

PERSPECTIVES DE RÉFORME DE L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC

**Rapport préparé à l'attention du ministère de la
Justice du Québec – septembre 2019**

Me Catherine Piché, Prof.
Université de Montréal, Faculté de droit

La présente étude a été financée par le Ministère de la Justice du Québec dans la cadre du projet de recherche Accès au Droit et Accès à la Justice, et produite par le Laboratoire de sur les actions collectives de l'Université de Montréal. Il importe toutefois de souligner que les positions qui y sont défendues constituent celles de l'auteure et ne sauraient lier le ministère.

TABLE DES MATIÈRES

I.	DESCRIPTION DU MANDAT DE RECHERCHE	3
II.	INTRODUCTION : HYPOTHÈSES DE RECHERCHE, MISE EN CONTEXTE ET QUESTIONS	4
III.	ÉTAPE D'AUTORISATION DE L'ACTION COLLECTIVE	6
A.	OBJECTIFS GÉNÉRAUX ET AVANTAGES DE L'ACTION COLLECTIVE	6
B.	L'AUTORISATION COMME FILTRE DES DEMANDES D'ACTION COLLECTIVE	10
i.	<i>Objectifs de protection et d'organisation de l'autorisation</i>	11
ii.	<i>Fonction de filtrage des demandes frivoles ou non fondées</i>	13
C.	CONDITIONS PROCÉDURALES ET SUBSTANTIELLES À L'AUTORISATION	16
i.	<i>Questions identiques, similaires ou connexes</i>	17
ii.	<i>Apparence de droit</i>	17
iii.	<i>Composition du groupe</i>	18
iv.	<i>Représentation adéquate des membres</i>	19
D.	PORTRAIT EMPIRIQUE DE L'AUTORISATION DANS L'ACTION COLLECTIVE	20
E.	CRITIQUES ET RECHERCHE DE SOLUTIONS	24
IV.	PROPORTIONNALITÉ DANS L'ACTION COLLECTIVE	28
A.	LA PROPORTIONNALITÉ COMME OUTIL D'APPRÉCIATION DES CRITÈRES D'AUTORISATION	28
i.	<i>Questions connexes, proportionnalité et économie des ressources</i>	29
ii.	<i>Apparence de droit, proportionnalité et « recours périlleux »</i>	31
iii.	<i>Composition du groupe, proportionnalité et groupes restreints</i>	32
iv.	<i>Représentation adéquate et approche proportionnée du statut pour agir dans l'action collective</i>	33
v.	<i>Proportionnalité et élargissement de la définition du groupe</i>	33
vi.	<i>Proportionnalité et « préférabilité »</i>	34
B.	MOYENS PRÉLIMINAIRES	37
C.	PREUVE « APPROPRIÉE » ET PROPORTIONNÉE À L'AUTORISATION	38
D.	REMARQUES CONCLUSIVES SUR LA PROPORTIONNALITÉ	39
V.	HONORAIRES EXTRAJUDICIAIRES DANS L'ACTION COLLECTIVE	42
A.	MARCHÉ QUÉBÉCOIS DE L'ACTION COLLECTIVE	44
B.	STRUCTURES ET FORMES DE CONVENTIONS D'HONORAIRES	47
C.	MÉCANISME D'APPROBATION DES HONORAIRES EXTRAJUDICIAIRES	49
i.	<i>Le juge comme gardien d'honoraires « justes et raisonnables »</i>	49
ii.	<i>Critères qualitatifs</i>	50
iii.	<i>Critères quantitatifs ou méthode de calcul des honoraires</i>	55
iv.	<i>Rôle du Fonds d'aide aux actions collectives</i>	56
D.	PORTRAIT EMPIRIQUE DES HONORAIRES DANS L'ACTION COLLECTIVE	56
VI.	PISTES DE RÉFORME DE L'ACTION COLLECTIVE	60
A.	FORCER UN CHANGEMENT DANS LES PRATIQUES ET LA CULTURE PAR UNE GESTION D'INSTANCE (ENCORE PLUS) SERRÉE	60
B.	AJOUTER UN CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ OU D'OPPORTUNITÉ AU MÉCANISME D'AUTORISATION	63
C.	INTÉGRER L'AUTORISATION À L'INSTANCE PRINCIPALE	66
D.	RESSERRER LE PROCESSUS D'APPROBATION DES HONORAIRES	71

I. DESCRIPTION DU MANDAT DE RECHERCHE

Le présent mandat de recherche a été initié en automne 2018 dans le cadre du projet du ministère de la Justice du Québec sur la transformation de la justice, lequel implique un plan pour moderniser le système de justice et augmenter l'efficacité du système de façon durable, notamment pour réduire les délais. Par ce plan, le gouvernement agit pour mettre en place une justice plus innovante et plus efficiente au bénéfice de tous les citoyens. Par le fait-même, le ministère souhaite documenter les pratiques en matière d'action collective, le tout dans le contexte de modernisation de la justice civile au Québec.

Plus précisément, notre mandat implique d'aborder les délais, les coûts et le financement de l'action collective. Il s'inscrit dans les activités de recherche du Laboratoire sur les actions collectives que nous dirigeons¹. Nous nous sommes d'abord concentrés sur l'étape de l'autorisation dans l'action collective, en présumant que cette première grande étape dans l'action implique des coûts et des délais importants, et que sa structure pourrait potentiellement être revisitée dans le cadre d'une éventuelle réforme législative. C'est ainsi que nous avons considéré s'il était approprié d'adopter un critère de proportionnalité ou d'opportunité à l'étape de l'autorisation de l'action, et même s'il était pertinent de maintenir l'autorisation en tant qu'étape de filtrage. Dans une deuxième phase, les honoraires extrajudiciaires et leurs mécanismes d'approbation furent analysés.

Le présent rapport est rendu public et doit servir à appuyer un vaste effort de consultations dans l'optique d'une réforme potentielle du régime d'action collective au Québec. Ce rapport et ses propositions de réforme visent précisément à assurer que l'action collective puisse continuer à offrir un accès à la justice pour les québécois et une saine administration de la justice en général.

¹ www.classactionslab.ca.

II. INTRODUCTION : HYPOTHÈSES DE RECHERCHE, MISE EN CONTEXTE ET QUESTIONS

De nombreuses critiques sont régulièrement formulées à l'endroit de l'action collective au Québec. Pour certains, l'action collective est l'occasion de « brasser des millions » en menant des dossiers qui concernent des centaines ou milliers de citoyens². Pour d'autres, il s'agit de « combattre le cynisme ambiant », en vivant sous l'œil scrutateur des médias d'information et des médias sociaux. Nous avons choisi, de concert avec l'équipe du MJQ, de nous concentrer sur les questions relatives aux coûts et aux délais pour les fins de ce mandat. Pour proposer des pistes de solutions de réforme, nous sommes d'avis qu'il faut comprendre l'état de la pratique dans l'action collective au Québec, ainsi que les défis qui la concernent. Ainsi, en considérant le portrait empirique de cette pratique au Québec depuis 25 ans, nous aborderons successivement la structure de l'action collective et l'importance de l'autorisation, la proportionnalité dans l'action collective et les honoraires extrajudiciaires. Des pistes de réforme de l'action collective seront aussi proposées.

Notre expérience des dernières années à la direction du Laboratoire sur les actions collectives et notre analyse de la banque de données du Laboratoire, présentant des données empiriques concernant tous les dossiers d'action collective intentés depuis les vingt-cinq dernières années, révèle les constats suivants, lesquels alimentent nos hypothèses de recherche (qui suivent):

- **Constat général** : il existe un **volume élevé d'actions collectives au Québec**, soit en moyenne 54 actions sur 25 ans, avec un volume beaucoup plus élevé de 70 actions par an depuis deux ans. Ce volume est donc constant et croissant.
- Certains membres de la communauté juridique ont mentionné qu'il existait à leur avis **beaucoup de demandes frivoles ou de *minimis***. Des juges ont d'ailleurs exprimé le désir de « faire mieux » au plan du rôle de filtrage à l'autorisation, notamment par le biais de pouvoirs accrus de gestion.
- Le **standard de preuve à l'autorisation reste très peu exigeant** depuis les récents arrêts de la Cour suprême du Canada. Ce standard a été confirmé dans l'arrêt de 2019 de la Cour suprême du Canada *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*³
- Il existe un **débat au sein de la Cour d'appel du Québec sur la nécessité et la pertinence de l'autorisation**.
- La société en général questionne les **honoraires élevés des avocats en demande** et les formes de financement variées et nouvelles de l'action collective. Ce questionnement amène celui de la proportion entre les frais encourus et les sommes distribuées aux membres, entre le coût de l'action et le bénéfice encouru par les membres.

³ 2019 CSC 35.

- **Constat général:** nous sommes d'avis que la pratique de l'action collective fonctionne bien au Québec, de façon générale, et a « le vent dans les voiles ». Les délais importants et les coûts de l'instance (notamment les honoraires d'avocats souvent pharamineux) sont préoccupants toutefois. De même, on peut se demander s'il est possible de « faire mieux » sur le plan des taux de compensation. Le présent rapport portera toutefois sur le mécanisme d'autorisation et sur la réduction des délais liés à ce mécanisme, ainsi que sur les honoraires payés aux avocats en demande dans l'action collective.

Ainsi, voici certaines des questions que nous aborderons dans le présent rapport, relativement aux hypothèses posées et auxquelles nous tenterons de répondre, en fonction notamment des données du Laboratoire sur les actions collectives :

- Comment l'autorisation d'exercer une action collective est-elle demandée, interprétée et décidée, au Québec?
- Dans quel délai les demandes d'autorisation sont-elles décidées au Québec? Ce délai est-il acceptable?
- L'autorisation remplit-elle son rôle de filtrage des demandes?
- Les demandes d'autorisation sont-elles gérées efficacement par les tribunaux?
- Comment le principe de proportionnalité de l'art. 18 C.p.c. s'applique-t-il actuellement dans l'instance d'action collective au Québec et est-il interprété par les tribunaux québécois? Le principe, tel qu'appliqué, est-il suffisant?
- Peut-on penser à intégrer un critère alternatif dans l'appréciation des critères d'autorisation afin de mieux filtrer l'action collective et d'assurer un déroulement plus efficace?
- Comment le critère de *preferability* est-il utilisé en Ontario? Peut-on s'inspirer de ce qui se fait ailleurs au Canada?
- Comment structurer un projet de réforme législative incluant la proportionnalité, l'opportunité, et/ou un autre critère à l'autorisation d'action collective?
- Des stratégies peuvent-elles être mises en place pour assurer une gestion d'instance plus rapide des dossiers d'action collective, particulièrement depuis le dépôt de la demande jusqu'à l'autorisation?
- Y a-t-il lieu de restructurer le mécanisme d'autorisation; si oui, comment?
- Les honoraires d'avocats paraissent-ils disproportionnés aux distributions aux membres?
- Comment apprécier le caractère « raisonnable » des honoraires?
- Y a-t-il lieu de restructurer le mécanisme d'approbation des honoraires; si oui, comment?

Le présent rapport fait état de nos réflexions et conclusions préliminaires relativement aux questions posées.

III. ÉTAPE D'AUTORISATION DE L'ACTION COLLECTIVE

Contrairement à l'action en justice unitaire traditionnelle, l'action collective ne peut être exercée qu'avec l'autorisation de la Cour supérieure⁴. Le juge d'autorisation doit décider si l'action peut aller de l'avant de manière collective. Il vérifie la présence et l'accomplissement des critères d'autorisation. Si l'autorisation est accordée, l'étendue du groupe visé, les questions qui le touchent et les conditions d'exercice de l'action sont définies. Ainsi, au-delà de sa conception originale et distincte de celle des autres instruments de justice collective canadiens, son particularisme tient à sa procédure en deux étapes, sur laquelle nous nous concentrerons. C'est parce que dans sa forme actuelle, l'étape de l'autorisation fait l'objet de critiques et de débats importants. Certains plaident pour son élimination, alors que d'autres souhaitent la renforcer.

Dans la présente sous-section, nous discuterons des raisons qui justifient la présence d'une autorisation préalable à l'action en justice et examinerons sommairement l'autorisation québécoise, en y incluant l'interprétation par les tribunaux de ses critères.

A. Objectifs généraux et avantages de l'action collective

L'action collective, jadis appelée recours collectif, est un **moyen procédural particulier** qui permet à une personne ou à un organisme d'entreprendre un recours en justice contre un ou plusieurs défendeurs en son nom propre et au nom d'un groupe de membres⁵. En 1979, la *Loi sur le recours collectif* entre en vigueur, faisant du Québec la première province canadienne à adopter un mécanisme de recours collectif. Le *Code de procédure civile* est ainsi modifié pour y inclure des articles novateurs qui préciseront l'ensemble des règles encadrant ce moyen procédural.

Ces articles et ce régime nouveaux s'inscrivent à l'époque dans un contexte de changement social et visent à offrir un meilleur accès à la justice⁶. De fait, le Projet de loi 39 – *Loi sur le recours collectif*⁷ – avait comme visée originale de permettre au Québec d'être **le pionnier au Canada** en adoptant un projet de loi

qui a un caractère social, qui est destiné à rétablir un certain équilibre entre le citoyen isolé et les entreprises et surtout celles qui ont le caractère de gigantisme que l'on connaît dans notre société. Ce projet de loi va mettre au service du citoyen un outil qui est propre à éliminer, justement, le déséquilibre qui existe entre le consommateur et le producteur, de temps à autre. La procédure doit

⁴ Art. 574 al. 1 du *Code de procédure civile*.

⁵ Voir *Code de procédure civile*, R.L.R.Q. c. C-25.01, art. 571 (ci-après C.p.c.); Voir en général : Pierre-Claude LAFOND, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », (1998-1999) 29 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 3; Shaun FINN, *Le recours singulier et collectif : redéfinir le recours collectif comme une procédure particulière*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.

⁶ LAFOND, *id.*, p. 24-25.

⁷ RLRQ, c. R-2.1 (L.R.C.).

s'adapter, naturellement, et prévoir des recours qui soient capables de rendre la justice accessible à tous. [...]»⁸

En fait, il faut bien le souligner, le projet de loi ne suscitait pas beaucoup d'opposition à l'époque, principalement parce qu'on l'attendait depuis longtemps. Pour reprendre les mots du député Serge Fontaine, le recours collectif est un **mode d'accès à la justice pour les citoyens défavorisés**, et « constitue pour les citoyens un moyen additionnel d'obtenir justice lorsqu'un groupe d'entre eux a subi un préjudice difficilement redressable par d'autres moyens. [...] Il s'agit, bien sûr, d'une mesure de justice sociale qui s'impose dans notre société actuelle de consommation.»⁹ Pour compléter ce mécanisme, le Fonds d'aide aux recours collectifs est institué, dont le mandat est de soutenir financièrement les personnes qui intentent une action collective¹⁰.

En 2001, une **trilogie d'arrêts de la Cour suprême du Canada** vient préciser les **objectifs du recours collectif dans la Société canadienne**¹¹. La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton* décrit le rôle important de cet instrument procédural en précisant qu'il « fournit un moyen de résoudre efficacement de tels litiges d'une manière équitable pour toutes les parties.»¹² Sont subséquemment énumérés les principaux avantages que procurent les recours collectifs :

27. [...] Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, les recours collectifs permettent de faire des économies au plan judiciaire en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Les gains en efficacité ainsi réalisés libèrent des ressources judiciaires qui peuvent être affectées à la résolution d'autres conflits, et peuvent également réduire le coût du litige à la fois pour les demandeurs (qui peuvent partager les frais) et pour les défendeurs (qui contestent les poursuites une seule fois). [Citations omises.]

28. Deuxièmement, comme les frais fixes peuvent être divisés entre un grand nombre de demandeurs, les recours collectifs donnent un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement. Sans les recours collectifs, la justice n'est pas accessible à certains demandeurs, même pour des réclamations solidement fondées. Le partage des frais permet de ne pas laisser certains préjudices sans recours. [Citations omises.]

⁸ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31e législature, 3e session, no 7 (7 mars 1978), p. B-262.

⁹ *Id.*, p. B-263.

¹⁰ Désormais appelé « Fonds d'aide aux actions collectives ».

¹¹ *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69.

¹² *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, *id.*

29. Troisièmement, les recours collectifs servent l'efficacité et la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public. Sans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d'une poursuite dépasseraient largement la réparation probable. Le partage des frais diminue le coût des recours en justice et dissuade donc les défendeurs éventuels qui pourraient autrement présumer que de petits méfaits ne donneraient pas lieu à un litige. [Citations omises.] [nos soulignements]¹³

L'objectif de dissuasion a été confirmé à nouveau par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Option consommateurs c. Infineon Technologies*¹⁴.

Les trois objectifs de l'action collective sont, depuis, systématiquement considérés dans les décisions d'action collective, à l'étape d'autorisation et autrement. Ils servent de fondement aux décisions prises par les tribunaux et c'est ainsi que nous nous en servons pour apprécier l'effectivité et l'efficacité du système actuel au Québec.

L'action collective québécoise **se déroule en deux temps**. La première étape est celle de l'autorisation. D'abord, le requérant dépose une demande pour être autorisé à exercer l'action collective. Puis, une fois l'autorisation du tribunal obtenue, le requérant dépose une demande introductive d'instance qui débute l'instance en bonne et due forme. Pour les autres provinces canadiennes, il s'agira plutôt d'un processus fort similaire de « certification ». De façon globale, le tribunal devra s'assurer qu'il y a une question commune à un groupe d'individus bien défini, qu'il y a une cause d'action et que le représentant peut défendre adéquatement les intérêts des membres du groupe. Cette explication omet bien sûr de faire part des spécificités de l'action. Nous y reviendrons ci-après. Il est utile toutefois de mettre l'emphase dès à présent sur l'importance du moment du dépôt d'une demande pour permission d'autoriser l'action collective, moment officieux de naissance de l'action.

Pour retourner un peu en arrière dans le temps, après avoir vu deux décennies de pratique du recours collectif au Québec, le Comité de révision de la procédure civile du ministère de la Justice du gouvernement du Québec a publié en juillet 2001 un rapport relatif au droit judiciaire

¹³ *Id.*

¹⁴ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600, Catherine PICHÉ et André LESPÉRANCE. « L'action collective comme outil de prévention, d'évitement et de dissuasion », Colloque national sur l'action collective - Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis, Barreau du Québec, Service de la formation continue, 2016, Vol. 410, p. 61-98.

dans la province intitulé *La révision de la procédure civile: une nouvelle culture judiciaire*¹⁵. Dans son rapport, le comité soulignait la dérive de la procédure d'autorisation comme suit :

Contrairement à l'objectif de départ, les parties plaident trop souvent au fond à cette étape, ce qui n'est pas sans conséquence sur les coûts et les délais. La pratique actuelle a en quelque sorte transformé la procédure d'autorisation originellement prévue en 1978 en procédure de certification après contestation, à l'instar de ce qui existe dans la législation de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et des États-Unis. [...]¹⁶

De même, le Comité recommandait que le débat reste limité, au stade de l'autorisation, autant au niveau des critères substantiels que de la preuve à apporter, le tout afin de s'assurer de la rapidité et de la fluidité de cette première étape :

Il paraît préférable, à l'étape de l'autorisation, de limiter le débat à l'examen des critères énoncés à l'article 1003 du Code, notamment la vérification d'une simple apparence sérieuse de droit à la lumière des faits allégués. Le Comité recommande donc que la demande d'autorisation ne soit plus appuyée d'un affidavit et qu'elle ne puisse être contestée qu'oralement.

Par ailleurs, afin de s'en tenir à un mécanisme de filtrage du recours collectif à l'étape du débat d'autorisation et pour éviter un débat de fond avant même l'introduction du recours collectif, le Comité recommande qu'il n'y ait aucune preuve à cette étape, à moins que le tribunal n'en décide autrement. [nos soulignement]¹⁷

En réaction à ce rapport, l'Assemblée nationale du Québec a **amendé le Code de procédure civile en 2002**¹⁸, apportant du coup des changements significatifs aux processus d'autorisation¹⁹. C'est ainsi que les exigences d'affidavit au soutien de la requête en autorisation et de contestation écrite furent abolies. Ces modifications avaient pour objectif de régler le problème des auditions coûteuses en argent, en temps et en énergie, à l'étape de l'autorisation²⁰.

Ces amendements furent vivement contestés dans l'affaire *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, particulièrement l'interdiction de produire une contestation écrite, qui fit l'objet d'une requête en déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1002 C.p.c.²¹ On invoqua le droit

¹⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile: une nouvelle culture judiciaire*, Québec, le ministère, 2001, 294 p., en ligne : <<http://collections.banq.qc.ca/ark:/52327/bs43285>>.

¹⁶ *Id.*, p. 204.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Loi portant réforme du Code de procédure civile* (L.Q. 2002, c. 7), art. 150.

¹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Comité de révision de la procédure civile, préc., note 16

²⁰ *Id.*, pp. 204-205.

²¹ 2005 QCCA 437.

fondamental à une défense pleine et entière. La Cour d'appel du Québec rejeta le pourvoi, expliquant que « le retrait de l'obligation d'un affidavit et la limitation des interrogatoires à ceux autorisés par le juge assouplissent et accélèrent le processus sans pour autant modifier fondamentalement le régime québécois de recours collectif, et encore moins stériliser le rôle du juge. »²² En effet, on confirma que le juge doit se satisfaire d'une « apparence sérieuse de droit » et de la réalisation des autres conditions d'autorisation. La Cour expliqua, somme toute, que le recours collectif n'est pas un recours extraordinaire, que l'autorisation est un mécanisme de filtrage conçu pour éliminer les dossiers qui sont manifestement frivoles ou sans fondement, et qu'en cas de doute, l'autorisation devrait être accordée dans le but d'encourager un meilleur accès à la justice²³.

Depuis, la requête **peut uniquement être contestée oralement** et le tribunal peut permettre la **présentation d'une preuve appropriée**. Aucune modification à ce régime ne fut apportée au nouveau Code de 2016²⁴. Ainsi, l'autorisation est toujours considérée comme servant de « filtre », et l'interprétation des critères d'autorisation doit être faite souplesment pour favoriser l'accès à la justice²⁵.

B. L'autorisation comme filtre des demandes d'action collective

Parce que l'action collective déroge par sa forme collective et son **mécanisme d'exception** à plusieurs des principes fondamentaux du droit judiciaire (notamment parce qu'elle permet d'intenter un recours pour autrui et de lier des tiers à jugement alors qu'ils n'ont même pas consenti à être formellement représentés), le législateur a souhaité l'assujettir à un mécanisme d'autorisation préalable d'ester collectivement en justice. Cette autorisation est exceptionnelle puisqu'en principe, le justiciable a libre accès aux tribunaux²⁶. Or, l'autorisation est un mécanisme de nature procédurale. L'autorisation confère le droit d'agir sous forme collective, mais ce n'est qu'une fois acquise que l'action procède au fond²⁷. Ainsi, même si le dépôt de la demande d'autorisation sert en pratique à débiter l'action, en théorie, ce n'est qu'une fois l'autorisation acquise que le recours naît.

²² *Id.*

²³ FINN, *préc.* note 5, p. 5.

²⁴ RLRQ, c. C-25.01 [C.p.c.].

²⁵ L'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, *préc.*, note 3, traite de cette question du rôle de filtrage. Nous y reviendrons ci-après.

²⁶ Catherine PICHÉ, « L'emprise des cinq doigts de Frankenstein : réflexion en cinq temps sur l'action collective », (2016) 2 *Revue internationale de droit comparé* 291.

²⁷ *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, *préc.*, note 21, par. 25 et 38-39 ; Voir aussi *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, *préc.*, note 3, par. 7 (« Ainsi, lorsqu'il vérifie si les conditions prévues à l'art. 575 C.p.c. sont respectées au stade de l'autorisation, le juge tranche une question purement procédurale. Il ne doit pas se pencher sur le fond du litige, étape qui s'amorce seulement après l'octroi de la demande d'autorisation »); Catherine PICHÉ, « Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective », (2018) 77 *Revue du Barreau* 525.

La conception initiale du recours collectif comme véhicule exceptionnel, énoncée à plusieurs reprises dans la jurisprudence²⁸, fut très tôt abandonnée. Comme l'expliquait la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt de principe *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, « le recours collectif est un **véhicule procédural comme il y en a plusieurs autres** dans le Code et il est disponible lorsque les conditions d'exercice se rencontrent.»²⁹ Plus récemment, la Cour suprême du Canada énonçait que

[1]a Cour privilégie « une interprétation et une application larges des critères d'autorisation [de l'exercice de l'action collective] », et « la jurisprudence a clairement voulu faciliter l'exercice des [actions collectives] comme moyen d'atteindre le double objectif de la dissuasion et de l'indemnisation des victimes » : [...] Autrement dit, l'action collective n'est pas un « recours exceptionnel » commandant une interprétation restrictive : [...] Au contraire, il s'agit d'« un remède ordinaire qui vise à favoriser une meilleure justice sociale » [...] [référence omises]³⁰

i. Objectifs de protection et d'organisation de l'autorisation

D'abord et avant tout, l'autorisation possède un **triple objectif de protection**. Protéger les membres de la partie défenderesse, protéger l'intérêt du défendeur en s'assurant qu'il n'y aura pas de poursuite collective non fondée, et plus largement, protéger les membres au sein du système judiciaire³¹. En vertu des règles d'un recours en justice régulier, une personne désirant en représenter une autre doit obtenir le mandat de ce faire³². Or, l'action collective permet à un membre d'agir sans mandat pour le compte de tous les membres du groupe³³. Ceux-ci sont visés par le jugement final en vertu de l'art. 591 C.p.c., même s'ils n'ont jamais eu connaissance de l'action collective. Dans ce contexte, le choix du représentant revêt une importance particulière.

²⁸ Voir notamment *Vignola c. Chrysler Canada*, [1984] R.D.J. 327.

²⁹ EYB 1990-59580 (C.A. Qué.).

³⁰ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, préc., note 3, par. 8.

³¹ Voir *Centrale des syndicats du Québec c. Allen*, 2016 QCCA 1878, par. 17-18:

[17] Au moins deux considérations peuvent être avancées pour justifier la nécessité d'une autorisation pour exercer une action collective. D'une part, règle générale, nul ne peut plaider pour autrui. D'autre part, l'action collective, en raison de sa nature, peut être complexe et engendrer des coûts importants, tant pour le système de justice que pour les parties elles-mêmes.

[18] Les objectifs de la pré-instance en autorisation sont donc de vérifier que les membres du groupe seront adéquatement représentés (art. 575(4) n.C.p.c.), que la cause d'action est fondée (art. 575(2) n.C.p.c.) et que l'action collective est un véhicule procédural approprié à l'espèce (art. 575(1) et (3) n.C.p.c.).

³² Art. 91 C.p.c.

³³ Art. 571 al. 1 C.p.c.

Le tribunal doit toujours s'assurer que les absents sont protégés. L'autorisation vise donc à encadrer le rôle du représentant et à protéger les membres absents³⁴.

Ensuite, introduire une action collective a généralement des **conséquences sérieuses pour la partie défenderesse**. En effet, les impacts médiatiques et commerciaux d'une nouvelle instance peuvent être dramatiques³⁵, tout comme l'effet multiplicateur de l'agrégation d'un nombre élevé de réclamations³⁶. L'autorisation vise donc à éviter que « des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables »³⁷. Ainsi, le risque est que sans ce mécanisme préalable de vérification du caractère collectif d'une demande, davantage de demandes non fondées ou *de minimis* soient intentées, avec tous les inconvénients qui s'y rattachent.

Par ailleurs, l'action collective emploie des **ressources importantes du système judiciaire**³⁸. L'autorisation vise aussi à protéger contre un accaparement inutile de ces ressources en temps et argent dans le cadre d'une demande dite frivole ou présentant peu de bénéfices pour les membres du groupe³⁹. Comme l'explique la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*,

[l'action collective] n'est pas là pour permettre que se retrouvent devant les tribunaux des recours qui, par ailleurs, n'ont aucune raison d'y être. Ceux-ci consacreront à ces dossiers du temps qui pourrait être autrement utilisé pour le bénéfice d'autres justiciables,

³⁴ Catherine PICHÉ, *Le règlement à l'amiable de l'action collective*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 2014; Shaun FINN, *L'action collective au Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 51; Catherine PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Montréal, Éd. Thémis, 2019, chapitre III, section 5.2; Véronica AIMAR, « L'autorisation de l'action collective : Raisons d'être, application et changements à venir », (2018) 13 :1 Can Class Action Rev 73, p. 76-77. Voir aussi Catherine PICHÉ (ed.), *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 2018.

³⁵ Brian T. FITZPATRICK, « Do Class Actions Deter Wrongdoing? », dans C. PICHÉ, *Class Action Effects*, *id.*, p. 181 et suiv.

³⁶ André DUROCHER et Claude MARSEILLE, « Autorisation d'exercer une action collective », *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit civil », *Procédure civile II*, fasc. 21, Montréal, LexisNexis Canada, p. 21/6.

³⁷ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 61; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, par. 37. Voir aussi Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éd. Thémis, 1996, p. 349; *Pierard c. Montréal (Ville de)*, 2007 QCCS 3467, par. 19.

³⁸ V. AIMAR, préc., note 34, 73-74. Voir également *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716, par. 72 :

[72] [...] le processus d'autorisation préalable de l'action collective, dans son cadre actuel, consomme des ressources judiciaires importantes, dont la rareté s'accommode mal de ce qui paraît un déploiement d'efforts sans proportion avec le résultat atteint, qui s'obtient au prix d'un engorgement difficilement supportable. C'est également un processus coûteux pour les parties, lent (parfois même interminable), donnant lieu à des débats qui, dans la plupart des cas, seront de toute façon repris sur le fond si l'action est autorisée et généreront encore diverses disputes interlocutoires. Et ceci sans parler du droit d'appel qui coiffe le tout, multipliant les occasions de faire durer les préliminaires, un droit d'appel que le législateur, pour d'insaisissables raisons, a récemment choisi d'élargir.

³⁹ S. FINN, *L'action collective au Québec*, préc., note 34, p. 51.

nuisant ainsi, dans une perspective globale, à l'accès à la justice et à l'utilisation efficiente des ressources judiciaires.⁴⁰

À l'objectif de protection s'ajoute un autre objectif de l'autorisation, soit celui de **circonscrire les paramètres de l'action collective**, « d'en déterminer les balises »⁴¹. Le jugement d'autorisation décrit le groupe visé par l'action⁴², description qui doit être fondée sur des critères rationnels, ne pas être circulaire ou imprécise et ne pas dépendre de l'issue du litige⁴³. La description du groupe est d'autant plus importante qu'un avis doit être transmis aux membres, spécifiant leur droit de s'exclure du groupe et le délai pour le faire⁴⁴. Pour exercer ce droit, les membres doivent être en mesure de savoir s'ils sont membres du groupe⁴⁵. Le tribunal pourra restreindre la définition du groupe, tout en demeurant prudent avant de le faire afin de ne pas priver certains membres de leurs droits⁴⁶.

Par ailleurs, le jugement d'autorisation **spécifie les questions en litige et les conclusions recherchées**⁴⁷. Les questions proposées dans la requête en autorisation pourront être reformulées pour permettre notamment « l'avancement des réclamations des membres du groupe »⁴⁸. Ainsi, l'autorisation permet d'encadrer le dossier et de cristalliser le débat qui s'effectuera sur le fond, tout en préparant la suite du dossier.

ii. Fonction de filtrage des demandes frivoles ou non fondées

L'autorisation est une **question procédurale**, qui empêche de s'immiscer dans le fond du litige⁴⁹, tel qu'expliqué ci-haut. Le tribunal y exerce alors un rôle dit « de filtrage »⁵⁰, et si ce faisant est imposé au demandeur un seuil de preuve trop élevé ou est examiné le fond du différend, l'erreur de droit justifie l'intervention de la Cour d'appel⁵¹. Ainsi, le tribunal doit à cette étape s'assurer que le demandeur satisfait aux exigences tant du seuil de preuve que du seuil légal requis en fonction des conditions d'autorisation de l'art. 575 C.p.c. Ce seuil est peu élevé, compte tenu du

⁴⁰ 2015 QCCA 1820, par. 26 (décision de première instance de rejeter une demande en autorisation d'exercer une action collective confirmée).

⁴¹ *Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.) c. Brière*, 2016 QCCA 1497, par. 62.

⁴² Art. 574 C.p.c.

⁴³ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299, par. 138.

⁴⁴ Art. 579 C.p.c.

⁴⁵ *Le Grand Collectif*, art. 574, p. 2496; art. 576, p. 2559.

⁴⁶ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43, par. 141.

⁴⁷ Art. 576 al. 1 C.p.c.

⁴⁸ *Baulne c. Bélanger*, 2016 QCCS 5387, par. 85. Voir également *A c. Frères du Sacré-Cœur*, 2017 QCCS 5394; *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, 2016 QCCS 692.

⁴⁹ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, préc., note 37, par. 37.

⁵⁰ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 59 et 65; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, id, par. 37. Voir aussi C. PICHE, *Tout ce qu'on ne vous a jamais dit*, préc., note 27.

⁵¹ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, préc., note 3, par. 12.

fait que l'autorisation ne vise toutefois qu'à écarter les demandes insoutenables ou frivoles⁵². Les critères d'autorisation doivent être interprétés largement pour réaliser les objectifs de l'action collective⁵³. En cas de doute, le tribunal penchera en faveur de l'autorisation⁵⁴. Il en reste que même si le tribunal ne peut se prononcer sur une question qui a trait au mérite du dossier, il peut « trancher une pure question de droit [...] si le sort de l'action collective projetée en dépend; dans une certaine mesure, il doit aussi nécessairement interpréter la loi afin de déterminer si l'action collective projetée est 'frivole' ou 'manifestement non fondée' en droit »⁵⁵.

Plusieurs définitions ont été proposées quant au **caractère dit « frivole » de la demande** en justice. Celle qu'avance le Professeur américain Robert Bone nous semble particulièrement intéressante. Pour lui, une action est frivole dans deux situations : (1) si le requérant sait que les faits soutenus dans sa demande ne sont pas suffisants pour qu'il obtienne gain de cause au mérite, ou (2) si le requérant soumet sa demande sans faire de recherches raisonnables qui, si elles avaient été conduites, l'auraient convaincu que sa demande n'a aucune chance de succès au mérite⁵⁶. Pour la Cour suprême du Canada, citant à cet égard la Cour d'appel du Québec, pour que la demande ne soit pas frivole, et qu'elle soit fondée en droit, il faut que le demandeur établisse « une apparence sérieuse de droit » ou encore un « droit d'action qui paraisse sérieux »⁵⁷.

Certains juges nous ont indiqué au cours de discussions informelles leur préoccupation qu'il existe un **nombre croissant de demande d'actions collectives dites « frivoles »** depuis les dernières années. D'autres juges plus précisément impliqués à Montréal au sein du « Groupe des 10 » juges spécialisés dans les dossiers d'actions collectives nous ont indiqué ne pas percevoir de telle augmentation du nombre de dossiers frivoles ou présentant des réclamations dites « *de minimis* », même s'ils reconnaissent que de tels dossiers peuvent exister. Les données du Laboratoire ne révèlent pas directement de tendance à la hausse d'actions collectives considérées frivoles. Toutefois, il faut souligner que nous avons analysé les critères d'autorisation les plus fréquemment invoqués pour refuser l'autorisation au Québec, et le fait que 70 % des demandes

⁵² Voir notamment *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 61; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43, par. 50; *Masella c. TD Bank Financial Group*, 2016 QCCA 24, par. 7; *Charles c. Boiron Canada*, préc., note 38, par. 40.

⁵³ *Marcotte c. Longueuil (Ville de)*, 2009 CSC 43, par. 22; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, préc., note 37, par. 55; *Charles c. Boiron Canada*, préc., note 38, par. 41.

⁵⁴ Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 115 ; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43, par. 51; *J.J. c. Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal*, 2017 QCCA 1460, par. 78.

⁵⁵ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, préc., note 3, par. 55.

⁵⁶ Robert G. BONE, « Modeling Frivolous Suits », (1997) 145 U. Pa. L. Rev. 519, at 533.

⁵⁷ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, préc., note 3, par. 58, citant *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 9-11 et *Berdah c. Nolisair International Inc.*, [1991] R.D.J. 417 (C.A. Qc). La Cour suprême juge qu'il est faux « de conclure qu'il est « frivole », « manifestement non fondé » ou encore « insoutenable » de prétendre, à ce stade-ci, que l'Oratoire a pu manquer à son obligation d'assurer la sécurité de ses servants de messe, qui auraient subi des agressions à l'Oratoire à l'occasion d'activités dont l'Oratoire avait la responsabilité. » *Id.*, par. 68.

soient rejetées sur la base de l'absence d'apparence de droit pourrait, selon nous, suggérer la présence d'une grande proportion de dossiers dits frivoles. Il est également utile de noter que ce critère est invoqué beaucoup plus fréquemment au Québec qu'en Ontario, où il sert à refuser 31 % des demandes. Nous y reviendrons.

La Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec ont rappelé à maintes reprises dans les récentes années que **le standard à l'autorisation est peu exigeant**⁵⁸. Cette approche souple à l'autorisation a même été consacrée à nouveau par la Cour suprême du Canada au début juin 2019 dans l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph*, sous la plume du juge Brown (au nom de la majorité), selon lequel

il n'est [...] pas opportun que notre Cour « renforce » le processus d'autorisation ou autrement « révise » ses arrêts *Infineon* et *Vivendi*, dont il est par ailleurs possible de dire qu'ils ont été entérinés par le législateur québécois lors de l'entrée en vigueur du nouveau C.p.c. le 1^{er} janvier 2016 [...]. [...] le fardeau d'établir une « cause défendable » — quoique peu élevé — « existe » et « doit être franchi par le demandeur » : motifs de la juge Côté, par. 205, se référant à Sofio, par. 24. Ainsi, il faut éviter de réduire le processus d'autorisation à « une simple formalité » [...]⁵⁹

Pour la plus haute Cour au pays, l'action n'est pas frivole puisque des faits précis et palpables ont été énoncés. En effet, à l'autorisation, les faits allégués dans la demande d'autorisation sont tenus pour avérés⁶⁰ et le fardeau qui incombe au demandeur en est un de démonstration, et non de preuve suivant la balance des probabilités⁶¹. Ainsi, le demandeur doit simplement démontrer l'existence d'une cause défendable – soit une « apparence sérieuse de droit », « a good colour of right », ou encore, « a prima facie case » eu égard aux faits et au droit applicable⁶². Cela signifie que les allégations de faits contenues à la demande ne peuvent être trop générales, vagues ou imprécises⁶³. L'autorisation doit reposer simplement sur les faits allégués. Ainsi, la Cour suprême rappelle l'état du droit en la matière. Une opinion dissidente apporte une vision légèrement nuancée dont nous traiterons ci-après.

⁵⁸ Voir notamment *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 66 (« Des modifications successives au C.p.c. témoignent clairement de l'intention de la législature du Québec de faciliter l'exercice des recours collectifs. [...] L'abolition de l'exigence de l'affidavit et les restrictions sévères apportées aux interrogatoires à l'étape de l'autorisation dans la dernière réforme [...] envoient le message clair qu'il serait déraisonnable d'exiger d'un requérant qu'il établisse plus qu'une cause défendable. »); *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, préc., note 37; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43; *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait Ltée*, 2016 QCCA 659; *Charles c. Boiron Canada*, préc., note 38 ; *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673 ((requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême accueillie (C.S. Can., 2019-06-27, 37898).

⁵⁹ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, préc., note 3, par. 62.

⁶⁰ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 67.

⁶¹ *Id.*, par. 61.

⁶² *Id.*, par. 61-67; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, préc., note 37, par. 37.

⁶³ *Id.*, par. 67.

C. Conditions procédurales et substantielles à l'autorisation

Les règles relatives à l'autorisation de l'action collective sont prévues principalement aux articles 574 ss. C.p.c. Afin d'obtenir l'autorisation d'exercer une action collective, le requérant doit soumettre une demande en ce sens, qui « indique les faits qui y donnent ouverture et la nature de l'action et décrit le groupe pour le compte duquel la personne entend agir »⁶⁴. Tel qu'indiqué, le requérant a le **fardeau d'établir une cause défendable**⁶⁵ : il s'agit d'un fardeau de démonstration et non de preuve. La partie défenderesse ne peut contester l'autorisation qu'oralement⁶⁶. L'audition sur l'autorisation dure en moyenne un à trois jours, mais peut être plus longue dans des dossiers plus complexes⁶⁷.

Le Code prévoit des **conditions procédurales et substantielles à l'autorisation**. Comme conditions procédurales, il faut que la demande en autorisation :

Soit formulée par un membre du groupe pour le compte duquel l'action collective serait exercée;

- Énonce les faits qui y donnent ouverture;
- Indique la nature de l'action dont on recherche l'autorisation;
- Décrit le groupe pour le compte duquel le membre entend agir; et
- Soit accompagnée d'un avis d'au moins 30 jours de la date de sa présentation et soit signifiée à celui contre qui on souhaite intenter l'action⁶⁸.

Les **conditions substantielles sont prévues à l'article 575 C.p.c.** Le juge autorise l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne si :

- Les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- Les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- La composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance; et
- Le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

L'interprétation des conditions substantielles d'autorisation a fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Les arrêts de la Cour suprême dans *Infineon* et *Vivendi* ont établi clairement les

⁶⁴ Art. 574 al. 2 C.p.c.

⁶⁵ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 67.

⁶⁶ Art. 574 al. 3 C.p.c.

⁶⁷ Le Laboratoire sur les actions collectives calcule en moyenne 1,76 jours; C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, Chapitre III, section 2.3.

⁶⁸ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, id., Chapitre III – section 4.1.

principes qui s'appliquent à l'analyse de chaque critère. Bien que les critères soient interreliés, ils doivent faire l'objet d'une analyse méthodique et distincte⁶⁹.

i. Questions identiques, similaires ou connexes

Pour obtenir l'autorisation d'exercer une action collective, le requérant doit démontrer l'existence d'une question identique, similaire ou connexe aux membres du groupe. Une question remplit ce fardeau si « elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe »⁷⁰. Sans vouloir nous répéter, le seuil à respecter pour ce premier critère d'autorisation est peu élevé : la Cour suprême rappelle dans l'arrêt *Infineon* que « la présence d'une seule question de droit identique, similaire ou connexe serait suffisante pour satisfaire à l'exigence de la question commune prévue à l'al. 1003a), pourvu que son importance soit susceptible d'influencer le sort du recours collectif. »⁷¹ Cette question n'a pas à régler l'ensemble du litige et n'a pas à être commune à tous les membres du groupe puisqu'elle ne peut être que connexe⁷². Par ailleurs, le critère sera respecté même si les réponses varient selon les membres du groupe⁷³.

ii. Apparence de droit

Le requérant doit démontrer que « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ». Pour ce faire, il doit **présenter une cause défendable en tenant les allégations**

⁶⁹ *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait Ltée*, préc., note 59, par. 27-28.

⁷⁰ *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826; *Union des consommateurs c. Air Canada*, 2014 QCCA 523.

⁷¹ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 72; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, préc., note 37, par. 58. Voir aussi *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, 2017 QCCA 199, par. 50 : « La seule condition imposée par le paragraphe 575 (1) C.p.c., qui doit être lue avec ouverture et bienveillance, consiste à identifier une question capable de faire progresser le règlement d'une bonne partie du litige d'une façon non négligeable pour l'ensemble des membres du groupe. » Par ailleurs, voir Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, p. 92. : « La recherche de l'homogénéité parfaite du groupe disparaît au profit d'un calcul d'opportunité de l'exercice d'un recours collectif, d'une administration économique de la justice. Devient « commune » une question dont la résolution est nécessaire pour le règlement de la réclamation de chaque membre du groupe, et dont cette résolution dans le cadre d'un recours collectif permet d'éviter la duplication à de multiples reprises de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Il n'est plus nécessaire que toutes les questions de droit ou de fait soient communes, ni même que la majorité d'entre elles le soient : il suffit qu'il en existe certaines qui soient suffisamment reliées entre elles et dont l'adjudication bénéficiera à tous les membres. »

⁷² *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, *id.*, par. 51. Voir aussi *Brown c. B2B Trust*, 2012 QCCA 900; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287.

⁷³ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, préc., note 37, par. 59.

comme avérées⁷⁴, ce qui constitue un seuil de preuve « des plus accessibles »⁷⁵. Le tribunal doit examiner le caractère soutenable du syllogisme proposé par le requérant⁷⁶. De simples allégations sans assises factuelles ne sont toutefois pas suffisantes pour respecter le critère d'apparence de droit⁷⁷. Dans l'arrêt *Infineon*, la Cour suprême du Canada résume ainsi le standard peu élevé à respecter :

Le requérant n'est pas tenu de démontrer que sa demande sera probablement accueillie. De plus, son obligation de démontrer une « apparence sérieuse de droit », « a good colour of right » ou « a prima facie case » signifie que même si la demande peut, en fait, être ultimement rejetée, le recours devrait être autorisé à suivre son cours si le requérant présente une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable.⁷⁸

Ce standard est rigoureusement confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph*⁷⁹. Le fardeau du demandeur n'est ni élevé ni lourd à cette étape. La Cour suprême se voit déchirée entre la position de la majorité à l'effet que pour être autorisée la demande ne doit être « ni insoutenable, ni frivole », et celle de la dissidence, à l'effet que l'autorisation ne vise pas uniquement à écarter les demandes frivoles ou manifestement mal fondées⁸⁰.

L'appréciation de l'apparence de droit doit être effectuée **à la lumière du cas personnel du demandeur** et non au regard de l'ensemble des membres du groupe⁸¹. Cette analyse doit être effectuée séparément pour chacune des causes d'action proposées par le requérant. Un moyen de défense invoqué par la partie défenderesse ne peut faire obstacle à l'autorisation si la demande n'est pas elle-même frivole ou s'il n'est pas manifeste que le droit invoqué est mal fondé⁸².

iii. Composition du groupe

Comme troisième critère d'autorisation, le requérant doit convaincre le tribunal que « la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance ». Les facteurs à considérer dans l'appréciation de ce critère sont décrits par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait ltée* :

⁷⁴ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 67; *Charles c. Boiron Canada*, préc., note 38, par. 43; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43, par. 52.

⁷⁵ *J.J. c. Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal*, 2017 QCCA 1460, par. 42.

⁷⁶ *Belmamoun c. Brossard (Ville de)*, 2017 QCCA 102, par. 83.

⁷⁷ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 134; *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, préc., note 41, par. 25.

⁷⁸ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 65.

⁷⁹ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, préc., note 3, par. 61.

⁸⁰ *Id.*, par. 61.

⁸¹ *Le Grand Collectif*, art. 575, p. 2530.

⁸² *Carrier v. Attorney General (Quebec)*, 2011 QCCA 1231, par. 29; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43, par. 83.

[57] [...] les facteurs habituellement considérés dans l'analyse de l'article 1003 c) C.p.c., maintenant le troisième paragraphe de 575 C.p.c., sont le nombre estimé de membres, la connaissance par le requérant de leur identité, de leurs coordonnées et de leur situation géographique. [...] d'autres facteurs peuvent être considérés dont l'impact direct et déterminant sur la possibilité réelle pour les membres d'ester en justice, l'aspect financier étant un avantage important de l'action collective. Ainsi, le principe de la proportionnalité et une saine administration de la justice peuvent aussi militer en faveur de l'utilisation de l'action collective, malgré un nombre plus restreint de membres, selon les circonstances de l'affaire dont la valeur des réclamations.⁸³ [nos soulignements]

Ce critère a été utilisé à l'origine pour rejeter l'autorisation en présence d'un groupe restreint de membres facilement identifiables⁸⁴. Cependant, il a reçu une **interprétation très large qui a largement dilué son application**⁸⁵. Ainsi, plus récemment, des groupes composés de moins d'une centaine de personnes qui étaient facilement identifiables ont rempli le critère de la composition du groupe⁸⁶. Dans notre ouvrage *L'action collective : ses succès et ses défis*, nous concluons que le troisième critère d'autorisation peut difficilement justifier le rejet d'une demande en autorisation dans son interprétation actuelle : « Si l'interprétation actuelle des tribunaux dicte qu'une action collective pourra être autorisée même lorsqu'il existe un nombre limité de membres (une centaine), qui sont tous membres de la même association, connus et facilement joignable, il est difficile d'imaginer une situation où ce critère ne serait pas atteint. »⁸⁷

iv. Représentation adéquate des membres

Afin de protéger les membres du groupe, l'autorisation ne sera accordée que si « le membre auquel [la Cour] entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres. » La Cour suprême du Canada rappelle qu'« [a]ucun représentant proposé ne devrait être exclu, à moins que ses intérêts ou sa compétence ne soient tels qu'il serait impossible que l'affaire survive équitablement. »⁸⁸ La Cour d'appel du Québec résume ainsi les facteurs à considérer dans l'évaluation du caractère adéquat du représentant : « [...] le demandeur doit démontrer avoir (1) l'intérêt suffisant pour poursuivre, (2) la

⁸³ *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait Ltée*, préc., note 59, par. 57.

⁸⁴ Voir notamment *Vallée c. Tour Mirabelle inc.*, J.E. 98-1871 (C.S.), conf. par, *Vallée c. Tour Mirabelle inc.*, [2001] J.Q. no. 1488 (C.A.).

⁸⁵ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, Chapitre III, section 4.3.4.

⁸⁶ Voir notamment *Gratton c. 2855-6512 Québec inc.*, 2006 QCCS 3351; *Lassonde c. Québec (Procureur général)*, 2016 QCCS 569; *Dépelteau c. Ville de Montréal*, 2017 QCCS 4298; *Protection environnement Boisbriand c. Boisbriand (Ville de)*, 2007 QCCS 484.

⁸⁷ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, Chapitre III – section 4.3.4.

⁸⁸ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 149.

compétence nécessaire pour faire progresser le dossier auprès de ses conseillers juridiques et (3) être exempt de tout conflit d'intérêts avec les membres du groupe. »⁸⁹

Le premier facteur, soit l'intérêt pour agir, doit être interprété selon le contexte spécifique de l'action collective⁹⁰. Or, il n'est **pas nécessaire** pour un représentant **d'avoir une cause directe contre chacun des défendeurs**⁹¹. Quant à la compétence, le représentant n'a pas à être « le meilleur possible » ou le « représentant idéal »⁹², ou encore un « activiste de la cause »⁹³. Les tribunaux sont peu exigeants envers le représentant quant à sa compréhension du litige⁹⁴. Avoir été recruté par un cabinet d'avocat n'est pas incompatible avec le critère de représentation adéquate⁹⁵. Finalement, une possibilité de conflit d'intérêt n'est pas suffisante pour exclure un représentant⁹⁶. Nous sommes d'avis qu'il est dommage que les tribunaux aient autant dilué ce critère. La représentation adéquate est au cœur de l'action collective ou représentative, et sert à la légitimer.

D. Portrait empirique de l'autorisation dans l'action collective

Pour mieux déterminer si le mécanisme actuel est effectif et efficace, il est utile de dresser un portrait de notre étude du mécanisme d'autorisation dans les dossiers d'action collective. Au sein du Laboratoire sur les actions collectives, nous avons consacré une large part de nos activités des dernières années à apprécier l'accomplissement de l'objectif de compensation des membres du groupe, et pour ce faire, nous avons mis en place une **banque de données complète** relative à cette procédure. La banque de données comporte des données exhaustives sur une période de 25 ans, relativement à une multitude d'aspects liés de près à la procédure d'action collective, tels les délais, les types de dossiers, les issues à l'action, les mécanismes d'avis et de distributions aux membres, les sommes déboursées en compensation, ou encore les montants des honoraires extrajudiciaires.

Nous avons publié nos constats sur l'action collective québécoise dans des articles de doctrine et dans un ouvrage intitulé *L'action collective : ses succès et ses défis*⁹⁷. Or il est pertinent, pour les fins du présent rapport, de réitérer nos principales conclusions quant à l'étape de l'autorisation,

⁸⁹ *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, préc., note 71, par. 55.

⁹⁰ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43, par. 39.

⁹¹ *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, par. 31-32.

⁹² *Id.*, par. 57.

⁹³ *Charles c. Boiron Canada*, préc., note 38, par. 66.

⁹⁴ *Lévesque c. Vidéotron s.e.n.c.*, 2015 QCCA 205, par. 27; *Jasmin c. Société des alcools du Québec*, 2015 QCCA 36; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43; *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 120, par. 20. Nous sommes plutôt convaincus qu'il existe une erreur de frappe au titre de l'arrêt et que celui-ci devrait se lire « Whirlpool » et non « Whirpool ».

⁹⁵ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43, par. 100-101.

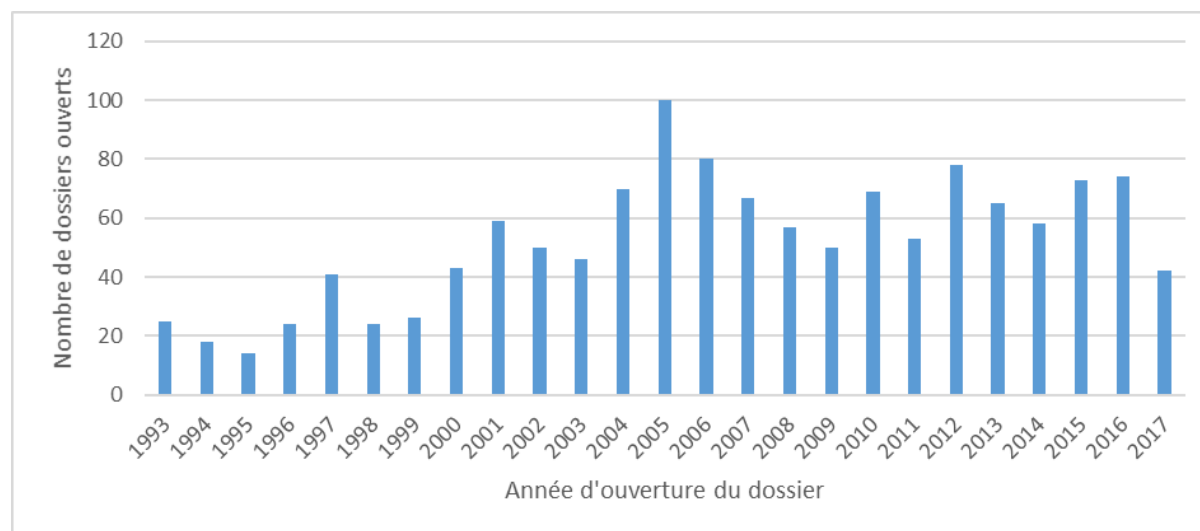
⁹⁶ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 150.

⁹⁷ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34 ; Voir aussi C. PICHÉ, *Tout ce qu'on ne vous a jamais dit*, préc., note 27.

dans un premier ordre, et de mettre ces conclusions en relation avec les données plus récentes relatives à l'autorisation obtenues dans le cadre du présente projet.

Ainsi, il est utile de d'abord souligner que l'action collective au Québec est en constante progression sur le plan de son volume d'activités, tel qu'en fait foi le Tableau I qui suit :

Tableau I – Évolution du nombre de dossiers ouverts annuellement au Québec depuis 25 ans⁹⁸



Par ailleurs, une étude des dossiers des deux dernières années révèle 139 nouveaux dossiers en date de septembre 2019, ce qui signifie un volume annuel en croissance récente.

Ensuite, même si on a déjà référé à la province du Québec comme étant le « paradis des actions collectives »⁹⁹, l'autorisation au Québec n'y est pas automatique. Au cours des 25 dernières années, nous avons calculé que **63,22 % des dossiers avaient été autorisés en Cour supérieure du Québec**, alors que 36,78 % ont été rejetés¹⁰⁰. Nos résultats sont d'ailleurs comparables à ceux qu'obtiennent d'autres auteurs¹⁰¹. Ce pourcentage **augmente à 70,87 % lorsque l'on tient compte des appels**¹⁰². Notre impression est que compte tenu qu'au moins 35% des dossiers ne passent pas le cap de l'autorisation, il est probable que l'autorisation serve bel et bien sa mission

⁹⁸ Statistiques du Laboratoire sur les actions collectives.

⁹⁹ Voir Stuart KUGLER et Robert KUGLER, « Québec : The Class Action Haven », (2004) 1 Can. Class Actions Rev. 155.

¹⁰⁰ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, chapitre III, section 3.1.

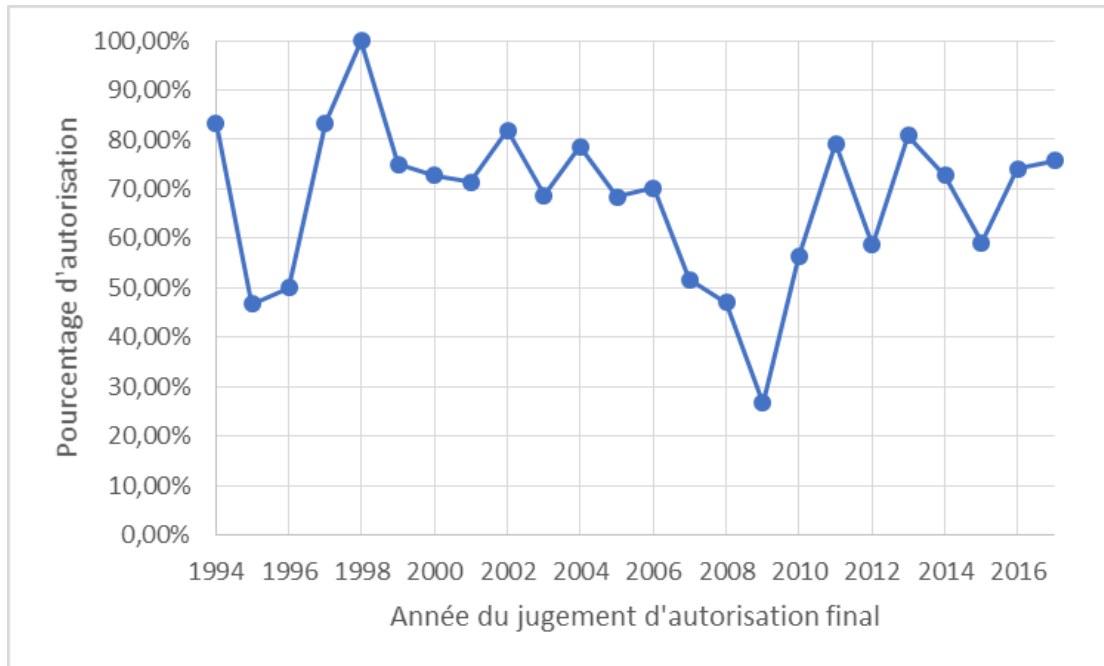
¹⁰¹ Voir Eleni YIANNAKIS et Noah BOUDREAU, "Paradise Lost"?: Rethinking Quebec's Reputation as a Haven for Class Actions", (2014) 9:2 Can. Class Actions Rev. 385; V. AIMAR, préc., note 34, p. 81.

¹⁰² PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, chapitre III, section 3.2.

première de filtrage¹⁰³. D'ailleurs, il est intéressant de remarquer que le taux d'autorisation au Québec est fort similaire à celui de 73 % en Ontario¹⁰⁴.

De plus, il est utile de remarquer que le pourcentage d'autorisations accordées est plutôt stable au fil des ans, évoluant autour du 70 %, tel qu'il appert du Tableau II qui suit :

Tableau II – Évolution des probabilités d'autorisation de l'action collective au Québec



Ainsi, l'interprétation plus libérale des critères d'autorisation évoquée ci-haut ne semble pas avoir entraîné de baisse du nombre de refus d'autorisation. Pour dire les choses autrement, ce n'est pas parce qu'il est facile de passer le test d'autorisation qu'il y a davantage d'autorisations. En fait, suite aux changements législatifs de 2003, le nombre d'actions collectives intentées a augmenté, tout comme les refus d'autoriser ces dernières, principalement sur la base du critère de l'apparence de droit¹⁰⁵.

Cette évolution dans l'usage de critères d'autorisation peut vouloir signifier qu'une impression de très grande favorisation du régime d'action collective suite aux enseignements de l'arrêt *Piro* aura aussi entraîné son lot d'actions frivoles, lesquelles n'auraient pas passé la barre de l'autorisation suite à un filtrage efficace par la Cour supérieure du Québec. Ce qui est plus

¹⁰³ *Id.*, Chapitre III, section 5.2.

¹⁰⁴ Voir COMMISSION DE DROIT DE L'ONTARIO, *Class Actions : Objectives, Experiences and Reforms*, p. 16, disponible en ligne à <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2019/07/LCO-Class-Actions-Report-FINAL-July-17-2019.pdf>.

¹⁰⁵ *Id.*, Chapitre III, section 4.3.1.

certain – et surprenant, en soi – est que l’assouplissement des critères d’autorisation n’aura donc pas ainsi contribué à influencer réellement le pourcentage d’actions collectives autorisées au Québec sur 25 ans.

Par ailleurs, si l’on examine les tendances des deux plus récentes années, il appert que des 139 demandes déposées en 2017 et en 2018, 29 ont fait l’objet d’un jugement à l’autorisation. À partir de ces 29 jugements, on remarque que 19 dossiers ont été autorisés et 10 refusés, ce qui laisse envisager une tendance à la hausse du taux d’autorisations. Ces chiffres ne montrent toutefois pas de rupture avec la tendance de la Cour supérieure du Québec d’autoriser la majorité des demandes d’autorisation d’actions collectives.

Le critère d’apparence de droit est le plus fréquemment invoqué par la Cour supérieure pour refuser une demande d’autorisation, soit dans 70 % des refus¹⁰⁶, ce qui pourrait suggérer que le nombre de dossiers frivoles ou sans fondement en droit soit élevé au Québec. En même temps, nous sommes d’avis que ce critère reste extrêmement difficile à appliquer compte tenu de son caractère d’appréciation subjective, et est souvent incompris. Les interventions de la Cour d’appel du Québec pour chaque critère sont plus ou moins proportionnelles à la fréquence à laquelle chaque critère est invoqué en Cour supérieure afin de refuser l’autorisation de l’action collective. À l’inverse, en Ontario, le critère des questions communes est le plus fréquemment invoqué (37 %), suivi de l’absence d’une cause d’action (29 %), du critère de *preferability* (18 %), de celui du groupe identifiable (15 %), de la représentation adéquate (2 %) et d’un manque de preuve (1 %)¹⁰⁷.

Les délais causés par l’autorisation sont importants. L’action collective prend **en moyenne 2 ans et 185 jours** pour atteindre le jugement d’autorisation final, et 4 ans et 157 jours s’écoulent entre le jugement en autorisation et le jugement d’approbation de la transaction¹⁰⁸. Les transactions conclues avant l’autorisation sont approuvées en moyenne 3 ans et 125 jours après le début du recours, contre 6 ans et 327 jours pour les transactions conclues après un jugement d’autorisation¹⁰⁹. Ces chiffres suggèrent que l’étape d’autorisation est lourde de frais et de délais, lesquels pourraient être associés aux nombreux appels sur décisions interlocutoires, aux nombreuses actions collectives multi-juridictionnelles et au manque d’incitatifs des avocats de faire avancer leur dossier promptement. Ainsi, l’action collective au Québec prendrait autant de temps à être autorisée qu’elle en prend à être réglée en Australie, système distinct par son absence d’étape d’autorisation!¹¹⁰

¹⁰⁶ *Id.*, Chapitre III, section 4.2.

¹⁰⁷ *Id.*, Chapitre III, section 4.2; Vince MORABITO, «Can Class Action Regimes Operate Satisfactorily without a Certification Device? Empirical Insights from the Federal Court of Australia», (2013) 61(3) *The American Journal of Comparative Law* 579, p. 587.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*, Chapitre II, section 4.

¹¹⁰ *Id.* Voir aussi : VICTORIAN LAW REFORM COMMISSION, *Access to Justice – Litigation Funding and Group Proceedings*, Consultation Paper, Melbourne, 2017, p. 112 et suiv.; Vince MORABITO et Jane

E. Critiques et recherche de solutions

L'autorisation est souvent critiquée pour sa lenteur et pour les ressources importantes du système judiciaire qu'elle consomme.

Le premier problème relevé par rapport à l'autorisation est la **disproportion entre le filtrage minimal et les ressources importantes consacrées à l'autorisation**. De fait, les critères d'autorisation ont reçu une interprétation large et libérale par les tribunaux qui restreint le rôle de cette étape à celui d'un filtrage relativement minimal des demandes frivoles ou manifestement mal fondées. Certains auteurs vont jusqu'à affirmer que « le critère d'autorisation des actions collectives est réduit à une peau de chagrin, sacrifié à l'autel de l'accès à la justice »¹¹¹. Malgré ce rôle réduit, l'autorisation implique à la fois des coûts importants pour les parties et le système de justice et des délais pour les parties et les membres du groupe.

Pour cette raison, la **lenteur du processus d'autorisation** a reçu son lot de critiques. L'*obiter dictum* suivant de l'honorable juge Marie-France Bich, de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Boiron* met en relief que l'autorisation consomme des ressources et implique des délais tous deux significatifs, de telle sorte à faire entrave à l'accès à la justice :

[72] En pratique, [...] le processus d'autorisation préalable de l'action collective, dans son cadre actuel, consomme des ressources judiciaires importantes, dont la rareté s'accommode mal de ce qui paraît un déploiement d'efforts sans proportion avec le résultat atteint, qui s'obtient au prix d'un engorgement difficilement supportable. C'est également un processus coûteux pour les parties, lent (parfois même interminable), donnant lieu à des débats qui, dans la plupart des cas, seront de toute façon repris sur le fond si l'action est autorisée et généreront encore diverses disputes interlocutoires. Et ceci sans parler du droit d'appel qui coiffe le tout, multipliant les occasions de faire durer les préliminaires, un droit d'appel que le législateur, pour d'insaisissables raisons, a récemment choisi d'élargir.

[73] L'action collective se veut un moyen de faciliter l'accès à la justice alors que, trop souvent, paradoxalement, le processus d'autorisation préalable, dans sa forme actuelle, entrave cet accès. Et lorsqu'il n'est pas une entrave, il est une formalité dont les coûts exorbitants ébranlent la raison d'être ou encore une sorte de mondanité procédurale ne permettant pas un filtrage efficace. [...] il engendre une insatisfaction généralisée, pour ne pas dire – et j'ose le mot – une frustration, qui résonne dans tout le système judiciaire.

CARUANA, « Can Class Action Regimes Operate Satisfactorily without a Certification Device ? Empirical Insights from the Federal Court of Australia », 61 Am. J. Comp. Law 579, 614 (2013).

¹¹¹ Daniel JUTRAS, « L'action collective et l'intérêt public », dans C. PICHÉ, *Class Action Effects*, préc. note 34, p. 59, p. 71.

Certains profitent peut-être de l'affaire (on ne compte plus les dénonciations de l'« industrie » de l'action collective, nouvel avatar de l'« ambulance chasing »), mais cela ne saurait justifier le statu quo.

[74] [...] J'évoque plus haut la possibilité que le processus d'autorisation soit supprimé ou, mieux peut-être, intégré à l'instance elle-même, mais d'autres, avec lesquels on pourrait tout aussi bien être d'accord, suggèrent plutôt de le renforcer, pour lui donner le mordant qu'on lui a jusqu'ici refusé. Quoi qu'il en soit, il serait temps que le législateur se penche sur la question et l'on s'étonne d'ailleurs que la chose n'ait pas été au programme de la dernière réforme du Code de procédure civile.

* *

[75] [...] Il y a néanmoins des délais intrinsèques, inévitables et, pourrait-on dire, érosifs : la requête pour autorisation a été déposée en avril 2012, le jugement de première instance a été rendu en janvier 2015 et c'est seulement aujourd'hui, en octobre 2016, que l'on peut envisager d'instituer l'action comme telle. Voilà qui a un prix individuel et systémique qui ne peut être ignoré.¹¹² [nos soulignements] [références omises]

Ainsi, pour la juge Bich, les **coûts actuels de l'autorisation sont sans commune mesure avec le seuil peu élevé** décrit par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Infineon*. Ces coûts ont pour effet d'entraver l'accès à la justice, sans nécessairement permettre un filtrage efficace des dossiers. L'autorisation entraîne ainsi un « déploiement d'efforts sans proportion avec le résultat atteint ». La juge Bich suggère de supprimer l'autorisation, de l'intégrer à l'instance, ou encore de la renforcer. Un arrêt subséquent de la Cour d'appel du Québec opte résolument pour le renforcement du mécanisme d'autorisation, au nom de la « saine utilisation des ressources judiciaires » et du principe de proportionnalité¹¹³. Somme toutes, pour la Cour, les ressources monopolisées par l'autorisation et sa fonction de filtrage ne justifieraient pas les résultats obtenus. De même, le mécanisme en deux étapes de l'action collective entraînerait une multiplication des actes de procédure qui n'est pas très efficace.

Trois avenues pourraient permettre de corriger ce problème de disproportion : (1) éliminer l'étape de l'autorisation et ainsi éviter qu'elle ne monopolise ces ressources; (2) intégrer l'autorisation à l'instance au mérite d'action collective, ou encore (3) modifier l'autorisation en la renforçant pour qu'elle justifie pleinement les délais et les coûts qu'elle entraîne. Nous sommes opposés à l'idée d'éliminer l'étape d'autorisation et préférons la dernière option. L'autorisation

¹¹² *Charles c. Boiron Canada*, préc., note 38, par. 69 à 75; le juge Gagnon a marqué son approbation avec la juge Bich dans *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, préc., note 73, par. 136.

¹¹³ *Whirpool Canada c. Gaudette*, préc., note 95, par. 29.

est utile pour filtrer les demandes et surtout, déterminer si le représentant est adéquat (dans 39 % des jugements refusant l'autorisation, l'aspirant représentant fut reconnu non adéquat). Elle sert aussi à élaguer les questions communes, à départager les simples opinions des faits, et à préciser l'étendue du groupe. Il faut préserver une forme d'évaluation préliminaire de l'action pour filtrer les projets mal ficelés ou sans bien-fondé évident, pour établir les paramètres de l'action et pour protéger les droits des membres et du défendeur.

Un deuxième problème pouvant être relevé est **l'examen répété des mêmes questions ou de questions similaires devant le tribunal**. Avant l'autorisation, aucun moyen préliminaire ne peut généralement être entendu à moins d'une situation exceptionnelle¹¹⁴. Ainsi, seules les demandes distinctes des critères d'autorisation, comme la litispendance et la chose jugée, peuvent être formulées¹¹⁵. Toutefois, après l'autorisation, certaines demandes qui s'approchent considérablement du second critère d'autorisation peuvent être entendues par la Cour.

Dans un dossier d'action collective, la Cour d'appel du Québec a distingué la demande en rejet d'action suivant l'article 168 al. 2 C.p.c., qui peut être obtenue si « la demande ou la défense n'est pas fondée en droit, quoique les faits allégués puissent être vrais », du critère de l'article 575 (2) C.p.c. : « [...] l'analyse propre [à l'art. 168, 2e al. C.p.c.] requiert que l'on tranche le fond de la question de droit et n'est donc pas compatible avec celle [de l'art. 575(2)] qui ne l'exige pas et se contente d'une évaluation sommaire du droit. »¹¹⁶ Non seulement le standard appliqué par le tribunal n'est pas le même, mais il ne doit pas se baser sur la même demande. Le juge saisi de la requête en irrecevabilité devra trancher le fond, et ce, même si la question est complexe, mais toujours en tenant pour avérés les faits de la demande introductive d'instance¹¹⁷.

Ainsi, le tribunal doit, deux fois dans le même dossier, analyser la question de l'apparence de droit. Même si cette analyse se fait de manière différente, et à des moments distincts de l'instance, il ne s'agit pas selon nous d'une utilisation efficace des ressources du système judiciaire. Comme l'indiquait la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Boiron*,

[71] [...] a-t-on toujours besoin que la porte d'entrée soit verrouillée et doive être déverrouillée au cas par cas, de cette manière? Et, parlant de porte, le « seuil peu élevé » que décrit la Cour suprême, notamment dans l'arrêt *Infineon*, justifie-t-il que l'on consacre autant d'efforts et de ressources à cette pré-instance? S'il ne s'agit que d'écarter les actions manifestement mal fondées ou frivoles à leur lecture même, ne serait-il pas opportun de laisser la fonction au

¹¹⁴ *Zaim c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 2561, par. 18; *St-Germain c. Apple Canada inc.*, 2006 QCCS 1282, par. 28 à 30.

¹¹⁵ *Zaim c. Procureure générale du Québec, Id.*, par. 23; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2012 QCCA 1396, par. 63.

¹¹⁶ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, par. 127.

¹¹⁷ *Popovic c. Montréal (Ville de)*, 2008 QCCA 2371, par. 31.

domaine ordinaire de l'irrecevabilité ou à celui de l'abus au sens des articles 51 et s. n.C.p.c. (précédemment art. 54 et s. C.p.c.)?¹¹⁸

L'autorisation telle que structurée actuellement pose donc certains problèmes. Cette étape est souvent critiquée. Certains veulent qu'elle soit abolie, d'autres renforcée. Des suggestions ont été faites d'y intégrer des analyses de coûts-bénéfices ou encore d'opportunité. D'autres encore veulent voir renforcé le critère de l'article 575 (2) C.p.c. par un examen du bien-fondé ou du mérite de l'action avec un fardeau de démonstration factuel et juridique plus élevé, ou encore un standard similaire à celui de l'article 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, soit «une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause».

Nous sommes opposés à la codification de nouveaux standards ou fardeaux de preuve et à de telles modifications législatives qui créeraient une instabilité juridique importante sans avoir un impact positif sur l'objectif d'accès à la justice par la voie de l'action collective. L'autorisation doit selon nous demeurer principalement puisqu'elle permet de déterminer la représentation adéquate des membres.

Nous recommandons de **réformer les règles applicables à l'action collective pour que l'apparence de droit ne soit analysée qu'une seule fois**. De plus, nous sommes d'avis que par souci d'efficacité, les moyens préliminaires devraient être présentés et plaidés en même temps que la demande d'autorisation. Ainsi, comme le recommande la Cour d'appel du Québec, « dans l'éventualité du rejet des premiers, le tribunal [pourra] au même moment statuer sur la seconde. Une telle façon de procéder permettr[a] d'accélérer le processus et réduire les délais judiciaires. »¹¹⁹ Nous y reviendrons à la section VI.

¹¹⁸ *Charles c. Boiron Canada*, préc., note 38, par. 71.

¹¹⁹ *Whirpool Canada c. Gaudette*, préc., note 94, par. 32.

IV. PROPORTIONNALITÉ DANS L'ACTION COLLECTIVE

Dans la présente section, nous analysons la manière dont les tribunaux ont interprété les quatre critères d'autorisation en fonction du principe de proportionnalité. Nous concluons que la jurisprudence fait montre d'une certaine constance en rejetant les arguments basés sur la proportionnalité pour refuser l'autorisation.

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

Principe directeur ancré au sein de la procédure civile québécoise, la proportionnalité **s'applique désormais à la preuve et à la procédure**, au juge et aux parties, et ce, tout au long de l'instance¹²⁰. Elle s'applique aussi à l'action collective en tant que procédure. Dans l'arrêt *Vivendi*, la Cour suprême du Canada circonscrit le rôle de la proportionnalité à l'étape de l'autorisation. Confirmant l'approche de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Brown c. B2B Trust*¹²¹, elle insiste sur l'exhaustivité des quatre critères d'autorisation. En effet, la proportionnalité ne constitue pas un critère indépendant¹²². Si le juge est d'avis que les quatre critères sont remplis, il doit autoriser le recours¹²³. Ainsi, la proportionnalité est un outil d'appréciation des critères de l'article 1003 C.p.c. (maintenant art. 575 C.p.c.)¹²⁴. Les juge Lebel et Wagner, au nom de la Cour, affirment que « le principe de la proportionnalité a pour effet de renforcer le pouvoir d'appréciation déjà reconnu au juge dans l'examen de chacun des quatre critères prévus à l'art. 1003 C.p.c. »¹²⁵

Depuis *Vivendi*, la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec se sont interrogées à quelques reprises sur le rôle de la proportionnalité dans l'analyse des critères d'autorisation. Certains juges de la Cour supérieure ont tenté de les interpréter à la lumière de la proportionnalité **afin de rejeter une demande en autorisation**. Toutefois, la Cour d'appel a renversé bon nombre de ces jugements. Dans l'arrêt *J.J. c. Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal*¹²⁶, le juge Guy Gagnon a affirmé que la proportionnalité ne peut être utilisée que pour favoriser l'autorisation et non pour la rejeter. Il explique que la proportionnalité « doit être vue comme étant un facteur d'appréciation favorable à l'action collective et non l'inverse »¹²⁷.

Or, ce jugement a été porté en appel et la Cour suprême du Canada n'est pas revenue formellement sur l'application de la proportionnalité dans l'action collective. Par contre, la juge

¹²⁰ Catherine PICHE, « La disposition préliminaire du Nouveau Code de procédure civile », dans *Jurisclasseur Québec, Procédure civile II* (P.-C. Lafond, dir.), Montréal, LexisNexis, 2015.

¹²¹ 2012 QCCA 900.

¹²² *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, préc., note 37, par. 66.

¹²³ *Id.*, par. 67-68.

¹²⁴ *Id.*, par. 66.

¹²⁵ *Id.*, par. 68.

¹²⁶ 2017 QCCA 1460.

¹²⁷ *Id.*, par. 45.

Côté, en dissidence, expliqua que le tribunal pourra décider à l'autorisation d'une question de droit si le litige en dépend, et parce que cela « semble tout à fait dans l'intérêt dans la justice — et conforme au principe directeur de la proportionnalité — que le tribunal s'en saisisse dès l'étape de l'autorisation. »¹²⁸

i. Questions connexes, proportionnalité et économie des ressources

Le critère des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes se prête particulièrement bien à une analyse de la proportionnalité¹²⁹. En effet, dans l'évaluation de ce critère on balance les questions communes et celles qui devront encore être tranchées sur une base individuelle afin de déterminer si la procédure collective règle « une part non négligeable du litige »¹³⁰. La **proportionnalité ne permet pas de rejeter une action collective qui aurait autrement été autorisée**, mais elle peut constituer un argument supplémentaire en faveur de l'autorisation.

Dans un litige portant sur la reproduction sans autorisation, par l'Université Laval ou un membre de son personnel, d'œuvres protégées par des droits d'auteurs, la Cour supérieure du Québec a jugé que la demanderesse ne présentait pas une question commune qui règle une part non négligeable du litige pour l'ensemble des membres du groupe puisqu'une analyse individualisée de chaque œuvre, de chaque membre du groupe et de chaque reproduction de l'œuvre serait nécessaire¹³¹. De surcroît, en faisant intervenir le principe de proportionnalité, le tribunal a jugé qu'une analyse quant à l'exception d'utilisation équitable d'une œuvre exigerait du système judiciaire des ressources disproportionnées¹³². La Cour d'appel du Québec renversa ce jugement, et expliqua, quant à l'argument de proportionnalité, que

[85] La faible quotité rattachée à chacune des réclamations des auteurs constitue à elle seule une raison valable d'admettre l'action collective. Si chacun des auteurs et autres ayants droit devaient saisir séparément les tribunaux de leurs dommages invoqués contre l'Université, il ne saurait faire de doute que cette partie serait alors entraînée dans une multitude de procès ayant tous le même fondement juridique, ce qui risquerait de conduire à une demande de jonction de toutes ces instances (article 210 C.p.c.). Le projet d'action collective évite cette difficulté appréhendée.¹³³

¹²⁸ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, préc., note 3, par. 209.

¹²⁹ Voir *Union des consommateurs c. Air Canada*, 2014 QCCA 523, par. 43 : « C'est certainement lorsque se pose la question de l'ampleur du recours et de la détermination des questions communes, dites « connexes », que le critère de la proportionnalité peut jouer un grand rôle. »

¹³⁰ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, préc., note 37, par. 58.

¹³¹ *Id.* par. 86.

¹³² Par. 98 et 101-103.

¹³³ *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, préc., note 71, par. 84 à 87.

On remarque ici qu'alors qu'en première instance l'accent est mis sur les ressources du système judiciaire qui seraient monopolisées par l'action collective par une répétition de petits procès visant à établir la responsabilité du défendeur et le quantum, en appel le tribunal considère la situation hypothétique où tous les membres du groupe saisiraient les tribunaux et qu'une jonction d'instances deviendrait nécessaire. Dans le premier cas, l'action collective est synonyme d'une *utilisation excessive* des ressources; dans le second, elle permet une *économie* de ces mêmes ressources¹³⁴. De plus, on insiste davantage en appel sur l'accès à la justice et la dissuasion visés par l'action collective.¹³⁵

Considérant la position de la Cour d'appel du Québec, nous sommes d'avis que compte tenu de l'objectif d'économie des ressources judiciaires, **une action collective sera toujours préférable à un afflux de centaines, voire de milliers de demandes en justice quant aux mêmes faits**. De plus, les réclamations de faible valeur, typiques de l'action collective de consommation notamment, si fréquentes au Québec depuis 25 ans, sont favorablement résolues par le biais de l'action collective. Ainsi, la Cour d'appel dans *Copibec* vide le critère de l'art. 575.1 C.p.c. de toute influence utile du principe de proportionnalité pour rejeter l'autorisation d'une action collective¹³⁶. Somme toutes, s'il existe des questions identiques, similaires ou connexes, la

¹³⁴ Voir aussi *Robichaud c. Intrawest*, 2018 QCCS 1251, par. 120 et 121 :

[120] Intrawest prétend que la question des frais annuels et celle liée à la disposition des points par vente à un tiers ou par rachat du Club nécessitent une analyse distincte et complexe impossible à gérer dans une seule instance. Elle propose le rejet de la demande afin de permettre une économie des ressources judiciaires.

[121] Le Tribunal estime qu'éviter la multiplication d'actions soulevant les mêmes questions participe davantage au respect d'un tel principe.

¹³⁵ *Id.*, par. 85-86. Voir aussi *Télévision communautaire et indépendante de Montréal (TVCIMTL) c. Vidéotron*, 2017 QCCS 473, par. 122 :

[122] Par ailleurs, bien qu'un tel recours, s'il réussit, ne permettrait d'obtenir qu'une compensation pécuniaire minimale, soit 0,03 \$ par membre pour les dommages-intérêts contractuels, le Tribunal ne peut refuser l'autorisation pour ce seul motif. En effet, si aux yeux du Tribunal un tel recours est disproportionné et ne respecte pas les principes énoncés à l'article 18 C.p.c., refuser l'autorisation pour ce seul motif de proportionnalité serait ajouter une cinquième condition à l'article 575 C.p.c., ce que proscribit la jurisprudence émanant notamment de la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel du Québec.

¹³⁶ La décision *Baratto c. Merck Canada inc.*, 2016 QCCS 6664, étaye notre conclusion selon laquelle la proportionnalité ne peut être invoquée pour rejeter une action collective selon l'art. 575.1 C.p.c. En première instance, on juge que l'autorisation ne peut être accordée parce que les questions proposées s'apparentent à une « commission d'enquête », étant donné le fait que le requérant n'a jamais consommé l'un des produits visés. *Id.* par 116 et 132 (« [132] [...] les règles d'interprétation libérale applicables à l'action collective ne vont pas jusqu'à justifier un recours en responsabilité contre un manufacturier pour tout dommage possible pour un produit que le requérant n'a jamais acheté ni consommé, qu'elles ne créent pas une nouvelle manière d'instituer une commission d'enquête, ni qu'elles ne justifient une partie de pêche. »). La Cour d'appel, sous la plume de la juge Hogue, renverse le jugement de première instance et autorise l'action collective. Bien qu'il existe des différences entre les membres du groupe, l'action collective permettrait de déterminer si les médicaments peuvent causer les effets secondaires allégués, si la défenderesse le savait, devait le savoir ou si elle a correctement averti les consommateurs. Voir 2018 QCCA 1240, par. 71.

proportionnalité et l'utilisation des ressources judiciaires ne permettent pas de rejeter l'autorisation¹³⁷.

À l'inverse, la proportionnalité **permet de faciliter l'autorisation** d'une action collective par rapport au premier critère d'autorisation. Par exemple, dans *Sarrazin c. Canada (Procureur général)*¹³⁸, le demandeur souhaitait obtenir l'autorisation d'exercer une action collective au nom de 45 000 personnes qui auraient été privées du statut d'Indien en raison de dispositions discriminatoires de la *Loi sur les Indiens*¹³⁹. Le Procureur général du Canada plaidait que l'autorisation devrait être rejetée puisque des procès individuels devraient être tenus¹⁴⁰. La Cour supérieure autorisa le recours, en expliquant que l'action collective « offrira une économie d'échelle [...]. Il serait contraire au principe de la proportionnalité et à une saine administration de la justice d'exiger que cet examen complet soit refait systématiquement, potentiellement par des décideurs différents, dans potentiellement 45 000 recours distincts. »¹⁴¹ Elle conclut que l'action collective permettrait une économie des ressources judiciaires dans une situation hypothétique où tous les membres du groupe déposent une réclamation.

ii. Apparence de droit, proportionnalité et « recours périlleux »

Dans le cadre du second critère d'autorisation, la proportionnalité a permis **l'émergence du concept de « recours périlleux »**, connexe à une analyse de proportionnalité. Dans l'arrêt *Lallier c. Volkswagen Canada inc.*¹⁴², la Cour d'appel du Québec conjugue le critère de l'art. 575.2 C.p.c. (anciennement 1003 b), soit la faiblesse du recours envisagé, avec le principe de proportionnalité¹⁴³. Quelques années plus tard, la même cour dans l'arrêt *Lévesque c. Vidéotron* confirme l'existence d'un test/critère de « recours périlleux » dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal à l'autorisation, lequel requiert une démonstration convaincante de la fragilité du recours¹⁴⁴. En fait, un jugement subséquent de la Cour supérieure du Québec dans *Nadeau c. Mercedes-Benz Canada inc.*¹⁴⁵ permet de mieux comprendre ce que signifie le test de « recours périlleux ». Dans cette affaire, l'omission de mettre en demeure la défenderesse et de dénoncer le vice caché fut considérée fatale à l'exercice du recours¹⁴⁶.

¹³⁷ Voir aussi *Auguste c. Air Transat*, 2015 QCCS 3923; *Robichaud c. Intrawest*, 2018 QCCS 1251.

¹³⁸ 2016 QCCS 2458, confirmé par *Procureure générale du Canada c. Sarrazin*, 2018 QCCA 1077.

¹³⁹ *Id.*, par. 1.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 52.

¹⁴¹ *Id.*, par. 56.

¹⁴² 2007 QCCA 920. Le concept de « recours périlleux » a été repris à quelques reprises par les tribunaux par la suite, notamment dans *Lévesque c. Vidéotron, s.e.n.c.*, 2013 QCCS 3868, lequel reprend le raisonnement de l'arrêt *Lallier*.

¹⁴³ *Id.*, par. 41 à 43.

¹⁴⁴ *Lévesque c. Vidéotron, s.e.n.c.*, 2015 QCCA 205, par. 36 à 40, 43.

¹⁴⁵ 2016 QCCS 7, confirmé par *Nadeau c. Mercedes-Benz Canada inc.*, 2017 QCCA 470.

¹⁴⁶ *Id.* (« [52] Le Tribunal est d'avis que, dans les circonstances, l'absence de mise en demeure et d'avis de dénonciation de vice, préalablement à l'exercice du recours en vice caché par Nadeau, le voue à l'échec. Il en est de même pour les autres membres putatifs, vu l'absence d'allégations voulant que Mercedes-Benz ait refusé la réparation après avoir été avisée par eux de la prétendue existence d'un vice.

En somme, la notion de « recours périlleux » constitue une façon d’apprécier le critère d’apparence de droit en l’absence d’un élément qui, pris isolément, permet de rejeter l’autorisation¹⁴⁷. Même si le recours n’est pas voué à l’échec, des lacunes trop importantes le rendant « périlleux » sont suffisantes pour conclure que les faits ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées. Nous sommes néanmoins perplexes concernant l’avenir du test du « recours périlleux » qui utilise la proportionnalité pour interpréter le critère d’apparence de droit de manière à rejeter l’autorisation principalement, alors que la proportionnalité ne peut constituer qu’un facteur d’appréciation favorable à l’autorisation d’une action collective en vertu de la jurisprudence. De plus, l’arrêt de juin 2019 de la Cour suprême du Canada dans *L’Oratoire Saint-Joseph* ne mentionne pas ce test.

iii. Composition du groupe, proportionnalité et groupes restreints

Le troisième critère d’autorisation qu’est la « composition du groupe » peut entraîner des questions relatives à la proportionnalité, entre autres lorsqu’un groupe comporte peu de membres ou lorsque peu de membres ont été identifiés par le demandeur. Avant l’arrêt *L’Oratoire Saint-Joseph*, des considérations de proportionnalité semblaient avoir animé des juges de la Cour supérieure pour rejeter des demandes en autorisation sur la base du critère de la composition du groupe¹⁴⁸. Ainsi, la proportionnalité ne serait donc qu’un **argument accessoire** et il ne serait donc pas nécessaire de l’analyser pour rejeter un recours purement déclaratoire¹⁴⁹.

La proportionnalité peut avoir l’effet inverse et permettre d’accorder l’autorisation à un groupe de membres restreints. Comme l’indiquait la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait ltée*¹⁵⁰, « le principe de la proportionnalité et une saine administration de la justice peuvent aussi militer en faveur de l’utilisation de l’action collective, malgré un nombre plus restreint de membres, selon les circonstances de l’affaire dont la valeur des

[53] Et même si cela n’est pas suffisant pour conclure que le recours envisagé est voué à l’échec, ledit recours, au minimum, est rendu « fort périlleux » à cause des sérieuses lacunes qui affectent le syllogisme avancé par le Requéant. »).

¹⁴⁷ Voir *Baratto c. Merck Canada inc.*, préc., note 137. Le jugement de première instance en traite, mais pas le jugement de la Cour d’appel qui renverse la décision (2018 QCCA 1240). Voir aussi *Lorrain c. Petro Canada*, 2013 QCCA 332, par. 87. Sans mentionner explicitement le concept de recours périlleux, la Cour d’appel semble adhérer à la même logique :

[87] En somme, il serait contraire au principe de proportionnalité énoncé à l’article 4.2 C.p.c. d’autoriser un recours collectif dont la preuve repose uniquement sur des hypothèses fortement contestées (la faute, le préjudice, le lien contractuel, l’intérêt juridique) et basées essentiellement sur des données purement statistiques. Autoriser un recours fondé sur une telle preuve contreviendrait au principe d’économie des ressources judiciaires.

¹⁴⁸ *D’Amico c. Procureur général du Québec*, 2018 QCCS 841, par. 1 et *D’Amico c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 4830, par. 1.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 42 : « Même s’il n’est pas nécessaire d’invoquer le principe de la proportionnalité pour conclure au rejet des demandes d’autorisation des recours collectifs que nous examinons, je crois utile d’ajouter quelques réflexions à son sujet ».

¹⁵⁰ 2016 QCCA 659.

réclamations. »¹⁵¹ Cette même logique a été fréquemment reprise par la Cour supérieure du Québec lorsqu'elle faisait face à des groupes restreints, ou encore à des actions impliquant un nombre de membres difficile à calculer¹⁵².

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

Le principe de proportionnalité a eu une **influence majeure** dans l'interprétation du quatrième critère d'autorisation, principalement lorsqu'un demandeur aura tenté d'obtenir l'autorisation d'intenter une action collective contre plusieurs défenderesses avec lesquelles il n'a pas toujours un lien de droit. Cette question s'est posée en Cour suprême du Canada en 2014 dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte*¹⁵³. Le demandeur désirait être autorisé à poursuivre neuf banques ainsi que la Fédération des caisses Desjardins du Québec alors qu'il n'était titulaire que de cartes de crédit de la Banque de Montréal et de Desjardins¹⁵⁴. La Cour confirma les décisions des tribunaux inférieurs concluant que le demandeur pouvait agir comme représentant, expliquant que « le juge saisi de la requête en autorisation a l'obligation de tenir compte de la proportionnalité — équilibre entre les parties, bonne foi, etc. — pour déterminer si le représentant proposé peut assurer une représentation adéquate », ou si le groupe compte suffisamment de membres dotés d'une cause personnelle d'action contre chacun des défendeurs¹⁵⁵. En effet, exiger une action collective différente contre chaque banque aurait conduit à une répétition des mêmes procédures¹⁵⁶.

Somme toutes, la proportionnalité permet d'interpréter plus largement le critère de représentation adéquate, dans l'intérêt de l'accès à la justice et de l'économie des ressources judiciaires¹⁵⁷.

v. Proportionnalité et élargissement de la définition du groupe

Si elle est parfois traitée en même temps que le critère des questions communes ou de la supériorité de l'action collective, la définition du groupe a fait l'objet d'une analyse séparée qui peut faire intervenir le principe de proportionnalité. Ce principe est particulièrement utile lorsque le manquement allégué se poursuit pendant les procédures.

Par exemple, dans *Robillard c. Société canadienne des postes*¹⁵⁸, la Cour supérieure autorise l'action collective au nom d'un groupe qu'il laisse « ouvert » jusqu'à la date du jugement au

¹⁵¹ *Id.*, par 57.

¹⁵² Voir notamment *Catucci c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2017 QCCS 3870; *Kramar c. Johnson & Johnson*, 2018 QCCS 1846; *Association des amis du Patro Lokal de St-Hyacinthe c. Trudel*, 2017 QCCS 3965; *Cimon c. Centre intégré de santé et de services sociaux de la Côte-Nord*, 2017 QCCS 6188.

¹⁵³ [2014] 2 RCS 725.

¹⁵⁴ *Id.*, par. 9.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 45 à 47.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 73 à 76.

¹⁵⁷ Voir aussi *Larouche c. Bell Expressvu, s.e.c.*, 2014 QCCS 6256; *Cantin c. Ameublements Tanguay inc.*, 2016 QCCS 4546, permission d'appeler rejetée.

mérite. Cette façon de faire permet une utilisation plus judicieuse des ressources judiciaires, puisque dans l'optique où le demandeur obtient gain de cause au mérite, une deuxième action collective impliquant les mêmes faits ne sera pas nécessaire. Il est également dans l'intérêt des deux parties qu'une répétition des mêmes procédures ne soit pas requise pour régler complètement le litige.

Dans d'autres dossiers, la proportionnalité appuie un élargissement du groupe visé par l'action collective pour éviter une multiplication des recours. Dans *Sibiga c. Fido Solutions inc.*¹⁵⁹, la demanderesse désirait tenter une action collective au nom des consommateurs à qui l'une des défenderesses avait chargé des frais d'itinérance pour les données à un taux excédant 5 \$ par mégaoctet¹⁶⁰. Les défenderesses plaidaient que la définition du groupe devrait être restreinte uniquement aux consommateurs ayant dû payer des frais d'itinérance aux États-Unis, pour éviter d'inclure à l'action collective des pays pour lesquels la demanderesse n'avait soumis aucune preuve¹⁶¹. La Cour d'appel du Québec rejeta cet argument au nom du principe de proportionnalité¹⁶².

En somme, le principe de proportionnalité permet d'élargir le groupe visé par l'action collective pour éviter une multiplication des recours similaires et une utilisation excessive des ressources judiciaires.

vi. Proportionnalité et « préférabilité »

En Ontario, la *Loi sur les recours collectif, 1992*, prévoit comme quatrième critère de certification de l'action la « préférabilité » (*preferability*) de cette voie procédurale par rapport à d'autres. Ce critère capture l'idée que le recours collectif **devrait être une méthode appropriée de présenter les réclamations** des membres du groupe, et que ce recours devrait être une « meilleure » méthode que celles de la jonction d'action, de la consolidation des demandes, et d'autres types de résolutions des différends¹⁶³. Ce critère, quoique semblable à celui de notre troisième critère de composition du groupe, s'en distingue en poussant l'analyse plus loin. Il n'est pas question de ne pas être « pratique » d'agir autrement; ici, c'est plutôt que le recours collectif est une « meilleure » méthode que d'autres, une méthode « préférable » à d'autres procédures.

¹⁵⁸ 2017 QCCS 2707.

¹⁵⁹ 2016 QCCA 1299.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 22.

¹⁶¹ *Id.*, par. 130.

¹⁶² *Id.*, par. 144. Voir aussi *A c. Frères du Sacré-Coeur*, 2017 QCCS 5394, par. 107-108 (« [...]l'article 18 C.p.c. stipule que les mesures et les actes que le tribunal ordonne ou autorise doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice, ce qui oblige le tribunal à considérer toute mesure permettant un accès raisonnable à la justice dans le contexte où les ressources judiciaires sont déjà grandement sollicitées et de surcroît, limitées.

[108] Ici, les trois actions collectives suggérées par les intimées impliqueraient pour la plupart les mêmes personnes, les mêmes parties, les mêmes témoins, probablement les mêmes procureurs. »).

¹⁶³ *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334 (CanLII) au par. 69, permission d'en appeler à la CSC refusée: [2007] S.C.C.A. No. 346 ; *Hollick c. Toronto (Ville)*, préc., note 12.

Dans l'arrêt *AIC Limited v. Fischer*¹⁶⁴, la Cour Suprême du Canada expliqua que le critère de préféralité doit **s'interpréter par le biais de la considération de l'économie judiciaire, de la modification des comportements et de l'accès à la justice**. L'accès à la justice implique des dimensions procédurales et substantielles. L'aspect procédural met l'emphase sur la question de savoir si les requérants ont pu bénéficier d'un processus équitable pour résoudre leurs réclamations. L'aspect substantiel met l'emphase sur les résultats à être obtenus et cherche à savoir si les requérants vont recevoir un remède efficace et juste à leurs réclamations. Ainsi, pour que l'action collective soit le moyen préférable d'agir pour la résolution des réclamations des membres, elle doit représenter une procédure juste, efficace, capable d'être bien gérée, et surtout, préférable à quelque méthode alternative de résolution des différends¹⁶⁵.

Pour savoir si la procédure alternative a le potentiel de fournir un remède efficace à la substance des réclamations du demandeur, d'une manière à respecter les droits procéduraux des parties, les **cinq questions suivantes sont pertinentes**: 1) existe-t-il des barrières économiques, psychologiques, sociales ou procédurales à l'accès à la justice en l'espèce?; 2) quel est le potentiel que l'action collective puisse répondre à ces barrières?; 3) quelles sont les alternatives à l'action collective?; 4) dans quelle mesure les alternatives à l'action collective adressent-elles les barrières?; et 5) comment les recours potentiels se comparent-ils?¹⁶⁶

Pour satisfaire le critère de préféralité, le représentant putatif doit démontrer sur la base du standard de « some basis in fact » que l'action collective proposée serait une méthode juste, efficace et gérable de présenter sa réclamation, que cette action est préférable à quelque autre méthode raisonnable de résoudre les réclamations des membres, et que cette action permettrait l'accomplissement des trois principaux objectifs de l'action collective, soit l'économie judiciaire, la modification des comportements et l'accès à la justice¹⁶⁷. Les arguments voulant qu'aucun litige ne soit préférable à une action collective ne pourront être reçus comme valables¹⁶⁸.

Pour apprécier la préféralité du recours, les tribunaux doivent considérer les critères suivants : (a) la nature des questions communes proposées et leur importance en relation avec la réclamation dans l'ensemble; (b) les questions individuelles qui restent après la détermination des questions communes; (c) les facteurs listés à la Loi; (d) la complexité et le caractère gérable de l'action proposée dans l'ensemble; (e) les procédures alternatives pour adresser les réclamations des membres; (f) les chances que la certification puisse permettre de remplir les objectifs sous-

¹⁶⁴ 2013 SCC 69 (CanLII) au par. 24-38.

¹⁶⁵ *Id.* Voir aussi *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 au par. 52 (C.A.), permission d'en appeler à la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. No. 50.

¹⁶⁶ *AIC Limited v. Fischer*, préc., note 165.

¹⁶⁷ *Id.* Le requérant devra démontrer que l'autre procédure est juste, efficace et gérable: *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County v. Windsor (City)*, 2015 ONCA 572 (CanLII), par. 62; *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.*, [2004] O.J. No. 299, par. 62-67 (S.C.J.).

¹⁶⁸ *1176560 Ontario Ltd. v. The Great Atlantic and Pacific Company of Canada Ltd.* (2002), , 62 O.R. (3d) 535, par. 45 (S.C.J.), confirmé en appel., 70 O.R. (3d) 182 (Div. Ct.).

jacents à la Loi; et (g) les droits du(des) demandeur(s) et du(des) défendeur(s)¹⁶⁹. Les tribunaux devront notamment identifier quelles sont les alternatives à l'action proposée.

Enfin, il faut bien souligner que **la proportionnalité (au sens large) et la préférabilité sont des principes interreliés**, tel qu'en fait foi l'extrait suivant d'une décision de la Cour supérieure de Justice de l'Ontario :

[O]ne should now add to the preferable procedure factors the factor of the relationship between access to justice, which is the preeminent concern of class proceedings, and proportionality in civil procedures. The proportionality analysis, which addresses how much procedure a litigant actually needs to obtain access to justice, fits nicely with the focus on judicial economy and with the part of the preferable procedure analysis that considers manageability and whether the claimants will receive a just and effective remedy for their claims.¹⁷⁰ [nos soulignements]

Nous sommes d'avis que quoique la considération des coûts-bénéfice et de la proportionnalité fasse implicitement partie de l'analyse du caractère approprié ou opportun de l'action pour les fins d'autorisation, et quoique nous soyons fermement en faveur d'une considération à l'autorisation des probabilités d'indemnisation des membres ou encore du caractère « gérable » du recours, tel que l'explique la Cour supérieure ontarienne dans l'extrait cité, **nous ne croyons pas qu'il soit opportun d'incorporer un critère de préférabilité du recours au sein du régime québécois**. D'abord, injecter un tel critère de common law au régime de l'action collective causerait une instabilité trop importante dans notre droit québécois. Ensuite, nous sommes d'avis que d'autres solutions sont plus appropriées en l'espèce pour assurer un meilleur filtrage des demandes car s'insérant mieux dans l'ensemble des dispositions du *Code de procédure civile*. Enfin, ce critère dans sa forme actuelle est, de toutes manières, en voie d'être éliminé en Ontario et remplacé par un double critère de supériorité et de prédominance des questions communes inspiré de nos voisins américains.

¹⁶⁹ *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401, par. 52 (C.A.), permission d'appeler à la C.S.C. refusée, [2005] S.C.C.A. No. 50, rev'g (2003), 65 O.R. (3d) 492 (Div. Ct.); *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22 (C.A.), permission d'appeler à la C.S.C. refusée, [2003] S.C.C.A. No. 106.

¹⁷⁰ Voir *Persaud v. Talon International Inc.*, 2018 ONSC 5377 (CanLII), par. 148-9 et 151 ("A class action may not be fair, efficient and manageable having regard to the common issues in the context of the action as a whole and the individual issues that would remain after the common issues are resolved.[67] A class action will not be preferable if, at the end of the day, claimants remain faced with the same economic and practical hurdles that they faced at the outset of the proposed class action."); *Green v. The Hospital for Sick Children*, 2017 ONSC 6545, par. 141. Voir aussi *Marcantonio v. TVI Pacific Inc.*, [2009] O.J. No. 3409 (S.C.J.), par. 9; *Silver v. IMAX Corp.*, [2009] O.J. No. 5585, par. 215-216 (S.C.J.), permission d'appeler à la Cour divisionnaire refusée, 2011 ONSC 1035 (Div. Ct.) (CanLII); *Markson v. MBNA Canada Bank*, préc., note 164.

B. Moyens préliminaires

Les tribunaux ont utilisé le principe de proportionnalité pour restreindre le recours aux moyens préliminaires et accélérer la procédure. Ainsi, ils ont pu éviter d'étudier deux fois la même question et d'utiliser inutilement les ressources du système judiciaire. Ils ont notamment rejeté des moyens préliminaires soumis avant l'autorisation par la partie défenderesse, des demandes de disjonction d'instance ainsi que des demandes soumises par la partie demanderesse. Dans le cadre d'une action collective, certains moyens préliminaires impliquent la considération de critères similaires à ceux de l'autorisation¹⁷¹.

Il faut souligner qu'actuellement, **sauf situations exceptionnelles, aucun moyen préliminaire ne peut être présenté avant le stade de l'autorisation** parce que tel qu'évoqué, avant l'autorisation, le recours n'existe pas à proprement parler¹⁷². Ainsi, ne peuvent être contestés, même indirectement, aucun des critères d'autorisation¹⁷³. Néanmoins, certains moyens préliminaires peuvent être tranchés avant l'audition de la demande d'autorisation :

[l]'absence de compétence constitue l'une de ces exceptions, quoique la jurisprudence invite à la prudence, même dans ces circonstances. Les principes de saine administration de la justice et de proportionnalité peuvent aussi imposer de trancher un moyen préliminaire avant le stade de l'autorisation, étant toutefois souligné que cette étape devrait intervenir rapidement afin que l'action collective atteigne pleinement son objectif de faciliter l'accès à la justice.¹⁷⁴

Les demandes en disjonction sont également propices à une analyse de la proportionnalité. Dans l'affaire *Cantin c. Ameublements Tanguay inc.*¹⁷⁵, plusieurs des 13 défenderesses visées par la demande en autorisation faisaient valoir qu'exiger qu'un procureur de chacune des défenderesses soit présent à chaque audition contribue à augmenter considérablement les coûts du litige. Il était donc plus approprié, selon elles, qu'un recours séparé vise chacune d'elles¹⁷⁶. La Cour supérieure du Québec rejeta leur argument, soulignant que la proportionnalité ne s'évalue pas uniquement

¹⁷¹ C'est le cas notamment de l'absence d'intérêt suffisant, à l'art. 168(3) C.p.c., qui est liée au critère de représentation adéquate : *General Motors du Canada ltée c. Billette*, 2009 QCCA 2476, par. 17.

¹⁷² *Zaim c. Procureure générale du Québec*, préc., note 115, par. 18.

¹⁷³ *Id.*

¹⁷⁴ *Id.*, par. 18 à 24. Le tribunal accepte de suspendre une partie du recours pour cause de litispendance avec un autre dossier, mais refuse de disjoindre des causes d'action, de rejeter certaines causes d'action pour cause d'absence d'intérêt d'agir et d'abus procédural et de rejeter le recours à l'endroit d'une défenderesse pour cause d'irrecevabilité. Voir par. 34, 39, 51 et 58; par. 48 et 63; par. 59 à 61 et 83 et par. 67, 71 et 79. Voir aussi *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2012 QCCA 1396, par. 63; *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, préc., note 59, par. 128. Voir aussi *Parker c. Apotex Inc.*, 2015 QCCS 1210 (litispendance). (Seules la litispendance, l'absence de compétence *rationae materiae* et la chose jugée peuvent être entendues avant l'autorisation).

¹⁷⁵ 2015 QCCS 2542.

¹⁷⁶ *Id.*, par. 42.

du point de vue des défenderesses¹⁷⁷. La proportionnalité permet également de limiter les moyens préliminaires invoqués par la partie demanderesse¹⁷⁸.

En terminant, nous ne pouvons passer sous silence l'arrêt *Whirpool* rendu par la Cour d'appel du Québec en 2018. Suite à un premier recours, le recours Lambert, intenté contre la même défenderesse pour les mêmes faits¹⁷⁹, l'autorisation a été refusée parce que les droits du demandeur étaient prescrits¹⁸⁰. Whirpool tenta d'obtenir le rejet de la demande en autorisation du demandeur Gaudette au motif qu'il y avait chose jugée et qu'elle constituait un abus de procédure. La Cour rejeta d'abord l'argument de la chose jugée, affirmant que le jugement précédent ne s'était pas attardé au fond de la demande en autorisation, mais uniquement à la réclamation du demandeur Lambert¹⁸¹. Quant à l'abus de procédure, elle souligna que les ressources judiciaires doivent être utilisées sainement, en respect du principe de proportionnalité, et pour « s'assurer que l'action collective puisse jouer son véritable rôle et ne soit pas utilisée à des fins autres que celles pour lesquelles une telle voie procédurale existe. »¹⁸² Elle suggéra, dans un souci d'efficacité, **que les moyens préliminaires soient plaidés au même moment que la demande d'autorisation**, pour que si les premiers sont rejetés, il puisse être statué immédiatement sur l'autorisation, de telle sorte à « accélérer le processus et réduire les délais judiciaires »¹⁸³. Les préoccupations des tribunaux quant aux ressources monopolisées par l'action collective sont manifestes. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu à l'absence d'abus compte tenu du fait que la thèse défendue par le demandeur n'était pas manifestement mal fondée.

C. Preuve « appropriée » et proportionnée à l'autorisation

L'article 574 al. 3 C.p.c. dispose que la demande d'autorisation ne peut être contestée qu'oralement et le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve « appropriée ». Bien que la proportionnalité ne soit pas le seul facteur pertinent dans l'évaluation de cette preuve « appropriée », elle fait partie des éléments dont le juge doit tenir compte avant d'autoriser la présentation d'un élément de preuve¹⁸⁴. À cet égard, il faut **éviter à l'autorisation de se**

¹⁷⁷ *Id.*, par. 42 à 44.

¹⁷⁸ *Gagnon c. Audi Canada inc.*, 2017 QCCS 5127, par. 43-44 (« Toute cette procédure initiée par le demandeur et son avocat pour contourner les règles de notification internationale, pourtant prévues à notre loi, va à l'encontre de la philosophie du Code de procédure civile et de ses principes directeurs. La disproportion entre les coûts reliés à cette procédure et les frais qu'elle cherche à éviter est évidente. [...] Un tel comportement n'est pas acceptable. »).

¹⁷⁹ *Id.*, par. 8 et 9.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 15.

¹⁸¹ *Id.*, par. 13 à 26.

¹⁸² *Id.*, par. 29.

¹⁸³ *Id.*, par. 27 à 32.

¹⁸⁴ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2006 QCCS 6290, par. 20, repris notamment par la Cour d'appel dans *Allstate du Canada, compagnie d'assurances c. Agostino*, 2012 QCCA 678, par. 31; *Kramar c. Johnson & Johnson*, préc., note 153, par. 23.

prononcer sur des questions qui appartiennent au fond de l'affaire, en évitant les dérives et les erreurs d'appréciation¹⁸⁵.

Laisser les parties produire une preuve trop substantielle transforme ainsi l'autorisation en procès sur le fond, monopolisant par le fait même des ressources judiciaires importantes. La preuve doit donc **se limiter à ce qui est nécessaire au stade de l'autorisation**. Ces principes sont applicables tant à la défenderesse qu'à la demanderesse, qui doivent démontrer une « cause défendable ». Il faut limiter la preuve à l'autorisation en fonction de la proportionnalité, sans inclure plus « que ce qui est strictement nécessaire à l'application de ce seuil »¹⁸⁶. C'est ainsi que la Cour supérieure a refusé la production d'un rapport de la *Commission Royale d'Enquête Australienne* ayant examiné les pratiques des témoins de Jéhovah dans ce pays dans le cadre d'une action collective invoquant des abus sexuels, qualifiant ce rapport d'« inutile et non proportionnel »¹⁸⁷. Or, le principe directeur de proportionnalité procédurale et probatoire de l'article 18 C.p.c. fait partie des éléments dont le tribunal doit tenir compte avant de permettre le dépôt d'un élément de preuve par la partie demanderesse et défenderesse¹⁸⁸.

D. Remarques conclusives sur la proportionnalité

Deux conclusions peuvent être tirées de l'examen qui précède. D'abord, **la jurisprudence nous enseigne qu'il n'est pas approprié d'utiliser la proportionnalité pour filtrer les demandes en autorisation**, et ce, particulièrement à la lueur des enseignements les plus récents de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph*.

Dans l'analyse des critères d'autorisation, les tribunaux ont clairement affirmé que la proportionnalité ne peut être qu'un élément parmi d'autres favorisant l'autorisation du recours. L'action collective est *en soi* proportionnelle, parce qu'elle permet nécessairement une économie des ressources judiciaires¹⁸⁹ et parce qu'elle répond à des considérations supérieures¹⁹⁰. Même si nous avons ouvertement et publiquement exprimé notre souhait qu'une analyse coûts-bénéfices soit incluse à l'étape de l'autorisation¹⁹¹, l'analyse des effets bénéfiques de l'action collective

¹⁸⁵ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, préc., note 59, par. 36 et 45.

¹⁸⁶ *Kramar c. Johnson & Johnson*, préc., note 153, par. 24 à 26.

¹⁸⁷ *Blais c. Watch Tower Bible and Tract Society of Canada*, 2018 QCCS 5182.

¹⁸⁸ Voir aussi *Gagnon c. Audi Canada inc.*, 2017 QCCS 3201; *Lanoie c. Versant Charlevoix inc. (Chalets du versant)*, 2017 QCCS 2691.

¹⁸⁹ Voir notamment *Sarrazin c. Canada (Procureur général)*, 2016 QCCS 2458, confirmé par *Procureure générale du Canada c. Sarrazin*, 2018 QCCA 1077, par. 56.

¹⁹⁰ Voir notamment *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, préc., note 71, par. 86 :

[86] Au demeurant, l'action collective vise ici à faciliter aux auteurs l'accès à la justice tout en préservant les ressources judiciaires et, le cas échéant, à sanctionner de façon efficace des agissements qui autrement demeureraient à l'abri de l'intervention judiciaire en raison de la modicité du préjudice lorsque appréciée sur un plan individuel. En ce sens, l'action collective envisagée par Copibec répond à ces considérations supérieures. [nos soulignements]

¹⁹¹ Voir Catherine PICHÉ, "The Fourth Dimension to Class Actions : Access to a Meaningful Benefit", (2018) 13:2 Canadian Class Actions Review 347.

reste davantage théorique que pratique et s'arrime difficilement avec la réalité. De surcroît, la comparaison avec l'alternative offerte par l'action individuelle reste également plus théorique car il est illusoire de penser que tous les membres d'un groupe iraient de l'avant avec une procédure individuelle.

L'action collective **visé d'abord et avant tout à promouvoir l'accès à la justice**. Or, c'est parfois lorsque les montants en jeu sont faibles ou que la preuve requise est importante que l'action collective contribue le plus à l'accès à la justice, même si les ressources du système de justice monopolisées sont importantes en comparaison avec les bénéfices obtenus par les membres. Si l'on considère qu'allouer des ressources judiciaires importantes à un véhicule procédural assurant l'accès à la justice constitue *en soi* une utilisation efficace des ressources, **la proportionnalité plaide (presque) toujours en faveur de l'autorisation**. Elle ne contribue donc probablement pas, dans l'état actuel du droit, à assurer un filtrage plus serré ni même plus efficace des dossiers.

Fait intéressant, le professeur américain Robert Klonoff a examiné l'utilisation de la proportionnalité dans la pratique des *class actions* aux États-Unis et a conclu que même si les juges réfèrent *de facto* à la proportionnalité, ils analysaient leurs dossiers de la même manière, avant et après l'avènement d'une réforme accueillant la proportionnalité au sein des procédures de *discovery*¹⁹². Il explique qu'autant avant qu'après l'amendement, « courts have engaged in nuanced, fact-based analyses; focused on the relevance of discovery to class certification; and used approaches such as meet and confer and sampling to narrow the disputes. Most importantly, the proportionality amendment does not appear to have undermined legitimate efforts of plaintiffs to secure necessary discovery, at least in the class action context. »¹⁹³ Ainsi, même si l'étude de Klonoff porte spécifiquement sur la procédure de *discovery*, inexistante dans cette forme chez nous, on peut néanmoins en tirer une leçon. La proportionnalité une fois incluse aux règles de procédure n'a pas eu, en l'espèce et selon Klonoff, l'effet d'économie escompté, ni sur les parties, ni sur les juges, dans un contexte d'action collective ou même de *class action*.

Par contre, la **proportionnalité reste un outil essentiel pour les juges dans la gestion efficace des dossiers** d'action collective, et particulièrement à l'autorisation. Même le professeur Klonoff le remarque dans son étude.¹⁹⁴ En outre, la proportionnalité ne peut remédier seule aux problèmes de l'autorisation. Par le biais du principe de proportionnalité, les tribunaux ont le pouvoir de contrôler les moyens préliminaires soulevés avant l'autorisation et d'empêcher l'étude de ceux qui ressemblent à un critère d'autorisation. La proportionnalité permet donc d'éviter certaines répétitions. De même, elle **influence l'appréciation de la preuve dite « appropriée »** qui peut

¹⁹² Robert H. KLONOFF, "Application of the New 'Proportionality' Discovery Rule in Class Actions: Much Ado About Nothing", (July 7, 2018). Vanderbilt Law Review, à venir, disponible sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3184576>, p. 49.

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ *Id.*

être soumise conformément à l'article 574 al. 3 C.p.c. Ainsi, elle est certainement utile dans la gestion de l'instance.

Néanmoins, comme le montrent les commentaires de la juge Bich dans l'arrêt *Asselin*, nous sommes d'avis que **la proportionnalité pourrait être utilisée encore davantage pour gérer les dossiers plus efficacement**. En s'assurant que ce qui relève du fond du litige soit uniquement examiné à l'étape du mérite et non à l'autorisation, la proportionnalité permettrait d'accélérer l'autorisation et de réduire les ressources judiciaires consommées.

V. HONORAIRES EXTRAJUDICIAIRES DANS L'ACTION COLLECTIVE

On dit souvent que dans la pratique de l'action collective, l'intérêt économique des avocats en demande d'intenter l'action est essentiel. Il faut rechercher l'équilibre des incitatifs vécus par les acteurs, dans ce contexte, de telle sorte que l'action collective puisse continuer à servir de plateforme procédurale de mise en œuvre de politiques publiques et de système de protection des droits des membres et de la société, plus largement¹⁹⁵.

Au Québec, il revient au tribunal de **protéger le groupe et ses membres** dans l'action collective, y inclus au stade de l'approbation des honoraires extrajudiciaires. Une demande d'approbation des honoraires en vertu de l'article 593 C.p.c. doit ainsi être présentée¹⁹⁶, et le tribunal devra déterminer, en fonction de certains critères, si les honoraires demandés sont raisonnables ou si ceux-ci doivent être fixés à un autre montant que celui qui est demandé¹⁹⁷. Le modèle de

¹⁹⁵ Comme l'expliquait si justement la Cour suprême d'Israël, dans l'un des enseignements judiciaires les plus révélateurs,

21 [...] the economic interest is the engine that keeps the class actions moving, and in proper dimensions it is not in and of itself fundamentally flawed [...]; however this holds true as long as it does not lead to the violation of the duties that are imposed upon the representative plaintiff and his attorney [...] the race for remuneration and legal fees shall [not] override and drown the public objective. This cannot be accepted and the court's tight supervision plays a vital role in maintaining the balance. One must not forget: the public interest – enforcing the law while attending to the group's best interest is the end objective, and the private economic interest of the representative plaintiff and his attorney – is the means; "the economic interest is recruited to serve the public interest" [...]. We must separate the wheat from the chaff, and these priorities are clearly evident from the provisions of the law which throughout the law emphasize the duty of the representative plaintiff and his attorney to act loyally, devotedly and in a bona fide manner in order to promote the group's best interest; from the entirety of the court's extensive considerations when awarding remuneration and legal fees; and from its tight supervision which is necessary throughout all of the stages of the proceeding [...] [nos soulignements]. Voir : *The Regional Sewage and Water Corporation Ltd. v. Yousef Ahmad Younis*, 2015 AAA 2978/13 (Cour suprême de l'Israël), par. 18 et 21, disponible en ligne à <https://supremedecisions.court.gov.il/#> (consulté le 1er octobre 2019).

¹⁹⁶ L'article 593 C.p.c. se lit comme suit :

593. Le tribunal peut accorder une indemnité au représentant pour le paiement de ses débours de même qu'un montant pour le paiement des frais de justice et des honoraires de son avocat, le tout payable à même le montant du recouvrement collectif ou avant le paiement des réclamations individuelles.

Il s'assure, en tenant compte de l'intérêt des membres du groupe, que les honoraires de l'avocat du représentant sont raisonnables; autrement, il peut les fixer au montant qu'il indique.

Il entend, avant de se prononcer sur les frais de justice et les honoraires, le Fonds d'aide aux actions collectives que celui-ci ait ou non attribué une aide au représentant. Le tribunal prend en compte le fait que le Fonds ait garanti le paiement de tout ou partie des frais de justice ou des honoraires.

¹⁹⁷ Art. 593 C.p.c

rémunération en cause importera peu puisque des critères et méthodes d'appréciation standardisés s'appliquent à la demande¹⁹⁸.

Les honoraires extrajudiciaires engagés dans l'action collective font régulièrement les manchettes, principalement en raison de leur importance. Par exemple, dans le récent dossier *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*¹⁹⁹, la Cour supérieure approuva des honoraires et débours temporaires de 20,9 millions de dollars, avec d'autres honoraires à venir. Dans un article paru au quotidien *La Presse*, le chroniqueur Yves Boisvert résumait avec un brin d'ironie l'issue d'un dossier impliquant des frais bancaires illégalement chargés:

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

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

*Pardon??*²⁰⁰

Quoique les montants extravagants versés en honoraires puissent être justifiés, il en reste que **des honoraires très – voire trop – élevés donnent mauvaise presse à l'action collective** et affectent sa légitimité. Chaque cas est bien évidemment un cas d'espèce. Il faudra préserver un certain équilibre, dans une perspective d'accès à la justice, comme l'expliquent les professeurs américains Eisenberg, Miller et Germano :

If fees are set too low, counsel will not receive fair compensation for their services to the class. Worse yet, if fees are too low, then qualified counsel will not bring these cases in the first place. Injured parties will receive no redress, and potential wrongdoers will no longer be deterred out of fear of potential class action liability. If fees are set too high, attorneys will receive an unjustified windfall, and some of the benefits that should have gone to class members will be diverted to class counsel. Excessive class counsel fees might also induce class counsel to bring weak cases. Setting an appropriate counsel fee is thus crucial to the effective functioning of class action litigation.²⁰¹

La présente section portera un regard critique sur la procédure applicable à l'attribution et l'approbation des honoraires extrajudiciaires. On pourra se demander **à quel moment les**

¹⁹⁸ Toutefois, la convention d'honoraires conditionnels donne lieu à une présomption de validité des honoraires établis selon les termes de celle-ci, laquelle peut être repoussée si les honoraires ne sont pas justes et raisonnables, en fonction des critères et méthodes applicables à tous les types de dossiers.

¹⁹⁹ 2018 QCCS 3836.

²⁰⁰ Voir article dans *La Presse*, daté du 23 juin 2019, en ligne à <https://www.lapresse.ca/debats/chroniques/yves-boisvert/201906/22/01-5231324-le-casino-de-laction-collective.php>.

²⁰¹ Theodore EISENBERG, Geoffrey MILLER and Roy GERMANO, « Attorney's Fees in Class Actions : 2009-2013 », (2017) 92 NYU Law Rev. 937, p. 937-8.

honoraires deviennent-ils « trop » élevés, ou encore quelle est la réelle valeur du « risque » vécu par les avocats en demande? Certaines issues à l'action collective « valent »-elles davantage que d'autres – notamment, le jugement au mérite par rapport à la transaction? Certains dossiers « valent »-ils plus que d'autres, sur le plan des honoraires – tels ceux impliquant des droits humains ou encore des droits de consommation?

Les **opinions divergent** quant aux honoraires. Certains souhaitent un contrôle plus serré de la rémunération des avocats en demande, afin d'éviter les abus et dans l'espoir d'améliorer l'image de la profession pour le public²⁰². D'autres sont plutôt d'avis que les tribunaux assurent déjà un bon encadrement à ce niveau et qu'une intervention du législateur risquerait plutôt de ternir l'image de la profession en faisant montre d'une méfiance à l'égard des avocats²⁰³.

A. Marché québécois de l'action collective

Quelques observations quant au marché de l'action collective au Québec sont de mise afin de mieux comprendre les us et pratiques des avocats, particulièrement quant aux honoraires. Cet aperçu du contexte, de la concurrence et des enjeux économiques permet de mieux comprendre les enjeux en cause. Ainsi, la question des honoraires ne peut selon nous être considérée de manière isolée et il nous faut souligner que tout amendement au modèle d'approbation des honoraires aura nécessairement un impact sur le marché québécois dans son ensemble.

Au Québec, contrairement notamment à l'Ontario où la majorité des actions collectives intentées impliquent le droit des valeurs mobilières, **c'est le droit de la consommation qui domine le marché** de l'action collective dans un peu plus de 20 % des dossiers²⁰⁴. Les dossiers impliquant la responsabilité de l'État et la responsabilité du fabricant (principalement dans les secteurs pharmaceutique et médical) suivent (15 % et 13 % des dossiers respectivement). Ces données vont de pair avec le fait que dans l'action collective les défenderesses sont le plus souvent de grandes entreprises, parfois même des industries au grand complet, ou encore des gouvernements ou d'autres organismes publics. Rappelons que l'objectif initial du recours collectif était de rétablir l'équilibre entre les citoyens et les grandes entreprises²⁰⁵.

Plusieurs dénoncent le caractère entrepreneurial de l'action collective qui ternirait sa réputation, tout en étant susceptible de créer des situations de conflits d'intérêts et de nuire aux défendeurs forcés de se défendre à grands frais et efforts. En outre, ce rapport de force entre les parties influence inmanquablement l'économie de l'action collective.

²⁰² Discussion avec le professeur Pierre-Claude Lafond.

²⁰³ Jean-Philippe GROLEAU et Guillaume CHARLEBOIS, « Les honoraires en demande en matière d'actions collectives: comment éviter de jouer à l'apprenti-sorcier en vue de moduler le comportement des avocats », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, *Colloque national sur l'action collective – Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis* (2019), vol. 455, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019.

²⁰⁴ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, p. 41.

²⁰⁵ Projet de loi 39 – *Loi sur le recours collectif*, RLRQ, c. R-2.1 (L.R.C.).

Nous nous sommes intéressés à **l'identité des avocats impliqués** dans les actions collectives québécoises. Nous voulions déterminer entre autres si le marché de l'action collective se limitait en demande aux grands acteurs connus du milieu; les cabinets Siskinds, Trudel Johnston & Lespérance et Merchant, notamment, et si le marché évoluait autrement.

De prime abord, il faut souligner que **les parties défenderesses sont le plus souvent représentées par de grands cabinets d'avocats nationaux**, aux ressources importantes et aux honoraires eux aussi très élevés, le tout allant de soi compte tenu du rapport de force et de l'identité des parties poursuivies, souvent des entreprises internationales dont la présence au Québec est plus ou moins tangible²⁰⁶. Dans ce contexte, il est difficile – sinon impossible – d'obtenir des informations précises quant aux honoraires versés aux avocats des défendeurs, autrement qu'en se fiant aux informations générales concernant les honoraires d'avocats au Québec²⁰⁷. De leur côté, les **demandeurs sont souvent représentés par de plus petits cabinets spécialisés et d'envergure locale**.

Néanmoins, nous avons voulu dresser un portrait des cabinets ayant déposé les 193 demandes d'actions collectives des dernières deux années et demi (début 2017 à fin juin 2019). À première vue, il est surprenant de constater que **77 cabinets ou avocats indépendants différents ont été demandeur ou au moins codemandeur** dans ces dossiers. De ces 77 demandeurs, 41 n'ont déposé qu'une seule action collective et 20 en ont déposé seulement 2 ou 3 dans la période considérée. Ainsi, **un grand volume d'actions collectives est généré par des demandeurs occasionnels**, puisque 80 % des avocats en demande ont contribué à 40 % du volume de nouveaux dossiers durant cette période. Cette donnée est nécessairement en lien avec l'attrait d'une pratique résolument lucrative.

Seize des cabinets représentant le 20 % des plus grands demandeurs ont déposé 4 demandes ou plus et ont généré 116 actions collectives en deux ans et demi. Ce sont les grands joueurs de l'action collective au Québec. Ces joueurs ont ainsi davantage d'expérience dans le domaine – un critère dans l'approbation des honoraires et des transactions – et sont possiblement moins à « risque » lorsqu'ils intentent un nouveau dossier, compte tenu des grandes possibilités de financement croisé des litiges. Nous reviendrons ci-après sur la notion de « risque » dans les honoraires, une notion qui a évolué au fil des ans depuis les débuts du recours collectif.

²⁰⁶ Il faut dire aussi que les parties défenderesses sont rarement non représentées.

²⁰⁷ Il est à noter toutefois que les détails des honoraires payés en défense pourraient avoir à être divulgués en Ontario. Les juges Perell et Bélobaba ont récemment requis des parties défenderesses contestant des demandes d'approbation d'honoraires qu'elles divulguent leurs propres honoraires, à des fins de comparaison! Voir *Rosen v. BMO Nesbitt Burns*, 2013 ONSC 6356, par. 5.

Le tableau qui suit dresse la liste des cabinets en demande (ou agissant comme codemandeur) :

Tableau III – Identité des cabinets ayant agi en demande en action collective entre janvier 2017 et juin 2019

Cabinet	Nombre d'actions collectives déposées (incluant les dossiers déposés comme codemandeurs)
LPC	19
Trudel Johnston & Lespérance	14
Siskinds, Desmeules	13
Klein avocats plaideurs	10
Kugler Kandestin	9
Merchant Law Group	9
Consumer Law Group Inc.	7
BGA	6
Lambert Avocats	5
Quessy Henry St-Hilaire	5
Woods	4
Belleau Lapointe	4
Faguy & Co.	4
Larochelle Avocats	4
Lex Group Inc.	4
Renno Vathilakis Avocats Inc.	4

Les cabinets énumérés au tableau semblent opérer selon **divers modèles d'affaires**. Beaucoup n'œuvrent pas uniquement en action collective, et mitigent le risque de cette pratique avec d'autres domaines avec des rémunérations plus sécuritaires, des litiges commerciaux ou corporatifs. Dans d'autres cas, même si leur spécialité est l'action collective en demande, ils peuvent accepter d'agir en défense à l'occasion. Certains cabinets comme LPC agissent uniquement en demande, ce qui peut expliquer qu'ils misent sur un certain volume de dossiers. D'autres grands demandeurs, comme Klein avocats plaideurs ou Merchant Law Group sont aussi spécialisés en demande, mais constituent des cabinets dits « satellites », basés dans une autre province canadienne. Par ailleurs, il faut aussi mentionner que certains avocats en demande vont intervenir pour s'objecter aux transactions, avant ou après approbation, ou pour représenter les membres au moment de la réclamation. Ils pourront aussi contester la décision d'un administrateur de réclamations ou d'un arbitre.

B. Structures et formes de conventions d'honoraires

Dans l'action collective, le représentant et le procureur en demande concluent une convention d'honoraires, liant par le fait-même les membres du groupe²⁰⁸. Cette convention d'honoraires **peut prendre plusieurs formes**. Elle sera approuvée par le tribunal à l'occasion d'une audience sur l'approbation des honoraires, laquelle se tiendra le plus souvent de façon coïncidente à l'approbation de la transaction, ou encore au procès au fond. Ceci dit, la convention ne liera pas le tribunal, mais devra être considérée avec sérieux car faisant preuve de la volonté des parties²⁰⁹. Nous discuterons plus avant du processus d'approbation dans la prochaine sous-section.

Pour calculer la valeur des services de l'avocat, il peut s'agir de fixer un pourcentage des sommes obtenues, de multiplier le nombre d'heures travaillées par le taux horaire applicable et de multiplier ce chiffre par un facteur pour tenir compte du risque, ou encore de combiner les deux méthodes. Le calcul d'un pourcentage reste toutefois le plus fréquent au Québec. De plus, les décisions d'approbation des honoraires respectent le plus souvent les conventions conclues sans les modifier.

Les honoraires à pourcentage peuvent prévoir un pourcentage fixe, c'est-à-dire qu'un pourcentage déterminé sera déduit des montants obtenus en indemnité pour les membres en toute circonstance²¹⁰. Ces honoraires à pourcentage fixe peuvent être problématiques car ils encouragent un règlement rapide du dossier, sans forcément inciter les avocats à prendre en considération les intérêts des membres. Les conventions prévoyant un **taux progressif**, c'est-à-dire un taux qui augmente selon le niveau de progression du dossier, procurent au contraire un incitatif à ce que le dossier aille plus loin et découragent les transactions prématurées qui ne seraient pas dans le meilleur intérêt des membres²¹¹.

²⁰⁸ *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345; *Nault c. Jarmark*, [1985] R.D.J. 180 (C.S.).

²⁰⁹ *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Corporation Nortel Networks*, 2009 QCCS 2407, par. 140, confirmé par 2011 QCCA 767.

²¹⁰ Voir un modèle de clause au site web du Fonds d'aide aux actions collectives : <http://www.faac.justice.gouv.qc.ca/#>.

²¹¹ Pour un extrait d'un tel type de conventions d'honoraires, voir *Girard c. Vidéotron*, 2019 QCCS 2412 : Calcul des honoraires extrajudiciaires avant le jugement d'autorisation ou lors d'un jugement pour autorisation pour fins de règlement :

- 20 % plus les taxes applicables sur toute somme perçue et/ou sur la valeur de tout règlement ou jugement à intervenir.

Calcul des honoraires extrajudiciaires après le jugement d'autorisation :

- 25 % plus les taxes applicables sur toute somme perçue et/ou sur la valeur de tout règlement ou jugement à intervenir.

Calcul des honoraires extrajudiciaires après la réception d'une défense écrite ou de toute forme de contestation écrite à l'encontre de la requête introductive d'instance en recours collectif :

- 30 % plus les taxes applicables sur toute somme perçue et/ou sur la valeur de tout règlement ou jugement à intervenir.

Il est par ailleurs entendu que dans l'éventualité où une décision rendue dans ce recours collectif était portée en appel, le montant des honoraires extrajudiciaires de BGA sera automatiquement majoré de 5 %, peu importe l'étape à laquelle cet appel a lieu.

Une méthode de calcul des honoraires par pourcentage, qu'il soit fixe ou progressif, **peut aussi être combinée avec un facteur dégressif**, fonction de la valeur totale recouvrée. Cette combinaison, considérée préférable pour certains juges²¹², permet de limiter l'octroi d'honoraires trop extravagants et de motiver les avocats à faire avancer le dossier dans l'intérêt des membres. De plus, les honoraires sont par le fait-même plus prévisibles et justifiés. Ce type de convention fut utilisée notamment dans l'affaire *Option consommateurs c. Union canadienne*, dont voici un extrait :

- 2.1 Calcul des honoraires extrajudiciaires si la somme est perçue dans l'année qui suit le dépôt de la requête en autorisation :
- 15 % sur la première tranche de 1 500 000,00 \$
 - 10 % sur l'excédent de 1 500 000 \$
- 2.2 Calcul des honoraires extrajudiciaires si la somme est perçue plus d'un an après le dépôt de la requête en autorisation que le jugement d'autorisation ait été rendu ou non :
- 20 % sur la première tranche de 1 500 000,00 \$
 - 15 % sur l'excédent de 1 500 000 \$
- 2.3 Calcul des honoraires extrajudiciaires si la somme est perçue après un appel sur l'autorisation ou après le dépôt de la déclaration au mérite :
- 25 % de toute somme perçue
- 2.4 Calcul des honoraires extrajudiciaires si la somme est perçue après le dépôt d'une inscription en appel à la Cour d'Appel :
- 30 % de toute somme reçue²¹³.

Outre les conventions d'honoraires par pourcentage, la **rémunération par taux horaire existe aussi en action collective**. Voici un extrait de modèle de convention apparaissant sur le site du Fond d'aide aux actions collectives, prévoyant que les deux méthodes seront utilisées et que le montant le plus élevé sera choisi :

Le représentant consent à ce qu'il soit retenu sur les sommes perçues par son procureur pour et (ou) au bénéfice du représentant et des membres du groupe, s'il y a lieu, les honoraires extrajudiciaires d'un montant égal :

- (i) À ... pour cent (... %) de la somme perçue en relation avec le présent recours collectif, de quelque source que ce soit, par transaction et (ou) à la suite d'un jugement, et ce, dès l'ouverture du présent dossier, ou
- (ii) Au total des heures travaillées par ses procureurs suivant leur taux horaire respectif, soit :

²¹² *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200, par. 108, 109.

²¹³ *Option consommateurs c. Union canadienne*, 2012 QCCS 7154, par. 70.

... \$ pour Me A.B.

... \$ pour Me C.D.

Étant entendu entre les parties que les honoraires extrajudiciaires applicables seront le plus élevé de ces deux montants (i ou ii). Ces honoraires extrajudiciaires s'étendent aux sommes perçues pour et au nom de tout le groupe visé par le présent recours collectif, et sont en sus des honoraires judiciaires qui pourraient être attribués auxdits procureurs.²¹⁴

Quoi qu'il en soit, quelle que soit la convention d'honoraires, la rémunération des avocats sera soumise à l'approbation du tribunal, laquelle est abordée ci-après.

C. Mécanisme d'approbation des honoraires extrajudiciaires

i. Le juge comme gardien d'honoraires « justes et raisonnables »

En droit des actions collectives, le tribunal possède la responsabilité de contrôler les honoraires des avocats du représentant, en s'assurant qu'ils soient « justes et raisonnables », justifiés par les circonstances et proportionnels aux services rendus²¹⁵. Le législateur à cet égard a confié au juge un **rôle de gardien et de protecteur des droits des membres**. Tel qu'indiqué ci-haut, le juge ne sera toutefois pas lié par la convention, qu'il pourra modifier au besoin en révisant les honoraires en fonction de leur réelle valeur, ou encore en les réduisant s'ils sont inutiles, exagérés ou disproportionnés²¹⁶. La fonction de contrôle des honoraires par le tribunal est discrétionnaire et emporte déférence de la part des tribunaux d'appel²¹⁷. En effet, le caractère « raisonnable » des honoraires est une question de faits, qu'il faudra prouver en bonne et due forme²¹⁸.

L'article 593 C.p.c. énonce le **devoir du tribunal de contrôler les honoraires en demande**. Or le Code ne précise ni critères ni facteurs d'évaluation du **caractère « juste et raisonnable »** de ces honoraires, alors que le *Code des professions*, la *Loi sur le Barreau* et la réglementation adoptée sous ces législations le font, dans un contexte plus large évidemment²¹⁹. Le *Code civil du Québec* et la *Loi sur le Barreau*²²⁰ nous informent de façon générale sur la façon de concevoir la

²¹⁴ Voir le site du Fonds d'aide, en ligne, au <http://www.faac.justice.gouv.qc.ca/#>. Dans la jurisprudence, cette dernière façon de calculer les honoraires fût utilisée dans le jugement *Mahmoud c. Société des casinos du Québec inc.*, 2018 QCCS 4526, par. 23, mais en y incluant un facteur multiplicateur:

The mandate agreement provides for a calculation of fees as (i) all disbursements incurred and (ii) the greater of either, thirty percent (30 %) of the value of the settlement, or a multiplier of 3.5 on hours worked by the attorneys, plus applicable taxes.

²¹⁵ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2018 QCCA 305; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345.

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada, id.*

²¹⁸ *Brown v. Canada (A.G.)*, 2018 ONSC 3429, par. 57; *Jacques c. 189346 Canada inc. (Pétroles Therrien inc.)*, 2017 QCCS 4020, par. 37-42.

²¹⁹ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 215 (C.A.), par. 64.

²²⁰ RLRQ, c. B-1.

rémunération des avocats et sur ce qui doit être considéré dans l'appréciation de leur caractère raisonnable. L'article 2134 C.c.Q explique comment est déterminée la rémunération dans un contrat de mandat :

2134. La rémunération, s'il y a lieu, est déterminée par le contrat, les usages ou la loi, ou encore d'après la valeur des services rendus.²²¹ [nos soulignements]

L'article 126 de la *Loi sur le Barreau* énonce, par ailleurs, ce qui peut être inclus dans la rémunération des avocats :

126. Les services justifiant des honoraires comprennent, entre autres, les vacations, les voyages, les avis, les consultations écrites et verbales, l'examen, la préparation, la rédaction, l'envoi, la remise de tout document, procédure ou dossier et généralement tous autres services requis d'un avocat. (Paragraphe abrogé).

En l'absence de convention expresse entre l'avocat et son client, l'avocat a droit à ses honoraires et frais sur la base de la valeur des services rendus.²²² [nos soulignements]

Le point commun essentiel des deux articles est la **considération de la valeur des services rendus**. En tant que gardien des honoraires n'étant pas lié formellement par la convention d'honoraires, le tribunal doit s'assurer que la rémunération des avocats corresponde à la valeur des services rendus. Ainsi, dans la décision *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, la Cour supérieure du Québec a révisé la demande d'honoraires et refusé d'octroyer les sommes associées à des heures facturées en lien avec la communication aux médias et qui augmentaient la facture de 8 950 \$²²³.

ii. Critères qualitatifs

En vertu du *Code de déontologie des avocats*, les avocats ont, d'abord et avant tout, l'obligation d'éviter de donner un caractère de lucre à la profession juridique²²⁴. Ainsi, le tribunal doit vérifier dans l'action collective que **l'image de la profession** – et de l'action collective – soit maintenue à travers l'octroi des honoraires demandés²²⁵. Or, l'entrepreneuriat dans l'action collective a été reconnu par la Cour d'appel du Québec comme étant nécessaire, et parfois bénéfique, dans le contexte²²⁶. Néanmoins, il faudra être prudent en cas de demande d'approbation d'honoraires

²²¹ 2134 C.c.Q.

²²² *Loi sur le Barreau*, RLRQ, c. B-1., art. 126.

²²³ *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, préc., note 48, par. 181.

²²⁴ Art. 7 C.d.a.

²²⁵ *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14, par. 68 ; *Dikranian c. Québec (P.G.)*, 2008 QCCS 6, par. 34; *Guilbert c. Sony BMG Musique (Canada) inc.*, 2007 QCCS 432, conf. par *Sony BMG Musique (Can.) inc. c. Guilbert*, 2009 QCCA 231, par. 37.

²²⁶ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43, par. 102.

substantiels après transaction rapide et sans effort substantiel, ou encore en cas de demande d'approbation suite à un règlement de faible importance financière pour les membres²²⁷.

Les tribunaux réfèrent aux articles 101 et 102 du *Code de déontologie des avocats*²²⁸ et aux facteurs d'appréciation non exhaustifs qui y sont inclus pour déterminer la valeur des services rendus par l'avocat. L'article 102 de ce Code se lit ainsi :

102. Les honoraires sont justes et raisonnables s'ils sont justifiés par les circonstances et proportionnés aux services professionnels rendus. L'avocat tient notamment compte des facteurs suivants pour la fixation de ses honoraires :

- 1° l'expérience;
- 2° le temps et l'effort requis et consacrés à l'affaire;
- 3° la difficulté de l'affaire;
- 4° l'importance de l'affaire pour le client;
- 5° la responsabilité assumée;
- 6° la prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence particulière ou une célérité exceptionnelle;
- 7° le résultat obtenu;
- 8° les honoraires prévus par la loi ou les règlements;
- 9° les débours, honoraires, commissions, ristournes, frais ou autres avantages qui sont ou seront payés par un tiers relativement au mandat que lui a confié le client.

Ainsi, les tribunaux attribuent une valeur au fait que les avocats en demande aient plusieurs années d'**expérience** et qu'ils aient été impliqués dans de nombreux dossiers d'action collective. Le fait qu'ils soient spécialistes du domaine de droit en cause dans le dossier est aussi un facteur favorable. Par exemple, dans le dossier *Marcil*, le fait que Me Lucien Bouchard ait fait partie en demande de l'équipe de négociation de l'entente conclue avec le gouvernement fut considéré comme un facteur favorable, tout comme le fait pour un avocat d'avoir donné des conférences sur les actions collectives ou dans le domaine de droit en question²²⁹.

De plus, les tribunaux examinent **le temps et l'effort requis et consacrés à l'affaire**, indiqués dans la feuille de temps que les avocats joignent à leurs demandes d'approbation d'honoraires, de même que le délai entre le dépôt de la demande d'autorisation et le dénouement de l'affaire. Un historique du dossier est dressé afin d'évaluer la crédibilité du rapport d'entrée des heures

²²⁷ J.-P. GROLEAU et G. CHARLEBOIS, préc., note 203.

²²⁸ *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1.

²²⁹ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, préc., note 199, par. 92.

consacrées et la charge de travail effectivement requise pour mener le dossier à terme. Les avocats peuvent justifier de plus gros honoraires si le dossier s'est conclu après le jugement d'autorisation ou le jugement au mérite, et d'autant plus si les débats se sont rendus en appel à l'une des étapes du déroulement de l'instance. La quantité de recherche juridique et sur les faits à compléter, de preuve à analyser, d'expertise à préparer, la quantité de procédures incidentes déposées par la défense, le temps requis pour préparer les avis aux membres et les ressources nécessaires à la négociation avec la défense sont également quelques autres facteurs que le juge pourra considérer²³⁰.

La **difficulté de l'affaire** est un autre critère examiné par les tribunaux. La complexité des questions juridiques, les moyens de défense et la complexité de la preuve à administrer sont des facteurs à prendre en compte²³¹. L'identité et le nombre de défendeurs est également pertinente. En effet, dans *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, la juge Bénard discute des actions collectives intentées contre l'État et observe notamment que « le gouvernement accepte rarement de payer de telles sommes sans jugement du Tribunal »²³², ce qui rend les négociations plus difficiles dans ce contexte. Ce même raisonnement fut utilisé dans l'affaire *Marcil*²³³. Quant au nombre de défendeurs, une multitude d'entités hétérogènes est considérée rendre l'affaire plus difficile pour les avocats. La difficulté posée par le dossier est analysée en se plaçant au moment de la signature de la convention d'honoraires²³⁴.

L'importance de l'affaire pour le client est évaluée en fonction des droits qui ont été violés, ainsi que la mesure et la durée de la violation. Les petites sommes impliquées dans une affaire de droit de la consommation ont été considérées comme un facteur négatif²³⁵. Par ailleurs, le tribunal dans l'affaire *Marcil* a estimé justifiées les prétentions des avocats voulant que la violation du droit à une éducation gratuite par l'État pendant plusieurs années ait contribué à faire de l'action l'une des plus importantes jamais intentées au Québec²³⁶.

Intenter une action collective comporte un risque inhérent qui n'aurait jamais été présent dans le cadre d'une action individuelle. Les tribunaux s'appuient généralement sur le critère de la **responsabilité assumée** pour justifier qu'une prime de rémunération soit accordée aux avocats en demande. Ce facteur de responsabilité est analysé le plus souvent avec celui du **risque encouru** par les avocats, sans distinction, et ce, même si des distinctions s'imposent.

La **responsabilité assumée** par les avocats est généralement importante compte tenu de la nature-même d'une action collective, de la longueur et la complexité des dossiers, ainsi que des droits de la multitude d'individus impliqués. Dans l'affaire *Pellemans*, le tribunal rappelle que l'avocat en

²³⁰ *Id.*, par. 94.

²³¹ *Id.*, par 102.

²³² *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 1796, par. 42.

²³³ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, préc., note 199, par. 102.

²³⁴ *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, préc., note 233 par. 58 et ss.

²³⁵ *Mahmoud c. Société des casinos du Québec inc.*, préc., note 215, par 29.

²³⁶ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, préc., note 199, par 103 .

demande a une « responsabilité accrue » puisqu'il doit assurer la diffusion des informations auprès des membres et répondre à leurs question, et que les droits de ces derniers sont « directement affectés par l'exercice du recours et les décisions prises à son sujet »²³⁷.

Quant au **risque encouru**, il faut souligner que l'ampleur et la nature du risque doivent être considérées, tout comme la durée de la prise en charge de ce risque²³⁸. Le risque financier est primordial, incluant une considération de la prise en charge de la responsabilité financière du dossier sans contribution externe, ainsi que de l'importance de cette responsabilité financière et des déboursés²³⁹. D'autres risques non financiers sont aussi considérés par les tribunaux, tels le risque de faillite ou d'une responsabilité professionnelle au-delà de la couverture d'assurance disponible²⁴⁰, ou encore le coût d'opportunité impliqué du fait de consacrer temps et ressources importantes à l'action collective sans garantie aucune²⁴¹. Il est logique de penser que plus les risques encourus par les avocats sont importants, plus la rémunération doit être conséquente. Par contre, il est préférable d'apprécier le risque en temps réel et non de manière prospective²⁴².

Une incursion en droit ontarien est ici appropriée pour aider à la compréhension de la notion de risque dans l'action collective. Dans l'affaire *Welsh v. HMQ Ontario*, l'honorable juge Belobaba révisé une demande de paiement d'honoraires en demande dans une action collective intentée – et subséquemment réglée – par trois écoles provinciales pour les sourds²⁴³. Quant au facteur de risque dans l'évaluation du caractère approprié des honoraires, le juge explique que

the Court of Appeal has acknowledged that the two main factors are risk incurred and result achieved.

Of the two, risk incurred is the more important. The nature of the risk incurred is primarily the risk of non-payment. As noted by the Ontario Law Reform Commission in its seminal Report on Class Actions, “the class lawyer will be assuming a risk that after the expenditure of time and effort no remuneration may be received ... [that is] the risk of non-payment.” [...]

Risk incurred. Although this has been identified as the most important factor, it continues to frustrate judges in both its interpretation and application. Many judges approach the “risk incurred” analysis on a case-by-case basis. In other words, they try

²³⁷ *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 209, par. 104, 105. Voir aussi : *Krantz c. Procureure générale du Québec*, 2017 QCCS 5115, par. 85.

²³⁸ *Skarstedt c. Corporation Nortel Networks*, 2011 QCCA 767, par. 36.

²³⁹ *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, préc., note 48, par. 199-201.

²⁴⁰ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, préc., note 199, par. 111-115 ; *Brown v. Canada (A.G.)*, préc., note 219, par. 44, 68-69 ;

²⁴¹ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, préc., note 199, par. 113.

²⁴² C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, p. 233.

²⁴³ 2019 ONSC 4204.

in good faith to assess the various risks incurred by class counsel and they purport to determine a fair and reasonable legal fee in a contingency fee context by considering only the case that is before them.

However, no lawyer that prices her services using a contingency fee litigates just one case. [...] the risk of losing and not being paid is a risk that is extrapolated over a portfolio of files and is priced to reflect wins and losses over many years. Just as automobile insurers would never assess your driving risks based on driving data from a single day, judges should not risk-rate the real costs of losing a contingency-based lawsuit based solely on the case before the court.

[...] the 25 per cent contingency in this case is indeed fair and reasonable, and together with the disbursements and taxes, and should be approved.²⁴⁴ [références omises] [nos soulignements]

La prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence particulière ou une célérité exceptionnelle est un autre critère général du *Code de déontologie* qui est immanquablement favorable aux demandeurs dans le contexte d'une action collective. En effet, la Cour supérieure du Québec dans *Adams c. Banque Amex du Canada* rappelle que « le véhicule procédural qu'est le recours collectif requiert, en lui-même, une expertise particulière de la part des avocats »²⁴⁵.

Par ailleurs, le **résultat obtenu** est, avec la responsabilité assumée, l'autre facteur prépondérant dans l'analyse du caractère raisonnable des honoraires demandés. Les tribunaux évaluent le succès du recouvrement par le biais des sommes recouvrées par rapport à celles demandées et en fonction du risque de l'affaire, considérant que plus l'affaire est risquée, plus il est tolérable que le résultat soit moindre²⁴⁶. Le délai requis pour arriver à l'indemnisation est aussi un élément important de l'analyse, et le tribunal semble vouloir récompenser l'efficacité des procureurs dans l'indemnisation²⁴⁷.

L'analyse ne se limite pas au succès du recouvrement, les tribunaux considérant favorablement **l'établissement de modalités de compensation** en relation avec le préjudice réellement subi par les membres, l'établissement de modalités de réclamation des bénéfices simples et accessibles (idéalement automatiques), et l'accomplissement de l'objectif de modification des comportements des défendeurs²⁴⁸. Selon nous, la rapidité dans l'accomplissement des

²⁴⁴ *Id.*, par. 10-25.

²⁴⁵ 2015 QCCS 1917, par. 34.

²⁴⁶ *Gagné c. Microsoft Corporation*, 2018 QCCS 5529, par. 47 ; *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, préc., note 48, par. 95.

²⁴⁷ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, préc., note 199, par. 89.

²⁴⁸ *Id.*, par. 66-70 ; *Melvin c. Maple Leaf Foods Inc.*, 2009 QCCS 1378, par. 49, 56, 71.

distributions au stade du recouvrement pourrait et devrait officiellement être considérée par les tribunaux compte tenu du bénéfice découlant d'une indemnisation rapide.

Enfin, plusieurs tribunaux considèrent, outre les critères ci-énoncés, les **finalités de l'action collective**, soit la réalisation d'économies judiciaires, l'accès à la justice et la dissuasion des comportements fautifs²⁴⁹. Une action collective au profit de membres particulièrement vulnérables et qui bénéficient spécialement du dossier pourrait entraîner des honoraires plus élevés²⁵⁰.

iii. Critères quantitatifs ou méthode de calcul des honoraires

Outre les critères qualitatifs énoncés ci-dessus, les tribunaux réfèrent à certains critères quantitatifs pour déterminer si les honoraires demandés sont raisonnables, ou encore, s'il y a lieu de les modifier²⁵¹. Trois méthodes sont utilisées à cette fin : le pourcentage des sommes obtenues, un taux horaire multiplié par un facteur pour tenir compte du risque encouru, ou encore une combinaison des deux²⁵².

La **méthode du pourcentage** permet de vérifier si les honoraires demandés en demande représentent un pourcentage généralement accepté de la valeur du recouvrement des membres. Quoique l'on confonde souvent cette méthode avec l'application des conventions d'honoraires à pourcentage, elle en reste indépendante. Au Québec, la fourche de 20-25 % pour les honoraires semble demeurer la norme depuis les dernières années²⁵³. Pour le professeur Pierre-Claude Lafond, une convention d'honoraires fixés par pourcentage du montant obtenu, variant de 15 % à 33 %, est souvent utilisée et jugée « juste et raisonnable » par les tribunaux²⁵⁴. Il en reste que les conventions semblent désormais atteindre une limite encore supérieure à ces pourcentages sans tenir compte du contexte particulier de l'affaire²⁵⁵.

Par ailleurs, la **méthode du facteur multiplicateur** (« *Lodestar Method* ») implique de calculer le nombre d'heures travaillées, et de le multiplier par le taux horaire et un multiplicateur. Le multiplicateur prend en considération le risque encouru par les avocats de ne pas être payés dans l'éventualité d'une issue défavorable au litige. Le taux horaire devra se situer au taux horaire ordinaire des avocats multiplié par un facteur de risque. C'est ce facteur de risque qui influencera la décision du tribunal, au cas par cas. Un facteur se situant entre 1 et 3 est souvent considéré

²⁴⁹ Voir à cet effet notamment *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, *id.*, note 18, par. 116-120 et *Guilbert c. Sony BMG Musique (Canada) inc.*, préc., note 226, par. 36.

²⁵⁰ Livre, Chapitre VI, section 2.1.1.

²⁵¹ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 216 (C.A.), par. 66.

²⁵² *Id.*, par. 87.

²⁵³ Voir *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, préc., note 199, par. 80 ; *Option Consommateurs c. Union canadienne*, 2012 QCCS 7154, par. 73 ; *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 209, par. 53-57.

²⁵⁴ *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 209, par. 53.

²⁵⁵ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 216 (C.A.), par. 89.

comme normal, alors qu'au-dessus de 4, le cas particulier devra faire l'objet d'une analyse distincte²⁵⁶.

Enfin, la **méthode du multiplicateur est utilisée avec circonspection au Québec**, servant surtout à valider les conclusions se fondant sur les critères applicables au Québec²⁵⁷. Cette méthode, critiquée car pouvant encourager l'accumulation des heures de travail et décourageant l'efficacité²⁵⁸, cède parfois le pas à d'autres méthodes telles celle permettant le calcul de l'impact individuel des honoraires demandés sur chacun des membres du groupe²⁵⁹, ou encore celle permettant de comparer la convention d'honoraires dans une action similaire.

iv. Rôle du Fonds d'aide aux actions collectives

En vertu de l'article 593 al. 3 C.p.c., le tribunal doit entendre le Fonds avant de statuer sur les frais de justice et les honoraires de l'avocat, et ce, même s'il n'a pas attribué d'aide financière au représentant. Il faut lire cet article de pair avec l'article 31, al. 2 de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives* (RLRQ, c. F-3.2.0.1.1) et l'article 61 du *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile* (RLRQ, c. C-25.01, r. 0.2.1), disposant que toute demande d'approbation d'une transaction doit être signifiée au Fonds d'aide, avec avis de sa présentation. L'article 58 du même Règlement dispose, de même, que si une aide financière a été attribuée au représentant, la transaction doit préciser le montant des sommes qui seront remboursées au Fonds d'aide, en application de l'article 30 de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*. Ainsi, le Fonds a un droit incontesté d'être entendu, aux termes de l'article 32, et cela sans demande d'intervention.

D. Portrait empirique des honoraires dans l'action collective

Le Laboratoire sur les actions collectives s'est intéressé aux honoraires extrajudiciaires dans une étude conduite sur 25 ans (entre 1993 et 2017) et publiée à l'été 2019, le tout tel que précédemment mentionné²⁶⁰. Nous reproduisons ci-dessous certains éléments-clés de cette étude, relatifs aux coûts et aux honoraires, lesquels servent à mieux comprendre la pratique et ses défis.

Tout d'abord, il faut noter qu'il existe une **grande disparité dans les honoraires attribués**, chaque cas étant bien sûr un cas d'espèce. Au Tableau IV, la moyenne des honoraires versés se situe à 929 257,23 \$, tandis que la médiane de 189 854,38 \$ signifie que dans au moins la moitié des dossiers, les honoraires accordés se situent en-deçà de ce dernier montant. Ces données sont fondées sur une analyse de 177 dossiers et n'incluent pas les honoraires perçus dans les dossiers multi-juridictionnels.

²⁵⁶ J.-P. GROLEAU et G. CHARLEBOIS, préc., note 203.

²⁵⁷ *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 209, par. 121-123.

²⁵⁸ J.-P. GROLEAU et G. CHARLEBOIS, préc., note 203.

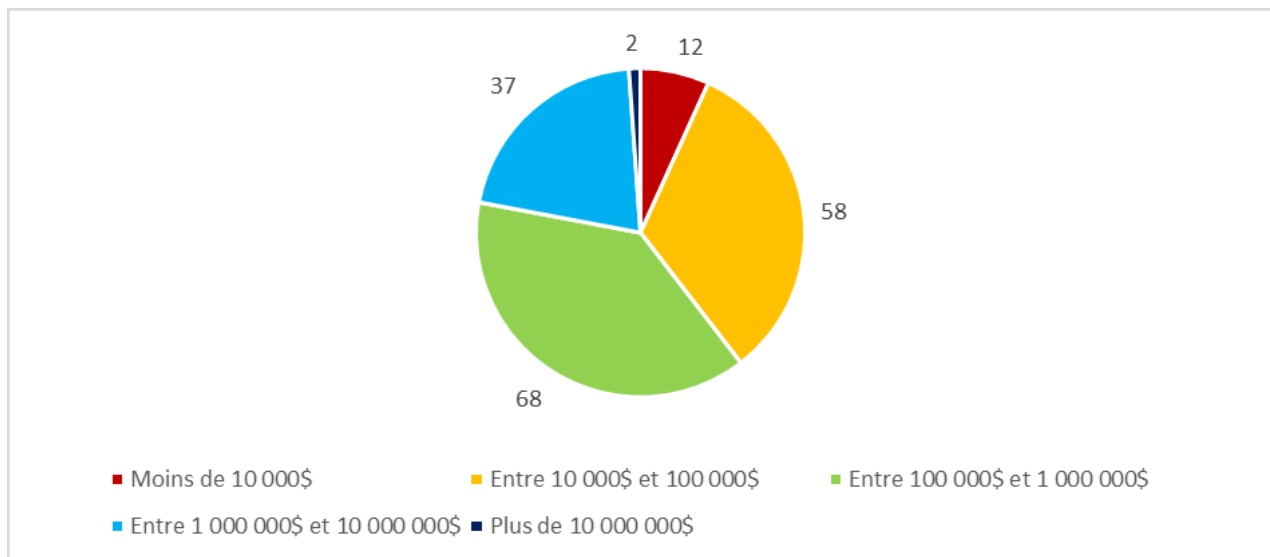
²⁵⁹ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, préc., note 199, par. 126-130.

²⁶⁰ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34.

Tableau IV – Honoraires (moyen et médian) versés aux avocats²⁶¹

Honoraires moyens versés	Honoraires médians versés
929 257,23 \$	189 854,38 \$

Quant au Tableau V reproduit ci-après, il permet de mieux comprendre les types de dossiers de l'échantillon étudié en les répartissant en tranches d'honoraires plus précises. La grande disparité des honoraires est également visible. Ainsi, **dans 71,19 % des cas étudiés, les honoraires obtenus oscillent entre 10 000 \$ et 1 000 000 \$**; cela représente le noyau dur de la rémunération des avocats. Dans 20,9 % des dossiers, des honoraires variant entre 1 000 000 \$ et 10 000 000 \$ ont été accordés. Aux deux extrêmes, une douzaine de dossiers ont rapporté aux avocats moins que 10 000 \$ et deux ont rapporté plus de 10 000 000 \$.

Tableau V – Répartition des honoraires versés aux avocats²⁶²

Par ailleurs, le **pourcentage moyen et médian de la somme totale déboursée par la partie défenderesse qui est versé aux avocats** en honoraires représente 27,45 % en moyenne et 25,23 % pour la médiane²⁶³. Sauf certains cas extrêmes de dossiers où la somme totale déboursée par la défenderesse se retrouve distribuée en honoraires, la majorité des dossiers réservent moins de 50 % des sommes déboursées aux avocats.

²⁶¹ *Id.*, p. 239.

²⁶² *Id.*

²⁶³ *Id.*, p. 241. Ces pourcentages ne représentent pas le pourcentage prévu à la convention d'honoraires typiquement accordé en frais, mais bien la proportion de la somme totale déboursée payée en frais d'avocats. Cette distinction est fondamentale.

Certains facteurs pouvant influencer les honoraires extrajudiciaires ont été examinés également, tels le lien éventuel entre les honoraires accordés et **la durée des procédures**, la présence d'un appel, la conclusion du dossier par un jugement au mérite ou par une transaction à l'amiable avant ou après l'autorisation, le fait de dossiers multi-juridictionnels, les modes de recouvrement, la somme totale déboursée par la défenderesse et les honoraires prévus à l'entente transactionnelle²⁶⁴. Fait surprenant, il semble que **la durée des procédures n'affecte pas forcément la proportion des montants obtenus en rémunération des avocats**. En fait, le pourcentage moyen de la somme totale versée aux avocats oscille entre 20 % et 30 %, sans logique apparente, et sans corrélation évidente avec le temps passé à travailler le dossier. Par contre, l'existence d'un appel entraîne une rémunération plus élevée.

Quant à **l'étape des procédures**, il appert que lorsque la transaction survient avant l'autorisation, les avocats obtiennent 22,95 % en moyenne de la somme totale déboursée par la défenderesse, tandis qu'ils obtiendront **31,66 % en moyenne de cette somme lorsque la transaction survient après l'autorisation**²⁶⁵. Lorsque l'affaire se rend à jugement au mérite, les avocats obtiennent en moyenne 26,88 % de la somme totale déboursée par la défenderesse²⁶⁶. Ainsi, les gains en honoraires sont plus significatifs lorsque le dossier se règle après l'autorisation, ce qui laisse suggérer que les avocats profitent de l'espace transactionnel pour se négocier des honoraires plus élevés, lesquels auront de bonnes chances d'être approuvés par le tribunal. Nous sommes d'avis qu'une attitude des tribunaux davantage inquisitoire et attentive à ce phénomène à l'audience d'approbation est de mise.

Le cas des **dossiers multi-juridictionnels** est particulier. Il s'agit de dossiers souvent complexes, impliquant certes un risque moindre pour les avocats puisque le dossier est déjà avancé dans une autre juridiction. Ces dossiers tendent à se régler à l'amiable dans l'une des juridictions de telle sorte qu'un règlement de l'ensemble des actions est conclu, malgré la disparité des services professionnels rendus. Cette situation est discutée dans l'affaire *Pellemans* :

Dans ce contexte, les honoraires à pourcentage des avocats de ces autres juridictions pourront parfois sembler trop élevés, notamment en raison de l'implication jugée secondaire de ces derniers.

La situation est encore plus évidente dans le cas particulier des recours collectifs déposés subséquentement au recours d'origine, dont le sort sera manifestement réglé par celui-ci, sans que l'avocat n'ait à s'impliquer au dossier autrement que pour le dépôt de la requête pour autorisation d'exercer le recours collectif (recours dit « piggyback » ou « copycat »). Il devient alors difficile d'appliquer

²⁶⁴ *Id.*, p. 243 ss.

²⁶⁵ *Id.*, p. 245-6.

²⁶⁶ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, p. 246.

un honoraire à pourcentage fondé sur le risque assumé par l'avocat, celui-ci étant minime. [nos soulignements]²⁶⁷

Dans ces dossiers, la somme totale des frais à verser en honoraires est établie, puis subséquemment divisée entre les avocats des différentes juridictions. Notre étude démontre que les avocats québécois dans les recours multi-juridictionnels reçoivent en moyenne 20,49 % de la somme totale déboursée par la défenderesse et allouée au Québec, avec une médiane de 16,87 %²⁶⁸. Ces **honoraires sont moindres que pour le reste du Canada**, en partie parce que la majorité des dossiers multi-juridictionnels au Canada sont des recours ontariens auxquels se greffent des recours québécois.

Dans le cas du règlement à l'amiable, les honoraires et la compensation aux membres semblent le plus souvent être **négociés de façon concurrente**. Comme nous l'avons vu précédemment, on remarque que les honoraires sont plus importants lorsque l'affaire se conclue par un règlement à l'amiable après autorisation et moins élevés lorsque l'affaire se conclue par un jugement. Or, négocier des honoraires élevés dans le cadre d'une transaction à l'amiable peut causer problème sur le plan éthique. Cette pratique est susceptible d'engendrer un **conflit d'intérêts**²⁶⁹.

De plus, il arrive fréquemment que l'entente ne puisse être approuvée sans que ne le soient les honoraires. Dans l'éventualité où les honoraires semblent élevés, le juge s'en trouve à devoir débattre entre l'option d'une indemnisation rapide pour les membres et celle de la négociation d'une nouvelle entente éventuellement plus avantageuse. Incidemment, dans l'affaire *Allen*, l'approbation de l'entente entière n'était justement pas conditionnelle à l'approbation des honoraires, ce qui a permis au juge de fixer les honoraires à un niveau moindre²⁷⁰.

²⁶⁷ *Pellemans c. Lacroix*, préc., note 209, par. 61-63.

²⁶⁸ Tous les dossiers de notre échantillon étudié se sont soldés par transaction à l'amiable.

²⁶⁹ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, préc., note 216 (C.A.), par. 74.

²⁷⁰ *Allen c. Centre intégré universitaire de santé et de services sociaux de la Capitale-Nationale*, préc., note 48.

VI. PISTES DE RÉFORME DE L'ACTION COLLECTIVE

Nous souhaitons conclure le rapport avec une série de propositions de réforme de l'action collective, relatives principalement aux délais, à l'autorisation et aux honoraires, lesquelles sont présentées par ordre d'importance. De façon générale, nos propositions visent à **économiser les ressources – temps et coûts – du système judiciaire québécois, et à simplifier et accélérer l'autorisation sans pour autant porter atteinte à ses raisons d'être**, soit la protection des membres du groupe, la protection de la partie défenderesse, l'intérêt du système de justice et l'organisation de l'action collective. Elles visent aussi à porter un regard critique sur les honoraires, sans les restreindre indûment ou de manière injustifiée, nuisant ainsi à la pratique et à l'accès à la justice des québécois. Plutôt, nous souhaitons assurer un meilleur contrôle des honoraires tout en incitant les avocats à continuer d'intenter de nouvelles actions collectives qui auront été choisies pour la qualité du dossier et les perspectives de compensation des membres, et non primordialement pour l'appât de gains extraordinaires.

Toutes nos propositions sont, selon nous, des idées de réforme valables qui permettraient de **structurer un régime d'action collective plus juste et équitable**, tout en procurant un meilleur accès à la justice ainsi qu'une justice de qualité aux justiciables québécois. Les propositions sont alternatives et non cumulatives, et nous sommes d'avis qu'elles devraient être soumises aux acteurs concernés – judiciaires et autres – pour consultations, rétroactions et validation d'une éventuelle adhésion à un nouveau régime par ces acteurs.

A. Forcer un changement dans les pratiques et la culture par une gestion d'instance (encore plus) serrée

L'action collective coûte cher et prend du temps et beaucoup de ressources au Québec, nous l'avons vu. Avec le nouveau *Code de procédure civile* de 2016 ont été consacrées un lot de nouvelles valeurs et principes de la justice civile au Québec. Il suffit à cet égard de penser aux principes de coopération, de transparence, de divulgation, de bonne foi procédurale et substantielle. Ainsi, le Code réfère à la nécessité d'un débat loyal entre les parties, en s'informant « des faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et des éléments de preuve qu'elles entendent produire »²⁷¹, du respect de la proportionnalité des actes de procédure et des moyens de preuve²⁷², de la nécessité d'une meilleure considération des coûts anticipés²⁷³, d'une plus saine gestion de l'instance²⁷⁴, etc.

²⁷¹ Art. 20 C.p.c.

²⁷² Art. 18 C.p.c.

²⁷³ Art. 18 et 148 C.p.c.

²⁷⁴ Art. 9 et 19 C.p.c.

Par l'arrêt *Hryniak*, la Cour suprême du Canada reconnaissait il y a quelques années la nécessité d'imposer un virage culturel pour « créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile »²⁷⁵ :

Ce virage implique que l'on simplifie les procédures préalables au procès et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L'équilibre entre la procédure et l'accès à la justice qu'établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables.²⁷⁶

Nous sommes d'avis que pour faciliter ce changement de culture, une stratégie doit être privilégiée qui vise à **inciter les parties à mener leur dossier promptement, et les tribunaux à continuer de gérer activement les dossiers d'action collective**, d'abord pour réduire les délais. Il faut se réjouir des nouvelles directives de la Cour supérieure de Montréal, en vigueur au 1^{er} mai 2019, mentionnent la création du Projet-pilote du Groupe des 10 juges de la Cour, au sein d'une Chambre des actions collectives restructurée²⁷⁷. Ces directives mettent en place un système de restrictions au nombre de pages maximal de représentations écrites au support des moyens préliminaires, dont les demandes pour permission de présenter une preuve appropriée²⁷⁸. De plus, le juge en charge du dossier peut proposer aux parties de rendre jugement sur ces moyens sur la base des représentations écrites, et ce, sans audition²⁷⁹. Enfin, sauf circonstances qui le justifient, la demande d'autorisation d'exercer une action collective est entendue dans l'année suivant son dépôt²⁸⁰. Ces mesures sont sans conteste résolument favorables à l'exercice efficace et rapide de l'action collective.

²⁷⁵ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 2.

²⁷⁶ *Id.*

²⁷⁷ Ces directives sont disponibles en ligne à http://www.tribunaux.qc.ca/mjq_en/c-superieure/avis/pdf/Directives%20du%20District%20de%20Montr%C3%A9al.pdf. Les articles pertinents au projet-pilote se lisent comme suit :

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

227. Ce juge assure la gestion particulière de l'instance et entend toute la procédure relative à la demande d'autorisation d'exercer l'action collective et en dispose.

Voir aussi : COUR SUPÉRIEURE DE MONTRÉAL, Chambre des actions collectives, Plan de transition vers une équipe restreinte à la Chambres des actions collectives-Montréal, nov. 2017; Karine JOIZIL et Katerina KOSTOPOULOS, « Les premiers enseignements de la nouvelle Chambre des actions collectives : quelles leçons en tirer ? », dans Service de la qualité de la profession, Barreau du Québec, Colloque national sur l'action collective – Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis (2019), vol. 455, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 277, à la p. 306.

²⁷⁸ *Id.*, Directive 228.

²⁷⁹ *Id.*, Directive 229.

²⁸⁰ *Id.*, Directive 231.

Il est utile de souligner que les **données** du Laboratoire montrent que des 28 dossiers du District de Montréal dans lesquels un jugement d'autorisation a été rendu entre juin 2017 et juin 2019, neuf ont reçu un **jugement d'autorisation en moins d'un an** (et 6 d'entre eux avaient été déposés en 2018). Ces résultats témoignent de l'efficacité de la nouvelle manière d'administrer les dossiers d'action collective mise en place depuis septembre 2018.

Nous sommes d'avis qu'au-delà de ces nouvelles mesures, il y a lieu d'**encourager les pratiques suivantes** :

- Favoriser des protocoles d'instances présentant des **dates et échéances rapprochées**, de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation (incluant : refuser un report de date d'audition due à l'absence de l'un des avocats au dossier);
- Encourager les parties à **travailler ensemble** à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels;
- Encourager les tribunaux à **refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu**. Nous sommes d'avis que pour bien apprécier la valeur d'un règlement pour les membres, et le caractère « raisonnable » de la transaction pour ces derniers, il faut avoir effectué un travail d'analyse significatif de la preuve essentiellement documentaire fournie en toute transparence et bonne foi par les parties à la transaction;
- Encourager les parties à **discuter de la résolution à l'amiable du dossier**. Évidemment, cette mesure fait déjà partie de l'obligation de considération prévue au Code à l'article 1(3), mais l'obligation prend une nouvelle dimension compte tenu du représentant, de la présence « absente » de membres, et du caractère entrepreneurial de l'action. Nous restons sceptiques quant aux possibilités de forcer plus avant les parties à tenter de régler dans le contexte d'une pratique de style « entrepreneurial » offrant de si grandes potentialités de gains;
- Encourager les juges à **exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive**²⁸¹;
- Continuer à adopter une **approche restrictive à la preuve** permise à l'autorisation; et
- Réfléchir à une transition éventuelle vers une pratique des actions collectives dématérialisée. Nous croyons, de fait, que l'action collective comme domaine de pratique et comme procédure se prêterait particulièrement bien à un projet-pilote sur l'action collective « sans papier » [à revoir plus précisément en contexte « post-Covid »].

²⁸¹ C. PICHÉ, *Fairness in Class Action Settlements*, Toronto, Carswell, 2011, Ch. II sur le rôle du juge.

B. Ajouter un critère de proportionnalité ou d'opportunité au mécanisme d'autorisation

Au cours de nos discussions préliminaires avec le MJQ, il fut également question de l'étape de l'autorisation et de **l'ajout d'un cinquième critère de proportionnalité, d'opportunité, ou éventuellement de *préférabilité*** du recours. Nous avons considéré cette (ces) possibilité(s), et dans ce contexte, nous avons d'abord tenté de déterminer si des recours largement considérés comme des « échecs », examinés dans le cadre d'autres projets de recherche du Laboratoire, auraient pu être décidés autrement si la proportionnalité faisait officiellement partie du test d'autorisation. Les dossiers considérés très largement comme des « échecs », dans la banque de données du Laboratoire sont des dossiers où, notamment : 1) les membres reçoivent une compensation moindre ou nulle; 2) le recouvrement est individuel et personne ne réclame d'indemnisation; 3) le défendeur a déjà mis en place un processus de compensation hors action collective; ou encore 4) le coût des expertises est très élevé – voire prohibitif. Dans ces dossiers préalablement autorisés, nous avons tenté de voir si la considération d'un critère additionnel de proportionnalité à l'autorisation aurait changé la donne et empêché les dossiers de passer la barre de l'autorisation. Or, ces dossiers fortement ficelés auraient probablement été autorisés, compte tenu du critère peu exigeant et hautement subjectif d'apparence de droit applicable à l'autorisation.

L'article 18 C.p.c. codifie le principe de proportionnalité, applicable à tous les types de procédure, incluant l'action collective. Les tribunaux ont toutefois expliqué qu'il ne fallait pas considérer la proportionnalité comme un critère distinct d'autorisation, quoiqu'ils en tiennent compte dans l'appréciation des critères d'autorisation plus largement. Nous avons vu que la proportionnalité sert à encourager l'autorisation et non à la refuser. De plus, la proportionnalité est présentement utilisée par les tribunaux dans la gestion de l'action collective, mais elle pourrait l'être davantage, plus systématiquement, ou encore à meilleur escient. Nous remarquons, en fait, que les tribunaux n'examinent pas formellement le caractère approprié ou opportun du recours, même si cet examen reste implicite aux critères d'autorisation²⁸².

En cas de doute, l'autorisation est généralement accordée. Le standard ou test d'autorisation reste, au fil des ans et de la jurisprudence, franchement peu élevé. La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph* **oppose deux visions du mécanisme d'autorisation** : une première – celle de la majorité – voulant que l'autorisation ne vise principalement qu'à filtrer les demandes d'autorisation et à écarter celles frivoles ou manifestement mal fondées²⁸³, et une

²⁸² Voir un avis similaire, Daniel JUTRAS, « A propos de l'opportunité du recours collectif », dans Colloque sur les recours collectifs, Montréal, Association du Barreau Canadien, 2007, p. 7-30.

²⁸³ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, préc., note 3, par. 7-8 et 56, 109-111. Voir aussi *Infineon Technologies c. Option consommateurs*, préc., note 14: « le tribunal, dans sa fonction de filtrage, écarte simplement les demandes frivoles », et ce, afin « de s'assurer que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables » : par. 61; voir aussi par. 125 (« le juge saisi de la requête en autorisation se trouve investi

deuxième – celle de la dissidence – voulant que le filtrage s’opère à travers l’examen des quatre critères d’autorisation²⁸⁴. Pour la majorité, sous la plume du juge Brown, l’autorisation vise à filtrer les demandes et à écarter celles qui n’ont pas lieu d’être parce qu’elles sont frivoles ou mal fondées. Pour la juge Côté, en dissidence, l’autorisation passe par l’examen des quatre critères et le filtrage n’est qu’un objectif parmi d’autres de l’autorisation. Aucune mention n’est faite du principe de proportionnalité²⁸⁵.

Il est vrai que les **critères d’autorisation ont chacun des objectifs plutôt clairs**, discutés ci-haut, de s’assurer d’un fondement au recours (575(2) C.p.c.) et de protection des intérêts des membres (575(4) C.p.c.). Les critères de 575(1) et (3) C.p.c., en quelque sorte, sont des tests d’opportunité²⁸⁶: l’action collective est-elle opportune, compte tenu des questions à aborder en commun, et compte tenu des autres formes procédurales possibles? Ainsi, on considère l’opportunité d’agir de manière collective à l’autorisation, mais cette considération reste bien implicite. Nulle part n’est-il fait mention explicite de proportionnalité au sein du Titre III du Livre VI régissant « Les règles particulières » sur l’action collective.

A priori, l’analyse plus formelle de la proportionnalité ou de l’opportunité à l’étape de l’autorisation pourrait **permettre un meilleur filtrage des dossiers** qui procèdent de manière collective²⁸⁷. Certaines actions collectives peuvent monopoliser une grande quantité de ressources des tribunaux (pensons notamment au dossier du tabac, où plusieurs centaines de jours d’audience ont été nécessaires), retardant d’autant les autres dossiers actifs. Dans un contexte où les ressources du système de justice restent limitées, et les délais importants, un critère de proportionnalité ou d’opportunité pourrait permettre d’assurer que ces ressources soient utilisées à bon escient. D’ailleurs, la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Dutton* paraissait favorable à l’idée de **considérer une approche coûts-bénéfices** dans l’action collective avant de l’autoriser, et ce, même si les critères d’autorisation sont remplis :

Quand les conditions nécessaires à un recours collectif sont remplies, le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de l’interdire pour des raisons défavorables de manière libérale et souple, comme les anciens tribunaux d’*equity*. Le tribunal devrait prendre en considération les avantages que le recours collectif offre dans les circonstances de l’affaire ainsi que des injustices qu’il peut

du rôle d’écarter les causes frivoles ») et par. 150 (« l’étape de l’autorisation vise uniquement à écarter les demandes frivoles »).

²⁸⁴ *Id.*, par. 206 (« le rôle du juge d’autorisation ne se limite pas à filtrer les demandes frivoles ou manifestement mal fondées. Écarter de telles demandes constitue certes l’un des objectifs du processus d’autorisation, mais il ne s’agit pas du critère retenu par le législateur »).

²⁸⁵ Voir Alexandra BELLEY-MCKINNON, “Les espoirs brisés du principe de proportionnalité”, (2016) 11(2) *Can. Class Actions Rev.* 167.

²⁸⁶ Voir D. JUTRAS, préc., note 284.

²⁸⁷ Voir C. PICHÉ, *Fourth Dimension*, préc., note 192.

provoquer. En fin de compte, le tribunal doit concilier efficacité et équité.²⁸⁸

Par contre, **la proportionnalité et même l'opportunité peuvent entrer en conflit avec l'accès à la justice et la dissuasion des comportements**, deux objectifs également fondamentaux de l'action collective. C'est parfois lorsqu'il semble moins « proportionnel » ou « opportun » d'autoriser un dossier en raison de la faiblesse des montants en jeu ou de la preuve nécessaire que l'action collective permet un réel accès à la justice pour les membres et une dissuasion des comportements fautifs. En effet, si les montants sont trop faibles ou la preuve trop importante pour une action collective, que penser du cas de l'action individuelle! En outre, en ajoutant un critère de proportionnalité ou d'opportunité, le législateur ferait le choix de prioriser, dans certaines instances, l'allocation efficace des ressources de la justice en relation avec les deux autres objectifs de l'action collective. Ce choix ne nous paraît légitime que dans des cas isolés. L'objectif d'économie des ressources ne doit jamais empêcher l'action collective de jouer son rôle de facilitation de l'accès à la justice.

De plus, en pratique, si une analyse de la proportionnalité ou de l'opportunité de l'action collective devenait nécessaire, elle s'effectuerait à la lumière des allégations contenues dans la demande en autorisation, lesquelles seraient tenues pour avérées. Or, dans bien des cas, les avocats en demande présentent en début d'instance des avantages gonflés de l'action collective pour les membres du groupe. On peut penser aux sommes réclamées qui dépassent le préjudice réellement subi et aux demandes systématiques de dommages punitifs²⁸⁹. La tentation serait grande pour les tribunaux de s'immiscer dans le fond du litige pour tenir compte des chances de succès du recours, des montants qui pourraient effectivement être obtenus, etc. Or, pour être efficiente et rapidement conclue, l'autorisation ne comprend pas d'analyse du mérite ou du bien-fondé de l'affaire²⁹⁰.

Il nous semble que même si un critère de proportionnalité ou d'opportunité était officiellement codifié au sein des dispositions sur l'action collective, il ne permettrait peut-être qu'à discréditer les très rares cas où la disproportion entre les demandes et les ressources monopolisées par le dossier sautent aux yeux. Nous osons postuler qu'il agirait toutefois comme un filtre des demandes. Pour cette raison, il serait préférable de codifier un tel principe que de laisser les tribunaux interpréter l'étendue du principe ainsi que son applicabilité à chaque dossier²⁹¹.

Nous proposons donc de codifier **un principe de proportionnalité intégré au Titre III du Livre VI sur l'action collective**, lequel principe serait applicable soit à toutes les étapes de l'action collective, soit uniquement à la gestion d'instance du dossier d'action collective. L'ajout d'un alinéa à l'article 571 qui indiquerait que « le tribunal doit tenir compte de la proportionnalité

²⁸⁸ Voir *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, préc., note 11, par. 44.

²⁸⁹ Le dossier *St-Pierre c. Meubles Léon Ltée*, [500-06-000207-031], en est un bon exemple.

²⁹⁰ Voir *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, préc., note 59.

²⁹¹ Pour une idée similaire, voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DE L'ONTARIO, Report on Class Actions, 1982, en ligne à <https://archive.org/details/reportonclassact02onta/page/400>, p. 401.

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

Alternativement, nous suggérons **d'ajouter formellement la proportionnalité comme cinquième critère d'autorisation**, même si cela est contraire à toute une lignée de jurisprudence québécoise confirmée (incluant celle de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*).

C. Intégrer l'autorisation à l'instance principale

Une prochaine proposition beaucoup plus drastique viserait à **supprimer l'actuelle étape préliminaire d'autorisation en intégrant certains de ses éléments à l'instance**. Ainsi, une action collective pourrait être intentée directement par le dépôt d'une demande introductive d'instance²⁹². Le critère de représentation adéquate des membres pourrait faire l'objet d'une procédure non contradictoire dès les premiers moments de l'action collective, alors que le juge rencontrerait le représentant sans la présence de la partie adverse.

Sans prendre la forme d'une autorisation distincte de l'instance, l'organisation du recours par le biais de la définition du groupe visé et l'évaluation des critères des questions communes et de la composition du groupe pourraient *a priori* s'effectuer au cours d'une conférence de gestion suite au dépôt de la demande introductive d'instance, à l'occasion de laquelle le juge pourrait par exemple scinder l'instance pour trancher une question préliminaire²⁹³. Le critère d'apparence de droit serait abandonné et la partie défenderesse pourrait tout de même faire valoir ses droits par le biais d'un moyen d'irrecevabilité²⁹⁴. L'absence d'une autorisation distincte permettrait d'entendre plus efficacement les moyens préliminaires et éviterait de répéter l'analyse des mêmes questions. Les délais associés à l'initiation de l'action collective seraient nécessairement raccourcis significativement.

Cette forme donnée à l'action collective fait penser à la procédure australienne selon laquelle l'action collective peut, *a priori*, aller de l'avant, sauf si elle est « décertifiée »²⁹⁵. L'expérience

²⁹² Voir V. AIMAR, préc., note 34, p. 94, laquelle a présenté une proposition plus embryonnaire.

²⁹³ *Id.*, p. 97-98.

²⁹⁴ *Id.*, p. 95-97.

²⁹⁵ MORABITO, Regimes, préc., note 107, p. 587. La procédure d'action collective en Australie peut être décertifiée notamment si la défenderesse montre que les coûts nécessaires de l'identification des membres du groupe et de la distribution des montants seraient excessifs compte tenu du montant total. Elle peut l'être également s'il est dans l'intérêt de la justice de le faire, notamment parce que :

« (a) the costs that would be incurred if the proceeding were to continue as a representative proceeding are likely to exceed the costs that would be incurred if each group member conducted a separate proceeding; or

australienne éclaire d'ailleurs quant à l'économie de temps que l'absence d'une autorisation peut entraîner. Le professeur Vince Morabito calcule que, de 1992 à 2016, les actions collectives australiennes conclues par une transaction se sont résolues en 978 jours, soit 2 ans et 248 jours²⁹⁶. Ce délai est beaucoup plus court que le délai moyen de 6 ans et 327 jours requis au Québec pour conclure une transaction lorsque le dossier passe par l'étape du jugement d'autorisation, et même à celui requis pour conclure une transaction avant l'autorisation au Québec (3 ans et 125 jours)²⁹⁷.

Nous considérons que les critères de questions identiques, similaires ou connexes et de la représentation adéquate forment le cœur de l'autorisation collective et qu'ils sont essentiels à son bon fonctionnement²⁹⁸. La protection des membres du groupe passe par la désignation d'un représentant compétent, capable de défendre les intérêts des membres et qui n'est pas en conflit d'intérêts. Le tribunal doit décider tel le protecteur des membres du groupe qu'il est. Sans une procédure contradictoire, il risque de ne pas posséder tous les éléments de fait et de preuve en mains pour décider. Par exemple, un représentant qui se trouve en conflit d'intérêts ne révélera pas nécessairement ce conflit. Si le tribunal n'a pas droit aux arguments de l'autre partie, sa décision pourrait être contraire à l'intérêt des membres.

Pour ces raisons, nous ne croyons pas qu'une conférence de gestion soit la procédure appropriée pour déterminer de la représentation adéquate, ou encore pour décider s'il existe des questions identiques, similaires et communes. Ces critères d'autorisation ont des objectifs qui dépassent la simple organisation du recours : ils visent à s'assurer à un stade préliminaire que le litige puisse bel et bien emprunter une forme collective. Ainsi, la nature de ces critères s'oppose à en faire un simple sujet de gestion par le tribunal.

Il faut bien rappeler que dans l'action collective, le représentant agit sans mandat des membres du groupe qu'il cherche à défendre, à l'encontre du principe « nul ne plaide pour autrui ». C'est l'autorisation du tribunal qui confère au représentant un pouvoir de représentation et lui permettra de lier les membres dits « absents » à jugement ou à transaction. Ce mandat judiciaire confié au représentant doit passer par un processus d'approbation judiciaire significatif.

Notre proposition consiste donc à **débuter l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation**. La procédure

(b) all the relief sought can be obtained by means of a proceeding other than a representative proceeding under this Part; or

(c) the representative proceeding will not provide an efficient and effective means of dealing with the claims of group members; or

(d) it is otherwise inappropriate that the claims be pursued by means of a representative proceeding. »

²⁹⁶ Vince MORABITO, « An Empirical Study of Australia's Class Action Regime », Fifth Report, *The First Twenty-Five Years of Class Actions in Australia*, juillet 2017, disponible en ligne : <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Morabito_Fifth_Report.pdf>

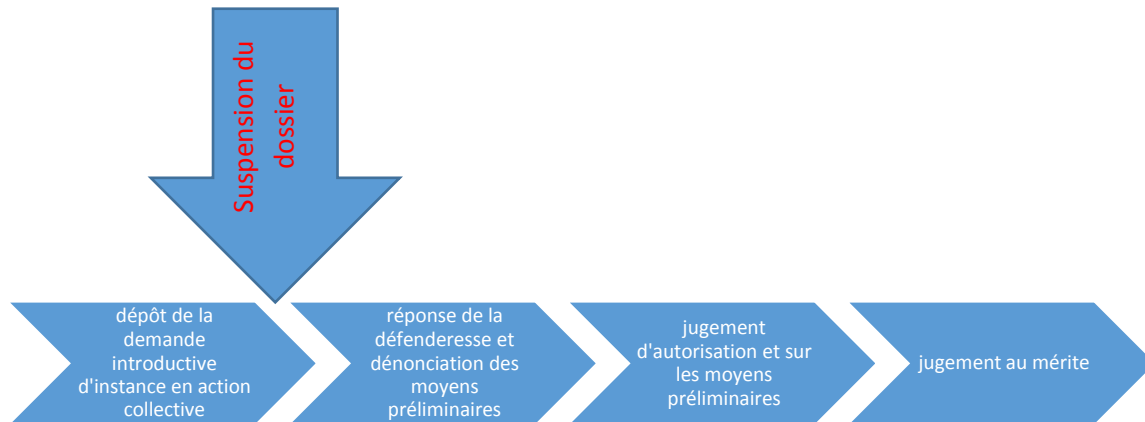
(consulté le 1er mai 2019), p. 31. Voir aussi David BARDA, « Class actions: The flood that never came », (2018) 43(3) *Alternative Law Journal* 171.

²⁹⁷ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, Chapitre II, section 5.1.

²⁹⁸ *Id.*, Chapitre II, section 5.2.

d'autorisation québécoise suivrait donc la structure suivante : (1) dépôt de la demande introductive d'instance, (2) réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité, (3) jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité, et (4) jugement au mérite.

Tableau VI – Schéma illustrant notre proposition



Selon notre proposition, **après le dépôt initial de la demande introductive d'instance en action collective, l'action serait suspendue en l'attente d'un jugement d'autorisation.** Cette suspension protégerait le système de justice et la partie défenderesse contre un recours qui ne devrait pas emprunter une forme collective comme le fait présentement l'autorisation; or, ce n'est qu'une fois l'autorisation accordée par le tribunal que l'instance pourrait véritablement se mettre en marche. La demande introductive d'instance devrait contenir non seulement des allégations par rapport aux critères d'autorisation, mais aussi certaines relatives au fond du litige²⁹⁹. Après le jugement d'autorisation, les parties seraient immédiatement prêtes à débiter l'instance au mérite.

L'autorisation serait réquisitionnée par le biais d'une **demande d'audience en autorisation**. Elle serait accordée par le tribunal dans la mesure où trois critères seulement sont respectés : (1) les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes, (2) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance et (3) le membre auquel [le tribunal] entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une

²⁹⁹ Cela changerait évidemment l'état du droit drastiquement sur le plan de la non-considération du mérite au stade préliminaire de l'action collective.

représentation adéquate des membres. Un droit d'appel serait prévu, identique à celui existant déjà au stade de l'autorisation au Québec³⁰⁰.

Nous proposons donc de **reprendre les critères de l'art. 575 C.p.c., à l'exception du second sur l'apparence de droit**, soit le critère voulant que les faits allégués ne paraissent justifier les conclusions recherchées. Ainsi, l'objectif de protection de la partie défenderesse d'un recours *de minimis* ou abusif serait plutôt rempli par le véhicule de la demande en rejet suivant l'article 168 al. 2 C.p.c., ou de la demande en vertu de l'art. 54.1ss. C.p.c. Le fardeau de cette demande serait ainsi porté par la partie défenderesse.

Quant aux moyens préliminaires, ils seraient dénoncés par écrit, conformément à l'article 166 C.p.c. (idéalement quelques jours avant la conférence de gestion) et seraient entendus avec l'autorisation. Une même procédure pourrait cumuler des conclusions visant tout à la fois l'irrecevabilité de la requête parce que non fondée et des conclusions en rejet parce que manifestement mal fondée, frivole, dilatoire ou abusive, en vertu des articles 54.1 et ss. C.p.c.

Une **procédure de jugement sommaire** pourrait également être envisagée, similaire ou identique à celle des provinces de *common law*, et certainement dans le cadre d'une réforme plus complète du *Code de procédure civile* (afin d'être éventuellement rendue applicable à tous les litiges, incluant ceux d'action collective). Cette procédure a d'ailleurs été reconnue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin* comme étant une manière moins coûteuse et tout aussi légitime de résoudre les litiges³⁰¹. La plus haute Cour au pays y explique que la requête en jugement sommaire doit être accueillie dans tous les cas où il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, lorsque le tribunal est en mesure de statuer justement et équitablement. Cela sera le cas lorsque la procédure permet au juge de tirer les conclusions de faits nécessaires, d'appliquer les règles de droit aux faits, et lorsqu'elle constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste³⁰².

Ainsi, la partie requérante qui présenterait une requête en jugement sommaire devrait produire une preuve démontrant que ses prétentions paraissent de prime abord fondées et donnent ouverture à un jugement sommaire. Lorsqu'il serait établi que, de prime abord, elle a droit à la mesure demandée, l'intimé(e) devrait convaincre le tribunal qu'il existe une question qui doit être tranchée dans un procès, par le biais d'un dossier de réponse³⁰³. Il devrait s'agir d'une question susceptible de faire l'objet d'un débat judiciaire et qui puisse raisonnablement aboutir à un jugement favorable à l'intimé(e). De même, une preuve suffisante devrait exister qui puisse permettre au tribunal de conclure que le dossier a une chance réelle de succès. Ce jugement sommaire serait rendu éventuellement de manière concurrente à la décision d'autorisation.

Nous voyons un avantage au jugement sommaire par rapport aux moyens préliminaires en ce qu'il permet aux parties de tenir un débat contradictoire sur la question du fondement en droit,

³⁰⁰ En fait, compte tenu des délais importants associés au droit d'appel réformé depuis 2016, nous pensons qu'il serait approprié de discuter d'une manière d'alléger cette procédure.

³⁰¹ 2014 CSC 7.

³⁰² *Id.*

³⁰³ Voir par exemple l'article 213 des *Règles des cours fédérales*, DORS/98-106.

par rapport aux moyens préliminaires qui impliquent de tenir les faits pour avérés sans contestation et créent ainsi un déséquilibre entre les parties en ne permettant pas que la question soit débattue.

Suivant notre proposition, **la réponse de la partie défenderesse** porterait sur le fond du litige et sur les critères d'autorisation et devrait être accompagnée d'une dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité que celle-ci entend soulever. Ces moyens sont prévus à l'article 168 C.p.c. À partir de cette dénonciation des moyens d'irrecevabilité, le juge assigné pourrait assurer une gestion plus serrée du recours. L'audition de l'autorisation et des autres moyens d'irrecevabilité pourrait être combinée, comme le proposait la juge Savard dans l'arrêt *Whirpool*. Non seulement le nombre d'audiences serait réduit, mais en plus, l'audition du dossier au mérite pourrait se faire dès que l'autorisation est accordée. Les délais, de surcroît, seraient drastiquement réduits.

Puisque l'autorisation n'inclurait aucun critère relatif à l'apparence de droit, il faut s'attendre à ce **que les défenderesses soumettent de façon systématique une demande en irrecevabilité et/ou en rejet** basée sur le 2^e alinéa de l'art. 168 C.p.c. (la demande n'est pas fondée en droit quoique les faits allégués puissent être vrais) ou encore sur les articles 54.1ss. C.p.c. Bien que le second critère d'autorisation et ce moyen d'irrecevabilité portent tous deux sur l'apparence de droit, leur analyse diffère légèrement. En effet, dans une demande suivant l'art. 168 al. 2 C.p.c., le juge doit trancher une question de droit (cette demande est déposée après l'autorisation), alors que l'autorisation requiert une évaluation sommaire de l'apparence de droit. Notre proposition permettrait somme toute d'écarter plus tôt et rapidement les dossiers dits *de minimis*, frivoles ou mal fondés en droit en tranchant les moyens préliminaires à un stade antérieur. De même, elle permettrait d'éviter de procéder à une analyse quasi-identique à deux moments dans l'instance.

Reste la question de **l'appel** d'une décision sur le moyen d'irrecevabilité (ou encore sur l'abus de procédures). En effet, généralement parlant, le rejet d'une requête en irrecevabilité fondée sur l'article 168 al. 2 C.p.c. n'est pas susceptible d'appel, sauf dans certains rares et restreints (compétence, litispendance ou chose jugée, présence d'une question de droit nouvelle qu'il faut résoudre immédiatement dans l'intérêt public ou dans celui du système de justice)³⁰⁴. Le fait d'invoquer la saine gestion d'instance ou encore la proportionnalité ou les coûts ne crée pas d'exception à cette interprétation et à cette pratique³⁰⁵. Les acteurs du système pourront être mal à l'aise de voir ce droit d'appel restreint. Il faudrait donc discuter de ce point important lors de l'élaboration d'une telle réforme. Par ailleurs, il faut garder en tête que le principe de prudence continue de s'appliquer à cette demande invoquant l'irrecevabilité, et que tout doute est interprété en faveur de continuer l'instance³⁰⁶. Autant que faire se peut, il ne faut pas mettre fin

³⁰⁴ *McLeish c. Agence du revenu du Québec*, 2018 QCCA 956. Le rejet d'une requête en irrecevabilité, à ce stade préliminaire, ne décide pas du litige, même partiellement, et n'est pas de nature à causer un préjudice irrémédiable, qu'il s'agisse d'un préjudice à l'instance au sens de l'affaire *Elitis Pharma inc. c. RX Job inc.* 2012 QCCA 1348 ou d'un préjudice à la partie comme telle.

³⁰⁵ *Id.*

³⁰⁶ *Fanous c. Gauthier*, 2018 QCCA 293.

prématurément au litige³⁰⁷. Quant à l'appel d'un jugement sommaire, quoique nous n'ayons pas effectué une recherche exhaustive sur le sujet, il nous apparaît que ce jugement serait considéré comme final et susceptible d'appel aux conditions ordinaires.

Par ailleurs, une proposition alternative consisterait à permettre, à l'étape de l'autorisation, à la partie défenderesse de soumettre une demande en irrecevabilité au cas où la demande ne respectait pas la règle de la proportionnalité. Cette demande serait entendue en même temps que l'autorisation. Il pourrait être prévu qu'une telle demande ne s'applique qu'aux cas exceptionnels où la « disproportion » des avantages anticipés au recours est flagrante par rapport à ses coûts.

D. Resserrer le processus d'approbation des honoraires

L'action collective a le vent dans les voiles au Québec et la question des honoraires est à l'avant-scène des préoccupations quant à la légitimité de ce type d'action. Certains se demandent si l'action collective n'est pas devenue une sorte de « chasse-galerie », pour reprendre la légende de la chasse fantastique³⁰⁸. De fait, l'action collective, par sa forme atypique, et ses forces rémunératrices, est susceptible de générer des conflits d'intérêts. Le caractère entrepreneurial serait un mal nécessaire, selon la Cour d'appel du Québec³⁰⁹. Il permettrait d'assurer l'accès à la justice dans l'action collective en incitant les avocats à intenter de nouveaux dossiers. Les éventuels dérapages des avocats devraient – en théorie – être contrôlés par les tribunaux par le processus d'approbation des honoraires en vertu d'un standard de « raisonabilité », mais est-ce bien le cas? Nous sommes d'avis que le processus d'appréciation du caractère « raisonable » des honoraires, en tout respect, est conduit de manière inégale.

L'avocat a-t-il un devoir envers la société, de ne pas « trop » profiter d'un système généreux, et envers l'administration publique, éventuellement, du fait que plusieurs dossiers touchent désormais et plus que jamais des questions d'intérêt public³¹⁰? À quel moment les honoraires deviennent-ils « trop » élevés? Quelle est la valeur du travail de l'avocat dans ce contexte? Certains types de dossiers « valent »-ils plus que d'autres, à cet égard? Ce sont là plusieurs questions auxquelles nous n'avons pas nécessairement de réponses.

La question des honoraires et des systèmes de rémunération des avocats est complexe, considérant l'équilibre fragile entre le risque économique vécu et les bénéfices en jeu. De fait, l'avocat pourrait perdre le fruit de ses efforts si son dossier est rejeté, et ainsi ne pas être rémunéré. Par contre, par appât d'un gain souvent considérable, l'avocat sera incité à intenter l'action collective sur le plan économique. Pour obtenir un accès à la justice par le biais de

³⁰⁷ *Pharmesspoir inc. c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, 2015 QCCA 1154.

³⁰⁸ Nous reprenons ici les termes utilisés par le professeur Daniel Jutras à l'occasion d'une conférence prononcée à la Faculté de droit de McGill le 27 février 2019.

³⁰⁹ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, préc., note 43.

³¹⁰ Il suffit de penser à toutes ces actions intentées pour des dommages environnementaux de masse, des actions invoquant des abus sexuels, contre des institutions gouvernementales ou autres, dans le cadre du mouvement « me too », ou encore à ces dossiers de discrimination systémique tel celui intenté par des membres de l'armée canadienne...

l'action collective, il faut travailler les incitatifs aux avocats à déposer non seulement de nouveaux dossiers, mais de « meilleurs » dossiers, bien fondés bien sûr, mais surtout, de meilleure qualité. Il faut aussi développer les incitatifs pour les pousser à être plus efficaces et à mener leurs dossiers de la manière la plus proportionnelle possible.

Plusieurs pistes de solutions sont possibles. D'abord et avant tout, il faut rappeler que le tribunal qui examine une demande d'approbation d'honoraires doit tenir compte de l'image de la profession, afin que celle-ci ne soit pas susceptible de refléter un caractère de lucre et de commercialité³¹¹. L'avocat, pour sa part, ne doit pas accepter ou même demander d'honoraires exorbitants ou déraisonnables³¹².

Une première série de changements pourrait toucher à la procédure d'approbation et aux critères considérés par les tribunaux à cette étape. Nous avons conclu de la vaste étude au Laboratoire qu'il était avantageux pour les membres (sur le plan de la compensation obtenue) de voir l'action collective se conclure rapidement. De fait, au-delà des frais d'avocats moindres associés à un dossier réglé plus rapidement, les taux de distribution et de recouvrement sont plus élevés lorsque l'action se conclut dans un délai moindre. Ainsi, nous sommes d'avis qu'il faut travailler les incitatifs des avocats à procéder de manière plus efficace, dans des délais rapprochés.

Or, les taux horaires et les honoraires conditionnels ne sont pas nécessairement incitatifs de célérité. Ainsi, hormis la proposition drastique d'éliminer les honoraires conditionnels³¹³, qui ne peut réellement être envisagée pour des raisons évidentes³¹⁴, une première proposition serait de **fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclue**. Ainsi, les honoraires seraient moindres pour le dossier conclu au stade de l'autorisation par voie de transaction que pour celui se concluant subséquemment, ou encore pour celui se concluant au mérite. Il faut remarquer que plusieurs ententes d'honoraires présentent de tels paliers d'honoraires avec des pourcentages distincts selon les étapes du dossier. En outre, les honoraires devraient correspondre à la valeur des services rendus, alors qu'ils n'y correspondent pas toujours. Or, pour palier au risque que l'avocat se trouve en conflit d'intérêts et préfère poursuivre le dossier que de le régler, dans l'espoir d'obtenir de plus généreux honoraires, il pourrait être envisagé de favoriser les conventions d'honoraires à pourcentage inversement proportionnel au montant obtenu, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier. Cette solution est fréquemment envisagée par les tribunaux³¹⁵.

³¹¹ Art. 7 C.d.a.; *Terreault c. Bigras*, 2005 QCCA 1243.

³¹² Art. 101 C.d.a.

³¹³ John J. CAMP, « Avoiding Pitfalls and Potential Conflicts in Negotiating Class Counsel Fees and Obtaining Court Approval », (2006) 3 Can. Class Action Rev. 277, p. 283.

³¹⁴ On peut penser à la situation du Québec au sein du Canada et au fait que la pratique des honoraires conditionnels est fermement ancrée dans les mœurs au Canada.

³¹⁵ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200, par. 108-109.

Par ailleurs, certains auteurs ont parlé d'instaurer un **plafonnement aux honoraires**, lequel réduirait le risque qu'ils puissent être extravagants, tout en offrant une meilleure prévisibilité pour les membres qui verraient limité le risque de fluctuation du nombre d'heures facturées au dossier³¹⁶. Or, nous avons mentionné ci-haut que les tribunaux ont déjà usé d'un pouvoir de restreindre les honoraires en les réduisant à l'occasion. À quoi bon alors les plafonner dès le départ? Ce plafonnement pourrait risquer de compromettre le règlement des actions collectives au meilleur intérêt possible des membres³¹⁷. Une présomption de validité pourrait aussi être appliquée, comme en Ontario, aux dossiers ne se qualifiant pas de méga-dossiers (plus de 100 millions de dollars de valeur)³¹⁸.

Il pourrait aussi être envisageable de ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer l'accomplissement de la procédure de distributions aux membres, **en fonction du « succès » relatif de l'étape du recouvrement**. Ainsi, le tribunal pourrait valider l'efficacité de l'action collective et s'assurer de l'indemnisation effective des membres. Un prélèvement pourrait être pris à même les indemnités individuelles perçues par les membres. Des honoraires réduits pourraient être attribués, avec possibilité d'autoriser le paiement d'un solde à la conclusion de l'étape du recouvrement. Cette proposition aurait pour avantage de mieux accorder les intérêts des avocats en demande avec ceux des membres. Par contre, nous reconnaissons que le recouvrement et son succès ne sont pas toujours fonction des avocats en demande. Des facteurs externes contribuent très souvent à rendre la tâche des distributions plus ardue que prévue, tels la valeur des réclamations, le désintérêt des membres, un déménagement, ou encore d'autres facteurs extrinsèques.

Or, il faut mentionner le cas du **recouvrement individuel** qui permet une distribution aux membres quand le montant total ne peut être établi de façon suffisamment précise. Les tribunaux appelés à approuver une demande d'honoraires ne peuvent prédire le nombre de membres qui ira de l'avant et le montant qui leur sera versé : c'est justement en raison de cette impossibilité que le recouvrement individuel aura été choisi. Ils ont donc peu de repères pour jouer efficacement leur rôle de protecteur des membres du groupe. Nous recommandons que dans le cas d'un recouvrement individuel les honoraires ne puissent être approuvés qu'après la distribution. Le tribunal aura ainsi entre les mains toutes les informations pertinentes pour prendre une décision éclairée.

La méthode utilisée par les tribunaux pour apprécier le caractère raisonnable des honoraires est centrée sur les risques et évacue les heures effectivement travaillées. Nous croyons que les tribunaux devraient adopter une **méthode plus systématique qui place le risque encouru et les heures travaillées sur un pied d'égalité**. Nous proposons la méthode suivante.

³¹⁶ J.-P. GROLEAU et G. CHARLEBOIS, préc., note 203.

³¹⁷ *Id.*

³¹⁸ *Brown v Canada (Attorney General)*, 2018 ONSC 3429, par. 46 et s. Guidée par ce principe, la Cour refusa d'approuver le paiement de 75 \$ millions au procureur et a réduit le montant demandé de moitié.

1. D'abord, **la convention d'honoraires doit continuer à être présumée valide**. Cette validité présumée est importante pour les avocats du représentant qui ont besoin d'une certaine prévisibilité pour leurs honoraires. Comme l'a habilement expliqué Yves Lauzon, « [si] leurs attentes légitimes sont aléatoires et incertaines en cas de succès, nombre d'avocats n'accepteraient pas de prendre des mandats impliquant de tels risques. L'accès à l'action collective serait alors compromis. »³¹⁹ Cette prévisibilité nécessaire doit cependant être maintenue uniquement dans la mesure où les honoraires sont raisonnables.
2. Ensuite, le tribunal devrait **vérifier le caractère raisonnable des honoraires en fonction de la méthode du multiplicateur**, qui consiste à mesurer « le nombre d'heures travaillées, multiplié par le taux horaire, multiplié par un facteur pour tenir compte du risque »³²⁰. Si la Cour d'appel du Québec a déjà affirmé en 2018 que cette méthode pouvait être un outil de mesure du caractère raisonnable des honoraires prévus dans la convention³²¹, son utilisation n'est pas encore systématique. La méthode du multiplicateur a comme avantage de jumeler les critères qui doivent selon nous constituer le cœur de la vérification du caractère raisonnable des honoraires, soit le risque encouru et les heures travaillées.
3. Enfin, le tribunal devrait **examiner les autres critères** établis par la jurisprudence. Il pourrait alors évaluer si un écart entre les honoraires prévus à la convention et le montant obtenu grâce à la méthode du multiplicateur se justifie par ces autres critères, comme par exemple le résultat obtenu et la finalité du dossier.

Cette méthode en trois temps permettrait de freiner l'inflation des honoraires des avocats du représentant. Alors que les dossiers d'action collective sont progressivement plus importants en nombre et en valeur, une méthode basée uniquement sur le caractère raisonnable du pourcentage prévu à la convention d'honoraires en fonction des risques encourus perd son sens. La méthode que nous proposons a l'avantage de maintenir une certaine prévisibilité pour les avocats tout en donnant au critère des heures travaillées davantage d'importance. Ainsi, en prévoyant que le tribunal « s'assure, en tenant compte notamment de l'intérêt des membres du groupe, des heures travaillées et du risque pris par l'avocat du représentant, que ses honoraires sont raisonnables », le *Code de procédure civile* clarifierait que les heures travaillées font partie des principaux critères d'évaluation du caractère raisonnable des honoraires.

Plus largement, nous sommes aussi d'avis que les avocats doivent être incités par le tribunal à faire **preuve de la plus grande transparence possible** en ouvrant leurs livres et en divulguant toute information nécessaire relative à leurs honoraires, le tout conformément au *Code de*

³¹⁹ *Le Grand Collectif*, p. 2666.

³²⁰ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200, conf. par *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2018 QCCA 305, par. 87.

³²¹ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2018 QCCA 305, par. 66..

déontologie des avocats, d'ailleurs, et entre autres à son article 116³²². Il serait également approprié de considérer n'accorder qu'une partie seulement des honoraires lorsque la transaction est approuvée ou le jugement rendu, afin de permettre de considérer l'accomplissement de la phase du recouvrement avant de verser le solde³²³.

Le lien entre les heures travaillées et les sommes auxquelles auraient droit les procureurs en fonction d'une entente à pourcentage est parfois ténu. **Pour mieux apprécier le risque encouru**, au-delà du risque de perdre à l'autorisation ou au mérite, il pourrait être utile de considérer, comme l'a déjà fait la Commission de droit de l'Ontario, l'existence de rapports d'enquête qui pourraient fournir des indices de responsabilité de la partie défenderesse, ou encore obtenir l'avis d'un tiers *amicus*³²⁴. L'*amicus* permettrait d'avoir accès au point de vue d'un observateur indépendant. La Cour supérieure a déjà compétence pour nommer un *amicus* en vertu des articles 49 et 25 C.p.c.³²⁵. Et en fait, au Québec et dans les autres provinces canadiennes, il est arrivé qu'un *amicus* soit nommé dans une action collective³²⁶. Nous considérons que cette pratique doit être encouragée puisqu'elle permet de réduire les effets négatifs de l'absence d'un processus contradictoire.

Par ailleurs, nous préconisons l'adoption d'un critère d'appréciation considérant **la mesure dans laquelle l'action collective favorise l'atteinte des finalités de la procédure**³²⁷. Ce critère impliquerait qu'une action à plus grand bénéfice sociétal puisse permettre une plus généreuse compensation des avocats. L'avantage évident d'une telle mesure serait d'inciter les avocats à intenter des recours d'envergure sociale plus importante, tels ceux intentés contre une industrie entière, ceux visant à faire cesser un comportement dommageable sur le plan environnemental, ou encore ceux intentés purement dans l'intérêt public. L'inconvénient reste bien sûr la subjectivité de la chose, soit la difficulté d'identifier les dossiers qui entreraient dans une telle catégorie, sans avoir à entrer en mode « commission d'enquête ». Une autre mesure serait de permettre aux avocats de prouver leur efficacité dans le dossier afin de justifier des honoraires plus élevés³²⁸.

³²² Voir à cet effet *McCarthy v. Canadian Red Cross Society*, (2001), 8 C.P.C. (5th) 341 (Ont. Sup. Ct. J.) (l'avocat en demande a un devoir de soumettre au tribunal un dossier complet de manière à permettre au juge de mieux protéger les membres).

³²³ C. PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, préc., note 34, p. 268.

³²⁴ L'avantage de l'*amicus curiae* est de permettre de créer une distance et de réduire l'apparence de conflits. Par contre, il faut savoir qui retient initialement cet *amicus*, et s'il est un réel « ami de la cour », ou si son indépendance peut être questionnée. La Cour d'appel du Québec accepta la présence d'un tel *amicus* dans l'arrêt *Abihisira c. Johnston*, 2019 QCCA 657. Voir aussi : *Bancroft-Snell v. Visa Canada Corporation*, 2016 ONCA 896, para. 3 et 114, *Waldman v. Thomson Reuters Canada Limited*, 2016 ONSC 2622, par. 2 et s., Vincent DE L'ÉTOILE, « J'ai trouvé un ami... Quel rôle pour l'*amicus* dans l'action collective québécoise? », (2018) 441 Colloque national sur l'action collective : Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis 3, p. 13.

³²⁵ *Id.*, p. 7-8.

³²⁶ *Id.*, p. 12.

³²⁷ J.-P. GROLEAU et G. CHARLEBOIS, préc., note 203.

³²⁸ *Id.*

Enfin, nous sommes d'avis qu'il serait approprié de **scinder l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires**. La procédure d'approbation des honoraires par le tribunal est adaptée aux situations où un jugement au mérite met fin au litige et détermine le montant que doit payer la partie défenderesse. Dans ce contexte, le tribunal peut procéder à la détermination des honoraires séparément, après avoir entendu les arguments des deux parties. Toutefois, la réalité est loin d'être conforme à ce modèle prévu par le législateur. En effet, parmi les dossiers qui se rendent à l'étape de l'approbation des honoraires, 82,45 % ont fait l'objet d'une transaction et non d'un jugement au mérite³²⁹.

Or, lorsque les honoraires des avocats sont prévus à même la transaction, le tribunal ne peut modifier unilatéralement son contenu, et ne peut l'approuver que partiellement. Il peut toutefois faire état, si nécessaire, de ses préoccupations ou de son désaccord sur certains aspects de la transaction et inviter les procureurs à considérer certaines modifications jugées souhaitables ou essentielles à l'approbation³³⁰. Certains juges considèrent désormais qu'ils peuvent réduire les honoraires prévus dans une transaction³³¹. Il en reste que l'inclusion des honoraires dans la transaction à approuver donne lieu à un **risque de conflits d'intérêts** pour les procureurs du groupe qui doivent négocier simultanément leur rémunération et la compensation des membres.

Au final, il demeure **difficile sinon impossible d'imposer une norme objective de rémunération** qui soit juste et raisonnable pour les membres du groupe et satisfaisante pour les avocats. Ainsi, il faut insister sur le fait qu'en l'absence de barème plus concret, le pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'approuver les honoraires reste fonction de leur devoir de gardien et de protecteur des membres du groupe. Des normes claires inspirées des pistes de solutions énoncées seraient, selon nous, essentielles.

³²⁹ Livre, chapitre II, section 5.3.

³³⁰ voir *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200, EYB 2017-275466, confirmé par *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2018 QCCA 305, EYB 2018-291120.

³³¹ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2018 QCCA 305, par. 61 à 63.