



U.S. CHAMBER

Institute for Legal Reform

Perspective d'un horizon incertain

Recours collectifs au Canada 2011–2014

.....

MARS 2015



U.S. CHAMBER
Institute for Legal Reform

An Affiliate of the U.S. Chamber of Commerce

© U.S. Chamber Institute for Legal Reform, mars 2015. Tous droits réservés.

Cette publication ne peut être reproduite sous aucune forme, en tout ou en partie, sans l'autorisation écrite du U.S. Chamber Institute for Legal Reform. Veuillez envoyer toute demande d'autorisation à : Reprint Permission Office, U.S. Chamber Institute for Legal Reform, 1615 H Street, N.W., Washington, D.C. 20062-2000 (202.463.5724).

Table des matières

Sommaire	1
Contexte: le droit et la procédure en matière de recours collectifs au Canada	5
Critères de certification des recours collectifs	10
Procès sur les questions communes	28
Jugement sommaire	31
Règlements des recours collectifs	33
Honoraires des conseillers juridiques du groupe	36
Le Protocole sur la gestion des recours collectifs multijuridictionnels de l'Association du Barreau canadien	39
Financement des litiges par de tierces parties	42
Renonciation au recours délictuel et restitution des bénéficiaires	46
Étude des recours collectifs effectuée par la Commission du droit de l'Ontario	48
Conclusion	51

Préparé pour la *U.S. Chamber Institute for Legal Reform* par
John H. Beisner, Gary A. Rubin, Jordan Schwartz
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, S.E.N.C.R.L., Washington, DC

Gordon McKee, Will Morrison
Blake, Cassels & Graydon, S.E.N.C.R.L., Toronto, Ontario

Les auteurs tiennent à remercier Megan Smith, Hugh Atkin, Tom O'Brien, Derek Wong, Anna Bennett,
Nicole Henderson, Francis Rouleau et Patrick Lapierre pour leur collaboration à cet article.

Sommaire

Des signaux annonçaient récemment un éloignement de l'approche libérale adoptée de longue date par les tribunaux canadiens en matière de recours collectifs. En effet, certains tribunaux avaient commencé à examiner plus rigoureusement les groupes proposés, refusant à quelques reprises la certification de ces groupes dans des domaines où la quasi-totalité avait été certifiée auparavant. Ce changement était plus prononcé dans les recours portant sur les produits pharmaceutiques et les instruments médicaux, ainsi que dans les litiges portant sur la responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques.

Toutefois, au cours des dernières années, la plupart des indicateurs de cette tendance à un contrôle plus rigoureux se sont évaporés. En effet, les tribunaux canadiens ont plutôt renoué avec leur approche traditionnelle en faisant preuve d'une certaine souplesse dans l'application des critères relatifs à la certification. Bref, il est une fois de plus possible de parier avec relativement de certitude, et ce, dans de nombreux domaines, qu'un groupe proposé

à un tribunal canadien sera certifié si celui-ci est adéquatement délimité et présenté par les procureurs des demandeurs.

Au Canada, il n'existe aucune loi fédérale relative aux recours collectifs interprovinciaux¹. Chaque province et territoire établit son propre régime de recours collectifs, et comme nous le verrons ci-dessous, les différentes juridictions ont adopté des approches

“ [I] est une fois de plus possible de parier avec relativement de certitude, et ce, dans de nombreux domaines, qu'un groupe proposé à un tribunal canadien sera certifié si celui-ci est adéquatement délimité et présenté par les procureurs des demandeurs. ”

relativement distinctes. Par exemple, le Québec est depuis longtemps l'endroit le plus populaire pour intenter un recours collectif, et ce, parce que ses règles sont, pour la plupart, moins rigoureuses. D'autres juridictions n'ont tout simplement jamais adopté de règles formelles en matière de recours collectifs. Malgré ces différences, la Cour suprême du Canada a récemment confirmé que la certification à l'échelle nationale est régie par des normes peu exigeantes qui: mettent l'accent sur la forme du recours; ne requièrent pas la résolution par le tribunal des faits et des preuves contradictoires; et ne permettent pas une évaluation approfondie des complexités et des défis auxquels les demandeurs pourront faire face au moment du procès.

Selon la Cour, au stade de la certification, le fardeau de preuve est faible et ne nécessite qu'un certain «fondement factuel» pour rencontrer les critères de certification. Plus précisément, en ce qui a trait aux règles en vigueur au Québec, la Cour suprême a déclaré que l'audition quant à la certification est principalement destinée «à écarter les demandes frivoles» et doit être menée d'une manière compatible avec l'objectif primordial de faciliter les recours collectifs en tant que «moyen d'atteindre le double objectif de la dissuasion et de l'indemnisation des victimes».

Ce point de vue a été repris dans deux domaines au sein desquels, il y a seulement quelques années, certains tribunaux avaient montré plus de rigueur dans l'évaluation des groupes proposés. Pour les recours collectifs portant sur des produits pharmaceutiques et des instruments médicaux, les tribunaux ont

généralement recouru à une application souple des critères de certification, adoptant souvent une vision large de la définition de groupe et faisant fi des défauts des actes de procédures et de la preuve d'expert. Une tendance similaire s'était également développée dans le domaine de la responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques, un tribunal québécois ayant récemment autorisé le plus important recours collectif en matière environnementale dans l'histoire canadienne dans la cause *Deraspe c. Zinc Electrolytique de Canada Ltée*.

L'atmosphère de plus en plus favorable aux recours collectifs est également apparente dans d'autres domaines du droit. En droit de la concurrence, la Cour suprême du Canada a récemment statué que des acheteurs indirects pouvaient intenter des recours collectifs en vertu de la *Loi sur la concurrence* du Canada. Dans une trilogie de décisions, la Cour a précisé que ces recours sont viables et peuvent bénéficier d'un traitement collectif. Dans le domaine des valeurs mobilières, des décisions récentes ont établi que la *Loi sur les valeurs mobilières de l'Ontario* de 2005 pouvait, dans certaines circonstances, avoir une portée extraterritoriale, les tribunaux canadiens ne fermant pas la porte à la possibilité de se pourvoir de recours collectifs impliquant des transactions s'étant produites à l'extérieur des frontières canadiennes. Ces développements, conjugués aux affirmations récentes favorisant l'adoption de normes souples dans la certification des recours, mèneront certainement à une multiplication des recours collectifs devant les tribunaux canadiens.

Sans surprise, la forte probabilité de certification affecte la façon dont sont menés les recours collectifs au Canada, générant ainsi plusieurs développements importants pour les praticiens. Certains de ces développements – l'utilisation accrue de recours aux jugements sommaires, par exemple – profitent également aux défendeurs. Cependant, la plupart des développements constituent plutôt des changements indésirables qui risquent d'augmenter les abus dans la pratique des recours collectifs canadiens.

EN PREMIER LIEU, UN NOMBRE CROISSANT DE RECOURS COLLECTIFS SE RÉGLENT SUR LE FOND

Le nombre de recours collectifs se rendant à procès (c'est-à-dire les procès visant à résoudre les «questions communes» identifiées pour un groupe) est à la hausse, avec quelques succès notables pour les défendeurs. En effet, les procès (dans lesquels un juge – et non un jury – apprécie les faits) semblent être beaucoup plus susceptibles de procéder au Canada qu'aux États-Unis. Par ailleurs, les défendeurs ayant récemment gain de cause lors de l'utilisation de requêtes en jugement sommaire, ceux-ci risquent d'employer plus souvent ce type de requête particulièrement suite aux récents changements législatifs qui en permettent maintenant une utilisation élargie.

EN DEUXIÈME LIEU, LES RÈGLEMENTS DEMEURENT UNE MÉTHODE FRÉQUENTE AFIN DE RÉSOUDRE DES RECOURS COLLECTIFS

Toutefois, comme aux États-Unis, les tribunaux canadiens évaluent plus rigoureusement les règlements afin de s'assurer que les membres du groupe

en bénéficient de façon appropriée, en particulier dans les règlements qui incluent une distribution *cy-près* des sommes accordées. En outre, certains tribunaux sont de plus en plus sceptiques à l'égard des requêtes en approbation des honoraires des procureurs du groupe. Ils prennent davantage soin de garantir la proportionnalité entre ce que les procureurs reçoivent et la compensation effectivement remise aux membres du groupe. Les règlements multijuridictionnels de recours collectifs (c'est-à-dire les règlements impliquant des résidents de multiples provinces ou territoires) étaient auparavant très compliqués au Canada. Toutefois, ces règlements sont de plus en plus facilités par l'application du Protocole judiciaire canadien de gestion des recours collectifs multijuridictionnels de l'Association du Barreau Canadien (ABC).

LE FINANCEMENT DES LITIGES PAR DE TIÈRES PARTIES (FLTP) EST DE PLUS EN PLUS MONNAIE COURANTE AU CANADA, PARTICULIÈREMENT DANS LE CONTEXTE DES RECOURS COLLECTIFS

L'utilisation accrue du FLTP menace de saper l'efficacité du principe du «perdant payeur» adopté dans certaines juridictions afin de décourager les recours frivoles. Les tribunaux canadiens ont rejeté les arguments de type «champerty» pour freiner l'utilisation du FLTP dans les recours collectifs. Toutefois, dans certaines juridictions, particulièrement en Ontario, les tribunaux ont insisté pour que les accords de FLTP soient divulgués publiquement et approuvés par les tribunaux (basé sur le fait que ce type de financement est nécessaire à la promotion de l'accès aux tribunaux). Le fait de devoir se formaliser à cette transparence et à ce contrôle judiciaire

dans toutes les juridictions permettrait de réduire les risques engendrés par le FLTP, en particulier le risque que les bailleurs de fonds cherchent à satisfaire leurs propres intérêts financiers au détriment des intérêts des membres du groupe.

Les perspectives de changement les plus importantes au Canada dans le domaine des recours collectifs sont celles mises de l'avant par la décision du ministère du Procureur général de l'Ontario de procéder, par le biais de la *Commission du droit de l'Ontario (CDO)*, à un examen des expériences vécues sous la *Loi sur les recours collectifs de l'Ontario*, en vigueur depuis 20 ans. Les thèmes envisagés sont: (a) les raisons de la faible participation des membres du groupe dans les règlements; (b) l'efficacité procédurale des recours collectifs; (c) le financement des recours collectifs (y compris les questions soulevées par le financement des litiges par de tierces parties); (d) si le principe du «perdant-payeur» limite l'accès aux tribunaux; (e) si les recours collectifs

devraient être de nature davantage réglementaire (notamment en permettant la restitution des bénéficiaires); (f) le recours à la doctrine du *cy-près* et aux doctrines connexes; (g) les recours collectifs dans le domaine des valeurs mobilières; et (h) les recours collectifs nationaux. Bien que l'étude ne soit que l'examen par une province de ses propres procédures en matière de recours collectifs, ses conclusions et recommandations pourraient influencer les pratiques à l'échelle nationale; le projet de la CDO recevant beaucoup d'attention de la part des juristes canadiens.

Le but de cet article est d'examiner plus en profondeur ces changements notables. De plus, l'article fournit des commentaires sur les meilleures façons pour les entreprises confrontées à des recours collectifs au Canada de se défendre contre ces poursuites, ainsi que sur les possibilités de participer aux potentielles opportunités de réformes.

Contexte: Le droit et la procédure en matière de recours collectifs au Canada

Afin de comprendre les tendances actuelles, il est utile de comprendre les principes fondamentaux en matière de recours collectifs canadiens. Au Canada, contrairement aux États-Unis, il n'existe pas de procédure fédérale de recours collectif pour les types de réclamations généralement intentés de cette manière. Au contraire, la grande majorité des recours collectifs doivent être intentés devant des tribunaux provinciaux ou territoriaux.

Presque toutes les provinces canadiennes possèdent une législation formelle en vigueur en matière de recours collectif, mais la Cour suprême du Canada a jugé que les recours collectifs pouvaient être entrepris même dans les juridictions n'ayant pas de législation formelle².

Les recours collectifs sont intentés par un représentant pour le compte ou au bénéfice d'un groupe de personnes ayant des réclamations portant sur des questions communes. En septembre 2014, la Cour suprême du Canada a annulé un précédent ayant cours au Québec selon lequel un représentant devait être en mesure d'avoir une cause d'action contre tous les défendeurs nommés à l'action³. Ainsi, bien que le représentant des demandeurs au Québec (et dans certaines autres provinces) doit avoir qualité pour agir contre

au moins un défendeur dans une action, il n'est plus nécessaire qu'il ait qualité pour agir à l'encontre de tous les défendeurs⁴.

La législation autorisant les recours collectifs dans les différentes provinces permet généralement la résolution globale des questions communes aux membres du groupe, les questions individuelles devant pour leur part être traitées séparément. Toutes les provinces ont un régime «d'exclusion», selon lequel les personnes incluses dans un groupe défini feront partie du groupe à moins qu'elles ne prennent des mesures pour s'exclure dans un délai déterminé⁵.

Les objectifs déclarés des recours collectifs au Canada sont de permettre l'économie des ressources judiciaires, d'améliorer l'accès à la justice pour

ceux dont les revendications pourraient autrement ne pas être entendues et de dissuader les comportements fautifs. Cependant, les recours collectifs ne sont pas destinés à créer une nouvelle cause d'action; un recours collectif est un outil purement procédural conçu pour traiter de nombreuses réclamations potentielles en permettant à une ou plusieurs personnes d'intenter un recours au nom d'un groupe de personnes.

“ les recours collectifs ne sont pas destinés à créer une nouvelle cause d'action; un recours collectif est un outil purement procédural conçu pour traiter de nombreuses réclamations potentielles en permettant à une ou plusieurs personnes d'intenter un recours au nom d'un groupe de personnes. ”

Au Canada, des recours collectifs ont été intentés dans des domaines aussi variés que la responsabilité du fabricant, la contamination environnementale, la protection des consommateurs, les régimes de retraite, les valeurs mobilières, la concurrence, les services financiers, l'assurance, les mauvais traitements dans les pensionnats, l'inconduite policière et les conflits de travail.

Certification

Les recours collectifs sont intentés de la même manière que les recours ordinaires. Ils consistent en une ou plusieurs réclamations d'un groupe défini, composé de deux ou plusieurs membres, contre les défendeurs. Dans la plupart des provinces, le demandeur est tenu de présenter une requête pour permettre la poursuite de l'action en tant que recours collectif (une requête visant la «certification du groupe») après que l'action soit intentée. Au Québec, la requête en «autorisation» du recours collectif est faite avant que le recours ne soit déposé.

Les recours collectifs sont le plus souvent intentés dans trois provinces canadiennes: la Colombie-Britannique, l'Ontario et le Québec. Cette dernière, une juridiction de droit civil caractérisée par ses différences linguistiques et culturelles par rapport au reste du Canada, a historiquement été considérée comme le havre des recours collectifs en raison de son seuil peu élevé de certification et de l'impossibilité de déposer une preuve sur les questions de certification sans l'autorisation préalable du tribunal⁶.

Les critères spécifiques relatifs à la certification des recours collectifs varient, dans une certaine mesure, entre les provinces canadiennes de common law. Par contre, les cinq critères principaux sont: (1) il existe une cause d'action défendable; (2) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus; (3) les réclamations des membres du groupe soulèvent des questions communes; (4) le recours collectif est la procédure préférable pour le règlement juste et efficace des questions communes; et (5) le représentant des

demandeurs représente adéquatement et équitablement les intérêts du groupe, a produit un plan de litige réalisable pour faire avancer le recours au nom des membres du groupe, et n'a pas un intérêt dans les questions communes qui serait en conflit avec les intérêts d'autres membres du groupe. Le demandeur doit établir, à l'aide de preuves admissibles, qu'il existe un certain «fondement factuel» pour chacun de ces critères, sauf en ce qui concerne l'exigence d'une cause d'action défendable, cette dernière étant évaluée qu'en fonction des actes de procédure.

Au Québec, en revanche, les recours collectifs sont certifiés, ou «autorisés», si: (1) les réclamations des membres du groupe proposé soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes; (2) les faits allégués paraissent

justifier les conclusions recherchées; (3) la composition du groupe proposé rend difficile ou peu pratique de procéder par des actions sur mandat ou par une réunion d'actions, la question sous-jacente étant de savoir s'il est approprié de procéder par la voie d'un recours collectif; et (4) le représentant du groupe proposé est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe⁷. Aucune preuve ne peut être présentée sur une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif sans l'autorisation du tribunal.

Bien que le Québec ait parfois été perçu comme étant le havre des recours collectifs canadiens, les décisions récentes des tribunaux québécois ayant refusé d'autoriser des recours collectifs ont démontré une analyse plus stricte et plus approfondie de la réclamation personnelle

“ Bien que le Québec ait parfois été perçu comme étant le havre des recours collectifs canadiens, les décisions récentes des tribunaux québécois ayant refusé d'autoriser des recours collectifs ont démontré une analyse plus stricte et plus approfondie de la réclamation personnelle du représentant du groupe proposé et de sa participation dans les procédures, par rapport à l'analyse effectuée par les tribunaux dans les provinces de common law. ”

du représentant du groupe proposé et de sa participation dans les procédures, par rapport à l'analyse effectuée par les tribunaux dans les provinces de common law. Cependant, des décisions récentes de la Cour suprême du Canada risquent d'affecter l'approche globale des tribunaux québécois et de faciliter la certification des recours collectifs⁸.

Les différences majeures entre le seuil de certification propre au Québec et celui des autres provinces et territoires ont été mises en évidence, par la Cour suprême du Canada en janvier 2014, dans *Vivendi Canada, Inc. c. Dell'Aniello*⁹. Dans cette cause, des employés retraités contestaient la modification unilatérale des modalités du régime d'assurance maladie de Vivendi. Les employés retraités touchés par cette modification résidaient dans six provinces canadiennes. Par conséquent, il s'agissait d'un recours «national» pour lequel l'«autorisation» (l'équivalent de la certification) était recherchée au Québec. La Cour suprême a confirmé la décision de la Cour d'appel du Québec et autorisé le recours collectif.

En ce qui concerne le test relatif à l'autorisation du recours, la Cour suprême a confirmé dans *Vivendi* que l'existence d'une seule question «similaire» ou «connexe» de droit ou de fait (et non seulement une question «identique») s'appliquant à l'ensemble du groupe était suffisante pour autoriser le recours collectif, pourvu que cette question fasse progresser la résolution du litige pour tous les membres du groupe, et qu'elle n'ait pas un rôle insignifiant dans l'issue de l'affaire. La Cour suprême a ajouté qu'il n'était pas nécessaire que la question conduise à une réponse commune pour tous les membres du groupe.

La Cour suprême a observé qu'au Québec, le critère de «communauté de questions» est appliqué différemment que dans les provinces de common law¹⁰. Comme la Cour l'a expliqué, «le C.p.c. du Québec décrit ce critère en termes plus larges et plus flexibles que la loi ontarienne. En effet, cette dernière requiert non seulement l'existence de questions similaires ou connexes, mais également de «questions communes»¹¹. En effet, l'approche québécoise en matière de communauté de questions est moins exigeante que celle des autres provinces canadiennes¹².

La Cour suprême a en outre confirmé que, contrairement à l'approche adoptée dans les provinces canadiennes de common law, un juge saisi d'une requête pour autorisation au Québec doit autoriser le recours collectif lorsque tous les critères énumérés sont remplis, et ne devrait donc pas examiner la question à savoir si le recours collectif est un véhicule procédural approprié. De plus, contrairement à ce qui est pratique courante dans les provinces de common law, aucune preuve ne peut être présentée à l'appui de la requête pour autorisation du recours collectif sans l'autorisation du tribunal. Les tribunaux québécois procèdent néanmoins à une évaluation du bien-fondé de la réclamation individuelle du demandeur, telle que plaidée.

Si un groupe proposé est certifié, un avis du recours collectif doit être donné aux membres du groupe. Le procédure d'avis dépend de la taille et de la nature du groupe et peut aller de l'avis par courrier à la publication dans les médias. Un avis de l'ordonnance de certification est donné à tous les membres potentiels du groupe, et une période de temps est établie pour leur permettre de se retirer de la procédure s'ils le désirent.

Interrogatoires au préalable et procès

Une fois qu'un recours collectif est certifié, il procède, relativement aux questions communes, par le processus habituel de l'interrogatoire préalable¹³. Lors de cette étape, le défendeur a le droit d'interroger le représentant du groupe. Avec l'autorisation du tribunal, le défendeur peut également procéder à l'interrogatoire d'autres membres du groupe. En règle générale, le juge qui rend l'ordonnance de certification entend toutes les requêtes dans le cadre du recours collectif, jusqu'au procès sur les questions communes. Dépendamment de la province, ce même juge peut également être celui qui préside l'instruction des questions communes. Le jugement sur les questions communes lie tous les membres du groupe qui ne se sont pas exclus de la procédure, et toutes les résolutions par consentement d'un recours collectif certifié, tels les règlements ou les désistements, lient également les membres du groupe, à condition qu'elles soient approuvées par le tribunal.

La résolution des questions soulevées par un recours collectif peut exiger plus d'un procès. Le premier procès, sur les questions communes, permet de résoudre les questions certifiées comme étant communes au groupe. Dans certains cas, le procès portant sur les questions communes peut mener à une décision portant sur le droit à des dommages-intérêts globaux, ainsi que sur le quantum de ces dommages¹⁴. Dans de nombreux cas, une fois qu'une décision a été rendue sur les questions communes, une évaluation plus approfondie des réclamations individuelles peut s'avérer nécessaire (par exemple, sur les questions de causalité et de calcul des dommages). Le tribunal possède une large discrétion dans l'établissement de la méthode d'évaluation des réclamations individuelles, allant du dépôt de preuves de réclamations à la tenue de procès supplémentaires traitant des questions individuelles. La méthode d'évaluation retenue par le tribunal prend en considération les faits de chaque dossier, le montant des dommages et la nature et l'étendue des questions en litige. Dans certains cas, les tribunaux peuvent ordonner un troisième procès afin d'évaluer les dommages-intérêts punitifs (le cas échéant) après que le tribunal ait octroyé des dommages-intérêts compensatoires lors de la phase des procès individuels.

Critères de certification des recours collectifs

Historiquement, les tribunaux provinciaux canadiens ont adopté une approche souple en matière de certification des recours collectifs. Cependant, en octobre 2010, une publication du U.S. Chamber Institute for Legal Reform faisait remarquer que plusieurs décisions refusant la certification de recours collectifs qui portaient sur des produits pharmaceutiques et instruments médicaux ainsi que sur la responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques reflétaient l'adoption d'une approche plus critique par les tribunaux et suggéraient que la certification de ces recours devenait de moins en moins évidente¹⁵.

Alors qu'une poignée de décisions en 2010-2011 ont poursuivi cette tendance, des décisions plus récentes en matière de certification font plutôt état d'un retour à une plus grande souplesse dans l'application des critères de certification. En bref, les décisions refusant la certification sont de nouveau devenues peu fréquentes et ce, dans de nombreux domaines. Ci-dessous, nous discutons de ces tendances récentes en matière de certification (et des décisions qui les affectent) au sein de quatre domaines ayant subi une activité substantielle en matière de recours collectifs ces dernières années: les produits pharmaceutiques et instruments médicaux¹⁶,

les recours en responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques, les litiges antitrust et les poursuites portant sur les valeurs mobilières.

Décisions portant sur des produits pharmaceutiques et instruments médicaux

2009-2012: UNE LUEUR D'ESPOIR POUR LES DÉFENDEURS

Historiquement, les tribunaux canadiens ont adopté une approche souple en matière de certification dans le domaine des produits pharmaceutiques et instruments

médicaux. Cependant, en 2009, la Cour d'appel de la Saskatchewan rendait la décision *Wuttunee c. Merck Frosst Canada Ltée* qui semblait modifier cette approche, du moins pour certains tribunaux canadiens¹⁷. Dans *Wuttunee*, une cause impliquant le médicament d'ordonnance Vioxx, la Cour d'appel de la Saskatchewan infirmait la certification d'un recours qui avait été basé en partie sur une question commune visant à déterminer si Vioxx pouvait causer ou aggraver des maladies cardiovasculaires ou gastro-intestinales¹⁸. Les détracteurs de la décision du tribunal de première instance avaient fait valoir qu'en acceptant comme question commune celle de savoir si le Vioxx *pouvait* causer des conditions *soit* cardiovasculaires *soit* gastro-intestinales, le tribunal de première instance avait effectivement nié toute exigence de «communauté de questions». La Cour d'appel était du même avis et infirma la certification du recours¹⁹. Selon la Cour d'appel, «il semble clair, du moins, que la demande de dommages-intérêts pour préjudice personnel par rapport à des blessures ou des troubles gastro-intestinaux est complètement étrangère à celle selon laquelle Vioxx augmenterait le risque d'événements cardiovasculaires, et a, en effet, une base factuelle distincte [notre traduction]»²⁰. Quelques tribunaux de première instance se sont subséquemment basés sur *Wuttunee* afin de refuser la certification dans des cas de responsabilité du fabricant²¹.

Bien qu'un certain nombre de poursuites portant sur la responsabilité du fabricant ait été certifiées comme recours

collectifs au Canada après *Wuttunee*, l'espoir des défendeurs a été ravivé en mai 2012 lorsque la Cour supérieure de l'Ontario a refusé la certification d'un recours collectif à l'échelle nationale à l'encontre d'AstraZeneca, relativement au médicament antipsychotique Seroquel, et en février 2013, lorsque la Cour divisionnaire de l'Ontario a confirmé ce jugement dans une décision orale rendue sur le banc. Dans *Martin c. AstraZeneca Pharmaceuticals PLC*²², les demandeurs recherchaient la certification d'un groupe composé de «toutes les personnes au Canada s'étant fait prescrire et ayant consommé Seroquel [notre traduction]»²³. Les demandeurs alléguaient qu'AstraZeneca et deux autres sociétés avaient négligemment conçu, fabriqué et commercialisé Seroquel, et n'avaient pas adéquatement indiqué les risques liés à la prise de ce médicament. La Cour supérieure de l'Ontario avait rejeté la requête en certification en concluant, entre autres, qu'une des questions communes des demandeurs – à savoir si Seroquel pouvait entraîner un gain de poids, le diabète, et d'autres préjudices – n'était pas susceptible d'être prouvée à l'échelle du groupe. Le tribunal de première instance avait également jugé la preuve pharmacologique amenée par l'expert des demandeurs irrecevable sur la base d'un manque de qualifications médicales de l'expert²⁴. Le refus de la Cour de certifier le cas du Seroquel était surprenant puisque, quelques années plus tôt, la Cour avait accordé la certification d'un recours portant sur un cas similaire impliquant un médicament de la même classification (Zyprexa)²⁵.

2012 ET AU-DELÀ: UN RETOUR À LA TRADITION

Malheureusement pour les défenseurs, les tribunaux canadiens, du moins dans les provinces de common law, semblent avoir renoué avec leur approche traditionnelle et ne pas avoir adopté le raisonnement établi dans *Wuttunee* et *Martin*. Des décisions récentes reflètent ce retour à une certaine souplesse dans l'application des critères relatifs à la certification, accordant peu de poids aux arguments portant sur la définition du groupe, la communauté de questions et la preuve d'expert.

“ Des décisions récentes reflètent ce retour à une certaine souplesse dans l'application des critères relatifs à la certification, accordant peu de poids aux arguments portant sur la définition du groupe, la communauté de questions et la preuve d'expert. ”

Il n'y a probablement pas de meilleure illustration de cette tendance qu'en Ontario, où l'approche *Martin* relative à la certification a eu peu d'influence. Par exemple, dans *Parker c. Pfizer Canada, Inc.*²⁶, les demandeurs alléguaient que Pfizer ne les avait pas avertis des effets secondaires possibles de l'utilisation du médicament Champix. Plutôt que de refuser la certification d'emblée, ce que le tribunal avait fait dans *Martin*, le tribunal

de première instance a remédié aux défauts contenus dans les procédures des demandeurs afin de satisfaire aux normes de certification propres à l'Ontario. Tout d'abord, bien qu'il ait jugé que la définition proposée du groupe était excessive parce qu'elle comprenait des consommateurs qui n'avaient pas souffert des effets secondaires de Champix, le tribunal a modifié la définition du groupe proposé en spécifiant que les membres devaient avoir subi un effet secondaire, plutôt que de simplement refuser la certification du recours. De plus, la Cour a modifié la liste des questions communes soumise par les demandeurs, plutôt que de refuser la certification du recours sur cette base. Bien que le tribunal, dans *Parker*, n'ait pas accordé la certification du recours sur la base des actes de procédures et des documents de certification tels que rédigés, le tribunal n'a pas non plus suivi le raisonnement dans *Martin*, décision rendue quelques mois auparavant, qui avait plutôt refusé la certification du recours. En aidant les demandeurs à certifier leur recours, le tribunal, dans *Parker*, a établi un précédent qui pourrait, s'il est suivi, se traduire par une augmentation des cas où la certification est accordée. *Parker*, jugement qui était fortement attendu suite au jugement rendu dans *Martin*, laissait croire que l'approche *Martin*, quant à la certification, serait de courte durée.

Quelques décisions plus récentes de l'Ontario ont également écarté l'approche *Martin* qui prônait un examen minutieux des recours proposés. Par exemple, dans *Crisante c. DePuy Orthopaedics Inc.*²⁷, la Cour supérieure de l'Ontario a certifié un recours collectif à l'échelle nationale pour le compte de particuliers résidant au Canada (sauf en Colombie-

Britannique et au Québec) s'étant fait implanter l'un ou l'autre de deux systèmes de remplacement de la hanche ASR. Les demandeurs alléguaient principalement que les défendeurs avaient été négligents dans la conception et la fabrication des dispositifs et avaient omis de les avertir de manière adéquate des risques liés à la sécurité – c'est-à-dire que les dispositifs avaient un taux de rejet et de reprise chirurgicale plus élevé que la normale²⁸. Les défendeurs ont vigoureusement contesté la requête en certification, faisant valoir que la définition du groupe proposé était excessive, que les questions communes des demandeurs ne pouvaient être analysées à l'échelle du groupe, et qu'une gestion coordonnée des recours serait une procédure préférable. Le tribunal a rejeté l'ensemble de ces arguments, concluant que les demandeurs avaient rencontré leur fardeau. En ce qui concerne la définition du groupe, les défendeurs ont fait valoir que celui-ci devait être limité à ceux qui avaient été tenus de subir une reprise chirurgicale – par exemple, les personnes qui ont dû subir une seconde intervention chirurgicale pour remplacer leurs hanches artificielles²⁹. La Cour a rejeté cet argument, en s'appuyant sur le fait que «la définition d'un implant (plutôt qu'une reprise chirurgicale) [notre traduction]» avait été acceptée dans un certain nombre de recours relatifs aux instruments médicaux³⁰. Le tribunal a également rejeté l'argument des défendeurs à l'égard des questions communes, en acceptant, avec peu d'analyse, que la preuve d'expert des demandeurs suggérant des «défauts de conception» dans les dispositifs et une «défaillance dans l'avertissement» fournissait «un certain fondement factuel» pour soutenir une question commune en

ce qui concerne la violation alléguée de l'obligation de diligence [notre traduction]³¹.

Ces décisions de l'Ontario sont compatibles avec la trajectoire récente prise par les tribunaux de la Colombie-Britannique. Plus particulièrement, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et les tribunaux de première instance de la Colombie-Britannique semblent avoir déterminé que la certification est la norme dans ces types de cas – et non pas l'exception – et ceux-ci ont souvent résisté à la tentation d'examiner la preuve d'expert au stade de la certification.

“ [L]a Cour d'appel de la Colombie-Britannique et les tribunaux de première instance de la Colombie-Britannique semblent avoir déterminé que la certification est la norme dans ces types de cas – et non pas l'exception – et ceux-ci ont souvent résisté à la tentation d'examiner la preuve d'expert au stade de la certification. ”

Par exemple, en juin 2012, dans *Stanway c. Wyeth Canada inc.*³², la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la certification d'un groupe de consommateurs alléguant que l'hormone médicamenteuse Premarin de Wyeth Canada engendre le cancer du sein. En confirmant la décision du tribunal inférieur, la Cour d'appel a rejeté les arguments du

défendeur selon lesquels le tribunal inférieur avait: (1) ignoré certaines preuves réfutant un lien entre Premarin et le cancer; (2) certifié un groupe dont la portée temporelle était ingérable; et (3) permis une réclamation en vertu de la *Loi sur les pratiques commerciales et la protection des consommateurs* (BPCPA) qui était trop large. Le panel de trois juges a expliqué que le juge de première instance «a observé à juste titre qu'il n'y avait pas lieu de comparer ou de soupeser les avis d'experts, contrairement à l'argument de Wyeth selon lequel elle aurait dû se livrer à un «contrôle minutieux» des opinions d'experts [notre traduction]»³³. En ce qui concerne l'assertion du défendeur selon laquelle la période couverte par le groupe, établie à 27 ans, était ingérable en raison de l'évolution des connaissances scientifiques, la Cour d'appel a expliqué qu' «une solution potentielle serait le développement de sous-groupes [notre traduction]»³⁴. Si, au final, cette solution s'avérait «ingérable», la Cour d'appel a estimé que la certification pourrait être révoquée³⁵. Finalement, la Cour d'appel a également rejeté l'argument de Wyeth qui prétendait que la question de savoir si son comportement avait violé le BPCPA était excessive et impossible à résoudre à l'échelle du groupe. Ce faisant, la Cour a estimé que les demandeurs avaient «allégué ce qui équivaut à une conduite trompeuse», basée en grande partie sur l'omission de divulguer des informations liées à la sécurité du médicament, et qui pourrait être évaluée en fonction de preuves communes et à l'échelle du groupe³⁶.

En décembre 2012, la Cour suprême de Colombie-Britannique (un tribunal de première instance) a adopté une approche similaire dans *Bartman c. GlaxoSmithKline*,

inc., en certifiant un groupe de personnes dont les enfants étaient atteints de malformations congénitales prétendument causées par leur ingestion du médicament antidépresseur Paxil³⁷. Les demandeurs alléguaient que GlaxoSmithKline avait omis de les avertir de manière adéquate du risque de malformations congénitales associées à la prise du médicament. Le tribunal a accordé la requête des demandeurs et a certifié plusieurs questions communes, incluant celle de savoir si Paxil pouvait causer ou augmenter la probabilité d'anomalies congénitales et si GSK avait omis d'avertir de manière adéquate les consommateurs du risque de malformations congénitales. Tout au long de son analyse, le tribunal a refusé de soupeser les preuves contradictoires mises de l'avant par les parties ou de sonder la preuve d'expert avec un quelconque degré d'examen³⁸. Alors que ce dossier suit son cours, les tribunaux devront se pencher sur la meilleure façon d'aborder, dans un seul procès, les questions de causalité générale et individuelle³⁹.

En janvier 2013, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé le seuil peu élevé nécessaire à la certification des recours collectifs. Dans *Jones c. Zimmer GMBH*⁴⁰, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision d'un tribunal inférieur de certifier un recours collectif contre le fabricant et distributeur d'une prothèse de hanche connue sous le nom de Coupe Durom. Parmi les questions que le tribunal inférieur avait certifiées comme étant communes à tous les membres du groupe se trouvait celle de savoir si la Coupe Durom était défectueuse ou impropre à l'usage prévu. La Cour d'appel a confirmé la conclusion du tribunal inférieur selon laquelle l'obligation de démontrer

«une certaine base factuelle» pour soutenir les questions communes n'en était pas une difficile à rencontrer (et avait en l'espèce été respectée⁴¹), et a constaté que la question commune de la causalité générale ferait avancer le litige de manière significative⁴².

Cependant, le 22 janvier 2015, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé de certifier un recours collectif contre Apotex inc. et Abbott Laboratories Ltée.⁴³ Dans cette affaire, les demandeurs alléguaient que la prise du médicament sibutramine (vendu par Abbott sous le nom de marque Meridia), un antidépresseur également utilisé pour la perte de poids, pouvait conduire à une augmentation des risques d'incidents cardiovasculaires, notamment des crises cardiaques et des accidents vasculaires cérébraux. La Cour d'appel a statué que, lorsque des demandeurs proposent de certifier une question commune portant sur un lien de causalité, il doit y avoir certaines preuves que la question peut être résolue à l'échelle du groupe. Conformément aux décisions émanant de la Colombie-Britannique abordées ici haut, la Cour a noté qu'il était suffisant de démontrer une méthodologie par laquelle la causalité générale peut être prouvée, et ce, même s'il existe des preuves d'experts contradictoires concernant l'interprétation de certaines preuves. Les preuves d'experts contradictoires ne devraient pas être soupesées à l'étape de la certification. Toutefois, la Cour a déclaré que, dans cette affaire, il n'y avait aucune preuve d'une méthodologie pour établir que le groupe dans son ensemble, par opposition à ceux à qui on avait prescrit à tort de la sibutramine malgré des antécédents de maladie, avait été affecté ou mis en danger par la consommation de la sibutramine.

Contrairement aux tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, les tribunaux du Québec, au cours des dernières années, n'ont pas certifié une proportion aussi élevée de recours en responsabilité relativement à des instruments médicaux ou des produits pharmaceutiques. Bien que les tribunaux québécois examinent de plus près la réclamation personnelle du représentant du groupe au stade de l'autorisation, cette tendance plus récente, dans les cas d'instruments médicaux et produits pharmaceutiques, représente une divergence par rapport à la pratique antérieure des cours québécoises à l'égard de ces types de recours en responsabilité délictuelle. L'examen accru des revendications du représentant du groupe a donné lieu récemment à plusieurs jugements ayant refusé la certification de recours collectifs relativement à des médicaments et des instruments médicaux selon les motifs suivants: (1) le requérant n'était pas un représentant approprié pour le groupe; et (2) le recours collectif proposé ne répondait pas au critère d'«apparence de droit» en raison, entre autres, de l'absence d'une cause d'action valide⁴⁴.

Recours en responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques

En 2010, les défendeurs entretenaient l'espoir qu'une décision de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador élaborerait une approche plus prudente relativement à la certification de recours liés au domaine de la responsabilité liée à l'exposition à des substances toxiques. Dans l'affaire *Dow Chemical co. c. Ring*⁴⁵, la Cour d'appel a infirmé la certification d'un groupe composé de résidents d'une base militaire qui prétendaient que l'utilisation d'herbicides par

le gouvernement avait causé le lymphome. À la suite de cette décision, certains ont spéculé qu'une lignée de décisions suivant *Wuttunee* pourrait devenir dominante dans le domaine de la responsabilité liée à l'exposition à des substances toxiques. Cependant, cette tendance ne s'est pas matérialisée. En fait, les décisions récentes en Nouvelle-Écosse et au Québec ont pris des directions différentes; le Québec réaffirmant sa tradition visant à certifier l'ensemble des groupes en matière d'exposition à des substances toxiques. Il reste à voir si les prochaines décisions de la Cour suprême du Canada suivront la décision du Québec au détriment de celle de la Nouvelle-Écosse.

LE QUÉBEC EN VOIE DE DEVENIR UN HAVRE POUR LES RECOURS COLLECTIFS EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

Les tribunaux québécois ont ignoré les appels visant à resserrer la certification dans le contexte de la responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques. Plus particulièrement, en 2012, la Cour supérieure du Québec a autorisé un recours collectif en matière environnementale réclamant

900 millions de dollars en dommages-intérêts découlant d'une émission de gaz toxique provenant d'une raffinerie⁴⁶. Le recours, qui représente le plus grand recours collectif environnemental jamais certifié au Canada⁴⁷, a été intenté au nom de toutes les personnes qui, dans certaines zones géographiques, ont subi des préjudices corporelles à la suite d'une exposition au gaz. Les efforts précédents de la demanderesse afin de faire autoriser un groupe avaient échoué parce que sa définition était trop vague et que les questions individuelles (par exemple la faute, le préjudice et les dommages) prédominaient sur les questions communes⁴⁸. La demanderesse a par la suite présenté une nouvelle requête en autorisation, accordée par la Cour supérieure du Québec, qui a jugé que le nouveau groupe proposé était suffisamment limité dans sa portée géographique et temporelle. La Cour a également conclu que les questions communes étaient suffisantes, tout en reconnaissant le caractère individualisé de la causalité et des dommages réclamés. L'autorisation par la Cour de cet énorme recours collectif suggère que des

“ Les tribunaux québécois ont ignoré les appels visant à resserrer la certification dans le contexte de la responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques. Plus particulièrement, en 2012, la Cour supérieure du Québec a autorisé un recours collectif en matière environnementale réclamant 900 millions de dollars en dommages-intérêts découlant d'une émission de gaz toxique provenant d'une raffinerie. ”

modifications mineures à une proposition de groupe profondément défectueuse peuvent suffire pour obtenir l'autorisation, du moins devant les tribunaux québécois. C'est donc sans surprise que le Québec a été proclamé «la place de choix pour intenter des recours collectifs en matière environnementale.⁴⁹»

LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE AVORTE UN LARGE RECOURS COLLECTIF EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE

Le climat entourant les recours collectifs en matière de responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques a suivi une tendance différente en Nouvelle-Écosse. En 2011, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (un tribunal de première instance) a certifié un large recours collectif intenté par les résidents de Sydney contre les gouvernements du Canada et de la Nouvelle-Écosse découlant de la contamination des propriétés, et des risques liés à la santé des demandeurs, causés par les émissions de fours à coke et d'aciéries⁵⁰. Les demandeurs ont réclamé l'assainissement et l'élimination des contaminants, ainsi qu'un programme de suivi médical afin de déterminer les effets de la contamination sur la santé⁵¹. Le tribunal a certifié des réclamations en matière de négligence, nuisance, intrusion, batterie, violation du devoir fiduciaire et de responsabilité absolue. En permettant le recours collectif, le tribunal a jugé qu'il existait des questions communes relativement à l'existence, à la source et à l'effet de l'émission des contaminants sur les personnes ou sur les propriétés des membres du groupe proposé⁵². La Cour a estimé que «la forte critique par les défendeurs des questions communes proposées est incompatible avec le fardeau

des demandeurs d'identifier les questions importantes pour chaque membre du groupe et qui feront substantiellement progresser le litige [notre traduction]»⁵³. En outre, la Cour a également conclu que l'assainissement et le suivi médical se prêtaient à l'administration d'une preuve à l'échelle du groupe⁵⁴. En bref, le tribunal a jugé qu'un recours collectif serait la procédure préférable pour le règlement juste et efficace du différend, et a conclu que les demandeurs avaient rencontré chacune des exigences statutaires nécessaires à la certification⁵⁵.

La décision du tribunal de la Nouvelle-Écosse avait des implications potentiellement importantes pour le développement de la responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques dans cette province. La certification par le tribunal d'une réclamation en matière de batterie est particulièrement remarquable, car elle aurait pu ouvrir la voie aux procureurs des demandeurs de contourner le précédent canadien remettant en question la pertinence des recours collectifs alléguant des dommages corporels causés par les polluants⁵⁶. La même chose pourrait être dite de la façon dont la Cour a traité la requête des demandeurs concernant le suivi médical; un remède qui n'est traditionnellement pas reconnu par les tribunaux canadiens⁵⁷. Comme un juriste canadien le remarquait, une demande de suivi médical est «purement spéculative» et risque d'«entraîner une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé envers un groupe indéterminé [notre traduction]»⁵⁸.

Cependant, en décembre 2013, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse est venue infirmer cette décision et annuler

l'ordonnance de certification⁵⁹. La Cour d'appel a conclu que les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action valide à l'égard de la responsabilité absolue⁶⁰, de l'intrusion⁶¹, et de la batterie délictuelle⁶², et a constaté que les trois autres causes du recours - négligence, nuisance et violation de devoir fiduciaire - n'avaient pas créé de questions communes suffisantes pour rencontrer les critères de certification. Elle a conclu que la seule question commune était de savoir si les défendeurs avaient déchargé des contaminants, mais que pour les réclamations en matière de nuisance, la responsabilité était nécessairement un problème individuel qui nécessitait une enquête sur la façon dont chaque membre du groupe a utilisé sa propriété et sur la mesure dans laquelle les contaminants auraient substantiellement causé des dommages à la propriété elle-même⁶³. En conséquence, la Cour d'appel a conclu que le recours collectif n'était pas le recours préférable parce qu'il servirait uniquement à déterminer une question commune qui ne ferait pas progresser de manière significative les revendications des membres du groupe au procès, et que les questions individuelles domineraient la question commune⁶⁴. La Cour d'appel n'a cependant pas examiné la question de la viabilité de la revendication en suivi médical.

Les demandeurs ont réclamé un réexamen de l'appel après que deux décisions en matière de recours collectifs aient été rendues par la Cour suprême du Canada - *AIC Limitée c. Fischer*, traitant du test pour déterminer le meilleur moyen de régler les questions communes, et *Vivendi Canada, inc. c. Dell'Aniello*, examinant l'argument des questions communes. La Cour d'appel a rejeté la demande au motif qu'elle n'avait pas compétence pour l'entendre, et a noté que les demandeurs avaient déjà demandé l'autorisation d'interjeter appel de la décision devant la Cour suprême du Canada, demande qui demeure en suspens à ce jour.

Litiges antitrust

Bien que la jurisprudence canadienne en matière de recours collectif dans le domaine du droit de la concurrence soit inconsistante, les décisions récentes de la Cour suprême du Canada dans une trilogie de recours antitrust présagent une mer agitée pour les défendeurs faisant face à des recours collectifs en matière de concurrence au Canada. Dans une série très attendue de décisions, la Cour suprême a statué que les recours collectifs antitrust institués par des acheteurs indirects sont des recours viables en vertu de la *Loi sur la concurrence* du Canada si les demandeurs peuvent établir qu'ils ont subi des dommages.

“ Dans une série très attendue de décisions, la Cour suprême a statué que les recours collectifs antitrust institués par des acheteurs indirects sont des recours viables en vertu de la *Loi sur la concurrence* du Canada si les demandeurs peuvent établir qu'ils ont subi des dommages. ”

En 2011, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rendu des décisions importantes dans deux affaires antitrust intentées par des demandeurs qui cherchaient à représenter des catégories d'acheteurs indirects – par exemple des personnes qui auraient été lésées par l'achat de produit à un détaillant ou à un grossiste plutôt que directement auprès du fabricant. Le groupe proposé dans *Sun-Rype Products Ltd c. Archer Daniels Midland Co*⁶⁵ était composé d'acheteurs directs et indirects qui prétendaient avoir subi des dommages parce que, alléguaient-ils, la défenderesse aurait fixé le prix du sirop de maïs à haute teneur en fructose utilisé dans la composition des boissons et des bonbons produits pour la consommation. Dans *Pro-Sys Consultants Ltd c. Microsoft Corp*⁶⁶, le groupe était composé d'utilisateurs indirects alléguant que Microsoft était impliquée dans divers types de comportement anticoncurrentiel qui lui permettait de demander un prix excessif pour ses produits. Dans ces deux recours, les tribunaux de première instance ont ordonné la certification des groupes proposés, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est venue infirmer ces décisions en arguant que les acheteurs indirects n'avaient aucune cause d'action en dommages-intérêt en vertu de la *Loi sur la concurrence*⁶⁷.

Dans les deux causes, la Cour d'appel a estimé que les demandeurs, en tant qu'acheteurs indirects, n'avaient pas réussi à faire valoir une cause d'action défendable, en s'appuyant sur une décision de la Cour suprême du Canada dans *Kingstreet Investments Ltd c. Nouveau-Brunswick (Finances)*⁶⁸. *Kingstreet* est un cas de restitution dans lequel la Cour suprême du Canada a décidé qu'un défendeur ne

peut diminuer sa responsabilité envers ceux qui ont payé une surcharge illégale en établissant que tout ou partie de celle-ci a été transmis à d'autres⁶⁹. La Cour d'appel a conclu qu'avec *Kingstreet*, les acheteurs indirects à qui une surcharge aurait été transmise ne pouvaient détenir une cause d'action, car cela pourrait entraîner une perspective de double responsabilité pour les défendeurs– c'est-à-dire une responsabilité envers les acheteurs directs et indirects⁷⁰.

La même question a été examinée par la Cour d'appel du Québec, qui en est arrivée à la conclusion opposée, dans l'arrêt *Option Consommateurs c. Infineon Technologies*⁷¹. Dans cette affaire, les demandeurs ont intenté un recours collectif pour fixation des prix au nom de membres d'un groupe issu du Québec à l'encontre de fabricants étrangers de mémoire vive dynamique, un type de puce mémoire à semi-conducteur couramment installée dans les appareils électroniques comme les ordinateurs, les serveurs et les téléphones cellulaires. Le groupe englobait les acheteurs tant directs qu'indirects, et la Cour d'appel du Québec a statué que les demandes d'acheteurs indirects étaient recevables en vertu de la *Loi sur la concurrence*⁷². Le tribunal a retenu l'opinion dissidente dans les affaires *Pro-Sys* et *Sun-Rype*, déterminant que les défendeurs dans *Option consommateurs* ne courraient pas le risque d'une double indemnisation parce que le recours collectif proposé était limité à une «perte globale unique malgré le mélange d'acheteurs directs et indirects dans le groupe⁷³». Alors que la question de la transmission des pertes des acheteurs directs aux acheteurs indirects était complexe et ne devait pas être sous-estimée, la Cour d'appel du Québec a décidé qu'elle devrait

être abordée au procès et non au stade de l'autorisation⁷⁴.

Chacune de ces affaires ont été portées devant la Cour suprême du Canada, qui a entendu les plaidoiries le 17 octobre 2012. Après un an de délibérations, la Cour suprême a finalement rendu ses décisions dans ces trois causes le 31 octobre 2013, jugeant que, sous la *Loi sur la concurrence*, les acheteurs indirects pouvaient demander une indemnisation sur une base collective s'ils étaient en mesure d'établir qu'ils avaient subi un préjudice⁷⁵. La Cour suprême a autorisé les recours collectifs dans *Pro-Sys* et *Option Consommateurs*, mais a rejeté le recours dans *Sun-Rype* sur le motif qu'il n'y avait pas de méthode objective pour identifier l'appartenance au groupe. Comme la Cour l'a expliqué, «le problème en l'espèce tient au fait que les acheteurs indirects ne seront pas en mesure de savoir si l'article qu'ils ont acheté contenait ou non du [sirop de maïs à haute teneur en fructose], même s'ils connaissent le nom des produits en cause.⁷⁶»

Avant d'aborder le bien-fondé de la certification dans ce type de cas, la Cour a examiné en détail les critères applicables à la certification au Canada, en précisant que «le seuil... est peu élevé.⁷⁷» Selon cette norme, le tribunal doit se concentrer sur la forme de l'action pour déterminer si elle peut se poursuivre de manière appropriée en tant que recours collectif⁷⁸ et s'abstenir de se pencher sur le «fond» des réclamations sous-jacentes⁷⁹. L'approche canadienne à la certification ne permet pas une évaluation approfondie des complexités et des défis auxquels les demandeurs peuvent faire face en établissant leur cause lors du procès⁸⁰. La Cour a également confirmé que le fardeau

de preuve est faible, ne nécessitant qu'une «certaine base factuelle» pour établir les critères de certification (autre que l'exigence de cause d'action); le tribunal n'est pas obligé de résoudre des faits contradictoires et des preuves à l'étape de la certification⁸¹. Plus précisément, en ce qui concerne les règles en vigueur au Québec, la Cour observe que le rôle de la Cour est d'«écarter[r] simplement les demandes frivoles et autorise[r] celles qui satisfont aux exigences relatives au seuil de preuve et au seuil légal prévus» pour la certification⁸². Selon la Cour suprême, «le fardeau en est un de démonstration et non de preuve».⁸³ La Cour a souligné qu'une telle norme facilite «l'exercice des recours collectifs comme moyen d'atteindre le double objectif de la dissuasion et de l'indemnisation des victimes⁸⁴».

La Cour suprême a ensuite traité de la question de savoir si ces réclamations antitrust satisfaisaient aux exigences canadiennes en matière de certification. En ce qui concerne les questions communes, la Cour a déterminé que les différences importantes, par exemple les divergences entre les acheteurs directs et indirects dans *Infineon Technologies*, n'étaient pas suffisantes pour saper l'unité du groupe. Selon la Cour, les questions communes de faute et de responsabilité l'emportaient sur les différences entre les types d'acheteurs. La Cour a statué que, bien que la méthodologie adoptée par un expert «doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l'exigence d'une question commune⁸⁵», les demandeurs ne doivent pas démontrer un préjudice réel à l'étape de la certification. Selon la Cour, les autres exigences – c'est-à-dire que les faits allégués justifient les conclusions

recherchées⁸⁶ étaient également satisfaites. Étant donné le seuil peu élevé imposé pour obtenir la certification, les allégations énoncées dans les requêtes en certification suffisaient à établir une inférence de faute, de responsabilité et de préjudice.

Notamment, sur la question du préjudice, la Cour suprême a approuvé le point de vue adopté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Infineon* (qui, comme *Option consommateurs*, traitait de la fixation des prix des puces mémoires), estimant que les recours collectifs antitrust sont possibles lorsque la présumée augmentation des prix se répercute sur les acheteurs indirects. Ce faisant, la Cour suprême a refusé de suivre l'approche de la Cour suprême des États-Unis dans *Illinois Brick Co. c. Illinois*⁸⁷. Selon la Cour suprême, «les actions d'acheteurs indirects peuvent offrir le seul moyen de recouvrer la surcharge et d'assurer la dissuasion [notre traduction]»⁸⁸. Par exemple, la Cour a estimé que les acheteurs directs peuvent être réticents à tenter des recours contre ceux qui fixent les prix de peur que de tels recours compromettent les «bonnes relations d'affaires» entre les parties⁸⁹. En outre, de l'avis de la Cour, les défendeurs dans l'affaire *Infineon*, qui a impliqué tant les acheteurs directs qu'indirects, ne couraient pas le risque d'une double

indemnisation «puisque les acheteurs directs et indirects seraient réunis dans un même groupe qui présenterait une seule et même réclamation collective visant une perte globale [notre traduction]»⁹⁰. Enfin, en matière de représentation, la Cour suprême a estimé que tout conflit d'intérêts potentiel entre acheteurs directs et indirects est supplanté par l'intérêt commun des membres du groupe d'établir leur droit à l'indemnisation.

Ces décisions auront un profond impact sur le paysage des recours collectifs en matière de concurrence au Canada, ouvrant les portes des palais de justice à un volume de plus en plus élevé de recours collectifs antitrust. En outre, ces décisions risquent d'encourager les recours collectifs transfrontaliers parallèles au Canada et aux États-Unis. Malgré «les divergences de fond et de procédure dans les lois antitrust des deux pays, la coopération transfrontalière dans le domaine des recours antitrust n'a pas été entravée [notre traduction]»⁹¹. Contrairement aux tribunaux canadiens, les tribunaux américains «permettent une enquête plus étendue dans la procédure de précertification [notre traduction]»⁹². En conséquence, certains demandeurs canadiens ont réussi à obtenir des informations obtenues lors d'interrogatoires hors-cour aux États-Unis dans l'espoir

“ À la lumière de l'opinion de la Cour suprême du Canada selon laquelle la certification doit être régie par un seuil «peu élevée», il va de soi que les avocats de demandeurs canadiens tenteront d'exploiter les règles libérales américaines en matière d'interrogatoire au préalable dans l'espoir de préparer des recours collectifs parallèles dans les provinces canadiennes.”

d'étayer leurs réclamations présentées devant les tribunaux canadiens⁹³. À la lumière de l'opinion de la Cour suprême du Canada selon laquelle la certification doit être régie par un seuil « peu élevée », il va de soi que les avocats de demandeurs canadiens tenteront d'exploiter les règles libérales américaines en matière d'interrogatoire au préalable dans l'espoir de préparer des recours collectifs parallèles dans les provinces canadiennes.

Au-delà de l'augmentation anticipée des recours collectifs antitrust, les décisions de la Cour suprême influenceront sans doute l'ensemble du spectre des recours collectifs, notamment par le fait d'avoir confirmé ce « seuil peu élevé » requis à l'étape de la certification des recours. Par conséquent, en plus d'ouvrir la porte à de nouveaux recours collectifs intentés par des acheteurs indirects (sans mentionner la présentation de requêtes en certification renouvelées dans des causes pendantes), les défendeurs visés par des recours collectifs au Canada peuvent s'attendre à la continuation, voire à l'augmentation, des recours basés sur ces précédents.

Recours en valeurs mobilières

RECOURS INTENTÉS EN VERTU DE LA LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES ONTARIENNE DE 2005

En 2009, la communauté juridique a accordé une attention considérable à *Silver c. IMAX Corp.*⁹⁴, la première affaire intentée en vertu de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario qui a été modifiée en 2005 afin de créer une responsabilité pour la divulgation de déclarations inexactes sur le marché secondaire des titres. Dans *Silver*, le tribunal a certifié un groupe ayant

des revendications de common law en déclarations inexactes, et ce, même si les demandeurs ont plaidé que seuls les représentants du groupe s'étaient fiés à ces déclarations⁹⁵. Dans *McKenna c. Gammon Gold, inc.*⁹⁶, une autre décision grandement attendue impliquant des réclamations en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*, le tribunal a refusé de certifier les réclamations de common law en déclarations inexactes, concluant que le fait de s'être fié aux déclarations était un élément essentiel d'une telle demande et que les tribunaux ont généralement conclu que les allégations de déclarations inexactes et négligentes donnent lieu à des questions individuelles quant au fait de s'être fié sur de telles déclarations, faisant ainsi en sorte qu'elles sont inappropriées à la certification⁹⁷.

Depuis 2012, les tribunaux de l'Ontario ont davantage déterminé les contours de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Plus précisément, ils ont examiné la portée territoriale de cette loi ainsi que ses exigences en matière d'autorisation de poursuivre.

APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA LOI

Des décisions récentes des tribunaux de l'Ontario ont confirmé que la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario pouvait avoir une portée extraterritoriale. Par exemple, dans *Abdula c. Canadian Solar Inc.*, un résident de l'Ontario avait intenté un recours collectif au Canada, basé sur des déclarations inexactes relativement à des valeurs mobilières, contre une entreprise canadienne et deux de ses dirigeants et administrateurs, et ce, même si les actions de la société étaient listées à la Bourse NASDAQ des États-Unis⁹⁸. Le tribunal de première instance a rejeté la requête de la

partie défenderesse demandant le rejet de la demande, constatant que la société se qualifiait en tant qu' «émetteur responsable » en vertu de l'article 138.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. Le tribunal est arrivé à cette conclusion en partie parce que la société avait été constituée au Canada et poursuivait des affaires en Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision, estimant que «l'application extraterritoriale de la loi est spécifiquement envisagée par la définition d' «émetteur responsable » référant aux émetteurs ayant un «lien réel et substantiel» avec l'Ontario [notre traduction]»⁹⁹. Cette approche quant à la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario est en contraste flagrant avec la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Morrison c. National Australian Bank Ltd.*, ayant déterminé que les dispositions de l'article 10 (b) de la *Securities Exchange Act* de 1934 et la Règle 10b-5 ne s'étendaient pas aux transactions de valeurs mobilières à l'extérieur de États-Unis¹⁰⁰. Alors que certains prédisent qu'*Abdula* incitera à davantage de recours collectifs contre des émetteurs de valeurs mobilières étrangers, une décision plus récente de la Cour d'appel de l'Ontario pourrait avoir l'effet inverse¹⁰¹.

Récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a réaffirmé la portée extraterritoriale de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Dans ce processus, la Cour d'appel a cependant donné aux défendeurs un outil puissant pour faire rejeter ces types de recours collectifs. Dans *Kaynes c. BP*, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'un recours collectif concernant des valeurs mobilières achetées sur une bourse étrangère aurait dû être suspendu sur la base du *forum non conveniens*¹⁰². Dans cette affaire, la demanderesse a intenté un recours

collectif pour le compte de résidents canadiens ayant acheté des titres de BP entre 2007 et 2010 - indépendamment du lieu où ces valeurs avaient été acquises¹⁰³. Le demandeur avait acheté ses actions sur une bourse américaine. La Cour supérieure de l'Ontario a rejeté la contestation de BP quant à la compétence juridictionnelle de la Cour¹⁰⁴. En appel, en s'appuyant sur *Abdula* et en refusant de suivre l'approche adoptée aux États-Unis, la Cour d'appel de l'Ontario a convenu que le tribunal de première instance avait compétence pour se saisir du recours collectif¹⁰⁵. Néanmoins, la Cour d'appel a décidé que le tribunal de première instance aurait dû refuser d'exercer sa compétence en se fondant sur la doctrine du *forum non conveniens*. Selon la Cour, d'autres juridictions étaient mieux à même de décider du sort du litige, notamment le Royaume-Uni et les États-Unis¹⁰⁶. Dans le cadre de son analyse, la Cour d'appel a expliqué qu' «aux États-Unis, il y a un régime bien établi de recours collectifs concernant les déclarations inexactes sur le marché secondaire des titres [...] et qu'un recours collectif est présentement en instance aux États-Unis sur la base d'allégations très similaires, couvrant sensiblement la même période, et comprenant les revendications de tous les actionnaires de BP, y compris le demandeur, qui ont acheté leurs actions sur une bourse américaine [notre traduction]»¹⁰⁷. Appliquant les principes de courtoisie et reconnaissant qu'il est sage «d'éviter la multiplicité des procédures» la Cour d'appel a statué que l'action aurait dû être suspendue sur la base du *forum non conveniens*¹⁰⁸.

L'arrêt de la Cour d'appel est conforme à une décision de 2013 de la Cour supérieure de l'Ontario dans *Silver c. IMAX*¹⁰⁹, un

recours collectif impliquant des titres achetés sur les bourses canadiennes et américaines. Dans cette affaire, la Cour supérieure a limité un groupe déjà certifié afin de n'inclure que les investisseurs ayant acheté leurs actions sur le marché canadien, excluant ainsi les actionnaires qui avaient utilisé le NASDAQ pour acquérir leurs actions et pour qui un règlement avait déjà été approuvé par un tribunal de New York dans un recours collectif similaire intenté aux États-Unis. La Cour supérieure a conclu que le fait de retirer ces acheteurs du NASDAQ de la classe canadienne était en accord avec l'exigence du « meilleur moyen de régler les questions communes » prévue par la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, et a constaté que cela n'aurait pas d'impact négatif sur l'accès à la justice pour ceux qui avaient acheté leurs actions sur la bourse canadienne puisqu'ils s'étaient faits offrir un règlement proportionnel à celui offert aux acheteurs du NASDAQ aux États-Unis.

Les décisions *Abdula* et *Kaynes* ont sans aucun doute établi la portée extraterritoriale de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, marquant une rupture fondamentale avec l'approche plus restreinte suivie aux États-Unis. Toutefois,

la décision plus récente dans *Kaynes* donne aux défendeurs un outil puissant pour faire rejeter ce type de procédures dans les cas où d'autres juridictions seraient plus à même de traiter des réclamations en cause. Il reste à voir si l'autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada sera accueillie dans *Kaynes* et, le cas échéant, si la décision de la Cour d'appel sera confirmée.

INTERPRÉTATION LARGE DES EXIGENCES DE LA LOI SUR LES VALEURS MOBILIÈRES DE L'ONTARIO EN MATIÈRE D'AUTORISATION DE POURSUIVRE

Les tribunaux de l'Ontario se sont également penchés, au cours des trois dernières années, sur les exigences de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario en matière d'autorisation de poursuivre. Plusieurs décisions de 2012 ont donné aux défendeurs l'espoir que les tribunaux examinent rigoureusement les requêtes d'autorisation de poursuivre un recours collectif en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. Cet espoir a été de courte durée, toutefois, puisque des décisions plus récentes ont confirmé que l'autorisation de poursuivre un recours collectif en vertu de la *Loi sur les valeurs*

“ Les décisions *Abdula* et *Kaynes* ont sans aucun doute établi la portée extraterritoriale de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, marquant une rupture fondamentale avec l'approche plus restreinte suivie aux États-Unis. Toutefois, la décision plus récente dans *Kaynes* donne aux défendeurs un outil puissant pour faire rejeter ce type de procédures dans les cas où d'autres juridictions seraient plus à même de traiter des réclamations en cause. ”

mobilières de l'Ontario est évaluée selon un examen sommaire. Cette exigence d'autorisation de poursuivre pourra être examinée par la Cour suprême du Canada dans un appel discuté plus en profondeur ci-dessous.

Dans *Gould c. Western Coal Corporation*, les demandeurs ont intenté un recours collectif contre le défendeur, alléguant que celui-ci avait créé une crise financière afin de dégonfler artificiellement le prix de ses actions dans le but que la société puisse augmenter sa participation à une fraction de la valeur réelle des actions¹¹⁰. La poursuite a été intentée en vertu de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. Or, afin d'éviter des plaintes frivoles, les demandeurs sont tenus d'obtenir l'autorisation du tribunal avant d'intenter un recours en vertu de la partie XXIII.1. Jusqu'à 2012, les plaignants devaient satisfaire à un seuil peu élevé pour obtenir cette autorisation; les tribunaux de l'Ontario accordant généralement l'autorisation de façon routinière¹¹¹. Cette pratique a cependant radicalement changé dans *Gould*, où la Cour suprême de l'Ontario a rejeté la requête en autorisation des demandeurs sur le motif que ceux-ci ne pouvaient démontrer une possibilité raisonnable de succès.

Malgré sa reconnaissance d'un seuil peu élevé pour l'obtention d'une autorisation selon la partie XXIII de la loi, le tribunal, dans *Gould*, a déterminé que ce seuil impose néanmoins un fardeau significatif pour les demandeurs. Dans cette affaire, les parties avaient fourni des preuves d'experts contradictoires, que la Cour a soigneusement analysées. Selon le tribunal, il n'y avait «aucune possibilité raisonnable» que le juge du procès accepte

la preuve d'expert des demandeurs plutôt que celle de la défenderesse¹¹². Le tribunal a également refusé de certifier la réclamation des demandeurs alléguant la conspiration, déterminant que «quoiqu'une requête en certification soit procédurale et ne comprenne pas une analyse sur le fond, elle ne doit toutefois pas ignorer le fait que la pierre angulaire de la réclamation ait été jugée insuffisante [notre traduction]»¹¹³.

La Cour supérieure de l'Ontario a rendu une décision similaire dans *Green c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, dans laquelle les demandeurs alléguaient des réclamations en responsabilité liées au marché secondaire et des réclamations de common law contre la Banque Canadienne Impériale de Commerce (CIBC)¹¹⁴. Les demandeurs, actionnaires de la CIBC, ont allégué que, entre 2007 et 2008, la Banque CIBC et quatre de ses hauts dirigeants auraient déformé et/ou omis de divulguer l'exposition de la CIBC au marché hypothécaire résidentiel américain, y compris son exposition aux prêts hypothécaires à risque; ce qui aurait gonflé artificiellement le prix des actions de la banque. Le tribunal a rejeté la requête en autorisation des demandeurs à l'égard des revendications statutaires, déterminant que le délai de prescription de trois ans énoncé dans la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario leur était fatidique. Le tribunal a fondé cette partie du jugement sur une décision de la Cour d'appel de l'Ontario qui avait interprété le délai de prescription pour l'introduction de requêtes en vertu de la partie XXIII.1¹¹⁵. Selon cette interprétation, les réclamations doivent être intentées dans les trois années suivant la date présumée de la divulgation d'informations inexactes (ou dans le cas d'une omission de divulgation,

dans les trois années suivant la date à laquelle la divulgation aurait dû être faite). Dans *Green*, le tribunal a également refusé la certification des réclamations de common law pour déclarations inexactes, déterminant que de telles allégations devaient établir une preuve que les demandeurs se sont fiés aux déclarations, preuve qui ne pouvait être administrée à l'échelle du groupe. Le tribunal a expliqué qu' «il n'existe aucune autorité pour appuyer la proposition selon laquelle «la fraude sur le marché » ou la théorie de «marché efficace » pouvait remplacer la nécessité de prouver la confiance [*reliance*] individuelle [notre traduction]»¹¹⁶.

La décision *Gould* semble être la première dans laquelle un tribunal a refusé une autorisation en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario parce que les demandeurs n'ont pas réussi à démontrer une possibilité raisonnable de succès¹¹⁷. Les décisions dans cette affaire et dans l'arrêt *Green* devant les tribunaux inférieurs ont encouragé les défendeurs visés par des recours collectifs en matière de valeurs mobilières à contester les requêtes en autorisation de poursuivre. Toutefois, dans l'appel de l'arrêt *Green*, et dans deux cas semblables, la Cour d'appel de l'Ontario a déterminé que sa décision antérieure interprétant le délai de prescription était incorrecte, et a infirmé la décision du tribunal inférieur refusant l'autorisation de poursuivre¹¹⁸. Ce faisant, la Cour d'appel de l'Ontario a par la même occasion examiné les critères en matière d'autorisation de poursuivre en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. La Cour d'appel a déclaré que la «possibilité

raisonnable» de réussite du recours pour l'octroi de l'autorisation exigée par la loi est la même norme que celle appliquée pour déterminer si les actes de procédure révèlent une cause d'action dans le test de certification prévu par la *Loi sur les recours collectifs*. Cependant, la Cour d'appel a reconnu que les éléments de preuve pour les tests d'autorisation et de certification ne sont pas les mêmes¹¹⁹. La Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario en août 2014¹²⁰, et cet appel a été entendu au début de 2015. Bien que, plus récemment, dans des décisions de 2014, les tribunaux de l'Ontario aient réitéré que le critère d'autorisation pour tenter des poursuites en matière de recours collectifs en déclarations inexactes sur les valeurs mobilières n'est pas difficile à rencontrer, la Cour d'appel a tout de même confirmé un refus d'autorisation de poursuivre. En effet, dans sa décision sur la requête des demandeurs pour autorisation et certification dans *Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund c. Celestica inc.*¹²¹, la Cour supérieure de l'Ontario avait déclaré que «le critère d'autorisation en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario est peu élevé, et que le fardeau de la preuve est également faible [notre traduction]»¹²². Cependant, dans *Bayens c. Kinross Gold Corporation*¹²³, la Cour d'appel de l'Ontario a plutôt statué que le juge des requêtes avait correctement appliqué le test d'autorisation de *Green c. CIBC* en refusant l'autorisation de poursuivre une réclamation pour déclarations inexactes sur le marché secondaire¹²⁴.

DÉCISIONS CONCERNANT LES VALEURS MOBILIÈRES ÉMANANT DE D'AUTRES JURIDICTIONS

L'Ontario n'est pas la seule province canadienne à subir des développements significatifs dans le domaine des recours collectifs en valeurs mobilières. Par exemple, en juillet 2013, la Cour d'appel du Québec a appliqué le test pour l'octroi d'une autorisation en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec dans l'affaire *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc*¹²⁵. Suivant la tendance développée en Colombie-Britannique, la Cour d'appel a indiqué que ce test imposait un seuil plus élevé que celui de la certification d'un recours collectif. Le test d'autorisation formulé par la Cour d'appel du Québec exige une preuve réelle et suffisante pour démontrer la possibilité raisonnable de succès du demandeur. En février 2014, la Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel du Québec et pourrait ainsi fournir des indications sur le test d'autorisation de poursuivre.

Enfin, tout résumé des développements récents en matière de recours collectifs en valeurs mobilières au Canada ne serait pas complet sans une discussion de la

décision rendue par la Cour suprême du Canada en décembre 2013 dans *AIC Limitée c. Fischer*¹²⁶. Dans cette affaire, la Cour suprême a jugé que le règlement des procédures réglementaires par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) - qui comprenait un paiement important par les défendeurs aux investisseurs sur la base de l'évaluation par la CVMO du gain illégal des défendeurs - n'a pas protégé les défendeurs contre un recours collectif en valeurs mobilières.

La décision *Fischer* ne s'est basée que sur un seul des cinq critères du test de certification applicable dans les provinces de common law; celui de déterminer si un recours collectif est le meilleur moyen pour la résolution des questions communes. Les tribunaux canadiens ont longtemps soutenu que cette question devait être examinée à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif: l'économie judiciaire, la dissuasion et l'accès à la justice.

Dans *Fischer*, la Cour suprême a précisé que «l'accès à la justice» comprend à la fois une composante procédurale et une composante substantive et a établi un test en cinq parties pour déterminer si un recours collectif servira l'objectif de l'accès à la justice lorsque des procédures alternatives

“ [D]ans *AIC Limitée c. Fischer*. Dans cette affaire, la Cour suprême a jugé que le règlement des procédures réglementaires par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) - qui comprenait un paiement important par les défendeurs aux investisseurs sur la base de l'évaluation par la CVMO du gain illégal des défendeurs – n'a pas protégé les défendeurs contre un recours collectif en valeurs mobilières. ”

sont ou ont été disponibles: (1) Quels sont les obstacles à l'accès à la justice? (2) Dans quelle mesure le recours collectif permet-il d'éliminer ces obstacles? (3) Quelles sont les procédures alternatives à un recours collectif? (4) Dans quelle mesure ces procédures alternatives permettent-elles de surmonter les obstacles à l'accès à la justice? (5) Comment se différencient ces deux procédures?

La comparaison des deux procédures vise à déterminer si, selon la preuve, le recours collectif est la procédure préférable afin d'éliminer les obstacles procéduraux et substantifs à l'accès à la justice. Sur cette dernière question, le tribunal doit également tenir compte des coûts et des avantages

propres aux recours collectifs par rapport à ceux de la procédure alternative envisagée.

Cet arrêt pourrait avoir des conséquences importantes pour les recours collectifs impliquant des procédures réglementaires parallèles (tels que les valeurs mobilières, les régimes de retraite et les recours en matière de concurrence). La Cour suprême a défini un cadre d'analyse visant à déterminer si, et quand, ces procédures réglementaires pourraient prévoir un mécanisme de règlement des différends adéquat qui exclurait les recours collectifs. L'issue de la décision dans cette affaire n'augure rien de bon pour les arguments similaires mis de l'avant dans d'autres cas.

Procès sur les questions communes

Bien que, comme ailleurs, la grande majorité des recours collectifs certifiés au Canada se terminent par un règlement (quoique les montants soient significativement plus petits qu'aux États-Unis), un certain nombre de recours collectifs procède à l'étape du procès sur les questions communes¹²⁷. Cette probabilité, lorsqu'impliqué dans un recours collectifs, accroît l'importance d'une argumentation précise et d'une analyse juridique judicieuse de la formulation des questions communes.

Les questions communes alléguées doivent être encadrées de manière équitable et d'une façon compatible avec les éléments juridiques appropriés de la cause sous-jacente à l'action, c'est-à-dire d'une manière qui ne prédéterminera pas injustement l'issue du procès.

Selon les meilleures statistiques disponibles sur les procès en matière de recours collectifs, plus de 90 procès sur les questions communes ont eu lieu à travers le pays¹²⁸. La grande majorité a été intentée au Québec, la province détenant

la plus ancienne législation en matière de recours collectifs. Un des plus importants recours collectifs dans cette province est en instance depuis mars 2012. Ce recours, intenté au nom d'environ un million de fumeurs de tabac au Québec, réclame plus de 17 milliards de dollars à trois grands fabricants de tabac canadiens¹²⁹. Le groupe est défini comme incluant les personnes qui auraient subi des dommages à la suite d'une utilisation des produits du tabac, ainsi que celles qui prétendent avoir développé une dépendance à ces produits. «Plus de

“ Selon les meilleures statistiques disponibles sur les procès en matière de recours collectifs, plus de 90 procès sur les questions communes ont eu lieu à travers le pays. La grande majorité a été intentée au Québec, la province détenant la plus ancienne législation en matière de recours collectifs. ”

27 000 documents ont été présentés et 78 témoins ont été appelés à témoigner sur un total de plus de 234 jours de procès [notre traduction]»¹³⁰. Des observateurs judiciaires à travers le Canada prévoient que le verdict, qui ne devrait pas tomber de sitôt, sera porté en appel devant la Cour d'appel du Québec¹³¹.

Dix-sept procès sur les questions communes de recours collectifs, d'une durée de 3 à 146 jours, ont eu lieu en Ontario. Parmi les décisions sur les questions communes rendues dans cette province, les cas les plus médiatisés comprennent :

- (a) *Kerr c. Danier Leather*, un procès de 44 jours portant sur des allégations de déclarations inexactes sur des valeurs mobilières. Les demandeurs ont eu gain de cause au procès, mais la décision de première instance a été infirmée en appel. Cette décision ne portait pas sur le bien-fondé de la certification du groupe. Au contraire, la Cour suprême du Canada a statué, entre autres, qu'il n'y avait pas d'obligation continue de mettre à jour un prospectus pour des changements de faits survenus au cours de la distribution des titres. Pour cela et pour d'autres raisons, les défendeurs ne pouvaient pas être tenus responsables¹³².
- (b) *Smith c. Inco*, un procès de 45 jours alléguant la nuisance dans un cas de contamination de l'environnement dans lequel les demandeurs ont eu gain de cause à procès, mais dont la décision de première instance a été infirmée en appel. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le défendeur n'était pas responsable du type de préjudice allégué par les demandeurs, et que le groupe n'avait subi aucun préjudice¹³³.
- (c) *Jeffrey c. London Life*, un procès de 44 jours impliquant une réclamation par d'anciens assurés de London Life pour une prétendue mauvaise utilisation des fonds par la société ayant acquis London Life. Les demandeurs ont, en partie, eu gain de cause au procès, mais la plupart des conclusions contre les défendeurs ont été annulées en appel, et les réparations ordonnées au procès ont été infirmées ou substantiellement réduites¹³⁴.
- (d) *Andersen c. St. Jude Medical*, un procès de 146 jours impliquant une réclamation par des patients ayant subi un implant de valves cardiaques recouvertes de Silzone pour négligence de la part des défendeurs dans la conception, la fabrication et les avertissements quant au produit. Les défendeurs ont eu gain de cause au procès, et un appel a été rejeté par la suite de consentement, suite à l'approbation par la Cour d'une entente sur les dépens¹³⁵.
- (e) *Mandeville c. Manufacturer's Life Insurance Company*, un procès de 29 jours en réclamation de dommages-intérêts pour les personnes détenant des polices participantes d'assurance-vie émises ou prises en charge par la filiale de la Barbade de Manuvie, en raison de l'annulation de leurs droits de propriété au moment de la démutualisation de la société mère. La réclamation des demandeurs a été rejetée en première instance; et la décision confirmée en appel¹³⁶.

Seuls deux recours collectifs dans les provinces de common law semblent avoir procédé à l'étape des questions individuelles, chacun évitant l'instruction des questions communes¹³⁷. Dans les deux cas, les questions individuelles restantes impliquaient des questions relativement simples relativement aux dommages. Aucun d'entre eux n'impliquait des questions relatives à la responsabilité individuelle ou à la causalité.

Dans la certification des recours collectifs, les tribunaux canadiens ont souvent exprimé l'opinion selon laquelle un recours doit être gérable et permettre d'atteindre les objectifs visés. Toutefois, ce point de vue n'est mis à l'épreuve que lorsqu'un

recours passe à travers toutes les étapes du procès, en particulier lorsque le tribunal tente d'appliquer les réponses aux questions communes à l'étape des questions individuelles. Ce n'est qu'à cette étape que le tribunal et les parties verront enfin si les recours collectifs sont véritablement gérables, si les réponses aux questions communes font progresser de manière significative les réclamations individuelles, font accroître l'accès à la justice, et réduisent le fardeau imposé sur les ressources judiciaires. Ce test sera le plus difficile dans les cas où l'évaluation des dommages globaux n'est pas appropriée et où d'importantes questions de responsabilité individuelle et de causalité subsistent.

“ Dans la certification des recours collectifs, les tribunaux canadiens ont souvent exprimé l'opinion selon laquelle un recours doit être gérable et permettre d'atteindre les objectifs visés. Toutefois, ce point de vue n'est mis à l'épreuve que lorsqu'un recours passe à travers toutes les étapes du procès, en particulier lorsque le tribunal tente d'appliquer les réponses aux questions communes à l'étape des questions individuelles. Ce n'est qu'à cette étape que le tribunal et les parties verront enfin si les recours collectifs sont véritablement gérables ... ”

Jugement sommaire

Désormais, les défendeurs dans les recours collectifs canadiens peuvent utiliser davantage les requêtes en jugement sommaire, et ce, pour deux raisons: (1) les récents changements dans les règles applicables élargissent les possibilités de le faire; et (2) certaines requêtes récemment présentées par des défendeurs ont été couronnées de succès.

En 2010, les *Règles de procédure civile* de l'Ontario ont été modifiées afin de permettre la possibilité d'obtenir un jugement sommaire lorsque les enjeux ne nécessitent pas la tenue d'un procès¹³⁸. Ainsi, les juges se sont vu octroyer des pouvoirs discrétionnaires supplémentaires d'enquête, contrairement à la procédure antérieure qui elle, était plus limitée, y compris la capacité d'apprécier la preuve, d'évaluer la crédibilité des témoins, de considérer la preuve orale, et de tirer des conclusions raisonnables de la preuve. Dans *Hryniak c. Mauldin*¹³⁹, la Cour suprême du Canada a confirmé que les nouvelles règles régissant les jugements sommaires «doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l'accès équitable à une décision abordable, expéditive et juste des demandes». Dans cette affaire, ainsi que dans une affaire connexe contre le même défendeur, les demandeurs ont présenté des requêtes en jugement sommaire qui comprenaient une preuve documentaire volumineuse et de longs

contre-interrogatoires. Le juge des requêtes a accordé le jugement sommaire.

En appel, la Cour suprême a examiné l'impact des modifications de 2010 et a confirmé que les juges des requêtes n'ont plus besoin d'«apprécier complètement la preuve», comme ils doivent le faire au procès, afin de rendre une décision finale sur une requête en jugement sommaire¹⁴⁰. Dorénavant, un juge des requêtes doit rendre un jugement sommaire là où il ou elle «est en mesure de statuer justement et équitablement au fond¹⁴¹.» La Cour suprême a énoncé que la norme d'équité consiste à déterminer «non pas si la procédure visée est aussi exhaustive que la tenue d'un procès, mais si elle permet au juge de pouvoir, avec confiance, établir les faits nécessaires et appliquer les principes juridiques pertinents pour régler le litige.¹⁴²» La décision de la Cour suprême indique clairement que le procès n'est plus le véhicule procédural par défaut pour résoudre tous les litiges civils, et que, lorsque cela est possible, les tribunaux

devraient utiliser leurs pouvoirs en matière de jugements sommaires afin de rendre des décisions dans les dossiers dont ils sont saisis.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a récemment appliqué cette approche renouvelée quant aux jugements sommaires dans l'affaire *Player c. Janssen-Ortho inc., et al*¹⁴³, un recours collectif en responsabilité en matière de produits pharmaceutiques. Les représentantes proposées des demandeurs étaient les veuves de deux hommes morts lors de l'utilisation de timbres transdermiques contenant un médicament antidouleur sous ordonnance. Elles ont intenté une action contre divers fabricants, alléguant la négligence, les déclarations inexactes et négligentes, une violation de la garantie, une violation du devoir fiduciaire, ainsi que des violations diverses à plusieurs lois fédérales et provinciales. Deux des défendeurs ont demandé un procès sommaire (l'équivalent en Colombie-Britannique, dans ce contexte, d'une requête pour jugement sommaire), sur la base de preuves par affidavits (y compris

des rapports d'experts) et de contre-interrogatoires des témoins, et ce, avant même que la requête en certification des demandeurs n'ait été entendue. Les défendeurs ont fait valoir qu'il n'y avait aucune preuve crédible à l'appui des allégations des demandeurs.

Le tribunal a déterminé que la procédure de procès sommaire était appropriée à la lumière de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Hryniak*. Le tribunal a déclaré une grande partie de la preuve d'expert des demandeurs irrecevable ou insuffisamment crédible, et a constaté qu'il serait préjudiciable aux défendeurs et aux utilisateurs du produit de permettre au recours collectif de procéder à la certification, et ce, en raison de l'absence de fondement dans leurs revendications¹⁴⁴. La Cour a prudemment observé qu' «un recours collectif se situant à l'étape de la précertification n'empêche pas l'octroi d'un jugement sommaire» [notre traduction] et que la résolution fructueuse et précoce de la réclamation encouragera certainement d'autres défendeurs à déposer de telles motions.¹⁴⁵

“ La Cour a prudemment observé qu' «un recours collectif se situant à l'étape de la précertification n'empêche pas l'octroi d'un jugement sommaire» [notre traduction] et que la résolution fructueuse et précoce de la réclamation encouragera certainement d'autres défendeurs à déposer de telles motions. ”

Règlements des recours collectifs

Au Canada, les règlements des recours collectifs sont soumis à l'examen et à l'approbation du tribunal. Celui-ci doit déterminer si le règlement est juste, raisonnable et dans le meilleur intérêt du groupe. Une fois que l'avocat du groupe et que les défendeurs ont conclu un accord sur un règlement équitable, ils ont tous deux intérêt à ce que ce règlement soit approuvé par le juge.

Deux décisions récentes de la Cour supérieure de l'Ontario reflètent la tendance qu'ont les tribunaux à examiner minutieusement les règlements de recours collectifs.

“ Deux décisions récentes de la Cour supérieure de l'Ontario reflètent la tendance qu'ont les tribunaux à examiner minutieusement les règlements de recours collectifs. ”

Dans *Waldman c. Thomson Reuters Canada*¹⁴⁶, le juge Paul M. Perell a conclu que le règlement proposé n'était ni juste, ni raisonnable, ni dans l'intérêt du groupe. Le procès a été intenté au nom des avocats et des parajuristes dont les documents avaient été publiés par Thomson Reuters Canada Limitée¹⁴⁷. Le représentant des demandeurs alléguait que l'entreprise avait violé les droits d'auteurs des membres du groupe en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* en rendant disponibles pour les abonnés les documents judiciaires des avocats, et ce, sans leur consentement¹⁴⁸.

Les parties sont parvenues à un règlement en vertu duquel Thomson a accepté: (1) de payer 350,000\$ pour créer une fiducie visant à soutenir des litiges d'intérêt public; (2) de modifier ses avis de droit d'auteur; (3) d'aviser les avocats désignés comme auteurs des documents judiciaires avant que ceux-ci ne soient inclus dans la base de données électronique de la société pour une période de dix ans; et (4) de payer 825,000\$ en dépens à l'avocat du

groupe¹⁴⁹. En retour, les membres du groupe retireraient leurs réclamations pour violation du droit d'auteur et accorderaient à Thomson une licence non exclusive à l'égard de leurs documents judiciaires sur sa base de données électronique¹⁵⁰.

Le juge Perell a rejeté la requête pour l'approbation du règlement du groupe au motif que celui-ci n'était ni juste, ni raisonnable et ni dans le meilleur intérêt des membres du groupe.¹⁵¹ Ce faisant, le tribunal a insisté sur le fait que les membres du groupe ne recevaient aucun avantage direct du règlement¹⁵². En effet, le juge Perell a estimé que «le règlement bénéficiait davantage à l'avocat qu'aux membres du groupe et qu'il avait pour effet pratique d'exproprier les droits de propriété de ces derniers en échange d'un don de bienfaisance de la part de Thomson [notre traduction]»¹⁵³. Bien que le «fonds *cy-près*» soit un bien public, le tribunal a conclu que cela ne «justifiait pas l'approbation» d'un règlement de groupe qui n'offrait aucun avantage direct pour les membres du groupe¹⁵⁴ [notre traduction]. Le tribunal a donc rejeté la proposition de règlement.

Fait intéressant, dans une décision concluant qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel de la décision de première instance, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré qu'elle aurait ajourné l'appel pour permettre la nomination de l'*amicus* si elle avait conclu que l'appel avait été régulièrement soumis.¹⁵⁵

La décision *Waldman* a fait suite à une autre décision rendue par le juge Perell dans laquelle il a refusé d'approuver un amendement à un règlement de groupe précédemment approuvé. Dans *Kidd c. Canada Life Assurance Co.*¹⁵⁶, le recours portait sur la propriété d'actifs

excédentaires du Régime de retraite des employés canadiens de la Canada-Vie (le «Régime») dans le cadre de la liquidation partielle du Régime et de l'utilisation de ces plans d'actifs pour payer les frais administratifs¹⁵⁷. Les parties sont parvenues à un règlement initial approuvé par le tribunal en vertu duquel environ 70% de l'excédent de liquidation partielle devait être versée à certains membres du Régime et environ 30% payable à la Canada-Vie¹⁵⁸. Cependant, une baisse des taux d'intérêt a entraîné une augmentation substantielle des engagements pour les membres de la liquidation partielle, qui ont en partie fortement diminué l'excédent anticipé¹⁵⁹. Les parties ont ensuite négocié un amendement au règlement proposé. Le règlement modifié a entraîné une augmentation d'environ 4 millions de dollars en excédant pour une partie des membres du groupe dans le premier tour de distribution¹⁶⁰. Le règlement modifié prévoyait que ces membres auraient droit à une deuxième distribution potentielle de l'excédent en date du 31 décembre 2014, mais que le montant à distribuer ne pouvait excéder 15 millions de dollars¹⁶¹.

Le juge Perell a rejeté l'amendement proposé, le trouvant «substantiellement, procéduralement et institutionnellement injuste selon les circonstances [notre traduction]»¹⁶². Selon le tribunal, imposer un plafond de 15 millions de dollars était «une façon déguisée pour Canada-Vie d'augmenter sa part de l'excédent de 30,34 % initialement alloué au Fonds [notre traduction]»¹⁶³. En outre, le tribunal a jugé que la date prévue en 2014 pour recalculer l'excédent était également arbitraire et injuste¹⁶⁴. Ce qui a été déterminant à son analyse est le fait que les règlements de groupe sont proposés à la Cour en

dehors de la procédure contradictoire. Au contraire, les parties font «front commun» pour promouvoir le règlement¹⁶⁵. Par conséquent, les juges doivent «compenser le vide contradictoire en étant diligents dans l'examen des arguments unilatéraux des partisans du règlement et en étant attentifs au point de vue des opposants qui peuvent fournir des contre-arguments convaincants [notre traduction]»¹⁶⁶. Appliquant cette approche, le juge Perell a refusé d'autoriser l'amendement proposé. Plus tard, il a approuvé un autre amendement à l'accord de règlement, trouvant celui-ci substantiellement, procéduralement et institutionnellement juste selon les circonstances.

L'ampleur de l'impact des dernières décisions rendues dans *Waldman* et *Kidd* sur la jurisprudence canadienne en matière de recours collectifs, s'il en est, reste à voir. L'accent mis par le tribunal dans *Waldman* sur la pratique du *cy pres* - l'attribution de fonds du groupe à des organismes de bienfaisance - fait écho à la surveillance accrue accordée à cette pratique par les tribunaux américains et pourrait être un signe que, dans ce contexte, les tribunaux canadiens pourraient être influencés par les tendances américaines en matière de recours collectifs.

Honoraires des conseillers juridiques du groupe

Lorsque l'on considère les incitatifs financiers des conseillers juridiques à initier des recours collectifs, il est possible que l'enjeu le plus important pour les défendeurs soit l'ampleur des honoraires qui seront versés aux conseillers juridiques des demandeurs suite à un règlement.

Les provinces canadiennes ont adopté différentes approches sur la question à savoir si la partie qui obtient gain de cause dans un recours collectif peut recouvrer de l'autre partie le coût de ses dépens. En Ontario et en Alberta, par exemple, la partie perdante peut assumer les dépens dans un recours collectif (les représentants des demandeurs ou les défendeurs) de la même façon que dans tout autre type d'actions, sauf en cas d'application de l'exception «d'intérêt public».¹⁶⁷ À l'inverse, en Colombie-Britannique (ainsi qu'à Terre-Neuve-et-Labrador), les dépens ne sont normalement pas accordés lors d'un recours collectif, même si les tribunaux ont la discrétion de les accorder lorsqu'ils considèrent que la conduite d'une partie est vexatoire, frivole ou abusive. En ce qui concerne les dépens entre les conseillers juridiques des demandeurs et ceux du groupe, les honoraires conditionnels sont permis dans toutes les provinces. Une entente entre le représentant du groupe et

les conseillers juridiques des demandeurs quant aux honoraires et aux débours doit être écrite et, notamment, mentionner les modalités selon lesquelles les honoraires et les débours doivent être payés, ainsi que mentionner si les honoraires sont conditionnels au succès du recours. Dans la majorité des provinces, une entente concernant les honoraires et les débours entre un avocat et le représentant des demandeurs n'est pas exécutoire, sauf si elle est approuvée par le tribunal. Les sommes dues en vertu d'une entente exécutoire sont prioritaires à tout fond de règlement ou indemnité accordée.

Les honoraires accordés retiennent, depuis quelques années, de plus en plus l'attention. Plusieurs juges ontariens ont récemment rendu des décisions clés commentant le caractère équitable et raisonnable des honoraires réclamés par les conseillers juridiques calculés selon une méthode à pourcentage plutôt que calculés en multipliant les heures travaillées

“ Les honoraires accordés retiennent, depuis quelques années, de plus en plus l’attention. Plusieurs juges ontariens ont récemment rendu des décisions clés commentant le caractère équitable et raisonnable des honoraires réclamés par les conseillers juridiques calculés selon une méthode à pourcentage plutôt que calculés en multipliant les heures travaillées par un taux horaire. ”

par un taux horaire. Dans une décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario rendue en 2013, *Cannon c. Funds for Canada Foundation*, le juge Belobaba a statué que «les ententes concernant des honoraires conditionnels qui sont pleinement comprises et acceptées par les représentants des demandeurs doivent être présumées valides et exécutoires, peu importe les sommes impliquées [notre traduction]». Dans cette décision, le juge a conclu que des frais juridiques représentants un tiers de la valeur du règlement étaient présumés valides puisqu’ils étaient prévus et acceptés contractuellement avec le représentant du demandeur.¹⁶⁸ Dans d’autres décisions récentes, des honoraires juridiques oscillant entre 20 et 30 pour cent ont été approuvés.¹⁶⁹

La Cour d’appel de l’Ontario a aussi récemment traité de l’approbation des honoraires des conseillers juridiques d’un groupe. Dans *Lavier c. MyTravel Canada Holidays Inc.*,¹⁷⁰ la Cour d’appel a conclu que le juge de première instance avait erré en accordant des honoraires aux conseillers juridiques du groupe qui étaient manifestement disproportionnés

eu égard aux bénéficiaires et à l’accès à la justice obtenus par le groupe, n’ayant obtenu qu’une infime portion du fonds de règlement, le solde duquel avait été remis au défendeur.¹⁷¹ La décision nous enseigne que le taux de réclamation d’un règlement sera très pertinent afin de déterminer si les honoraires sont équitables et raisonnables, et que la proportionnalité demeure le principe directeur.

Cette décision semble appuyer une pratique ayant émergé des tribunaux ontariens au cours des dernières années selon laquelle une portion des honoraires des conseillers juridiques est déterminée de façon intérimaire au moment de l’approbation du règlement, et où la détermination finale des honoraires accordés est reportée jusqu’au moment où les résultats du processus de réclamation sont connus.¹⁷² Les tribunaux ont tenté de balancer l’importance de compenser les conseillers juridiques des demandeurs pour le risque associé à ce type de recours avec l’importance de protéger les membres du groupe en s’assurant qu’un fonds adéquat soit disponible pour payer leurs réclamations. D’une part, le report de la détermination finale offre l’opportunité de

prendre en considération la valeur véritable du règlement (incluant le nombre exact de demandeurs admissibles, le taux de réclamation, le niveau de compensation reçue par chaque demandeur et les sommes remises aux défendeurs). D'autre part, cela incite les conseillers juridiques à faire davantage d'efforts pour retracer les

membres du groupe, ce qui peut résulter en une augmentation des coûts des programmes d'avis, une augmentation de la publicité négative associée au recours ainsi qu'une augmentation du nombre de requêtes visant à exiger des défendeurs le paiement de ces coûts supplémentaires de notification.

Le Protocole sur la gestion des recours collectifs multijuridictionnels de l'Association du Barreau canadien

Alors que la jurisprudence canadienne traitant des recours collectifs s'est stabilisée, les mécanismes pour engager des poursuites et régler les controverses découlant des recours collectifs impliquant des membres de groupe résidant dans différentes provinces ont émergé. En 2010, l'Association du Barreau canadien (ABA) a créé un groupe de travail national afin de rédiger un «protocole» visant à faciliter la gestion des recours collectifs au Canada.¹⁷³

Le groupe de travail s'est principalement concentré à aborder le sujet des jugements contradictoires ou faisant double emploi dans le cadre de recours collectifs parallèles (c'est-à-dire des recours collectifs traitant de réclamations similaires contre les mêmes défendeurs étant intentés simultanément auprès des tribunaux de plusieurs provinces).¹⁷⁴ Même si aucun protocole traitant de recours collectifs contestés (à l'exception d'un protocole de notification) n'a été développé, l'ABA a ultimement développé un protocole se concentrant sur le règlement des recours collectifs multijuridictionnels. En août 2011, l'ABA a adopté un protocole de

règlement, connu comme le Protocole judiciaire canadien de gestion de recours multijuridictionnels. Ce protocole énumère certaines directives en ce qui concerne les avis (permettant aux conseillers juridiques impliqués au sein de plusieurs recours se chevauchant de recevoir des avis de développement dans toutes les actions) et l'approbation des règlements.¹⁷⁵ En vertu du Protocole, une partie recherchant l'approbation d'un règlement visant à résoudre des recours collectifs en cours dans plusieurs provinces peut déposer une requête devant chaque cour provinciale où un recours collectif est en cours afin de faire adopter le Protocole. Si la requête est

“ En vertu du Protocole, une partie recherchant l’approbation d’un règlement visant à résoudre des recours collectifs en cours dans plusieurs provinces peut déposer une requête devant chaque cour provinciale où un recours collectif est en cours afin de faire adopter le Protocole. Si la requête est accueillie, les cours impliquées peuvent par la suite communiquer entre elles afin de discuter du règlement. Le Protocole prévoit spécifiquement la possibilité de tenir des audiences communes quant à l’approbation du règlement, en plus de coordonner le contenu des avis et la manière d’aviser les membres du groupe. ”

accueillie, les cours impliquées peuvent par la suite communiquer entre elles afin de discuter du règlement. Le Protocole prévoit spécifiquement la possibilité de tenir des audiences communes quant à l’approbation du règlement, en plus de coordonner le contenu des avis et la manière d’aviser les membres du groupe.

Les tribunaux ont utilisé le Protocole pour la première fois en 2012 dans un règlement complexe impliquant des recours collectifs, portant sur une affaire de fixation des prix, intentés contre Hershey et d’autres producteurs de chocolat devant les cours d’Ontario, de Colombie-Britannique et du Québec.¹⁷⁶ Chacune des cours a appliqué le Protocole afin de coordonner la certification ainsi que les audiences de règlement. Certains observateurs ont noté que « le processus simplifié facilite l’approbation des règlements grâce à une seule comparution » [notre traduction] qui inclut une vidéoconférence entre les différentes salles de cours.¹⁷⁷ Les juges peuvent ensuite discuter, entre eux, des motions de certification et de règlement par le biais

d’appels-conférences et ainsi promptement accorder les requêtes.

Bien que l’utilisation du Protocole en soit encore à ses premiers balbutiements, son utilisation à ce jour suggère qu’il facilitera l’efficacité des règlements des recours collectifs multijuridictionnels au Canada. On peut s’attendre à ce que le protocole ait des conséquences tant positives que négatives sur le milieu des affaires. En réduisant les probabilités d’obtenir des règlements faisant double emploi ou étant inconsistants, l’utilisation régulière du Protocole pourrait bénéficier tant aux demandeurs qu’aux défendeurs et promouvoir l’économie judiciaire. D’autre part, en facilitant l’atteinte des règlements de recours collectifs multijuridictionnels, le Protocole pourrait créer une incitation à tenter davantage de recours multijuridictionnels.

Ce que le Protocole ne fait pas, cependant, est de prévoir un mécanisme semblable au régime américain MDL, ce qui permettrait de coordonner les

recours juridiques se chevauchant dans plusieurs provinces. Présentement, cette possibilité est tributaire de la discrétion des juges de chaque province gérant les recours collectifs parallèles, qui peuvent possiblement avoir des positions différentes à ce sujet. Considérant les bénéfices du régime américain MDL quant aux recours collectifs – à savoir la diminution des coûts et du dédoublement des interrogatoires au préalable et des jugements contradictoires – le législateur

canadien aurait possiblement voulu considérer l'établissement d'un régime similaire pour les recours collectifs. Cependant, en raison de la juridiction limitée de la Cour fédérale, la solution ne pourra pas être apportée par cette dernière.¹⁷⁸ Une telle solution requerrait une coopération de chaque province afin qu'elles adoptent des modifications législatives similaires visant la majorité des types d'actions intentées par le biais de recours collectifs à l'échelle nationale.

Financement des litiges par de tierces parties

Le financement des litiges par de tierces parties (FLTP) – consistant à fournir de l’argent à une partie afin de financer la poursuite d’une action en justice potentielle ou en cours – est arrivé au Canada il y a approximativement 10 ans. Initialement, cette pratique était limitée au financement des recours en dommages corporels intentés par un demandeur unique.¹⁷⁹ Puisque le FLTP (contrairement aux autres produits financiers) est peu réglementé, les parties se sont majoritairement fiées aux cours de justice afin d’obtenir des directives pour déterminer les frontières juridiques de cette pratique.

En Ontario, un *Class Proceedings Fund* (CPF) (un fond pour les recours collectifs) est disponible depuis 1993 afin de financer, lorsqu’approuvées, les dépenses encourues par les conseillers juridiques du groupe, et pour assumer la responsabilité possible du représentant du demandeur de payer les dépens de la partie adverse.¹⁸⁰ En retour, le CPF reçoit une cotisation prévue par la loi de 10% de tout jugement ou règlement favorable au groupe de demandeurs dans les recours financés. Considérant l’ampleur des dépens accordés en faveur des défendeurs dans certains recours collectifs (plusieurs centaines de milliers de dollars pour la simple audition de la motion de certification dans certains cas),

des préoccupations ont été exprimées par rapport à la viabilité financière du CPF.¹⁸¹

En 2009, la Cour du banc de la Reine de l’Alberta est devenue le premier tribunal canadien à considérer une entente de financement par une tierce partie dans le cadre d’un recours collectif. Dans *Hobshawn c. Atco*,¹⁸² la cour a approuvé une entente visant le financement des frais juridiques du représentant des demandeurs dans un recours collectif.¹⁸³ À la lumière de la décision de la cour, BridgePoint Financial Services Inc., la compagnie ayant effectué le financement dans *Hobshawn*, a exploré une multitude d’autres possibilités de financement au Canada. Depuis *Hobshawn*, le FLTP s’est étendu

à des litiges commerciaux et des recours collectifs complexes.¹⁸⁴ Ce qui est plus troublant pour le milieu des affaires est que cette expansion au domaine des recours collectifs est de connaissance publique et est entérinée par les tribunaux.¹⁸⁵

Plusieurs décisions récentes de recours collectifs présentent un aperçu du type d'entente de financement pouvant être approuvée par les tribunaux canadiens ainsi que du niveau de protection des parties au litige requis par le système judiciaire.¹⁸⁶ Bien que ces décisions rejettent l'argument voulant que les ententes de FLTP soient illégales *per se*, elles établissent des critères importants – notamment, que les termes des ententes doivent être dévoilés au défendeur et à la cour.

Par exemple, dans *Fehr c. Sun Life Assurance Company of Canada*,¹⁸⁷ la cour a rejeté la requête visant à obtenir, lors d'une audience privée, l'approbation d'une entente secrète de FLTP sans en aviser le défendeur et réclamant de sceller tous les documents liés à cette requête.¹⁸⁸ En précisant d'abord que les ententes de FLTP ne sont pas *per se* illégales, la cour a ultimement rejeté la requête du demandeur, en soulignant que «les ententes de financement par de tierces parties sont controversées et problématiques et que, donc, elles ne devraient pas être effectuées clandestinement [notre traduction]»¹⁸⁹. La cour a conclu que l'approbation des ententes de FLTP devait se faire devant les tribunaux avec avis à la partie défenderesse

“ Plusieurs décisions récentes de recours collectifs présentent un aperçu du type d'entente de financement pouvant être approuvée par les tribunaux canadiens ainsi que du niveau de protection des parties au litige requis par le système judiciaire. Bien que ces décisions rejettent l'argument voulant que les ententes de FLTP soient illégales *per se*, elles établissent des critères importants – notamment, que les termes des ententes doivent être dévoilés au défendeur et à la cour. ”

puisque le défendeur est «affecté par une convention de financement par une tierce partie et que l'équité demande que tout privilège associé avec cette entente soit rejeté [notre traduction]»¹⁹⁰.

De même, dans *Metzler Investment GmbH c. Gildan Activewear Inc.*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que les ententes de FLTP ne sont pas *per se* illégales ou autrement contraire à l'ordre public, mais a rejeté l'entente en cause puisque le taux de recouvrement du bailleur de fonds consistait en un pourcentage fixe de tous les dommages accordés, sans égards à la somme avancée aux demandeurs, le risque encouru par le bailleur de fonds ou la durée des procédures judiciaires.¹⁹¹ La cour a suggéré qu'une convention de FLTP qui calculerait le taux de recouvrement du bailleur de fonds en considérant ces facteurs spécifiques serait alors permise.

Plus récemment, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a possiblement offert l'explication la plus exhaustive des facteurs qu'une cour devrait considérer lors de l'évaluation de la validité d'une entente de FLTP. Dans *Musicians' Pension Fund of Canada c. Kinross Gold Corp.*,¹⁹² les conseillers juridiques représentaient le groupe sur la base d'une entente à pourcentage, mais ces derniers refusaient d'indemniser le fonds de pension des demandeurs en cas d'assumption des dépens de la partie adverse.¹⁹³ Par conséquent, les conseillers juridiques du groupe ont approché une compagnie FLTP, Harbour Litigation Funding Limited (dont le siège social est situé à Londres), afin qu'elle leur fournisse le financement nécessaire afin de pouvoir assumer les

dépens de la partie adverse pendant l'action. Harbour a accepté d'indemniser le fonds de pension pour les dépens assumés de la partie adverse reliés à certaines requêtes particulières jusqu'à concurrence d'un million de dollars et jusqu'à concurrence de 5 millions de dollars pour toute question commune se rendant à procès.¹⁹⁴ En approuvant l'entente FLTP, la cour a mis l'emphase sur le fait que le *Ontario Class Proceedings Act of 1992* était «conçu pour améliorer l'accès à la justice [notre traduction]» – un objectif que la cour a considéré être compromis par la possibilité de devoir assumer les dépens de la partie adverse en vertu du régime provincial du «perdant payeur».¹⁹⁵ En approuvant l'entente de FLTP, la cour a exposé plusieurs conditions clés ayant guidé sa décision :

- Les ententes de financement par une tierce partie ne sont pas *de facto* illégales, mais une entente de financement par une tierce partie peut être jugée illégale pour d'autres raisons.
- Les demandeurs doivent obtenir l'accord du tribunal afin de contracter une entente de financement avec une tierce partie.
- Une telle entente doit être promptement communiquée au tribunal, et l'entente ne peut être exécutoire sans son approbation. Le financement par une tierce partie de recours collectifs doit être transparent et ne doit pas interférer avec l'administration de la justice. L'entente avec une tierce partie n'est pas, en elle-même, considérée comme un document privilégié.

- Afin d’être approuvées, les ententes de financement avec une tierce partie ne doivent pas compromettre ou nuire à la relation client-avocat, au devoir de loyauté et de confidentialité de l’avocat ou bien à son devoir de mener à terme les poursuites intentées (en exerçant son jugement professionnel de façon appropriée) au nom du représentant du demandeur et de l’ensemble des membres du groupe.
- Afin d’être approuvées, les ententes de financement avec une tierce partie ne doivent pas diminuer le droit du représentant du demandeur d’intenter et de contrôler les procédures judiciaires.
- Avant d’approuver une entente de financement avec une tierce partie, la cour doit déterminer si l’entente est nécessaire afin de permettre au demandeur ainsi qu’aux membres du groupe d’accéder à la justice.

Les récentes décisions approuvant des ententes FLTP, ou approuvant généralement la validité des ententes FLTP, diminuent possiblement l’effet salutaire du «perdant payeur» dans certaines provinces canadiennes lorsque des poursuites sans mérite sont intentées, puisque les demandeurs et leurs avocats se tournent vers des sociétés de FLTP possédant un capital important et qui sont prêtes à investir dans ce type de litiges. Cependant, les garanties judiciaires récemment définies – telles que celles exposées dans *Musician’s Pension Fund* – vont protéger les membres du groupe et apporter un éclairage plus que nécessaire aux ententes FLTP. Néanmoins, on peut s’attendre à ce que l’acceptation croissante du FLTP au sein du système judiciaire canadien contribue à augmenter la fréquence avec laquelle les recours collectifs sont intentés devant les cours canadiennes, utilisant davantage les ressources judiciaires et augmentant les coûts juridiques des défendeurs.

Renonciation au recours délictuel et restitution des bénéfices

La renonciation au recours délictuel est une doctrine de restitution qui, selon les conseillers juridiques des demandeurs dans les provinces de common law, permet à un groupe de recouvrer les bénéfices obtenus par un défendeur en commettant des actes préjudiciables plutôt que de seulement mesurer les dommages quant à la perte subie par les membres du groupe. La nature et la portée de cette doctrine sont très controversées et ont généré plusieurs débats académiques et judiciaires. Elle est couramment plaidée dans les recours collectifs dans une tentative de présenter les dommages comme une question commune.

Les tribunaux ont souvent certifié des questions communes liées à des actions en renonciation au recours délictuel en s'appuyant sur le fait qu'il n'était pas «clair et évident qu'il n'y avait pas de cause d'action raisonnable» et qu'une cour devrait permettre aux parties de développer un dossier de preuve complet avant de déterminer la nature et la portée de cette doctrine.

Il était largement anticipé que la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Andersen c. St. Jude Medical* se pencherait sur cette doctrine pour la première fois, et fournirait des directives plus que

nécessaires sur sa portée et sa nature. Cependant, puisque la juge de première instance a conclu que les défendeurs ont fait preuve de diligence raisonnable et qu'il n'y avait aucun acte répréhensible, il ne lui a pas été nécessaire de décider si la doctrine de renonciation au recours délictuel était possible dans un cas de responsabilité du fabricant. La juge de première instance a cependant précisé qu'il était temps de répondre aux questions à savoir si (et quand) la renonciation au recours délictuel devrait être possible, et était en désaccord avec une série de jugements ayant précédemment conclu qu'un dossier de preuve complet devrait

être nécessaire afin de déterminer la possibilité de la renonciation au recours délictuel.¹⁹⁶

En s'appuyant sur *Andersen* et, plus précisément, sur l'observation qu'un dossier de preuve complet pendant un procès sur des questions communes n'a pas permis d'éclairer les problématiques juridiques liées à la renonciation au recours délictuel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que des manquements allégués aux lois provinciales de protection du consommateur et sur la vente de biens ne permettent pas de remplir le critère de «manquement» aux fins d'une action en renonciation au recours délictuel, et a infirmé la certification d'un recours collectif des cours inférieures dans *Koubi c. Mazda Canada Inc.*¹⁹⁷

La Cour d'appel de la Colombie Britannique a appliqué une approche restreinte similaire à la doctrine de renonciation au recours délictuel dans *Wakelam c. Wyeth Consume Healthcare/Wieth Soins de Santé Inc.*¹⁹⁸ Dans cette décision, la cour a infirmé la certification des cours inférieures d'un recours collectif contre les fabricants de médicaments contre la toux pour enfants, dans lequel les demandeurs prétendaient que les défendeurs exerçaient des pratiques trompeuses contraires aux lois de protection du consommateur provinciales et avaient fait de fausses représentations contraires à la *Loi sur la concurrence* fédérale. Les demandeurs recherchaient des remèdes restitutoires, incluant la renonciation au recours délictuel, l'enrichissement sans cause, la restitution des bénéfices et la fiducie par interprétation, découlant des bénéfices obtenus de la vente des produits par les défendeurs. La Cour d'appel a rejeté leurs demandes puisque les lois prévoyaient des remèdes exhaustifs.¹⁹⁹

Les défendeurs ont raison d'être optimistes par rapport à la portée de la renonciation au recours délictuel en droit ontarien. Dans *Arora c. Whirlpool Canada LP*,²⁰⁰ la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé une décision de première instance en octobre 2013, concluant que l'action putative en renonciation au recours délictuel n'était pas une cause d'action admissible puisqu'il n'y avait aucun acte répréhensible sur lequel baser un plaidoyer de renonciation au recours délictuel, en tant que remède ou cause d'action.²⁰¹

Par contre, la Cour suprême du Canada a refusé de rejeter une action en renonciation au recours délictuel dans l'une des trois décisions de recours collectifs en droit de la concurrence mentionnées précédemment, concluant qu'il n'était pas clair et évident qu'une telle cause d'action ne réussirait pas. Dans *Pro-Sys Consultant Ltd. c. Microsoft Corporation*,²⁰² la Cour suprême a reconnu que le droit était contradictoire à savoir si une faute sous-jacente devrait être établie afin de soutenir une action en renonciation au recours délictuel. Cependant, la Cour a conclu que l'appel devant elle n'était pas la place appropriée pour résoudre les détails du droit à la renonciation au recours délictuel, ou les circonstances dans lesquelles elle peut être plaidée.²⁰³ Il doit être noté, cependant, que la Cour suprême a également permis à plusieurs causes d'actions délictuelles de procéder dans cette décision, contrairement à ce qui a été fait dans *Koubi, Arora* et *Wakelam*.

Bref, il y a beaucoup d'incertitude quant à la viabilité de la doctrine de renonciation au recours délictuel dans la jurisprudence canadienne. Le débat sur la renonciation au recours délictuel se poursuit et ses développements futurs demeurent incertains.

L'étude des recours collectifs effectuée par la Commission du Droit de l'Ontario

À la demande du gouvernement ontarien, la Commission du droit de l'Ontario (CDO) est présentement engagée dans un examen exhaustif du Ontario Class Proceedings Act et des expériences quant à cette loi depuis les 20 dernières années. En novembre 2013, la CDO a publié un document d'orientation établissant un cadre d'analyse et une liste préliminaire des thèmes devant être abordés.²⁰⁴

Ces thèmes incluent: (a) les raisons de la faible participation des membres du groupe aux règlements et aux jugements (notamment, le caractère adéquat des programmes d'avis et l'importance du taux de réclamation) (b) l'efficacité procédurale des recours collectifs (tel que le bien-fondé des critères de certification actuels des recours collectifs); (c) le financement des recours collectifs (notamment, la pérennité du Fonds pour les recours collectifs et les problématiques liées au financement par une tierce partie); (d) si le principe du «perdant payeur» limite l'accès aux tribunaux; (e) si les remèdes de groupe devraient être élargis afin d'être davantage de nature réglementaire (particulièrement en permettant la renonciation au recours délictuel ou d'autres dispositifs de restitution des bénéficiaires); (f) les problématiques liées aux règlements (l'utilisation de la distribution *cy pres* et si

les sommes non distribuées devraient être retournées aux défendeurs); (g) les recours collectifs dans le domaine des valeurs mobilières; et (h) les recours collectifs nationaux.

Deux des problématiques les plus importantes traitées par la CDO sont apparentées : (1) les critères actuels quant à la certification des recours collectifs, incluant le fardeau de la preuve et les exigences relatives aux éléments de preuve dans une requête en certification; et (2) le régime du «perdant payeur». En 1982, le prédécesseur de la LCO, la Commission de réforme du droit de l'Ontario (CRDO), s'était engagée dans une étude approfondie des recours collectifs. Afin de décourager les recours collectifs sans fondements et exorbitants, la Commission avait analysé la possibilité d'un test de certification basé sur le mérite et d'un système de «perdant

payeur». Afin d'accomplir cet objectif, la CRDO avait ultimement recommandé l'adoption d'un test au mérite préliminaire et l'établissement d'un régime sans dépens avait alors été avancé.²⁰⁵ Cependant, lorsque le gouvernement ontarien avait finalement légiféré en 1992, il avait choisi d'adopter un système de «perdant payeur» et n'avait pas inclus un test de mérite dans la procédure de certification des recours collectifs. Récemment, les conseillers juridiques des demandeurs ontariens et quelques juges (incluant l'actuel chef d'équipe de gestion des recours collectifs à Toronto) ont suggéré que la règle du «perdant payeur» devrait être reconsidérée, sans mentionner si un test au mérite pour la certification d'un recours devrait la remplacer.²⁰⁶

“ Deux des problématiques les plus importantes traitées par la CDO sont apparentées : (1) les critères actuels quant à la certification des recours collectifs, incluant le fardeau de la preuve et les exigences relatives aux éléments de preuve dans une requête en certification; et (2) le régime du «perdant payeur». ”

Dans deux décisions récentes, le juge Perell de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a exprimé son inquiétude face au régime du «perdant payeur». Dans *Holley c. The Northern Trust Company*,²⁰⁷ il a mentionné: « mon observation est que la possibilité de devoir assumer les dépens de la partie adverse a un effet dissuasif supplémentaire qui décourage les actions frivoles, mais la question de savoir si le régime du «perdant payeur» va trop loin et mine l'accès à la justice des actions fondées est quelque chose qui devra être déterminée par le législateur [notre traduction]»²⁰⁸. Et dans *Magill c. Expedia, Inc.*,²⁰⁹ il a mentionné que «les conséquences du régime «perdant payeur» lors de recours collectifs ont dégénéré et menacent désormais l'objectif d'accès à la justice de la loi, particulièrement en contexte de poursuites intentées par les consommateurs [notre traduction]»²¹⁰.

Les commentaires du juge Perell ne permettent pas de savoir sur quels jugements se basent ses observations. De plus, il n'est pas clair si ses observations s'appliquent de façon générale au spectre des recours collectifs depuis les 20 dernières années (ou, de façon plus générale, au spectre des recours collectifs au Canada jusqu'à ce jour). Plus encore, il serait bon de connaître les détails des recours collectifs ayant été considérés mais jamais mis à exécution, et jamais présentés devant un juge, afin de dresser un portrait complet du régime du «perdant payeur».

Si le régime du «perdant payeur» est modifié sans rendre le test de certification plus rigoureux, il n'existera plus de mécanisme efficace afin de décourager les recours collectifs frivoles au Canada. Cela est particulièrement vrai considérant

“ Si le régime du «perdant payeur» est modifié sans rendre le test de certification plus rigoureux, il n'existera plus de mécanisme efficace afin de décourager les recours collectifs frivoles au Canada. Cela est particulièrement vrai considérant l'acceptation croissante des ententes de FLTP par les tribunaux canadiens. Alors que les requêtes pour jugement sommaire sont une possibilité afin de disposer des actions sans mérite, il peut y avoir des raisons pratiques ou stratégiques empêchant d'effectuer ce type de requête avant la certification ... ”

l'acceptation croissante des ententes de FLTP par les tribunaux canadiens. Alors que les requêtes pour jugement sommaire sont une possibilité afin de disposer des actions sans mérite, il peut y avoir des raisons pratiques ou stratégiques empêchant d'effectuer ce type de requête avant la certification et plusieurs juges insistent pour que la requête de certification du groupe soit la première à être considérée au cours des procédures. Les procès au mérite sont toujours une option, et les défendeurs ont eu un certain succès au cours de tels procès, mais ils sont très coûteux et fastidieux. Au surplus, la publicité négative liée au procès pourrait affecter négativement les ventes de la société ou les autres intérêts des actionnaires, sans égards au dénouement final du procès et des appels subséquent.

Sans l'ombre d'un doute, les avocats en demande participent pleinement à l'examen de la CDO, ce qui pourrait avoir un impact significatif sur les défendeurs visés par des recours collectifs. Alors que l'examen de la CDO progresse, les diverses parties prenantes auront plusieurs occasions de faire connaître leur point de

vue quant aux problématiques soulevées dans le document d'orientation ainsi que celles qui pourront être identifiées lors de consultations supplémentaires. Puisque l'examen de la CDO sera suivi de près par l'ensemble des provinces, toute révision aura le potentiel d'affecter le droit des recours collectifs bien au-delà de l'Ontario. En d'autres mots, l'amélioration des pratiques dans le milieu des recours collectifs en Ontario pourrait mener à des réformes similaires dans d'autres provinces, alors que des changements mal avisés pourraient être répétés à l'extérieur de cette province. Pour cette raison, il est essentiel que l'examen de la CDO reçoive la contribution approfondie de la communauté des défendeurs. Cela inclut les sociétés qui ont été – ou deviendront possiblement – visées par des recours collectifs en Ontario, en plus des organisations de l'industrie et de leurs assureurs. Il sera important que l'examen de la CDO prenne en compte la perspective des défendeurs visés par les recours collectifs si l'on veut un soupçon d'espoir de réformer la jurisprudence qui favorise actuellement les demandeurs aux recours collectifs.

Conclusion

Alors que des jugements rendus il y a plusieurs années par certains tribunaux canadiens avaient possiblement réussi à changer la réputation du Canada comme étant le havre des certifications des recours collectifs, ce mouvement semble s'être estompé. La jurisprudence récente en matière de recours collectifs démontre plutôt un retour à la tradition canadienne prônant plutôt la souplesse dans l'application des critères de certification des recours collectifs, plus particulièrement dans le domaine des instruments médicaux et des produits pharmaceutiques, ainsi que celui de la responsabilité délictuelle liée à l'exposition à des substances toxiques.

La confirmation de ces faibles standards, en plus de la convergence d'autres facteurs favorables, risquent d'augmenter la fréquence des recours collectifs au Canada. Bref, à moins d'un changement important, plusieurs autres recours collectifs doivent être anticipés.

Considérant les tendances récentes favorisant la certification des recours collectifs et l'augmentation de la fréquence selon laquelle les recours sont menés à procès, les défendeurs doivent concentrer une partie de leurs arguments sur le libellé exact des questions communes, afin de s'assurer que les procès portant sur ces questions soient menés équitablement. Les défendeurs doivent également

développer des stratégies efficaces pour disposer des recours collectifs le plus tôt possible. L'emploi des requêtes pour jugement sommaire est un élément important, puisqu'elles peuvent s'avérer être un puissant outil afin de faire rejeter un recours collectif putatif avant ou après que la requête en certification soit déposée. Dans le contexte des valeurs mobilières, les défendeurs devraient envisager de tenter de faire rejeter les recours collectifs sur le motif du *forum non conveniens*, lorsqu'il existe d'autres forums mieux à même de décider du sort du litige.

Au-delà de ces points pratiques, les défendeurs devraient promouvoir une réforme légale significative dans l'ensemble

“ ... la communauté des défenseurs (tant les conseillers juridiques que leurs clients) devrait se prononcer en faveur de critères plus significatifs en matière de certification des recours collectifs. Cela permettrait de souligner la nécessité d'établir des facteurs de dissuasion contre le dépôt d'actions frivoles qui peuvent avoir comme effet de forcer des règlements inéquitables pour les défenseurs et d'affecter négativement l'innovation, le prix des biens et/ou la valeur des actions et ce, malgré l'absence de mérite de telles actions. ”

des provinces canadiennes. Par exemple, la communauté des défenseurs (tant les conseillers juridiques que leurs clients) devrait se prononcer en faveur de critères plus significatifs en matière de certification des recours collectifs. Cela permettrait de souligner la nécessité d'établir des facteurs de dissuasion contre le dépôt d'actions frivoles qui peuvent avoir comme effet de forcer des règlements inéquitables pour les défenseurs et d'affecter négativement l'innovation, le prix des biens et/ou la valeur des actions et ce, malgré l'absence de mérite de telles actions. Cette communauté devrait également s'opposer avec acharnement à l'adoption de la doctrine de «renonciation au recours délictuel» et aux autres concepts qui modifieraient le droit substantif et transformeraient les recours collectifs en dispositifs d'exécution (plutôt que de réparation). Elle devrait également encourager le législateur à formaliser les

balises concernant le FLTP (minimalement l'obligation de communiquer l'entente et de la faire approuver par le tribunal).

La procédure d'examen par la CDO est une occasion unique de soulever ces points, puisqu'elle examine plusieurs aspects importants du régime des recours collectifs ontarien. Si cet examen se veut approfondi et équitable, la communauté des défenseurs doit y jouer un rôle actif et s'assurer que les discussions ne sont pas dominées par la perspective des conseillers juridiques des demandeurs. Au surplus, l'implication proactive de la communauté des défenseurs est d'autant plus importante considérant l'attention qui sera portée à cet examen par les autres provinces canadiennes. Bref, les conclusions de la LCO sont susceptibles d'influencer les mesures judiciaires et législatives qui seront potentiellement adoptées en matière de recours collectifs, tant en Ontario qu'au-delà de ses frontières.

Notes de fin

- 1 La Cour fédérale du Canada a des règles en matière de recours collectifs, mais celles-ci ne s'appliquent qu'à un éventail limité de recours liés à la législation fédérale, telle que *la Loi sur l'impôt* et *la Loi sur les marques de commerce*, ainsi qu'aux conseils, commissions et tribunaux administrés par le gouvernement fédéral.
- 2 L'Île-du-Prince-Édouard est la seule province n'ayant pas de loi autorisant les recours collectifs. Les trois territoires canadiens n'ont également pas de lois encadrant les recours collectifs.
- 3 *Bank of Montreal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, paras. 29-47. Cette décision pourrait permettre à un demandeur d'intenter un recours collectif dans certaines provinces en ayant des allégations semblables contre toute une industrie, même si cette personne n'a de revendication que contre un seul des défendeurs dans cette industrie.
- 4 La Cour d'appel de l'Ontario avait auparavant déterminé qu'en Ontario il devait y avoir un demandeur ayant une cause d'action contre un défendeur afin que ce dernier soit inclus dans le recours. *Hughes c. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433 (C.A.). Cet arrêt n'a pas été mentionné par la Cour suprême du Canada dans *Marcotte, supra*; il reste donc à voir si ce dernier aura un impact sur *Hughes*.
- 5 Certaines provinces – en particulier la Colombie-Britannique – ont un régime d'inclusion pour les membres du groupe qui résident à l'extérieur de la province.
- 6 Voir Julius Melnitzer, *Focus: Is Quebec or B.C. Canada's class actions haven?*, Law Times, 7 avril 2014, <http://www.lawtimesnews.com/201404073893/focus-on/focus-is-Quebec-or-b-c-canada-sclassactions-haven>.
- 7 *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25, art. 1003; *Infineon Technologies AG c. Option Consommateurs*, 2013 CSC 59.
- 8 *Infineon, supra*; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1.
- 9 *Id.*
- 10 *Id.*, para. 52.
- 11 *Id.*
- 12 *Id.*, paras. 52,54.
- 13 Il n'y a généralement aucun interrogatoire pré-certification.
- 14 Ce n'est seulement vrai que si tous les aspects de la responsabilité sont établis dans le procès sur les questions communes pour tous ou certains des membres du groupe. L'octroi de dommages-intérêts globaux ne peut survenir que si la seule question restante est celle de la détermination des dommages-intérêts: *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, paras. 131-133.
- 15 "The Canadian Class Action Landscape: Getting Greener?" 15 octobre 2010, <http://www.instituteforlegalreform.com/upload/sites/1/canadaactionwhitepaper1015.pdf>.
- 16 «Recours en responsabilité de produits» pourrait être un meilleur titre pour cette catégorie, quoique dans les dernières années, plusieurs de ces causes ont impliqué des dispositifs de produits pharmaceutiques et médicaux. Une exception notable est celle d'un recours collectif de quelques milliards de dollars contre des fabricants de tabac, qui est en cours devant la Cour supérieure du Québec depuis mars 2012.
- 17 [2008] SKQB 78 (Sask. Q.B.). Avant *Wuttunee*, une cause impliquant le médicament sur ordonnance Zyprexa a été certifiée comme un recours collectif par la Cour supérieure de l'Ontario. *Heward c. Eli Lilly & Co.*, [2007] O.J. No. 404 (C. sup. Ont.), confirmée par [2008] O.J. No. 2610 (C. div. Ont.).
- 18 *Id.*, para. 64, [2009] SKCA 43 (C. app. Sask.).
- 19 *Id.*
- 20 *Id.*, para. 129.
- 21 Voir par exemple : *Goyette c. GlaxoSmithKline Inc.*, [2009] QCCS 3745; *Bear c. Merck Frosst Canada & Co*, 2010 SKQB 284 (Sask. Q.B.).
- 22 2012 ONSC 2744 (SCJ), confirmée par, 2013 ONSC 1169 (C. div. Ont.) (CanLII).
- 23 2012 ONSC 2744, para. 5 (C. sup. Ont.).
- 24 *Id.*, paras. 50 et 233.

- 25 *Heward c. Eli Lilly & Co.*, [2007] O.J. No. 404 (C. sup. Ont.), confirmée par, [2008] O.J. No. 2610 (C. div. Ont.).
- 26 2012 ONSC 3681 (Can.).
- 27 2013 ONSC 5186 (C. sup. Ont.).
- 28 *Id.*, para. 8. Une reprise chirurgicale en est une qui enlève et remplace l'implant précédent.
- 29 2013 ONSC 5186, paras. 34-36.
- 30 *Id.*, para. 36.
- 31 *Id.*, para. 44.
- 32 2012 BCCA 260 (C. app. C.-B.).
- 33 *Id.*, para. 47 (nous soulignons).
- 34 *Id.*, para. 61.
- 35 *Id.*
- 36 *Id.*, paras. 77,82.
- 37 2012 BCSC 1804 (C. sup. C.-B.).
- 38 *Id.*, para. 29.
- 39 Dans *Andersen c. St. Jude Medical Inc.*, 2012 ONSC 3660 (C. sup. Ont.), paras. 561-562, la Cour supérieure de l'Ontario a considéré cette question en *obiter*, n'ayant trouvé aucune négligence de la part des défendeurs. La juge de première instance a estimé dans ce cas qu'une potentielle conclusion de causalité générale – que le produit pourrait doubler les risques de préjudice – pourrait faire progresser de manière significative les questions individuelles (le lien de causalité spécifique) dans le litige. Toutefois, la juge avait à sa disposition la preuve d'un essai contrôlé dont tous les experts ont convenu qu'elles étaient les meilleures preuves scientifiques disponibles pour évaluer les risques du produit; ce qui lui a permis de calculer les taux spécifiques. En outre, elle n'a pas procédé aux auditions individuelles pour évaluer si cela serait possible en pratique, étant donné qu'elle a jugé de l'instruction des questions communes en faveur des défendeurs.
- 40 2013 BCCA 21 (C.-B.).
- 41 *Id.*, para. 25.
- 42 *Id.*, para. 36.
- 43 *Charlton c. Abbott Laboratories Ltée*, 2015 BCCA 26.
- 44 Voir par exemple: *FL c. AstraZeneca Pharmaceuticals*, p.l.c., 2010 QCCS 470; *Perreault c. McNeil PDI*, 2012 QCCA 713; *Option Consommateurs c. Merck*, 2011 QCCS 3447, confirmée par, 2013 QCCA 57; *MacMillan c. Abbott Laboratories*, 2012 QCCS 1684, confirmée par, 2013 QCCA 906; *Leclerc c. Merck Canada Inc.*, 2012 QCCS 7100 (C. sup. QC); *Lebrasseur c. Hoffmann-La Roche Itee*, 2013 QCCS 3024 (C. sup. QC).
- 45 [2010] NCLA 20 (Terre-Neuve).
- 46 Voir *Deraspe c. Zinc Electrolytique de Canada Itee*, 2012 QCCS 1043 (C. Sup. QC).
- 47 Voir Sinziana Tugulea, *Quebec Court Authorizes Canada's Largest Environmental Class Action to Date*, Canadian Class Actions Law, 10 avril 2012, <http://www.canadianclassactionslaw.com/environmental/Quebec-court-authorizes-canadaslargestenvironmental-class-action-to-date/>.
- 48 Voir *id.*
- 49 Voir Dianne Saxe, *Quebec is still the place to be for environmental class actions*, Environmental Law and Litigation, 29 janvier 2013, <http://envirolaw.com/Quebec-place-environmental-class-actions/>.
- 50 Voir *MacQueen c. Ispat Sidbec Inc.*, 2011 NSSC 484 (C. sup. N.-E.).
- 51 *Id.*, para. 3.
- 52 *Id.*, para. 35.
- 53 *Id.*
- 54 *Id.*, para. 61.
- 55 *Id.*, para. 60.
- 56 Voir Dianne Saxe, *MacQueen c. Canada Class Action*, Environmental Law and Litigation, 25 juillet 2011, <http://envirolaw.com/macqueen-canada/>.
- 57 Voir Keith Luft, Thomas O'Leary & Ian Laing, *Regulatory and Liability Issues in Horizontal Multi-stage Fracturing*, 50 Alberta L. Rev. 403, 430 (2012) («Le besoin de futurs moniteurs médicaux n'apparaît pas suffisant pour établir une cause d'action délictuelle indépendante au Canada et n'a jamais été explicitement reconnu par la jurisprudence canadienne comme étant un recours séparé ou un chef de dommages [notre traduction]»).
- 58 *Id.*, paras. 430-31 (citant 2009 SKQB 509, [2010] 6 WWR 81 [Brooks]).
- 59 2013 NSCA 143 (C. app. N.-E.); demande de réexamen rejetée 2014 NSCA 73 (C. app. N.-E.).
- 60 *Id.*, para. 83.
- 61 *Id.*, para. 93.

- 62 *Id.*, paras. 99-100.
- 63 *Id.*, para. 143.
- 64 *Id.*, paras. 179-181.
- 65 2011 BCCA 187 (C. app. C.-B.).
- 66 2011 BCCA 186 (C. app. C.-B.).
- 67 Voir Drew Hasselback, *Consumers' Power Tested in Supreme Court Appeals on Price Fixing*, Legal Post, 16 octobre 2012, <http://business.financialpost.com/2012/10/16/consumers-power-to-be-tested-assupreme-court-set-to-hear-appeals-on-price-fixing/>.
- 68 2011 BCCA 187, para. 80.
- 69 [2007] 1 S.C.R. 3.
- 70 [2011] B.C.J. No. 688, para. 28.
- 71 Voir *Option Consommateurs c. Infineon Technologies*, 2011 QCCA 2116 (C. sup. QC).
- 72 *Id.*, para. 120.
- 73 *Id.*, para. 109.
- 74 *Id.*
- 75 Voir *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59 (C.S.C.); *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57 (C.S.C.); *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58 (C.S.C.).
- 76 *Sun-Rype*, 2013 CSC 58, para. 65.
- 77 *Infineon*, 2013 CSC 59, para. 59.
- 78 *Pro Sys*, 2013 CSC 57, para. 102; *Infineon*, 2013 CSC 59, para. 65.
- 79 *Pro Sys*, 2013 CSC 57, para. 102; *Infineon*, paras. 68, 101.
- 80 *Pro Sys*, 2013 CSC 57, para. 105.
- 81 *Pro Sys*, 2013 CSC 57, paras. 101, 102.
- 82 *Infineon*, 2013 CSC 59, para. 61.
- 83 *Id.*, para. 61 (Guillemets internes et citation omis).
- 84 *Id.*, para. 60.
- 85 *Pro-Sys*, 2013 CSC 57, para. 118.
- 86 Ce n'est une exigence qu'au Québec. Voir *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25, art. 1003.
- 87 *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977).
- 88 *Id.*, para. 49.
- 89 *Id.*
- 90 *Id.*, para. 115.
- 91 Ryan Marth, *Canadian Antitrust Class Actions – A Business Opportunity*, Law 360, 7 avril 2014, <http://www.law360.com/articles/525775>.
- 92 *Id.*
- 93 *Id.*
- 94 [2009] O.J. (C. sup. Ont.) et [2009] O.J. No. 5585 autorisation d'appeler rejetée, 2011 ONSC 1035 (C. sup. Ont.).
- 95 [2009] O.J. No. 5585 (C. sup. Ont.); autorisation d'appeler rejetée 2011 ONSC 1035 (C. sup. Ont.).
- 96 [2010] ONSC 1591 (C. sup. Ont.).
- 97 [2010] ONSC 1591 (C. sup. Ont.), para. 135.
- 98 Voir *Abdula c. Canadian Solar Inc.*, 2011 ONSC 5105 (C. sup. Ont.).
- 99 *Abdula c. Canadian Solar Inc.*, 2012 ONCA 211, para. 88 (C. app. Ont.).
- 100 *Morrison c. Nat'l Austl. Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869, 2881-83 (2010).
- 101 Voir Wulf A. Kaal & Richard W. Painter, *Forum Competition and Choice of Law Competition in Securities Law After Morrison c. National Australia Bank*, 97 Minn. L. Rev. 132, 188 (2012).
- 102 Voir *Kaynes c. BP*, 2014 ONCA 580 (C. app. Ont.).
- 103 *Id.*, para. 2.
- 104 *Id.*, para. 4.
- 105 *Id.*, paras. 32-34, 41.
- 106 *Id.*, para. 54.
- 107 *Id.*, para. 40.
- 108 *Id.*, paras. 45, 54.
- 109 2013 ONSC 1667 (C. sup. Ont.).
- 110 Voir *Gould c. W. Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184 (C. sup. Ont.).
- 111 Voir Drew Hasselback, *Western Coal Changes Thinking on Threshold for Securities Class Actions*, Legal Post, 12 mars 2012, <http://business.financialpost.com/2012/12/03/western-coal-changesthinking-on-threshold-for-securities-class-actions/>.
- 112 *Gould*, 2012 ONSC 5184, paras. 96, 239.
- 113 *Id.*, para. 309.

- 114 Voir *Green c. Can. Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637 (C. sup. Ont.).
- 115 Voir *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107 (C. app. Ont.).
- 116 *Id.*, para. 600 (nous soulignons).
- 117 Voir *Hasselback*, *supra* note 67.
- 118 2014 ONCA 90.
- 119 *Id.*, paras. 88, 89.
- 120 2014 CanLII 45835 (C.S.C.); 2014 CanLII 45836 (C.S.C.); 2014 CanLII 45838 (C.S.C.).
- 121 2014 ONSC 1057.
- 122 *Id.*, para. 11.
- 123 2014 ONCA 901.
- 124 La Cour d'appel a également confirmé le refus du tribunal inférieur de certifier les réclamations autonomes de common law concernant les déclarations inexactes.
- 125 2013 QCCA 1256 (C. app. QC.)
- 126 2013 CSC 69.
- 127 Certains ont estimé qu'approximativement 8 à 10 % des recours collectifs se rendent jusqu'à procès en Ontario. Voir Julius Melnitzer, *Are Class Actions Going to Trial More Often?*, Law Times, 2 septembre 2013, <http://www.lawtimesnews.com/201309023419/focus-on/focus-are-class-actions-going-to-trial-more-often>.
- 128 Jon Foreman, Sarah Graham, Genevieve Meisenheimer et Lauren Nielsen «Class Action Trial Decisions in Canada,» <http://harrisonpensa.com/wp/content/uploads/2012/07/updated-trial-list-JUL-11-12-final-2.pdf>. Depuis la publication de ces statistiques, d'autres recours collectifs ont été intentés, incluant le recours collectif sur le tabac au Québec. En juin 2014, le procès en était à sa 234^{ème} journée; les plaidoiries finales devant être entendues entre septembre et décembre 2014. <http://tobaccotrial.blogspot.ca/2014/06/day/234-proof-grudging-closed.html>.
- 129 Voir Jordan Chittley, *Quebec Smokers c. "Big Tobacco": \$17.8B Class Action Wrapping Up*, 22 septembre 2014, CTV News, <http://www.ctvnews.ca/business/quebec-smokers-v-big-tobacco-17-8b-class-action-wrapping-up-1.2018342>.
- 130 *Id.*
- 131 *Id.*
- 132 *Kerr c. Danier Leather Inc.*, [2004] 46 B.L.R. (3d) 167 (C. sup. Ont.), renversée (2005), 77 O.R. (3d) 321 (C. app. Ont.), confirmée par, 2007 CSC 44.
- 133 *Smith c. Inco Ltd.*, 2010 ONSC 3790 (C. sup. Ont.), renversée 2011 ONCA 628 (C. app. Ont.), autorisation d'appeler refusée, [2011] S.C.C.A. No. 539.
- 134 *Jeffery c. London Life Insurance Co.*, 2010 ONSC 4938 (C. sup. Ont.), variant 2011 ONCA 683 (C. app. Ont.), autorisation d'appeler refusée, [2012] S.C.C.A. No. 1.
- 135 *Andersen c. St. Jude Medical Inc.*, 2012 ONSC 2660 (C. sup. Ont.).
- 136 *Mandeville c. Manufacturers Life Insurance Co.*, 2012 ONSC 4316 (C. sup. Ont.), confirmée par, 2014 ONCA 417.
- 137 Dans *Webb c. K-Mart*, 45 O.R. (3d) 389 (C. sup. Ont.), autorisation d'appeler refusée, 45 O.R. (3d) 638 (C. div. Ont.), le juge en certification a accordé un jugement sommaire sur les questions communes en se basant sur une admission de responsabilité, et a dirigé le dossier vers une évaluation individuelle des dommages. Dans *Kotai c. Queen of the North*, 2010 BCSC 1180 (C. sup. C.-B.), toutes les questions communes, à l'exception des dommages, ont été réglées avant le procès. La Cour a procédé à 6 mini-procès pour évaluer les réclamations des membres du groupe et assister les parties dans le règlement de la question des dommages.
- 138 *Règles de procédure civile*, art. 20.04.
- 139 2014 CSC 7.
- 140 *Id.*, para. 57.
- 141 *Id.*, para. 49.
- 142 *Id.*, para. 50.
- 143 2014 BCSC 1122 (C. sup. C.-B.).
- 144 *Id.*, paras. 181-84.
- 145 Deux recours collectifs ont été rejetés sur des requêtes en jugement sommaire en Alberta – un avant et un après la certification – et le rejet de ces deux actions a été confirmé par la Cour d'appel de l'Alberta en 2014 : *W.P. c. Alberta*, 2014 ABCA 404 et *Windsor c. Canadian Pacific Railway Ltd.*, [2014] A.J. No. 256 (C.A.).
- 146 2014 ONSC 1288 (C. sup. Ont.).
- 147 *Id.*, para. 1.
- 148 *Id.*, para. 3.
- 149 *Id.*, paras. 57-58.

- 150 *Id.*, para. 58.
- 151 *Id.*, para. 90.
- 152 *Id.*, para. 95.
- 153 *Id.*
- 154 *Id.*, para. 100.
- 155 2015 ONCA 53, para. 3 (C. app. Ont.)
- 156 2013 ONSC 1868 (C. sup. Ont.).
- 157 *Id.*, para. 5.
- 158 *Id.*, para. 7.
- 159 *Id.*, para. 11.
- 160 *Id.*, para. 48.
- 161 *Id.*, para. 19.
- 162 *Id.*, para. 23.
- 163 *Id.*, para. 4.
- 164 *Id.*, para. 157.
- 165 *Id.*, para. 122.
- 166 *Id.*
- 167 Voir CPA, art. 31.
- 168 *Cannon c. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686.
- 169 Voir notamment: *Slark c. Ontario*, 2014 ONSC 1283 (C. sup. Ont.); *Labourer's Pension Fund of Central and Eastern Canada (Trustee of) c. Sino-Forest Corp.*, 2014 ONSC 62 (C. sup. Ont.); *Baker (Estate) c. Sony BMG Music (Canada) Inc.*, 2011 ONSC 7105 (C. sup. Ont.).
- 170 2013 ONCA 92 (C. sup. Ont.).
- 171 Le CPA prévoit que les fonds non distribués lors d'un règlement (dans le cas d'un faible taux de réclamation par exemple) doivent être, en l'absence de toute autre entente, versés au défendeur.
- 172 Voir notamment *Ainslie c. Alexa Life Sciences*, 2010 ONSC 4294 (C. sup. Ont.); *Boulanger c. Johnson & Johnson Corp.*, 2010 ONSC 2359 (C. sup. Ont.); *Wilson c. Servier Canada Inc.* [2005] O.J. No. 1039 (C. sup. Ont.).
- 173 Voir le groupe de travail national de L'ABA, http://www.cba.org/ABC/ClassActionsTaskForce/PDF/Consultation_fr.pdf.
- 174 Voir *id.*
- 175 Voir Barry Glaspell, *Canada's Judicial Protocol for Multijurisdictional Class Actions*, 5 août 2011, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ca1c60ee-2324-4aff-bf99-c91898861270>.
- 176 Voir *Osmun c. Cadbury Adams Canada Inc.*, 2012 ONSC 3837 (C. sup. Ont.).
- 177 Voir Chris Naudie & Gerard Kennedy, *Facilitating Settlement in Multi-Jurisdictional Class Actions : The CBA's Protocol*, 21 août 2013, Canadian Class Action Defence, <http://www.canadianclassactiondefence.com/2013/08/facilitating-settlement-in-multi-jurisdictional-class-actions-the-cbas-protocol/> ; Louise Moher & Rory Wasserman, *First Use of the Multijurisdictional Class Action Protocol in a Settlement*, Leners Class Action Blog, 29 juin 2012, <http://lenersclassactiondefence.ca/blog/post/first-use-of-the-multijurisdictional-class-action-protocol-in-a-settlement>.
- 178 Peter Hogg et Gordon McKee, "Are National Class Action Constitutional?" (2010) 26 N.J.C.L. 279 aux pages 283-284; sur le même sujet, voir également "Are National Class Actions Constitutional? –A Reply To Walker" 31 N.J.C.L. 183.
- 179 Jasminka Kalajdzic, Peter Cashman & Alana Longmoore, Justice for Profit: A comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third Party litigation Funding, 61 Am. J. Comp. L. 93, 113 (2013).
- 180 Au Québec, un fond public similaire appelé le «Fonds d'aide aux recours collectifs» est disponible.
- 181 Review of Class Actions in Ontario: Issues to be Considered, Law Commission of Ontario, Novembre 2013, aux pages 6-7, <http://www.lco-cdo.org/class-actions-issues-to-be-considered.pdf>. La CPF est administrée par la *Law Foundation of Ontario* (LFO), une organisation sans but lucratif créée par la loi en 1974. La LFO et le Procureur général nomme chacun un membre du *Class Proceedings Committee* et nomme conjointement les 3 autres. Le *Committee* détermine si une application doit recevoir un soutien financier provenant du fond selon plusieurs critères, incluant, notamment, la force du dossier et la portée de l'intérêt public qui est en jeu. Voir *The Law Foundation for Ontario*, <http://www.lawfoundation.on.ca/class-proceedings-fund>.
- 182 Une ordonnance de la cour non-communicuée rendue le 14 mai 2009, Alberta Court of Queen's Bench No. 0101-0499, mentionnée dans *Dugal et al. c. Manulife Financial Corporation et al.* (2011), 105 O.R. (3d) 364 à la page 371. Voir aussi Julius Melnitzer, *Courts Pave Way for More Class Actions*; 3rd-Party Help, Legal Post, FP10 (7 octobre 2009).

- 183 Voir Kalajdzic, Cashman & Longmoore, *supra* note 172, à la page 113.
- 184 Voir *id.*
- 185 *Id.* à la page 114.
- 186 L'approbation judiciaire des ententes FLTP est généralement seulement requise pour les recours collectifs. Voir *id.* à la page 113 (Qui met l'emphase sur le fait que l'examen judiciaire des ententes FLTP a été précipitée par l'accroissement des recours collectifs.)
- 187 2012 ONSC 2715 (C. sup. Ont.).
- 188 *Id.* para. 2.
- 189 *Id.* para. 90.
- 190 *Id.* para.140.
- 191 [2009] CanLII 41540 (C. sup. Ont.).
- 192 2013 ONSC 4974 (C. sup. Ont.).
- 193 *Id.* para. 12.
- 194 *Id.* para. 15.
- 195 *Id.* para. 20.
- 196 *Andersen c. St. Jude Medical Inc.*, 2012 ONSC 3660 (C. sup. Ont.).
- 197 2012 BCCA 310 (C. app. C-B).
- 198 2014 BCCA 36 (C. app. C-B).
- 199 Une demande d'appel de cette décision à la Cour suprême du Canada est en cours.
- 200 2013 ONCA 657 (C. app. Ont.).
- 201 *Id.* paras. 117-121.
- 202 2013 CSC 57.
- 203 *Id.* para. 97.
- 204 Review of Class Actions in Ontario : Issues to be Considered by the Law Commission of Ontario, <http://www.lco-cdo.org/class-actions-issues-to-be-considered.pdf>.
- 205 Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, Toronto, ON: Ministry of the Attorney General, 1982, aux pages 323-24 et 749-52.
- 206 Voir Jordan Fletcher, *Access to Justice "Is Becoming too Expensive"*, The Globe and Mail (Canada), 21 novembre 2013.
- 207 2014 ONSC 3057 (C. sup. Ont.).
- 208 *Id.* para. 24.
- 209 2014 ONSC 2073.
- 210 *Id.* para. 106.



U.S. CHAMBER

Institute for Legal Reform

202.463.5724 main
202.463.5302 fax

1615 H Street, NW
Washington, DC 20062

instituteforlegalreform.com