, tel que mentionné, très souvent le gain recherché n'est pas monétaire. On peut viser la réhabilitation d'un milieu naturel (ex : réhabilitation du lac Heney), à mettre fin à une pollution (ex : Anacolor, piste de course Mont-Tremblant), à mettre au jour une pratique industrielle polluante et dommageable pour la santé humaine ou l'environnement (ex : poussière rouge, Volkswagen), etc.

Dès lors, **il faut encourager l'utilisation de la mesure réparatrice comme mesure d'indemnisation indirecte des membres**. Or, selon la jurisprudence actuelle, une mesure réparatrice doit constituer une indemnisation directe des membres. Dans le cas contraire, elle est qualifiée de reliquat et le Fonds d'aide aux actions collectives reçoit une part importante de l'indemnisation, ce qui laisse peu de moyens pour la communauté qui s'est mobilisée et qui a subi le dommage environnemental.

Nous sommes d'avis que cette limite n'est pas réaliste et qu'elle ne reflète pas ce qui est observé sur le terrain (ex : Anacolor).

4. Synthèse

Depuis plus de 40 ans, ENvironnement JEUnesse mène des actions pour conscientiser les jeunes du Québec aux enjeux environnementaux, les outiller à l'aide de projets éducatifs et les inciter à agir dans leur milieu. ENvironnement JEUnesse intervient sur les questions climatiques depuis bientôt 30 ans, en plus de porter la voix de la jeunesse québécoise lors des conférences des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques depuis le début des années 2000.

Nous intervenons aujourd'hui sur le plan juridique pour émettre deux commentaires principaux concernant les actions collectives :

- L'ajout d'un critère de proportionnalité à l'autorisation nous paraît inquiétant et contraire aux objectifs annoncés par le ministre de la Justice ; un tel ajout ferait reculer le Québec sur des avancées récentes qui permettent des recours avec un grand bénéfice sociétal.
- Nous souhaitons encourager l'utilisation de la mesure réparatrice comme mesure d'indemnisation indirecte des membres, en particulier pour les actions collectives touchant les biens communs (ex. environnement).

Enfin, les consultations menées par le ministère de la Justice du Québec sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec sont à la fois une opportunité d'améliorer le régime en place et de protéger les acquis juridiques du Québec.

5. Références

Cabinet du ministre de la Justice et procureur général du Québec. 2021. « Lancement d'une consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec », communiqué de presse du 1^{er} juin 2021. [En ligne] <https://www.quebec.ca/nouvelles/actualites/details/lancement-dune-consultation-publique-sur-les-perspectives-de-reforme-de-laction-collective-au-quebec-31946> (page consultée le 7 juillet 2021).

ENvironnement JEUnesse. 2021. « ENvironnement JEUnesse vs Canada ». [En ligne] <https://enjeu.qc.ca/justice/> (page consultée le 7 juillet 2021).

Gouvernement du Québec. 2021. « Consultation publique – Perspectives de réforme de l'action collective au Québec ». [En ligne] <https://www.justice.gouv.qc.ca/actioncollective/> (page consultée le 7 juillet 2021).

Ministère de la Justice du Québec. 2021. « Consultation publique : Perspectives de réforme de l'action collective au Québec », document de consultation. [En ligne] <https://www.justice.gouv.qc.ca/actioncollective/> (page consultée le 7 juillet 2021).

**Mémoire du cabinet d'avocats
SISKINDS DESMEULES**

**Soumis dans le cadre de la
Consultation publique
Perspectives de réforme de l'action collective au Québec**

Québec, le 28 septembre 2021

INTRODUCTION

Siskinds Desmeules est, depuis 2001, affilié à Siskinds en Ontario. Bien que le Québec soit la première province à s'être dotée d'une loi en matière d'action collective, et ce, dès 1979, c'est Siskinds en Ontario qui a fait certifier la première action collective au Canada en 1992. Depuis 2001, nous avons acquis une vaste expérience en la matière, ayant mené à bien des dizaines d'actions collectives.

De plus, la soussignée est membre du Groupe d'experts sur l'action collective du Barreau du Québec, elle donne occasionnellement des conférences en la matière et a participé aux diverses réunions ayant conduit à l'adoption du Mémoire du Barreau du Québec, tel qu'il appert de ce mémoire.

Cela étant dit, nous répondrons à chacune des propositions dans l'ordre présenté dans le document de consultation.

- 1. Pour faciliter un changement de culture dans les dossiers d'action collective, le rapport propose la mise en place d'une stratégie visant à encourager non seulement les tribunaux, mais aussi et surtout les parties à gérer activement ces dossiers, de manière à réduire les délais.**

Avec grand respect, le système de l'action collective au Québec, quoi qu'imparfait, fonctionne bien. Il faut se méfier de tenter de trouver des problèmes, où il n'y en a pas réellement.

Alors que le Laboratoire a été préalablement amené à rendre un rapport au bénéfice de la Commission du droit de l'Ontario, lequel a conduit à des changements législatifs, la situation au Québec est bien différente puisque, contrairement à l'Ontario, depuis son introduction en 1979, l'action collective au Québec a déjà fait l'objet de changements législatifs importants, notamment en 2002, par l'abolition de l'affidavit détaillé du représentant et de la contestation écrite, notamment, mais également en 2016, par l'ajout du droit d'appel d'un jugement d'autorisation par les défendeurs « *un droit d'appel que le législateur, pour d'insaisissables raisons, a récemment choisi d'élargir* »¹...

À l'autorisation :

Le rapport met l'accent sur les délais, mais en s'attardant à l'autorisation seulement, alors que les délais les plus longs s'observent au mérite.

Avec grands égards, le rapport du Laboratoire n'est malheureusement pas à jour, car la plupart des suggestions découlent de décisions rendues en 2016 ou 2017 et ne tiennent pas compte des avancées positives découlant du projet-pilote 2018-2019 et des directives de la Cour Supérieure de Montréal (ci-après les « **Directives** »), reprises officieusement en partie à Québec. Ces changements ont été amenés par les acteurs de cette pratique, sans la nécessité d'une intervention législative. Ces

¹ *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716

Directives sont les suivantes :

« TITRE IV : DIRECTIVES PROPRES AUX AFFAIRES DE LA CHAMBRE DES ACTIONS COLLECTIVES ACTES DE PROCÉDURES »

222. Tout acte de procédure doit porter, à la première page, au-dessus des mots « Cour supérieure », la mention « Chambre des actions collectives ».

223. Les demandes d'autorisation d'exercer une action collective sont accompagnées d'un avis de présentation qui ne comporte pas de date de présentation. L'avis mentionne ce qui suit :

PRENEZ AVIS que la présente demande d'autorisation d'exercer une action collective sera présentée devant la Cour supérieure au Palais de justice de _____, situé au _____, dans la ville et le district de _____, à une date à être déterminée par le juge coordonnateur de la chambre des actions collectives.

224. En plus des exigences de l'article 55 du Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile, les parties ou leurs avocats sont tenus, lorsqu'une demande d'autorisation d'exercer une action collective est déposée ou lorsqu'ils déposent une réponse en lien avec une telle demande, de transmettre au juge coordonnateur de la Chambre des actions collectives quelque autre demande d'autorisation ou quelque autre demande de certification d'exercer une action collective dont ils ont connaissance et qui porte en tout ou en partie sur le même objet ou sur un sujet connexe à la demande d'autorisation.

DEMANDE POUR MODE SPÉCIAL DE SIGNIFICATION

225. Toute demande pour mode spécial de signification doit être présentée au juge coordonnateur de la Chambre des actions collectives ou, le cas échéant, au juge désigné pour entendre l'affaire conformément à l'article 572 C.p.c.

ÉQUIPE RESTREINTE EN MATIÈRE D'ACTION COLLECTIVE AU STADE DE L'AUTORISATION - PROJET PILOTE À COMPTER DE L'ANNÉE JUDICIAIRE 2018-2019

226. La demande d'autorisation d'exercer une action collective est assignée à un des juges faisant partie de l'Équipe restreinte en matière d'action collective au stade de l'autorisation conformément à l'article 572 C.p.c.

227. Ce juge assure la gestion particulière de l'instance et entend toute la procédure relative à la demande d'autorisation d'exercer l'action collective et en dispose.

228. Sauf autorisation du tribunal, les parties doivent produire des représentations écrites d'au plus 10 pages en regard des moyens préliminaires qu'elles présentent ou qu'elles contestent, dont les demandes pour permission de présenter une preuve appropriée en vertu de l'article 574 C.p.c.

229. Les représentations écrites doivent être produites dans le délai et selon les modalités établies par le juge désigné pour entendre l'affaire.

230. Le juge peut proposer aux parties, dans les cas qui s'y prêtent, de rendre jugement sur les moyens préliminaires ou sur la demande pour permission de présenter une preuve appropriée sur la base uniquement des représentations écrites, et ce, sans audition.

231. Sauf si les circonstances le justifient, la demande d'autorisation d'exercer une action collective est entendue dans l'année suivant son dépôt.

DEMANDE D'ACTION COLLECTIVE (STADE DU FOND)

232. *Si la demande d'autorisation d'exercer une action collective est accueillie et qu'une demande d'action collective est produite, cette demande constitue une action ordinaire confiée à un juge en gestion particulière conformément à l'article 572 C.p.c.*

233. *La demande d'action collective est assignée à tout juge de la Cour, qu'il fasse partie ou non de l'Équipe restreinte en matière d'action collective au stade de l'autorisation. Ce juge assure la gestion particulière de l'instance, entend toute la procédure relative à l'action collective et en dispose.*

234. *Les directives d'applications générales énoncées ci-dessus quant aux protocoles de l'instance s'appliquent également aux actions collectives régies par les articles 583 et suivants C.p.c.*

235. *Sur autorisation du tribunal, si cela s'avère nécessaire, les parties peuvent adapter les étapes ou les cases prévues au formulaire du protocole de l'instance.*

AUDIENCE

236. *Toute audience est fixée par le juge coordonnateur de la Chambre des actions collectives ou, le cas échéant, par le juge désigné pour entendre l'affaire conformément à l'article 572 C.p.c.*

237. *Les avis de présentation ne doivent pas comporter de date de présentation, sauf celles préalablement décidées par le tribunal.*

REGISTRE CENTRAL DES ACTIONS COLLECTIVES

238. *Les avocats des parties doivent inscrire au registre central des actions collectives toutes les procédures qu'elles déposent au dossier de la Cour, dont les suivantes: a) demande d'autorisation d'exercer une action collective; b) demande introductive d'instance en action collective; c) demandes et autres actes de procédures déposés en cours d'instance; d) avis aux membres; e) rapport d'administration à la suite de l'exécution d'une transaction ou d'un jugement final; et f) jugements rendus par le tribunal.*

239. *L'auteur d'un document est responsable de son inscription diligente au registre, et ce, au plus tard dans les cinq jours de son dépôt au dossier de la Cour.*

240. *Quant aux jugements rendus par le tribunal, l'avocat du demandeur est responsable de les inscrire au registre, dans les cinq jours de leur réception.*

PROTOCOLE JUDICIAIRE CANADIEN DE GESTION DES ACTIONS COLLECTIVES MULTIJURIDICTIONNELLES ET DE PRODUCTION DES AVIS D'ACTION COLLECTIVE (2018)

241. Bien que le Protocole judiciaire canadien de gestion des actions collectives multijuridictionnelles et de production des avis d'action collective (2018) ne soit pas obligatoire, le tribunal peut, sur demande ou d'office, enjoindre les parties à appliquer ce Protocole et y apporter les adaptations nécessaires.

COMMUNICATIONS AVEC LE TRIBUNAL

242. *Les parties ou leurs avocats peuvent transmettre, par courriel, au juge désigné pour entendre l'affaire copie d'un acte de procédure ou d'une pièce. Dans tous les cas, l'auteur du document doit déposer l'original de son acte de procédure au greffe de la Cour.*

243. *Les communications avec le tribunal doivent en tout temps demeurer courtoises et dans un cadre formel. Elles doivent être transmises, sauf en cas d'urgence, durant les heures normales de travail.*

244. Lorsque plusieurs avocats sont impliqués dans un même dossier, ils doivent se concerter afin de déterminer si une seule communication conjointe peut être transmise au tribunal au lieu de plusieurs communications au même effet. Le tribunal ne doit pas recevoir une succession de courriels informels ni être mis en copie ou en codestinataire des communications entre avocats» [nos soulignements]

Il faut donc se méfier de statistiques relevées sur une période de 25 ans, alors que la loi et les directives étaient bien différentes jusqu'à tout récemment. Des statistiques qui auraient été obtenues de 2018 à 2021 donneraient un portrait beaucoup plus réaliste de la situation.

Cela étant dit, il serait souhaitable que les Directives soient applicables dans tous les districts et non seulement dans la Division de Montréal, par souci d'harmonie, mais un changement législatif n'est peut-être pas nécessaire pour atteindre cet objectif.

Depuis les Directives, une nette amélioration a été remarquée au niveau des délais à l'autorisation. D'ailleurs, le rapport en fait état et en note l'efficacité, malgré le court laps de temps entre l'entrée en vigueur des Directives le 1^{er} mai 2019 et le rapport (pages 61 et 62), et ce, malgré une augmentation significative des dossiers d'actions collectives au cours des dernières années.

Ainsi, les demandes en autorisation sont entendues beaucoup plus rapidement, et ce, malgré qu'en 2016, le législateur a introduit des exigences en matière de signification internationale et la permission d'en appeler pour les défendeurs qui, à elles seules, augmentent significativement les délais. S'il est illusoire de penser que le législateur pourrait reculer sur le droit d'appel des défendeurs d'une décision d'autorisation, il y aurait probablement lieu d'améliorer le processus de signification internationale. Il n'est pas rare qu'il faille attendre plusieurs mois avant que les processus de traduction et de signification internationale en vertu de la Convention de La Haye soient complétés, et ce, à grands frais, lesquels seront ultimement supportés par les membres, si le dossier se termine favorablement. Par exemple, il pourrait être envisagé d'obliger un avocat répondant pour une compagnie d'une même « famille », d'accepter de recevoir copie pour valoir signification pour une autre compagnie du même groupe.

De plus, le rapport se basant sur des statistiques âgées, en page 23, semble attribuer une partie des délais aux nombreux appels des décisions interlocutoires, aux nombreuses actions collectives multi-juridictionnelles et au manque d'incitatifs des avocats de faire avancer leur dossier. Or, le rapport n'adresse aucune solution aux appels, qui vont demeurer, ni aux actions collectives multi-juridictionnelles, lesquelles vont également demeurer. Sur ce point, nous croyons que l'application du *Protocole judiciaire canadien de gestion des actions collectives multijuridictionnelles et de production des avis d'action collective (2018)* devrait être davantage encouragée. Quant au manque d'incitatifs, cet élément est difficile à comprendre car tant qu'un dossier n'est pas favorablement réglé, les avocats en demande ne sont pas payés et qu'au surplus, la jurisprudence récente a modulé les règles du « *first to file* » en permettant qu'un second dossier puisse aller de l'avant, dans le meilleur intérêt des membres² ou en faisant en sorte qu'un autre représentant ou un autre cabinet puisse remplacer le

² Schmidt c. Johnson & Johnson, 2012 QCCA 2132

premier à avoir déposé³. À tout événement, les propositions que nous analyserons plus loin quant aux honoraires ne sont certainement pas de nature à inciter les avocats à faire avancer leur dossier, s'il s'agit bien d'une cause de délai, ce dont nous doutons.

Nous croyons que certains délais à l'autorisation pourraient être écourtés, notamment :

- par un mécanisme visant à réduire les délais causés par le respect du processus formel de signification internationale, par exemple, en obligeant un avocat répondant pour une compagnie d'une même « famille », d'accepter de recevoir copie pour valoir signification pour une autre compagnie du même groupe;
- si les défendeurs ayant répondu au dossier de la Cour devaient dénoncer leurs moyens préliminaires dans un délai donné, sans même attendre la fin du processus de signification;
- par la divulgation, par les défendeurs, de certains éléments au stade très préliminaire, quant au nombre de membres impliqués;
- si l'interrogatoire du représentant, une fois autorisé, le cas échéant, était tenu par écrit ou oralement à l'audience d'autorisation seulement;
- si l'exigence de l'autorisation du tribunal était retirée, par exemple lorsque vient le temps de modifier une procédure ou de se désister (art. 585 C.p.c.), hormis si un processus d'avis aux membres dès le dépôt de la demande en autorisation était instauré;
- si un délai était fixé pour l'approbation de l'avis d'autorisation aux membres et sa publication;

Au mérite :

Quant au mérite, la notification de la demande introductive de l'instance aux avocats des défendeurs au lieu de la signification par huissiers devrait être permise et une divulgation complète de la preuve par les défendeurs devrait intervenir à un stade préliminaire. De plus, un protocole et des échéances particulières à l'action collective devraient être envisagés.

2. Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées :

- **Favoriser des protocoles d'instance présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation;**

Premièrement, il n'y a pas de protocole d'instance au stade de l'autorisation, mais seulement au stade

³ *Badamshin c. Option Consommateurs*, 2017 QCCA 95 et *Cohen c. Option Consommateurs*, 2017 QCCA 94

du mérite.

Tel que déjà mentionné, le rapport n'est pas à jour. Les Directives suffisent, mais devraient être appliquées uniformément partout au Québec. Une audience en autorisation dans l'année de la signification devrait être l'objectif à viser, sauf circonstances particulières, par exemple dans les dossiers complexes en valeurs mobilières où le fardeau à l'autorisation est bien plus lourd.

Dans la pratique, les Directives sont appliquées, généralement par la détermination de quelques délais lors d'une conférence de gestion initiale. La fixation de l'audience d'autorisation dès cet instant se produit parfois et est souhaitable, mais pourrait difficilement être imposée, chaque cas en étant un d'espèce. Il serait également souhaitable que les défendeurs soient amenés à dénoncer sommairement leurs moyens de contestation de la demande d'autorisation afin d'éviter les surprises de dernière minute.

- **Encourager les parties à travailler ensemble et en équipes réduites à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels;**

Nous sommes en accord avec ce volet, bien que la référence à « en équipes réduites » soit inutile. Cela rejoint le point de l'obtention d'une divulgation rapide par les défendeurs du nombre de membres du groupe dès les premiers instants du dossier.

Or, aucune communication avec les membres potentiels n'a officiellement lieu, tant et aussi longtemps que l'action collective n'est pas autorisée. Les avocats en demande n'ont pas réellement de moyen autre que de diffuser un communiqué de presse au public en général. Certains journalistes traitent également de certaines affaires.

Il ne serait pas inutile de penser à un processus plus officiel d'avis aux membres potentiels dès le dépôt d'une action collective qui demanderait la participation des défendeurs. Selon le domaine visé, cela pourrait même exiger la contribution de tiers au dossier afin de retracer certains membres, tel que la Régie de l'assurance-maladie du Québec, etc.

- **Encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu, en se méfiant des règlements trop précoces;**

Nous sommes en total désaccord avec cette proposition, laquelle est d'ailleurs contradictoire avec la suivante et même avec le rapport lui-même qui démontre qu'une résolution rapide est favorable pour les membres. En effet, voici un extrait de la page 72 du rapport :

Nous avons conclu de la vaste étude au Laboratoire qu'il était avantageux pour les membres (sur le plan de la compensation obtenue) de voir l'action collective se conclure rapidement. De fait, au-delà des frais d'avocats moindres associés à un dossier réglé plus rapidement, les taux de distribution et de recouvrement sont plus élevés lorsque l'action

se conclut dans un délai moindre. Ainsi, nous sommes d'avis qu'il faut travailler les incitatifs des avocats à procéder de manière plus efficace, dans des délais rapprochés.

Si cette proposition réfère au procès au mérite, cela est contre tous les principes directeurs de notre droit qui encourage les discussions de règlement dès le départ. Ces principes directeurs se retrouvent notamment dans la disposition préliminaire du *Code de procédure civile* et dans ses tous premiers articles.

Plusieurs transactions sont soumises avant autorisation. Obliger d'attendre la mise en état du dossier au mérite ne ferait que retarder le moment où les membres toucheraient leur indemnité, sans compter qu'elle serait moindre compte tenu des débours additionnels de toutes sortes, comme l'obtention d'expertises coûteuses.

De plus, dans certains domaines, tels les dossiers complexes de collusion quant à la fixation des prix impliquant plusieurs défendeurs, la conclusion d'ententes partielles n'est pas rare. Une entente qui intervient assez rapidement dans le processus est une excellente chose et ouvre généralement la voie à une cascade d'autres ententes. Ces ententes incluent généralement la collaboration des défendeurs qui règlent par la communication d'informations, ce qui est un atout non négligeable, parfois d'une valeur bien plus importante que le montant prévu à l'entente comme tel, dans l'obtention de la preuve nécessaire à la continuité du dossier contre les autres défendeurs et encourage le changement des comportements. Rappelons que l'un des objectifs de l'action collective est la dissuasion, tel que mentionné en page 8 du rapport et confirmé par la Cour suprême du Canada⁴.

Il est dans l'intérêt des membres de recevoir des sous plus rapidement et les principes qui doivent guider le tribunal dans l'approbation d'une transaction sont bien développés et bien connus. Cette audience a lieu après avis d'audience aux membres concernés, lesquels sont appelés à soumettre leurs observations écrites, à s'objecter, à faire valoir leur point de vue à l'audience et également avis au Fonds d'aide aux actions collectives, qui n'hésite pas à contester au besoin.

Le processus d'approbation actuel fonctionne bien et il faut faire confiance aux divers acteurs du domaine, notamment à la magistrature.

- **Encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier;**

Ceci est déjà enchâssé dans le *Code de procédure civile*, tel que ci-haut mentionné, et appliqué en pratique. Aucun changement législatif n'est nécessaire à cet effet.

- **Encourager les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive;**

Ceci est déjà amorcé, notamment vu le *Code de procédure civile* par la mission des tribunaux (art. 9

⁴ *Option consommateurs c. Infineon Technologies*, [2013] 3 R.C.S. 600

C.p.c.), les principes directeurs de la procédure (art. 18 C.p.c.), la gestion de l'instance (art. 148 et ss C.p.c.), la gestion particulière en action collective (art. 572 C.p.c.) et les Directives et appliqué en pratique. Aucun changement législatif n'est nécessaire pour « continuer » ce qui se fait déjà.

- **Continuer à adopter une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation.**

Nous sommes en accord avec cette proposition. Les tribunaux ont déjà adopté une approche restrictive à cet égard. Aucun changement législatif n'est nécessaire pour « continuer » ce qui se fait déjà.

Critère de proportionnalité ou d'opportunité du mécanisme d'autorisation

3. Le Laboratoire propose l'une ou l'autre de ces deux solutions :

- **Codifier un principe de proportionnalité (en sus de l'article 18 du C.p.c.) applicable à toutes les étapes de l'action collective;**

Ce principe est déjà enchâssé dans la disposition préliminaire du *Code de procédure civile* et à l'article 18 C.p.c. et appliqué en pratique. Aucun changement législatif n'est nécessaire pour dédoubler ce principe, d'autant qu'il est déjà mis en application.

- **Ajouter formellement la proportionnalité aux critères d'autorisation.**

Nous ne voyons pas l'intérêt d'ajouter un critère d'autorisation, d'autant que ce critère risque de ne rien changer du tout aux résultats du processus du filtrage. En effet, les critères d'autorisation sont bien connus et bien appliqués et l'ajout d'un nouveau critère pourrait n'être que source d'incertitudes et de débats devant les instances supérieures.

Tel que le fait remarquer le rapport en page 21, environ 35% des dossiers d'autorisation sont rejetés et de ce 35%, 70% le sont en vertu du critère de l'apparence de droit (art. 575 par.2 C.p.c.).

Nous voyons difficilement comment ce nouveau critère de proportionnalité viendrait influencer les résultats du processus de filtrage, alors que le rapport lui-même, en page 40, en doute:

L'action collective vise d'abord et avant tout à promouvoir l'accès à la justice. Or, c'est parfois lorsque les montants en jeu sont faibles ou que la preuve requise est importante que l'action collective contribue le plus à l'accès à la justice, même si les ressources du système de justice monopolisées sont importantes en comparaison avec les bénéfices obtenus par les membres. Si l'on considère qu'allouer des ressources judiciaires importantes à un véhicule procédural assurant l'accès à la justice constitue en soi une utilisation efficace des ressources, la proportionnalité plaide (presque) toujours en faveur

de l'autorisation. Elle ne contribue donc probablement pas, dans l'état actuel du droit, à assurer un filtrage plus serré ni même plus efficace des dossiers.

Fait intéressant, le professeur américain Robert Klonoff a examiné l'utilisation de la proportionnalité dans la pratique des class actions aux États-Unis et a conclu que même si les juges réfèrent de facto à la proportionnalité, ils analysaient leurs dossiers de la même manière, avant et après l'avènement d'une réforme accueillant la proportionnalité au sein des procédures de discovery¹⁹². Il explique qu'autant avant qu'après l'amendement, « courts have engaged in nuanced, fact-based analyses; focused on the relevance of discovery to class certification; and used approaches such as meet and confer and sampling to narrow the disputes. Most importantly, the proportionality amendment does not appear to have undermined legitimate efforts of plaintiffs to secure necessary discovery, at least in the class action context. »¹⁹³ Ainsi, même si l'étude de Klonoff porte spécifiquement sur la procédure de discovery, inexistante dans cette forme chez nous, on peut néanmoins en tirer une leçon. La proportionnalité une fois incluse aux règles de procédure n'a pas eu, en l'espèce et selon Klonoff, l'effet d'économie escompté, ni sur les parties, ni sur les juges, dans un contexte d'action collective ou même de class action.

Intégration de l'autorisation à l'instance principale

- 4. La proposition du Laboratoire consiste à amorcer l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation.**

Concrètement, la procédure d'autorisation se traduirait ainsi :

- 1) Dépôt de la demande introductive d'instance;**
- 2) Réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité;**
- 3) Jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité;**
- 4) Jugement au mérite.**

Le dépôt d'une demande introductive d'instance par une personne qui n'a pas encore le mandat judiciaire d'agir au nom d'autrui cadre mal avec notre système de justice civile.

De plus, cette proposition découle de la fausse prémisse suivant laquelle des problèmes de délai demeurent au stade de l'autorisation, alors que ce n'est plus réellement le cas, tel que déjà mentionné.

Les délais qui restent sont inhérents au système de justice, tel que la disponibilité des juges et des avocats, d'autres au processus d'appel qui demeurera ou à la nature et à l'étendue du dossier.

Seules quelques améliorations déjà abordées au point 1 pourraient être apportées.

De plus, malgré le libellé de la proposition, il va de soi que le point 4 ne fait pas partie du processus d'autorisation, mais de celui du mérite.

Les points 1 à 3 simplifient à outrance le processus suggéré au rapport. Or, ce processus comporte, après le point 2, 2 étapes, soit la suspension et le dépôt d'une demande d'audience en autorisation. Nous présumons que la suspension serait l'équivalent de ce qui se passe actuellement entre le moment où un dossier est déposé, un juge est assigné, une conférence de gestion a lieu et des dates sont fixées pour conduire à l'audience d'autorisation.

De plus, le rapport lui-même mentionne que des moyens d'irrecevabilité seront systématiquement déposés (page 70). Bien entendu, les possibilités d'appels du jugement d'autorisation et sur les moyens préliminaires vont demeurer.

Compte tenu de ce qui précède, nous voyons difficilement comment la nouvelle procédure pourrait avoir pour effet d'accélérer le processus déjà en place, au contraire, sans compter qu'à nouveau, cela créerait de l'incertitude alors que le fonctionnement établi est bien connu.

5. L'autorisation serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement seraient respectés :

- 1) Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;**
- 2) La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;**
- 3) Le membre auquel le tribunal entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.**

Le retrait du critère 575 par.2 C.p.c., fondement actuel de 70% des dossiers d'autorisation rejetés, nous semble équivaloir à reconnaître l'inutilité du processus d'autorisation.

Or, ce processus, malgré qu'imparfait, fonctionne assez bien, puisqu'il aurait permis de rejeter 35% des dossiers au stade préliminaire.

Tant qu'à réduire l'utilité de l'autorisation de la sorte, aussi bien l'omettre complètement et penser à un tout autre régime, comme celui qui prévaut en Australie, par exemple. Nous sommes donc en désaccord avec cette proposition.

Resserrer le processus d'approbation des honoraires

Une fois de plus, les honoraires des avocats en demande nous semblent un faux problème découlant du fait qu'ils sont publiés non seulement dans les avis aux membres, mais aussi dans les jugements, contrairement aux honoraires des avocats de la défense, lesquels sont sans doute tout autant sinon plus élevés. Il faut se méfier de vouloir réformer en réponse à quelques articles dans les médias au sujet de certaines actions collectives particulières.

6. Ainsi, le Laboratoire propose une première série de changements qui pourraient toucher à la procédure d'approbation des honoraires et aux critères considérés par les tribunaux à cette étape :

- **Fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut;**

Nous sommes favorables avec les conventions d'honoraires à pourcentage avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier. Nous ne voyons toutefois pas l'intérêt d'une intervention législative à cet égard.

- **Favoriser les conventions d'honoraires à pourcentages inversement proportionnels à la somme obtenue, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier;**

Bien que nous soyons favorables avec les conventions d'honoraires à pourcentage avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier, nous sommes défavorables avec l'échelle décroissante selon le montant, car la somme obtenue n'est généralement pas le seul élément favorable obtenu à l'issue de l'action collective. De plus, une échelle décroissante en fonction du montant n'est pas de nature à encourager les avocats en demande à se battre pour chaque dernier dollar amassé. Dans tous les cas, une intervention législative ne nous apparaît pas appropriée. Au contraire, laisser une latitude selon le type de dossier est de mise.

- **Ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer les distributions aux membres, en fonction du « succès » relatif de l'étape du recouvrement;**

Nous sommes en total désaccord avec cette proposition. Les avocats en demande supportent le travail et les débours d'un dossier durant plusieurs années. Il est tout à fait normal qu'ils soient récompensés pour leurs efforts dès que l'argent est disponible, après remboursement du Fonds d'aide aux actions collectives, le cas échéant.

Il serait tout à fait injuste de faire reposer uniquement sur les épaules des avocats en demande le succès relatif de l'étape du recouvrement, laquelle a été négociée avec les avocats de la défense et approuvée par la Cour, après avis aux membres et au Fonds d'aide aux actions collectives. De plus,

le taux de réclamation peu élevé peut parfois s'expliquer par le manque d'informations pour retracer les membres, ce pourquoi le concours des défendeurs est de mise, ou par la perte ou la destruction de la preuve requise au soutien de la réclamation, tel d'un dossier médical ou pharmaceutique, par exemple. Les avocats de la demande ne sont pas responsables des lois et règlements adoptés à cet égard.

Nous serions toutefois ouverts à ce qu'une petite partie des honoraires soit retenue pour s'assurer que les avocats en demande continuent de participer activement au processus de distribution. En effet, une fois la transaction approuvée, il reste parfois encore bien du travail à accomplir pour assister les administrateurs des réclamations et les membres.

De plus, il est vrai que le processus de distribution pourrait parfois être amélioré. À cet égard, il serait souhaitable qu'une obligation soit faite :

- aux défendeurs de fournir les coordonnées des membres potentiels en leur possession afin que ces derniers puissent être rejoints directement ou de les contacter;
- à certains tiers, selon le dossier concerné, tel que la RAMQ en matière pharmaceutique, de fournir les coordonnées des membres potentiels en leur possession afin que ces derniers puissent être rejoints directement ou de les contacter.

• Dans le cas d'un recouvrement individuel, n'approuver les honoraires qu'après la distribution aux membres.

Cette proposition est inapplicable en pratique, dans les cas où comme à la suite d'un jugement au mérite favorable, l'obligation des défendeurs est limitée à payer les réclamations qui sont déposées, sans qu'un montant global de condamnation en soit précisé, puisque les honoraires devront être prélevés à même les indemnités des membres, donc avant distribution. Or, ils auront dû être approuvés avant d'être prélevés.

Puisque la très grande majorité des dossiers comporte une convention d'honoraires à pourcentage, au moment de l'approbation de la transaction, les parties sont généralement en mesure de connaître le pourcentage convenu, le nombre de membres potentiels, le taux de réclamation envisagé, de même que le nombre d'heures investi dans le dossier à date. Il est donc généralement facile d'évaluer si le pourcentage demandé est juste et raisonnable.

Bien entendu, quant au paiement des honoraires approuvés, celui-ci n'aura lieu que si des réclamations sont déposées et le pourcentage approuvé sera prélevé à même les indemnités des membres.

Ainsi, dans ces cas, les honoraires ne peuvent être approuvés après la distribution, puisqu'ils seront prélevés à même les indemnités à distribuer.

La proposition ne serait probablement applicable que dans les cas où un montant d'honoraires est négocié en sus de l'avantage prévu pour les membres pour chaque réclamation déposée. Or, ces dossiers sont relativement isolés et il faut faire confiance aux acteurs du système qui, selon le cas de l'espèce, pourront décider s'il est préférable de repousser le moment où les honoraires seront approuvés. Une fois de plus, la latitude est de mise et une intervention législative n'est pas requise.

7. Le Laboratoire propose une méthode en trois temps pour que le tribunal puisse apprécier la raisonnable des honoraires :

1) La convention d'honoraires doit être présumée valide, comme c'est le cas dans l'état actuel du droit;

Nous sommes en accord avec cette proposition, qui est celle qui découle déjà de la jurisprudence clairement établie, ce pourquoi nous ne voyons pas l'utilité d'un changement législatif à cet égard.

2) Le tribunal devrait ensuite vérifier le caractère raisonnable suivant la méthode du multiplicateur.

Celle-ci consiste à mesurer « le nombre d'heures travaillées, multiplié par le taux horaire, multiplié par un facteur pour tenir compte du risque ».

Cette proposition est déjà parfois appliquée par les tribunaux, ce pourquoi nous ne voyons pas l'utilité d'un changement législatif à cet égard.

Il faut également conserver à l'esprit que cette mesure du temps travaillé peut avoir l'effet pervers de conduire les avocats en demande à étirer le dossier plutôt que de tenter de le régler efficacement et rapidement dans le meilleur intérêt des membres.

Nous croyons donc que cette méthode doit demeurer parmi celle utilisée par les tribunaux pour déterminer de la raisonnable et de la justesse des honoraires dans un cas donné et non être systématiquement imposée.

3) À la suite de cette vérification, le tribunal devrait examiner les autres critères établis par la jurisprudence. Il pourrait évaluer si un écart entre les honoraires établis à la convention et la somme obtenue grâce à la méthode du multiplicateur se justifie par ces autres critères, comme par exemple le résultat obtenu et la finalité du dossier.

Nous croyons que les tribunaux doivent continuer d'appliquer les critères déjà clairement établis par la jurisprudence et au *Code de déontologie* sans privilégier l'un ou l'autre de ceux-ci et avec la souplesse requise par chaque cas d'espèce.

Une avenue pour vérifier la raisonnable des honoraires pourrait être d'exiger que les avocats en défense dénoncent les heures investies par eux dans le dossier, à titre de comparatif, pour les « yeux de la Cour seulement », au besoin. Il serait en effet beaucoup plus logique de comparer des honoraires d'avocats avec des honoraires d'avocats dans un dossier donné, que de comparer des honoraires d'avocats avec l'indemnité d'un membre.

8. Ainsi, le Laboratoire propose d'inclure au Code de procédure civile une référence à la nomination d'un *amicus curiae* pour couvrir deux situations où sa présence serait particulièrement utile, à savoir l'approbation des transactions et la détermination des honoraires des avocats du représentant.

Il est déjà possible pour les tribunaux de recourir à la nomination d'un *amicus curiae*, notamment en vertu des articles 25 et 49 C.p.c., et ce, en toute matière. Compte tenu de cela, nous ne voyons pas l'utilité d'inclure une référence spécifique à cet effet, ni l'intérêt de limiter cette possibilité aux deux situations mentionnées.

De plus, comme la Cour d'appel, nous ne croyons pas que la nomination d'un *amicus curiae* doit devenir la norme, bien qu'il puisse y être recouru dans des cas particuliers. En effet, dans *Abihstra c. Johnston*, 2019 QCCA 657, l'honorable Juge Bélanger mentionne :

[81] Il est possible que, dans le cadre d'une action collective, le juge ayant à examiner une transaction pour approbation, dans un dossier complexe, puisse estimer nécessaire de requérir les services d'un avocat, à titre d'amicus curiae, pour interroger des témoins, examiner des documents et faire valoir un point de vue différent de celui des parties à la transaction. Par contre, le recours à l'amicus doit demeurer exceptionnel et seulement dans les cas où cela est essentiel, par opposition à simplement utile, à l'intérêt de la justice.

[82] Comme le souligne la Cour suprême dans l'arrêt Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario, et les juges étaient unanimes sur un point, le pouvoir de nommer un amicus doit être exercé parcimonieusement et avec circonspection, dans une situation particulière et exceptionnelle[61]. Dans ce cas, les honoraires de l'avocat sont généralement défrayés par les fonds publics quoique, en matière d'actions collectives, le juge pourrait en décider autrement.

[83] Les règles en matière d'intervention amicale et en matière de nomination d'amicus curiae sont fort bien connues. L'intervention amicale dans un litige civil et la nomination d'un amicus curiae doivent demeurer exceptionnelles, que ce soit dans le cadre d'une action collective ou dans tout autre dossier de nature civile.

61. *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, paragr. 47 et 115.

Il est également utile de rappeler qu'au Québec, contrairement aux autres provinces, les demandes d'approbation des transactions et des honoraires sont soumises au Fonds d'aide aux actions collectives⁵.

⁵ Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile, articles 58 et 61.

Au surplus, les honoraires de l'*amicus curiae* seraient ultimement supportés par les membres du groupe et réduiraient encore plus les bénéfices pour eux.

Au surplus, le Laboratoire propose :

1) d'adopter un critère d'appréciation considérant la mesure dans laquelle l'action collective favorise l'atteinte des finalités de la procédure. Ainsi, une action à plus grand bénéfice sociétal pourrait entraîner une plus généreuse compensation des avocats;

Nous sommes en total désaccord avec cette proposition qui n'a absolument rien à voir avec le risque encouru par les avocats de la demande, le travail effectué et les résultats obtenus, sans compter que ce critère est hautement subjectif. Il est important que les avocats de la demande puissent avoir une certaine idée des bénéfices qu'ils pourraient toucher à la suite d'un dossier favorable avant même de l'entamer. Trop d'incertitudes à cet égard limiterait l'intérêt de certains cabinets en demande à déposer des actions collectives et ne servirait pas l'intérêt des membres et l'accès à la justice.

2) de permettre aux avocats de prouver leur efficacité dans le dossier afin de justifier des honoraires plus élevés;

Une convention d'honoraires à pourcentage est généralement convenue en début de dossier. Nous voyons mal comment nous pourrions en demander davantage. Cette proposition n'a de l'intérêt que si le législateur décidait d'imposer l'application du principe du multiplicateur et que dans un dossier donné, le multiplicateur serait supérieur à ce qui est considéré raisonnable en jurisprudence. Or, il nous semble déjà s'agir être le cas en pratique et nous ne voyons pas la nécessité d'un changement législatif à cet égard.

3) de séparer l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires.

Dans nos dossiers, l'approbation de la transaction n'est pas conditionnelle à l'approbation des honoraires. Nous croyons qu'il s'agit d'une bonne pratique qui doit être encouragée. Ainsi, pour nous, que l'audience ait lieu au même moment ou non et que le jugement comporte les deux volets ou non nous semble un détail qui ne nécessite pas d'intervention législative.

CONCLUSION :

Comme vous l'aurez compris, nous sommes d'avis que les propositions de réforme du Laboratoire ne sont pas adaptées à la réalité et n'auraient pas l'impact recherché quant à la réduction des délais. Tout au long de ce mémoire, nous avons fait certaines suggestions. Nous profitons de l'occasion pour les réitérer et en ajouter. Les voici :

1. Rendre les Directives applicables dans tous les districts;
2. Établir un mécanisme visant à réduire les délais causés par le respect du processus formel de signification internationale;
3. Fixer un délai aux défendeurs ayant répondu au dossier de la Cour pour dénoncer leurs moyens préliminaires, sans attendre la fin du processus de signification ou la tenue d'une conférence de gestion;
4. Exiger la divulgation, par les défendeurs, de certains éléments au stade très préliminaire, quant au nombre de membres impliqués;
5. N'autoriser la tenue de l'interrogatoire du représentant que par écrit ou oralement à l'audience d'autorisation;
6. Envisager un processus d'avis aux membres potentiels dès le dépôt d'une action collective qui demanderait la participation des défendeurs. Selon le domaine visé, cela pourrait même exiger la contribution de tiers au dossier, tel que la Régie de l'assurance-maladie du Québec, etc.
7. Retirer l'exigence de l'autorisation du tribunal, par exemple lorsque vient le temps de modifier une procédure ou de se désister (art. 585 C.p.c.) au stade de l'autorisation, hormis si un processus d'avis aux membres dès le dépôt de la demande en autorisation était instauré;
8. Fixer un délai pour l'approbation de l'avis d'autorisation aux membres et sa publication;
9. Au mérite :
 - Permettre la notification de la demande introductive d'instance aux avocats des défendeurs au lieu de la signification par huissiers;
 - Fixer un délai d'inscription au mérite plus réaliste et mieux adapté à la réalité des actions collectives;
 - Créer un protocole de l'instance mieux adapté à la réalité des actions collectives;
 - Exiger une divulgation complète de la preuve par les défendeurs à un stade préliminaire.
10. En matière de distribution, le rapport, en page 5, mentionne « *on peut se demander s'il est possible de « faire mieux » sur le plan des taux de compensation* ». Il est vrai que le processus de distribution pourrait parfois être amélioré. À cet égard, il serait souhaitable qu'une obligation soit faite :
 - aux défendeurs de fournir les coordonnées des membres potentiels en leur possession afin que ces derniers puissent être rejoints directement ou de les contacter;

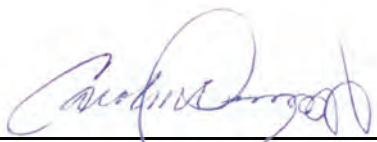
- à certains tiers, selon le dossier concerné, de fournir les coordonnées des membres potentiels en leur possession afin que ces derniers puissent être rejoints directement ou de les contacter;

Ajoutons également qu'il pourrait être envisagé de :

11. Modifier l'article 593 C.p.c. pour permettre, dans certains cas appropriés seulement, l'octroi d'un honoraire (« *honorarium* ») aux représentants québécois. Compte tenu de l'existence d'un grand nombre d'actions collectives multi-juridictionnelles, cette disparité avec l'état du droit dans les autres provinces devrait disparaître.
12. Revoir les règles concernant le Fonds d'aide aux actions collectives et notamment, le *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*, lequel amène son lot de problèmes, et par exemple, une fois de plus, une disparité et une injustice pour les membres québécois par rapport aux membres des autres provinces, en cas d'actions collectives multi-juridictionnelles, dans les dossiers de recouvrement individuel où un pourcentage est prélevé sur l'indemnité directe des membres québécois seulement.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Québec, le 28 septembre 2021



SISKINDS DESMEULES AVOCATS

(Me Caroline Perrault)

caroline.perrault@siskinds.com



Jasminka Kalajdzic
Director | Associate Professor
E: kalajj@uwindsor.ca
T: 519.253.3000 ext 4225

Honourable Simon Jolin-Barrette
Minister of Justice & Attorney General

By email: sma.smaj@justice.gouv.qc.ca

July 30, 2021

Submission Re: Class Action Reform in Québec

The Class Action Clinic at the University of Windsor offers these submissions in response to the Honourable Minister of Justice's public consultation on possible class action reform in Québec. In light of our experience with individual class members in a variety of class actions, we have a unique perspective on the class action system that we hope will be useful.

OUR MISSION + SERVICES

The Class Action Clinic's central mission is to serve the needs of class members across Canada. Launched in October 2019, we are the first not-for-profit organization designed to provide class members summary advice, assistance with filing claims in settlement distribution processes, and representation in court proceedings. The Clinic is also dedicated to creating greater awareness about class actions through public education, outreach, and research. The Clinic does not initiate or conduct class actions, and it is not funded by either the plaintiffs' or defence bar, or any industry group. Its sole purpose is to help individual class members, and in doing so, better fulfill the access to justice promise of the class action regime. A more complete description of our services can be found on the Clinic's website: www.classactionclinic.com.

The Clinic is directed by Jasminka Kalajdzic, an Associate Professor of Law at the University of Windsor, and one of Canada's leading class action scholar. She was co-lead researcher with Prof. Catherine Piché of the Law Commission of Ontario's [Class Action Project](#). Andrew Eckart, formerly a class action litigator, serves as Staff Lawyer and oversees the work of law student case workers. Mr. Eckart also represents Clinic clients in court proceedings.

THE PROBLEM OF DELAY

It is our understanding that the Minister's Public Consultation flows from the recommendations in the Class Action Laboratory's 2019 Report, [Perspectives de réforme de l'action collective au](#)

[Québec](#) [“2019 Report”]. In that Report, Prof. Piché identified delay as an issue affecting judicial resources and impeding access to justice. She proposed changes to the authorization test and more robust case management as possible options for reducing delay. We comment briefly on both options.

Case management

The Clinic agrees that delay in the civil justice system is a problem across Canada. We adopt the recommendation of the Law Commission of Ontario at page 22 of its Report¹ that mandatory first case management conferences be held within 60 days of service of the Statement of Claim (*la demande*) to set a schedule for the litigation. Such a requirement is a useful and not onerous amendment. The Minister may also wish to consider an automatic dismissal for delay if the plaintiff does not meet its filing requirements. This may be particularly useful in light of the first-to-file rule, and will ensure that the lawyers with carriage move their case along.

Changes to authorization test

The Clinic does not have the expertise to comment specifically on the possible amendments to Article 575 of the Code. Rather, in light of our experience with class members, we offer the following cautions: making authorization more difficult in order to reduce the number of class actions is antithetical to the goals of the regime. The Supreme Court of Canada has repeatedly stated that class action legislation “should be construed generously to give full effect to its benefits”.² Limiting the number of class actions in order to conserve judicial resources does not promote access to justice or behaviour modification – it only helps defendants.

Further, changing the authorization test will not cure any perceived bad practices or deter unethical lawyers. Those problems are best addressed directly, with more precise ethical rules for class action practitioners, and judicial guidance.

THE PROBLEM OF INADEQUATE SETTLEMENTS

Another theme in the 2019 Report is the need to ensure that class actions actually deliver access to justice to members. High costs of litigation that then translate into very high fees for counsel at the expense of class members do not promote access to justice. The Clinic shares the view that class action settlements must not overcompensate class counsel and must be fair to the class. As Prof. Piché has written in her academic work, it is the role of the court to strictly scrutinize proposed settlements and protect the interests of the class.³

¹ Law Commission of Ontario, *Class Action: Objectives, Experiences and Reforms Final Report* (July 2019).

² *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158.

³ Catherine Piché, “Judging Fairness in Class Action Settlements” (2010) 28 Windsor Yearbook of Access to Justice 111.

The Clinic's representation of dozens of class members over the past two years has revealed that much more can be done to ensure the settlement approval process is more robust and achieves the goals of the settlement approval process. The following structural elements are worthy of serious consideration:

- Counsel must make full and fair disclosure of all facts relevant to the proposed settlement.⁴ Although the judge takes an active role at the settlement hearing, the lack of an adversarial context requires that counsel make full disclosure, in much the same way that parties are required to do on an *ex parte* motion.
- The best notice practicable should be ordered of both certification and settlement, using plain language and direct mail where possible. Effective notice is a precondition to the exercise of class members' rights (opting out, objecting to proposed settlements, and making a settlement claim). Studies of effective notice plans ought to be undertaken to ensure judges have the most up to date information possible about current best practices. Option consommateurs' 2010 study, for example, would provide a useful starting point.⁵
- Where a class action involves historical abuse, both counsel and the judge should adopt a trauma-informed approach to all materials and procedure.
- Decisions to *approve* settlements are currently not reviewable by appellate courts. In contrast, class counsel and defendants can appeal a decision to *reject* a proposed settlement. This asymmetry is not principled and is bad policy. Objecting class members ought to be able to appeal an order approving a settlement on the basis (for example) that the parties did not make full disclosure of material facts, the judge misapprehended the evidence, or the judge made an error of law. To ensure consistency of approach, the Code could be amended to explicitly provide for such rights of appeal and the standard on which review will be undertaken.
- In situations where the opt-out deadline for an action has expired before a settlement is reached, judges should turn their mind to the possibility that a second or extended opt-out is granted. There have been a number of recent cases in which class members are bound by a settlement in which they are not eligible for any compensation or eligible for significantly discounted compensation.⁶ The risk of many class members opting out at the

⁴ Law Commission of Ontario, *Class Action: Objectives, Experiences and Reforms Final Report* (July 2019) at pp. 55-56; and *Class Proceedings Act, 1992*, SO 1992, c. 6, s. 27.1(7) [amendments in force as of October 1, 2020].

⁵ Option consommateurs, "Recours collectifs: deux modèles d'avis pour mieux communiquer avec les membres" (June 2011), online: <http://www.option-consommateurs.org/wp-content/uploads/2017/07/recours-collectifs-avis-juin-2011.pdf>.

⁶ See for example *Wenham v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 588, where one-third of the class members (Thalidomide victims) were excluded from the settlement but not permitted to opt out and continue or start their own litigation.

settlement stage is a risk that should be borne by class counsel and the defendant; it will incentivize them to offer the best possible settlement.

PROTECTING THE CLASS ACTION REGIME IS GOOD PUBLIC POLICY

The Clinic submits that protecting the integrity of the class action regime is good public policy. As previously stated, overly restricting the authorization test undermines access to justice for class members. Importantly, it also undermines the *deterrence* function of class actions. Even governments that are particularly sympathetic to business interests recognize that markets require rules to work properly; for example, laws against fraud or anti-competitive behaviour protect consumers *and* businesses that seek to operate in a fair marketplace. Those rules need to be enforced. Civil litigation (as opposed to regulatory agencies) is an important way to enforce regulations and thus promote the rule of law. Specifically, in the words of a former Attorney-General, class action litigation is a “cost-effective way to promote private enforcement and thereby take some of the pressure off enforcement by the budget-restrained government ministries.”⁷ Promoting class actions, as opposed to restricting them, therefore, is good for Québec.

Greater protection of class member rights – by giving them the right to appeal a decision approving an improvident settlement, or by legislating a second opportunity to opt out when they would otherwise be bound by a settlement that does not entitle them to any compensation – creates proper incentives for both class counsel and defendants to ensure settlements are adequate. The residents of Québec, like all of the clients that the Class Action Clinic serves, deserve a modernized class action regime that gives them faster, more transparent relief and more meaningful access to justice.

Thank you for considering our submissions.

Sincerely,



Jasminka Kalajdzic

⁷ Ian Scott and N. McCormick, *To Make a Difference: A Memoir* (Stoddart, 2001) at 182, as cited in Hon. I. Binnie, “Mr. Attorney Ian Scott and the ghost of Sir Oliver Mowat” (Spring 2004) 22 *Advocates' Soc. J.* No. 4, 4. For the Conservative argument favouring private enforcement by way of class action litigation, see Brian T. Fitzpatrick, *The Conservative Case for Class Actions* (U. Chicago Press, 2019).

Mémoire présenté par :
BELLEAU LAPOINTE S.E.N.C.R.L.

Soumis dans le cadre de la
Consultation publique –
Perspectives de réforme de l’action collective au Québec

Montréal – 29 septembre 2021

Table des matières

1.	Présentation du cabinet Belleau Lapointe s.e.n.c.r.l.	3
2.	Introduction	4
3.	Pistes de réforme	5
3.1	Forcer un changement dans les pratiques et la culture par une gestion d'instance plus serrée	5
3.2	Critère de proportionnalité ou d'opportunité du mécanisme d'autorisation	8
3.2.1	Codifier un principe de proportionnalité (en sus de l'article 18 C.p.c.) applicable à toutes les étapes de l'action collective	8
3.2.2	Ajouter formellement la proportionnalité aux critères d'autorisation	9
3.2.2.1	Un cinquième critère d'autorisation lié à la proportionnalité évalué de façon abstraite n'est pas utile	11
3.2.2.2	Un cinquième critère d'autorisation lié à la proportionnalité évalué de façon concrète ne permet pas d'économiser les ressources temps-coûts du système judiciaire ou de simplifier l'étape de l'autorisation	11
3.3	Pistes de réforme concernant l'autorisation de l'action collective	14
3.3.1	Intégration de l'autorisation à l'instance principale	14
3.3.2	L'élimination du test de l'apparence de droit	15
3.4	Resserrer le processus d'approbation des honoraires	16
3.4.1	Le modèle d'affaires	16
3.4.2	L'appréciation de la raisonnable des honoraires	17
3.4.2.1	La raisonnable fonction de l'avancement du dossier	18
3.4.2.2	La raisonnable fonction du taux de réclamation	18
3.4.2.3	La raisonnable en l'absence d'un recouvrement collectif	18
3.4.3	<i>L'amicus curiae</i>	19
4.	Conclusion	20

1. Présentation du cabinet Belleau Lapointe s.e.n.c.r.l.

BELLEAU LAPOINTE est un cabinet-boutique comptant une dizaine d’avocats qui œuvrent exclusivement en demande en actions collectives. Le cabinet, qui fête cette année ses 20 ans, a été impliqué dans une quarantaine d’actions collectives, dont certaines des plus importantes au Québec et au Canada. Plusieurs avocats du cabinet sont reconnus par les publications spécialisées Chambers & Partners, Canadian Legal Lexpert® Directory, The Best Lawyers in Canada, et Benchmark Canada: The Definitive Guide to Canada’s Leading Litigation Firms & Attorneys.

Les avocats de BELLEAU LAPOINTE sont régulièrement invités à titre de conférenciers en actions collectives dans le cadre de colloques organisés notamment par le service de la Formation permanente du Barreau du Québec. Certains d’entre eux siègent au comité sur l’action collective du Barreau du Québec et ont participé aux travaux de divers de ses sous-comités. Ils sont également membres du Groupe de travail national de l’Association du Barreau canadien sur les actions collectives, lequel est à l’origine du protocole judiciaire sur les actions collectives.

2. Introduction

Nous sommes heureux de donner suite à l'invitation qui nous a été faite de participer à la consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec. Dans le cadre de notre pratique, nous sommes confrontés quotidiennement aux nombreux défis que pose la procédure d'action collective, tant du point de vue de l'efficacité de l'administration de la justice, que de celui de l'équité envers les membres du groupe dont l'intérêt doit être au centre de la réflexion amorcée.

À cet effet, nous notons que les principaux enjeux entourant les délais propres à la procédure d'autorisation sont aujourd'hui en grande partie réglés. En effet, la mise en place en septembre 2018 de l'équipe restreinte de juges de la Cour supérieure appelés à gérer les actions collectives entreprises dans les districts de la division d'appel de Montréal (l'« Équipe restreinte ») a eu pour effet de réduire à la fois les délais pour entendre la demande d'autorisation d'une action collective, mais aussi le temps d'audition des moyens préliminaires. En outre, nous notons une récente pratique des juges de l'Équipe restreinte à rendre jugement sur dossier, après avoir reçu les représentations écrites des parties et sans tenir d'audition.

Nous sommes d'avis que cette expérience récente démontre éloquemment l'efficacité de la procédure d'autorisation québécoise, particulièrement lorsqu'on la compare aux difficultés rencontrées dans les provinces de *common law*. Par ailleurs, grâce à une jurisprudence précise et constante de la Cour suprême du Canada, les conditions d'autorisation sont aujourd'hui bien balisées, ce qui permet des débats plus ciblés et efficaces.

Nous sommes d'avis que les principaux irritants de l'action collective québécoise – et les délais y afférents – relèvent de l'étape du mérite. Ainsi, tout le processus d'enquête, la communication de la preuve et sa gestion, les interrogatoires préalables et les débats d'objections qu'ils génèrent, sont à l'origine d'efforts colossaux des parties et le temps qui y est consacré par la magistrature et l'ensemble de l'appareil judiciaire est à l'avenant. Nous soumettons respectueusement que c'est à ce niveau qu'une intervention législative pourrait être salubre, notamment par l'adoption d'un nouvel article au *Code de procédure civile* (le « C.p.c. ») qui permettrait au tribunal de prescrire des mesures susceptibles d'accélérer le déroulement de l'instance et de simplifier la preuve. L'article 1045 de l'*ancien Code de procédure civile* (l'« ancien C.p.c. ») conférait explicitement une telle discrétion au tribunal, mais il a malheureusement disparu à l'occasion de la réforme de 2016.

Le présent mémoire reprend pour l'essentiel l'organisation du document de consultation (le « Document »)¹.

¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Consultation publique : Perspectives de réforme de l'action collective au Québec*, avril 2021

3. Pistes de réforme

3.1 Forcer un changement dans les pratiques et la culture par une gestion d'instance plus serrée

D'entrée de jeu, il est important de mentionner que ce qui pouvait apparaître, à l'automne 2018², comme une *nécessité de forcer un changement de culture* dans les dossiers d'action collective ne nous semble plus autant d'actualité aujourd'hui, au moment d'écrire ces lignes. En effet, en réponse à l'accroissement du nombre de dossiers et des délais y afférents, la Chambre des actions collectives a alors procédé, pour les districts d'appel de Montréal, à une réforme de son mode de fonctionnement. Au nombre des mesures comprises dans cette réforme, on doit notamment souligner le fait d'assigner les dossiers d'action collectives à l'Équipe restreinte³ pour l'étape de l'autorisation⁴. De notre point de vue, cette mesure a grandement contribué à améliorer la gestion des dossiers à ce stade. L'expérience vécue sur le terrain par les membres de notre cabinet tend à démontrer que cette réforme a déjà porté ses fruits et que la situation qui pouvait prévaloir en 2016-2018 n'est plus la même aujourd'hui.

Par ailleurs, nous estimons qu'il est important de faire la nuance entre un dossier qui fait l'objet de délais et un dossier qui ne progresse pas (par la faute de l'une ou l'autre des parties). Une foule de raisons peuvent en effet expliquer qu'un dossier puisse faire l'objet de délais alors qu'il est par ailleurs géré de façon serrée par le juge gestionnaire : nécessité d'attendre les preuves de signification internationale, suspension de l'instance en matière de dossiers multi juridictionnels, suspension *de facto* pour permettre des discussions de règlement, etc.

Alors que ces dossiers, par ailleurs adéquatement gérés, ont évidemment un impact négatif sur les statistiques portant sur le délai entre le dépôt de la demande en autorisation et l'audition de celle-ci, ils ne devraient certainement pas faire partie des dossiers « problématiques ». Or, depuis l'avènement de l'Équipe restreinte, notre expérience nous fait penser que ces dossiers « problématiques » constituent la minorité, voire l'exception.

En conclusion sur ce point, nous sommes d'avis qu'il serait probablement mal avisé d'envisager des changements législatifs pour tenter de curer un mal qui, s'il a déjà existé, n'existe plus aujourd'hui en raison de la mise en place de mesures administratives qui ont porté fruit. Nous supportons les changements apportés au mode de fonctionnement de la Chambre des actions collectives et nous sommes d'avis que, s'il y a encore place à l'amélioration, c'est au niveau de

² Le mandat du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal (le « Laboratoire ») a été initié à l'automne 2018.

³ Certains parlent d'une équipe de juge « spécialisés » en matière d'action collective, bien que ceux-ci n'entendent pas ces dossiers à l'exclusion de tout autre type de dossiers.

⁴ Depuis quelques mois, l'équipe restreinte entend les dossiers au-delà de l'étape de l'autorisation et ce, jusqu'à la mise en état du dossier au stade du mérite. À ce moment, alors que le dossier est prêt pour le procès, celui-ci peut être présidé par le juge jusqu'alors chargé de la gestion du dossier ou encore par un autre juge désigné à ces fins. Cette mesure additionnelle récente contribue elle aussi à une gestion rapide et efficace des dossiers d'action collective.

l'étape du mérite que des changements additionnels (qu'ils soient administratifs ou législatifs) pourraient être envisagés.

Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées :

- *Favoriser des protocoles d'instance présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation;*
- *Encourager les parties à travailler ensemble et en équipes réduites à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels;*

Entendons-nous d'abord sur les termes : le *protocole de l'instance* au sens de l'article 148 C.p.c. n'est pas utilisé au stade pré-autorisation alors qu'il l'est, au stade post-autorisation, suivant le dépôt de la demande introductive d'instance. Puisqu'il s'agit ici des étapes menant à l'audience d'autorisation, nous proposons plutôt de parler de *calendrier des échéances*. Nous constatons en pratique qu'un tel calendrier des échéances est souvent établi par le juge gestionnaire, de concert avec les parties. Il comprend les délais afférents à la présentation des moyens préliminaires et, souvent, la date de l'audience en autorisation. Parfois, le juge gestionnaire préférera entériner des échéances « étape par étape » si les circonstances du dossier s'y prêtent. Encore une fois, cette méthode fonctionne lorsque le dossier est sous gestion particulière d'un juge de l'Équipe restreinte. Nous sommes d'avis que cette pratique doit être maintenue et nous ne croyons pas qu'un changement législatif soit requis à cet égard. Le délai d'un an pour tenir l'audience d'autorisation est adéquat et nous sommes d'avis qu'il ne devrait pas être enchâssé dans le C.p.c. Selon nous, cela aurait pour effet d'accroître le formalisme associé à la gestion d'instance en donnant lieu à un accroissement du nombre de procédures. En effet, des demandes de prolongation de délai seraient alors requises pour modifier un délai préalablement établi. La souplesse et l'absence de formalisme qui prévaut actuellement en matière de gestion des délais ne doivent pas être sacrifiés au nom d'un mal qui n'existe plus aujourd'hui.

- *Encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu, en se méfiant des règlements trop précoces;*

Nous ne sommes pas en accord avec cette proposition. Celle-ci nous apparaît comme étant directement contraire aux principes de la procédure civile⁵ qui prévoient, notamment, que les tribunaux et les parties impliqués dans les litiges à agir de façon à favoriser les modes alternatifs de résolution de conflits. D'ailleurs, il est intéressant de noter que l'article 19 (3) C.p.c. prévoit actuellement que les parties « *peuvent, à tout moment de l'instance, [...] choisir de régler leur litige...* ». Chaque dossier est un cas d'espèce. Certains seront « mûrs » pour un règlement à un stade précoce des procédures et d'autres, non.

Rappelons aussi que les règlements sont obligatoirement soumis à l'approbation du tribunal. Nous sommes d'avis que les critères d'approbation des règlements établis par la jurisprudence permettent précisément de refuser d'approuver un règlement inadéquat dans des circonstances

⁵ Voir, notamment, les articles 1 à 7 et 19 C.p.c.

données. En d'autres mots, nous sommes d'avis que ce n'est pas parce qu'il survient à un stade *précoce* du dossier que l'on doit se *méfier* d'un règlement mais plutôt parce qu'il existe un doute sur la rencontre d'un ou de plusieurs des critères d'approbation. Il existe en effet plusieurs indicateurs qui permettent de douter du caractère adéquat d'un règlement (absence ou faiblesse des bénéfices pour les membres, programme d'avis déficient, faiblesse du montant du règlement par rapport aux enjeux apparents du dossier, etc...). Si le moment où intervient le règlement fait partie de cette liste, nous sommes d'avis qu'il ne s'agit pas d'un indicateur de premier plan et qu'il n'est probablement jamais le seul présent dans un dossier donné.

- *Encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier;*

Tel que mentionné précédemment, les principes de la procédure civile prévoient déjà cette notion. Nous sommes d'avis que les « encouragements » dont il est question ici existent déjà au C.p.c. et qu'ils sont adéquatement et régulièrement réitérés par les tribunaux à l'occasion des interactions avec les avocats impliqués dans les dossiers d'action collective.

- *Encourager les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive;*
- *Continuer à adopter une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation.*

Nous sommes d'avis que la jurisprudence en lien avec l'article 574 C.p.c. fait preuve d'une stabilité telle qu'une réforme législative à cet égard n'est pas requise. Ce n'est pas la *nature* de la preuve qui est présentée au stade de l'autorisation qui est la *cause* des délais pouvant être attribués à la présentation d'une demande relative à la preuve appropriée. Par contre, nous croyons qu'il pourrait être intéressant de viser une amélioration au niveau du *mode* d'administration de la preuve qui aura par ailleurs été jugée appropriée. Par exemple, la pratique devrait favoriser la tenue de l'interrogatoire du représentant, lorsqu'autorisé, au jour de l'audience en autorisation (ou même par écrit) plutôt qu'en mode hors cour, où la nécessité de coordonner sténographie, agenda de tous et transcription des notes sténographiques a souvent pour effet de retarder les choses.

3.2 Critère de proportionnalité ou d'opportunité du mécanisme d'autorisation

Deux objectifs identifiés dans le Document sont pertinents pour les fins de l'analyse des propositions associées à la proportionnalité ou à l'opportunité du mécanisme d'autorisation de l'action collective, à savoir :

- Économiser les ressources temps-coûts du système judiciaire québécois; et
- Simplifier et accélérer l'autorisation sans pour autant porter atteinte à ses raisons d'être, soit la protection des membres du groupe, la protection de la partie défenderesse, l'intérêt du système de justice et l'organisation de l'action collective.⁶

C'est en gardant en tête ces objectifs que nous formulerons nos commentaires sur les pistes de réforme proposées.

3.2.1 Codifier un principe de proportionnalité (en sus de l'article 18 C.p.c.) applicable à toutes les étapes de l'action collective

Le rapport de la Pre Piché (le « **Rapport** ») met en lumière que le principe de proportionnalité, tel que codifié à l'article 18 C.p.c., s'applique déjà⁷ :

- aux quatre critères d'autorisation, l'interprétation de chacun d'entre eux ayant été colorée ou modifiée par l'utilisation de la notion de proportionnalité selon les circonstances propres à chaque dossier;
- aux étapes qui précèdent l'autorisation, notamment en permettant de restreindre l'utilisation de certains moyens préliminaires; et
- à l'élaboration de la définition de ce que constitue une « preuve appropriée » en vertu de l'article 574 C.p.c.

Le Rapport n'identifie pas de rôle particulier au principe de proportionnalité aux étapes postérieures à l'autorisation, mais, puisque l'action collective autorisée chemine comme un dossier ordinaire en gestion particulière, rien n'indique que la proportionnalité ne joue pas un rôle comparable à celui qu'elle joue dans tout dossier de litige. Ainsi, la Pre Piché n'identifie pas un volet de l'action collective distinct de ceux mentionnés ci-haut qui échapperait aujourd'hui à l'application de l'article 18 C.p.c. et dont le fonctionnement s'en trouverait diminué ou ralenti.

Au contraire, le Rapport met en lumière le caractère polyvalent de l'article 18 C.p.c., tel qu'il est présentement rédigé, en permettant de conclure que sa rédaction générale et englobante a pour effet de multiplier les occasions de l'appliquer : le principe de proportionnalité est présentement appliqué afin de qualifier et préciser les critères substantifs de l'article 575 C.p.c, de permettre ou

⁶ Document, p. 9

⁷ PICHÉ, Catherine, *Perspectives de réforme de l'action collective au Québec*, septembre 2019, p. 29 à 33, 37 et 39.

non l'accès à certains moyens procéduraux et d'enrichir l'interprétation de certains concepts-clés⁸.

La codification d'une notion de proportionnalité connexe, mais propre à l'action collective aurait peu de chances de se distinguer avantageusement de l'article 18 C.p.c. Cet ajout pourrait également avoir l'effet inverse de forcer une mise de côté du rôle aujourd'hui établi de l'article 18 C.p.c. sur la base du principe selon lequel le législateur n'agit pas sans raison et que c'est vraisemblablement pour modifier le droit établi plutôt que pour le confirmer qu'il apporte des changements à un régime juridique.

Nous sommes d'avis que le principe de proportionnalité tel que codifié à l'article 18 C.p.c. répond adéquatement aux enjeux procéduraux propres à l'action collective et présente un haut niveau de flexibilité qui lui assure une pérennité certaine.

3.2.2 Ajouter formellement la proportionnalité aux critères d'autorisation

Bien que cette proposition fasse partie des recommandations du Rapport, celui-ci n'identifie pas le problème qu'elle permettrait de résoudre. Au contraire, le Rapport indique qu'un « critère de proportionnalité ou d'opportunité [...] officiellement codifié au sein des dispositions sur l'action collective [...] ne permettrait peut-être qu'à [sic] discréditer les très rares cas où la disproportion entre les demandes et les ressources monopolisées par le dossier sautent aux yeux. »⁹

Il s'agirait donc en quelque sorte d'une analyse coûts bénéfices par laquelle les avantages recherchés au bénéfice des membres du groupe seraient comparés à l'ensemble des coûts générés par l'action collective, y compris -faut-il le comprendre- les coûts associés au fonctionnement du système de justice. La Pre Piché n'élabore pas davantage sur la nature des questions qui pourraient être tranchées à l'aide de ce cinquième critère.

La Pre Piché reconnaît une parenté naturelle entre la notion de proportionnalité et le critère de « préféralité » tel qu'appliqué en droit ontarien, mais elle indique cependant qu'un nombre limité d'aspects d'un éventuel cinquième critère d'autorisation lié à la proportionnalité devraient être semblables au critère de « préféralité » tel qu'appliqué en droit ontarien, et mentionne les suivants¹⁰ :

- probabilité d'indemnisation des membres du groupe; et
- complexité et caractère "gérable" de l'action collective proposée dans l'ensemble.

Or, même cet exercice d'emprunt très limité permet de constater les limites et dangers de la proposition. En Ontario, le critère de préféralité implique une démonstration sur la base du standard d'un « certain fondement factuel »¹¹.

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*, p. 65.

¹⁰ *Id.*, p. 36 et 39.

¹¹ *Id.*, p. 35; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, paragr. 39 et ss.

Selon le rapport publié en juillet 2019 par la Commission du droit de l'Ontario, le fardeau de la preuve associé au critère de préféralité est le suivant¹²:

The plaintiff must show that 1) “a class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim; and 2) that it would be preferable to any other reasonably available means of resolving the class members’ claims.” [...] The defendants have the burden of adducing evidence to support the preferability of an alternative other than individual litigation. If this evidence is admitted, the burden reverts back to the plaintiff to establish the preferability of the class proceeding.

Dès 2001, le Comité de révision de la procédure civile¹³ a su identifier des sources importantes de lenteur et de retard propres à l'action collective. Il s'exprimait alors comme suit :

La requête en autorisation visait initialement à servir de filtre pour éliminer les demandes frivoles. Mais, au fil des ans, les débats sur l'autorisation ont pris des proportions démesurées. Les Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile prévoient qu'un juge peut permettre la contestation écrite de la requête pour autorisation. Cette permission est généralement accordée. La contestation est alors appuyée d'affidavits détaillés qui donnent lieu à de multiples interrogatoires de part et d'autre. De plus, les parties ont fréquemment recours à des expertises pour prouver des faits qui ne devraient être prouvés que lors de l'instruction. Contrairement à l'objectif de départ, les parties plaident trop souvent au fond à cette étape, ce qui n'est pas sans conséquence sur les coûts et les délais. La pratique actuelle a en quelque sorte transformé la procédure d'autorisation originellement prévue en 1978 en procédure de certification après contestation, à l'instar de ce qui existe dans la législation de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et des États-Unis.

[Références omises]

Le Comité de révision de la procédure civile a ainsi établi un lien direct entre l'administration d'une preuve contradictoire et l'explosion des délais au stade de l'autorisation. Il faut donc se questionner sur la possibilité d'importer la proportionnalité comme un cinquième critère d'autorisation sans pour autant sacrifier l'efficacité acquise en 2003 par l'entremise de la simplification des règles de preuve propres à l'autorisation.

¹² COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO, *Class Actions - Objectives, Experiences and Reforms*, juillet 2019, p. 37.

¹³ COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire*, juillet 2001, p. 203 et 204.

3.2.2.1 Un cinquième critère d'autorisation lié à la proportionnalité évalué de façon abstraite n'est pas utile

Si un droit existe, le système juridique qui le reconnaît ne peut pas prendre la position qu'il est trop coûteux de le faire respecter ou de le sanctionner¹⁴. Le système juridique doit reconnaître une avenue permettant de sanctionner un droit valide, bien que cette avenue n'ait pas à être parfaite. C'est pourquoi le critère de la préférabilité implique de comparer l'action collective aux autres méthodes qui permettent aux personnes de faire trancher ou respecter leurs droits.

Il est inconcevable qu'un critère d'autorisation lié à la proportionnalité ne soit pas bâti sur le même modèle. Le contraire impliquerait une analyse coûts-bénéfices par laquelle les coûts de mise en œuvre de certains droits seraient jugés prohibitifs par rapport à leur valeur potentielle, et ce, sans qu'aucun autre moyen de sanction ne soit disponible.

Or, la comparaison de l'action collective aux autres moyens permettant d'assurer le respect de certains droits, particulièrement dans le domaine de la consommation, des valeurs mobilières ou de la concurrence, favorisera systématiquement celle-ci. En effet, sur le plan des principes, les tribunaux ont à maintes reprises fait valoir que la mise en commun d'actions individuelles semblables permet de faire des économies sur le plan judiciaire et donne un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement¹⁵. Il est difficile de concevoir comment, dans l'abstrait, une action collective serait susceptible de ne pas respecter le principe de proportionnalité. La Pre Piché le souligne d'ailleurs à multiples reprises dans son Rapport¹⁶.

3.2.2.2 Un cinquième critère d'autorisation lié à la proportionnalité évalué de façon concrète ne permet pas d'économiser les ressources temps-coûts du système judiciaire ou de simplifier l'étape de l'autorisation

Pour qu'il puisse être utilement mis en œuvre, un cinquième critère d'autorisation lié à la proportionnalité doit donc être évalué dans une dimension concrète plutôt qu'abstraite¹⁷. Or, qu'il s'agisse de faire une analyse coûts-bénéfices ou d'appliquer un test assimilable au critère de préférabilité, on ne peut envisager qu'une telle discussion ait lieu sur la base du standard de preuve énoncé par l'arrêt *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*¹⁸ et confirmé par l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*¹⁹.

¹⁴ *1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.*, [2002 CanLII 6199 \(ON SC\)](#), confirmée par [2004 CanLII 16620 \(ON SCDC\)](#).

¹⁵ *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, paragr. 27 et 28

¹⁶ PICHÉ, Catherine, *Perspectives de réforme de l'action collective au Québec*, septembre 2019, p. 39, 40 et 65.

¹⁷ *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, paragr. 30.

¹⁸ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, paragr. 65-66.

¹⁹ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, paragr. 56 à 59.

Quels sont donc les éléments de preuve que devra présenter le demandeur qui désire remplir son fardeau et, surtout, quelle preuve sera-t-il permis aux défendeurs de déposer pour attaquer celui-ci?

Tel que permet de le constater la jurisprudence canadienne concernant le critère de préféralité, celui-ci est souvent intimement relié à celui des questions collectives, puisque la mesure dans laquelle celles-ci permettent de régler l'entière du litige influencera l'évaluation de la pertinence de l'action collective comme procédure appropriée²⁰.

Ainsi, dans plusieurs arrêts fondamentaux en matière de consommation et de concurrence, il a été décidé que l'existence d'une méthode proposée par un expert permettant d'établir la perte à l'échelle du groupe et d'ainsi faire de l'évaluation des dommages une question commune était essentielle à la conclusion que l'action collective remplissait le critère de préféralité²¹. Un autre arrêt bien connu de la Cour Suprême base la conclusion concernant le respect du critère de la préféralité sur l'évaluation par experts de la valeur de la perte non-compensée par une procédure concurrente entamée par la CVMO²². Un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario discute du critère de la préféralité à la lumière de la preuve déposée par le défendeur sur les coûts que générerait pour lui la compilation et l'organisation des documents permettant d'évaluer le dommage subi par les membres du groupe²³.

C'est donc sur la base d'une preuve contradictoire - souvent d'une preuve par expertise - administrée par l'entremise de déclarations assermentées pouvant donner lieu à des interrogatoires préalables, que les contestations de demandes d'autorisation fondées sur le critère de préféralité sont tranchées.

Il existe en ce moment un équilibre quant aux demandes d'administration de preuve présentées par les défendeurs à l'étape de l'autorisation, puisque celles-ci ne peuvent avoir pour objet la vérification des fondements du recours ou la présentation de moyens de défense²⁴. Cela a pour effet d'empêcher que l'utilisation du moyen procédural prévu à l'article 574 (3) C.p.c. donne lieu à une « surenchère de preuve » entre les parties à ce stade du dossier.

Il est impossible qu'un tel mécanisme puisse s'appliquer en matière de preuve concernant des questions de proportionnalité puisque, si elle devait être posée, la question de la proportionnalité devrait être entièrement vidée au stade de l'autorisation. Il faut donc anticiper que l'ajout d'un cinquième critère d'autorisation lié à la proportionnalité donnerait lieu à l'administration d'une preuve substantielle de part et d'autre et que les tribunaux devraient rapidement reconnaître les droits afférents à son administration, soit le droit d'interroger et d'offrir un complément de preuve lorsque approprié.

²⁰ *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, paragr. 28, *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334.

²¹ *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, paragr. 140; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2018 ONCA 819, paragr. 121 et ss.

²² *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, paragr.60-61.

²³ *Cassano v. The Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, paragr. 48-49.

²⁴ *Ward c. Procureur général du Canada*, 2021 QCCS 109, paragr. 17.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis que l'ajout d'un cinquième critère d'autorisation lié à la proportionnalité n'est pas de nature à simplifier l'étape de l'autorisation. Bien au contraire, cet ajout entraînerait vraisemblablement des étapes additionnelles et des délais substantiels avant qu'un dossier ne franchisse l'étape de l'autorisation. Ce faisant, cet ajout ne manquerait pas d'alourdir le fardeau des tribunaux chargés d'administrer les actions collectives et ne permettrait donc pas d'atteindre l'objectif d'économie des ressources temps-coûts du système judiciaire québécois.

Au demeurant, et bien que le Rapport ne suggère pas de simplement importer le modèle de *common law* de la *certification*, il est important de rappeler que, tant au niveau de la durée nécessaire pour obtenir la *certification* d'une action collective en Ontario qu'au niveau du processus de filtrage que cette étape permet d'accomplir, le critère de la préféralité ontarien ne permet pas à cette province de faire des gains d'efficacité notable. Le Québec se compare « avantageusement » à l'Ontario aux deux niveaux : le pourcentage d'actions collectives autorisées y est moins élevé et la période entre le dépôt d'une demande d'autorisation et le jugement en disposant y est plus court²⁵.

²⁵ NASR, Maxime, Éric PRÉFONTAINE, Marjorie BOYER et Josy-Ann THERRIEN, « La crise de la quarantaine de la procédure d'autorisation », dans Barreau du Québec, Service de la formation continue, *Colloque national sur l'action collective Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol 480, Montréal (QC), Éditions Yvon Blais, 2020, 151, p. 170-173.

3.3 Pistes de réforme concernant l'autorisation de l'action collective

3.3.1 Intégration de l'autorisation à l'instance principale

Nous sommes d'avis que l'intégration de l'autorisation à l'instance principale ne permettrait pas de réduire les délais de façon significative. En pratique, les parties ont beaucoup plus à gagner à procéder avec célérité à l'étape de l'autorisation en appliquant les règles actuelles, et à mettre leurs énergies ensuite au mérite d'un dossier autorisé.

Au courant des dernières années, notamment grâce à la réorganisation de la Chambre des actions collectives et la constitution de l'Équipe restreinte, le système avec l'étape de l'autorisation comme on le connaît aujourd'hui se porte bien. Le véhicule qu'est l'action collective a connu son lot de bouleversements depuis son intégration au Québec il y a plus de 40 ans et l'évolution législative et jurisprudentielle a permis d'atteindre un certain équilibre et de donner son véritable sens à l'autorisation. Bien que le standard de preuve à l'autorisation soit peu exigeant depuis *Infineon*²⁶ et *Vivendi*²⁷ confirmés par *L'Oratoire*²⁸, il demeure que les demandes frivoles sont bien filtrées.

Restructurer à nouveau les règles procédurales à la base de ce filtrage serait inévitablement source d'incertitudes et de questionnements jurisprudentiels, venant ainsi divertir les parties, les tribunaux et les ressources judiciaires de l'analyse du mérite des dossiers, le tout au détriment des justiciables. À titre d'exemple, qu'il suffise de se rappeler des amendements de 2002 qui ont été l'objet d'un débat constitutionnel dans l'affaire *Pharmascience*²⁹, entraînant alors une suspension de l'ensemble des demandes d'autorisation devant la Cour supérieure pendant plusieurs mois.

D'autre part, c'est l'étape de l'autorisation qui permet d'établir le mandat judiciaire en vertu duquel le demandeur acquiert sa légitimité. En effet, l'action collective permet d'intenter un recours pour autrui, et lier des tiers, alors qu'ils n'y ont pas formellement consenti. Avant autorisation, le demandeur ne représente personne et le groupe n'est que putatif. Sur autorisation du tribunal, l'action collective permet à un membre d'agir pour le compte de tous les membres d'un groupe.³⁰ L'analyse des critères d'autorisation, suivant un débat contradictoire organisé, permet d'apporter la légitimité nécessaire aux actions collectives ainsi autorisées.

En plus d'établir le mandat au représentant de groupe, le jugement d'autorisation tel qu'on le connaît actuellement détermine les questions en litige et les conclusions recherchées. Le dossier est donc bien cadré dès le départ et le débat qui aura lieu au mérite bien circonscrit.

Finalement, il n'y a pas d'avantage à intégrer l'autorisation à l'instance principale et à éliminer l'analyse d'un critère d'apparence de droit alors qu'on permettrait par ailleurs, suivant la

²⁶ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59.

²⁷ *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1.

²⁸ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35.

²⁹ *Pharmascience inc. c. Option consommateurs*, 2005 QCCA 457. Demande pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2005-08-05) no. 30923.

³⁰ Article 571 al. 1 C.p.c.

proposition formulée aux pages 69 et 70 du Rapport, la présentation de moyens préliminaires en rejet et en irrecevabilité. Tel que mentionné par la Pre Piché, il faudrait alors s'attendre à ce que les défenderesses soumettent de façon systématique dans tout dossier une demande en irrecevabilité et/ou en rejet puisque l'autorisation n'inclurait aucun critère relatif à l'apparence de droit. Encore ici, nous estimons qu'il y a plus à gagner à procéder plus rapidement à l'autorisation et à se concentrer ensuite sur le mérite. D'ailleurs, les règles applicables en matière d'irrecevabilité présentées au stade du mérite d'un dossier (51 et 168 C.p.c.) ne sont pas adaptées à l'examen de la procédure introductive d'une action collective. Au stade de l'autorisation, le demandeur ne dispose souvent pas d'une preuve complète et convaincante. Le fait qu'il ne dispose pas de cette preuve l'empêche de formuler ses allégations avec le même degré de précision que celui attendu d'un demandeur qui intente un recours personnel. Si la proposition était retenue et que l'action collective devait être amorcée par une demande introductive d'instance plutôt que par une demande d'autorisation, cet état de fait serait le même. Le déséquilibre informationnel qui existe entre les parties à l'amorce d'un dossier d'action collective est réel et fait notamment obstacle à ce que cette proposition puisse être utile au débat ou à l'efficacité de la procédure.

3.3.2 L'élimination du test de l'apparence de droit

D'une part comme de l'autre, les parties ont tout intérêt à ce que l'apparence de droit d'une action collective soit établie à un stade préliminaire des procédures. Nous sommes donc en désaccord avec cette proposition qui élimine le deuxième critère de l'article 575 C.p.c. Ce critère sur l'apparence de droit a en effet toute son utilité : il permet de confirmer au minimum l'existence d'une cause d'action avant d'entreprendre l'instance au mérite. Tel qu'exposé au point précédent, nous sommes d'avis que l'ouverture à la présentation de moyens préliminaires d'irrecevabilité suivant l'amorce de l'action collective est une solution qui ne remplacerait pas avantageusement l'évaluation de l'apparence de droit.

En ce qui concerne l'importation d'une procédure de jugement sommaire similaire ou identique à celle des provinces de *common law*, il s'agit d'une idée qui nous apparaît aller complètement à contre-courant des efforts déployés pour que notre système puisse rendre justice de manière raisonnablement efficace, simple et rapide.

3.4 Resserrer le processus d’approbation des honoraires

3.4.1 Le modèle d’affaires

L’avocat qui occupe en demande en actions collectives finance l’avancement du dossier et prend un risque considérable. En effet, il ne sera payé qu’en cas de victoire ou de règlement et, la plupart du temps, uniquement après plusieurs années³¹. Nécessairement, le temps écoulé entre les premiers efforts et le moment où ceux-ci sont rémunérés, conjugué au risque que le dossier se solde par un échec³², entraînent le versement d’une prime au succès. Autrement, le modèle économique qui sous-tend l’entreprise d’un dossier à pourcentage serait ruineux. Des dossiers nécessaires et utiles ne seraient pas entrepris et l’accès à la justice en serait grandement affecté.

Afin de mener à bon port les actions collectives entreprises au cabinet, BELLEAU LAPOINTE emploie plus d’une quinzaine de personnes. La pratique en actions collectives comporte des risques significatifs qui sont inexistantes dans un modèle de pratique traditionnelle où les clients acquittent les honoraires de leurs avocats sur une base récurrente. En plus des frais fixes inhérents à la pratique, un avocat qui occupe en demande dans le cadre d’une action collective devra bien souvent assumer en tout ou en partie les déboursés nécessaires à la bonne marche du dossier. En pratique, il n’est pas rare que le cabinet doive avancer annuellement des déboursés de l’ordre de plusieurs dizaines de milliers de dollars, et parfois bien plus.

Pourtant, les statistiques compilées par le Laboratoire indiquent que la médiane des honoraires payés en actions collectives est de 189 854,38 \$³³. Cette donnée permet certainement de mettre en perspective la moyenne des honoraires qui, elle, est chiffrée à 929 257,23 \$. En effet, la moyenne est forcément influencée par quelques dossiers hors normes qui ont par ailleurs produit des bénéfices importants pour le compte des groupes représentés³⁴. Par ailleurs, ces deux valeurs sont calculées à partir des données extraites de jugements approuvant des honoraires. C’est donc dire que les dossiers perdus et pour lesquels aucune rémunération n’a été versée à l’avocat du demandeur n’ont pas été considérés. S’ils l’avaient été, le portrait aurait été substantiellement différent et aurait sans doute reflété plus précisément la réalité d’une pratique en actions collectives.

En effet, si le tribunal saisi d’une demande d’approbation d’honoraires évalue leur raisonnablement dans le contexte d’un dossier en particulier, les cabinets qui occupent en demande en actions collectives doivent quant à eux avoir une perspective beaucoup plus large de leurs affaires. C’est ainsi qu’une bonne partie des honoraires perçus dans le cadre d’un dossier profitable sera rapidement réaffectée à l’avancement d’autres dossiers qui requièrent un investissement

³¹ Une transaction à l’étape du fond n’intervient, en moyenne, qu’après six ans et 327 jours : Rapport, p. 23.

³² Rappelons que le Rapport fait état d’un taux de succès à l’autorisation en première instance de 63,22%; p.21.

³³ Rapport, p. 56.

³⁴ *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345; *Grondin c. Volkswagen Group Canada Inc.*, 2016 QCCS 2423; *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, 2018 QCCS 3836.

immédiat, lorsqu'elle ne servira pas tout simplement à éponger le déficit creusé par un récent échec.

3.4.2 L'appréciation de la raisonnable des honoraires

Si parfois le montant d'honoraires à lui seul peut frapper l'imaginaire et donner aux critiques une opportunité de se faire entendre, la réalité est beaucoup plus nuancée. Les juges qui approuvent les demandes d'honoraires sont conscients que le tribunal de l'opinion populaire pourrait juger sévèrement leurs décisions. C'est ainsi que la jurisprudence s'est dotée d'un mécanisme exigeant de vérification de la raisonnable des honoraires demandés qui fonctionne en trois temps et qui s'apparente à celui proposé par le Laboratoire³⁵.

Dans un premier temps, la convention d'honoraires bénéficie d'une présomption de validité³⁶.

Puis, le tribunal s'assure de la raisonnable des honoraires demandés en vérifiant leur conformité aux provisions de l'article 102 du *Code de déontologie des avocats*³⁷ et à cette fin, il fera généralement une revue exhaustive de chacun de ses critères³⁸ :

« **102.** Les honoraires sont justes et raisonnables s'ils sont justifiés par les circonstances et proportionnés aux services professionnels rendus. L'avocat tient notamment compte des facteurs suivants pour la fixation de ses honoraires :

- 1° l'expérience;
- 2° le temps et l'effort requis et consacrés à l'affaire;
- 3° la difficulté de l'affaire;
- 4° l'importance de l'affaire pour le client;
- 5° la responsabilité assumée;
- 6° la prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence particulière ou une célérité exceptionnelle;
- 7° le résultat obtenu;
- 8° les honoraires prévus par la loi ou les règlements;
- 9° les débours, honoraires, commissions, ristournes, frais ou autres avantages qui sont ou seront payés par un tiers relativement au mandat que lui a confié le client. »

Finalement, le tribunal confirmera la raisonnable des honoraires recherchés en les comparant à la valeur du temps effectivement investi par l'avocat dans le dossier. Cette dernière vérification, souvent appelée le « test du multiplicateur », agit comme un rempart supplémentaire aux honoraires abusifs³⁹.

³⁵ *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345.

³⁶ *Id.*, paragr. 50.

³⁷ *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c. B-1, r. 3.1.

³⁸ *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345, paragr. 51.

³⁹ *Id.*, paragr. 58.

Dans les faits, nous soumettons respectueusement que la rémunération de peu de professionnels du droit est aussi transparente et soumise à un contrôle judiciaire aussi strict. Dans ce contexte, il ne nous apparaît pas souhaitable qu’une intervention législative vienne baliser plus amplement le pouvoir discrétionnaire du juge saisi d’une demande d’approbation d’honoraires.

3.4.2.1 La raisonnabilité fonction de l’avancement du dossier

Nous accueillons favorablement les propositions qui suggèrent de fixer les honoraires en fonction de l’étape à laquelle le dossier se termine et de prévoir un pourcentage inversement proportionnel aux sommes obtenues. Cela dit, les mécanismes de contrôle de la raisonnabilité des honoraires déjà en place nous apparaissent suffire et sont déjà appliqués par les tribunaux.

3.4.2.2 La raisonnabilité fonction du taux de réclamation

Les propositions établissant un lien direct entre le taux de réclamation et la rémunération de l’avocat devraient être écartées. Le succès d’une campagne de distribution ne repose pas uniquement sur l’avocat de la demande. Plusieurs variables sur lesquelles l’avocat n’a que très peu de contrôle – voire pas du tout – influencent grandement l’efficacité d’une distribution directe aux membres du groupe et parmi eux : l’existence d’une liste de membres maintenue à jour; la collaboration de la partie défenderesse et le degré de coercition que le tribunal a sur elle; la valeur de l’indemnité offerte; la performance du plan de diffusion des avis et le budget disponible à cette fin; le temps écoulé. D’autre part, cette solution est inapplicable aux nombreux dossiers où le nombre de membres du groupe n’est pas connu des parties. À tout événement, lorsque le dossier le justifie, les tribunaux créent souvent une réserve d’honoraires qui n’est payable qu’au terme de la distribution⁴⁰.

3.4.2.3 La raisonnabilité en l’absence d’un recouvrement collectif

Les honoraires payés dans le contexte de transactions qui se limitent à prévoir l’indemnisation des membres qui soumettent une réclamation (« *claims based settlements* ») nous paraît problématique et pourrait mériter l’attention immédiate du législateur. Comme les taux de réclamation de ce type de dossiers sont souvent très bas, la défenderesse obtient une quittance de tous les membres du groupe, en contrepartie du paiement d’une indemnité uniquement à une fraction d’entre eux. Dans le cadre de ce type de transaction, il est commun de voir l’avocat en demande convenir avec la défenderesse d’une somme forfaitaire pour ses honoraires. En bout de piste, on peut imaginer qu’un avocat qui conclut une transaction de ce type pourrait se placer en conflit puisque ses intérêts pourraient ne pas être alignés avec ceux des membres du groupe.

À notre avis, l’avocat qui conclut une transaction prévoyant exclusivement un recouvrement individuel devrait être rémunéré de la même façon que celui qui obtient un jugement au mérite qui ordonne un recouvrement individuel : ses honoraires devraient être fonction des montants effectivement payés aux membres du groupe qui auront présenté une réclamation individuelle.

⁴⁰ Voir, à titre d’exemple, *Brière c. Rogers Communications*, 2021 QCCS 2615, par. 27 et suiv. et *9085-4886 Québec Inc. c. Visa Canada Corporation*, 2018 QCCS 4872, par. 72.

3.4.3 *L'amicus curiae*

Finalement, la proposition de nommer un *amicus curiae* afin d'assister le tribunal dans son appréciation d'une transaction et des honoraires demandés ne doit pas se faire aux dépens des membres du groupe qui pourraient en bout de piste devoir payer non seulement les honoraires des avocats ayant rendu possible la transaction, mais également ceux de l'avocat qui se sera opposé à son approbation. En outre, nous sommes d'avis que l'expertise développée par l'Équipe restreinte a permis à ces derniers de développer l'expertise nécessaire à l'analyse des transactions qui leur sont soumises et de la raisonnabilité des honoraires demandés.

4. Conclusion

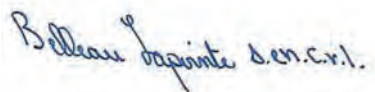
Pour l'ensemble des motifs énoncés dans le présent mémoire, nous sommes d'avis que l'adage bien connu « *[s]’il n’y a rien de cassé, il n’y a rien à réparer* » s'applique bien à la situation qui prévaut actuellement au Québec en lien avec les dossiers d'actions collectives qui sont au stade de l'autorisation et ce, tant en ce qui a trait à la gestion des dossiers, à la considération de la proportionnalité qu'aux critères d'autorisation. Il en est de même du processus d'approbation des honoraires des avocats à toutes les étapes du dossier.

Que l'on s'appuie sur notre propre expérience « sur le terrain » ou sur des données objectives nous permettant de comparer les systèmes en place dans d'autres juridictions, notre constat est clair : le modèle québécois de l'action collective se porte bien. Les règles du C.p.c. ainsi que celles établies par une jurisprudence abondante et stable regorgent d'outils permettant aux praticiens et au tribunal de faire progresser adéquatement les dossiers et ce, dans le respect des droits des justiciables.

Cependant, pour ce qui est de l'étape du mérite, nous constatons que des délais importants sont occasionnés, notamment, par l'importance et la complexité des enjeux, certes, mais également par l'utilisation d'outils procéduraux qui sont souvent mal adaptés à la réalité des dossiers d'action collective. Qu'il s'agisse de questions entourant la communication de la preuve, les interrogatoires hors cour ou encore les enjeux liés à la coordination de dossiers connexes menés dans plusieurs juridictions, nous sommes d'avis que c'est plutôt sur cette étape du cheminement de l'action collective que les acteurs du milieu et le législateur pourraient avantageusement apporter leur contribution à une éventuelle réforme.

En ce sens, nous voyons d'un bon œil la récente décision d'étendre le mandat de l'Équipe restreinte à la phase du mérite (jusqu'à la mise en état du dossier) et non plus seulement pour l'étape de l'autorisation. Cet aménagement administratif a fait ses preuves et son utilisation pour l'étape du mérite permettra certainement de développer des bonnes pratiques de gestion de l'instance qui contribueront à l'avancement efficace des dossiers.

Quant à l'aspect législatif de la problématique, nous déplorons que la réforme du C.p.c. en 2016 ait donné lieu à l'abolition de l'article 1045 C.p.c. qui prévoyait notamment que « *le tribunal peut, en tout temps au cours de la procédure relative à un recours collectif, prescrire des mesures susceptibles d'accélérer son déroulement et de simplifier la preuve si elles ne portent pas préjudice à une partie ou aux membres [...]* ». Le retour de cet outil législatif, conjugué avec le mandat maintenant étendu de l'Équipe restreinte, aurait certainement un effet positif sur la gestion des actions collectives au stade du mérite. À cet égard, nous supporterions une telle initiative du législateur.



BELLEAU LAPOINTE S.E.N.C.R.L.

Perspectives de réforme de l'action collective au Québec

**COMMENTAIRES D'OPTION CONSOMMATEURS PRÉSENTÉS
AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC**

Table des matières

L'intervenante	3
Remarques préliminaires	4
Le contexte global de la protection du consommateur	4
Le partage du reliquat avec les représentants	6
Réponses aux questions de la consultation	7
Questions 1 et 2 : la gestion des dossiers d'action collective	7
Question 3 : le principe de proportionnalité	10
Questions 4 et 5 : la demande d'autorisation	12
Questions 6, 7 et 8 : l'approbation des honoraires	14
Conclusion	18
Recommandations	20

L'intervenante

Fondée en 1983, Option consommateurs est une association ayant pour mission de défendre les droits et les intérêts des consommateurs. Elle s'intéresse de près aux questions liées aux finances personnelles, aux pratiques commerciales, aux services financiers, à la protection des renseignements personnels, à l'énergie, à l'endettement et à l'accès à la justice.

En 1987, Option consommateurs fut la première association de consommateurs de l'histoire du Québec à être autorisée à intenter une action collective¹. Depuis, nous avons été impliqués dans plus d'une soixantaine de dossiers, dont de nombreuses décisions phares et des causes de grande envergure. En fait, Option consommateurs est probablement l'organisme québécois qui a été le plus actif en matière d'action collective depuis que cette procédure existe.

Par exemple, Option consommateurs a récemment été représentante dans une action collective contre des fabricants de mémoire vive DRAM, à qui elle reprochait d'avoir comploté pour fixer les prix de ces composantes électroniques². Cette action collective s'est soldée par des règlements hors cour prévoyant le remboursement d'un total de 80 millions de dollars aux membres. À la suite d'une vaste campagne médiatique, plus de 900 000 membres ont été indemnisés³, dont une grande part était des consommateurs qui ont réclamé une indemnité de 20 \$ via un formulaire en ligne aisément accessible.

Les objectifs qui sous-tendent les actions collectives, soit l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements des entreprises⁴, s'alignent parfaitement avec les activités d'une association de consommateurs telle que la nôtre. Les différends typiques en droit de la consommation sont pour la plupart de faible valeur, et peu de consommateurs sont enclins à s'adresser aux tribunaux pour faire valoir leurs droits. L'action collective, en réunissant dans une même procédure toutes les personnes victimes d'une même pratique commerciale, permet à des milliers de consommateurs d'obtenir justice et de dissuader les entreprises d'adopter des comportements peu respectueux des consommateurs.

¹ *Association coopérative d'économie familiale (ACEF) du Centre de Montréal c. Service d'aide à l'emploi national Inc.* (11 septembre 1987), Montréal 500-06-000008-876 (C.S.)

² <https://option-consommateurs.org/recours/memoire-vive-dram/>

³ Maxime NASR, « Remettre l'argent aux membres – Le défi de la distribution dans le contexte d'une action collective – Guide pratique inspiré de l'expérience DRAM », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Colloque national sur l'action collective : développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 410, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 154

⁴ Maxime NASR, Éric PRÉFONTAINE, Marjorie BOYER et Josy-Ann THERRIEN, « La crise de la quarantaine de la procédure d'autorisation », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Colloque national sur l'action collective : développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 480, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 153

En conséquence, il va de soi que la présente consultation interpelle tout particulièrement notre organisme. Nous espérons que nos quelques commentaires, tirés de notre longue expérience, sauront trouver une oreille attentive auprès du ministère.

Remarques préliminaires

Nous saluons la volonté du ministère de la Justice de faire le bilan de l'action collective et de chercher à en améliorer certains aspects. Comme l'énonce le document de consultation, l'action collective « va bien au Québec ». Cependant, alors que cette procédure est la cible de critiques provenant autant de juristes que du grand public, il est pertinent que le gouvernement du Québec s'interroge sur les façons de l'améliorer.

Cela dit, deux aspects cruciaux nous semblent avoir été omis dans l'analyse du ministère. D'abord, nous regrettons que le bilan de l'action collective que propose le ministère tient insuffisamment compte du cadre plus global de la protection du consommateur au Québec. Ensuite, nous considérons que la consultation devrait également s'intéresser au support financier accordé aux organismes agissant à titre de représentants, et plus particulièrement à la question du partage du reliquat avec ces organismes.

Le contexte global de la protection du consommateur

Nous estimons que certains des objectifs de la réforme proposée, notamment « économiser les ressources temps-coûts du système judiciaire québécois⁵ », ne pourront être véritablement atteints qu'en adoptant une approche globale, tenant compte de l'ensemble du contexte judiciaire des litiges en droit de la consommation au Québec.

Pour Option consommateurs, l'action collective n'est qu'un moyen parmi d'autres pour défendre les droits des consommateurs et leur permettre d'accéder à la justice. Si un problème vécu par un consommateur peut trouver une issue satisfaisante au terme d'une action collective, il peut tout autant se régler par une intervention des organismes publics ou par l'entremise de modes de résolution des litiges extrajudiciaires⁶. Dans

⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Consultation publique : Perspectives de réforme de l'action collective au Québec*, Québec, avril 2021, p. 9 (ci-après le « Document de consultation »)

⁶ À titre d'exemples de tels modes de résolution utilisés dans un contexte de droit de la consommation, citons la plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne PARLe : <https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle/>

nombre de situations, l'action collective peut même se montrer bien plus lente et plus lourde que d'autres formes d'intervention pour apporter des solutions aux consommateurs. Dans ce contexte, il n'est pas vain de s'interroger quant à la place qu'occupent ces autres mécanismes et leur interaction avec l'action collective.

Selon nous, plusieurs actions collectives n'auraient tout simplement pas de raison d'être si les autorités chargées d'appliquer la loi disposaient de plus de moyens et de pouvoirs pour en assurer le respect. Rappelons que l'Office de la protection du consommateur ne dispose que d'un maigre budget de 12 millions de dollars par année pour remplir un vaste mandat⁷, qui inclut notamment la réponse directe aux plaintes du public et la surveillance du respect de la loi – le tout, à l'égard de l'ensemble des commerçants du Québec. De plus, bien que cet organisme public ait le pouvoir d'intenter des poursuites pénales contre des commerçants qui contreviennent à la *Loi sur la protection du consommateur*, il n'a aucun pouvoir pour obtenir la remise des sommes perdues par les consommateurs au terme de telles procédures. Ces sommes devront alors être recouvrées dans des procédures civiles distinctes, ajoutant ainsi une charge supplémentaire au système judiciaire.

Dans ces circonstances, des actions collectives continueront d'avoir lieu dans des situations où les autorités publiques auraient pourtant été les meilleures intervenantes pour mettre fin à une situation rapidement et efficacement. En conséquence, nous estimons qu'une part des solutions pour atteindre les objectifs énoncés dans le document de consultation ne tient pas uniquement dans la réforme de la procédure de l'action collective elle-même, mais aussi dans l'allocation de ressources additionnelles aux organismes publics chargés de l'application des lois sur la protection du consommateur. De surcroît, pour éviter les dédoublements procéduraux, nous estimons que ces organismes devraient avoir le pouvoir d'obtenir, dans le cadre d'une procédure pénale, une indemnité civile pour les consommateurs victimes d'une pratique illégale.

Par ailleurs, en plusieurs endroits du document de consultation, la question des délais de l'action collective est évoquée par le ministère. Il nous semble pertinent de rappeler que les enjeux quant à la longueur des procédures judiciaires ne sont pas exclusifs aux actions collectives. Par exemple, à la cour des petites créances, où l'on traite généralement les affaires en droit de la consommation, le délai moyen pour entendre une cause peut souvent s'élever à plus d'un an⁸. Encore ici, si des aménagements à la procédure d'action collective peuvent être envisagés pour en faciliter la célérité, le problème des délais judiciaires touche ultimement le financement de l'ensemble du système de justice québécois.

⁷ OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR, *Rapport annuel de gestion 2019-2020*, Québec, 2020, p. 26

⁸ Voir notamment : Pierre-Claude LAFOND, *Droit de la protection du consommateur : Théorie et pratique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 396

Le partage du reliquat avec les représentants

En agissant comme représentants dans des actions collectives, les organismes à but non lucratif contribuent positivement à l'accès à la justice. Ces organismes veillent à défendre l'intérêt des consommateurs pendant le déroulement des procédures et font en sorte que la conclusion du litige soit la plus favorable possible aux membres du groupe⁹. Leur présence évite que des actions collectives ne soient entreprises à des fins de lucre et que des recours peu pertinents soient déposés. De plus, puisqu'ils sont imputables envers le public qui les soutient, ces groupes doivent faire preuve de transparence dans leur gestion de ces procédures.

Auparavant, plusieurs organisations sans but lucratif se voyaient remettre une partie ou la totalité de reliquats d'actions collectives afin de mener à bien des projets spécifiques dans l'intérêt des membres du groupe. Toutefois, un jugement récent de la Cour d'appel a déterminé que les organismes agissant comme représentants n'ont droit à aucune portion du reliquat à la suite de la distribution des sommes dues aux membres, du fait qu'ils ne sont pas un tiers à l'action collective¹⁰.

Ce jugement, qui modifie le *statu quo* qui était en vigueur depuis 1979, aura un impact considérable sur les actions collectives au Québec. Sans la possibilité de recevoir ces apports financiers, plusieurs groupes communautaires et OBNL risquent de ne plus être en mesure de terminer l'œuvre commencée et de servir le groupe jusqu'au dénouement du dossier. Par exemple, une association de riverains d'un lac incommodés par le bruit généré par l'opération d'hydravions pouvait auparavant recevoir le reliquat afin de continuer à monitorer le bruit et ainsi s'assurer du respect du jugement. Désormais, puisque les reliquats ne peuvent qu'être remis à des tiers au litige, un OBNL ayant porté pendant des années une action collective ne pourra recevoir aucune somme pour soutenir ses activités réalisées au bénéfice des membres – et ce, en dépit du fait que ces OBNL peuvent être les plus indiqués pour continuer à représenter les intérêts du groupe.

Pourtant, le partage du reliquat avec les représentants ne met pas en péril l'intégrité de leur rôle dans les actions collectives. Dans la plupart des cas, ces groupes communautaires sont les mieux placés pour faire valoir les intérêts des membres du groupe visé par l'action collective. En effet, ils sont les plus près de la clientèle visée et

⁹ Pour plus de développements sur ces questions, voir : Jannick DESFORGES, « Le rôle des associations de consommateurs dans les recours collectifs », dans ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Colloque sur les recours collectifs*, Association du barreau canadien, 2007, p. 91-105; Louise ROZON, « Le recours collectif favorise l'accès à la justice pour les consommateurs », (1998-1999) 29 *R.D.U.S.* 57

¹⁰ *Option consommateurs c. Infineon Technologies*, 2019 QCCA 2132. Le 30 avril 2020, la Cour suprême a refusé d'entendre l'appel d'Option consommateurs dans cette affaire, scellant ainsi le destin des reliquats d'action collective au Québec.

connaissent ses besoins spécifiques. S'il est vrai que la remise du reliquat à une organisation représentante peut soulever des questions quant au conflit d'intérêts, le juge de l'affaire, en tant que gardien de l'intérêt des membres, est pleinement en mesure de différencier les organisations qui travaillent réellement dans l'intérêt des membres de celles qui chercheraient à détourner l'argent destiné à les dédommager.

Nous estimons donc que le législateur devrait clarifier les articles 571, 596 et 597 du *Code de procédure civile* afin de permettre à une organisation représentante de se qualifier comme candidate à la réception du tout ou d'une partie du reliquat si, bien sûr, le tribunal estime que cela est dans le meilleur intérêt des membres du groupe visé par ladite action collective.

Réponses aux questions de la consultation

Le document de consultation du ministère propose nombre de modifications à la loi pour améliorer la procédure d'action collective. Or, selon nous, la loi comporte *déjà*, pour une bonne part, les outils nécessaires pour atteindre les objectifs de célérité et d'économie des ressources judiciaires énoncés par le ministère. Cependant, comme nous l'exposerons dans les pages qui suivent, certaines pistes pourraient être suivies pour améliorer le déroulement de l'action collective.

Questions 1 et 2 : la gestion des dossiers d'action collective

1. Pour faciliter un changement de culture dans les dossiers d'action collective, le rapport propose la mise en place d'une stratégie visant à encourager non seulement les tribunaux, mais aussi, et surtout les parties à gérer activement ces dossiers, de manière à réduire les délais.

Qu'en pensez-vous?

2. Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées:

- Favoriser des protocoles d'instance présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation;
- Encourager les parties à travailler ensemble et en équipes réduites à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels;
- Encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu, en se méfiant des règlements trop précoces;

- **Encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier;**
- **Encourager les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive;**
- **Continuer à adopter une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation.**

Qu'en pensez-vous?

Il va de soi que nous sommes favorables à ce que les parties dans une action collective coopèrent et fassent avancer les dossiers le plus rapidement possible, et à ce que les juges continuent d'exercer leurs pouvoirs de manière proactive dans l'intérêt des membres du groupe. Il n'y a guère d'avantages pour les consommateurs à ce qu'une action collective traîne en longueur : plus le temps passe, plus les membres à indemniser risquent d'être difficiles à rejoindre et plus il devient coûteux, pour l'organisation représentante, de continuer à porter le dossier.

Il est vrai que, par le passé, des actions collectives se sont montrées lentes à progresser. Cela dit, la législation actuelle offre déjà des outils qui permettent une gestion efficace de l'instance. Mais encore faut-il les utiliser.

D'emblée, l'article 18 du *Code de procédure civile* (C.p.c.) impose aux parties l'obligation de respecter un principe de proportionnalité, tant dans leurs procédures que lors des débats. Le second alinéa de cet article oblige également les juges à respecter ce principe lors de la gestion de l'instance. De même, les articles 19 et 20 du C.p.c. imposent aux parties le devoir de coopérer et de veiller à limiter l'affaire à ce qui est nécessaire pour résoudre le litige.

Nous sommes d'avis que la mise en œuvre de ces obligations dans le cadre de l'adoption de protocoles d'instance peut contribuer à favoriser une culture de gestion plus efficace des dossiers. De plus, les juges disposent de larges pouvoirs qui leur donnent une importante latitude pour veiller proactivement à l'élaboration et au respect de protocoles d'instance qui fixent des délais raisonnables, mais serrés, aux parties. En somme, la loi offre déjà, pour une large part, les pouvoirs requis pour adapter le système judiciaire aux difficultés survenant dans le déroulement des actions collectives.

En guise d'illustration, la Cour supérieure de Montréal a mis en place récemment une équipe restreinte de juges, le « Groupe des dix », qui assure la gestion des actions collectives jusqu'à l'autorisation. Les directives du tribunal visent notamment à accélérer l'étape de l'autorisation, en prévoyant qu'une demande d'autorisation doit

être entendue dans l'année suivant son dépôt, sauf si les circonstances le justifient¹¹. Aussi, puisque des juges spécialisés en actions collectives traitent désormais l'ensemble des dossiers, on peut s'attendre à une certaine uniformité dans l'application des critères d'autorisation, de même qu'une plus grande efficacité du déroulement des auditions¹². Pour nous, ce projet pilote est une initiative prometteuse qui favorise une diminution des délais préalables à l'autorisation, tout en laissant suffisamment de marge de manœuvre au juge responsable de la gestion d'une action collective pour permettre, si les circonstances le justifient, que l'audition soit tenue un peu plus tard. Nous sommes d'avis que cette initiative devrait être étendue à l'ensemble des districts judiciaires du Québec.

Outre les délais encourus lors de la procédure d'autorisation, le processus menant à une audition sur le fond peut également entraîner des délais supplémentaires. Plusieurs facteurs contribuent à ces délais, dont certains sont inhérents à tout processus judiciaire. Loin de nous l'idée de remettre en question le droit fondamental d'une partie défenderesse de contester les allégations et les conclusions recherchées, ce qui inclut, le cas échéant, le droit de porter des décisions en appel. Aussi, certaines actions collectives soulèvent des questions complexes qui nécessitent, d'une part, la collecte, voire l'échange de renseignements entre les parties et, d'autre part, l'analyse et la production de rapports par des experts.

Toutefois, certaines pratiques des parties défenderesses nous semblent parfois outrepasser la défense légitime de leurs droits. Selon notre expérience, il arrive notamment que l'obtention de renseignements essentiels détenus par les parties défenderesses devienne en soi un processus laborieux. Comme souligné plus haut, les délais encourus lors d'une action collective peuvent faire en sorte qu'il est parfois difficile de joindre les membres du groupe concerné, que ce soit en cours d'instance (lors de la publication d'avis d'autorisation ou d'avis de règlement hors cour, par exemple) ou au moment de distribuer des indemnités. Or, dans certains dossiers, les parties défenderesses sont en mesure d'identifier les membres du groupe, ou du moins une partie de ces membres, et disposent même de leurs coordonnées.

La divulgation de la liste des membres et de leurs coordonnées à un stade précoce de la procédure peut contribuer à protéger leurs droits, notamment pour éviter que cette information soit perdue ou purgée en raison du temps ou du transfert d'actifs d'une

¹¹ Cour supérieure du Québec, *Directives de la Cour supérieure pour le district de Montréal*, art. 226-231; Karine JOIZIL et Katerina KOSTOPOULOS, « Les premiers enseignements de la nouvelle Chambre des actions collectives : quelles leçons en tirer? », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Colloque national sur l'action collective : développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 455, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 277-307

¹² Maxime NASR, Éric PRÉFONTAINE, Marjorie BOYER et Josy-Ann THERRIEN, « La crise de la quarantaine de la procédure d'autorisation », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Colloque national sur l'action collective : développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 480, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 153-185

entreprise défenderesse. En conséquence, nous sommes d’avis que les parties défenderesses devraient être tenues de fournir la liste des membres potentiels de l’action collective, lorsqu’ils sont connus. Cette liste pourrait, le cas échéant, être déposée à la cour sous scellé, le juge ayant le pouvoir de déterminer si et quand cette information est pertinente et utile pour la partie demanderesse.

En outre, la suggestion du document de consultation de se méfier « des règlements trop précoces » nous semble discutable. Après tout, un règlement rapide n’est pas irrémissiblement signe qu’il s’effectue au détriment des membres. Lors de l’audition sur l’approbation de la transaction, le tribunal peut vérifier si la partie demanderesse dispose de l’information suffisante pour juger du mérite de l’entente soumise. Il arrive qu’un défendeur souhaite mettre fin rapidement et équitablement à un dossier avant même le stade de l’autorisation¹³, notamment lorsque son image publique est remise en question. À titre d’exemples, soulignons les transactions conclues avec la défenderesse Volkswagen dans l’action collective intentée dans la foulée du Dieselgate¹⁴, ou encore avec la défenderesse Maple Leaf dans l’action collective résultante de la contamination par la bactérie *Listeria* de produits alimentaires¹⁵. Selon nous, les juges devraient simplement continuer à examiner le caractère équitable d’un règlement rapide, comme tout autre règlement.

Question 3 : le principe de proportionnalité

3. Le Laboratoire propose l’une ou l’autre de ces deux solutions :

- **Codifier un principe de proportionnalité (en sus de l’article 18 du C.p.c.) applicable à toutes les étapes de l’action collective;**
- **Ajouter formellement la proportionnalité aux critères d’autorisation.**

Qu’en pensez-vous?

Selon nous, il n’est pas souhaitable de codifier un principe de proportionnalité supplémentaire ou d’ajouter formellement la proportionnalité aux critères d’autorisation. L’article 18 C.p.c. impose déjà aux parties de toute procédure judiciaire

¹³ Rappelons par ailleurs que l’article 1 du *Code de procédure civile* invite les parties à considérer les modes de prévention et règlement des différends avant de s’adresser aux tribunaux. Dans le même esprit de coopération prôné par le Code, les parties doivent faire état de la considération apportée aux modes de prévention et règlement des différends dans leur protocole d’instance. Voir : *Code de procédure civile*, RLRQ c 25.01, art. 148

¹⁴ *Option Consommateurs c. Volkswagen Group Canada Inc.*, 2017 QCCS 1411 (CanLII)

¹⁵ *Melvin c. Maple Leaf Foods Inc.*, 2009 QCCS 1378 (CanLII)

l'obligation de respecter le principe de proportionnalité, tant dans leurs procédures que lors des débats, et oblige également les juges à respecter ce principe lors de la gestion de l'instance. Le principe de proportionnalité est déjà indissociable de l'action collective et s'applique à l'ensemble de son déroulement. En conséquence, les ajouts proposés risquent simplement d'alourdir et de complexifier inutilement la procédure d'action collective.

Le principe de proportionnalité est une règle d'application générale fondée sur le souci d'assurer, par tous les moyens appropriés, un meilleur accès à la justice et aux tribunaux¹⁶. Ce principe va donc de pair avec la réduction des barrières pour faciliter l'accès à la justice, notamment par la réduction des frais et des délais qui sont identifiés comme des obstacles à l'accès à la justice. En 2014, la Cour suprême mentionnait que l'action collective poursuit notamment l'objectif de faciliter l'accès à la justice, parce qu'elle permet de surmonter l'obstacle que constituent les coûts en répartissant ceux-ci entre plusieurs membres¹⁷. On peut donc considérer que l'utilisation même de l'action collective, comme recours, participe de l'application du principe de la proportionnalité. Cette réalité est encore plus criante en droit de la consommation, caractérisé traditionnellement par des abandons de recours des consommateurs. Avec l'action collective, un jugement favorable permet d'indemniser des milliers de personnes qui, autrement, n'auraient pas obtenu justice.

Le nouveau *Code de procédure civile*, adopté en 2016, est fondé sur une perspective d'accessibilité à la justice. Il favorise principalement la diminution des coûts et la simplification des processus, ce qui, en matière de procédure civile, se traduit en termes de proportionnalité¹⁸. L'article 18 du Code en est un exemple concret, par l'obligation qu'il crée de respecter l'application de ce principe. En particulier, le deuxième alinéa de cet article demande aux juges de respecter le principe de proportionnalité, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent, ce qui inclut l'étape de l'autorisation. Dans l'arrêt *Vivendi*, la Cour suprême s'est penchée plus précisément sur la notion de proportionnalité dans le cadre des critères d'autorisation d'une action collective. Sous la plume des juges Lebel et Wagner, la cour écrit :

« Selon nous, dans la mesure où les quatre critères énoncés à l'art. 1003 C.p.c. sont exhaustifs, et nous sommes d'avis qu'ils le sont, le principe de la proportionnalité doit alors être considéré dans l'appréciation de chacun de ces

¹⁶ Voir : *Audace Technologies Inc. c. Canimex*, 2006 QCCS 28, par. 13

¹⁷ *Vivendi Canada c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, par. 1 : « Ce véhicule procédural poursuit plusieurs objectifs, entre autres : faciliter l'accès à la justice, modifier des comportements préjudiciables et économiser les ressources judiciaires. »

¹⁸ Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Le nouveau Code de Procédure civile du Québec : Approche différente et accès à la justice civile*, éd. Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke, 2014, p. 17 et suiv.

critères. La proportionnalité du recours collectif ne constitue pas un cinquième critère indépendant.¹⁹ » (nous soulignons)

Nous pouvons donc conclure que le critère de proportionnalité est déjà compris dans les critères d'autorisation de l'action collective, tout comme il est sous-jacent aux différentes dispositions du Code, incluant les démarches préalables à l'action en justice. De même, des jugements phares de la Cour suprême du Canada font en sorte que les critères d'autorisation ainsi que leur interprétation sont désormais bien établis, et connus tant des juges que des praticiens²⁰.

Nous ne voyons donc pas de valeur ajoutée de codifier le principe de proportionnalité en sus de ce qui est déjà prévu à l'article 18 C.p.c., ni de l'ajouter comme cinquième critère d'autorisation d'une action collective. Nous voyons encore moins comment l'un ou l'autre de ces ajouts contribuerait à réduire les délais d'autorisation. Au contraire : puisque le législateur ne parle pas pour ne rien dire, cela risquerait de modifier l'interprétation des critères d'autorisation, entraînant inexorablement une pléthore de demandes en appel, complexifiant le système et occasionnant ainsi de longs délais supplémentaires.

Selon nous, l'alourdissement et la complexification du système judiciaire constituerait un obstacle majeur à l'accès à la justice. Rappelons également que le principe de la proportionnalité peut se matérialiser notamment par la simplification des moyens, des structures ou du langage²¹. Si l'objectif est de réduire les délais en évitant les demandes frivoles, nous considérons que l'équilibre entre la procédure et l'accès à la justice se réalise bien dans l'application des critères d'autorisation déjà existants, tout en respectant le principe de proportionnalité qui les sous-tend déjà.

Questions 4 et 5 : la demande d'autorisation

4. La proposition du Laboratoire consiste à amorcer l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation.

Concrètement, la procédure d'autorisation se traduirait ainsi :

1) Dépôt de la demande introductive d'instance;

¹⁹ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 (CanLII), [2014] 1 RCS 3, par. 66

²⁰ Voir notamment: *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59 (CanLII), [2013] 3 RCS

²¹ Stéphane BERNATCHEZ et Louise LALONDE (dir.), *Le nouveau Code de Procédure civile du Québec : Approche différente et accès à la justice civile*, éd. Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, Sherbrooke, 2014, p. 17 et suiv.

- 2) Réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité;**
- 3) Jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité;**
- 4) Jugement au mérite.**

Qu'en pensez-vous?

5. L'autorisation serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement seraient respectés :

- 1) Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;**
- 2) La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;**
- 3) Le membre auquel le tribunal entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.**

Qu'en pensez-vous?

Selon nous, les modifications suggérées à l'étape d'autorisation ne permettront pas d'améliorer significativement la célérité et l'efficacité de l'action collective. Au contraire, en modifiant la procédure d'action collective tel que proposé, nous craignons que, dans la pratique, cela alourdisse la procédure et crée des délais supplémentaires.

Comme souligné plus haut, les critères d'autorisation et leur interprétation ont déjà été clarifiés par la Cour suprême et sont donc bien connus à la fois des avocats exerçant en matière d'action collective et des juges qui entendent ces causes. De plus, il ressort du rapport de la professeure Piché²² (ci-après « Rapport Piché ») ayant servi de base à cette consultation que ces critères permettent de filtrer efficacement les recours frivoles et mal fondés.

Ainsi, le critère d'apparence de droit de l'article 575 C.p.c. et le fardeau qui y est rattaché ont déjà été bien délimités par une longue jurisprudence. En retirant ce critère, nous craignons de voir des dépôts quasi systématiques de demandes préliminaires en rejet. Plutôt que de simplifier les procédures et les accélérer, une telle modification pourrait se traduire, en pratique, par l'apparition de nouveaux débats juridiques tout aussi byzantins. Rappelons par ailleurs que l'analyse du critère de l'apparence de droit de l'article 575 C.p.c. diffère de l'analyse de l'irrecevabilité en droit de l'article 168 C.p.c.

²² Catherine PICHÉ, *Perspective de réforme de l'action collective au Québec*, Université de Montréal, Faculté de droit, septembre 2019 (ci-après « Rapport Piché »)

Or, on ne peut prévoir comment cet article sera interprété dans le contexte particulier de l'action collective. Là encore, des débats sont à prévoir, tout comme les délais inhérents à ces débats.

De plus, tel que soulevé par le Rapport Piché, le *Code de procédure civile* a été modifié en 2002 afin d'alléger l'instance de l'autorisation. En modifiant la procédure d'action collective de manière à enlever la demande d'autorisation pour la remplacer par une demande introductive d'instance, on ouvre encore ici la porte à d'autres étapes préliminaires, notamment aux interrogatoires avant défense (desquels découleront aussi des débats sur les objections), ce qui risque d'alourdir davantage la procédure à un stade hâtif de l'action collective. En somme, bien que les suggestions de modification au processus de demande d'autorisation de l'action collective puissent paraître efficaces en théorie, la pratique pourrait faire en sorte qu'elle n'accélère guère le processus d'action collective.

Questions 6, 7 et 8 : l'approbation des honoraires

6. Ainsi, le Laboratoire propose une première série de changements qui pourraient toucher à la procédure d'approbation des honoraires et aux critères considérés par les tribunaux à cette étape :

- Fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut;
- Favoriser les conventions d'honoraires à pourcentages inversement proportionnels à la somme obtenue, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier;
- Ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer les distributions aux membres, en fonction du « succès » relatif de l'étape du recouvrement;
- Dans le cas d'un recouvrement individuel, n'approuver les honoraires qu'après la distribution aux membres.

Qu'en pensez-vous?

7. Le Laboratoire propose une méthode en trois temps pour que le tribunal puisse apprécier la raisonnable des honoraires :

- 1) La convention d'honoraires doit être présumée valide, comme c'est le cas dans l'état actuel du droit;
- 2) Le tribunal devrait ensuite vérifier le caractère raisonnable suivant la méthode du multiplicateur. Celle-ci consiste à mesurer « le nombre d'heures travaillées, multiplié par le taux horaire, multiplié par un facteur pour tenir compte du risque ».

3) À la suite de cette vérification, le tribunal devrait examiner les autres critères établis par la jurisprudence. Il pourrait évaluer si un écart entre les honoraires établis à la convention et la somme obtenue grâce à la méthode du multiplicateur se justifie par ces autres critères, comme le résultat obtenu et la finalité du dossier.

Qu'en pensez-vous?

8. Ainsi, le Laboratoire propose d'inclure au Code de procédure civile une référence à la nomination d'un amicus curiae pour couvrir deux situations où sa présence serait particulièrement utile, à savoir l'approbation des transactions et la détermination des honoraires des avocats du représentant.

Au surplus, le Laboratoire propose :

- 1) d'adopter un critère d'appréciation considérant la mesure dans laquelle l'action collective favorise l'atteinte des finalités de la procédure. Ainsi, une action à plus grand bénéfice sociétal pourrait entraîner une plus généreuse compensation des avocats;**
- 2) de permettre aux avocats de prouver leur efficacité dans le dossier afin de justifier des honoraires plus élevés;**
- 3) de séparer l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires.**

Qu'en pensez-vous?

Depuis plusieurs années, la question du montant des honoraires des avocats en demande dans les actions collectives fait l'objet de nombreuses critiques, provenant autant de juristes que du grand public. Bien qu'il soit tout à fait légitime de se questionner sur le caractère raisonnable de la rémunération de ces avocats, nous croyons tout de même qu'il faut demeurer prudents avant de qualifier des honoraires d'excessifs sur la base de quelques cas d'espèce où l'ensemble des circonstances n'a pas toujours été pris en compte.

Le *Code de procédure civile* ne prévoit pas de guide précis quant à ce que constituent des honoraires raisonnables. Cette question est donc laissée à l'appréciation du tribunal, qui exercera alors sa discrétion judiciaire. Comme mentionné dans le Rapport Piché, la jurisprudence a établi des critères. D'abord, la convention d'honoraires conclue entre le représentant du groupe et les avocats en demande est présumée valide. Ensuite, les honoraires sont évalués en fonction des critères prévus au *Code de déontologie des avocats*²³. Le taux multiplicateur peut aussi servir de guide dans certains dossiers, mais selon notre expérience, il n'est pas utilisé systématiquement. À cet égard, nous croyons

²³ *Code de déontologie des avocats*, chapitre B-1, r. 3.1, art. 102

que ces critères qui font jurisprudence devraient demeurer la base sur laquelle les juges peuvent vérifier le caractère raisonnable des honoraires demandés.

Si d'aucuns croient que mener des actions collectives en demande est une pratique lucrative, soulignons que les avocats qui représentent les parties défenderesses ne sont pas en reste. En effet, ceux-ci travaillent le plus souvent dans de grands cabinets où l'on peut présumer que les taux horaires sont très élevés. Les équipes de litige qui y travaillent dans les dossiers d'actions collectives sont composées d'avocats chevronnés. Sans avoir accès aux conventions d'honoraires qui les lient aux défenderesses, nous croyons qu'il est raisonnable de penser que le versement de leurs honoraires se fait sur une base périodique tout au long de la procédure judiciaire, et ce, quelle qu'en soit l'issue. Le risque encouru par ces avocats est donc quasi inexistant.

La situation est tout autre pour les avocats qui œuvrent dans des cabinets qui exercent en demande. Le versement d'honoraires est entièrement tributaire de l'issue du litige. Comme ces dossiers durent, la plupart du temps, plusieurs années, les avocats peuvent y consacrer des milliers d'heures de travail en plus de devoir avancer les frais de plusieurs des déboursés. Ces cabinets peuvent certes bénéficier (s'ils en font la demande) d'un soutien financier du Fonds d'aide aux actions collectives, mais celui-ci est loin de couvrir tout le temps et les frais investis. Dans les faits, les honoraires ne leur sont donc versés qu'à l'issue de l'action collective, et uniquement si une indemnité est versée au bénéfice des membres.

Comme les parties défenderesses bénéficient des services d'avocats chevronnés, il est également important que les membres d'une action collective puissent bénéficier d'avocats tout aussi compétents, et qui peuvent prendre le risque de consacrer tout le temps nécessaire pour mener à bien une affaire sans se disperser dans une multitude de dossiers. Or, cela a un coût. Si l'on veut que les membres des actions collectives soient bien représentés, il faut que les avocats qui les représentent puissent bénéficier d'une certaine assurance qu'en cas de gain, ils seront adéquatement rémunérés.

Certaines des avenues proposées par le Laboratoire nous semblent intéressantes lorsque les circonstances particulières d'une action collective y donnent ouverture. Ainsi, il nous apparaît judicieux que des honoraires puissent être fixés en fonction de l'étape judiciaire à laquelle la procédure se conclut; c'est d'ailleurs une méthode que nous employons dans les conventions d'honoraires que nous concluons avec nos avocats en demande. De même, les honoraires pourraient être fixés à des pourcentages différents selon la hauteur de l'indemnité. Nous croyons cependant que la prudence s'impose afin que les procureurs conservent, en tout respect des règles d'éthique et de déontologie, un incitatif à faire des efforts supplémentaires pour obtenir les meilleurs résultats possibles pour leurs membres. Il en va aussi de la confiance des membres à l'égard des avocats qui les représentent, qui ne doivent pas avoir l'impression que leurs avocats ont, par exemple, recommandé d'accepter un règlement au rabais car ils n'avaient rien de plus à gagner. En somme, établir des règles immuables qui auraient

pour effet de fixer à l'avance une sorte de plafond aux honoraires nous paraît une approche présentant des écueils.

Dans le but de favoriser des taux de réclamation plus élevés, nous estimons qu'il pourrait également être opportun de lier la rémunération des avocats en demande avec le taux de réclamation²⁴. Dans certaines circonstances, une telle approche pourrait être un facteur incitatif pour les avocats à opter pour des modes d'indemnisation plus simples pour les membres et à consentir des efforts, après la conclusion du litige, pour que les membres soient convenablement indemnisés. Cela ne peut cependant pas s'appliquer à tous les dossiers. Il faut également noter que la rémunération des avocats ne constitue qu'un seul facteur parmi une multitude d'autres pouvant influencer sur les taux de réclamation, tels que la publicité du recours, la simplicité du processus d'indemnisation, les stratégies de communication employées ou la reddition de comptes quant au recours²⁵.

Quant à la proposition du Laboratoire de prévoir expressément au C.p.c. la possibilité de nommer un *amicus curiae* lors d'une demande d'approbation d'une transaction et d'une demande d'approbation des honoraires, nous n'en voyons pas la nécessité. Nous croyons que la désignation d'un *amicus curiae* ne devrait être considérée que lorsque des circonstances particulières l'exigent. Or, le juge dispose déjà du pouvoir d'en désigner un. Cela soulève aussi la question du rôle d'un tel intervenant. En effet, normalement, son rôle est d'éclairer le tribunal²⁶. Il ne peut être le gardien de l'intérêt des membres, ce rôle étant dévolu au juge. Mentionnons aussi l'enjeu de sa rémunération, qui risque d'être prise à même l'indemnité versée aux membres. Pour toutes ces raisons, nous sommes donc d'avis que la désignation d'un *amicus curiae* devrait rester limitée à des circonstances d'exception.

Par ailleurs, nous sommes favorables à la proposition du Laboratoire à l'effet de tenir compte de la finalité de l'action collective et de l'efficacité des avocats lors de l'appréciation du caractère raisonnable des honoraires. Nous croyons également qu'il est judicieux de séparer l'approbation d'une transaction et l'approbation des honoraires. Bien que de telles demandes puissent être soumises lors d'une même audience, elles devraient être soumises à des analyses distinctes. Cependant, là encore, nous croyons que les juges ont déjà le pouvoir de tenir compte de ces critères sans qu'il soit nécessaire de modifier le *Code de procédure civile*.

²⁴ Voir : OPTION CONSOMMATEURS, *Actions collectives : Comment augmenter les taux de réclamation individuelle?*, rapport réalisé par Option Consommateurs et présenté au Bureau de la consommation d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada, p. 41, 68

²⁵ *Id.*, p. 29-44

²⁶ Vincent DE L'ÉTOILE, « J'ai trouvé un ami... Quel rôle pour l'amicus dans l'action collective québécoise? », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Colloque national sur l'action collective : développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol. 441, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 3-20

En somme, les circonstances de chaque action collective sont différentes. Aussi délicate que puisse être la question des honoraires des procureurs en demande, nous ne croyons pas qu'il existe un modèle unique d'établissement des honoraires qui puisse garantir que ceux-ci seront considérés comme raisonnables par la cour. En bout de piste, il appartient toujours au juge à qui la question est soumise d'user de sa discrétion judiciaire.

Conclusion

Fondamentalement, nous soutenons sans hésitation les objectifs d'économie des ressources judiciaires et d'efficacité énoncés par le ministère dans sa réflexion sur l'action collective. Néanmoins, nous nous permettons de questionner le chemin proposé pour les atteindre.

En effet, les enjeux identifiés par le ministère semblent avant tout relever d'un déficit dans l'allocation de ressources au système judiciaire et aux organismes chargés de l'application de la loi, plutôt qu'une question de réforme législative. Du point de vue des consommateurs, l'action collective n'est qu'un véhicule parmi d'autres pour accéder à la justice. Dans bien des cas, l'intervention des autorités publiques ou le recours à des processus informels de résolution des litiges peuvent se montrer bien plus économiques et efficaces pour solutionner un problème vécu par un consommateur.

Selon nous, le contrôle du volume d'actions collectives en matière de consommation au Québec passe d'abord par l'augmentation du financement accordé aux organismes publics chargés d'appliquer les lois sur la protection du consommateur, et en premier lieu celui de l'Office de la protection du consommateur. En donnant plus de ressources à ces organismes, ils seront notamment en mesure d'intenter des recours pénaux pour mettre fin à des pratiques interdites – évitant ainsi la privatisation du rôle de surveillance du respect de la loi par l'entremise des actions collectives.

Rappelons aussi que les délais et la longueur des procédures ne sont pas des phénomènes uniques à l'action collective, tant s'en faut. L'ensemble du système judiciaire québécois est accablé par des délais importants, incluant la cour des petites créances où les consommateurs font généralement valoir leurs droits. Bien qu'on puisse entrevoir certaines mesures législatives qui pourraient quelque peu assouplir ces difficultés, il faudra tôt ou tard se résoudre à réinvestir dans le système de justice pour véritablement solutionner ce problème à l'échelle systémique.

Bien entendu, en plus d'accroître le financement, certains ajustements législatifs pourraient faire en sorte d'améliorer l'action collective au Québec. Cependant, la plupart des pistes de réforme proposées par le document de consultation du ministère

nous laissent dubitatifs. Qu'il s'agisse de la gestion proactive des dossiers d'action collective, de la réitération du principe de proportionnalité, de la révision des étapes de l'autorisation ou de l'encadrement des honoraires des avocats, nous considérons que le droit propose déjà un cadre qui permet, en grande partie, d'atteindre les objectifs énoncés par le ministère. Selon nous, plusieurs des suggestions de modifications législatives avancées par le document de consultation risquent de complexifier, d'alourdir et même de semer la confusion dans un processus judiciaire qui est désormais bien circonscrit par la jurisprudence – sans apporter d'avantage discernable corollaire dans le déroulement des actions collectives.

Cela dit, il reste que quelques modifications législatives ponctuelles – et plus modestes – pourraient avoir un impact appréciable dans l'atteinte des objectifs du ministère. D'abord, pour limiter le nombre de procédures judiciaires en consommation, la loi devrait prévoir la possibilité, dans une poursuite pénale fondée sur la *Loi sur la protection du consommateur*, d'accorder une indemnité civile à l'ensemble des consommateurs ayant subi un préjudice résultant de la pratique illégale. Pour faciliter le déroulement des actions collectives, les initiatives déployées par la Cour supérieure de Montréal, qui a créé une équipe de juges dédiés à l'autorisation des actions collectives, mériteraient assurément d'être pérennisées et étendues à l'ensemble du Québec. De même, nous déplorons que certaines parties défenderesses dans des actions collectives se montrent indûment réticentes à partager la liste des membres; des obligations plus strictes de divulgation à cet égard contribueraient à un déroulement plus efficace des procédures.

Par ailleurs, nous estimons que certaines critiques quant au montant des honoraires des avocats en demande reposent sur une évaluation mal fondée de l'ensemble des circonstances. Certes, nous considérons que certaines avenues suggérées par le ministère, telles que la fixation des honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle la procédure se conclut, l'établissement de pourcentages différents selon la hauteur de l'indemnité ou encore la possibilité de lier la rémunération au taux de réclamation, pourraient être envisageables en certaines circonstances. Toutefois, nous considérons que le juge devrait garder toute la discrétion requise pour apprécier au mérite chaque situation, sans être contraint par des règles immuables.

Finalement, il n'est pas vain de garder une pensée pour les organismes à but non lucratif qui agissent comme représentants dans les actions collectives. Pour ces organismes, supporter une action collective pendant plusieurs années – voire plus d'une décennie – est une charge importante et coûteuse. Or, l'état du droit fait désormais en sorte que les organismes représentants ne peuvent aucunement recevoir quelconque montant provenant du reliquat d'une action collective qu'ils ont menée, même lorsque la réception de ces sommes s'alignerait parfaitement avec les intérêts des membres du groupe. Cette situation injuste doit être corrigée.

Recommandations

Dans ce contexte, Option consommateurs formule les recommandations suivantes :

- Augmenter substantiellement le financement du système de justice et des organismes publics chargés d'appliquer les lois de protection du consommateur, et plus particulièrement de l'Office de la protection du consommateur, afin que ces organismes puissent être en mesure de mieux surveiller l'application de la loi.
- Donner la possibilité aux tribunaux, dans une poursuite pénale fondée sur la *Loi sur la protection du consommateur*, d'accorder une indemnité civile à l'ensemble des consommateurs ayant subi un préjudice résultant de la pratique illégale.
- Pérenniser le projet pilote de la Cour supérieure de Montréal sur la gestion des demandes d'autorisation des actions collectives par une équipe dédiée de juges, et l'étendre à tous les districts judiciaires du Québec.
- Contraindre législativement les défendeurs dans une action collective à transmettre au juge les listes de membres qui sont en leur possession dès le début de l'affaire, en laissant au juge le soin de déterminer les modalités de communication de ces renseignements personnels à la partie demanderesse.
- Étudier la possibilité de fixer les honoraires des avocats en demande selon l'étape judiciaire à laquelle la procédure se conclut, selon la hauteur de l'indemnité obtenue ou encore selon le taux de réclamation. Cependant, ces critères ne devraient en aucun cas être immuables et le juge devrait garder toute la discrétion requise pour apprécier au mérite chaque situation.
- Clarifier la loi de manière à autoriser le partage du reliquat d'une action collective avec un organisme à but non lucratif ayant agi comme représentant dans le dossier, lorsque ce partage est dans l'intérêt des membres.
- Maintenir les étapes et les critères d'autorisation de l'action collective dans leur forme actuelle.

Thursday, 30 September 2021

Mesdames, Messieurs,

L'Association canadienne des libertés civiles (l'ACLC) est un organisme de défense de droits de la personne du Canada. La défense des libertés fondamentales et celle du droit à l'égalité, à la dignité, à la sécurité et à la vie privée sont au cœur de sa mission. Depuis sa fondation en 1964, elle a défendu des droits importants devant les tribunaux, des comités parlementaires ou encore dans les salles de classe. Son engagement à défendre les droits de la personne et à promouvoir un système de justice équitable et accessible à toutes et tous est ce qui l'amène à participer à la consultation du Gouvernement du Québec sur le droit de l'action collective. Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion d'y participer.

L'action collective est, il n'y a aucun doute, un levier important de l'accès à la justice et aux droits de la personne. Ces concepts sont intimement liés ; en effet, les populations les plus à risque de voir leurs droits et libertés fondamentaux bafoués sont aussi celles pour lesquelles l'accès à la justice est notablement entravé. Depuis que le Québec s'est doté de ce mécanisme procédural novateur, de nombreuses causes importantes susceptibles d'être jugées, qui n'auraient pu être entendues n'aurait-ce été de l'action collective, ont été plaidées dans nos tribunaux. Leur liste s'allonge d'année en année, solidifiant la position de ce véhicule procédural comme un catalyseur de la défense des droits de la personne au Québec. Dans les dernières années seulement, plusieurs nouvelles demandes d'autorisations d'actions collectives ont été déposées au Québec, dont voici des exemples éloquents :

Droit à l'égalité :

- La demande d'autorisation *Sulaimon et al. c. Procureur général du Québec* (500-06-001084-207), déposée en juillet 2020 et présentement en appel, vise à dédommager les personnes mineures, ainsi que leurs parents et tuteurs, qui se sont vu refuser l'accès à la couverture du régime d'assurance-maladie de la RAMQ en raison du statut migratoire des parents.
- La demande d'action collective en dommages-intérêts (500-06-000967-196), déposée en 2019 par la Ligue des Noirs du Québec contre la Ville de Montréal, vise à dédommager les membres de communautés noires et culturelles ayant fait l'objet de profilage racial de la part du Service de Police de Montréal.
- L'action collective *Simon Lespérance c. Ville de Gatineau* (550-06-000027-129), vise à dédommager toute personne arrêtée par le Service de police de la Ville de Gatineau en 2012 lors de l'arrestation et de la détention de masse qui ont eu lieu après une manifestation tenue aux abords de l'UQO en soutien à la grève étudiante contre la hausse des frais de scolarité.

- La demande d'action collective (500-06-001021-191) opposant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) à la Commission scolaire de Montréal (CSDM). Cette dernière exige des candidats qu'ils remplissent un questionnaire médical de préembauche pour fournir des renseignements sur leur état de santé physique et psychologique, ce qui contrevient aux articles 10 et 18.1 de la Charte, et porte atteinte à leurs droits à la dignité et au respect de leur vie privée.

Droit des personnes autochtones :

- L'action collective se révèle être un moyen juridique très utile pour défendre les droits des personnes autochtones qui ont été placées dans différents types d'établissements fédéraux à la fin du 21^{ème} siècle. Ces dernières années, plusieurs demandes ont été déposées, dont *James Jonah c. Procureur général du Canada* (500-06-000999-199), déposée en décembre 2020, ou encore *Chef Régis Pénosway c. Procureur général du Canada et Royal & Sun Alliance du Canada* (500-06-001145-214), déposée début 2021.

Droit de la santé :

- L'action collective *Association pour l'accès à l'avortement c. Procureur général du Québec* (500-06-000158-028) a condamné le Gouvernement du Québec à rembourser les femmes qui ont dû déboursier de l'argent pour se faire avorter au Québec depuis 1999.

Droit des personnes incarcérées :

- Entendue en juin, l'action collective *George Michael Diggs c. Procureur général du Québec* (500-06-001094-206) vise à dédommager les personnes incarcérées dont les droits, notamment leurs libertés fondamentales, ont été violés par l'isolement disciplinaire qui leur a été infligé dans les prisons provinciales.
- L'action collective *Mathieu Barbeau c. Procureure générale du Québec* (500-06-000958-187) vise à dédommager les personnes conduites aux établissements de détention de Rivière-des-Prairies et de Bordeaux qui ont été fouillées à nu à leur arrivée au centre de détention et libérées après leur visiocomparution.
- L'action collective *Roger Léonard v. la Procureure générale du Québec* (500-06-000478-095) vise à dédommager les personnes fouillées à nu dans un établissement de détention au Québec alors qu'elles devaient être libérées en vertu d'une ordonnance du tribunal.

Nonobstant leur issue, ces causes soulèvent des questions préoccupantes pour les droits fondamentaux de personnes marginalisées au Québec et elles méritent de se faire entendre devant un tribunal ou de faire l'objet d'un règlement entre les parties. Les exemples de demandes cités ne représentent qu'une infime partie des questions juridiques actuelles qui méritent notre attention en

matière de droits de la personne ; dans les prochaines années, la popularité grandissante de l'action collective ainsi que les réflexions entreprises au sujet des manquements passés et présents de certains acteurs pourraient permettre des interventions judiciaires d'importance pour la défense des droits de la personne au Québec. De plus, nous ne pouvons passer sous silence le fait que l'action collective permet de présenter des actions en justice novatrices assorties de questions juridiques inédites et de leurs arguments subséquents qui contribuent grandement à l'avancement du droit québécois.

Pour que la défense de ces questions de droits de la personne soit possible, le seuil d'autorisation de l'action collective doit maintenir son caractère accessible. Toute modification proposée par le gouvernement québécois devrait viser à rendre plus accessible ce véhicule procédural afin qu'il puisse continuer à réaliser sa raison d'être. Évidemment, l'ACLC reconnaît que l'efficacité et la rapidité des procédures font partie d'un système de justice accessible ; or, une telle ligne directrice, prise hors d'un contexte visant à augmenter l'accès à la justice, pourrait mener à des conséquences désastreuses pour la défense des droits de la personne au Québec. Ainsi, l'ACLC rappelle que toute modification à un véhicule procédural dont la mise au point a été motivée par des problèmes d'accès doit viser à les résoudre et activement éviter d'y contribuer.

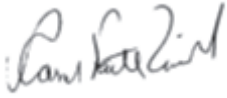
L'ACLC tient à souligner au gouvernement québécois le fait que l'accessibilité de la procédure de l'action collective vise ultimement à renforcer la primauté du droit. En effet, un système de justice accessible à tous et à toutes, indépendamment de son statut social et de ses ressources financières, est une partie importante de l'actualisation du principe que « nul ne peut se soustraire à la loi ». Ainsi, de par sa relation intrinsèque avec l'accès à la justice, l'action collective se révèle être un puissant véhicule pour cette valeur fondamentale de notre système de justice.

Finalement, l'ACLC s'inquiète que certaines des propositions avancées naissent en partie de l'inquiétude que soulèvent les mauvaises pratiques de certains avocats qui exercent dans ce domaine du droit. Nous ne pouvons nous empêcher d'observer que les demandeurs paieront le prix des écueils de leurs procureurs. Il est possible d'imaginer des interventions politiques qui découragent les pratiques peu scrupuleuses qui ne sont pas dans l'intérêt supérieur des membres sans affecter pour autant l'accessibilité de l'autorisation de l'action collective. Face aux pratiques douteuses de certains avocats, on devrait envisager des solutions visant à renforcer leurs responsabilités éthiques avant de songer à adopter des mesures qui auront un impact important sur l'accès à la justice.

En conclusion, l'ACLC espère avoir communiqué au gouvernement québécois l'importance de sa mission lors de la présente réforme. L'action collective comme moteur d'accès à la justice

et catalyseur de défense des droits de la personne est un objet de fierté du droit québécois, véritable pionnier au Canada dans le domaine. Les prochaines réformes doivent contribuer à la rendre encore plus accessible pour qu'elle continue sa mission de renforcer l'accès à la justice pour les personnes marginalisées susceptibles de voir leurs droits enfreints.

Cordialement,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Cara Zwibel', written in a cursive style.

Cara Zwibel, LL.B., LL.M.
Directrice, Programme des libertés fondamentales

2021-09-29

Proposition de l'Association des
banquiers canadiens soumise au
ministère de la Justice du Québec



Association des banquiers canadiens



Introduction

L'Association des banquiers canadiens (ABC) est heureuse de participer à la consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec. L'ABC est la voix de plus de 60 banques canadiennes et étrangères exerçant des activités au Canada qui contribuent à l'essor et à la prospérité économiques du pays et de leurs près de 280 000 employés, dont environ 44 000 au Québec.

L'ABC soumet par les présentes ses propositions et pistes de solutions à certaines des perspectives de réforme de l'action collective au Québec envisagées par le ministère de la Justice, suivant le mandat de recherche confié au Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal (Laboratoire). La présente réflexion ne se veut pas exhaustive à tous les enjeux touchant l'action collective, mais vise plutôt à cibler certains points importants, dont notamment les suivants :

- 1) L'autorisation devrait demeurer une étape distincte de l'instance principale;
- 2) Le critère de l'apparence de droit devrait être conservé au stade de l'autorisation;
- 3) Un critère distinct de proportionnalité pourrait être ajouté à l'autorisation; et
- 4) Les règlements doivent continuer de pouvoir être conclus à toute étape du dossier.

L'ABC peut offrir un apport et un point de vue constructifs, à la lumière des expériences québécoise ainsi que pancanadienne importantes en la matière des institutions financières membres de l'ABC. L'ABC a par ailleurs eu l'occasion de prendre connaissance du mémoire déposé par le Comité d'experts du Barreau du Québec (Comité) et note que ses représentations faites sur les points mentionnés ci-haut suivent essentiellement les mêmes orientations, l'ABC proposant cependant d'ajouter la proportionnalité à titre de critère distinct alors que le Comité ne prend pas position à ce sujet, soulignant néanmoins les avantages que l'ajout d'un tel critère pourrait apporter.

L'ABC dénote la réduction importante et généralisée des délais de traitement des dossiers au stade de l'autorisation au cours des trois dernières années, et ce, en dépit de leur nombre grandissant. La tenue d'auditions par plateformes technologiques, la gestion proactive des dossiers par tous les intervenants et l'augmentation du nombre de jugements rendus sur dossier¹ y ont grandement contribué. De plus, dans le district de Montréal, la création d'une équipe de juges spécialisés en la matière et l'implantation de directives visant l'audition des demandes d'autorisation dans un délai d'un an de leur dépôt ont démontré leur efficacité.

¹ Sur la base de représentations écrites des parties, mais sans audition.

L'ABC note d'ailleurs à cet égard les propos de l'ancien juge coordonnateur de la Chambre des actions collectives, l'honorable Pierre-C. Gagnon, dans une décision très récente procédant à une revue exhaustive des critères d'autorisation au Québec, tout en reconnaissant leur arrivée à maturité².

Ce constat fut d'ailleurs réitéré le 16 septembre 2021 par le juge coordonnateur de la Chambre des actions collectives, l'honorable Donald Bisson, à l'occasion de la conférence *Les enjeux pratiques des actions collectives*³. Le juge Bisson a souligné les succès connus par la Chambre de même que son efficacité depuis l'implantation, il y a trois ans, de la réforme applicable pour les districts de la Division d'appel de Montréal⁴. Les statistiques de la Chambre démontrent une réduction des délais de traitement des demandes d'autorisation au cours de cette même période, et ce, malgré une augmentation du nombre de dossiers⁵.

1. L'autorisation devrait demeurer une étape distincte de l'instance principale

Au point 4 de la consultation, il est indiqué que :

La proposition du Laboratoire consiste à amorcer l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation.

Concrètement, la procédure d'autorisation se traduirait ainsi :

- 1) Dépôt de la demande introductive d'instance;
- 2) Réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité;
- 3) Jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité;
- 4) Jugement au mérite.

1.1 L'importance d'autoriser l'action collective dans le cadre d'une étape distincte

L'ABC est d'avis que d'intégrer l'étape de l'autorisation de l'action collective à l'action principale n'est pas souhaitable ni opportun. L'action collective demeure un moyen procédural exceptionnel qui permet à une

² [17] Le droit applicable est stable présentement, en raison notamment d'arrêts récents de la Cour suprême qui considère injustifié de procéder à de profondes remises en question des critères d'autorisation d'une action collective au Québec. *Bernard c. Collège Charles-Lemoyne de Longueuil*, 2021 QCCS 3084, para. 17

³ *Webinaire offert par l'Association du Barreau canadien, Division du Québec*.

⁴ Près de soixante-quinze pour cent (75%) des nouvelles demandes d'autorisation sont déposées dans le district de Montréal.

⁵ On dénote d'ailleurs plus de cinq cents (500) dossiers actuellement actifs au Québec dans ce domaine tous statuts confondus.

personne d'agir, sans mandat, pour le compte de tous les membres d'un groupe dont elle fait partie⁶. Elle ne peut ainsi être exercée qu'avec l'autorisation du tribunal⁷.

Permettre au représentant d'agir d'emblée sans autorisation au nom des membres du groupe irait ainsi à l'encontre des fondements de l'action collective.

La phase de l'autorisation est assimilable à un processus de filtrage⁸, lequel a toute son importance. En effet, même si le seuil demeure peu élevé au stade de l'autorisation, il doit néanmoins être franchi, au même titre que dans le cadre du processus de « certification » applicable dans les autres provinces canadiennes, en Cour fédérale ou aux États-Unis.

Le jugement d'autorisation décrit pour sa part le groupe dont les membres seront liés par le jugement et désigne le représentant; il identifie les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent⁹. Le jugement d'autorisation joue ainsi un rôle déterminant afin de fixer les balises de l'action collective à être intentée. La définition des questions communes et de la composition du groupe sont des éléments fondamentaux pour le mérite et ne sauraient être décidées dans une simple conférence de gestion¹⁰.

Au surplus, il est difficile d'y voir un gain au niveau de la réduction des délais car le Rapport du Laboratoire suggère de toute manière une scission de l'instance, avec risque de dépôt systématique de demandes d'irrecevabilité, provoquant nécessairement auditions et délais.

1.2 Le statut du représentant

Nous sommes par ailleurs d'accord avec le Laboratoire qu'il n'y a pas lieu de retenir une procédure *ex parte* qui impliquerait que le juge procède à rencontrer le représentant, et ce, en excluant la présence de la partie défenderesse.

⁶ Article 571 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« C.p.c. »)

⁷ Article 574 C.p.c.

⁸ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, para. 7 *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, paras. 59 et 65; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3 para. 37

⁹ Article 576 C.p.c.

¹⁰ L'ABC est d'accord sur ce point avec le Laboratoire, voir Rapport du Laboratoire, page 67

En effet, la satisfaction du critère de l'article 575 (2) C.p.c. est tributaire de l'examen du recours individuel du représentant, en fonction des faits en présence et du droit applicable¹¹. Dans les cas où, par exemple, le représentant proposé entretient une relation d'affaires avec une partie défenderesse, comme son institution financière, la possibilité pour celle-ci de procéder sur permission à son interrogatoire¹² peut permettre d'apporter un précieux éclairage à la Cour quant aux enjeux à trancher, incluant sur la question de l'apparence de droit. La partie défenderesse apparaît être en effet en meilleure position qu'un juge pour déterminer les questions d'interrogatoire pertinentes à faire avancer le débat contradictoire, en fonction notamment des informations qu'elle peut posséder en lien avec le dossier lorsqu'il s'agit de son client.

2. Nécessité de conserver le critère de l'apparence de droit au stade de l'autorisation

Au point 4 de la consultation, il est indiqué que :

L'autorisation serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement seraient respectés :

- 1) Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- 2) La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;
- 3) Le membre auquel le tribunal entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

Tel qu'il appert du Rapport du Laboratoire, 70% des actions collectives rejetées au stade de l'autorisation le sont en raison du défaut de satisfaire le critère de l'apparence de droit¹³. Le Laboratoire reconnaît d'ailleurs à juste titre que ces statistiques « pourraient suggérer que le nombre de dossiers frivoles ou sans fondement en droit reste élevé au Québec. »¹⁴

Par conséquent, nous ne croyons pas que de retirer le critère de l'apparence de droit du processus d'autorisation soit à l'avantage de quiconque ou que cela favoriserait une saine administration des ressources judiciaires. En raison des impacts importants qu'entraînent les actions collectives sur les

¹¹ [*Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières \(OCRCVM\)*, 2015 QCCA 1820](#), para. 10; [*Whirpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206](#) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2019-08-08) 38341), para. 21

¹² Article 574 (3) C.p.c.

¹³ Article 575 (2) C.p.c.

¹⁴ Rapport du Laboratoire, page 23

parties, il n'est pas souhaitable de faire perdurer des procédures frivoles, sans fondement et/ou n'ayant aucune chance de succès. D'ailleurs, les avocats agissant en demande comptent aussi sur cette phase de filtrage afin de ne pas investir temps et ressources judiciaires dans un recours qui est ultimement voué à l'échec.

Les parties défenderesses ont aussi la faculté de ne pas s'opposer à l'autorisation suivant leur analyse des critères, réservant plutôt leur contestation du recours pour le mérite, et s'assurant ainsi de libérer des ressources judiciaires. C'est justement l'approche qu'ont retenue les institutions financières dans l'action collective relative aux frais NSF (*Defrance c. Banque de Montréal*) et qui fut favorablement reçue par le juge d'autorisation¹⁵.

Cela dit, certains dossiers se prêtent à une contestation du critère de l'apparence de droit, permettant de concilier l'accès souhaitable à la justice et le rôle de filtrage du processus d'autorisation, le tout afin de préserver un sain équilibre au niveau de l'utilisation des ressources judiciaires. Retarder systématiquement l'analyse de ce critère ne ferait, à notre sens, qu'alourdir les procédures et dénaturerait inutilement le processus d'autorisation.

À titre d'exemple, la Cour d'appel a récemment confirmé le rejet de la demande d'autorisation d'action collective relative aux dépassements ponctuels de la limite de cartes de crédit et aux frais inhérents (*Pilon c. Banque Amex du Canada*)¹⁶. En appliquant les enseignements de la Cour suprême, le plus haut tribunal de la province a ainsi validé le jugement de première instance rejetant le recours, en spécifiant que le juge pouvait répondre à ce stade à la question de droit posée par l'appelante et qu'il « n'aurait pas été dans une meilleure position après la présentation d'une preuve additionnelle puisque la demande pour autorisation comportait déjà, et à elle seule, toutes les propositions et allégations des faits utiles (alors tenus pour avérés). »¹⁷

Au même titre, la Cour supérieure a rejeté la demande d'autorisation d'action collective visant à faire déclarer illégales les clauses des contrats de prêt hypothécaire fermé à taux fixe en vertu desquelles les institutions financières prélèvent un montant supérieur à trois (3) mois d'intérêt lorsqu'un emprunteur choisit de rembourser par anticipation avant terme (*Haroch c. Toronto Dominion Bank*)¹⁸. La Cour a

¹⁵ *Defrance c. Banque de Montréal*, 2019 QCCS 144, para. 9 (recours visant les frais NSF parfois imposés par les banques)

¹⁶ 2021 QCCA 414, demande d'autorisation pendante à la Cour suprême

¹⁷ *Id.*, para. 17

¹⁸ 2019 QCCS 5649 (en appel)

déterminé que les arguments présentés par les demandeurs ne satisfaisaient pas le critère de l'apparence de droit et qu'il n'y avait pas lieu d'autoriser le recours.

Alors que l'un des objectifs de la consultation est d'augmenter l'efficacité du système de façon durable, il n'y a pas lieu de permettre à des dossiers sans cause défendable d'être autorisés, de participer à l'encombrement du système judiciaire et d'ultimement réduire son accessibilité aux justiciables québécois¹⁹.

3. Proportionnalité de l'action collective

Au point 3 de la consultation, il est indiqué que :

Le Laboratoire propose l'une ou l'autre de ces deux solutions :

- Codifier un principe de proportionnalité (en sus de l'article 18 du C.p.c.) applicable à toutes les étapes de l'action collective;
- Ajouter formellement la proportionnalité aux critères d'autorisation.

L'ABC est favorable à une plus grande considération de la proportionnalité à même les critères d'autorisation, notamment dans une optique d'harmonisation avec les critères de certification des provinces de *common law*.

L'objectif au cœur même de l'action collective est d'améliorer l'accès à la justice. Cet objectif n'est cependant pas atteint si son exercice même n'est pas judicieux, notamment si d'autres procédures moins contraignantes, plus expéditives et moins coûteuses permettent cet accès à la justice.

Le concept de proportionnalité « signifie que le litige doit être conforme aux principes de bonne foi et d'équilibre entre les parties et ne doit pas entraîner un abus du service public fourni par les institutions du système de justice civile »²⁰. L'ABC est d'avis qu'il serait avantageux d'ajouter un critère de proportionnalité, qui impliquerait de soulever d'une part, l'accès accru à la justice qu'offre l'action collective et, d'autre part, le coût du recours à cette procédure pour les parties et l'administration de la justice, dans un contexte où l'importance de questions individuelles pourrait générer une multitude de procès au stade du recouvrement.

¹⁹ Voir aussi à titre d'exemple la décision *Haroch c. Toronto Dominion Bank*, 2019 QCCS 5649 (en appel)

²⁰ *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 RCS 65, para.43

Tel que noté dans le Rapport du Laboratoire, « la proportionnalité (au sens large) et la préférabilité sont des principes interreliés »²¹. Le critère de préférabilité, appliqué dans l'ensemble des provinces de *common law* ainsi que par la Cour Fédérale au stade de la certification, s'interprète par le biais de la considération de l'économie judiciaire, de la modification des comportements et de l'accès à la justice²².

Le Rapport du Laboratoire fait spécifiquement référence au critère de préférabilité codifié en Ontario dans la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*²³, mais les commentaires précèdent les amendements effectués à cette loi en octobre 2020 introduisant de nouvelles exigences de "prédominance" et de "supériorité" au critère de préférabilité au stade de la certification²⁴.

Bien que l'Ontario est la seule juridiction canadienne ayant codifié un test aussi détaillé en ce qui concerne le critère de préférabilité, la Cour Fédérale et l'ensemble des provinces canadiennes, à l'exception du Québec, adoptent le critère de la préférabilité dans leur test de certification respectif.

Ainsi, dans un contexte de multiplication des actions collectives multiterritoriales, l'ABC est d'avis que d'introduire un critère de proportionnalité (lequel, tel qu'évoqué ci-haut, est interrelié au principe de préférabilité), pourrait être souhaitable afin de privilégier une harmonisation entre les critères permettant l'autorisation des actions collectives au Québec par rapport à ceux permettant la *certification* des actions collectives dans les provinces de common law ou en Cour Fédérale.

4. Les règlements doivent continuer de pouvoir être conclus à toute étape du dossier

Parmi les pratiques proposées et encouragées au point 2 de la consultation, l'ABC note que certaines apparaissent difficilement conciliables.

D'une part, le Laboratoire propose les pratiques suivantes, avec lesquelles l'ABC est en accord :

²¹ Rapport du Laboratoire, page 36

²² *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, paras, 24-38

²³ S.O. 1992, c.6

²⁴ La *Loi de 2020 pour un système judiciaire plus efficace et plus solide*, S.O. 2020, C. 11, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2020, a eu pour effet d'amender la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, chap. 6. Ces exigences, tirées des conditions de certification des recours collectifs de la règle 23 des Règles de procédure fédérales des États-Unis, demandent essentiellement au tribunal de conclure qu'un recours collectif n'est pas une procédure préférable pour faire avancer les réclamations du groupe, à moins que (a) les questions communes prédominent sur les questions individuelles et (b) qu'un recours collectif soit un moyen supérieur de faire avancer ces revendications par rapport à toute autre solution disponible. Ces exigences sont interprétées à la lumière du standard ontarien d'« une certaine base factuelle ».

- Encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier;
- Encourager les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive.

D'autre part, le Laboratoire propose ce qui suit :

- Encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu, en se méfiant des règlements trop précoces.

L'ABC est d'avis qu'il n'y a aucun motif qui supporte cette dernière suggestion.

Dans un premier temps, il est important de rappeler que tout règlement est soumis à l'approbation du tribunal, des avis devant notamment être envoyés aux membres avant l'audition sur l'approbation du règlement.

De plus, dans la mesure où l'économie judiciaire et les règlements à l'amiable sont encouragés²⁵, il semble contradictoire de contraindre les parties à aller de l'avant lorsqu'un tel règlement est envisageable au début des procédures, permettant non seulement d'éviter des coûts inutiles, mais de proposer une solution qui peut être avantageuse pour les membres visés.

Conclusion

Tel qu'expliqué ci-haut, s'il est vrai qu'il pourrait être souhaitable d'harmoniser le mécanisme d'autorisation de l'action collective au Québec avec le mécanisme de certification des autres provinces canadiennes et de la Cour Fédérale, il n'y a cependant pas lieu de procéder à une remise en question fondamentale et complète du mécanisme d'autorisation, notamment en raison des statistiques récentes de la Chambre des actions collectives qui démontrent que ces dossiers procèdent avec célérité et efficacité.

L'ABC est heureuse de pouvoir soumettre par les présentes ses observations et recommandations au ministère de la Justice du Québec quant au véhicule important que constitue l'action collective et souhaiterait être tenue informée de toute démarche subséquente visant à réformer ce domaine du droit au Québec.

²⁵ Voir notamment article 9(2) C.p.c.