

LE RECOURS COLLECTIF

Objectifs, constats, réformes

DOCUMENT DE TRAVAIL • MARS 2018



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

LE RECOURS COLLECTIF

Objectifs, constats, réformes

Document de travail

Mars 2018



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

À PROPOS DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

La Commission du droit de l'Ontario (CDO) est née d'un accord entre la Fondation du droit de l'Ontario, le ministère du Procureur général de l'Ontario, Osgoode Hall Law School, le Barreau de l'Ontario – qui contribuent tous au financement de la CDO – et entre les doyens et doyennes des facultés de droit de l'Ontario. L'Université York lui assure en outre un appui financier et non financier. La CDO est située dans l'immeuble Ignat Kaneff, qui abrite Osgoode Hall Law School, à l'Université York.

La CDO a pour mandat de recommander des mesures de réforme du droit afin d'accroître la pertinence, l'efficacité et l'accessibilité du système juridique, d'améliorer l'administration de la justice en éclaircissant et en simplifiant le droit, de réfléchir à l'utilisation des technologies pour améliorer l'accès à la justice, de stimuler le débat juridique et de soutenir la recherche universitaire. Organisme indépendant, la CDO sélectionne des projets qui intéressent les diverses collectivités ontariennes et les reflètent. Elle s'est engagée à effectuer des recherches et des analyses multidisciplinaires, à formuler des recommandations générales, à collaborer avec d'autres entités, et à consulter les groupes concernés et la population.

RAPPORTS FINAUX DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

Capacité juridique, prise de décision, tutelle (mars 2017)

Simplification des procédures pour les petites successions (août 2015)

La capacité et la représentation aux fins du REEI fédéral (juin 2014)

Examen de la Loi sur le privilège des travailleurs forestiers portant sur leur salaire (septembre 2013)

L'amélioration de l'accès à la justice familiale grâce à des points d'entrée globaux et à l'inclusivité (février 2013)

Travailleurs vulnérables et travail précaire (décembre 2012)

Cadre du droit touchant les personnes handicapées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes handicapées par les lois, les politiques et les pratiques (septembre 2012)

Modules de formation des facultés de droit ontariennes : Cadre d'enseignement permettant d'aborder la violence à l'égard des femmes (août 2012)

Cadre du droit touchant les personnes âgées : Promotion d'une égalité réelle pour les personnes âgées par les lois, les politiques et les pratiques (avril 2012)

Modernisation de la Loi sur les infractions provinciales (août 2011)

Responsabilité solidaire selon la Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario (février 2011)

Partage des régimes de retraite en cas d'échec du mariage (décembre 2008)

Les frais d'encaissement des chèques du gouvernement (novembre 2008)

Commission du droit de l'Ontario

2032, immeuble Ignat Kaneff,
Osgoode Hall Law School, Université York
4700, rue Keele, Toronto (Ontario)
M3J 1P3, Canada

Tél. : 416-650-8406
ATME : 1-877-650-8082
Télécopieur : 416-650-8418
Général : LawCommission@lco-cdo.org
www.lco-cdo.org

Les personnes suivantes ont contribué aux recherches pour le document de travail ou à sa rédaction :

Chercheuses principales

Professeure Jasminka Kalajdzic, Faculté de droit, Université de Windsor

Professeure Catherine Piché, Faculté de droit, Université de Montréal

Personnel de la Commission du droit de l'Ontario

Nye Thomas, directeur exécutif

Fran Carnerie, avocate résidente, détachée du ministère du Procureur général

Amita Vulimiri, avocate chercheuse

Étudiants chercheurs

Jesse Chisholm-Beatson, Osgoode Hall Law School, Université York

William Plante-Bischoff, Faculté de droit, Université de Montréal

RENONCIATION

Les opinions ou les points de vue exprimés dans nos recherches, nos conclusions et nos recommandations ne représentent pas nécessairement ceux de nos bailleurs de fonds, de la Fondation du droit de l'Ontario, du ministère du Procureur général, d'Osgoode Hall Law School, du Barreau du Haut-Canada, ni ceux des doyens des facultés de droit de l'Ontario et de l'Université York, qui nous soutiennent.

Formats accessibles

Le présent document a été préparé dans des formats lisibles par machine. Pour en recevoir des exemplaires dans d'autres formats accessibles, veuillez téléphoner à la Commission du droit de l'Ontario au numéro gratuit 1-866-950-8406, ou bien écrivez-lui à lawcommission@lco-cdo.org.

Référence à citer

Commission du droit de l'Ontario, *Le recours collectif Objectifs, constats, réformes Document de travail*, Toronto, mars 2018

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre Un Introduction.....	1
A. Le projet sur le recours collectif – Introduction.....	1
B. La Commission du droit de l’Ontario.....	1
C. Pourquoi le recours collectif est-il important?.....	2
D. Aspects catalyseurs de réforme	2
E. Le projet – objectifs, questions, cadre de référence	3
F. Rapports avec d’autres actions sur le recours collectif.....	3
G. Organisation et résultats du projet.....	3
1. Résultats	3
2. Organisation	4
H. Processus de consultation, prochaines étapes.....	4
Chapitre Deux Questions pour les consultations.....	6
Chapitre Trois Réponses obtenues lors des entrevues de la phase 1	10
A. Introduction	10
B. Méthode.....	10
C. Résumé des réponses obtenues.....	10
1. Accès à la justice.....	11
2. Économie des ressources judiciaires, retards	12
3. Modification des comportements	12
4. Critères pour la certification	12
5. Actions collectives multi-juridictionnelles	13
6. Motions relatives à l’administration du recours	13
7. Appel.....	13
8. Transparence dans les règlements à l’amiable et les distributions aux membres	13
9. Honoraires des avocats en demande	14
10. Dépens	14
11. Avis.....	14
12. Arrangements pour financer les litiges	14
Chapitre Quatre Enjeux de consultation	16
A. Contexte	16
B. Priorités et paramètres des consultations.....	16
C. Questions pour les consultations	19
1. Retard.....	19
2. Transparence – règlement à l’amiable et distribution des montants accordés et distribution des montants accordés	21
3. Dépens.....	22
4. Approbation par le tribunal du règlement et des honoraires des avocats des demandeurs	23
5. Certification.....	25
6. Modification des comportements	26
7. Points de vue des membres de groupes	27
8. Coordination nationale et conduite du recours	28
a) Recours collectifs multijuridictionnel	28
b) Administration du recours en Ontario.....	30

9. Autorisation d'appel	32
10. Questions préalables et relatives au procès	32
11. Autres questions	33
Chapitre Cinq La base de données empiriques projetée par la CDO	34
A. Importance de la recherche empirique	34
B. Données empiriques sur le recours collectif au Canada	34
C. Collecte de données sur le recours collectif	36
D. Le Québec	37
E. Étude du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal	37
F. Élaboration d'une base de données sur le recours collectif dans le cadre du projet de la CDO	38
G. Questions à débattre	39
Chapitre Six Comment participer?	40
Annexe A.....	41
Annexe B.....	43
Annexe C.....	44
A. Introduction.....	44
B. Loi sur la concurrence (y compris fixation des prix et antitrust)	44
C. Protection du consommateur (y compris les contrats de consommation et les services financiers).....	44
D. Responsabilité civile de l'État (y compris manquement à une obligation, préjudices institutionnels et violations de la Charte)	45
E. Recours collectifs relatifs à l'emploi et aux pensions.....	45
F. Recours collectifs en environnement (y compris les troubles de voisinage (nuisance)).....	46
G. Recours collectifs en matière de franchise	46
H. Recours collectifs en matière d'assurance	47
I. Délits civils collectifs (lésions corporelles et aliments contaminés)	47
J. Autres recours collectifs.....	47
K. Recours collectifs pour atteinte à la vie privée	48
L. Recours collectifs pour négligence professionnelle (avocats et professionnels de la santé)	48
M. Responsabilité du fabricant (y compris pour les produits pharmaceutiques, les appareils médicaux et les biens de consommation).....	49
Notes	50

Chapitre Un

INTRODUCTION

A. Le projet sur le recours collectif – Introduction

Selon le juge Robert Sharpe de la Cour d'appel de l'Ontario,

[TRADUCTION] La création du recours collectif a été le fait le plus marquant en droit civil au Canada. Le recours collectif répond aux défis auxquels est confrontée notre justice civile, en particulier à la nécessité de renforcer l'accès à la justice et de garantir que les maigres ressources des tribunaux sont utilisées avec efficacité. Or, le recours collectif est loin d'être simple. Complexe et difficile, le groupement d'actions multiples en une procédure unique a mis à l'épreuve quelques-uns de nos plus éminents juristes, dont des avocats¹.

La Commission du droit de l'Ontario (CDO) a lancé un projet sur les recours collectifs en vue d'étudier la situation en Ontario depuis l'adoption de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* (LRC) en 1993². En 25 ans, le nombre, la complexité et l'incidence des recours collectifs ont considérablement augmenté, en Ontario comme dans tout le Canada. Ils y ont eu des incidences financières, stratégiques et culturelles majeures.

On se propose dans le projet de mener des recherches sur les actions collectives en Ontario, ainsi qu'une analyse pratique, indépendante et fondée sur des données probantes, du point de vue de leur triple objectif : améliorer l'accès à la justice, renforcer l'économie des ressources judiciaires, et favoriser la dissuasion.

Axé sur la participation de la population, le projet vise à recueillir ses commentaires et ses avis sur une grande diversité de questions se rapportant aux recours collectifs. La CDO recevra avec intérêt les présentations à ces égards. Elle est persuadée que des consultations vastes et transparentes sont essentielles à la réussite de toute réforme du droit.

Le projet se terminera par une analyse des questions les plus urgentes, qui sera indépendante, complète et fondée sur des données probantes. Dans son rapport final, la CDO formulera peut-être s'il y a lieu des recommandations de réforme législative.

B. La Commission du droit de l'Ontario

Partenariat unique, novateur et fécond entre la province de l'Ontario, la Fondation du droit de l'Ontario, le Barreau du Haut-Canada, Osgoode Hall Law School, et entre les doyens et doyennes des facultés de droit de l'Ontario, la CDO a été établie en 2007. Son mandat quinquennal a été renouvelé deux fois.

Chef de file de la réforme du droit en Ontario, la CDO a pour mandat de favoriser la réforme du droit et l'accès à la justice, et de contribuer aux débats de société. Elle exécute son mandat dans des recherches rigoureuses, fondées sur des données probantes, selon des techniques modernes des politiques publiques, et un engagement pour les consultations publiques. Elle formule dans ses rapports des recommandations pratiques, indépendantes, qui se fondent sur des principes, à propos de questions juridiques et stratégiques contemporaines.

Le Conseil des gouverneurs de la CDO, représentatif d'un vaste segment de dirigeants de la justice ontarienne, guide ses travaux. La CDO reçoit le soutien de la Fondation du droit de l'Ontario, du ministère du Procureur général de l'Ontario, d'Osgoode Hall Law School et du Barreau de l'Ontario, et se situe dans Osgoode Hall Law School, à Toronto.

Pour en savoir davantage sur la CDO, consulter son site www.lco-cdo.org.

C. Pourquoi le recours collectif est-il important?

La justice ontarienne reconnaît en général que l'influence du recours collectif a été énorme sur les parties aux actions collectives, le système de la justice et les politiques publiques.

L'examen de la diversité des affaires permet d'apprécier l'ampleur et l'incidence du recours collectif. Depuis l'adoption de la LRC, les grandes actions de groupe ont porté sur les sujets suivants :

- protection des consommateurs – prêt sur salaire, taux d'intérêt criminel,
- accidents environnementaux – tragédie Walkerton, contamination des sols, explosions,
- détenus fédéraux et provinciaux placés en isolement cellulaire,
- maltraitance dans les pensionnats et dans les établissements de soins de santé,
- travail, emploi – retraite, discrimination sexuelle, erreurs de classification, heures supplémentaires non rémunérées,
- lésions corporelles en série, impliquant des produits sanguins et des infections au *C. difficile*,
- violations de la vie privée concernant des cartes de crédit et la sécurité des données,
- responsabilité du fabricant – implants médicaux, rappels de produits alimentaires,
- valeurs mobilières.

Les actions collectives peuvent souvent intéresser des milliers – si ce n'est des centaines de milliers – de parties possibles, et des millions – si ce n'est des milliards – de dollars de dédommagement peuvent être en jeu. Les montants accordés peuvent être énormes, et avoir des répercussions majeures sur la population, les comportements des sociétés et des pouvoirs publics, sur les politiques publiques et la justice. On peut justement affirmer que le recours collectif est l'une des procédures judiciaires les plus médiatisées et d'une portée considérable.

D. Aspects catalyseurs de réforme

Les raisons pour lesquelles la CDO a lancé ce projet sont les suivantes.

- **Le projet arrive à point nommé :** le régime législatif ontarien du recours collectif a pris forme consécutivement à un processus de réforme réfléchi et complet qui a abouti il y a 25 ans à l'adoption de la LRC. Plusieurs choix importants et de grande portée ont fondé la LRC et les innombrables jugements qui l'ont suivie. Ces choix n'ont pas fait l'objet de révision systématique, si ce n'est dans le rapport du comité consultatif ontarien sur la réforme des recours collectifs, qui pourtant leur est antérieur (1990). Le projet de la CDO constituera la première évaluation complète de la LRC depuis 25 ans.
- **Le projet porte sur des questions juridiques et stratégiques, de nature systémique, qui ne sont pas réglées et prêtent à controverse :** comme on l'a indiqué ci-dessus, on reconnaît généralement que le recours collectif et la législation le concernant ont des incidences stratégiques et financières majeures sur les membres des groupes et les défendeurs. Le recours collectif a des incidences systémiques sur l'accès à la justice, la procédure judiciaire et son efficacité, et la responsabilité, celle de l'État comme celle des entreprises.
- **Une révision impartiale et indépendante du recours collectif est nécessaire :** souvent influencé par les intérêts et les points de vue des parties prenantes, le débat sur le recours collectif prête à controverse. Le projet est unique, en ce que la CDO est indépendante de tels intérêts et qu'elle s'est engagée à réaliser une analyse impartiale, indépendante du recours collectif, « dans l'intérêt public ».
- **Le projet sera participatif et fondé sur des données probantes :** il y a une absence relative de consultations et de recherches empiriques exhaustives sur le recours collectif. Le projet de la CDO permettra de corriger ce manque, puisqu'on mènera des consultations publiques exhaustives et qu'on apportera un fondement empirique plus solide à ces questions.

E. Le projet – objectifs, questions, cadre de référence

Le cadre de référence expose les objectifs du projet, et les grandes questions à étudier. En voici des extraits :

La Commission du droit de l'Ontario (CDO), avec le soutien et la collaboration de la Faculté de droit de l'Université de Windsor et de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, dirige une étude indépendante sur les recours collectifs en Ontario.

Le projet vise à examiner si les recours collectifs atteignent correctement leurs trois objectifs : améliorer l'accès à la justice, renforcer l'économie des ressources judiciaires, et favoriser la dissuasion.

Le projet reposera sur des recherches et des consultations publiques exhaustives. Il se terminera par la publication et la diffusion d'un rapport public, comprenant une analyse et s'il y a lieu, des recommandations de réforme.

Le projet se déroulera de manière indépendante, équilibrée et axée sur la consultation et les aspects pratiques du dossier dans le but de servir l'intérêt public.

[...]

Reconnaissant que la portée du projet peut être très vaste et soulever de nombreux enjeux complexes et controversés, et que le temps et les ressources qui lui seront consacrés seront limités, l'équipe organisera ses travaux et établira les priorités en mettant l'accent sur les enjeux systémiques qui de façon générale influent sur les recours collectifs. On déterminera s'il y a lieu de modifier la Loi de 1992 sur les recours collectifs actuellement en vigueur en Ontario pour gérer les recours collectifs. On s'efforcera d'établir un ensemble de données probantes indépendantes sur les recours collectifs en Ontario.

Le projet vise uniquement des réformes de la LRC, ainsi que les procédures auxquelles elle s'applique. Le texte complet du cadre de référence figure à l'annexe A.

F. Rapports avec d'autres actions sur le recours collectif

De nombreuses organisations et de nombreuses personnes ont entrepris des travaux importants sur le recours collectif, en Ontario et ailleurs. Ne voulant pas reproduire ces actions, la CDO travaillera en coopération avec des chercheurs, des parties prenantes et des organisations afin de prolonger les travaux en cours en matière de recherche et de stratégie et de garantir que les ressources limitées sont employées avec le maximum d'efficacité. Elle tient à remercier en particulier l'important travail entrepris par le Groupe de travail national sur les recours collectifs de l'Association du Barreau canadien pour résoudre les difficultés procédurales dans le recours collectif faisant intervenir plusieurs ressorts³.

G. Organisation et résultats du projet

1. Résultats

La CDO se propose dans son projet de réaliser une analyse indépendante, complète et fondée sur des données probantes du recours collectif. Le cas échéant, elle formulera peut-être dans son rapport final des recommandations de réforme du droit. Le rapport final sera rédigé en français et en anglais, puis largement diffusé.

De plus, la CDO organise une étude empirique du recours collectif en Ontario. L'étude sera largement diffusée, auprès de décideurs, de chercheurs, de praticiens, d'organisations ou d'individus souhaitant la consulter.

Enfin, la CDO réalisera une série de documents conviviaux, accessibles sur le Web, qui résument et expliquent le rapport final et ses recommandations. Ces documents viendront appuyer sa stratégie de « mobilisation des savoirs » pour le projet, et seront réalisés en plusieurs langues, dont le français et l'anglais.

Tous les documents seront affichés sur la page consacrée au projet sur le site de la CDO.

2. Organisation

Dirigé par la CDO, le projet a l'appui d'un groupe distingué d'universitaires, de chefs de file du système de la justice et de juristes spécialistes du recours collectif.

Chercheuses principales du projet :

- professeure Jasminka Kalajdzic, Faculté de droit – Université de Windsor
- professeure Catherine Piché, Faculté de droit – Université de Montréal

Pour aider aux travaux du projet, la CDO a établi un Groupe de référence, dont la composition est la suivante :

- Stephen T. Goudge, président et liaison du Conseil des gouverneurs
- Marie Audren, associée, Audren Rolland LLP
- Tim Buckley, associé, Borden Ladner Gervais LLP
- Michael A. Eizenga, associé, Bennett Jones LLP
- Professeur Trevor C. W. Farrow, Osgoode Hall Law School
- André Lespérance, Partner, Trudel, Johnston and Lespérance
- Celeste Poltak, associée, Koskie Minsky LLP
- Linda Rothstein, associée, Paliare Roland Rosenberg Rothstein

La CDO a par ailleurs établi un Comité consultatif technique, chargé d'aider aux aspects pratiques du projet :

- Jonathan Foreman, Harrison Pensa LLP
- Gina Papageorgiou, La Fondation du droit de l'Ontario
- Michael Rosenberg, McCarthy Tétrault LLP

Run Straight Consulting Ltd prête son assistance pour les aspects pratiques du projet.

Financé par la CDO, le projet reçoit aussi le soutien de la Faculté de droit de l'Université de Windsor, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, du ministère du Procureur général de l'Ontario et du Programme juridique de partenariats et d'innovation du gouvernement du Canada.

H. Processus de consultation, prochaines étapes

La CDO est d'avis que la réussite de toute réforme du droit dépend de consultations vastes et accessibles avec les individus, les groupes et les organisations.

Les questions à aborder exposées ci-après constituent un guide pour les problèmes relatifs au recours collectif que la CDO a cernés jusqu'à présent. Elle recevra avec plaisir les commentaires publics portant notamment sur ces problèmes.

La publication du présent document de travail ouvre une période intense de consultations publiques. Au cours de réunions, de téléconférences, de webinaires, de groupes de discussion et de tables rondes, la CDO consultera des citoyens, des avocats, des organisations juridiques, publiques et privées, des universitaires, les pouvoirs publics et les individus qui s'intéressent au recours collectif. Les principaux documents du projet seront distribués en français et en anglais.

On peut participer de multiples façons :

- se renseigner sur le projet et s'inscrire sur le site pour recevoir les mises à jour,
- se renseigner auprès de la CDO à propos du projet ou des consultations,
- adresser à la CDO des observations ou des commentaires écrits.

Les consultations se termineront le **31 mai 2018**.

Pour contacter la CDO :

Commission du droit de l'Ontario
Osgoode Hall Law School, Université York
2032, immeuble Ignat Kaneff,
4700, rue Keele
Toronto (Ontario)
M3J 1P3

Téléphone : 416-650-8406
Ligne téléphonique gratuite : 1-866-950-8406
Courriel : lawcommission@lco-cdo.org
Site Web : www.lco-cdo.org
Twitter @LCO_CDO

Chapitre Deux

QUESTIONS POUR LES CONSULTATIONS

Voici la liste des questions que la CDO a pour l'instant définies pour les consultations. Les questions, ainsi que leur priorité relative, sont détaillées aux chapitres Quatre et Cinq ci-après.

A. Les questions du chapitre Quatre

Question 1

De quelles façons peut-on réduire les retards dans les recours collectifs?

- Comment peut-on modifier les façons de faire afin de réduire les retards?
- Comment les juges pourraient-ils gérer les affaires plus efficacement?
- Convierait-il de modifier le délai de dépôt de la requête en autorisation prévu par la loi?
- Quelles modifications législatives seraient susceptibles d'aider au traitement plus efficace des actions?

Question 2

Puisque l'action de groupe doit permettre aux membres de celui-ci d'avoir accès à une indemnisation, de quelles façons peut-on améliorer les mécanismes de distribution?

- Quelles sont les meilleures façons d'attribuer des indemnités pécuniaires aux membres du groupe?
- De quelles façons peut-on réduire les frais de transaction ou d'encadrement dans les distributions?
- La transparence est-elle importante dans l'action collective? Si oui, de quelles façons peut-on améliorer la reddition de compte et le suivi des distributions?
- Convierait-il que les juges imposent aux parties ou à l'administrateur de l'action de déposer un rapport public qui résume les résultats de la répartition du règlement à l'amiable ayant été conclu? Quel devrait être le contenu de ce rapport?
- Convierait-il de modifier la LRC en vue de détailler davantage les obligations concernant les modes de distribution, et les modes améliorés de reddition de compte et le suivi des distributions?

Question 3

Quelles modifications devraient être au besoin apportées à la règle que prévoit la LRC pour les dépens?

- Convierait-il que l'Ontario conserve la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance?
- Le coût de l'indemnité pour les dépens en faveur de la partie adverse constitue-t-il une préoccupation?
- Convierait-il que le Fonds d'aide aux recours collectifs soit suffisamment flexible pour modifier la redevance de 10 % qu'il reçoit actuellement, ou pour financer les frais de justice?
- Le financement par des tiers constitue-t-il une avancée positive dans l'action collective? Sa réglementation devrait-elle être plus stricte?
- La source et le degré de financement devraient-ils être communiqués au tribunal?

Question 4

Le mécanisme actuel applicable à l'approbation d'une transaction et à celle des honoraires d'avocats est-il adapté?

- Le critère juridique applicable à l'approbation de la transaction est-il approprié?
- Quels facteurs le tribunal devrait-il prendre en compte pour attribuer les honoraires d'avocats?
- Les honoraires d'avocat devraient-ils être proportionnels aux recouvrements collectifs, ou leur être subordonnés?
- L'adjudication des frais devrait-elle être dégressive, c'est-à-dire que le pourcentage du recouvrement diminue à mesure que le montant de celui-ci augmente?
- Quelles modifications conviendrait-il d'apporter au besoin au mode d'adjudication des frais?
- La fonction d'intervenant *amicus* pourrait-elle exister au stade de la transaction ou de l'approbation des frais?

Question 5

Le mécanisme de certification que prévoit pour l'instant l'article 5 de la LRC est-il adapté?

- Quelle norme de preuve convient pour la motion en vue de faire certifier le recours collectif?
- Le tribunal devrait-il examiner le bien-fondé du recours collectif proposé?
- L'Ontario devrait-elle suivre la voie du Québec et exiger des éléments de preuve plus limités pour la motion en certification?
- L'Ontario devrait-elle abandonner purement et simplement l'exigence de certification?

Question 6

Le recours collectif atteint-il l'objectif de modification des comportements? Quels facteurs (ou quels types d'affaire) augmentent (ou réduisent) la probabilité que les comportements soient modifiés?

Question 7

Veillez nous faire part des constats des membres de groupe et de leurs représentants:

- De quelles façons peut-on améliorer son processus pour les membres du groupe et leurs représentants?
- Y a-t-il des types de différends ou de problèmes juridiques que le recours collectif n'aborde pas?
- De quelles façons peut-on employer des technologies pour mieux informer les membres du groupe?
- La LRC devrait-elle comporter des dispositions particulières sur les droits des membres d'être informés, représentés et de recevoir des dépens?

Question 8

Au regard des restrictions constitutionnelles en vigueur, quel est le moyen le plus efficace pour le tribunal de gérer les actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts canadiens?

- Le *Protocole judiciaire visant les actions collectives* (2018) de l'ABC suffit-il à traiter ces actions? Est-il souhaitable que la législation prévoit des instructions? Cette question devrait-elle revenir au tribunal?
- Conviendrait-il de réfléchir à des modifications législatives comme celles de la Saskatchewan et de l'Alberta?

Question 9

De quelles façons les tribunaux ontariens devraient-ils traiter la question de l'administration du recours collectif?

- Convierait-il de réfléchir à une règle « du premier à déposer » en Ontario?
- La LRC devrait-elle être modifiée de façon à prévoir des instructions à cet égard? Si oui, quelles réformes préconisez-vous?

Question 10

Quelle procédure d'appel convient pour les décisions de certification des recours collectifs?

- Les appels des décisions de certification devraient-ils être interjetés directement devant la Cour divisionnaire, sans obligation d'en avoir obtenu l'autorisation?
- Tous ces appels devraient-ils être interjetés directement devant la Cour d'appel? L'obligation d'obtenir l'autorisation est-elle adaptée?

Question 11

Quelles procédures seraient plus adaptées pour conduire une affaire en justice, de l'interrogatoire préalable au jugement? Existe-t-il des questions propres au procès sur des questions communes qui pourraient être abordées par voie législative (LRC) ou judiciaire (tribunaux)? Que peuvent faire ceux-ci pour faciliter des règlements à l'amiable plus rapides, avec des retards moins importants?

Question 12

Outre les questions énumérées dans le présent document de travail, des dispositions de la LRC sont-elles à actualiser, afin de refléter plus exactement la jurisprudence et les procédures en vigueur? Si oui, que préconisez-vous en particulier?

B. La question du chapitre Cinq**Question 13**

Convierait-il de modifier la Loi de 1992 sur les recours collectifs et les Règles de procédure civile afin de favoriser le suivi obligatoire et cohérent des actions collectives et des données les concernant?

- Quelles données faudrait-il collecter?
- Comment peut-on réduire les obstacles ou les freins à la collecte améliorée des données?
- Comment peut-on utiliser des technologies en vue de faciliter la collecte plus systématique et le suivi amélioré des recours?

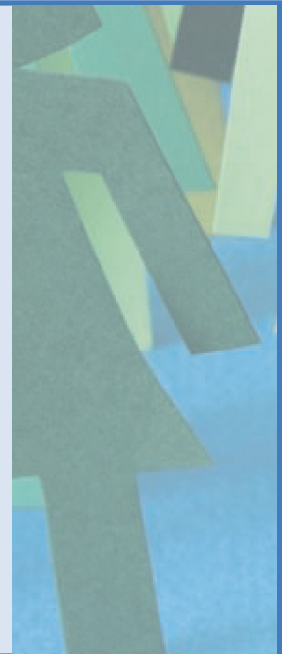
HISTORIQUE DU RECOURS COLLECTIF EN ONTARIO

La longue élaboration de la LRC⁴ a débuté après les six années de recherches que la Commission de réforme du droit de l'Ontario a menées et qui ont abouti à la publication de son rapport majeur sur le recours collectif en 1982⁵. Le rapport comportait un projet de loi, ainsi que des recommandations qui ont été mises en application soit dans le libellé de la LRC, soit dans la façon dont elle a été interprétée par les tribunaux⁶.

Plusieurs années plus tard, le procureur général de l'Ontario, Ian Scott, a créé le comité consultatif sur la réforme des recours collectifs. Le comité a consulté diverses parties prenantes, souvent d'avis divergents, et publié son rapport en 1990⁷. Le *Projet de loi 28, Loi concernant les recours collectifs*, a ensuite été rédigé et déposé⁸.

La *Loi de 1992 sur les recours collectifs* qui en a résulté n'a jamais été modifiée⁹.

Le projet de la CDO sur la réforme du recours collectif constitue le premier examen complet et indépendant de la LRC depuis son adoption.



Chapitre Trois



RÉPONSES OBTENUES LORS DES ENTREVUES DE LA PHASE 1

A. Introduction

De novembre 2017 à janvier 2018, les chercheuses principales de la CDO, les professeurs Catherine Piché et Jasminka Kalajdzic, ainsi que le personnel de la CDO, ont mené une série d'entrevues préliminaires auprès de parties prenantes dans des recours collectifs. Ces entrevues de la phase 1 visaient à aider l'équipe du projet à établir ses priorités de recherche et de consultation. La CDO a demandé aux parties prenantes de s'exprimer sur les questions suivantes : le recours collectif en Ontario atteint-il ses objectifs? Qu'est-ce qui fonctionne et qu'est-ce qui ne fonctionne pas dans la pratique du recours collectif? Quelles modifications éventuelles conviendrait-il d'apporter à la LRC? Les réponses obtenues ont aidé la CDO à élaborer son programme de recherche et les questions de consultation exposées dans le présent document de travail.

Le présent chapitre expose la méthode employée pendant la phase 1, et résume les résultats obtenus.

B. Méthode

Pour sa phase 1, la CDO a fondé sa démarche sur la finalité et des entrevues de « témoins privilégiés » afin d'entendre un vaste segment de parties prenantes au recours collectif. Soixante ont été interrogées au total. Trente étaient des avocats de demandeurs ou de défendeurs, intervenus en Ontario et au Québec dans une grande diversité d'actions collectives. Des juges, des administrateurs et des membres de groupe, des organisations communautaires et des assureurs ont aussi été interrogés. La CDO a de plus demandé à plusieurs avocats et organisations pourquoi ils n'avaient pas eu recours à l'action collective pour accéder aux demandes de leurs clients.

Les chercheuses principales de la CDO ont préparé un guide pour les entrevues, énonçant des questions normalisées axées sur la pratique du recours collectif en application de la LRC. Le guide et ses questions figurent à l'annexe B.

Ouvertes et non structurées, les entrevues se sont surtout déroulées par téléphone, pendant une heure et parfois beaucoup plus. Elles ont été anonymes, en ce sens que les personnes ayant répondu ont été identifiées de façon générique comme « avocat du demandeur ou de la défense », et non par leur nom, firme ou spécialité.

C. Résumé des réponses obtenues

1. Accès à la justice

Les personnes interrogées sont généralement d'accord que la LRC favorise l'accès à la justice, et permet que des actions qui n'auraient pas autrement pu être intentées le soient.

On souligne toutefois que l'accès à la justice dans le recours collectif est souvent fonction du type de recours. On indique souvent que cet accès est gêné par des demandes mineures, pour lesquelles certains estiment que les membres du groupe obtiennent un dédommagement minimal par rapport aux honoraires des avocats des demandeurs. Selon un commentaire reçu, l'action collective est une procédure juste et efficace, mais des avocats des demandeurs y ont souvent recours « pour le profit ». Selon d'autres, une telle situation peut avoir une incidence négative sur la façon dont la population perçoit le recours collectif et son utilité pour faciliter la justice.

Quelques individus soulignent l'importance de la procédure et de la transparence pour faciliter l'accès à la justice. Elles déclarent qu'il ne s'agit pas d'accéder simplement à la salle d'audience et à la procédure, mais d'avoir accès à un « résultat ». On cite en exemple le règlement obtenu pour dans le cadre de l'action collective intentée suite au scandale des pensionnats indiens, et notamment à la création de la Commission vérité et réconciliation. On s'inquiète par ailleurs que dans l'instance et dans la décision d'approbation de la transaction, les avocats et les tribunaux ne comprennent pas, ne prennent pas en compte ou ne communiquent pas les priorités des membres du groupe. On affirme que dans de telles situations, l'accès à la justice auquel ont droit les membres de ces groupes est atteint.

Enfin, plusieurs individus ont expliqué pourquoi ils ne recourent pas à l'action collective pour revendiquer les droits de leurs clients ou de leurs organisations:

- d'autres recours, d'autres procédures sont plus accessibles, notamment le tribunal administratif devant lequel la plainte groupée est possible;
- sans réforme approfondie de la législation applicable, le recours collectif ne peut valoir pour certains types de demande – dommages à l'environnement, délit civil collectif, action portant sur les droits de la personne;
- l'action collective comporte souvent des risques financiers importants (coût élevé des débours, attribution défavorable des dépens, problèmes de flux de trésorerie pour les cabinets d'avocats);
- la durée de l'action collective est longue : l'instance individuelle peut être plus rapide et plus économique.

2. Économie des ressources judiciaires, retards

La durée nécessaire pour une procédure de recours collectif est une préoccupation majeure plus plusieurs. Selon presque tous les avocats interrogés, les retards influent sur l'accès à la justice et sur l'économie des ressources judiciaires. La cause des retards a fait en revanche l'objet de débats considérables.

Selon certains avocats – ceux des demandeurs tout comme ceux de la défense, la gestion d'instance des actions collectives par les juges est loin d'être optimale. Certains laissent entendre que les juges devraient être mieux formés et mieux équipés de façon à maintenir le flux des instances. On cite le manque de ressources judiciaires. On reconnaît malgré tout que les tribunaux doivent entendre en priorité les affaires criminelles, compte tenu des maigres ressources judiciaires.

Selon d'autres avocats – ceux en demande comme ceux en défense, les audiences de certification sont plus longues, dû aux critères préliminaires de preuve, ce qui retarde l'ensemble de la procédure. On compare le droit ontarien et le droit québécois. On ne s'entend pas sur le point de décider si l'Ontario devrait adopter le modèle québécois au stade de la certification. Des avocats de la défense proposent d'inclure à ce stade une analyse du bien-fondé. Une individu propose d'abaisser de façon générale le seuil applicable au stade de la certification, puis de faire suivre celle-ci d'un mode rapide et efficace de règlement à l'amiable des différends.

Selon de nombreux individus, dont des avocats en demande et en défense, les requêtes relatives à l'administration du recours, en Ontario et dans plusieurs ressorts, entraînent des retards.

Selon les avocats – en demande comme en défense, les appels entraînent eux aussi des retards, notamment le temps supplémentaire consacré aux audiences des demandes d'autorisation d'appel à la Cour divisionnaire. Quelques individus, dont des avocats pour la demande et la défense, se demandent si l'action initiale devrait se poursuivre pendant que les appels sont entendus.

Des avocats des demandeurs citent l'absence de fondement des multiples motions préliminaires déposées par des défendeurs au stade de la certification.

Selon un individu interrogé, les avocats des demandeurs plaident leurs demandes de façon trop large ou trop ambitieuse. Ceci encourage les avocats des défendeurs à déposer des motions préliminaires à la certification et à contester la certification de façon plus agressive.

En revanche, des avocats de la défense font observer que ceux des demandeurs introduisent parfois des instances, mais ne les mènent pas activement.

3. Modification des comportements

Les réponses à la question de savoir si les recours collectifs conduisent à une modification des comportements sont mitigées. Presque tous ceux interrogés citent cependant des situations particulières dans lesquelles des défendeurs ont modifié leurs façons d'agir compte tenu des conséquences réelles ou potentielles du recours collectif.

Selon de nombreux individus, dont des avocats en demande et en défense, les recours collectifs conduisent à une modification des comportements. On fait observer par exemple qu'en matière d'emploi, les employeurs sont davantage enclins à accorder de meilleures indemnités de départ pour éviter le risque d'aller en justice.

De l'autre côté, notamment chez les avocats des défendeurs, on se demande si les recours collectifs entraînent des modifications des comportements et s'ils ont des effets dissuasifs. Pour certains défendeurs, le règlement à l'amiable des recours collectifs constitue simplement une dépense pour faire des affaires, alors que pour d'autres, le risque qu'il y ait des conséquences au plan pénal ou à celui de la réglementation influe davantage sur la modification des façons d'agir.

L'ensemble ou presque des individus interrogés souligne la difficulté de mesurer la modification des comportements.

On souligne fréquemment que celle-ci dépend du type d'affaire. On insiste parfois sur le fait qu'on ne peut considérer que le recours collectif est monolithique – il peut aboutir à des modifications des comportements dans quelques domaines du droit, et dans d'autres, son incidence peut être limitée.

Selon un individu, les façons d'agir ne sont pas modifiées dans les cas où il y a uniquement financement du règlement à l'amiable par les assureurs, sans que personne ne reconnaisse sa responsabilité. Selon des avocats de la défense, la dissuasion peut ne pas être pertinente dans les actions impliquant des erreurs ou des actes antérieurs dont les défendeurs ont reconnu le caractère erroné. On cite en exemple le règlement à l'amiable sur les pensionnats indiens. Un individu déclare n'avoir rien vu qui prouve que des comportements aient été modifiés dans les trois grands domaines de la fixation des prix, des marchés financiers et des valeurs mobilières.

4. Critères pour la certification

Selon de nombreux avocats – ceux des demandeurs tout comme ceux de la défense, les critères que prévoit l'article 5 de la LRC sont tout à fait valables et ne doivent pas être modifiés. On critique souvent par contre leur mode d'application, la quantité d'éléments de preuve par exemple que les juges autorisent dans les motions en vue de faire certifier le recours collectif.

Selon des avocats des demandeurs, le tribunal s'attache indirectement au bien-fondé de l'action, du fait que de nombreux éléments de preuve aient été autorisés. En revanche, des avocats de la défense préconisent de modifier explicitement l'article 5 de la LRC de façon à autoriser l'évaluation du bien-fondé de l'action.

Selon plusieurs avocats, la quantité d'éléments de preuve présentés et communiqués aux parties à l'audience pour la certification constitue un problème sérieux, qui s'aggrave, surtout pour les affaires dont les preuves sont historiques.

5. Actions collectives multi-juridictionnelles

Dans la plupart des réponses, dont celles des avocats en demande et en défense, on indique que les difficultés procédurales de ces actions sont une préoccupation fondamentale. Il n'est pas clair à savoir quel tribunal est compétent dans les cas où des recours collectifs qui sont en concurrence ou se chevauchent ont été déposés dans plusieurs provinces. Un individu indique que les recours collectifs intentés à l'échelle mondiale sont problématiques.

On propose dans quelques réponses que la CDO devrait étudier dans son projet les recommandations à cet égard du Groupe de travail national sur les recours collectifs de l'ABC. On conseille également de réfléchir à la possibilité de prendre comme modèle la législation albertaine et celle de la Saskatchewan.

Dans presque toutes les réponses, on constate les difficultés constitutionnelles inhérentes à l'administration des actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts.

6. Motions relatives à l'administration du recours

Selon des avocats des demandeurs, ces motions constituent un problème majeur dans les recours collectifs en Ontario comme dans ceux faisant intervenir plusieurs juridictions. On signale que les retards et les dépenses qu'elles engendrent sont très préoccupants. On souligne le manque de clarté de la législation quant à quel avocat pourra être chargé du dossier. On indique que le fait que des avocats des demandeurs concluent des accords entre eux a des répercussions négatives sur les membres du groupe. De tels accords peuvent augmenter les honoraires et les débours des avocats, le tout de manière à impacter le montant pouvant être attribué aux membres du groupe.

Un individu propose que même si la CDO ne peut formuler de recommandation à propos des requêtes relatives à l'administration d'actions multijuridictionnelles, il devrait néanmoins réfléchir précisément à fournir des instructions sur la procédure judiciaire à suivre pour ces motions en Ontario.

7. Appel

Dans beaucoup de réponses, on critique les retards qu'entraînent les appels. On souhaiterait qu'il y ait moins de degrés d'appel, en supprimant la demande d'autorisation auprès de la Cour divisionnaire, et en interjetant appel directement à la Cour d'appel.

8. Transparence dans les règlements à l'amiable et les distributions aux membres

Les commentaires sur la transparence au stade du règlement à l'amiable et de la distribution sont mitigés. Selon quelques individus interrogés, les juges posent les bonnes questions sur la façon dont les parties sont arrivées à un règlement à l'amiable et sur les modalités de ce règlement. Selon d'autres, il est difficile pour les juges de ne pas approuver le règlement à l'amiable quand les avocats se sont déjà entendus sur toutes les modalités avant de se présenter à l'audience d'approbation.

Certains proposent que des intervenants bénévoles de type « amicus » puissent participer au processus, d'autres ne sont pas d'accord, faisant valoir que leur intervention compliquerait trop la procédure et la retarderait. Un individu propose qu'ils interviennent, tout en autorisant les avocats à s'entretenir confidentiellement avec eux dans le cadre de la procédure. On propose par ailleurs d'ajouter un moyen qui permettrait aux membres du groupe de recevoir des avis juridiques indépendants.

Quant à la distribution des indemnités aux membres, on s'inquiète que les membres du groupe n'en comprennent pas le processus ou les modalités, ou encore qu'ils puissent être en désaccord avec les décisions des administrateurs touchant les montants. On s'interroge parfois sur le taux de participation – dans une affaire donnée, combien de membres du groupe la revendication de dommages-intérêts intéresse-t-elle vraiment?

La plupart des individus interrogés sont en faveur des distributions de type *cyprès*, qui peuvent favoriser la modification des comportements et l'accès à la justice si les circonstances s'y prêtent. Presque toutes indiquent que ce principe est préférable à celui de la réversion, et quelques-unes soulignent que la priorité des avocats doit être le versement des fonds aux membres du groupe. On précise par ailleurs que les distributions de type *cyprès* ne doivent pas influencer sur les honoraires des avocats des demandeurs.

9. Honoraires des avocats en demande

Les avocats des demandeurs comme ceux des défendeurs reconnaissent le risque que prennent les premiers et sont d'accord que leurs honoraires doivent être à la mesure de celui-ci. Ils ajoutent souvent que les honoraires adjugés sont imprévisibles et fonction du juge du procès.

On indique que les juges doivent davantage examiner les honoraires à l'audience à leur égard, notamment la norme de la preuve afin de confirmer les dossiers des avocats.

On est fréquemment en faveur de la suppression des multiplicateurs.

10. Dépens

La plupart des individus, dont des avocats des demandeurs et des défendeurs, sont d'accord avec la règle actuelle selon laquelle les dépens suivent la succombance, déclarant qu'elle décourage les requêtes et les actions futiles et qu'elle présente des avantages tant pour les demandeurs que pour les défendeurs. On précise ainsi que pour atténuer les risques d'attribution des dépens à la partie adverse, les avocats des demandeurs ont la possibilité de faire appel à des fonds avancés par des tiers pour le procès et au Fonds d'aide aux recours collectifs.

Quelques avocats des demandeurs s'inquiètent de la possibilité de retards supplémentaires dans les ressorts où il n'y a pas d'attribution de dépens. Ils estiment que ces ressorts encouragent les avocats des défendeurs à déposer de multiples requêtes interlocutoires puisqu'il n'y a pas de risque d'attribution des dépens à la partie adverse.

On déclare par ailleurs que l'attribution des dépens à la partie adverse peut être un risque majeur pour les demandeurs, et donc en dissuader quelques-uns d'introduire une instance. On évoque le caractère imprévisible des montants adjugés pour les dépens, et on propose de plafonner au moins les frais relatifs à l'autorisation. On préconise parfois d'étudier l'évaluation des dépens au Québec.

Selon un individu, qui n'a pas la charge d'actions collectives, le risque que présentent les dépens est un obstacle à l'accès à la justice pour des Ontariens à faible revenu qui pourtant auraient une cause d'action collective valable.

11. Avis

De l'avis général, les avis ont été améliorés. On affirme que les avocats sont à la fois plus créatifs et plus disposés à se servir des technologies pour améliorer les avis aux clients. On mentionne fréquemment en revanche que les avis comportant des formules longues sont difficiles à comprendre. On propose que les avis devraient mentionner que les membres du groupe ont le droit d'obtenir des avis juridiques indépendants.

On s'inquiète par ailleurs que selon le type de recours collectif, des avis peuvent ne pas être accessibles à des membres du groupe avec certaines formes de handicap ou qui savent mal lire.

12. Arrangements pour financer les litiges

Selon plusieurs, dont des avocats des demandeurs, les financements (qu'il s'agisse du Fonds d'aide aux recours collectifs ou de tiers) favorisent l'accès à la justice. Selon eux, le critère actuel pour l'approbation est généralement adapté. Selon de nombreux avocats, le financement du procès favorise les petits cabinets qui se chargent de recours collectifs.

Mais on s'inquiète de ce que les arrangements pour financer les litiges ne sont peut-être pas suffisamment transparents, et on se demande parfois si les bailleurs des fonds influencent l'issue du procès, notamment les décisions quant au règlement à l'amiable.

OBJECTIFS DU RECOURS COLLECTIFS EN ONTARIO

Le triple objectif du recours collectif – accès à la justice, économie des ressources judiciaires, modification des comportements – a été initialement formulé en 1982 par la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son *Report on Class Actions*¹⁰. Il ne figure pas dans la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, mais les tribunaux interprètent celle-ci conformément à ces objectifs¹¹. La Cour suprême du Canada (CSC) les a approfondis dans ses arrêts *Dutton*¹² et *Hollick*¹³.

Accès à la justice

Dans son arrêt *Dutton*, la CSC le définit en termes économiques : le recours collectif permet de partager les frais de justice, rendant ainsi le procès plus économique :

*[...] 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*¹⁴.

D'autres définissent de façon plus large l'accès à la justice dans le recours collectif. Celui-ci peut permettre aux demandeurs de surmonter des obstacles qui ne sont pas d'ordre économique – mais d'ordre social ou psychologique par exemple¹⁵.

Économie des ressources judiciaires

Dans *Dutton* et *Hollick*, la CSC la définit comme le fait de préserver les ressources tant pour les tribunaux que pour les parties :

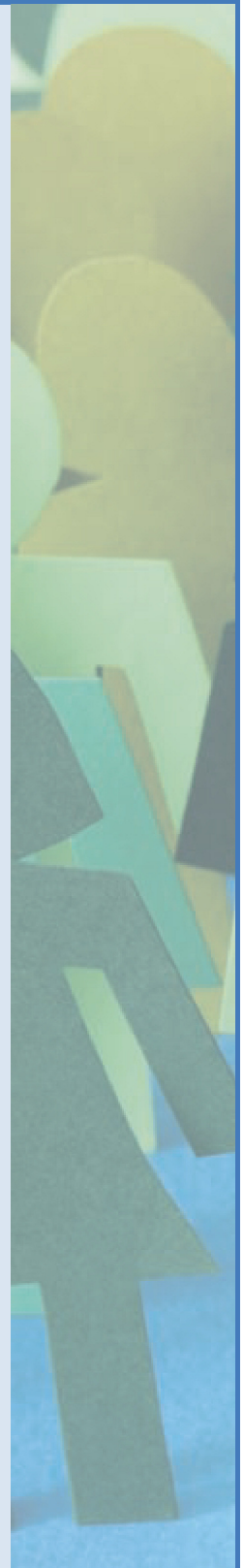
*[...] par le regroupement d'actions individuelles semblables, les recours collectifs permettent de faire des économies au plan judiciaire en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Les gains en efficacité ainsi réalisés libèrent des ressources judiciaires 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).*¹⁶

Le fait de retarder le procès du recours collectif, et les dépenses connexes, est un facteur d'économie des ressources judiciaires.

Modification des comportements

La CSC définit cette modification en termes économiques :

*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*¹⁷.



Chapitre Quatre

ENJEUX DE CONSULTATION

A. Contexte

Il y a près de 30 ans, le comité consultatif sur la réforme des recours collectifs créé par le procureur général insistait sur l'importance d'une évaluation et d'un examen réguliers des modes et des procédures d'action collective

[traduction] afin de mieux connaître les sortes de réclamations fondées qui sont présentées dans le cadre d'un recours collectif, le nombre d'actions qui sont intentées, l'effet d'une certification (et de chaque volet du critère applicable) sur l'avancement d'une procédure, la durée de la procédure, le taux et le moment de règlement à l'amiable des recours, ainsi que les conditions fixées et, s'il y a lieu, l'attitude judiciaire ayant émergé à l'égard de la procédure, le rôle du barreau, les honoraires conditionnels, et ainsi de suite. Ce type d'information permettra un examen équilibré du recours collectif et servira de base de discussion autour du peaufinage de la procédure ou d'un éventuel besoin de changements plus approfondis¹⁸.

Il ressort clairement des entrevues de la phase 1 menées par la CDO que cet examen s'impose depuis longtemps. Des commentateurs représentant tout l'éventail des parties à des actions collectives ont salué l'occasion de discuter des objectifs du recours collectif, des coûts et des fardeaux qu'il représente, ainsi que de problèmes de nature procédurale et de réformes éventuelles.

En 1982, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a souligné l'importance de prendre en compte, lors du choix d'un modèle de procédure pour le recours collectif, la mesure dans laquelle le régime

[traduction] permettra (1) que des actions soient intentées dans des situations où des torts collectifs méritent vraiment une réparation, (2) que les intérêts des membres absents du groupe soient protégés et (3) que les actions collectives qui ne devraient pas être autorisées à suivre leur cours soient effectivement éliminées¹⁹.

Les trois objectifs d'un recours collectif, à savoir l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements, prescrits au départ par la Commission, ont été reconnus par la Cour suprême du Canada en 2001 dans l'arrêt *Hollick*²⁰.

Dans ce projet, la CDO examine si ces trois objectifs sont atteints et s'il faut entreprendre des réformes pour aborder des questions systémiques dans le régime ontarien du recours collectif, tout en veillant à ce que les torts collectifs obtiennent une réparation effective, à ce que les intérêts des membres de groupes soient protégés et à ce que les actions collectives injustifiées soient éliminées dès le début des procédures.

Les entrevues préliminaires de la phase 1 ont révélé aussi bien les avantages que les inconvénients du régime actuel. Ces informations, associées à l'expérience pratique et théorique des chercheuses principales du projet, ont permis à la CDO d'élaborer les questions pour les consultations et de définir les priorités de recherche présentées dans le présent chapitre.

B. Priorités et paramètres des consultations

D'entrée de jeu, il importe de préciser plusieurs paramètres de la démarche de la CDO et des questions pour les consultations :

- La CDO n'ignore pas les nombreuses questions importantes liées au recours collectif qui restent sans réponse. Elle a choisi délibérément d'axer la recherche et les consultations en priorité sur des questions qui ont, semble-t-il, un effet systémique sur les parties à un recours collectif, ainsi que sur les pratiques en la matière et les issues des actions. La CDO a également accordé la priorité aux questions qui sont liées aux inquiétudes soulevées en

entrevue préliminaire, qui font appel à l'expérience et au jugement des chercheuses principales et qui, suivant l'analyse de la CDO, peuvent être considérées comme des questions pertinentes de réforme du droit. Dans cette optique, plusieurs questions ne sont pas analysées (ni examinées en détail) dans le présent document, mais tous (individus et organismes) sont libres de formuler des commentaires sur toute question liée au recours collectif qui leur semble importante, qu'elle ait été évoquée ou non dans le présent document. On ne s'étonnera donc pas que certaines questions qui y sont soulevées puissent se rejoindre.

- Quand cela est possible, le projet, tout comme le présent document, repose sur des recherches empiriques. Malheureusement, les chercheurs et les décideurs disposent de peu de données empiriques sur des questions fondamentales liées au recours collectif, comme l'issue des actions collectives en Ontario, l'attribution des montants accordés aux membres du groupe dans le règlement à l'amiable, ainsi que la durée, le coût et la complexité de la procédure de recours collectif dans cette province²¹. Cette question est traitée plus à fond dans le chapitre Cinq ci-après.
- Le projet de la CDO est axé sur la LRC et sur les pratiques en matière de recours collectif en Ontario. Néanmoins, le présent document met de l'avant des réformes possibles ainsi que des exemples proposés dans des juridictions autres que l'Ontario.
- En dernier lieu, le projet de la CDO ne prend pas en compte les modifications substantielles aux législations connexes. .

Suit la liste des questions que la CDO a mise en avant jusqu'ici. Il va sans dire que bon nombre des questions et des enjeux qui sont cernés dans le présent chapitre (et dans le chapitre Cinq) sont reliés. La CDO demande donc aux lecteurs et aux lectrices de prendre en compte ces rapports et ces liens de dépendance en abordant les questions pour les consultations.

Ils devraient aussi noter que l'ordre ou la séquence de ces questions est fondé de façon générale sur le nombre de fois qu'une question a été soulevée par les individus interrogées au cours des entrevues durant la phase 1.

L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC

Au Québec, l'action collective s'inscrit dans un contexte unique puisque c'est la seule province au Canada qui soit soumise à un régime de droit civil. Malgré cela, certains aspects de l'action collective suscitent des discussions semblables tant en Ontario qu'au Québec, bien que leurs pratiques et leurs procédures respectives soient différentes. Il est prudent d'en présenter brièvement quelques exemples ici.

Règle du « premier à déposer »

Depuis 1999, les tribunaux québécois appliquent une règle « du premier à déposer » pour déterminer la responsabilité de l'instance lorsque plusieurs parties ont déposé des requêtes visant une action collective représentant le même groupe et concernant la même question²².

Autorisation

Le *Code de procédure civile* du Québec exige que l'action collective soit autorisée pour qu'elle puisse être exercée. Bien des commentateurs soutiennent que le seuil d'autorisation du Québec est favorable aux demandeurs²³.

La question de la proportionnalité joue un rôle important pour déterminer l'autorisation d'exercer une action collective au Québec²⁴. Contrairement à l'Ontario, il n'y a pas d'exigence voulant qu'elle soit la procédure « préférable ».

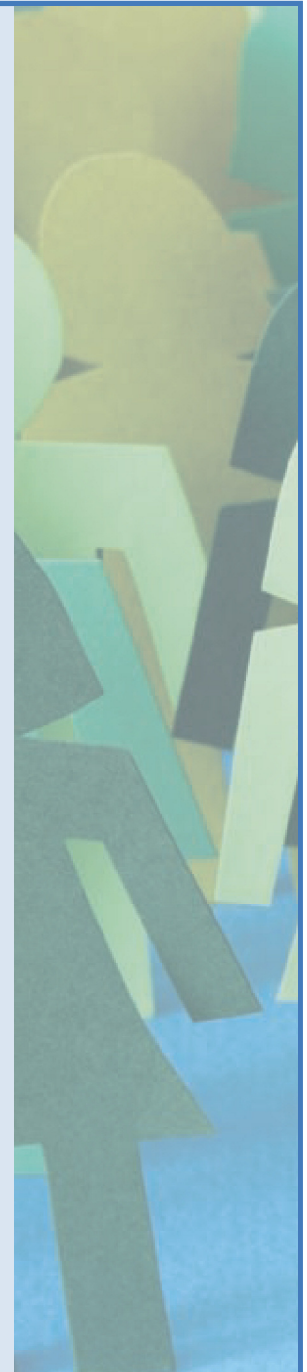
À la différence de l'Ontario, les parties à l'action collective doivent demander la permission de présenter des éléments de preuve et de contre-interroger au stade de l'autorisation²⁵.

Dépens

Le régime québécois applique une règle selon laquelle les dépens suivent la succombance. Contrairement à l'Ontario cependant, le montant des dépens est limité. Cette disposition fait en sorte que le régime québécois soit sans doute plus favorable aux demandeurs.

Obligation de produire des rapports

Les Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile exigent que l'administrateur du règlement dépose auprès de la Cour un rapport sur l'issue du règlement à l'amiable. Ces rapports énumèrent les membres du groupe ayant déposé une réclamation, le montant versé à chacun, le montant du solde non réclamé ainsi que les sommes retenues par le Fonds d'aide aux actions collectives.



C. Questions pour les consultations

1. Retard

Depuis quelques années, l'effet du retard sur l'accès à la justice civile est une préoccupation majeure des parties prenantes et des décideurs du système de justice canadien²⁶. Le problème a atteint semble-t-il un seuil critique dans l'arrêt *R c. Jordan* de 2016 de la Cour suprême du Canada²⁷ où la question du retard dans le système de justice criminelle y a été examinée à la lumière du « droit d'être jugé dans un délai raisonnable » que garantit l'alinéa 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁸. La Cour a déclaré que « [l]a justice rendue en temps utile est l'une des caractéristiques d'une société libre et démocratique²⁹ ». L'arrêt *Jordan* a établi un nouveau critère pour corriger la « culture des délais » au-delà desquels un retard est présumé déraisonnable³⁰, et il a été l'élément catalyseur d'une refonte de l'administration judiciaire dans tout le pays³¹.

Les actions collectives représentent une grande partie de l'administration de la justice civile en Ontario. Elles nécessitent des ressources judiciaires énormes et elles comportent des caractéristiques uniques qui influent sur la capacité des parties à ces actions à faire entendre leur cause dans un délai raisonnable. Les retards observés sont systémiques, et ils sont principalement attribuables :

- aux nombreuses requêtes préalables à la certification (requête en radiation, requête en modification, requête pour précisions);
- aux difficultés liées à l'établissement du calendrier et aux interrogatoires préalables significatifs (interrogatoires électroniques qui sont souvent pénibles et coûteux);
- aux appels interlocutoires;
- à la complexité et à la nouveauté inhérentes du recours collectif.

Les retards chroniques qu'accusent les actions collectives en Ontario ont été mentionnés fréquemment en entrevue préliminaire, tout comme la nécessité que les avocats respectent le principe de proportionnalité.

Pour de nombreux avocats, la certification des actions collectives contribue grandement à l'accumulation des retards, tout comme le fait que cette certification s'avère de plus en plus complexe à plaider, les arguments reposant souvent sur le fond de l'affaire. Cette intervention sur le fond pose problème, comme l'a déclaré la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hollick* :

La loi écarte carrément un examen au fond à l'étape de la certification [...] L'étape de la certification intéresse la forme que revêt l'action. La question à cette étape n'est pas s'il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s'il convient de procéder par recours collectif [...]»³².

En dépit des directives cohérentes données par les tribunaux canadiens, les avocats de la défense (ou les défendeurs eux-mêmes) qui ont été interrogés en entrevue préliminaire ont soulevé la nécessité d'appliquer un critère du bien-fondé du recours à l'étape de la certification. La CDO serait heureuse de recevoir des mémoires sur ce sujet dans le cadre des présentes consultations.

Les retards enregistrés dans les actions collectives ont des conséquences importantes qui vont au-delà de l'opportunité des règlements à l'amiable et des répercussions sur les ressources judiciaires. Par exemple, ces retards peuvent affecter la valeur de règlement à l'amiable d'une affaire ainsi que le montant définitif de la réparation pécuniaire. Ils peuvent aussi influencer directement sur la capacité de plaider efficacement une affaire tout au long du procès. Avec le temps, les membres du groupe peuvent oublier, disparaître, déménager ou simplement se désintéresser de l'indemnisation, et la preuve peut se détériorer. Le juge en chef Strathy a résumé ces questions dans sa directive pour la mise au rôle de l'affaire *Osmun v. Cadbury Adams Canada Inc.* :

[traduction] la confiance du public envers l'administration de la justice s'effrite lorsqu'une action collective s'étale sur de longues années avant d'aboutir à un règlement à l'amiable. L'accès à la justice, et la modification des comportements plus particulièrement, sont rendus difficiles par les retards³³.

De nombreux individus interrogés ont affirmé que les actions collectives grèvent les ressources judiciaires. Certains d'entre eux ont mentionné toutefois que les retards sont inhérents au recours collectif parce que les procédures sont complexes du point de vue des faits, mais ils sont néanmoins d'avis qu'il serait utile de connaître les actions qui ne devraient pas se retrouver dans le système. Comme il a été mentionné ci-dessus, les rédacteurs du rapport de 1982 de la Commission de réforme du droit de l'Ontario ont aussi manifesté cette inquiétude. Bon nombre de parties prenantes ont reconnu que la certification constitue l'étape la plus importante du recours collectif et celle qui entraîne le plus de retards et mobilise le plus de ressources.

Les raisons des retards sont nombreuses et les solutions complexes. Des individus interrogés ont fait remarquer que les juges en Ontario tentent de rendre de plus en plus de décisions sommaires en accord avec l'arrêt *Hryniak*³⁴. Le rôle du pouvoir judiciaire dans les actions collectives est exigeant. Les juges eux-mêmes ont souvent souligné les difficultés à se prononcer sur ces actions comme, par exemple, l'ancien juge en chef de l'Ontario, Warren Winkler, qui a déclaré

*[traduction] qu'un système judiciaire juste et équitable nécessite une salle d'audience, un juge, ainsi qu'une politique de non-ajournement, pour qu'une affaire soit réglée ou tranchée en temps opportun à des coûts moindres pour les parties à l'action*³⁵.

De même, le juge Paul Perell a affirmé

*[traduction] qu'une critique de l'action collective moderne est une critique du rôle du pouvoir judiciaire dans un régime moderne de recours collectif. Mais il est difficile de déterminer si le pouvoir judiciaire réussit ou non à remplir sa tâche sans effectuer une évaluation à proprement parler du bien-fondé de la demande et de la défense. La critique de l'action collective se transforme en enquête théorique visant à déterminer si les juges possèdent les compétences et les outils institutionnels nécessaires pour freiner une propension au mal dans le cadre d'une démarche procédurale, par ailleurs bénéfique, d'accès à la justice*³⁶.

Pour certains praticiens, la modification du paragraphe 2(3) de la LRC contribuerait à réduire les retards jusqu'à la certification, à améliorer l'accès à la justice et à atteindre les autres objectifs du recours collectif³⁷. Un individu interrogé en entrevue préliminaire a fait remarquer à la CDO que l'établissement d'une échéance de six mois pour la certification, qui pourrait être prolongée avec l'autorisation du tribunal, contribuerait

[traduction] à encourager les parties à une action collective à concentrer leur attention sur la nature procédurale de la requête, tout en établissant un calendrier réaliste. Cette façon de faire imposerait une discipline dans le régime du recours collectif, tout en réduisant les retards, en diminuant les dépenses et en protégeant l'accès à la justice.

Pour d'autres parties prenantes, la solution passe par l'amélioration de la gestion des instances et l'imposition d'un délai d'un an pour la tenue de l'audience de certification.

Question 1

De quelles façons peut-on réduire les retards dans les recours collectifs?

- Comment peut-on modifier les façons de faire afin de réduire les retards?
- Comment les juges pourraient-ils gérer les affaires plus efficacement?
- Convierait-il de modifier le délai de dépôt de la requête en autorisation prévu par la loi?
- Quelles modifications législatives seraient susceptibles d'aider au traitement plus efficace des actions?

2. Transparence – règlement à l’amiable et distribution des montants accordés

Selon nos constatations, le règlement à l’amiable reste l’issue la plus probable d’une action collective. Il découle de négociations entre les parties, suivant lesquelles une entente de règlement à l’amiable est soumise à l’approbation du tribunal. Dans notre système accusatoire, le règlement à l’amiable vise la résolution juste, efficace et raisonnable des questions communes à tous les membres d’un groupe. Néanmoins, il est généralement reconnu que le règlement à l’amiable d’une action collective est l’instrument d’une justice très sommaire en raison des compromis inévitables inhérents à la résolution de problèmes individuels dans le cadre d’un litige collectif. Ce raisonnement tient, pour autant que les membres du groupe reçoivent une indemnisation.

Il va sans dire que l’issue des règlements à l’amiable constitue un enjeu majeur dans la politique et le droit concernant le recours collectif. Les règlements ont une incidence significative sur l’ensemble des trois objectifs de cette procédure.

Malheureusement, nous ne disposons pas d’un registre exhaustif des règlements à l’amiable ayant été conclus en Ontario. Pour un enjeu aussi crucial, bon nombre de questions demeurent sans réponse. Par exemple, combien obtiennent les membres de groupe au moyen des distributions? Combien de membres faisant partie du groupe initial reçoivent une indemnité? Ce sont des questions empiriques qui n’ont pas à ce jour obtenu de réponses complètes. Il est intéressant de noter cependant que, selon la recherche menée par la professeure Piché au sein de son Laboratoire sur les actions collectives³⁸, les distributions au Québec donnent des résultats beaucoup plus intéressants que ce que beaucoup de gens avaient supposé³⁹. Les données provenant de cette recherche révèlent qu’en moyenne 55 % des membres du groupe reçoivent une indemnité⁴⁰. Malheureusement, il n’existe pas d’analyse ou de statistiques comparables en Ontario. D’après ce que nous savons, les taux de participation varient énormément, allant de 1 % à 100 % selon les études menées par la professeure Kalajdzic en 2009 et 2014⁴¹.

Comme l’a reconnu la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Fischer*⁴², un recours collectif doit trouver une issue concrète pour les membres du groupe. Ainsi, une issue concrète est directement liée aux questions concernant les mécanismes de distribution, les frais de transaction, ainsi que la transparence et le suivi du règlement à l’amiable. La CDO examine chacune de ces questions ci-dessous.

Dans un recours collectif, le *mécanisme* de distribution des montants accordés constitue une question fondamentale pour les membres du groupe, les avocats, les parties à l’action et la politique publique en général. Tout le monde a intérêt à savoir *comment* les montants accordés sont distribués et *quelle somme ou quelle proportion* de ces montants est versée. Les réponses à ces questions peuvent clarifier les débats portant sur les mécanismes de distribution qui sont les plus efficaces, opportuns et économiques. Comme il a été mentionné ci-dessus, il existe peu de recherches empiriques pouvant apporter des réponses à ces questions.

Le coût de la distribution des montants accordés (les « frais de transaction ») représente une autre question importante. Les coûts liés à l’adaptation des montants accordés découlent de la conception du régime de distribution et de son administration. Ces coûts peuvent entraîner une diminution des fonds à distribuer aux membres du groupe ou accroître les frais juridiques et les débours judiciaires qui sont payés par les défendeurs. L’administration du plan de distribution peut aussi entraîner d’autres coûts.

La transparence dans les règlements à l’amiable constitue un troisième sujet de préoccupation. Bon nombre d’individus interrogés se sont demandé si les membres des groupes reçoivent leur part des montants distribués. Pour beaucoup, il semble que les avocats en bénéficient plus que les membres eux-mêmes. Dans l’affaire *Endean* de 2016, le juge Wagner (maintenant juge en chef) a écrit dans des motifs concordants en son nom et celui de la juge Karakatsanis qu’« *[u]n processus qui est efficace et expéditif, mais qui reste “un mystère pour ceux qui y participent [...] n’est pas un processus qui améliore l’accès à la justice”*⁴³ ».

Il en va de même pour l’issue des actions collectives, qui n’est pas connue généralement en Ontario puisqu’il n’existe aucune obligation de déclaration ou de reddition de comptes concernant la distribution des montants accordés. L’expérience nous

apprend que les juges n'ordonnent pas ou n'exigent pas systématiquement une déclaration, un suivi, ou encore une comptabilité à l'issue des actions collectives. Comme l'analyse le chapitre Cinq ci-dessous, l'information sur l'issue de l'action est indispensable pour asseoir la crédibilité de ces actions et pour déterminer si leurs objectifs sont atteints. Par comparaison, au Québec, les distributions doivent faire l'objet d'un rapport d'administration à l'intention du tribunal à la conclusion de chaque recours collectif, comme l'exige la modification du *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*⁴⁴. Aux États-Unis, les juges n'exigent que de façon exceptionnelle des renseignements sur les taux de distributions aux membres et les versements à ces derniers, mais la Chambre des représentants a adopté un projet de loi en 2017 exigeant que les avocats en demande en recours collectif rendent compte des paiements versés aux membres au Federal Judicial Center et à l'Administrative Office of the U.S. Courts⁴⁵.

Question 2 :

Puisque l'action de groupe doit permettre aux membres de celui-ci d'avoir accès à une indemnisation, de quelles façons peut-on améliorer les mécanismes de distribution?

- Quelles sont les meilleures façons d'attribuer des indemnités pécuniaires aux membres du groupe?
- De quelles façons peut-on réduire les frais de transaction ou d'encadrement dans les distributions?
- La transparence est-elle importante dans l'action collective? Si oui, de quelles façons peut-on améliorer la reddition de comptes et le suivi de l'action?
- Convierait-il que les juges imposent aux parties ou à l'administrateur de l'action de déposer un rapport public qui résume les résultats de la répartition du règlement à l'amiable qui a été conclu? Quel devrait être le contenu de ce rapport?
- Convierait-il de modifier la LRC en vue de détailler davantage les obligations concernant les modes de distribution, et les modes améliorés de reddition de comptes et de suivi concernant cette distribution?

3. Dépens

La pertinence de la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance dans des actions collectives fait l'objet de débats depuis longtemps. La Commission de réforme du droit de l'Ontario avait pris position contre cette règle dans son rapport de 1982⁴⁶. Huit ans plus tard, le comité consultatif créé par le procureur général est parvenu à une conclusion opposée recommandant que la pratique habituelle selon laquelle les dépens suivent l'issue de la cause soit appliquée⁴⁷. Le gouvernement ontarien a entériné par la suite la recommandation du comité consultatif lorsqu'il a adopté la LRC, affirmant que les objectifs de la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance, qui s'applique pour indemniser les parties qui obtiennent gain de cause et pour empêcher les poursuites frivoles, étaient également importants dans les actions collectives. Surtout, le gouvernement provincial a cherché à répondre aux préoccupations à l'égard de l'effet paralysant de cette règle en établissant le Fonds d'aide aux recours collectifs qui permet d'indemniser les demandeurs ayant obtenu gain de cause qui sont condamnés aux dépens⁴⁸.

Vingt-cinq ans après l'adoption de la LRC, la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance suscite toujours la controverse. Trois provinces (la Colombie-Britannique, le Manitoba et Terre-Neuve) ainsi que la Cour fédérale appliquent un régime « sans dépens » aux recours collectifs. Dans ces ressorts, une partie ayant obtenu gain de cause pourrait avoir droit aux dépens uniquement dans des circonstances exceptionnelles (par exemple, lorsque le tribunal estime que la partie adverse s'est comportée d'une manière abusive ou vexatoire⁴⁹). Il est important de souligner que la majorité des provinces, dont l'Ontario, prévoient des cas d'exclusion de l'application de la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance lorsqu'une action pose une question d'intérêt public, soulève un nouveau point de droit ou représente une cause type – ce sont lesdits facteurs découlant du paragraphe 31(1) de la LRC⁵⁰. La Saskatchewan a modifié récemment sa règle sur les dépens dans un recours collectif : la *Loi sur les recours collectifs*⁵¹ prévoyait antérieurement une règle selon laquelle il n'était pas accordé de dépens, mais la Loi a été modifiée en 2015 et elle prévoit maintenant un pouvoir judiciaire discrétionnaire pour l'attribution de dépens.

On a fait remarquer à la CDO que le critère découlant du paragraphe 31(1) de la LRC avait abouti à des résultats imprévisibles et parfois incohérents. Selon des individus interrogés lors des entrevues de la phase 1, des demandeurs déboutés sont régulièrement visés par des ordonnances de dépens importantes, et le montant de ces ordonnances a augmenté de façon exponentielle depuis la mise en place du recours collectif. Une ordonnance de dépens prononcée en 2017 en fournit un exemple extrême : les demandeurs dont la requête en autorisation a été rejetée ont été condamnés à verser plus de 2,3 millions de dollars aux défendeurs⁵². En 2013, le juge Belobaba a estimé que la moyenne des ordonnances de dépens pour autorisation au cours des six années précédentes, où les demandes de dépens ont dépassé 500 000 \$, s'élevait à environ 490 000 \$ contre les défendeurs et à 341 000 \$ contre les demandeurs⁵³.

Les individus interrogés lors des entrevues de la phase 1 ne s'entendent pas sur la question des dépens dans le recours collectif en Ontario. Certains sont convaincus que la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance dissuade d'intenter des actions en dommages de moindre importance, mais qui sont fondées. D'autres s'inquiètent que la règle puisse mener à l'adjudication de dépens imprévisibles. Certains ont souligné le fait que le financement par des tiers puisse réduire le montant de l'indemnisation qui est versée au final au groupe. D'autres encore s'inquiètent que la règle voulant qu'il ne soit pas accordé de dépens encourage les avocats de recours collectifs à intenter des actions mal fondées et qu'elle motive des demandeurs bien pourvus en ressources à déposer des requêtes interlocutoires inutiles. D'autres encore ont affirmé que la présence accrue de fonds avancés par des tiers rend la question des dépens théorique.

De façon générale, la CDO s'inquiète des répercussions des dépens sur l'accès à la justice. Plus précisément, elle sollicite des observations sur les avantages et les inconvénients du maintien de la règle actuelle selon laquelle les dépens suivent la succombance en Ontario.

Question 3

Quelles modifications devraient être au besoin apportées à la règle que prévoit la LRC pour les dépens

- Convienrait-il que l'Ontario conserve la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance?
- Le coût de l'indemnité pour les dépens en faveur de la partie adverse constitue-t-il une préoccupation?
- Convienrait-il que le Fonds d'aide aux recours collectifs soit suffisamment flexible pour modifier la redevance de 10 % qu'il reçoit actuellement, ou pour financer les frais de justice?
- Le financement par des tiers constitue-t-il une avancée positive dans l'action collective? Sa réglementation devrait-elle être plus stricte?
- La source et le degré de financement devraient-ils être communiqués au tribunal?

4. Approbation par le tribunal de la transaction et des honoraires des avocats en demande

La présente section traite de deux questions connexes, soit l'approbation par le tribunal des honoraires des avocats en demande et des transactions conclues dans le cadre d'un règlement à l'amiable. La réponse à ces questions peut avoir des conséquences considérables pour l'atteinte du triple objectif du recours collectif.

Les honoraires des avocats des demandeurs font souvent l'objet de controverses. On se plaint qu'ils semblent gagner des millions alors que les membres des groupes reçoivent comparativement peu individuellement, situation qui alimente souvent le cynisme et la méfiance du public à l'égard du recours collectif et des avocats des demandeurs.

Dans ce contexte, il ne faut pas perdre de vue que l'écart entre la rémunération des avocats et le recouvrement individuel des membres de groupes est une caractéristique inévitable et structurelle du recours collectif : les avocats des demandeurs sont payés pour représenter un grand nombre de personnes, dont chacune contribue à leurs honoraires. En outre, des honoraires conditionnels visent à faire en sorte qu'ils soient rémunérés correctement pour la prise du risque financier que comporte une affaire de grande ampleur qui pourrait s'avérer infructueuse.

Le cynisme du public à l'égard des honoraires des avocats des demandeurs peut occulter le fait qu'ils doivent être approuvés par les tribunaux en Ontario (et ailleurs au Canada) qui sont tenus de prendre en compte les membres du groupe, l'indemnisation, les honoraires des avocats, le bon déroulement du recours collectif d'une manière générale, ainsi que l'accès à la justice. Les honoraires des avocats des demandeurs sont directement reliés à l'accès à la justice : s'ils ne sont pas assez élevés, il se pourrait que les avocats refusent d'intenter des recours, ce qui nuirait à l'accès à la justice. En revanche, s'ils sont trop élevés, les avocats des demandeurs recevront une part des indemnités que devraient recevoir les membres du groupe, ce qui aurait aussi pour effet de restreindre l'accès à la justice.

La question des incitatifs est directement reliée à cette discussion. Les tribunaux ontariens ont affirmé qu'il faut une indemnisation juste et raisonnable qui soit [traduction] « *suffisante de manière à fournir un incitatif économique aux avocats pour qu'ils engagent un recours collectif et qu'ils le fassent correctement*⁵⁴ ». En conséquence, les avocats ont droit à des honoraires qui sont « justes » et qui pourraient comprendre une prime pour le risque couru et le résultat obtenu. Toutefois, les honoraires [traduction] « *ne doivent pas favoriser un règlement qui soit dans l'intérêt des avocats, mais qui va à l'encontre de celui de l'ensemble des membres du groupe*⁵⁵ ».

L'approbation du règlement à l'amiable d'un recours collectif représente une question importante connexe. Lors d'une audience d'approbation, le juge se voit présenter une entente que toutes les parties ont acceptée, souvent à la suite de longues négociations. Il doit l'approuver, pratiquement sans modification, en se basant sur une série de critères découlant de l'affaire *Dabbs*⁵⁶. Il doit aussi décider si l'entente sert au mieux les intérêts de tous les membres du groupe dans un contexte où les deux parties conviennent du règlement à l'amiable, où l'on présume que le règlement sert les intérêts des membres du groupe qui sont absents, et où l'approbation est, implicitement, fortement encouragée⁵⁷. Cela étant, pour certains interrogés en entrevue préliminaire, plusieurs aspects des critères d'approbation de la transaction posent problème.

Il semble que les tribunaux examinent les transactions plus minutieusement maintenant, notamment quant aux honoraires des avocats des demandeurs par rapport au règlement à l'amiable approuvé. Ils se montrent aussi plus réticents semble-t-il à approuver des règlements qui ne paraissent pas équitables à l'égard des membres du groupe. Par exemple, dans *Lavier v. MyTravel Canada Holidays Inc.*, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la demande d'un demandeur pour des honoraires additionnels étant donné le faible taux de participation à la suite du règlement à l'amiable⁵⁸. Dans l'affaire *Waldman v. Thomson Reuters Canada Limited*, le juge Perell a refusé d'approuver une entente de règlement intervenue dans le cadre d'un recours collectif relatif à des droits d'auteur parce que le règlement à l'amiable ne profitait pas aux membres du groupe. Toutefois, la décision du juge Perell a été annulée par la suite par la Cour d'appel de l'Ontario⁵⁹.

Les tribunaux ont reconnu que le risque comportait le facteur le plus important dans la décision relative à l'approbation des honoraires. Dans ce contexte, ils prennent en compte la proportionnalité afin de s'assurer que les honoraires ne sont pas [traduction] « *nettement démesurés* » ou « *excessivement élevés* » et qu'ils n'ont que « *peu de rapport avec le risque couru ou le résultat obtenu*⁶⁰ ».

La LRC autorise expressément des honoraires conditionnels dans des actions collectives. Les tribunaux ont aussi affirmé que ces honoraires contribuent à promouvoir l'accès à la justice⁶¹. Néanmoins, selon certains interrogés lors des entrevues de la phase 1, les honoraires conditionnels finissent par discréditer la profession juridique. Une inquiétude particulière a été exprimée à propos de la Convention de règlement relative aux pensionnats indiens⁶² et du processus ultérieur de règlement à l'amiable des revendications⁶³.

Fait important, la LRC autorise aussi les avocats des demandeurs à demander l'autorisation du tribunal d'augmenter leurs honoraires par application d'un multiplicateur suivant l'issue favorable d'une action collective⁶⁴. De plus, ils peuvent demander l'approbation de leurs honoraires dans le cadre de l'entente de règlement à l'amiable, pourvu qu'ils soient justes et raisonnables⁶⁵.

En ce qui concerne cette question, certains de ceux interrogés ont laissé entendre que les pourcentages présumés accordés à titre d'honoraires d'avocat suivant une évaluation subjective des « risques du litige » étaient trop élevés. À leur avis, de tels pourcentages n'ont pas de corrélation avec les distributions.

Plusieurs suggestions ont été soumises à la CDO voulant que l'attribution des honoraires d'avocat soit structurée de manière à améliorer le taux de participation.

Question 4 :

Le mécanisme actuel de règlement à l'amiable et d'approbation des frais est-il adapté?

- Le critère juridique applicable au règlement à l'amiable est-il suffisant?
- Quels facteurs le tribunal devrait-il prendre en compte pour attribuer les honoraires d'avocat?
- Les honoraires d'avocat devraient-ils être proportionnels aux recouvrements collectifs, ou leur être subordonnés?
- L'adjudication des frais devrait-elle être dégressive, c'est-à-dire que le pourcentage du recouvrement diminue à mesure que le montant de celui-ci augmente?
- Quelles modifications conviendrait-il d'apporter au besoin au mode d'adjudication des frais?
- La fonction d'intervenant bénévole pourrait-elle exister au stade du règlement à l'amiable ou de l'approbation des frais?

5. Certification

La certification représente une étape cruciale du recours collectif. Le juge autorise l'action comme recours collectif pour qu'elle puisse être engagée au nom d'un groupe. En théorie, un refus de certification signifie qu'une action individuelle peut toujours être engagée, mais, dans la pratique, il annonce la fin du litige. Bien que la certification signifie uniquement que l'action est propice sur le plan procédural à être tranchée pour l'ensemble du groupe et pas nécessairement que l'action est fondée, il est également vrai qu'un demandeur dispose d'une marge de manœuvre beaucoup plus grande pour négocier avec le défendeur après la certification de l'action par le tribunal. Selon nos constatations, la plupart des recours collectifs se règlent après la certification.

Voilà pourquoi on ne s'étonnera pas qu'en Ontario, les demandeurs et les défendeurs investissent semble-t-il des ressources considérables dans la préparation d'une motion en vue de faire certifier le recours collectif⁶⁶. Des centaines de décisions de certification ont été publiées en Ontario, dont bon nombre sont accessibles au public. Elles montrent la jurisprudence qui a été établie au cours des 25 dernières années et confirment que le fondement juridique du critère de certification est en grande mesure établi.

La CDO a demandé aux individus interrogés s'ils estimaient important de revoir l'article 5 de la LRC. La plupart, dont quelques avocats de la défense, ont affirmé qu'il ne fallait pas le modifier, mais plusieurs ont souligné que l'*application* du critère qui en découle mériterait d'être précisée. Les inquiétudes suivantes à l'égard des motions en vue de faire certifier le recours collectif ont été soulevées expressément :

- trop d'éléments de preuve sont admis à cette étape;
- les procédures détournent trop souvent l'attention sur le fond de l'affaire;
- les plans du litige en recours collectifs ne sont pas assez détaillés;
- le délai pour la signification des documents appuyant la requête devrait être prolongé au-delà de la limite actuelle de 90 jours stipulée dans la LRC, et ensuite appliqué réellement⁶⁷.

Quelques individus interrogés ont affirmé la nécessité d'introduire un critère de prépondérance à l'article 5 en appliquant une norme de preuve plus élevée. Toutefois, la plupart, dont quelques avocats de la défense, ont mis en garde contre une réforme radicale de l'article 5, dont un qui a affirmé que cela aurait un effet perturbateur et ferait planer l'incertitude dans une abondante jurisprudence, notamment des arrêts décisifs de la Cour suprême du Canada relatifs à la preuve⁶⁸. Cela dit, la CDO ne souhaite pas se soustraire à la discussion sur la modification de l'article 5 de la LRC dans le cadre de ce projet.

Il y a des approches radicalement différentes à la certification dans d'autres ressorts. Au Québec, le seuil d'application au stade de la certification est « *relativement peu élevé* », les demandeurs devant présenter des éléments de preuve démontrant une « *cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable*⁶⁹ ». À ce stade, « *[b]ien que les requérants ne puissent se contenter de formuler de simples allégations, ce seuil est beaucoup moins exigeant que la norme de preuve applicable en droit civil, soit celle de la prépondérance des probabilités*⁷⁰ ». Les tribunaux québécois doivent aussi prendre en considération les allégations contenues dans la motion en vue de faire certifier, ainsi que la preuve documentaire, les affidavits et les transcriptions déposées dans le dossier s'il y a lieu⁷¹. Les défendeurs peuvent demander l'autorisation de présenter une preuve pertinente et utile lorsque les allégations sont imprécises ou incomplètes ou constituent des opinions. L'autorisation n'est accordée que si la preuve est pertinente eu égard aux critères⁷².

Le fardeau de la preuve est moins lourd au Québec que dans d'autres régions du Canada. En Ontario, par exemple, les demandeurs doivent établir un fondement factuel adéquat pour la certification au moyen de rapports d'expertise et de preuves pointues. Par contraste, en Australie, une action peut être intentée comme recours collectif sans certification; en revanche le défendeur a la possibilité de présenter une requête en suspension de l'action en tant que recours collectif si les coûts étaient excessifs en comparaison avec l'instance individuelle, s'il était plus efficace de poursuivre individuellement, ou s'il serait inapproprié autrement que l'action soit intentée au moyen d'un recours collectif⁷³.

La question de savoir quel est le niveau de preuve nécessaire pour remplir les critères que prévoit l'article 5 est apparue comme un thème dominant des consultations de la phase 1 et elle a été étroitement liée à des inquiétudes à l'égard de l'accès à la justice, des retards et des frais. Pour cette raison, la CDO accueille les présentations sur cette question.

Question 5

Le mécanisme de certification que prévoit pour l'instant l'article 5 de la LRC est-il adapté?

- Quelle norme de preuve convient pour la motion en vue de faire certifier le recours collectif?
- Le tribunal devrait-il examiner le bien-fondé du recours collectif proposé?
- L'Ontario devrait-elle suivre la voie du Québec et n'exiger que des éléments de preuve limités pour la motion en vue de certifier?
- L'Ontario devrait-elle abandonner purement et simplement l'exigence de certification ou l'enquête préliminaire?

6. Modification des comportements

La modification des comportements fait partie des trois objectifs du recours collectif⁷⁴ qui rend possible l'engagement d'actions collectives qu'il serait peu rentable d'intenter individuellement. La Cour suprême a statué que [traduction] « *les recours collectifs remplissent une fonction de réglementation et de droit public en encourageant l'observation du droit substantiel*⁷⁵ ». Les tribunaux évaluent les critères de certification à la lumière de la modification des comportements ainsi que des autres objectifs. La modification des comportements est « un sous-produit inévitable, mais utile, de la promotion de l'accès à la justice », et des observateurs sont d'avis que, dans certains cas, c'est la seule raison d'intenter un recours collectif.

En dépit de l'importance de cette modification en tant qu'objectif stratégique du recours collectif, il est difficile de savoir dans quelle mesure il réussit à dissuader les défendeurs spécifiquement ou généralement de commettre des actes répréhensibles. Voilà pourquoi l'on a demandé lors des entrevues de la phase 1 si le recours collectif atteignait l'objectif de modification des comportements. Les individus interrogés ont cité des exemples spécifiques : des employeurs ont modifié leurs politiques en matière d'heures supplémentaires à la suite d'une action; des recours visant les prêts sur salaire ont entraîné des modifications législatives dans ce secteur; des avocats ont affirmé que les conseils qu'ils donnent à leurs clients qui sont des gens d'affaires comportent presque toujours une discussion des risques associés au recours collectif.

Nombre des réponses à cette question peuvent se résumer ainsi : peu des personnes interrogées parviennent à *prouver* que le recours collectif entraîne des modifications de comportement, mais presque toutes *croient* que c'est le cas.

Étant donné l'importance de cet objectif pour le régime de recours collectif et ses conséquences pour certains aspects de la pratique en la matière (par exemple, la justification du principe de l'aussi près, le total des dommages-intérêts et la causalité), tous s'entendent pour dire que des preuves expérimentales et empiriques de la façon dont le recours collectif a un effet dissuasif sur les comportements répréhensibles seraient utiles.

Question 6 :

Le recours collectif atteint-il l'objectif de modification des comportements? Quels facteurs (ou quels types d'affaires) augmentent (ou réduisent) la probabilité que les comportements soient modifiés?

7. Points de vue des membres de groupes

La recherche sur le recours collectif critique généralement la jurisprudence et les interprétations de la LRC par les juges. L'accent est mis habituellement sur les avocats (par exemple, en ce qui concerne l'indemnisation du risque et l'incitation à la collusion) et sur les parties défenderesses, et trop peu sur les intérêts des parties prenantes du système. En effet, les points de vue des membres du groupe font rarement, voire jamais, l'objet de recherches et d'analyses.

Des études menées récemment en Ontario ont été axées sur une analyse ascendante, un modèle centré sur le public qui place les résidents de la province, pas les avocats, les juges et les décideurs, au centre de la réforme de la justice⁷⁶. D'après le professeur Trevor Farrow, [traduction] « *l'importance de comprendre les besoins directs des personnes qui utilisent le système, par opposition principalement à celles qui le mettent en œuvre, commence à peine à être reconnue*⁷⁷ ».

Dans la même veine que ces recherches sur l'accès à la justice, la CDO s'est engagée à consulter des membres de groupes et des demandeurs représentants. Quelle expérience ont-ils du recours collectif? Quelles sont les questions les plus importantes qui, selon eux, doit être prises en compte dans une initiative de réforme? Comment ont-ils bénéficié de leur expérience du recours collectif et quelle serait, selon eux, la façon d'améliorer le système? La CDO sollicitera les observations de membres de groupes et de demandeurs représentants anciens et actuels.

Les membres de groupes qui sont en opposition – ceux qui prennent des mesures pour s'opposer à une proposition de règlement à l'amiable ou d'honoraires d'avocats – ont peut-être fait des constats particuliers relativement à la justice collective. En s'opposant à un règlement à l'amiable ou à des honoraires, ils sont en conflit avec les avocats représentant le groupe. Souvent, ils ne sont pas représentés. Comment le régime du recours collectif facilite-t-il leur participation à l'action, ou comment nuit-il à leur participation?

Question 7 :

Veillez nous faire part des constats des membres de groupe et des représentants des demandeurs :

- De quelles façons peut-on améliorer son processus pour les membres du groupe et leurs représentants?
- Y a-t-il des types de différend ou de problèmes juridiques que le recours collectif n'aborde pas?
- De quelles façons peut-on employer des technologies pour mieux informer les membres du groupe?
- La LRC devrait-elle comporter des dispositions particulières sur les droits des membres en opposition avec les avis de leur groupe d'être informés, représentés et de recevoir des dépens?

8. Coordination nationale et conduite du recours

a) Recours collectifs multijuridictionnels⁷⁸

Au cours des dernières décennies, la possibilité s'est grandement accrue pour des particuliers au Canada de participer à plus d'un recours collectif pour le même préjudice. L'introduction de recours collectifs nationaux multiples ou qui se chevauchent est devenue fréquente, et les tribunaux sont de plus en plus sollicités pour trancher ces actions collectives qui font intervenir plusieurs ressorts. Elles soulèvent des questions constitutionnelles importantes et les opinions sont aussi divisées que les solutions polarisées⁷⁹. Surtout, des actions collectives parallèles qui s'opposent peuvent avoir des conséquences considérables pour les utilisateurs du système. Par exemple, certains règlements peuvent s'avérer inefficaces, contradictoires et incohérents. Selon des parties prenantes interrogées, les retards dans ces cas peuvent s'avérer significatifs. De plus, lorsque le même recours collectif est intenté par différents demandeurs du même groupe dans plusieurs ressorts, les honoraires sont plus élevés dans l'ensemble en raison du dédoublement des services juridiques. En conséquence, les indemnités versées au groupe sont moins élevées.

Comment les tribunaux ontariens peuvent-ils assurer une meilleure coordination des actions collectives multijuridictionnelles? Lorsque deux ou plusieurs tribunaux sont saisis d'un recours collectif semblable ou connexe, comment l'affaire peut-elle être résolue équitablement en l'absence d'un comité judiciaire comme le Judicial Panel on Multidistrict Litigation des États-Unis⁸⁰? En pratique, les tribunaux canadiens [traduction] « *sollicitent l'avis des avocats sur l'état des procédures connexes dans une tentative d'éviter d'une manière informelle la multiplicité*⁸¹ ». Ils ont aussi recours à une approche de « déférence » voulant que le tribunal auprès duquel un recours collectif est intenté ne procède pas du choix d'une instance, mais s'en remette généralement à la cour supérieure d'une autre province en ce qui concerne le sous-groupe de personnes résidant dans cette autre province⁸². Devant l'augmentation de la confusion et de l'incohérence, des commissions de réforme du droit ont préconisé des mesures visant à assurer une coordination et une gestion efficaces des multiples actions collectives nationales ou multijuridictionnelles. Parallèlement, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il ne revient pas aux tribunaux de trouver des solutions au problème posé par les actions collectives multijuridictionnelles:

[L]es législatures provinciales devraient porter plus d'attention au cadre des recours collectifs nationaux et aux problèmes posés par ceux-ci. Des méthodes plus efficaces de gestion des conflits de compétence devraient être établies dans l'esprit de courtoisie mutuelle qui s'impose entre les tribunaux des différentes provinces dans l'espace juridique canadien. Il ne nous appartient pas de définir les solutions nécessaires⁸³.

En 2005, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a publié des recommandations relatives à des modifications des lois provinciales sur les recours collectifs⁸⁴, suivies en 2006 du *Supplementary Report by the Special Working Group on Multi-Jurisdictional Class Proceedings*⁸⁵ qui décrit un régime harmonisé pour la gestion des actions collectives qui se chevauchent et qui font intervenir plusieurs ressorts, en proposant ce qui suit :

- (1) chaque demandeur reçoit un avis et est habilité à présenter des observations dans chaque autre procédure concurrente;

- (2) chaque motion en vue de faire certifier peut potentiellement fonctionner comme motion relative à l'administration du recours dans plusieurs ressorts;
- (3) lorsque des recours collectifs nationaux concurrents sont en instance, la décision du tribunal relative à la certification et à l'administration du recours repose aussi bien sur les facteurs établis relatifs à l'administration du recours que sur le critère du *forum conveniens*.

La Conférence a également recommandé que les tribunaux qui entendent des recours collectifs ayant été certifiés adoptent les *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross Border Cases*⁸⁶. Ces lignes directrices ont été adoptées depuis dans les instructions relatives à la pratique en Ontario.

Depuis quelques années, plusieurs projets de réforme législative et judiciaire ont vu le jour dans le but d'aborder, ou du moins d'améliorer, cette situation.

Des provinces ont entrepris la modification de leurs lois sur les recours collectifs pour permettre une meilleure gestion des actions collectives multijuridictionnelles. L'Alberta et la Saskatchewan ont toutes les deux autorisé explicitement la certification de ces actions collectives dans leurs secteurs de compétence respectifs⁸⁷ et elles ont prévu des refus de certification en faveur de l'engagement d'une action collective multijuridictionnelles dans une autre province⁸⁸. Avant de certifier ce type d'action en Alberta et en Saskatchewan, les tribunaux doivent déterminer s'il serait préférable qu'une partie ou la totalité des actions soient entendues dans un autre ressort⁸⁹. Les non-résidents qui répondent à la définition de l'action collective certifiée deviendront automatiquement membres du groupe à moins qu'ils ne prennent des mesures pour s'y soustraire⁹⁰.

En 2011, l'Association du Barreau canadien (ABC) a publié le *Protocole judiciaire canadien de gestion des actions collectives multijuridictionnelles* (le Protocole) visant à faciliter la gestion des actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts en tirant parti des règles de pratique, des règles de procédure civile et des lois déjà existantes dans les provinces canadiennes⁹¹. Le Protocole a créé une « liste des avocats » destinée à informer les avocats représentant divers recours de faits nouveaux dans tous les recours collectifs nationaux proposés. Il a aussi pour but de faciliter la coordination des audiences d'approbation de règlement à l'amiable lorsqu'un règlement commun est proposé pour des recours collectifs. À la fin de 2017, l'ABC en a publié une version révisée⁹².

En février 2018, l'ABC a adopté une résolution lors de son l'assemblée générale, approuvant un protocole révisé pour l'approbation de règlements à l'amiable et comportant les meilleures pratiques pour les recours collectifs faisant intervenir plusieurs ressorts lorsqu'aucun règlement à l'amiable n'est proposé. Ce protocole révisé cherche à encourager les juges et les avocats à coordonner leurs efforts à un stade précoce de la procédure⁹³.

En 2016, dans l'arrêt *Endean c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême du Canada⁹⁴ s'est penchée sur la question de savoir si les juges ont le pouvoir de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que l'article 12 des lois de recours collectifs de l'Ontario et de la Colombie-Britannique confère aux juges de ces provinces de vastes pouvoirs discrétionnaires en matière de gestion de l'instance, y compris celui de siéger à l'extérieur de leur province de rattachement, s'il y a lieu, pour parvenir à un règlement à l'amiable juste et expéditif du litige⁹⁵. Les lois ont été largement interprétées dans le sens de l'objectif de promotion d'accès à la justice.

Question 8 :

Au regard des restrictions constitutionnelles en vigueur, quel est le moyen le plus efficace pour le tribunal de gérer les actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts canadiens?

- Le Protocole judiciaire visant les actions collectives (2018) de l'ABC suffit-il à traiter ces actions?
- Est-il souhaitable que la législation prévoit des instructions? Cette question devrait-elle revenir au tribunal?
- Convierait-il de réfléchir à des modifications législatives comme celles de la Saskatchewan et de l'Alberta?

b) Administration du recours en Ontario

Dans un recours collectif, une audition de motion relative l'administration du recours a lieu lorsque de nombreux avocats veulent se faire désigner comme avocat principal pour un groupe important de membres absents, non participants, d'un groupe. La CDO ne connaît aucune analyse empirique du nombre ou de l'incidence de ce type de motion en Ontario. Néanmoins, l'expérience nous apprend que ces motions se révèlent souvent inefficaces, entraînant des retards dans le système judiciaire. La Loi actuelle ne les encadre pas, laissant le soin aux tribunaux de définir des critères juridiques pour déterminer qui sera l'avocat principal. De nombreuses personnes interrogées en entrevue préliminaire sont d'avis que l'interprétation judiciaire de ces critères demeure imprévisible, que la procédure est inefficace et laborieuse, et que le retard qui en découle peut porter préjudice à l'action collective. Certaines ont laissé entendre que la règle « du premier à déposer » appliquée au Québec pourrait s'avérer plus appropriée dans ce contexte⁹⁶.

Question 9 :

De quelles façons les tribunaux ontariens devraient-ils traiter la question de l'administration du recours collectif?

- Convierait-il de réfléchir à une règle « du premier à déposer » en Ontario?
- La LRC devrait-elle être modifiée de façon à prévoir des instructions à cet égard? Si oui, quelles réformes préconisez-vous?

RÉFORME DU RECOURS COLLECTIF À L'ÉCHELLE INTERNATIONALE

Australie

L'Australie s'est dotée d'une loi fédérale sur les recours collectifs en 1992⁹⁷. Elle ne permet pas aux avocats représentant des groupes de facturer des honoraires conditionnels, mais elle autorise l'utilisation de fonds avancés par des tiers⁹⁸.

La Victoria Law Reform Commission (Commission de réforme du droit du Victoria) se penche actuellement sur les questions de financement des recours collectifs, sur l'interdiction en Australie de facturer des honoraires conditionnels et sur le contrôle accru à exercer sur les bailleurs de fonds dans les recours collectifs⁹⁹. Elle doit publier son rapport cette année.

États-Unis

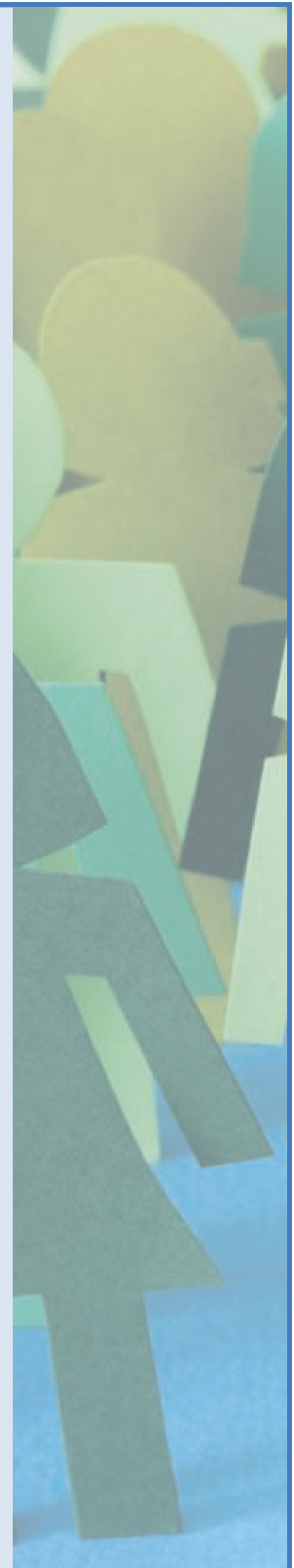
Le Congrès des États-Unis a adopté la *Class Action Fairness Act of 2005*¹⁰⁰. L'intention explicite du législateur était de protéger les intérêts des [traduction] « *membres de groupes [qui] retirent peu ou pas d'avantages de recours collectifs et qui subissent parfois un préjudice*¹⁰¹ ».

Cette loi interdit aux avocats représentant des groupes dans des recours se réglant avec des bons de calculer leurs honoraires sur la base du montant brut des bons attribués; les honoraires doivent être calculés plutôt sur la base du nombre de bons qui sont échangés. Cette loi vise à inciter les avocats représentant des groupes à accroître le « taux de participation » dans ces cas.

Le Congrès des États-Unis étudie actuellement le US Bill 2017 H.R. 985 – *Fairness in Class Actions*¹⁰². Ce projet de loi prévoit que les avocats représentant des groupes devront rendre compte au Federal Judicial Centre et à l'Administrative Office of the US Courts des paiements qui sont versés dans le cadre d'un recours collectif. Cette loi obligerait le Federal Judicial Centre à établir des rapports annuels sur les taux de réclamation, le total des paiements versés aux membres de groupes, le taux moyen et médian de recouvrement, et les honoraires versés aux avocats représentant des groupes.

Angleterre

L'Angleterre ne dispose pas d'une procédure législative formelle de recours collectif. Le *1996 Woolff Report* avait recommandé l'instauration d'un système discrétionnaire de règlement de litiges mettant en cause plusieurs parties ou d'actions de groupe plutôt que d'actions collectives¹⁰³. Les auteurs du rapport étaient inquiets des excès perçus des recours collectifs aux États-Unis. Le législateur du Royaume-Uni a créé par la suite le Group Litigation Order pour administrer les actions de groupe en Angleterre et dans le pays de Galles. Dans ce processus, chaque membre d'un groupe est nommé comme partie. Ils doivent s'inscrire auprès du tribunal et plaider individuellement leur demande, tout en étant redevables individuellement des dépens¹⁰⁴.



9. Autorisation d'appel

Une large majorité des personnes interrogées en entrevue préliminaire conviennent que les dispositions relatives aux appels que prévoit actuellement la LRC devraient faire l'objet d'une révision. Le paragraphe 30(1) de la Loi prévoit qu'une partie peut interjeter appel devant la Cour divisionnaire d'une ordonnance *refusant de certifier* qu'une instance est un recours collectif. En revanche, le paragraphe 30(2) prévoit qu'une partie peut interjeter appel devant la Cour divisionnaire d'une ordonnance *certifiant* qu'une instance est un recours collectif.

Certains sont d'avis que le mécanisme d'appel ajoute près de 12 mois à la durée des procédures. Des preuves préliminaires provenant du Québec permettent de supposer qu'un appel double potentiellement la durée d'un recours collectif¹⁰⁵. Comme c'est le cas dans d'autres domaines de recherche sur le recours collectif, le nombre de cas où un appel est interjeté n'est pas connu. Il n'existe pas non plus de recherche empirique sur le nombre d'autorisations d'appel qui sont accordées ou refusées, sur la fréquence des appels de refus de certification, ni sur le taux de réussite des appels.

Entre-temps, bon nombre des personnes interrogées ont indiqué à la CDO que l'asymétrie de la procédure d'appel est injuste et incohérente. D'autres se demandent si l'intervention de la Cour divisionnaire est vraiment nécessaire, suggérant que tous les appels soient déferés directement à la Cour d'appel où la plupart des décisions de la Cour divisionnaire sont revues de toute façon. La CDO sollicite des avis sur la question de savoir s'il faut supprimer les dispositions relatives à l'appel que prévoit le paragraphe 30(2) de la LRC et s'il faut déferer les appels de décisions relatives à l'autorisation directement à la Cour d'appel.

Question 10 :

Quelle procédure d'appel convient pour les décisions portant sur l'autorisation dans les recours collectifs?

- Les appels des décisions relatives à l'autorisation devraient-ils être interjetés directement devant la Cour divisionnaire, sans obligation d'en avoir obtenu l'autorisation?
- Tous ces appels devraient-ils être interjetés directement devant la Cour d'appel? L'obligation d'obtenir l'autorisation est-elle adaptée?

10. Questions préalables et relatives au procès

Bien qu'il y ait règlement à l'amiable dans la majorité des recours collectifs certifiés, depuis 25 ans, plusieurs douzaines d'actions ont donné lieu à un procès en Ontario¹⁰⁶. Les avocats qui se chargent de recours collectifs doivent composer avec la difficulté de devoir leur adapter une procédure civile et des règles qui ont été conçues pour des actions individuelles. Par exemple, les principes régissant l'interrogatoire préalable doivent tenir compte du rôle du représentant demandeur et de la nature du procès qui se limitent à des questions communes déterminées. La preuve présentée au procès concernant le représentant demandeur doit être généralisée à l'ensemble des membres du groupe. La disposition de la LRC qui autorise la présentation de preuves statistiques n'a pas encore été remise en cause dans le cadre d'un procès¹⁰⁷.

Bien que des questions préalables et relatives au procès n'aient pas été soulevées fréquemment lors des consultations préliminaires, il importe de noter que les recours collectifs n'aboutissent pas tous à un règlement à l'amiable. Comme il y a plus d'actions qui font l'objet d'interrogatoires préalables et de requêtes interlocutoires pour donner lieu en fin de compte à un procès, la CDO sollicite les avis du public sur les problèmes liés aux recours collectifs, ainsi que sur les pratiques exemplaires et les modifications législatives proposées.

Question 11 :

Quelles procédures seraient les plus adaptées pratiques pour conduire une affaire en justice, de l'interrogatoire préalable au jugement? Existe-t-il des enjeux propres au procès sur des questions communes qui pourraient être abordés par voie législative (LRC) ou judiciaire (tribunaux)? Que peuvent faire ceux-ci pour faciliter des règlements à l'amiable plus rapides, avec des retards moins importants?

11. Autres questions

La LRC a plus de 25 ans. Depuis sa promulgation en 1992, les tribunaux ont examiné plusieurs questions qui n'avaient pas été envisagées par les rédacteurs. Les priorités de recherche et de consultation de la CDO sont axées sur les thèmes abordés dans le présent document, notamment l'atteinte du triple objectif du recours collectif.

Ceci étant dit, il est possible que des questions qui s'avèrent importantes dans les actions collectives ne soient pas abordées dans le présent document. C'est pourquoi la CDO sollicite des commentaires et des observations sur des questions qui n'y sont pas abordées.

Question 12 :

Outre les questions énumérées dans le présent document de travail, des dispositions de la LRC sont-elles à actualiser, afin de refléter plus exactement la jurisprudence et les procédures en vigueur? Si oui, que préconisez-vous en particulier?

Chapitre Cinq



LA BASE DE DONNÉES EMPIRIQUES PROJETÉE PAR LA CDO

A. Importance de la recherche empirique

Les décideurs et les intervenants de la justice s'entendent sur l'importance, et même la nécessité, d'avoir des données empiriques sur la justice, et notamment sur le recours collectif. L'Association du Barreau canadien a souligné ce qui suit :

Les indicateurs servent à diverses fins, informant le public sur le système de justice, étayant les décisions quotidiennes des acteurs du système de justice et soutenant les processus d'élaboration de politiques et les processus de changement. Les indicateurs mènent à de meilleurs choix, parce qu'ils permettent les comparaisons et l'apprentissage, ils augmentent la transparence et ils créent des incitatifs à l'amélioration de l'accès à la justice¹⁰⁸.

La CDO est d'accord que l'accès aux documents judiciaires relatifs aux recours collectifs est une priorité importante, et s'accorde avec l'Association du Barreau canadien sur le fait que l'élaboration des données et des indicateurs incombe aux pouvoirs publics. L'élaboration de la méthode, notamment pour le cadre de travail et la collecte des données, doit toutefois se faire en collaboration, avec l'engagement des principaux intervenants et celui de la population¹⁰⁹.

B. Données empiriques sur le recours collectif au Canada

Selon la professeure Catherine Piché,

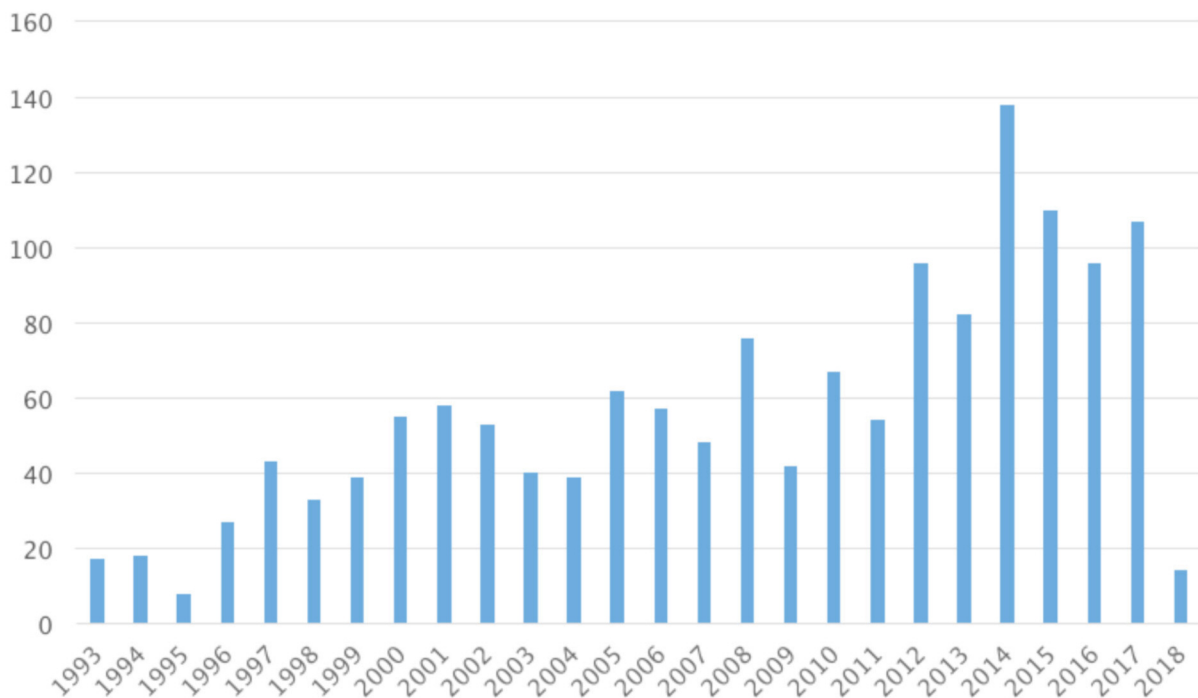
[traduction] il existe une pénurie de données sur l'activité judiciaire au Canada, dans tous les domaines, dont celui du recours collectif. En fait, mis à part les données limitées et peu structurées recueillies par les juges des cours supérieures provinciales qui entendent des recours collectifs, par les greffes et les barreaux, et les chiffres non officiels (souvent plus subjectifs) qui circulent parmi les avocats spécialistes du recours collectif et parmi les magistrats, aucune conclusion fiable ne peut être tirée sur le recours collectif au Canada à ce jour. On ignore donc si le régime canadien du recours collectif est réellement efficace et équitable, et on est dans l'incapacité de déterminer comment le droit devrait avancer, évoluer et être réformé. Les réformes du droit sont souvent fondées sur des données inexactes. L'absence de système documenté de surveillance des réformes mises en œuvre est à l'origine de l'imprécision et de l'opacité de la justice civile. Le secteur du recours collectif ne fait pas exception¹¹⁰.

De nombreuses organisations collectent des données sur la justice, mais leur méthode, leurs intérêts, leurs audiences divergent souvent, ainsi que le souligne l'Association du Barreau canadien¹¹¹. Cette observation générale vaut aussi pour le recours collectif. À de nombreuses reprises, on a tenté de recueillir et de publier des données sur des questions les concernant. Voici quelques exemples notables d'étude empirique en Ontario et au Canada :

- analyse des procès au fond dans l'action collective¹¹²,
- analyse du taux de participation¹¹³,
- étude des honoraires des avocats chargés de recours collectifs¹¹⁴,
- rapports d'activité préparés par des cabinets d'avocats sur les recours collectifs¹¹⁵,
- rapports dans divers domaines du droit, dont celui du recours collectif¹¹⁶,
- rapports préparés par des associations de commerce¹¹⁷,
- rapports préparés par des bailleurs de fonds pour des actions collectives¹¹⁸,
- études universitaires¹¹⁹.

Ces études sont utiles, et il y a lieu de féliciter ceux qui les ont produites. Malheureusement, elles ne suffisent pas, puisque depuis 25 ans d'actions collectives, les décideurs disposent toujours de peu de recherches empiriques sur l'issue des actions collectives en Ontario, sur l'attribution des montants accordés aux membres du groupe suite à un règlement à l'amiable, et sur la durée, le coût ou la complexité des actions collectives en Ontario¹²⁰.

Estimation préliminaire du nombre des actions collectives intentées en Ontario entre 1993 et 2018



Estimation préliminaire du nombre des actions collectives introduites en Ontario, par année, depuis l'adoption de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Selon la CDO, plus de 1450 recours ont été déposés pendant cette période. Cette estimation se fonde sur des données reçues du ministère du Procureur général de l'Ontario, sur la recherche des décisions publiées dans Quicklaw et dans CanLII, et sur les travaux de la CDO notamment pour éliminer les doublons. Elle souligne que du fait des limites touchant les sources des données, elle a probablement sous-estimé le nombre des actions intentées avant 2005. Elle actualisera ces données à mesure que les travaux du projet avancent.

C. Collecte de données sur le recours collectif

Pourquoi ne peut-on recueillir davantage de données empiriques sur le recours collectif?

De façon générale, la réponse est que les systèmes de données des juridictions civiles sont limités, et ne sauraient fournir les données nécessaires à l'analyse moderne de politique publique. Ces questions présentent des défis majeurs pour la recherche empirique ou fondée sur des données probantes en matière civile, recours collectif compris.

Plus particulièrement, la collecte et l'analyse de données sont rendues difficiles par quelques-uns des aspects particuliers de l'action collective. Les difficultés commencent avec la classification : la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* est de nature procédurale. Le recours collectif n'est pas un type d'action en tant que tel. C'est-à-dire qu'aux fins de collecte des données, le marqueur « recours collectif » employé avec les numéros de dossiers peut ne pas être appliqué systématiquement à chaque action collective¹²¹. Il peut donc être difficile de comptabiliser le nombre d'actions collectives en Ontario. La CDO a constaté ces difficultés lors sa collecte de données empiriques pour le projet, notamment les données sur les recours collectifs anciens. En outre, même si les actions collectives sont correctement marquées, les systèmes actuels de données comptabilisent de manière imparfaite les principales étapes du recours collectif, comme les motions en vue de faire certifier le recours collectif, ou encore les détails des règlements à l'amiable approuvés. De surcroît, les données sur les recours collectifs ne sont pas rapportées de manière systématique, et il n'existe aucun système électronique qui puisse rendre facilement accessibles les dossiers judiciaires complets.

Tous ces facteurs réunis expliquent que les données sur les recours collectifs en Ontario, même les plus simples, soient si clairessemées.

Le manque de données empiriques a des conséquences majeures pour toute discussion sérieuse (et pour la réforme du droit) de l'action collective. À cause de ce manque, les décideurs et les intervenants qui débattent de celle-ci se fondent souvent sur leur expérience personnelle ou sur des données anecdotiques plutôt qu'empiriques. Certes l'expérience personnelle est importante, mais elle ne se substitue pas aux données. Ceci est particulièrement vrai pour le recours collectif, même si des commentateurs bien informés arrivent souvent à des conclusions différentes.

Le manque de données empiriques sur le recours collectif peut par ailleurs déformer ou compromettre le débat stratégique sur le sujet, notamment sur les questions majeures de la mise en œuvre du recours collectif. Comment, en l'absence de données, les décideurs peuvent-ils évaluer si les recours collectifs atteignent leurs objectifs de compensation¹²², ou aboutissent à l'attribution des fonds alloués par les parties défenderesses aux membres du groupe¹²³? Comment, sans analyse empirique, les commentateurs peuvent-ils évaluer ou juger les frais de transaction par rapport à l'issue du recours collectif? Les réponses sont au cœur même de questions stratégiques majeures sur le recours collectif¹²⁴.

Selon la professeure Piché,

[traduction] « il est facile de généraliser, mais des données empiriques et des statistiques réelles sur l'issue ou l'effet de l'action collective sont rares et inaccessibles¹²⁵ ».

Ceci ne revient pas à dire que les données sur le recours collectif n'existent pas. Bien au contraire, elles *existent* souvent, notamment chez les avocats, les administrateurs des demandes, ou bien dissimulées dans les dossiers judiciaires en format papier. La difficulté est que souvent, l'accès aux données existantes n'est ni public, ni cohérent, ni économique.

Le cas de l'Ontario n'est absolument pas unique. Selon l'enquête que la CDO a menée de façon non officielle dans plusieurs provinces canadiennes, la Colombie-Britannique, l'Alberta et la Saskatchewan connaissent des difficultés semblables. (La situation du Québec est particulière, et sera abordée ci-dessous). Aux États-Unis comme on peut s'y attendre, il y a semble-t-il plus de recherches empiriques sur le recours collectif, mais l'information demeure lacunaire¹²⁶. En Australie par contre, la Cour fédérale publie des statistiques élémentaires et des documents judiciaires sur les actions collectives¹²⁷.

D. Le Québec

L'accès aux documents judiciaires touchant les actions collectives est relativement limité au Canada, sauf au Québec. Dans cette province, le registre des actions collectives¹²⁸ permet d'accéder aux documents judiciaires. Des données statistiques sont aussi accessibles par le biais du Fonds d'aide aux actions collectives et de son rapport annuel.

Par ailleurs, la base de données sur les recours collectifs¹²⁹ de l'Association du Barreau canadien permet d'accéder à des documents judiciaires dans quelques actions. Il se peut aussi que des cabinets chargés de recours collectifs publient des documents¹³⁰.

E. Étude du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal

Le Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal mène actuellement les recherches empiriques les plus complètes du Canada¹³¹. Cette étude est menée en partenariat avec notamment des avocats, le Barreau du Québec, la Cour supérieure du Québec et des juges qui y siègent, le Fonds d'aide aux actions collectives, Éducaloi, la Soquij, Options Consommateurs et la CDO¹³².

La première phase a été l'analyse des actions collectives introduites au Québec de 1996 à 2017¹³³ : le taux de participation dans diverses actions notamment a été compilé et comparé, ainsi que le montant obtenu par demandeur. Le laboratoire vise aussi à éclairer les modes de distribution ainsi que le coût total du régime de l'action collective.

Les premières constatations comportent plusieurs conclusions majeures, au moins pour le recours collectif au Québec :

- de façon générale, le taux de participation est [traduction] « *beaucoup plus impressionnant que celui qui avait été constaté précédemment, et que celui qu'avaient laissé entendre les publications et la presse* »¹³⁴;
- [traduction] la « *conclusion primordiale [...] est que même si le taux de participation varie énormément selon les dossiers étudiés, les actions collectives permettent réellement de dédommager les Québécois* »¹³⁵;
- le taux de participation [traduction] « *est élevé quand il existe dans l'action une série de facteurs favorables. Dans la majorité des dossiers dans lesquels le taux de participation a dépassé 75 %, les membres du groupe étaient souvent déjà identifiés ou facilement identifiables [...] le dédommagement est amélioré dans les cas où il est simple de localiser et de joindre les membres du groupe, ce qui est le cas surtout dans les affaires de protection des consommateurs. Autrement, le taux de participation est généralement plus élevé si les parties ont sérieusement tenté de localiser et de notifier les membres du groupe* »¹³⁶;
- [traduction] « d'après notre examen des dossiers papier et de la correspondance qu'ils contenaient, parce que la participation étroite du juge à la procédure favorise la distribution, elle influence de manière déterminante et positive la réussite de l'action collective »¹³⁷.
- [traduction] « *j'ai été surprise de ne trouver que fort peu d'affaires pour lesquelles il y a eu dépôt d'un rapport final, clair et simple ou dont le jugement final indique et approuve les distributions* »¹³⁸.

Ce projet démontre les possibilités et les limites de la recherche empirique sur l'action collective.

Selon les chercheurs du laboratoire, pendant les deux décennies qui ont précédé les modifications législatives de 2016, au Québec, le manque de transparence était généralisé concernant l'issue des actions collectives dans les dossiers et dans les documents judiciaires. Ils ont constaté un manque de cohérence considérable dans les documents judiciaires, le marquage des catégories, ainsi que

[traduction] [...] « *des rapports et des comptabilisations de nature essentiellement générique et imprécise, ne fournissant pas les montants distribués, le stade de distribution, ni les détails du processus de versement des sommes demandées. Les rapports de distribution sont souvent incomplets, embrouillés, ou tout simplement ne*

figurent pas au dossier. L'absence de certitude dans le dossier quant au nombre des membres du groupe ajoute à la confusion. D'ailleurs, le caractère confidentiel des données est parfois imposé dans l'entente de règlement, ou au moment où s'entendent les avocats chargés du règlement ou dans les ententes de confidentialité »¹³⁹.

À propos des résultats des recours collectifs, le laboratoire a constaté que dans leur grande majorité, ceux-ci aboutissent à un règlement à l'amiable, celui-ci intervenant avant autorisation. Il a en outre constaté que les actions collectives sont en majorité introduites par des consommateurs, puis par l'État, puis pour des motifs de responsabilité du fabricant et de responsabilité contractuelle. À propos des retards, il a constaté qu'il faut deux ans et demi pour obtenir l'autorisation, plus de huit ans pour le jugement, et cinq ans pour l'approbation judiciaire du règlement à l'amiable. Le laboratoire a constaté qu'en moyenne, 58,08 % des membres des groupes sont dédommagés (taux de participation moyen), et que la majorité des actions permet la distribution totale de montants allant de 100 000 \$ à 10 000 000 \$. À propos des dépens, la constatation majeure a été que les avocats des groupes reçoivent un peu moins du tiers des montants accordés, et les administrateurs de réclamations, seulement 6 %.

Les travaux du laboratoire peuvent apporter des éclairages utiles quant aux méthodes à préconiser afin d'obtenir des données pour les recours collectifs en Ontario.

F. Élaboration d'une base de données sur le recours collectif dans le cadre du projet de la CDO

Une partie importante du projet de la CDO consiste à élaborer une base de données sur le recours collectif. Persuadée que la base de données est une partie essentielle du projet plus vaste sur le sujet, la CDO tente ainsi de combler le manque de données sur les actions collectives en Ontario¹⁴⁰. Dans l'idéal, une telle base de données comprendrait des données actuelles et historiques sur les sujets suivants :

- tribunaux,
- parties, avocats,
- actions collectives concurrentes, responsabilité de l'administration du litige, actions collectives nationales,
- déroulement (grandes étapes) des événements majeurs du litige,
- sujet de la demande,
- description du groupe,
- certification,
- appels,
- issue du procès, règlement à l'amiable, procès,
- distribution des montants accordés,
- dépens, honoraires des avocats.

La CDO ne compte pas que sa base de données présente des données empiriques complètes de tous les recours collectifs en l'Ontario. La difficulté qu'elle rencontre, tel qu'exposé, est qu'en Ontario, de nombreuses catégories de données (issue du procès, détails du règlement à l'amiable, distribution, parmi d'autres) ne sont pas systématiquement collectées ou enregistrées dans le dossier public de la cour, dans les jugements publiés sur Internet, ni ailleurs. La CDO va donc travailler à réunir des données empiriques à partir des dossiers de la cour notamment ceux en format électronique, des bases de données juridiques et d'autres données publiques. Afin de recevoir de l'aide pour la collecte de ces données, elle sollicitera la coopération notamment d'avocats, de cabinets d'avocats, et de tribunaux.

La CDO compte que la base de données aidera à analyser les questions de l'accès à la justice et de l'économie des ressources judiciaires. Il n'est pas prévu que les questions touchant la dissuasion et la modification des comportements y soient abordées.

Davantage de renseignements sur la base de données sur le recours collectif seront publiés pendant le déroulement du projet de la CDO.

G. Questions à débattre

Selon la CDO, les décideurs, les praticiens et les parties prenantes doivent mettre les bouchées doubles pour recueillir et analyser des données empiriques sur les recours collectifs. Il est impossible de mettre en œuvre des politiques efficaces sans prendre appui sur des données rigoureuses. C'est pourquoi la CDO sollicite des commentaires publics sur des actions susceptibles de combler le « vide de données » qui existe dans les actions collectives.

La CDO n'est pas d'avis que l'amélioration de la collecte ou de la distribution des données dépend forcément de l'élaboration de nouveaux systèmes de données judiciaires, et que si des mesures pratiques et constructives peuvent être prises, les décideurs (et la population) ne devraient pas attendre. Des avocats et des administrateurs de réclamations lui ont ainsi indiqué que la distribution des montants accordés pouvait être nettement améliorée en faisant appel aux technologies. Leur utilisation présente en outre l'avantage d'améliorer la collecte de données.

Sans surprise, les consultations préliminaires de la CDO laissent entendre que toutes les parties prenantes s'accordent absolument sur la nécessité d'améliorer la collecte des données dans le domaine.

Selon ce qui a été constaté, un nouveau régime de collecte des données devrait pour être efficace être obligatoire, généralisé, facile à gérer, neutre et transparent. Un tel régime devrait aussi prévoir des mesures qui incitent les participants à *échanger* des données. Il devrait enfin être conforme aux règles déontologiques, à la législation sur la vie privée et aux autres restrictions applicables à la collecte et à la distribution de données.

Il convient de souligner que de nombreuses institutions publiques, dont le gouvernement de l'Ontario, prennent des mesures visant à aborder les difficultés liées aux données de la justice civile¹⁴¹. Ils entreprennent des mesures pour favoriser l'accès libre aux données, la participation des citoyens et la prise de décisions stratégiques fondée sur des données probantes. La directive ontarienne sur les données ouvertes et le catalogage des données constitue une action importante à cet égard.

La LRC a 25 ans. La CDO estime qu'il est temps de se demander si la loi devrait être modifiée, et si oui de quelle façon, afin de favoriser la collecte améliorée des données, la prise de décisions stratégiques fondée sur des données probantes, la transparence et le libre accès aux données.

Question 13 :

Conviendrait-il de modifier la Loi de 1992 sur les recours collectifs et les Règles de procédure civile afin de favoriser le suivi obligatoire et cohérent des actions collectives et des données les concernant?

- Quelles données faudrait-il collecter?
- Comment peut-on réduire les obstacles ou les freins à la collecte améliorée des données?
- Comment peut-on utiliser des technologies en vue de faciliter la collecte plus systématique et le suivi amélioré des recours?

Chapitre Six

COMMENT PARTICIPER?

La CDO est d'avis que la réussite de toute réforme du droit dépend de consultations vastes et accessibles avec les individus, les groupes et les organisations.

Les questions à aborder exposées ici constituent un guide pour les problèmes relatifs au recours collectif que la CDO a cernés jusqu'à présent. Elle recevra avec plaisir les commentaires publics portant notamment sur ces problèmes.

La publication du présent document de travail ouvre une période intense de quatre mois de consultations publiques. La CDO consultera des citoyens, des avocats, des organisations juridiques, publiques et privées, des universitaires, les pouvoirs publics et les individus qui s'intéressent au recours collectif. Les consultations prendront notamment la forme de réunions, de téléconférences, de webinaires, de groupes de discussion et de tables rondes. Les principaux documents du projet seront distribués en français et en anglais.

On peut participer de multiples façons :

- se renseigner sur le projet et s'inscrire sur le site qui lui est consacré pour recevoir les mises à jour,
- se renseigner auprès de la CDO à propos du projet ou des consultations,
- adresser à la CDO des observations ou des commentaires écrits.

Les consultations se termineront le 11 mai 2018.

Pour contacter la CDO :

Commission du droit de l'Ontario
Osgoode Hall Law School
Université York
2032 Ignat Kaneff Building
4700 Keele Street Toronto
ON M3J 1P3

Téléphone : 416-650-8406
Ligne téléphonique gratuite : 1-866-950-8406
Courriel : lawcommission@lco-cdo.org
Site Web : www.lco-cdo.org
Twitter @LCO_CDO

Annexe A

LE CADRE DE RÉFÉRENCE DU PROJET

Projet de recherche sur les recours collectifs

Cadre de référence

22 septembre 2017

Aperçu

La Commission du droit de l'Ontario (CDO), avec le soutien et la collaboration de la Faculté de droit de l'Université de Windsor et de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, dirige une étude indépendante sur les recours collectifs en Ontario.

Le projet vise à examiner si les recours collectifs atteignent correctement leurs trois objectifs : améliorer l'accès à la justice, renforcer l'économie des ressources judiciaires, et favoriser la dissuasion.

Le projet reposera sur des recherches et des consultations publiques exhaustives. Il se terminera par la publication et la diffusion d'un rapport public, comprenant une analyse et s'il y a lieu, des recommandations de réforme.

Le projet se déroulera de manière indépendante, équilibrée et axée sur la consultation et les aspects pratiques du dossier dans le but de servir l'intérêt public.

Équipe du projet

Le projet est dirigé par la CDO, avec l'aide de deux chercheuses principales :

- professeure Jasminka Kalajdzic, Faculté de droit – Université de Windsor
- professeure Catherine Piché, Faculté de droit – Université de Montréal

La CDO assure le secrétariat et l'administration du projet, et son directeur exécutif, Nye Thomas, le dirige.

Groupe de référence

L'équipe du projet met sur pied un Groupe de référence pour l'épauler dans son travail. Collectivement, celui-ci aura des connaissances juridiques spécialisées – conduite des recours collectifs, régime juridique ontarien, recherche et consultations, accès à la justice, réforme du droit. Les personnes nommées pour faire partie du groupe auront bonne réputation tant dans le milieu juridique que dans la collectivité.

Objectifs et hypothèses du projet

Le projet vise à étudier la situation des recours collectifs en Ontario et à mener une analyse indépendante, équilibrée et pratique des recours collectifs, du point de vue de leurs trois objectifs : accès à la justice, économie des ressources judiciaires, et dissuasion.

Reconnaissant que la portée du projet peut être très vaste et soulève de nombreux enjeux complexes et controversés, et compte tenu du temps et des ressources limités consacrés au projet, l'équipe organisera ses travaux et établira les priorités afin de mettre l'accent sur les enjeux systémiques qui ont une grande incidence sur les recours collectifs en général. On

déterminera s'il est nécessaire de modifier la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de façon qu'elle s'applique comme il convient aux recours collectifs actuels. On s'efforcera d'établir un ensemble de données probantes, solides et indépendantes sur les recours collectifs en Ontario.

Consultations et sensibilisation

On accorde dans le projet une grande priorité aux consultations des avocats, des organismes juridiques, des pouvoirs publics, des organismes des secteurs public et privé, et des personnes qui s'intéressent au recours collectif. On diffusera un document de travail pour solliciter des commentaires de la population à propos des enjeux liés aux recours collectifs. On organisera des réunions et des consultations en personne avec des particuliers, des organismes et des parties prenantes clés. Les documents importants seront diffusés en anglais et en français, et une page Web sera créée de manière à sensibiliser, informer et consulter la population.

Liens avec d'autres recherches et actions en matière de recours collectifs

Des organisations et des personnes ont entrepris en grand nombre des travaux importants sur le recours collectif, en Ontario notamment. On n'entend pas reproduire ces actions dans le cadre du projet. On travaillera donc en collaboration avec des chercheurs, des parties prenantes et des organisations à étoffer les recherches et les actions stratégiques actuelles et à veiller à ce que les ressources limitées soient utilisées le plus efficacement possible.

Financement et soutien

Financé par la CDO, le projet reçoit aussi le soutien de la Faculté de droit de l'Université de Windsor, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, du ministère du Procureur général de l'Ontario et du Programme juridique de partenariats et d'innovation du gouvernement du Canada. S'il y a lieu, il y aura collaboration avec d'autres bailleurs de fonds. Les fonds consacrés au projet seront administrés par la CDO.

Annexe B

QUESTIONS POSÉES LORS DES ENTREVUES DE LA PHASE 1

Questions générales

1. L'accès à la justice est l'un des trois objectifs du recours collectif. Cet objectif est-il atteint?
2. Le règlement à l'amiable de la plupart des recours collectifs n'intervient qu'au bout de plusieurs années. Comment ce retard s'explique-t-il? Quelles modifications législatives ou procédurales seraient susceptibles d'améliorer l'efficacité du recours collectif ou l'économie des ressources judiciaires?
3. Qu'est-ce qui prouve que le recours collectif dissuade de commettre des actes répréhensibles? Constatez-vous des indices de modification des comportements qui résulte de recours collectifs introduits en Ontario (chez vos clients ou ailleurs)? Quels sont ces indices?

Questions spécifiques

4. Quelles modifications devraient être au besoin apportées au critère de certification que prévoit l'article 5 de la LRC?
5. Actuellement, les défendeurs doivent obtenir l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance de certification. Convierait-il de modifier cette procédure? Si oui, comment? Pourquoi?
6. Convierait-il de modifier la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance?
7. Le critère employé actuellement pour l'approbation des honoraires des avocats est-il adapté?
8. Le critère employé actuellement pour l'approbation des arrangements visant à financer les litiges est-il adapté?
9. Convierait-il de modifier les règles ou les méthodes s'appliquant au Fonds d'aide aux recours collectifs? Si oui, comment?
10. Selon vous, les intérêts des membres absents sont-ils bien protégés au moment de l'approbation du règlement à l'amiable du recours collectif en cause? Sinon, comment pourraient-ils être mieux protégés?
11. Que pensez-vous des modes de distribution des montants accordés et de la gestion de celle-ci dans les recours collectifs réglés en Ontario?
12. Quel est selon vous le degré d'accessibilité et de clarté des avis pour les membres des groupes?
13. Le versement des montants accordés suivant le principe du *cyprès* constitue-t-il une avancée vis-à-vis de l'accès à la justice ou de la modification des comportements? Les versements effectués selon ce principe devraient-ils influencer sur les honoraires des avocats?
14. L'actuelle coordination judiciaire des recours collectifs faisant intervenir plusieurs ressorts (recours « nationaux » ou multijuridictionnels) est-elle adaptée? Sinon, comment proposez-vous de l'améliorer?

Classement des questions par ordre de priorité

15. Comment classeriez-vous celles des questions ci-dessus qui méritent l'attention et nécessitent des réformes? Veuillez énumérer vos trois priorités.

Autres observations, autres personnes à contacter

16. Avez-vous d'autres observations maintenant que nous lançons le projet? Avec qui recommandez-vous que nous nous entretenions pendant le déroulement du projet?

Annexe C

TYPES DE RECOURS COLLECTIF

A. Introduction

La *Loi de 1992 sur les recours collectifs* a été adoptée pour doter les tribunaux de moyens simples et efficaces pour traiter des litiges complexes qui touchent les intérêts d'un nombre potentiellement important d'individus¹⁴². Autrement dit, la loi n'a pas donné lieu à de nouveaux types d'actions, mais plutôt à un nouveau mécanisme procédural pour intenter des types d'actions existants.

Chaque type de recours collectif doit être fondé sur des causes d'action créées par la loi ou reconnues en common law, comme un délit (négligence, manquement à une obligation fiduciaire, nuisance) ou une rupture de contrat. Le recours collectif pour atteinte à la vie privée a vu le jour récemment à la suite d'une modification dans la common law. Étonnamment toutefois, il existe relativement peu de recours collectifs en environnement, malgré les attentes exprimées il y a longtemps par la Commission de réforme du droit de l'Ontario voulant qu'ils soient [traduction] « *un moyen certain d'obtenir réparation pour des préjudices causés par la pollution*¹⁴³ ».

B. Loi sur la concurrence (y compris fixation des prix et antitrust)

Dans les premières années suivant la promulgation de la LRC, peu d'occasions se sont présentées d'établir une jurisprudence relative au recours collectif en vertu de la *Loi sur la concurrence*¹⁴⁴. En 2003, dans l'affaire *Chadha c. Bayer inc.*¹⁴⁵, la Cour d'appel de l'Ontario s'est interrogée sur l'utilité de fonder des recours collectifs¹⁴⁶ sur la *Loi sur la concurrence*¹⁴⁷ fédérale. Depuis lors, plusieurs recours collectifs en droit de la concurrence ont été certifiés à des fins de règlement à l'amiable¹⁴⁸.

Le paragraphe 36(1) de la *Loi sur la concurrence* confère aux victimes de pratiques monopolistiques un droit privé d'action. Toutefois, l'efficacité d'un recours collectif pour renforcer le droit de la concurrence dépend de la capacité du demandeur à établir qu'une infraction a été commise en vertu de la Loi et que des pertes ou des dommages ont été subis en conséquence¹⁴⁹. Lorsqu'un demandeur établit qu'il y a eu une condamnation antérieure, il est plus probable qu'une action collective soit intentée et, souvent, qu'elle aboutisse à un règlement à l'amiable¹⁵⁰. Cela est attribuable à l'application du paragraphe 36(2) de la *Loi sur la concurrence*, qui prévoit une présomption réfutable voulant que, lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction en vertu de la partie V de la Loi (intitulée « Infractions relatives à la concurrence »), toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action.

C. Protection du consommateur (y compris les contrats de consommation et les services financiers)

Dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres c. Dutton*¹⁵¹ de 2001, la Cour suprême du Canada a reconnu l'importance des recours collectifs pour résoudre des questions liées au secteur de la consommation¹⁵². Trois ans plus tard, la Cour a démontré l'utilité d'un recours collectif pour les consommateurs dans l'arrêt *Garland c. Consumers' Gas Co.*¹⁵³. L'entreprise de distribution de gaz a été sommée de rembourser les pénalités infligées pour paiement en retard qui représentaient un taux d'intérêt supérieur à la limite prescrite par le *Code criminel*¹⁵⁴.

Des recours collectifs ont aussi été intentés dans plusieurs affaires relevant de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*¹⁵⁵. Dans le cadre d'un recours certifié, il a été allégué que des cartes de paiement prépayées émises par le

défendeur et assujetties à des frais divers constituaient une « pratique déloyale » en vertu de la Loi¹⁵⁶. De même, une action pour enrichissement illicite apporté par des frais de stationnement et qui constituerait une violation de la Loi a été certifiée¹⁵⁷.

D'autres recours collectifs de portée variable ont été intentés à des fins de protection du consommateur par les groupes suivants : des étudiants qui ont intenté des recours collectifs contre leurs écoles¹⁵⁸; des organisations caritatives qui ont contesté les frais administratifs et de permis de bingo de la municipalité¹⁵⁹; des différends entourant la remise à neuf d'appartements en multipropriété¹⁶⁰; des dépenses liées à la réfection de rue¹⁶¹; le montant des pénalités pour le remboursement anticipé de prêts hypothécaires résidentiels¹⁶²; une demande de compte rendu d'opérations de puits de pétrole¹⁶³.

D. Responsabilité civile de l'État (y compris manquement à une obligation, préjudices institutionnels et violations de la Charte)

[traduction] On ne s'étonnera pas que l'État ait souvent été défendeur dans des recours collectifs. Étant donné sa présence dans la vie économique et sociale du pays, ainsi que son portefeuille bien garni, il faut s'attendre à ce que des actions soient intentées contre lui¹⁶⁴.

Beaucoup d'allégations de manquement à une obligation de diligence par l'État sont formulées dans des affaires de droit autochtone. Dans *Brown c. Canada (Procureur général)*¹⁶⁵, la Cour a statué que le Canada était responsable en droit d'un manquement d'une obligation de diligence de common law à l'égard de membres du groupe – anciennement, des enfants autochtones vivant dans une réserve qui avaient été placés dans des familles non autochtones et qui ont perdu par la suite leur identité autochtone¹⁶⁶. Dans l'affaire *Cloud c. Canada (Procureur général)*¹⁶⁷, des membres de différentes Premières Nations ont proposé un recours collectif au nom d'anciens élèves d'un pensionnat indien, qui a été certifié par la Cour d'appel de l'Ontario. L'affaire *Canada (Procureur général) c. Fontaine*¹⁶⁸ faisait appel à la Cour suprême du Canada d'un jugement, confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario, voulant que les documents relatifs à une action collective réunie concernant des pensionnats indiens doivent être détruits à l'expiration d'une période de conservation de 15 ans. Le pourvoi a été rejeté.

D'autres actions alléguant des manquements aux obligations de l'État ont porté sur les questions suivantes : internement à long terme¹⁶⁹; deux actions proposées ayant trait à des détenus¹⁷⁰; une action alléguant que des responsables provinciaux avaient déclaré prématurément qu'une épidémie de SRAS était maîtrisée¹⁷¹; des cas de refus de prestations¹⁷²; une action alléguant un défaut de protection des Ontariens contre des fraudes commises par des détaillants de billets de loterie¹⁷³; une action demandant réparation pour paiement d'une taxe d'entrée¹⁷⁴; des poursuites alléguant que l'État avait fait preuve de négligence à titre d'organisme de réglementation de l'industrie à la suite d'un cas de maladie de la vache folle¹⁷⁵; une action ayant trait à la baisse de la demande sur le marché de vente légale de produits du tabac¹⁷⁶.

E. Recours collectifs relatifs à l'emploi et aux pensions

Trois principaux types de recours collectif sont intentés par des employés contre leurs employeurs pour les motifs suivants : non-respect de dispositions contractuelles ou d'origine législative relatives aux normes d'emploi, licenciement collectif, et modification de prestations et d'avantages de retraite¹⁷⁷.

Les violations des normes d'emploi prévues par la *Loi sur les normes d'emploi*¹⁷⁸ et le *Code canadien du travail*¹⁷⁹ sont généralement plaidées comme des allégations de non-paiement du salaire légal¹⁸⁰, y compris des heures supplémentaires – un concept lié à la « classification erronée » des employés entraînant le non-paiement des heures supplémentaires¹⁸¹. Les exigences prévues par la Loi jouent également un rôle important dans les licenciements collectifs et dans les congédiements injustifiés.

Les réclamations relatives aux pensions et aux avantages postérieurs au départ à la retraite impliquent des sommes d'argent considérables et conviennent particulièrement au recours collectif étant donné l'existence de questions communes relatives aux modalités d'un contrat ou à une entente sur les pensions. De plus, les membres du groupe sont aisément identifiables et ils ont des questions individuelles simples¹⁸². Les sociétés¹⁸³, les administrateurs de régime de pension¹⁸⁴ et les gouvernements¹⁸⁵ figurent parmi les cibles les plus notables de recours collectifs relatifs aux pensions.

F. Recours collectifs en environnement (y compris les troubles de voisinage (nuisance))

Dans le premier arrêt de sa trilogie de 2001, la Cour suprême du Canada a reconnu que la prise de conscience des fautes environnementales explique la croissance du nombre de recours collectifs¹⁸⁶. En revanche, dans le second arrêt de la trilogie, soit *Hollick c. Toronto (Ville)*¹⁸⁷, la Cour a rejeté un appel visant la certification d'un recours collectif en environnement. Bien qu'elle ait reconnu l'existence d'un lien rationnel entre le groupe et les questions communes énoncées¹⁸⁸, elle a également conclu qu'il était probable que certains secteurs aient été touchés plus gravement que d'autres¹⁸⁹. De plus, elle a souligné que la législation ontarienne de l'environnement « apaise jusqu'à un certain point les craintes légitimes au chapitre de la modification comportementale¹⁹⁰ » et elle a pris soin de préciser que la décision dans l'affaire *Hollick* ne voulait pas dire que les conditions de certification d'un recours collectif dans le domaine de l'environnement ne pourraient jamais être réunies¹⁹¹.

À la suite d'une instruction complète sur les questions communes, le juge du procès dans *Smith v. Inco Limited*¹⁹² [auparavant *Pearson v. Inco Limited*] a statué que le défendeur était responsable de la contamination au nickel dans le passé provenant de sa raffinerie et a accordé 36 millions de dollars pour des dommages matériels aux résidents de Port Colborne. En 2011, la décision de première instance a été infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario qui a soutenu que le juge du procès avait commis une erreur en concluant à la responsabilité absolue du défendeur et en le tenant responsable de troubles de voisinage ou nuisances de nature privée.

Comme il a été indiqué ci-dessus, la Commission de réforme du droit a déclaré en 1982 que les recours collectifs en environnement constituaient [traduction] « un moyen évident d'obtenir réparation de préjudices causés par la pollution¹⁹³ ». Toutefois, dans la pratique, cela s'est avéré moins évident.

G. Recours collectifs en matière de franchise

La *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*¹⁹⁴ régit les contrats de franchisage et l'activité commerciale exploitée aux termes de tels contrats¹⁹⁵. Qualifiée par la Cour d'appel de *sui generis*, la Loi a pour but de rétablir le déséquilibre des pouvoirs entre franchiseurs et franchisés en offrant des recours contre les abus découlant de ce déséquilibre¹⁹⁶.

La convergence de la LRC et de la *Loi Arthur Wishart* a été décrite par la Cour supérieure dans l'affaire *Fairview Donut Inc. v. The TDL Group Corp.* comme fournissant [traduction] « un terreau fertile pour l'augmentation des recours collectifs en matière de franchise¹⁹⁷ ». Dans l'affaire *Trillium Motor World Ltd. v. General Motors of Canada Ltd*¹⁹⁸, la Cour a déclaré que la relation de franchisage repose généralement sur l'existence de franchisés qui exploitent leurs activités en vertu d'un contrat type, ainsi que sur un « système » commun et un traitement commun des franchisés par le franchiseur – qui pourraient tous soulever des points de droit ou de fait communs capables d'être résolus pour l'ensemble du groupe¹⁹⁹. Autrement dit, la procédure a été perçue comme étant particulièrement propice à un recours collectif²⁰⁰.

Bien que certains aspects des recours en matière de franchise puissent contribuer à l'accomplissement des objectifs aussi bien de la LRC que de la *Loi Arthur Wishart*²⁰¹, la Cour supérieure de justice a prévenu que les affaires relatives au franchisage ne conviennent pas toutes à la certification²⁰² parce qu'il peut y avoir des questions individuelles en suspens après que les questions communes ont été déterminées²⁰³.

H. Recours collectifs en matière d'assurance

Le coût élevé de défendre des motions en vue de faire certifier le recours et de mettre en place les règlements au moyen de paiements pour des campagnes d'avis et de frais d'administration a permis aux assureurs d'évaluer le coût de se défendre dans un procès, y compris les indemnités qui pourraient être exigées par les décisions²⁰⁴. La multitude des causes d'action qui sont invoquées dans des recours collectifs a des incidences importantes pour la couverture d'assurance puisque les réclamations sont fondées sur la responsabilité des administrateurs et des dirigeants, les effets nocifs sur l'environnement et la responsabilité commerciale générale²⁰⁵.

Des actions ont été intentées directement contre des assureurs, avec des résultats mitigés, liées à des allégations concernant leurs pratiques en matière de pièces automobiles et la qualité des pièces fournies²⁰⁶, le non-paiement de la pleine valeur de rachat en espèces d'une police²⁰⁷, la vente de polices d'assurance-vie à primes prélevées sur la valeur de rachat où l'on prétend qu'à un moment donné, il ne sera plus nécessaire de payer les primes²⁰⁸, la violation de contrats hypothécaires conventionnels²⁰⁹ et les assertions négligentes et inexactes relatives au rendement du capital investi²¹⁰, pour n'en nommer que quelques-unes.

Les recours collectifs en matière de valeurs mobilières représentent tout particulièrement une exposition considérable au risque de responsabilité pour les administrateurs et les dirigeants, les obligeant à recourir à leurs polices d'assurance pour une couverture à des fins de défense et d'indemnisation²¹¹. Il convient donc de souligner les données dans le tableau ci-dessous indiquant que 89 recours collectifs en matière de valeurs mobilières ont été intentés dans la province, soit le quatrième type de recours le plus fréquent.

Ces développements au sein de l'industrie des assurances posent des problèmes pour la souscription puisque les risques doivent être évalués dans le contexte de recours collectifs potentiels et d'une jurisprudence qui évolue²¹².

I. Délits civils collectifs (lésions corporelles et aliments contaminés)

Cette catégorie de recours collectif porte généralement sur un seul délit civil collectif et, pour cette raison, la délimitation du groupe n'est généralement pas contestée²¹³. Néanmoins, même lorsque la proposition d'un demandeur ne répond pas aux exigences de « groupe » et de « sous-groupe », le recours peut être certifié sous condition lorsqu'il existe un objectif solide d'accès à la justice²¹⁴. Toutefois, jusqu'au stade de la certification, la taille du groupe peut être réduite considérablement au moyen d'un régime d'indemnisation – un mécanisme qui implique l'éthique de la responsabilité²¹⁵.

Des recours collectifs ont été certifiés en Ontario pour des situations de fait aussi diverses que les suivantes : un avion d'Air France qui a dérapé, est sorti de piste et a pris feu²¹⁶; un rappel de produit alimentaire²¹⁷; un cas de contamination de produits sanguins par le VIH²¹⁸; un incendie dans un tunnel de métro faisant en sorte que des personnes voyageant dans deux wagons aient été traitées pour inhalation de fumée²¹⁹; un incendie ayant ravagé une installation d'entreposage en libre-service où le système de gicleurs et le réseau de canalisation d'incendie étaient défectueux²²⁰; des allégations voulant que des élèves ayant des difficultés d'apprentissage et des problèmes de comportement aient été victimes de sévices physiques, sexuels, émotionnels et psychologiques à l'école²²¹.

D'autres recours collectifs n'ont pas été certifiés en raison du nombre de questions, notamment la complexité du recours²²², et de l'omission de divulguer une cause d'action valable²²³.

J. Autres recours collectifs

Ces types de recours collectif sont variés et n'entrent pas dans d'autres catégories. Il a été question principalement d'actions en diffamation, ainsi que d'une offre sur les marchés publics, d'une affaire concernant la restructuration du paysage de rue et de voies de tramway, d'une violation de devoir fiduciaire, d'une affaire relevant de la Cour des petites créances, de quelques affaires liées à des obligations fiscales et d'une infraction au droit d'auteur.

K. Recours collectifs pour atteinte à la vie privée

Quelques recours collectifs ont été intentés en Ontario pour atteinte à la vie privée. Deux cas sont liés à des allégations d'accès inapproprié à des renseignements personnels sur la santé dans des hôpitaux. Dans l'affaire *Daniells v. McLellan*²²⁴, les faits concernaient McLellan, une employée du Centre régional de santé de North Bay jusqu'à son licenciement qui avait accédé d'une manière inappropriée aux renseignements personnels confidentiels sur la santé de plus de 5 000 patients de l'hôpital. Dans l'affaire *Hopkins v. Kay*²²⁵, la demanderesse a allégué une intrusion dans l'intimité découlant de son hospitalisation au Centre régional de santé de Peterborough. Elle a allégué un accès inapproprié à ses renseignements personnels sur la santé lui faisant craindre pour sa sécurité étant donné que son ex-conjoint lui avait infligé les blessures ayant mené à son hospitalisation²²⁶.

D'autres exemples de recours collectifs dans ce domaine peuvent être nommés : l'affaire *Bennett v. Lenovo*²²⁷, le demandeur avait acheté un ordinateur portable dans lequel avait été installé un programme permettant à des pirates informatiques de recueillir des renseignements personnels confidentiels à son insu et sans son consentement; l'affaire *Evans v. Bank of Nova Scotia*²²⁸ impliquait un employé de la banque qui avait fourni les renseignements privés et confidentiels de clients de la banque à sa petite amie qui les a transmis à une tierce partie à des fins frauduleuses; dans l'affaire *Maksimovic v. Sony Canada Ltd.*²²⁹, les demandeurs étaient des acheteurs et utilisateurs de consoles PlayStation et de comptes connexes. Suivant une cyberattaque, des tiers ont eu accès aux renseignements sur les titulaires des comptes. Les demandeurs ont intenté un recours collectif, faisant valoir la violation de leurs droits à la vie privée. L'action a été certifiée et réglée par la suite.

Dans ce type de recours collectif, l'indemnisation est la fonction la plus importante des dommages-intérêts accordés²³⁰. Lorsque l'indemnisation constitue l'un des objectifs d'un jugement en dommages-intérêts, une évaluation globale peut être réalisée s'il est raisonnable de conclure que chaque membre d'un groupe a subi une certaine forme de préjudice²³¹.

L. Recours collectifs pour négligence professionnelle (avocats et professionnels de la santé)

La question déterminante dans les actions intentées contre des avocats pour négligence professionnelle est de savoir s'il existe une obligation de diligence. En conséquence, s'il n'y a pas de fondement factuel pour établir l'existence d'une obligation, une motion en vue de faire certifier sera rejetée²³². Toutefois, dans la première action intentée contre un avocat pour négligence professionnelle ayant été certifiée en Ontario²³³, la Cour a conclu que, même s'il n'y avait pas eu de contact entre le demandeur et l'avocat, il était [traduction] « à tout le moins possible » de justifier une réclamation contre l'avocat défendeur²³⁴.

Dans les affaires médicales, il pourrait ne pas y avoir suffisamment de questions communes pour certifier un recours collectif²³⁵. Néanmoins, bon nombre de recours collectifs ont été certifiés dans des cas d'infection ou de risque d'infection pour les membres du groupe, notamment : une épidémie d'hépatite B dans des centres d'électroencéphalographie²³⁶; des patients hospitalisés qui ont contracté une infection à *C. difficile*²³⁷; des personnes ayant été informées par l'hôpital où elles avaient été soignées que la méthode utilisée pour nettoyer les instruments à biopsie a peut-être été inadéquate pour empêcher la transmission du virus de l'hépatite B, de l'hépatite C et le VIH²³⁸; des résidents d'un foyer pour personnes âgées qui ont contracté la maladie du légionnaire²³⁹. En revanche, dans un recours collectif proposé lié à des personnes ayant reçu un diagnostic de tuberculose dans un hôpital, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le préjudice et les dommages subis étaient de nature individuelle²⁴⁰.

De plus, plusieurs recours collectifs ont été intentés pour des affaires obstétriques et gynécologiques, notamment : une poursuite pour interventions chirurgicales inutiles qui a été certifiée et réglée²⁴¹; une autre comportant un nombre tellement élevé de motions contestées et complexes dans une affaire de faute médicale que la Cour a pris des dispositions pour qu'un seul juge entende toutes les motions²⁴²; une autre où il y a eu désistement²⁴³.

M. Responsabilité du fabricant (y compris pour les produits pharmaceutiques, les appareils médicaux et les biens de consommation)

De manière générale, les actions impliquant la responsabilité du fabricant sont des actions pour négligence impliquant des produits pharmaceutiques²⁴⁴, des appareils médicaux²⁴⁵ et des biens de consommation²⁴⁶. Elles se prêtent au recours collectif²⁴⁷ étant donné les éléments communs – un produit qui présente des vices de fabrication – où la détermination de la responsabilité à l'égard du demandeur représentant détermine la responsabilité à l'égard du groupe²⁴⁸.

Toutefois, même dans les cas impliquant des questions complexes de lien de causalité et de dommages, le recours peut toujours être certifié à condition que les questions puissent être décidées dans le cadre d'un recours collectif²⁴⁹. De plus, des éléments communs peuvent être acceptés par la Cour à des fins de règlement à l'amiable même lorsque les questions communes et d'autres questions pourraient être autrement contestées²⁵⁰. Cela favorise l'atteinte du triple objectif du recours collectif, soit l'accès à la justice, l'économie des ressources judiciaires et la modification des comportements. Les tribunaux ontariens ont exprimé clairement le rôle important joué par le recours collectif privé en matière de politique publique dans la réglementation de ce secteur²⁵¹.

Notes

- 1 Warren K. Winkler, Paul M. Perell, Jasminka Kalajdzic, Alison Warner, *The Law of Class Actions in Canada*, Toronto, 2014, Canada Law Book, Foreword, pages ix. [Winkler]
- 2 *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, chap. 6. [LRC]
- 3 <https://www.cba.org/News-Media/News/2017/July/Class-action-task-force-consultation?lang=fr-CA>
- 4 LRC, note 2.
- 5 Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions*, Toronto, Ministère du Procureur général, 1982, volume 1, 291, <https://archive.org/details/reportonclassact01ont/a> [Rapport de la CRDO].
- 6 Rapport de la CRDO, note 5.
- 7 Suzanne Chiodo, *Class Roots: The Genesis of the Ontario Class Proceedings Act, 1966-1993*, maîtrise de droit, Université York, 2016, page 4 [Chiodo]. Voir aussi le rapport du comité consultatif sur la réforme des recours collectifs, Toronto, Ministère du Procureur général, 1990 [Rapport du PG].
- 8 Ontario, Assemblée législative, Journal des débats, 35e législature, 2e session, 4 mai 1992, <http://hansardindex.ontla.on.ca/hansardeissue/35-2/I016.htm> (en anglais uniquement).
- 9 LRC, note 2.
- 10 Rapport de la CRDO, note 5.
- 11 De façon générale, Matthew Good, « Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions », *Alberta Law Review* (2009) 47:1, 189-191. [Good]
- 12 *Western Canada Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46. [Dutton]
- 13 *Hollick c. Toronto (City)*, 2001 CSC 68. [Hollick]
- 14 Dutton, note 12, paragraphe 28; aussi Hollick, note 13, paragraphe 15.
- 15 Good, note 11, 190; aussi Rapport de la CRDO, note 5, vol. 1.
- 16 Dutton, note 12, paragraphe 27; voir aussi Hollick, note 13, paragraphe 15.
- 17 Dutton, note 12, paragraphe 29.
- 18 Rapport du PG, note 7, 1.
- 19 Rapport de la CRDO, note 5.
- 20 Hollick, note 13, paragraphe 27. Voir aussi Good, note 11, 206.
- 21 Par exemple, Catherine Piché, « Class Action Value », 2018, 19 *Theoretical Inquiries L.* 261 [Piché, Class Action Value].
- 22 *Schmidt c. Johnson & Johnson inc.*, 2012 QCCA 2132 [Schmidt].
- 23 Par exemple, Luis Millan, « Quebec Appeal Court lowers threshold for class action certification », <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/5205/quebec-appeal-court-lowers-threshold-for-class-action-certification>; Jessica Fruchtermann et Katerina Kostopoulos, « The Authorization Stage in Quebec's Class Action: Useful or a Mere Formality », <http://www.classactionslab.ca/news/2018/01/12/blog-the-authorization-stage-in-quebecs-class-action-useful-or-a-mere-formality/>.
- 24 *Code de procédure civile*, CQLR, c. C -25.01 2014, article 18 [Code de procédure civile].
- 25 *Code de procédure civile*, note 24, article 574.
- 26 *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 RCS 631 [Jordan]. Voir aussi juge Bob Runciman, président, juge George Baker, c.p., vice-président, « Justice différée, justice refusée », *Rapport final du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, juin 2017, https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/Reports/CourtDelaysStudyInterimReport_f.pdf (Ce rapport a mis en lumière les problèmes du système de justice criminelle après l'arrêt Jordan.) [Runciman].
- 27 Jordan, note 26.
- 28 Jordan, note 26.
- 29 Jordan, note 26, paragraphe 1.
- 30 Voir Jordan, note 26, paragraphe 5. Ce plafond s'élevait à 18 mois pour les procès instruits devant une cour provinciale et à 30 mois pour ceux instruits en cour supérieure, de l'inculpation à la fin du procès.

- 31 Voir Runciman, note 26, page 26.
- 32 Hollick, note 13, paragraphe 16.
- 33 Directive du juge en chef pour la mise au rôle d'*Osmun v. Cadbury Adams Canada Inc.*, 18 octobre 2011, paragraphes 10 et 15.
- 34 *Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 RCS 87, 2014 CSC 7.
- 35 Par exemple, juge Warren K. Winkler, *Évaluation de la gestion des causes civiles dans la région de Toronto : Rapport sur la mise en application de la directive de pratique pour la région de Toronto et de la Règle 78*, février 2008, <http://www.ontariocourts.ca/coa/fr/ps/reports/rule78.pdf>.
- 36 Paul M. Perell, « Class Action Devils and Angels », (2013) 30 *T. M. Cooley L. Rev.* 285.
- 37 Par exemple, <https://www.siskinds.com/has-the-time-come-to-amend-section/>.
- 38 Laboratoire sur les actions collectives, Faculté de Droit, Université de Montréal.
- 39 Piché, Class Action Value, note 21, 291.
- 40 Piché, Class Action Value, note 21, 292.
- 41 J. Kalajdzic, *Class Actions in Canada: The Promise and the Reality of Access to Justice*, Vancouver, UBC Press, 2018 [sortie prévue prochainement].
- 42 *AIC Limited c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 RCS 949, paragraphe 31.
- 43 *Endean c. Colombie-Britannique*, 2016 CSC 42, [2016] 2 RCS 162, paragraphe 92 [Endean], citant R. A. Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada : étendue, envergure et ambitions », dans J. Bass, W. A. Bogart et F. H. Zemans, dir., *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, 2005, 19.
- 44 *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, r. 0.2.1, c C-25.01 (Can. Que.), règle 59, *Dans le cas d'un jugement qui ordonne le recouvrement collectif des réclamations avec liquidation individuelle des réclamations des membres, le greffier spécial ou le tiers désigné par le tribunal, après l'expiration du délai accordé aux membres pour produire leur réclamation, produit au tribunal un rapport détaillé de son administration et en donne avis aux parties et au Fonds d'aide aux actions collectives. Ce rapport dresse la liste des membres qui ont produit leur réclamation, le montant versé à chacun, le montant du reliquat et le montant prélevé pour le Fonds d'aide aux actions collectives en vertu de [...]*.
- 45 H.R 985 - *Fairness in Class Action Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act of 2017* 115th Congress (2017-2018).
- 46 Rapport de la CRDO, note 5, 647.
- 47 Rapport du PG, note 7, 56.
- 48 Le Fonds d'aide aux recours collectifs, administré par la Fondation du droit de l'Ontario, a été établi en vertu de la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, chap. L.8, article 59.1.
- 49 Par exemple, la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, RSBC 1996, chap. 50, paragraphe 37(2).
- 50 LRC, note 2, paragraphe 31(1).
- 51 LS 2001, ch. C-12.01, paragraphe 40(1) [LRC, Saskatchewan].
- 52 *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 5583. Les demandeurs ont été indemnisés par le Fonds d'aide aux recours collectifs, mais les tribunaux ont affirmé que l'existence d'une telle indemnité n'a aucun rapport avec la question de savoir s'il faut condamner un demandeur aux dépens et quel doit en être le montant.
- 53 *Crisante v. DePuy Orthopaedics*, 2013 ONSC 6351, paragraphe 5 [Crisante].
- 54 *Smith v. National Money Mart*, 2010 ONSC 1334, [2010] O.J. n° 873, paragraphes 21-23 [Smith].
- 55 *Smith*, note 54.
- 56 *Dabbs v. Sun Life Assurance*, [1998] O.J. n° 1598 (Div. gén.), paragraphe 11.
- 57 Catherine Piché, *Fairness in Class Action Settlements*, Toronto, Carswell, 2012, 122ff (sur les attributions des juges chargés des règlements de recours collectifs).
- 58 *Lavier v. MyTravel Canada Holidays Inc.*, 2013 ONCA 92 [Lavier]. Voir aussi *Eidoo v. Infineon Technologies AG*, 2013 ONSC 853 (CanLII), où la Cour supérieure de justice de l'Ontario a diminué considérablement une demande d'honoraires parce que les demandeurs n'avaient pas encore présenté de plan de distribution du solde des fonds aux membres du groupe.

- 59 *Waldman v. Thomson Reuters Canada Limited*, 2014 ONSC 1288; pourvoi annulé par la Cour d'appel de l'Ontario, 2015 ONCA 53.
- 60 *Lavier*, note 58, paragraphe 32.
- 61 *Osmun v. Cadbury Adams Canada Inc.*, 2010 ONSC 2752, paragraphe 21 : [traduction] « *donner accès à la justice en autorisant l'avocat et non le client à financer le litige [...] Des recours collectifs efficaces ne seraient tout simplement pas possible sans honoraires conditionnels qui servent à inciter les avocats des demandeurs à intenter des recours collectifs difficiles, mais importants* ».
- 62 *Canada (Attorney General) v. Merchant Law Group LLP*, 2017 SKCA 62.
- 63 *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 1671.
- 64 Voir LRC, note 2, paragraphes 33(7) et 33(8).
- 65 Par exemple, dans *McCallum-Boxe v. Sony*, 2015 ONSC 6896, le tribunal s'est prononcé contre [traduction] « la fixation des honoraires judiciaires axée sur le règlement », paragraphe 13.
- 66 À cette étape préliminaire du projet, il semble que le nombre de motions acceptées augmente, les défendeurs choisissant de ne pas contester la certification et de passer plutôt plus rapidement à l'examen du bien-fondé de l'action.
- 67 La LRC, note 2, paragraphe 2(3), prévoit que la motion en vue de faire certifier le recours collectif doit être présentée « dans les quatre-vingt-dix jours après celle des deux dates suivantes qui est postérieure à l'autre :
(i) la date à laquelle la dernière défense, le dernier avis d'intention de présenter une défense ou le dernier avis de comparution a été remis
(ii) la date à laquelle expire le délai prescrit par les règles de pratique pour la remise de la dernière défense, du dernier avis d'intention de présenter une défense ou du dernier avis de comparution sans que celui-ci n'ait été remis; ou sinon, avec l'autorisation du tribunal. Cette règle n'est pas toujours respectée, non seulement parce que les défendeurs ne sont pas tenus généralement de présenter une défense avant la certification, mais aussi parce que le délai de 90 jours est considéré, dans la pratique, comme étant trop court pour préparer les documents de la requête.
- 68 *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, [2013] 3 RCS 477, 2013 CSC 57, paragraphes 103-105.
- 69 *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 RCS 600, paragraphes 65-67, 79, 80, 89, 94, 100, 101, 120, 125, 127, 130, 133-136, 144 [*Infineon*]
- 70 *Infineon*, note 69, paragraphe 127.
- 71 *Option consommateurs c. Bell mobilité*, [2008] J.Q. no 11736, 2008 QCCA 2201, paragraphe 30.
- 72 *A. c. Frères du Sacré-Cœur*, 2017 QCCS 34.
- 73 *Federal Court of Australia Act 1976*, Part IVA, article 33N.
- 74 *Dutton*, note 12, paragraphe 29.
- 75 *Winkler*, note 1, 4.
- 76 Par exemple, Trevor C.W. Farrow, « What is Access to Justice? » (2014) 51:3 *Osgoode Hall Law Journal* 957-988 et les sources citées dans cet ouvrage aux notes 1 et 2 [Farrow].
- 77 Farrow, note 76, 961.
- 78 Dans ce contexte, « recours collectif faisant intervenir plusieurs ressorts » est synonyme de « recours collectif national ». Certains estiment que la première expression est plus exacte, car de tels recours ne concernent pas toujours l'ensemble des ressorts canadiens.
- 79 Par exemple, Janet Walker, « Are National Class Actions Constitutional? A Reply to Hogg and McKee », (2010) 48:1 *Osgoode Hall Law Journal* 95, 143; Peter W. Hogg et S. Gordon McKee, « Are National Class Actions Constitutional? » (2010) 26 N.J.C.L. 279; Joseph Marcus, « National Class Actions in Canada: Yet Another Call for Clarity and Coordination », (2012) 8:1 *Can. Class Action Rev.* 43; Colin K. Irving et Mathieu Bouchard, « National Opt Out Class Actions, A Constitutional Assessment », (2009) 26 N.J.C.L. 111; F. Paul Morrison, Eric Gertner et Hovsep Afarian, « The Rise and Possible Demise of the National Class in Canada », (2004) 1 *Can. Class Action Rev.* 67 et Stephen Lamont, « The Problem of the National Class: Extra-territorial Class Definitions and the Jurisdiction of the Court », (2001) 24 *Advocates' Q.* 252.
- 80 Voir 28 U.S.C.A. § 1407, <http://www.jpml.uscourts.gov>.
- 81 Janet Walker, « Coordinating Multijurisdiction Class Actions Through Existing Certification Processes », (2005) 42.1 *Canadian Business Law Journal* 112, 120.

- 82 Scott Maidment, « Forum Selection in National Class Actions: A Common Issues Approach », (2009) 5:2 *Can. Class Action Rev.* 133, 134.
- 83 *Société canadienne des postes c. Lépine*, 2009 CSC 16, paragraphe 57, le juge LeBel.
- 84 Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Report of the Uniform Law Conference of Canada's Committee on the National Class and Related Interjurisdictional Issues : Background, Analysis, and Recommendations*, St. John's, Civil Section, Uniform Law Conference of Canada, mars 2005, <http://www.ulcc.ca/en/annual-meetings/254-2005-st-johns-nf/civil-section-documents/912-interjurisdictional-class-acts-consultation>.
- 85 Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Supplementary Report on Multi-Jurisdictional Class Proceedings in Canada : Special Working Group on Multi-Jurisdictional Class Proceedings*, Edmonton, Civil Section, Uniform Law Conference of Canada, août 2006, http://www.classactionlitigation.com/Class_Actions_Supplementary_Report.pdf.
- 86 American Law Institute en association avec l'International Insolvency Institute, « Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases », telles qu'adoptées et promulguées dans *Transnational Insolvency : Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries*, par The American Law Institute, Washington, D.C. et adoptées par l'International Insolvency Institute, à New York le 10 juin 2001.
- 87 Alberta : *Class Proceedings Act*, SA 2003, c- 16.5, paragraphe 9.1(1) [Alberta, CPA]; LRC, Saskatchewan, note 51, paragraphe 6.1(1).
- 88 Alberta, CPA, note 87, paragraphe 9.1(2); LRC, Saskatchewan, note 51, alinéa 6.1(1)b).
- 89 Les mêmes critères servent à déterminer le ressort préférable dans les deux provinces et ils prennent en compte les intérêts des parties dans les administrations concernées dans le but de servir l'intérêt de la justice, d'éviter les jugements inconciliables et de favoriser l'économie des ressources judiciaires : Alberta, CPA, note 87, paragraphe 5(7); LRC, Saskatchewan, note 51, alinéa 6(3)a).
- 90 Alberta, CPA, note 87, articles 17 et 17.1; LRC, Saskatchewan, note 51, paragraphe 6.1(2).
- 91 Par exemple, la résolution 11-03-A, visant l'adoption du protocole de l'ABC, <https://www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2011/Protocole-judiciaire-sur-les-recours-collectifs/11-03-A.pdf>.
- 92 Association du Barreau canadien, *Protocole judiciaire canadien de gestion de recours collectifs multijuridictionnels et d'avis de recours collectif*, 23 octobre 2017, https://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/PDFs/Sections/multijurisdictionalClassActionProtocol_bil.pdf.
- 93 Alex Robinson, « CBA resolution provides for best practices in multi-jurisdictional class actions », *Canadian Lawyer*, 20 février 2018, <http://www.canadianlawyer.com/legalfeeds/author/alex-robinson/cba-resolution-provides-for-best-practices-in-multi-jurisdictional-class-actions-15349/>.
- 94 *Endean*, note 43.
- 95 *Endean*, note 43, paragraphes 62 et 82.
- 96 *Schmidt*, note 22.
- 97 Victoria Law Reform Commission, *Access to Justice – Litigation Funding and Group Proceedings – Consultation Paper* – juillet 2017, paragraphe 1.23 [Commission de réforme du droit du Victoria].
- 98 Commission de réforme du droit du Victoria, note 97, paragraphes 1.1-1.14.
- 99 Commission de réforme du droit du Victoria, note 97, paragraphes 1.1-1.15.
- 100 *Class Action Fairness Act of 2005*, Pub. L. 109-2, 119 Stat. 4.
- 101 Michael A. Eizenga et Emrys Davis, « A History of Class Actions: Modern Lessons from Deep Roots » (2011) 7 *Can Class Act Rev* 5, 19.
- 102 H.R.985 – *Fairness in Class Action Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act of 2017*, 115th Congress (2017-2018).
- 103 « Access to Justice Final Report », juge Lord Woolf, président de la cour d'appel, juillet 1996, *Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec4c.htm#c17>. Voir aussi Neil Andrews, « Multi-Party Proceedings in England:

- Representative and Group Actions », 11 *Duke J. Com & Int'l L.* 249 2001, 262.
-
- 104 « Part 19 – Parties and Group Litigation », Ministry of Justice, http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part19#rule19_10.
-
- 105 Voir les données du Laboratoire sur les actions collectives (dossier auprès de la professeure Piché).
-
- 106 Jonathan Foreman, « Summary of Common Issues Trial Activity Across Canada », 8 avril 2016, <https://harrisonpensa.com/lawyers/jonathan-foreman>. Voir aussi Jon Foreman et Genevieve Meisenheimer, « The Evolution of the Class Action Trial in Ontario », (2014) 4:2 *UWOJ Leg Stud* 3.
-
- 107 LRC, note 2, article 23.
-
- 108 *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Rapport du Comité de l'accès à la justice de l'ABC, novembre 2013, page 163. De nombreux intervenants de la justice, dont le Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, soutiennent cette démarche. [Rapport du Comité de l'accès à la justice de l'ABC]
-
- 109 Rapport du Comité de l'accès à la justice de l'ABC, note 108, page 146.
-
- 110 Piché, note 21, pages 263-264.
-
- 111 Rapport du Comité de l'accès à la justice de l'ABC, note 108, page 145.
-
- 112 Jon Forman, Genevieve Meisenheimer, « The Evolution of the Class Action Trial in Ontario » (2014) 4:3, *Western Journal of Legal Studies*, <https://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ca/&httpsredir=1&article=1107&context=uwojls>.
-
- 113 Ward Branch, Greg McMullen, « Take-Up Rates: The Real Measure of Access to Justice », http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/299713/12187013/1305222675693/branch_mcmullen-take_up_rates.pdf?token=roUmMGIC3bl29Zlw7AzEKRJ6B1M%3D
-
- 114 Alarie, Benjamin, Flynn, Peter, « Accumulating Wisdom: An Updated Empirical Examination of Class Counsel's Fees in Ontario Class Actions », février 2014, 9(2) *Canadian Class Action Review*, 355-84, SSRN, <https://ssrn.com/abstract=2363798> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2363798>.
-
- 115 Voir par exemple un rapport préparé par le cabinet Blakes qui résume les actions collectives en Alberta : <http://www.blakes.com/English/WhatWeDo/Practices/LitigationAndDisputeResolution/Pages/The-State-of-Class-Actions-in-Alberta---January-2015.aspx>.
-
- 116 Stefan Boettrich, Svetlana Starykh, *Recent Trends in Securities Class Action Litigation: 2016 Full-Year Review Record Number of Cases Filed, Led By Growth in Merger Objections Highest Number of Dismissals in the Shortest Amount of Time*, National Economic Research Associates, 23 janvier 2017, <http://www.nera.com/publications/archive/2017/recent-trends-in-securities-class-action-litigation-2016-full-y.html>
-
- 117 Par exemple, Chambre de commerce des États-Unis, « Painting an Unsettling Landscape: Canadian Class Actions 2011-2014 », http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/CanadianClassAction_v10Web.pdf.
-
- 118 Par exemple, La Fondation du droit de l'Ontario, *Rapport sur les recours collectifs 2016*, <http://www.lawfoundation.on.ca/wp-content/uploads/Rapport-sur-les-recours-collectifs-2016-FR.pdf>
-
- 119 Jasminka Kalajdzic, « Access to Justice for the Masses? A Critical Analysis of Class Actions in Ontario », thèse de maîtrise de droit, Université de Toronto, 2009, https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/18780/6/Kalajdzic_Jasminka_200911_LLM_Thesis.pdf; Catherine Piché, « The Value of Class Actions », Trevor C.V. Farrow et Lesley A. Jacobs, dir., *The Cost and Value of Justice*, 2018, à paraître; Catherine Piché, « Le recouvrement et l'indemnisation des membres dans l'action collective », (2016) 94 *Can. B. Rev.* 171; Suzanne Chiodo, note 7.
-
- 120 Piché, note 21.
-
- 121 Selon le chercheur américain Nicolas Pace, [traduction] « le problème est en partie dû au fait que l'action collective ne constitue pas un type d'action fondé sur une théorie particulière de la responsabilité [...] On y expose en revanche une notion de procédure, pouvant ou non être officiellement appliquée à un moment donné dans le recours », *Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature*, Université Stanford, http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA__National_Report.pdf, page 46.
-

- 122 Catherine Piché, « The Value of Class Actions », *Theoretical Inquiries in Law*, 1^{er} mai 2017.
- 123 Piché, note 122.
- 124 *Fairness in Class Action Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act of 2017*, note 45.
- 125 Piché, note 21, page 265.
- 126 Selon le chercheur américain Christopher Hodges, [traduction] « *il est frappant que les questions ci-dessus ne soient pas davantage débattues et que les recherches empiriques fiables soient relativement limitées, en dépit du grand nombre de publications affirmant la valeur doctrinale de la théorie et de la pratique de l'action collective aux États-Unis* ». Cité dans « US Class Actions: Promise and Reality », document de recherche n° 2015/36 du département de droit, page 27, Institut universitaire européen, 2015, <https://ssrn.com/abstract=2665228> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2665228>.
- 127 La Cour fédérale australienne publie des statistiques annuelles sur le nombre et la nature des actions collectives introduites, ainsi que les principaux documents : <http://www.fedcourt.gov.au/law-and-practice/class-actions/class-actions>.
- 128 Le registre des actions collectives du Québec existe en ligne depuis le 1^{er} janvier 2009, et n'est pas rétroactif. Accessible à partir du site des tribunaux du Québec (www.tribunaux.qc.ca), il permet d'accéder aux actions collectives introduites au Québec et aux formules, avis, pièces et documents connexes (pas de façon systématique).
- 129 S'agissant d'une initiative bénévole, la base de données ne fournit pas une liste exhaustive de tous les recours collectifs. Elle « aide les juristes, les tribunaux et la population à relever les défis que présentent les recours collectifs faisant intervenir plusieurs ressorts, et dissipe l'incertitude dans les cas où il existe une présomption que l'on soit concerné par plusieurs recours, ou si on fait l'objet de jugements contradictoires. Elle informe les avocats sur la taille et la composition du groupe des demandeurs d'un recours donné collectif; elle informe les juges, sur les membres du groupe qui sont visés par leurs décisions », <https://www.cba.org/Publications-Resources/Class-Action-Database?lang=fr-CA>.
- 130 Voir par exemple les documents que Koskie Minsky a téléchargés sur le recours collectif des détenus ontariens, <https://kmlaw.ca/cases/ontario-prisoner-class-action/>
- 131 Piché, note 21.
- 132 Piché, note 21, page 262.
- 133 Piché, note 21, page 128.
- 134 Piché, note 21.
- 135 Piché, note 21, non souligné dans l'original.
- 136 Piché, note 21, page 294.
- 137 Piché, note 21, page 299.
- 138 Piché, note 21, page 299.
- 139 Piché, note 21, page 289.
- 140 La CDO soutient le projet de base de données en partie grâce à une subvention du Programme juridique de partenariats et d'innovation de Justice Canada, <http://www.justice.gc.ca/fra/fin-fund/sjp-jsp/pjpi-jpip.html>.
- 141 La **Justice Reform and Transparency Act, 2013** que la Colombie-Britannique a adoptée en mars 2013 est un bon exemple canadien. Cette loi fait partie de la réforme que mène la province pour rendre son système de justice plus efficace, et établit le cadre d'un système performant et transparent, que renforce la collaboration accrue des responsables de la justice. Son objet est triple : [traduction] établir un nouveau modèle qui favorise la collaboration dans le système de la justice, et le libre accès aux données; entamer un nouveau dialogue avec la population au sujet de la performance du système; réformer l'administration des tribunaux. L'initiative provinciale intitulée Justice Data Dashboard Initiative, <https://justicebcdashboard.bimeapp.com/players/beta/jbc> (en anglais seulement) accompagne cette loi. Ce tableau de bord contient des renseignements détaillés provenant des tribunaux et des services correctionnels, dont des données sur des services, comme la durée moyenne des actions, le nombre d'actions entendues et celui des demandes déposées. Les outils en ligne permettent de filtrer le contenu selon notamment la situation géographique, la date, le type d'action, le type de tribunal. Pour se

renseigner sur les travaux de réforme menés en Ontario sur les données, voir <https://www.ontario.ca/fr/page/lettre-de-mandat-de-septembre-2016-procureur-general> et <https://www.ontario.ca/fr/page/directive-sur-les-donnees-ouvertes-de-lontario>.

- 142 M. Hampton proposant la première lecture du *Projet de loi 28, Loi concernant les recours collectifs*, *Journal des débats*, 17 décembre 1990.
- 143 Rapport de la CRDO, note 5, 269.
- 144 John B. Laskin, Linda M. Plumptre et Amanda M. Kemshaw, « The Certification of Competition-Related Class Actions in Canada », *Litigating Conspiracy: An Analysis of Competition Class Actions*, dir. Stephen G.A. Pitel, Toronto, Irwin Law, 2006, 219 [Laskin].
- 145 *Chadha v. Bayer Inc.*, 2003 CanLII 35843 (ONCA) [Chadha].
- 146 *Chadha*, note 145. Au paragraphe 65, [traduction] « [...] la question de savoir si et comment les consommateurs pourront obtenir réparation en cas de fixation des prix [...] reste posée dans ce ressort ». La motion en vue de faire certifier a été rejetée en raison de l'insuffisance de la preuve pour convaincre la Cour que la perte pouvait être prouvée pour l'ensemble du groupe.
- 147 *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34.
- 148 Laskin, note 144, 219.
- 149 Laskin, note 144, 221-222.
- 150 Laskin, note 144, 223.
- 151 *Dutton*, note 12.
- 152 La Cour a mentionné en particulier la montée de la production de masse et les produits défectueux : *Dutton*, note 12, paragraphe 26.
- 153 *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 RCS 629. On peut trouver des exemples semblables d'utilisation de recours collectifs pour aborder des questions de surfacturation dans les affaires suivantes : *Pichette v. Toronto Hydro*; *Griffiths v. Toronto Hydro-Electric Commission*, [2010] O.J. n° 3185 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) : la motion en vue de faire certifier a été accueillie suivant l'allégation que les frais de retard de paiement de l'entreprise de service public violaient les dispositions du *Code criminel* relatives aux taux d'intérêt illégaux. L'affaire a été réglée. *Joseph v. Quik Payday Inc.*, [2006] O.J. n° 4835 (Cour

supérieure de justice de l'Ontario) : le recours a été certifié et réglé; il concernait des « frais d'encaissement de chèque », des frais d'intérêt et d'autres frais imposés par Quik Payday qui recevait des intérêts en violation du *Code criminel*. *Kruba v. RBC Dominion Securities Inc.*, [2013] O.J. n° 1519 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) est un recours qui a été certifié et réglé et qui concernait des allégations que les défendeurs facturaient des montants non autorisés pour la conversion monétaire, violant ainsi leurs comptes types. Une action alléguant que la Société canadienne des postes recevait des frais d'expédition de colis supérieurs à ce que prévoit la *Loi sur les poids et mesures*, LRC 1985, c. W-6, a été certifiée Dans *Lee Valley Tools Ltd. v. Canada Post Corp.*, [2007] O.J. n° 4942. Dans *DeWolf v. Bell ExpressVu Inc.*, [2008] O.J. n° 4769, la Cour divisionnaire a accordé l'autorisation du défendeur d'interjeter appel d'une motion accueillie en cvue de faire certifier. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer si les frais d'administration facturés aux clients du défendeur constituaient des « intérêts » en vertu du *Code criminel*.

- 154 *Code criminel*, LRC 1985, ch. C-46, article 347.
- 155 *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*, L.O. 2002, chap. 30, annexe A.
- 156 *Bernstein v Peoples Trust Company*, 2017 ONSC 752.
- 157 *Graham v. Impark*, 2010 ONSC 4982, paragraphe 113.
- 158 À la suite d'une grève du personnel enseignant qui a perturbé les cours des étudiants, la Cour a accueilli la requête en jugement sommaire de l'Université York, étant donné que le représentant demandeur ne pouvait pas fixer le montant des dommages-intérêts : *Ciano v. York University*, [2000] O.J. n° 183 (Cour supérieure de justice de l'Ontario); appel rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, [2000] O.J. n° 3482. L'affaire *Hickey-Button v. Loyalist College of Applied Arts & Technology*, [2006] O.J. n° 2393 a abouti à un résultat différent. Les demandeurs étaient inscrits au programme des sciences infirmières au collège Loyalist et ont prétendu que la possibilité d'obtenir un diplôme de l'Université Queen's en quatre ans, tel que le prétendait le défendeur, n'existait pas. La Cour d'appel a autorisé leur action.
- 159 *Amyotrophic Lateral Sclerosis Society of Essex County v. Windsor (City)*, [2017] O.J. n° 3444. Recours certifié par la Cour d'appel de l'Ontario.

- 160 *D.L.T.E. Holdings Ltd. v. Horseshoe Resort Corp.*, [2005] O.J. n° 4942 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). La requête en jugement sommaire du demandeur a été rejetée par la Cour qui a statué qu'aucune inférence opposée ne devrait être tirée de faits contestés dans une requête en jugement sommaire.
- 161 *Despault v. King West Village Lofts Ltd.*, [2001] O.J. n° 2933 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Ce recours a été certifié.
- 162 *Arabi v. Toronto-Dominion Bank*, 2006 CanLII 17330 (ONSC).
- 163 *Ewing v. Francisco Petroleum Enterprises Inc.*, [1994] O.J. n° 1852 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Ce recours a été certifié.
- 164 L. Sossin, « Revisiting Class Actions Against the Crown: Balancing Public and Private Legal Accountability for Government Action », *Assessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*, dir. Jasminka Kalajdzic, Toronto, LexisNexis, 2011, 33.
- 165 *Brown v. Canada (Attorney General)*, [2017] O.J. n° 692 [Brown].
- 166 *Brown*, note 165. La Cour a conclu qu'un procès n'était pas nécessaire : paragraphe 86.
- 167 *Cloud v. Canada (Attorney General)*, [2004] O.J. n° 4924 (Cour d'appel de l'Ontario). L'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada a été refusée : *M.C.C. v. Canada (Attorney General)*, [2005] S.C.C.A. n° 50.
- 168 *Canada (Procureur général) c. Fontaine*, 2017 CSC 47.
- 169 *Gray v. Ontario*, 2006 CanLii 1764 (ON SCDC) : affaire portant sur la fermeture de trois établissements qui accueillait des adultes ayant un retard de développement sévère. Les demandes de contrôle judiciaire concernant le pouvoir discrétionnaire ministériel de fermer les établissements et de transférer les résidents ont été rejetées. *Slark (Litigation guardian of) v. Ontario*, [2017] O.J. n° 3544 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) : affaire concernant trois recours collectifs qui ont été réglés. *Seed v. Ontario*, [2017] O.J. n° 2958 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) : affaire concernant des abus survenus dans le passé dans une école pour aveugles; *McKillop (Litigation guardian of) v. Ontario*, [2014] O.J. n° 942 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) : affaire concernant l'approbation du règlement de deux actions relatives à des établissements pour adultes ayant un retard de développement, administrés par la province.
- 170 Dans *Lauzon v. Canada (Attorney General)*, [2014] O.J. n° 2402 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), des détenus qui avaient été empêchés de porter un tee-shirt commémoratif ont allégué une violation de leur droit à la liberté d'expression que garantit l'alinéa 2b) de la Charte. La motion en vue de faire certifier a été rejetée, tout comme l'affaire liée à une autre action proposée, soit *Nixon v. Canada (Attorney General)*, [2002] O.J. n° 1009 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), portant sur plusieurs incendies allumés par des détenus au Pénitencier de Kingston.
- 171 *Williams v. Canada (Attorney General)*, [2005] O.J. n° 3508 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).
- 172 *Wareham v. Ontario (Minister of Community and Social Services)*, 2008 ONCA 771. Dans cette affaire, les demandeurs étaient des assistés sociaux relevant du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées qui ont porté plainte pour violation des articles 7 et 15 de la Charte en rapport avec des évaluations contestées de demandes de prestations. La requête a été radiée avec autorisation de modification. Parmi les actions visant à obtenir des fonds pour le traitement de l'autisme, il y a *Thomas v. Ontario*, [2004] O.J. n° 3340 (requête en ordonnance interlocutoire rejetée); Dans *Sagharian (Litigation guardian of) v. Ontario (Minister of Education)*, [2012] O.J. n° 2743 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), le recours a fait l'objet d'un désistement; de même, un recours proposé alléguant un défaut de fournir un enseignement adéquat à des étudiants handicapés n'a pas été certifié : *Niebert (Litigation Guardian of) v. Simcoe County District School Board*, [2004] O.J. n° 2524 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).
- 173 *Loveless v. Ontario Lottery and Gaming Corporation*, 2011 ONSC 4744. La motion en vue de faire certifier a été rejetée.
- 174 *Mack v. Canada (Attorney General)*, [2002] O.J. n° 3488 (Cour d'appel de l'Ontario).
- 175 *Sauer v. Canada*, [2010] O.J. n° 3381 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).
- 176 *Weninger Farms Ltd. v. Canada (Minister of National Revenue)*, [2012] O.J. no 3735.
- 177 Louis Sokolov, Colleen Bauman, « Common Cause: Employment-related Class Actions in Canada », (2011) 53 *Sup. Ct. L. Rev.* 249, 250. Linda Plumptre,

Sarah Whitmore, « Employment-Related Class Actions », Toronto, *Class Actions – A bootcamp for Litigators, Law Society of Upper Canada: Continuing Professional Development*, 2 octobre 2014, 6-1.

178 *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14.

179 *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2.

180 *Halabi v. Becker Milk Co.*, 1998 CanLii 14681 (ONSC) : un recours en réclamation de salaire. La Cour a statué que les procédures prévues dans la *Loi sur les normes d'emploi* étaient [traduction] « nettement préférables » au recours collectif proposé étant donné qu'elles étaient rapides, n'entraînaient aucun coût pour l'employé demandeur et ne nécessitaient aucune intervention judiciaire. Plus tard, dans *Kumar v. Sharp Business Forms Inc.*, 2001 CanLii 28301, la Cour supérieure de justice a conclu non seulement que la *Loi sur les normes d'emploi* ne comportait pas de disposition qui permet de regrouper les plaintes d'employés que doit entendre un agent des normes d'emploi, mais aussi qu'elle prévoit expressément un recours collectif comme solution de rechange à la procédure administrative de la Loi : paragraphe 41.

181 En 2012, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu trois décisions relatives aux heures supplémentaires : *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443; *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONCA 444; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445. Dans *Fulawka* et *Fresco*, les arguments avancés dans les réclamations émanant des employés/membres du groupe contre des banques ont réussi à faire valoir que les politiques relatives aux heures supplémentaires, nécessitant l'approbation d'un gestionnaire pour rémunérer des employés, créaient des obstacles au paiement d'heures supplémentaires. En revanche, dans *McCracken*, la Cour d'appel a rejeté l'assertion du demandeur relative à une classification erronée des employés, déclarant que les membres du groupe avaient [traduction] « des responsabilités et des fonctions professionnelles distinctes, de nombreux titres de poste différents et des milieux de travail variés dotés de structures hiérarchiques particulières et d'un nombre variable d'employés » : paragraphe 128.

182 McCarthy Tétrault. *Defending Class Actions in Canada*, 2^e éd., Toronto, CCH, HH2007, pages 48-49.

183 Voir *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24; *Caponi v. Canada Life Assurance Company*, 2009 CanLii 592 (ONSC) : la Cour a affirmé que [traduction] « le litige porte sur le comportement des défendeurs, à savoir s'ils ont agi d'une manière fautive au détriment des bénéficiaires du régime de retraite. À mon avis, le recours collectif est le meilleur moyen de régler cette question »; *O'Neill v. General Motors of Canada Ltd.*, 2014 ONSC 4742 : affaire concernant des compressions de prestations pour soins de santé postérieures au départ à la retraite touchant 3 200 membres du groupe les obligeant, selon ce que la Cour a constaté, à assumer de nouveaux fardeaux financiers qui, étant donné leur âge et leur susceptibilité aux problèmes de santé, n'étaient pas en mesure de le faire. Voir aussi *General Motors of Canada v. Abrams*, 2011 ONSC 5338.

184 *Chapman v. Benefit Plan Administrators*, 2013 ONSC 3318 : Le demandeur a intenté une action contre les administrateurs, les agents administratifs et les actuaires d'un régime de pensions, alléguant négligence et abus de confiance du fait que la retraite anticipée était permise alors que le régime faisait face à des problèmes de solvabilité. L'action a été certifiée.

185 *Ontario Public Service Employees Union and Sue McSheffrey, v. Ontario*, [2005] O.J. n° 1841 : une action qui a été certifiée, puis réglée. La Cour supérieure de justice a conclu que le gouvernement s'était approprié les prestations de retraite du demandeur sans compensation du fait d'activités de restructuration. Un recours collectif connexe a aussi été certifié et réglé, soit *Ontario Nurses' Association v. Ontario*. La décision n'a pas été publiée.

186 *Dutton*, note 12, paragraphe 26.

187 *Hollick*, note 13.

188 *Hollick*, note 13, paragraphe 19. Les questions communes étaient liées aux plaintes de bruit et d'odeurs provenant d'une décharge municipale.

189 *Hollick*, note 13, paragraphe 32.

190 *Hollick*, note 13, paragraphe 35. Législation citée en référence dans la décision : *Charte des droits environnementaux de 1993*, L.O. 1993, chap. 28, paragraphes 61(1) et 74(1); *Loi sur la protection de l'environnement*, L.O. 1993, chap. 28, paragraphes 14(1), 172(1) et 186(1).

-
- 191 *Hollick*, note 13, paragraphe 37.
-
- 192 *Smith v. Inco Limited*, 2011 ONCA 628.
-
- 193 Rapport de la CRDO, note 5.
-
- 194 *Loi Arthur Wishart de 2000 sur la divulgation relative aux franchises*, L.O. 2000, chap. 3 [Loi Arthur Wishart].
-
- 195 *Loi Arthur Wishart*, note 194, paragraphe 2(1).
-
- 196 *Salah v. Timothy's Coffees of the World Inc.*, 2010 ONCA 673, paragraphe 26. Le tribunal d'instance inférieure a conclu que l'appellant avait violé un contrat de franchisage avec les défendeurs. Le contrat conférait aux défendeurs un droit conditionnel de renouvellement, ce que l'appellant a nié. Le juge du procès a accordé des dommages pour rupture de contrat, manquement à l'obligation de bonne foi et souffrance morale. La Cour d'appel s'est rangée à cet avis et a rejeté l'appel.
-
- 197 *Fairview Donut Inc. v. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252, paragraphe 205. Dans ce recours collectif putatif, les demandeurs se sont plaints d'être obligés d'acheter les ingrédients utilisés dans leurs produits à des prix déraisonnables, conduisant à une baisse des profits. La Cour a conclu que la demande satisfaisait aux exigences des alinéas 5(1)a) à 5(1)d) de la LRC. Elle a conclu néanmoins que l'action ne pouvait obtenir gain de cause parce qu'il faudrait que la Cour revoie leurs contrats de franchisage de manière à ce que les demandeurs obtiennent une part plus importante de profits que celle provenant du système du franchiseur.
-
- 198 *Trillium Motor World Ltd. v. General Motors of Canada Ltd.*, 2011 ONSC 1300 [Trillium]. Trillium a affirmé que les ententes relatives à la réduction progressive des opérations que certains concessionnaires avaient été tenus de signer à la suite de l'effondrement de l'industrie automobile étaient des « ententes de franchisage » telles que définies dans la *Loi Arthur Wishart*. Le défendeur, General Motors of Canada Ltd., a convenu que les concessionnaires étaient des franchisés en vertu de la Loi. Le défendeur avait donc l'obligation de remettre au franchisé un document d'information avant que ce dernier ne signe l'entente. L'omission de le faire constituait un manquement au devoir de négocier honorablement prescrit par la loi. L'action a été certifiée en vertu de la LRC.
-
- 199 *Trillium*, note 198.
-
- 200 *Trillium*, note 198, paragraphe 57.
-
- 201 *Trillium*, note 198, paragraphe 59.
-
- 202 *Trillium*, note 198.
-
- 203 *Trillium*, note 198, paragraphe 58.
-
- 204 Cheryl Wooden, Tim Buckley, Keith Batten, « Class Actions and the Insurance Industry », *Canadian Insurance Law Newsletter*, automne 2011, 3 [Wooden].
-
- 205 Wooden, note 204.
-
- 206 *Blatt Holdings Ltd. v. Traders General Insurance Co.*, [2001] OJ 949 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).
-
- 207 *Empke v. Security National Insurance Co.*, [2003] Canlii 47286 : Bien que les assureurs aient violé les conditions prévues par la loi, la Cour supérieure de justice a soutenu que le délai de prescription avait expiré et qu'il n'y avait aucune preuve de dissimulation de faits pertinents qui l'emportait sur le délai de prescription. En conséquence, la Cour a accueilli la motion en jugement sommaire des assureurs. Voir aussi : *Veley v. CGU Insurance Co. of Canada* [2004] OJ 143 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Toutefois, l'année suivante, Dans *Segnitz v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, [2005] OJ 2436, la Cour d'appel a conclu que l'obligation de paiement des assureurs n'était pas quantifiée par la condition légale en cause lorsque l'assureur a choisi de payer la valeur au comptant du véhicule et de prendre en charge le titre de propriété.
-
- 208 *McKrow v. Manufacturers' Life Insurance Co.*, [1998] OJ 4692 (OCJ(GD)). La Cour a certifié l'action et approuvé le règlement proposé [McKrow].
-
- 209 *McLaine v. London Life Insurance Co.*, [2007] OJ 5035 (Cour supérieure de justice de l'Ontario – Cour divisionnaire.) : concernant une affaire où les demandeurs ont interjeté appel du rejet de leur demande de certification. L'appel a été rejeté.
-
- 210 *Fantl v. Transamerica Life Canada*, 2016 ONCA 633 : L'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada a été rejetée, [2016] SCCA n° 448.
-
- 211 *McKrow*, note 208, 3.
-
- 212 Roger J. Horst, *Class Actions: A New Battleground for Insurers in Canada*, www.blaney.com/files/article_class_insurance.pdf.
-

- 213 *Hollick*, note 13, paragraphe 20.
- 214 *Cotter v. Levy*, [1998] O.J. n° 5842 (O.C.J. (G.D.)), paragraphe 15
- 215 *Blair v. Toronto Community Housing Corp.*, [2011] O.J. n° 3347 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) : il y avait un danger d'incendie dans l'édifice où le demandeur représentant habitait et un incendie important a éclaté. L'action a été certifiée. La Cour a statué au paragraphe 71 que le régime d'indemnisation ne semblait pas être motivé par le souhait d'éviter un recours collectif. De plus, la Cour a conclu que la certification ne devrait pas empêcher le défendeur d'indemniser le préjudice causé ou d'y remédier.
- 216 *Abdulrahim v. Air France*, [2009] O.J. n° 5550 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Ce recours a été réglé.
- 217 *Bilodeau v. Maple Leaf Foods*, [2009] O.J. n° 1006 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Ce recours a été réglé.
- 218 *Re Canadian Red Cross Society*, [2008] O.J. n° 4114 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Il s'agissait d'une requête pour avis et directives dans une instance en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, LRC 1985, ch. C-36.
- 219 *Bywater v. Toronto Transit Commission (TTC)*, [1998] O.J. n° 4913 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).
- 220 *Da Silva v. 2162095 Ontario Ltd.*, [2016] O.J. n° 2397 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).
- 221 *Johnston v. Sheila Morrison Schools*, [2010] O.J. n° 2473 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Ce recours a été réglé.
- 222 *Caputo v. Imperial Tobacco*, [2004] O.J. n° 299 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), paragraphes 12 et 13 : blessures corporelles subies par des millions de fumeurs et leurs familles, avec des allégations voulant que les fabricants aient conçu et fabriqué des produits fondamentalement défectueux et dangereux qui ont été commercialisés en sachant qu'ils créaient une dépendance et qu'ils étaient nuisibles – l'action n'a pas été certifiée et elle a été abandonnée.
- 223 *Cavanaugh v. Grenville Christian College*, 2013 ONCA 139. La Cour d'appel a déclaré que la décision du juge des requêtes de refuser la certification était correcte et qu'elle était fondée sur le pouvoir inhérent de la Cour de rejeter une action au motif que la demande ne révèle aucune cause d'action raisonnable : paragraphe 19.
- 224 *Daniells v. McLellan*, 2017 ONSC 3466.
- 225 *Hopkins v. Kay*, 2015 ONCA 112.
- 226 L'hôpital a déposé une requête fondée sur la règle 21, soutenant que la compétence de la Cour supérieure de justice était écartée au motif que la *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé*, L.O. 2004, chap. 3, annexe A (LPRPS), était un code exhaustif en ce qui concerne les dossiers de patients. L'Association des hôpitaux de l'Ontario est intervenue pour appuyer la position de l'hôpital, soutenant que l'équilibre de la LPRPS serait perturbé si des réclamations fondées sur *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32 et ayant trait à des renseignements personnels sur la santé étaient admises par les tribunaux. La Cour d'appel n'a pas partagé cet avis, concluant que la LPRPS envisageait la possibilité d'actions en dommages-intérêts compte tenu de la formulation de l'article 71 de la Loi, qui prévoit l'immunité pour toute tentative de se conformer de bonne foi dans des [traduction] « actions ou autres instances en dommages-intérêts » : paragraphe 41.
- 227 *Bennett v. Lenovo*, 2017 ONSC 1082.
- 228 *Evans v. Bank of Nova Scotia*, 2014 ONSC 2135.
- 229 *Maksimovic v. Sony Canada Ltd.*, 2013 CanLii 41305.
- 230 *Daniells v. McLellan*, 2017 ONSC 6887, paragraphe 19 [*Daniells*].
- 231 *Daniells*, note 230. La Cour a conclu que [traduction] « l'affaire en l'espèce est une instance dans laquelle un juge du procès relatif aux questions communes pourrait déterminer le montant de base des dommages sans preuve de la perte de chaque membre du groupe pour le motif qu'ils ont tous subi une atteinte à leur vie privée de la même manière » : paragraphe 23.
- 232 Ce fut le cas Dans *Abdool v. Anaheim Management*, [1993] O.J. n° 1820 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), où la Cour a conclu qu'il n'y avait pas de fondement factuel pour établir l'existence d'une obligation fiduciaire à l'égard des avocats : paragraphe 47. La motion en vue de faire certifier a été rejetée. En revanche, dans *Hodge v. Neinstein*, 2017] O.J. n° 3109, la Cour d'appel a certifié une action pour manquement à une obligation fiduciaire relativement à des intérêts facturés en contravention de la *Loi sur les procureurs*.

- 233 *Clients of JNP Financial Services Inc. v. Paul*, [2001] O.J. n° 1616 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) : paragraphe 8. Il s'agissait de la décision concernant le règlement de *Delgrosso v. Paul*.
- 234 *Delgrosso v. Paul*, [1999] O.J. n° 5742 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Il s'agissait de la décision de certification. Dans *Clients of JNP Financial Services Inc. v. Paul*. La Cour a conclu en l'espèce que même s'il n'y avait pas de contrat liant le demandeur et l'avocat, il s'agissait d'une question commune devant être réglée par la tenue d'un procès : paragraphe 11.
- 235 Susan Lightstone, « Class-action lawsuits medicine's newest legal headache », *CMAJ*, 4 septembre 2001, 165(5), 622.
- 236 *Anderson v. Wilson*, [1999] O.J. no 2494. (Cour d'appel de l'Ontario). Les patients infectés ont été inclus dans le groupe, alors que ceux qui n'ont pas été infectés et les membres des familles ont été inclus dans un sous-groupe.
- 237 *Elliot Estate v. Joseph Brant Memorial Hospital*, [2013] O.J. n° 49 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Le recours a été certifié et réglé. Deux cent vingt-trois patients ont été infectés, et 91 sont décédés à la suite de l'infection.
- 238 *Farkas v. Sunnybrook and Women's College Health Sciences Centre*, [2009] O.J. n° 3533 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Il y avait 749 patients dans le groupe. Le recours a été certifié et réglé.
- 239 *Glover v. Toronto (City)*, [2014] O.J. n° 712 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Environ 135 personnes, dont 70 résidents, 21 visiteurs et 39 membres du personnel, ont contracté la maladie du légionnaire. Vingt-trois décès ont été rapportés. Le recours a été certifié et réglé.
- 240 *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, [2011] O.J. n° 231 (Cour d'appel de l'Ontario).
- 241 *Bellaire v. Daya*, [2007] O.J. n° 4819 (Cour supérieure de justice de l'Ontario). Un examen de la pratique du docteur Daya a conclu qu'au moins 93 patients avaient subi des métroplasties inutiles ou inappropriées.
- 242 *Bisson v. Wai-Ping*, [2005] O.J. n° 739 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).
- 243 *Hudson v. Austin*, [2010] O.J. n° 2015 (Cour supérieure de justice de l'Ontario).
- 244 *Banerjee v. Shire Biochem Inc.*, 2010 ONSC 889 (médicament pour traitement la maladie de Parkinson – recours certifié) [*Banerjee*]; *Batten v. Boehringer Ingelheim*, 2017 ONSC 53 (médicament pour traiter la fibrillation auriculaire – recours non certifié puisque rien ne permettait de conclure que le groupe avait subi un préjudice du fait de ne pas avoir été informé de l'absence d'un antidote); *Boulanger v. Johnson & Johnson Corp.*, [2007] O.J. n° 179 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (médicament Prepulsid utilisé pour traiter le reflux gastro-œsophagien – recours certifié); *Brown v. Janssen Inc.*, [2015] O.J. n° 1453 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (antipsychotiques, Risperdal et Invega); *Coleman v. Bayer Inc.*, [2004] O.J. n° 1974, ONSC (Baycol, médicament réducteur de cholestérol. Recours certifié sur la base de la question commune convenue, et réglé); *Goodridge v. Pfizer Canada Inc.*, 2010 ONSC 1095 (promotion de Neurontin pour utilisations non indiquées sur l'étiquette – recours certifié); *Heward v. Eli Lilly Co.*, 2010 ONSC 3403, (Zyprexa, médicament antipsychotique – recours certifié et réglé); *Hunt v. Mezentco*, 2017 ONSC 2140 (préparation, combinaison, mélange, composition); *Ledyit v. Bristol Meyers Squibb Canada*, [2008] O.J. n° 119 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (potentiel d'atteinte hépatique associé à l'utilisation de Nefazodone – recours certifié et réglé) [*Ledyit*].
- 245 *Andersen v. St. Jude Medical Inc.* 2012 ONSC 3660 (valves cardiaques prothétiques mécaniques enduites de Silzone – recours certifié, mais le procès relatif aux questions communes a été annulé); *Bendall v. McGhan Medical Corp.*, [1993] O.J. n° 4699 (implants mammaires au gel de silicone – recours certifié et réglé); *Bisignano v. La Corporation Instrumentarium Inc.*, [1999] O.J. n° 4346 (prothèses d'articulation temporo-mandibulaire Vitek – recours certifié et réglé); *Crisante*, note 53 (prothèses de hanche – recours certifié); *Dine v. Biomet Inc.*, 2015 ONSC 7050 (prothèses de hanche métal sur métal – recours certifié); *Griffin v. Dell Canada Inc.*, 2010 ONCA 29 (surchauffe d'ordinateurs portables – recours certifié); *Klein v. American Medical Systems*, [2006] O.J. n° 2188 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (appareil pour soulager ou guérir l'incontinence chez la femme); *Lambert v. Guidant Corporation*, [2009] O.J. n° 6461 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (conception, essai, fabrication et vente de stimulateurs cardiaques); *Lefrancois v. Guidant Corporation*, [2009] O.J. n° 4129 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (défibrillateurs – recours certifié); *Logan v. Canada (Minister of Health)*, [2004] O.J. n° 2769 (C.A.) (prothèses d'articulation temporo-mandibulaire).

- 246 *Barwin v. IKO Industries Ltd.*, 2017 ONSC 3520 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (bardeaux de toiture organiques – recours certifié et réglé); *Berkovits v. Canon*, 2010 ONSC 3952 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (appareils photo Canon); *Bonanno v. Maytag Corp.*, [2005] O.J. n° 3810 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (conception, fabrication, vente et révision de machines à laver – recours certifié et réglé); *Bondy v Toshiba of Canada*, [2007] O.J. n° 784 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (conception, fabrication et distribution d'ordinateurs portables); *Butler v. Honda Canada*, [2009] O.J. n° 2263 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (automobiles Honda et Acura – recours certifié et réglé); *Gariepy v. Shell Oil Corp.*, [2004] O.J. n° 5309 (Cour supérieure de justice de l'Ontario-Cour divisionnaire) (conduite de plomberie en polybutylène et raccord à embout mâle en polyacétal – motion en vue de faire certifier rejetée); *Glube v. Pella*, 2013 ONSC 6164 (conception et fabrication de fenêtres et portes Pella – recours certifié et réglé); *Hamilton v. Toyota Motor Sales*, 2014 ONSC 785 (Cour supérieure de justice de l'Ontario) (rappels de véhicules Toyota et Lexus – recours certifié et réglé); *Harper v. American Medical Systems*, 2015 ONSC 3434 (filet de maille transvaginal – recours certifié).
-
- 247 *Wilson v Servier*, [2000] O.J. n° 3392, (Cour supérieure de justice de l'Ontario), paragraphe 118 [*Wilson*].
-
- 248 *Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co.*, [1999] O.J. n° 2245 (Cour supérieure de justice de l'Ontario), paragraphe 95.
-
- 249 Dans *Banerjee*, note 244, la question commune de savoir si le médicament Permax comportait un risque grave de changement comportemental n'a pas nécessité une détermination individuelle parce que la question a été définie d'une manière générale, à savoir si le Permax *pouvait* causer l'effet secondaire allégué : paragraphe 34.
-
- 250 *Ledyit*, note 244, paragraphe 18.
-
- 251 *Wilson*, note 247, paragraphe 126; dans *Banerjee*, note 244, la Cour était convaincue que l'affaire aurait pour effet de promouvoir une modification des comportements touchant l'essai et la commercialisation des produits pharmaceutiques : paragraphe 41.
-