



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

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

I. INTRODUCTION ET CONTEXTE DES RECOMMANDATIONS DE RÉFORME

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Recommandations:

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

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

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

⁸ Document de consultation publique, p. 4.

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

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

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

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

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

¹¹ Art. 17 C.p.c.

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

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

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

Recommandations :

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

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

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

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

¹⁴ Rapport, p. 28 et ss.

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

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

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

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

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

¹⁸ Id.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[soulignements ajoutés]

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

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

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

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

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

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

Recommandations :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

49. Les décisions de la Cour suprême du Canada dans les affaires *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc.*³⁴ et *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*³⁵, qui considèrent cette exigence d'autorisation, sont révélatrices de la raison d'être de ce critère et de la manière dont il pourrait être appliqué de façon générale aux actions collectives. Après avoir noté « l'intérêt public » à l'égard des litiges entrepreneuriaux et la nécessité de prendre des mesures pour prévenir les « poursuites opportunistes et dénuées de fondement » dans le contexte des actions collectives en matière de valeurs mobilières — c'est-à-dire, « des actions non fondées intentées en vue de contraindre des défendeurs ciblés à conclure un règlement injuste »³⁶ — la Cour suprême a statué que « le critère préliminaire [d'autorisation] doit être plus qu'un [traduction] “dos d'âne”... Autrement dit, pour favoriser l'atteinte de l'objectif législatif consistant à instaurer un mécanisme de filtrage dissuasif musclé qui écarte les demandes non fondées, le critère préliminaire exige une possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause »³⁷.
50. L'expérience tirée des actions collectives en matière de valeurs mobilières au Canada jusqu'à présent indique que l'exigence d'une évaluation sommaire du bien-fondé n'a pas découragé indûment la poursuite des réclamations fondées, ni empêché que des actions collectives soient entreprises par des avocats en demande estimant qu'elles ont une possibilité raisonnable ou réaliste de succès. Selon une étude de 2017 de NERA Economic Consulting, le nombre d'actions collectives en matière de valeurs mobilières déposées au Canada a plus que doublé en 2016 par rapport à l'année précédente³⁸.

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

³⁴ 2015 CSC 18 [*Theratechnologies*].

³⁵ 2015 CSC 60 [*Green*].

³⁶ *Green*, par. 67-69.

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

³⁸ [NTD : Note de bas de page manquante dans la version anglaise.]

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

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

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

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

II. CONCLUSION

56. Nous sommes reconnaissants de l'occasion qui nous est donnée de présenter ces soumissions et propositions de réforme du régime québécois d'action collective.

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