

Mémoire du Barreau du Québec

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



2021-09-28

Barreau
du Québec 

Mission du Barreau du Québec

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie les membres de son Groupe d'experts sur l'action collective :

M^e Jean Saint-Onge
M^e Philippe H. Trudel
M^e Marie Audren
M^e Valérie Beaudin
M^e Mathieu Charest-Beaudry
M^e Laval Dallaire
M^e Nathalie Drouin
M^e Rima Kayssi
M^e Sylvie Rodrigue
M^e Normand Painchaud
M^e Yves Martineau
M^e Caroline Perrault

Le Barreau du Québec remercie également :

M^e Marie-Ève Gingras
M^e Maxime Nasr
M^e Emmanuelle Rolland
M^e Marie-Anaïs Sauvé

Le Groupe d'experts sur l'action collective est un comité consultatif du Barreau du Québec constitué d'avocats praticiens dont le mandat est d'élaborer et de proposer des meilleures pratiques touchant le véhicule procédural de l'action collective comme mesure d'accès à la justice. Il est consulté sur les questions ou projets de lois qui concernent l'action collective. Ses membres ont en outre participé activement à la consultation sur le *Code de procédure civile* en vigueur depuis 2016, de même qu'à la mise en place du Registre des actions collectives. Il agit également comme comité de liaison avec la Chambre des actions collectives de la Division d'appel de Montréal. Chaque année, et ce, depuis 2004, le Groupe d'experts organise le Colloque national sur l'action collective, la plus importante activité de formation professionnelle dans ce domaine au Canada. Le Groupe d'experts publie annuellement, par le truchement du Service de la qualité de la profession, un recueil de textes de doctrine en action collective très consulté sur les développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis.

Le secrétariat de ce Groupe d'experts est assuré par le Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques du Barreau du Québec :

M^e Réa Hawi

Édité en septembre 2021 par le Barreau du Québec

ISBN (PDF) : 978-2-924857-87-8

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives nationales du Québec, année
Dépôt légal — Bibliothèque et Archives Canada, année



Table des matières

INTRODUCTION	1
1. FORCER UN CHANGEMENT DANS LES PRATIQUES ET LA CULTURE PAR UNE GESTION D'INSTANCE PLUS SERRÉE	1
1.1 Proposition 1.....	1
1.1.1 Fixation de la date d'audition et bonnes pratiques de gestion.....	3
1.1.2 Moyens technologiques	4
1.2 Proposition 2.....	4
2. CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ OU D'OPPORTUNITÉ DU MÉCANISME D'AUTORISATION	7
2.1 Proposition 3.....	7
3. INTÉGRATION DE L'AUTORISATION À L'INSTANCE PRINCIPALE	9
3.1 Proposition 4.....	9
3.1.1 Intégrer l'autorisation à l'instance principale	9
3.2 Proposition 5.....	10
3.2.1 Procédure non contradictoire pour le critère de représentation.....	10
3.2.2 L'apparence de droit.....	11
3.2.3 L'irrecevabilité de la demande.....	12
4. RESSERRER LE PROCESSUS D'APPROBATION DES HONORAIRES	13
4.1 Proposition 6.....	13
4.1.1 Taux de réclamation	15
4.1.2 Recours multiterritoriaux	16
4.1.3 Ententes de financement.....	16
4.2 Proposition 7.....	16
4.3 Proposition 8.....	17
4.3.1 <i>Amicus curiae</i>	17
4.3.2 Bénéfice sociétal de l'action	18
4.3.3 Séparer l'approbation des honoraires.....	18
4.3.4 Le mode de recouvrement	18

5. AUTRES VOLETS ASSOCIÉS À L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC.....	19
5.1 Amélioration des délais à l'étape du fond.....	19
5.2 Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC).....	19
5.2.1 Financement des actions collectives	20
5.2.2 Intervention dans l'approbation de règlements hors cour	21

INTRODUCTION

Le Barreau du Québec est heureux de participer à la consultation publique sur les perspectives de réforme de l'action collective au Québec, lancée par le ministère de la Justice le 1^{er} juin dernier. Cette consultation s'inscrit dans le cadre d'une réflexion visant à rendre l'action collective plus accessible, efficace et équitable pour le citoyen.

Le document de consultation reprend de manière générale les recommandations contenues au rapport d'étude du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal¹ (ci-après : le « Rapport »). Le Laboratoire propose des pistes de réforme visant à atteindre les objectifs suivants² :

- Économiser les ressources temps-coûts du système judiciaire québécois;
- Simplifier et accélérer l'autorisation sans pour autant porter atteinte à ses raisons d'être, soit la protection des membres du groupe, la protection de la partie défenderesse, l'intérêt du système de justice et l'organisation de l'action collective;
- Porter un regard plus critique sur les honoraires, compte tenu de la procédure dans son ensemble, de son importance et des efforts démontrés.

Nous soumettons nos commentaires aux huit pistes de réforme exposées au document de consultation.

1. FORCER UN CHANGEMENT DANS LES PRATIQUES ET LA CULTURE PAR UNE GESTION D'INSTANCE PLUS SERRÉE

1.1 Proposition 1

Proposition 1

Pour faciliter un changement de culture dans les dossiers d'action collective, le rapport propose la mise en place d'une stratégie visant à encourager non seulement les tribunaux, mais aussi et surtout les parties à gérer activement ces dossiers, de manière à réduire les délais.

La situation a considérablement évolué depuis la publication du Rapport du Laboratoire en septembre 2019, notamment depuis la réorganisation de la Chambre des actions collectives dans les districts de la Division d'appel de Montréal. En effet, depuis septembre 2018, l'étape menant à

¹ En ligne :

https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/ministere/RA_Piche_Ref_Action_coll_Qc.pdf.

² Consultation publique, en ligne :

https://www.justice.gouv.qc.ca/fileadmin/user_upload/contenu/documents/Fr_francais_/centredoc/rapports/ministere/RA_Persp_Ref_Action_coll_Qc_MJQ.pdf.

un jugement sur l'autorisation d'une demande d'action collective à Montréal est confiée à une équipe restreinte de 10 juges plus familiers avec le domaine de l'action collective, dont les assignations sont aménagées de façon plus optimale afin de consacrer un plus grand nombre d'heures à la gestion des actions collectives au stade de l'autorisation. Les résultats sont tangibles.

La réalisation de ce projet par la Cour supérieure a permis de réduire considérablement les délais et de favoriser un meilleur déroulement de l'étape menant à un jugement sur l'autorisation, et ce, malgré l'augmentation significative du nombre de dossiers d'action collective au cours des trois dernières années³. En 2020 seulement, 98 nouvelles demandes d'autorisation ont été déposées au Québec, alors que 90 l'avaient été en 2019⁴. Compte tenu des transformations socio-économiques que le Québec vit présentement, de l'évolution numérique et technologique ainsi que des nouvelles façons de transiger, nous estimons que cette tendance ira en s'accroissant. On doit donc nécessairement tenir compte de l'impact de cette nouvelle organisation sur le déroulement de l'instance, puisque celle-ci était en place depuis moins d'un an lorsque le rapport du Laboratoire a été présenté. Ainsi, les statistiques plus récentes sont davantage pertinentes et démontrent une nette amélioration au niveau des délais.

À titre d'exemple, six actions collectives en lien avec la pandémie de la COVID-19 déposées au cours du printemps, et à l'été 2020, ont été entendues et ont déjà fait l'objet d'un jugement, soit les affaires *Nashen c. Station Mont-Tremblant*⁵, *Larose c. Corporation de l'École des Hautes Études commerciales de Montréal*⁶, *Lachaine c. Air Transat AT Inc.*⁷, *Morfonios (Succession de Sarlis) c. Vigi Santé Ltée*⁸, *Bernard c. Collège Charles-Lemoyne de Longueuil Inc.*⁹ et *Centre de santé dentaire Gendron Delisle Inc. c. La Personnelle, assurances générales Inc.*¹⁰ Ces quelques exemples démontrent que le système fonctionne bien. Il y a bien entendu des exceptions, mais de façon générale, on peut affirmer que l'instance se déroule maintenant rondement et efficacement au stade de l'autorisation.

Les juges faisant partie de l'équipe restreinte en matière d'action collective, dans la Division d'appel de Montréal, ont pour directive de tenir une audition sur la demande d'autorisation à l'intérieur d'un délai de 12 mois du dépôt de la demande au greffe¹¹. Nous estimons que ce délai de 12 mois devrait être maintenu comme objectif dans tous les dossiers. Par ailleurs, on note que certaines instances procèdent beaucoup plus rapidement, comme dans l'affaire *Solkin c. Procureur général du Canada*¹², où le jugement d'autorisation a été rendu en moins de quatre mois. Mentionnons

³ Le 9 juin 2021, il y avait 502 dossiers actifs dans la division de Montréal, comparativement à 452 dossiers en juin 2020, 416 en mai 2019 et 366 en septembre 2018.

⁴ Données compilées à partir du Registre des actions collectives, en ligne : <<https://www.registredesactionscollectives.quebec/>>.

⁵ 2021 QCCS 1450 (jugement sur l'autorisation rendu le 19 avril 2021).

⁶ 2021 QCCS 2299 (jugement sur l'autorisation rendu le 3 juin 2021).

⁷ 2021 QCCS 2305 (jugement sur l'autorisation rendu le 8 juin 2021).

⁸ 2021 QCCS 2489 (jugement sur l'autorisation rendu le 16 juin 2021).

⁹ 2021 QCCS 3083 (jugement sur l'autorisation le 16 juillet 2021).

¹⁰ 2021 QCCS 3463 (jugements sur l'autorisation rendus le 18 août 2021).

¹¹ L'article 231 des Directives de la Cour supérieure pour le district de Montréal prévoit ce qui suit : « Sauf si les circonstances le justifient, la demande d'autorisation d'exercer une action collective est entendue dans l'année suivant son dépôt. »

¹² 2019 QCCS 490. Dans ce dossier, la demande d'autorisation a été déposée le 30 octobre 2018 et le jugement sur l'autorisation a été rendu le 20 février 2019.

également l'affaire *Hand c. Denso International America, inc.*¹³, où le jugement d'autorisation a été rendu à l'intérieur de six semaines.

Cependant, pour une foule de raisons, certains dossiers peuvent nécessiter plus de temps¹⁴, mais demeurent néanmoins sujets à une gestion tout aussi serrée de la part du juge. En effet, plusieurs facteurs peuvent expliquer de plus longs délais au stade de l'autorisation. Par exemple, pensons aux discussions de règlement entre les parties entreprises à une étape initiale, ou à la suspension temporaire de l'instance en matière de recours multiterritoriaux lorsque, conformément à l'article 577 C.p.c., les parties ont choisi de procéder avec un recours connexe sollicitant une classe nationale dans un autre ressort canadien, comme ce fut le cas à titre d'illustration dans l'affaire récente *Blais c. Bayerische Motoren Werke AG*¹⁵. De même, la présence d'une multitude de défendeurs n'ayant pas leur domicile au Québec requiert de procéder selon la Convention de La Haye pour la signification, ce qui a pour effet de prolonger le processus, tout en contribuant à certains délais. D'autre part, il arrive que le demandeur sollicite une suspension temporaire de l'instance en attendant de connaître le résultat d'une demande d'aide financière présentée au Fonds d'aide aux actions collectives, ce qui occasionne parfois des délais de quelques mois. Il en va de même lorsque le recours porte sur l'indemnisation de torts historiques, qui nécessite des recherches et des vérifications dès l'étape préliminaire de l'instance. Ces particularités doivent donc être considérées.

Il est indéniable qu'au cours des trois dernières années, plusieurs facteurs ont eu un impact favorable sur les délais, dont une gestion proactive des dossiers par le juge qui sollicite la collaboration des parties tout au long de l'instance. De plus, une nouvelle pratique a été instaurée selon laquelle les juges rendent un plus grand nombre de jugements sur dossier, donc sans audition, notamment sur les moyens préliminaires.

Notons que ces nouvelles pratiques ne touchent pour le moment que la Division d'appel de Montréal de la Cour supérieure, de sorte qu'il y aurait sans doute lieu de les harmoniser et, éventuellement, les introduire dans tous les districts judiciaires du Québec.

Mentionnons également les auditions par moyen technologique sur la plateforme Teams, qui ont pris de l'ampleur depuis le début de la pandémie de la COVID-19. Cet outil, maintenant fréquemment utilisé, contribue de façon significative à une plus grande efficacité du processus.

1.1.1 Fixation de la date d'audition et bonnes pratiques de gestion

Comme on le voyait couramment auparavant, le demandeur ne peut plus maintenant suspendre volontairement, et de sa propre initiative, une instance en action collective et négliger de faire progresser le litige dans l'intérêt des membres. Les juges ne le permettent tout simplement plus. De plus, la Cour d'appel a assoupli la règle de l'antériorité du recours (le premier qui dépose) dans l'affaire *Schmidt c. Johnson & Johnson Inc.*¹⁶ Ainsi, le demandeur qui souhaite que le dossier

¹³ Dans ce dossier, la demande d'autorisation a été déposée le 14 septembre 2020, l'autorisation a été entendue les 7 et 8 juillet 2021 et le jugement d'autorisation a été rendu le 17 août 2021.

¹⁴ Par exemple, *EV c. Abbott Laboratories* (demande introduite en 2019) et *Raunet c. P.G.Q.* (demande introduite en 2016, jugement sur exception déclinatoire rendu par la Cour d'appel en 2021).

¹⁵ 2021 QCCS 2487.

¹⁶ 2012 QCCA 2132.

demeure inactif, quelle qu'en soit la raison, s'expose à ce que sa demande soit suspendue, et qu'une autre demande connexe déposée subséquemment procède. Il y a donc des solutions jurisprudentielles qui contribuent à assurer une plus grande efficacité du processus.

En somme, les solutions les plus efficaces résident dans une gestion plus serrée de l'instance, adaptée à chaque situation. Par exemple, dans les dossiers qui impliquent plusieurs parties défenderesses, il est utile de fixer la date d'audition de l'autorisation au tout début de l'instance, afin d'assurer la disponibilité des parties et de leurs avocats le plus longtemps à l'avance, en fonction des agendas de chacun. Évidemment, il faut aussi faire preuve de souplesse, en faisant en sorte que la date d'audition puisse être modifiée au besoin, mais en évitant les demandes de prolongations injustifiées qui auraient pour effet de retarder inutilement l'étape de l'autorisation.

Enfin, la solution au problème des délais n'est pas nécessairement législative puisqu'elle pourrait passer par l'adoption de nouvelles directives par la Cour supérieure, ainsi que la mise en place de meilleures pratiques élaborées par le Barreau du Québec, de concert avec la magistrature, comme ce fut le cas pour les avis aux membres et la disposition des reliquats, qui ont fait l'objet de guides des meilleures pratiques largement diffusés auprès du public et des avocats¹⁷.

1.1.2 Moyens technologiques

La pandémie de la COVID-19 a amené des changements au système de justice en très peu de temps. Ainsi, les audiences virtuelles, qui sont maintenant possibles, contribueront inévitablement à réduire les délais, notamment pour les moyens interlocutoires, et plus particulièrement les demandes en vertu de l'article 574 C.p.c., qui demeurent assez fréquentes. Ce mode d'audition virtuel est non seulement là pour rester, mais pourrait même être davantage utilisé. La Cour supérieure pourrait par exemple se doter d'une salle virtuelle où les audiences en matière d'action collective s'y dérouleraient lorsque les parties consentent à procéder ainsi. Nous sommes d'avis qu'une telle initiative serait bien accueillie par les praticiens en action collective. Elle serait aussi susceptible de favoriser davantage la présence des membres, de même que des principaux intéressés, qui pourraient ainsi assister plus facilement aux audiences si elles se déroulaient en mode virtuel.

1.2 Proposition 2

Proposition 2

Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées :

- Favoriser des protocoles d'instance présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à s'assurer de respecter le délai d'un an pour l'audience d'autorisation;

¹⁷ *Guide sur les avis aux membres*, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1335/guide-avis-membres-action-collective.pdf>>; *Guide des meilleures pratiques pour la distribution des reliquats*, en ligne : <<https://www.barreau.qc.ca/media/2676/guide-meilleures-pratiques-reliquats.pdf>>.

- Encourager les parties à travailler ensemble et en équipes réduites à la préparation du dossier, notamment à l'identification plus précise des questions en litige et à la communication avec les membres potentiels;
- Encourager les tribunaux à refuser d'approuver un règlement proposé avant que le dossier ne soit prêt à être entendu, en se méfiant des règlements trop précoces;

Nous sommes évidemment d'accord avec l'objectif de favoriser un déroulement efficace de l'instance. Or, plusieurs des moyens proposés par le Laboratoire sont déjà couramment appliqués, dont l'élaboration d'un échéancier dès le début du dossier, ainsi que le partage du travail et une meilleure coordination entre les défendeurs dans des dossiers en impliquant plusieurs, comme on en voit couramment. Les juges s'attendent d'ailleurs à ce qu'il en soit ainsi.

Cependant, il y a un profond désaccord avec la proposition suggérant que le tribunal devrait refuser d'approuver un règlement que l'on estimerait trop précoce. En effet, cette suggestion nous paraît contraire à la philosophie du *Code de procédure civile*. Les règles du Code sont destinées notamment à favoriser le règlement des différends et des litiges. Face à l'engorgement des tribunaux, le législateur a résolument opté pour des règles qui imposent aux justiciables de tenter de régler à l'amiable leurs différends dès que possible, et ce, avant même de s'adresser aux tribunaux (articles 1, 9, 19 et 25 C.p.c.). D'ailleurs, dans la Division d'appel de Montréal, le juge coordonnateur invite les parties à considérer la tenue d'une conférence de règlement à l'amiable (CRA) dès l'étape initiale de l'instance. Une telle proposition nous paraît donc contraire à ces principes fondamentaux. Rappelons également que l'ordre public requiert de favoriser les règlements à l'amiable des litiges par les parties¹⁸.

Il est parfois dans l'intérêt des parties et de la justice d'engager des discussions de règlement dès le début de l'instance. Notons que ce ne sont pas tous les dossiers qui sont suffisamment mûrs pour que les parties s'engagent rapidement dans des pourparlers. En fait, cela demeure l'exception. Dans le cas, par exemple, où le défendeur reconnaît sa responsabilité et souhaite tourner la page en indemnisant les membres avec lesquels il est toujours en relation d'affaires, en vertu de quel principe devrait-on empêcher les parties de saisir cette opportunité? Les juges encouragent constamment les parties à explorer les possibilités de règlement. Il peut être dans l'intérêt des membres qu'un dossier se règle rapidement, comme on l'a vu récemment dans celui des résidents du CHSLD Herron en lien avec une éclosion de COVID-19 dans cet établissement de santé, et dont le règlement a été approuvé par la Cour supérieure en avril 2021.

Ne perdons pas de vue que tout règlement en action collective est sujet à l'approbation du tribunal, qui a la faculté de refuser d'homologuer la transaction soumise et suggérer des modifications à l'entente¹⁹, s'il estime que la transaction proposée n'est pas juste, raisonnable, ou dans l'intérêt des membres du groupe. Il en va de même pour les honoraires d'avocats, qui sont soumis à des critères bien établis, assujettis au *Code de déontologie des avocats*²⁰. De plus, les avocats ont le

¹⁸ Voir notamment *Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc.*, 2014 CSC 35, par. 32-33.

¹⁹ *Walter c. Ligue de hockey junior majeur du Québec Inc.*, 2020 QCCS 3724; *Johnson c. Bayer Inc.*, 2008 QCCS 4957; *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2017 QCCS 200.

²⁰ RLRQ c. B-1, r. 3.1.

devoir d'échanger toute information pertinente et utile, dans le cadre du processus de vérification diligente, afin de s'assurer que le tribunal dispose de toute l'information nécessaire pour que les intérêts des membres soient bien servis et que ceux-ci soient adéquatement indemnisés, le cas échéant. Bref, que le règlement intervienne au tout début de l'instance ou plus tard dans son déroulement, il y a suffisamment de balises en place pour faire en sorte que les intérêts des deux parties, plus particulièrement ceux des membres, soient adéquatement protégés.

Proposition 2 (suite)

Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées :

- Encourager les parties à discuter de la résolution à l'amiable du dossier;

Les dispositions générales du *Code de procédure civile* s'appliquent à l'action collective, les outils sont donc déjà en place. Le volet préjudiciaire ne s'applique pas à l'action collective, puisque le dossier de l'action collective débute au moment du dépôt de la demande d'autorisation.

Proposition 2 (suite)

Concrètement, le Laboratoire propose que les pratiques suivantes soient encouragées :

- Encourager les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière active et proactive;
- Continuer à adopter une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation.

À notre avis, il n'est pas nécessaire d'effectuer quelque modification législative en lien avec l'approche restrictive souhaitée à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation. L'article 574 C.p.c., permettant une preuve appropriée, est interprété restrictivement par les tribunaux et l'approche est de fait, restrictive²¹. Il est maintenant bien établi que seule une preuve essentielle et indispensable peut être permise par le juge. Au stade de l'autorisation, une preuve est considérée comme nécessaire si elle permet au juge de mieux saisir les enjeux, et de rendre un jugement d'autorisation en bénéficiant de l'éclairage de tous les faits pertinents. Par ailleurs, le tribunal a la discrétion de ne pas tenir compte de la preuve ainsi produite s'il estime qu'elle n'est pas utile pour les fins de l'analyse des critères de l'article 575 C.p.c., ou s'il était préférable d'en disposer sur le fond.

²¹ *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait Ltée*, 2016 QCCA 659; *Allstate du Canada Compagnie d'assurances c. Agostino*, 2012 QCCA 659.

2. CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ OU D'OPPORTUNITÉ DU MÉCANISME D'AUTORISATION

2.1 Proposition 3

Proposition 3

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

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

L'ajout, dans la législation, de la proportionnalité comme cinquième critère d'autorisation ne fait pas consensus, puisque la règle de la proportionnalité de l'article 18 C.p.c. est déjà bien ancrée dans l'analyse par le juge de chacun des critères de l'article 575 C.p.c. Elle serait donc en quelque sorte superflue.

Pour certains, le principe de proportionnalité énoncé à l'article 18 du C.p.c., comme outil d'appréciation des critères d'autorisation actuels, est bien suffisant et permet de filtrer adéquatement les recours. Un cinquième critère fondé sur la proportionnalité ou la préférabilité pourrait entraîner le refus de l'autorisation, même si les autres critères de l'article 575 C.p.c. sont respectés. Il pourrait s'agir d'un outil additionnel à la disposition du défendeur pour contester un recours qu'il n'estimerait pas opportun. Ceci étant dit, le critère de proportionnalité ne devrait pas être interprété comme un frein à l'exercice d'un recours susceptible de mobiliser des ressources judiciaires importantes. L'ajout d'un tel critère risque donc de créer beaucoup de lourdeur à la procédure actuelle qui se déroule bien, semer une certaine confusion et diluer l'analyse des critères actuels reposant sur une jurisprudence maintenant bien établie.

Il est de jurisprudence constante que l'analyse du tribunal doit tenir compte de la règle de la proportionnalité. Elle peut être invoquée autant par le demandeur que le défendeur, contrairement à ce que le Laboratoire souligne. Même si elle ne figure pas comme critère d'analyse, la règle de la proportionnalité est appliquée d'emblée. Plusieurs jugements l'ont abordée, à commencer par le jugement phare sur cette question rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Marcotte c. Longueuil (Ville)*²². La règle de la proportionnalité, telle que nous la connaissons, est omniprésente et appliquée de façon constante. Ainsi, il n'est pas nécessaire de renforcer encore davantage un élément qui jouit déjà de fortes assises dans notre droit.

Bref, nous estimons que les critères d'autorisation actuels sont adéquats et permettent de filtrer adéquatement les recours. Ajouter un tel critère serait susceptible de transformer considérablement le cadre législatif de l'autorisation, en plus du risque bien réel de basculer dans une analyse arbitraire.

²² 2009 CSC 43.

Mais pour d'autres, l'ajout formel d'un cinquième critère de proportionnalité, d'une portée plus large que l'article 18 du C.p.c., est souhaitable. On pourrait parler d'un critère d'opportunité, ou d'un critère de recours préférable ou de « meilleur moyen », par exemple, lorsqu'il existe une mesure alternative à une action collective et que la demande déposée n'a pas ou peu d'utilité, ou n'atteindra pas sa finalité. Comme le souligne le Laboratoire, la proportionnalité au sens large, et la préférabilité, sont des principes interreliés²³. L'ajout d'un cinquième critère pourrait permettre au juge autorisateur d'approfondir son analyse et de bénéficier d'un pouvoir discrétionnaire élargi pour apprécier le caractère juste, efficient, gérable et préférable à d'autres méthodes de règlement²⁴ de l'action collective envisagée. La mise en balance de ces facteurs, particulièrement le caractère gérable et l'abondance de questions individuelles nécessitant une multitude de mini-procès, pourrait amener une réflexion et une discussion dès l'étape de l'autorisation et, lorsqu'autorisée, mais avec une portée plus limitée, afin d'assurer un meilleur encadrement de l'étape du fond et une amélioration des délais jusqu'à l'issue finale. Ce critère, que l'on retrouve dans la législation des provinces de *common law* et dans les règles de la Cour fédérale, n'a pas son équivalent au Québec²⁵ et n'a donc pas l'objet d'une analyse exhaustive par nos auteurs dans la doctrine québécoise. Par ailleurs, l'ajout d'un critère semblable aurait l'avantage d'harmoniser la procédure d'autorisation avec celle des autres provinces.

En ce qui concerne la notion *de minimis*, nous notons que la préoccupation du Laboratoire semble être associée à la prémisse que ces recours sont inutiles parce que, dans les faits, ils n'indemnisent personne. Si les réclamations individuelles ou à être recouvrées collectivement ne sont constituées que de petits montants, suggère-t-on qu'une action collective est injustifiée, sinon inutile? À cela, il faut répondre que la philosophie de l'action collective vise justement à regrouper de petites réclamations dans un seul recours afin d'assurer l'exercice de droits qui, autrement, ne le seraient pas, et à réaliser des économies judiciaires. Ne perdons pas de vue que le recouvrement de petits montants, notamment en droit de la consommation, peut être aussi parfois assorti d'une mesure correctrice destinée à modifier un comportement ou certaines pratiques, donnant ainsi une dimension sociale non négligeable au recours.

Lorsque l'action collective n'est pas susceptible d'indemniser qui que ce soit, ou seulement un très petit nombre de personnes, ou encore qu'elle est sans objet parce que les membres du groupe ont déjà été indemnisés, ou sont en voie de l'être par l'entremise d'un programme mis en place par le défendeur, ou tout simplement parce que l'action collective intentée n'a pas sa raison d'être, il faut alors faire confiance aux tribunaux. En effet, ceux-ci pourraient refuser d'autoriser l'action collective, ou dans d'autres cas, le recours pourrait faire l'objet d'un désistement, dont les parties auront négocié les termes. À titre d'exemple, citons l'affaire *Apple Canada Inc. c. St-Germain*²⁶, dans laquelle la Cour d'appel, saisie d'un appel sur le fond, mentionne avec approbation la réduction du groupe au stade de l'autorisation, considérant la preuve appropriée démontrant que la défenderesse avait déjà mis en place un programme d'indemnisation lorsque le recours a été déposé. Plus récemment, dans l'affaire *Lachaine c. Air Transat AT Inc.*²⁷, la demande a été rejetée parce que l'action n'avait plus aucun objet, les membres du groupe ayant déjà été remboursés.

²³ Rapport, p. 36.

²⁴ Le critère du recours préférable comme décrit par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Fischer* et plus amplement expliqué à la page 35 du Rapport.

²⁵ *Desjardins Cabinet de services financiers Inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, par. 118.

²⁶ 2010 QCCA 1376.

²⁷ 2021 QCCS 2305.

Dans d'autres cas, lorsque le demandeur, après vérification diligente, estime que son recours n'a aucune chance de succès, le tribunal approuvera sous certaines conditions une demande de désistement²⁸.

3. INTÉGRATION DE L'AUTORISATION À L'INSTANCE PRINCIPALE

3.1 Proposition 4

Proposition 4

La proposition du Laboratoire consiste à amorcer l'action collective par une demande introductive d'instance en action collective et non par une demande d'autorisation.

Concrètement, la procédure d'autorisation se traduirait ainsi :

- 1) Dépôt de la demande introductive d'instance;
- 2) Réponse de la partie défenderesse et dénonciation des moyens préliminaires d'irrecevabilité;
- 3) Jugement d'autorisation et jugement sur les moyens préliminaires d'irrecevabilité;
- 4) Jugement au mérite.

3.1.1 Intégrer l'autorisation à l'instance principale

Nous sommes d'avis qu'il n'est pas souhaitable d'intégrer l'autorisation de l'action collective à l'instance principale.

Au centre de toute action collective entreprise au Québec se trouve l'idée que le tribunal autorise le demandeur à représenter un groupe et l'investit du pouvoir de le lier²⁹. Sans une telle autorisation, il ne saurait y avoir d'action collective. La proposition d'identifier des questions collectives, de décrire un groupe et d'en nommer le représentant dans le cadre d'une conférence de gestion n'est pas opportune, en ce que cette étape dépasse celle de la simple mise en place du dossier. Ces critères d'autorisation d'une action collective vont au cœur même de la détermination du statut collectif ou individuel de l'action envisagée, et leur détermination bénéficie bien souvent de l'éclairage d'une preuve appropriée et d'un débat contradictoire organisé.

Par ailleurs, et comme formulée aux pages 67 et 68 du Rapport, la proposition du Laboratoire n'aurait pas pour effet de générer une réduction substantielle des délais. Rappelons que la réorganisation de la Chambre des actions collectives dans les districts de la Division d'appel de Montréal a eu pour effet de réduire significativement les délais d'audition des demandes

²⁸ *Union des consommateurs c. Telus Communications Inc.*, 2021 QCCS 2681; *Deshaias c. FCA Canada Inc.*, 2019 QCCS 226; *Rivard c. A. Lassonde Inc.*, 2017 QCCS 1750.

²⁹ Art. 571 C.p.c.

d'autorisation qui sont aujourd'hui bien souvent entendues dans l'année qui suit leur dépôt³⁰. À cet égard, nous sommes d'avis qu'il n'y a plus, du moins à Montréal, de problématique en ce qui concerne les délais à l'étape de l'autorisation, et ce, malgré une nette augmentation du nombre de demandes déposées.

En outre, un juge à l'étape de l'autorisation d'une action collective en demeure le plus souvent saisi jusqu'à sa mise en état. Cette pratique fait en sorte que les débats préliminaires et autres moyens interlocutoires ne sont pas multipliés inutilement.

Finalement, nous sommes d'avis que l'intégration de l'étape de l'autorisation à celle du fond aurait pour effet d'amener trop souvent les parties à plaider le fond de l'affaire deux fois plutôt qu'une. Cette proposition aurait pour effet de complexifier le débat sur l'autorisation, qui se nourrit sans doute des allégations contenues aux divers moyens préliminaires que pourraient déposer les parties et des interrogatoires qui s'ensuivraient.

Soulignons que dans toutes les juridictions nord-américaines, l'action collective est soumise à un processus d'autorisation (*certification*) distinct de l'étape du fond, qui a toute sa raison d'être en tant que mécanisme de filtrage. S'éloigner de ce concept en éliminant l'étape de l'autorisation pourrait, au contraire, avoir un impact important sur l'utilisation des ressources judiciaires et la durée des litiges en action collective. De plus, une certaine harmonisation de nos règles de procédure avec celles des autres juridictions canadiennes est souhaitable, surtout dans le contexte des recours multiterritoriaux qui sont de plus en plus fréquents.

3.2 Proposition 5

Proposition 5

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

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

3.2.1 Procédure non contradictoire pour le critère de représentation

Tout comme le Laboratoire³¹, nous sommes en désaccord avec la proposition selon laquelle la représentation adéquate des membres pourrait faire l'objet d'une procédure non contradictoire dès

³⁰ Rapport, p. 61.

³¹ Rapport, p. 67.

les premiers moments de l'action collective, alors que le juge rencontrerait le candidat-représentant sans la présence de la partie défenderesse.

À notre avis, une telle procédure *ex parte* ne serait pas respectueuse de l'équité procédurale, et en ce sens, elle n'est pas souhaitable. Les parties doivent être entendues afin de permettre au tribunal d'apprécier le critère de la représentation adéquate et notamment de permettre à la partie défenderesse de faire ressortir une apparence de conflit d'intérêts qui, sans l'apport d'un processus contradictoire, pourrait passer inaperçue, ce qui est en soi est non négligeable.

En outre, loin de générer des gains d'efficacité, cette proposition entrainerait sans doute avec elle son lot de contestations, vu sa nature étrangère à notre procédure contradictoire. À notre avis, il s'agit d'un remède inapproprié, alors que le critère de représentation est bien défini en jurisprudence et que son application n'a pas pour effet de faire encourir des coûts ou des délais additionnels aux parties ou au système.

De plus, l'analyse de la qualité du représentant ne doit pas se faire isolément et dans l'abstrait, d'autant plus que cette même analyse est intimement liée au critère de l'apparence de droit. En effet, il y a parfois des vases communicants d'un critère à l'autre, c'est-à-dire que le sort de l'un peut affecter celui de l'autre³². Ainsi, le demandeur qui ne parvient pas à démontrer l'existence d'une cause défendable se verra dépouillé, par le fait même, de la possibilité de représenter adéquatement les membres du groupe, comme nous l'a maintes fois rappelé la Cour d'appel³³.

3.2.2 L'apparence de droit

Notons que près de 70% des demandes d'autorisation rejetées le sont parce que les faits allégués à la demande ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées³⁴. Le critère de l'apparence de droit est le filtre le plus performant de l'action collective québécoise. On ne saurait l'éliminer sans risquer de prolonger inutilement des actions vouées à l'échec.

Toutes les parties ont intérêt à ce que l'apparence de droit soit déterminée à un stade précoce du litige et au moindre coût possible. À cet égard, nous estimons que le processus de filtrage en place actuellement répond justement et parfaitement à ce besoin. Un défendeur poursuivi sur la base d'affirmations erronées a tout intérêt à couper court aux velléités d'un demandeur en produisant une preuve appropriée. Un demandeur qui aurait conçu son recours sur de fausses prémisses préférera l'apprendre avant d'y investir encore plus. Et l'appareil judiciaire a également avantage à affecter ses ressources à des actions méritoires.

³² *Delorme c. Concession A25, s.e.c.*, 2015 QCCA 2017.

³³ *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820, par. 10; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, par. 108-109; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2010 QCCA 351; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, par. 88; *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, par. 21-22; *Options consommateurs c. Merck & Co*, 2013 QCCA 57; *Contat c. General Motors du Canada Ltée*, 2009 QCCA 1699, par. 33; *Karras c. Société des loteries du Québec*, 2019 QCCA 813, par. 54.

³⁴ Rapport, p. 23.

Comme le reconnaît le Laboratoire, le retrait du critère de l'apparence de droit viendrait modifier drastiquement l'état du droit au Québec. Or, rien ne justifie un tel bouleversement, d'autant plus que la jurisprudence à l'autorisation semble avoir acquis une certaine stabilité.

Retirer le critère de l'apparence de droit ouvrirait la porte aux recours frivoles ou mal fondés et augmenterait le risque de chantage judiciaire (« judicial blackmail »).

3.2.3 L'irrecevabilité de la demande

Hormis quelques exceptions telles que des demandes de suspension, pour preuve appropriée ou pour exception déclinatoire, les moyens préliminaires au stade de l'autorisation sont très peu fréquents. Cette pratique a pour effet de raccourcir la route conduisant à l'audition de la demande d'autorisation et nous ne proposons pas de la modifier. Par ailleurs, le critère de l'apparence de droit, qui permet notamment de trancher une question de droit au stade de l'autorisation, limiterait en pratique les moyens d'irrecevabilité qui pourraient être soulevés au fond.

Cela dit, dans la mesure où l'étape de l'autorisation devait être intégrée à celle du fond et que le critère de l'apparence de droit devait disparaître, il est entendu que la demande en rejet prévue à l'article 168 C.p.c., ou même la demande pour abus prévue à l'article 51 C.p.c., deviendront des lieux communs fertiles en débats dès l'étape préliminaire de l'instance. Par ailleurs, dans l'état actuel du droit, ces moyens échapperaient au mécanisme de la preuve appropriée de l'article 574 C.p.c., ce qui pourrait priver le défendeur de la possibilité de les présenter efficacement, dans la mesure où il est concevable qu'une certaine preuve puisse être nécessaire, ce que ne permettent pas d'emblée les articles 51 et 168 C.p.c.

Quant à la procédure de jugement sommaire utilisée dans les provinces de *common law*, elle est entièrement distincte des outils disponibles au *Code de procédure civile*, notamment aux articles 51 et 168 C.p.c. Par exemple, la procédure civile québécoise ne prévoit pas d'outil adapté permettant d'accueillir ou de rejeter une demande à un stade préliminaire suivant l'administration d'une preuve sommaire et la tenue d'un débat complet. L'introduction d'un tel moyen à la procédure civile québécoise comporterait possiblement son lot d'avantages³⁵, mais il ne saurait se limiter uniquement à l'action collective et nécessiterait sans doute une réflexion beaucoup plus large, comme le suggère le Laboratoire³⁶.

³⁵ RYAN, André, « Chronique – Le jugement sommaire comme moyen d'assurer la proportionnalité et l'économie judiciaire : un virage culturel dans l'administration de la justice civile québécoise ? », dans *Repères*, juin 2019.

³⁶ Rapport, p. 69.

4. RESSERRER LE PROCESSUS D'APPROBATION DES HONORAIRES

4.1 Proposition 6

Proposition 6

Ainsi, le Laboratoire propose une première série de changements qui pourraient toucher à la procédure d'approbation des honoraires et aux critères considérés par les tribunaux à cette étape :

- Fixer les honoraires en fonction de l'étape judiciaire à laquelle le dossier se conclut;
- Favoriser les conventions d'honoraires à pourcentages inversement proportionnels à la somme obtenue, en tandem avec une échelle croissante selon laquelle le pourcentage augmente en fonction de l'état du dossier;
- Ne procéder à l'attribution des honoraires qu'après avoir pu observer les distributions aux membres, en fonction du « succès » relatif de l'étape du recouvrement;
- Dans le cas d'un recouvrement individuel, n'approuver les honoraires qu'après la distribution aux membres.

En raison notamment de leur caractère public, les honoraires des avocats en action collective ont, à l'occasion, fait l'objet de commentaires dans certains médias³⁷. Au-delà des perceptions négatives fondées malheureusement, trop souvent, sur de fausses prémisses, il ne faut pas perdre de vue que dans tous les cas où des honoraires sont payés au terme d'une action collective, un tribunal s'est prononcé sur leur raisonnable, à la lumière de critères connus et appliqués.

Selon le Laboratoire, la médiane des honoraires payés en actions collectives est de 189 854,38 \$³⁸. Cette donnée, qui signifie que dans plus de la moitié des dossiers d'actions collectives, les honoraires payés sont inférieurs à 200 000 \$, permet de mettre en perspective la moyenne des honoraires qui, elle, se situe à 929 257,23 \$. Or, cette moyenne est nécessairement fortement influencée par des dossiers hors-norme, aux résultats par ailleurs convaincants. On peut penser notamment au dossier des frais de conversion de devises contre des institutions financières³⁹, à l'affaire *Norbourg*⁴⁰, au litige *Volkswagen*⁴¹, et au dossier des frais afférents facturés par des commissions scolaires⁴².

Par ailleurs, toute analyse des honoraires en action collective doit nécessairement tenir compte du risque assumé par l'avocat. Ainsi, dans le contexte où une transaction à l'étape du fond n'intervient,

³⁷ Rapport, p. 43.

³⁸ Rapport, p. 56.

³⁹ *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915.

⁴⁰ *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345.

⁴¹ *Grondin c. Volkswagen Group Canada Inc.*, 2016 QCCS 2423.

⁴² *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, 2018 QCCS 3836.

en moyenne, qu'après six ans et 327 jours⁴³, on conviendra que le modèle économique sous-jacent à ce type d'entreprise ne saurait se justifier, sans qu'il n'existe une possibilité bien réelle pour l'avocat de réaliser un rendement sur son investissement, supérieur à celui d'un avocat ayant opté pour un modèle d'affaires traditionnel, où ses clients acquittent leurs factures mensuellement.

Dans leur évaluation de la raisonnable des honoraires demandés, les tribunaux sont guidés notamment par les critères prévus à l'article 102 du *Code de déontologie des avocats*⁴⁴ :

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

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

À titre de gardien de l'intérêt des membres absents, et sans doute aussi en raison de l'attention que porte le public en général à cette question, les tribunaux sont particulièrement soucieux d'approuver des honoraires respectueux de cette norme de raisonnable, et n'hésiteront pas à mettre de côté une convention d'honoraires qui conduirait à des résultats inacceptables⁴⁵. Ainsi, dans l'ensemble, le système fonctionne bien.

Nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de revoir le processus d'approbation des honoraires, dont les critères sont bien connus et laissent place à l'exercice d'une large discrétion du tribunal, qui assure l'intégrité du processus. Or, c'est justement ce large pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal qui permet qu'une décision respectueuse des enjeux propres au dossier étudié soit rendue, sans les contraintes d'un cadre qui pourrait produire des résultats choquants. Il nous paraît hasardeux d'adopter des règles rigides dans ce contexte.

Nous sommes également d'avis que les acteurs de l'action collective québécoise sauraient bénéficier d'un guide des meilleures pratiques en matière d'approbation d'honoraires, qui pourrait être élaboré par le Barreau du Québec avec le concours de la magistrature. Pour l'essentiel, il y a lieu de privilégier une très grande transparence des avocats dans le cadre de la preuve administrée au soutien de leurs demandes d'approbation d'honoraires. Un tel guide pourrait notamment prévoir la divulgation de la convention d'honoraires des avocats en demande à une étape préliminaire

⁴³ Rapport, p. 23.

⁴⁴ *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c. B-1, r. 3.1, art. 101.

⁴⁵ Voir, comme exemple récent, *Bramante c. Restaurants McDonald du Canada Limitée*, 2021 QCCS 955.

lorsque le dossier est financé par un tiers. En outre, le guide pourrait discuter des meilleures pratiques de rédaction de la convention d'honoraires.

Il pourrait aussi être souhaitable d'inciter les avocats en demande à prévoir à leurs conventions d'honoraires une échelle progressive selon l'avancement du dossier et les montants recouverts. À notre avis, il n'est toutefois pas souhaitable de mettre en place un cadre trop rigide, afin de permettre aux parties prenantes de prévoir un mode de rémunération adapté à chaque circonstance.

4.1.1 Taux de réclamation

Lier la rémunération des avocats en demande au taux de réclamation n'est pas souhaitable. Le taux de réclamation est influencé par plusieurs facteurs sur lesquels les parties ont très peu de contrôle – voire aucun –, à commencer par la possibilité de rejoindre les membres directement. Si, dans certains cas, les membres sont connus, dans plusieurs cas ils ne le sont pas, ou l'écoulement du temps a fait en sorte que leurs coordonnées ne sont tout simplement plus à jour.

D'autre part, afin de stimuler les membres à réclamer, il est coutume de leur communiquer la somme à laquelle ils pourraient avoir droit s'ils présentaient une réclamation. Or, si les honoraires des avocats étaient tributaires du taux de réclamation, cet exercice s'avèrerait impossible, puisque le montant net auquel les membres auraient droit ne serait connu qu'au terme du processus de réclamation.

Une autre question pratique se pose : Comment calculer le taux de recouvrement? Doit-on s'attarder au nombre de membres indemnisés? Auquel cas, que faire lorsque ce nombre n'est pas connu? Ou doit-on plutôt s'assurer que la totalité des sommes recouvrées collectivement est effectivement payée aux membres? Aussi, le cas échéant, l'avocat qui aura su générer un montant de règlement substantiel, mais qui n'aura pu être totalement distribué aux membres, sera-t-il pénalisé face à l'avocat qui, lui, aura réglé pour une somme beaucoup moins importante, mais qui aura été entièrement remise aux membres?

En effet, nous notons qu'en pratique, les tribunaux effectuent des retenues de l'ordre de 5% à 20% sur les honoraires approuvés, afin de contrôler *a posteriori* la qualité du processus de distribution⁴⁶. Bien que les avocats soient astreints à des obligations déontologiques⁴⁷ qui leur interdisent de ne pas rendre les services prévus à leur mandat et pour lesquels ils ont été payés, nous ne nous opposons pas à cette pratique.

Dans un autre ordre d'idées, et bien que nous n'ayons pas de consensus sur cette question, certains sont d'avis que, dans le contexte d'une transaction qui prévoit un recouvrement individuel, il pourrait être souhaitable d'interdire que l'avocat en demande soit rémunéré à même une enveloppe distincte des sommes payables aux membres du groupe. En effet, l'avocat qui obtient un jugement au fond prévoyant un recouvrement individuel n'est rémunéré qu'en fonction des sommes effectivement payées aux membres du groupe au terme du processus de réclamations

⁴⁶ Voir, à titre d'exemple, *Brière c. Rogers Communications*, 2021 QCCS 2615, par. 27 et suiv. et *9085-4886 Québec Inc. c. Visa Canada Corporation*, 2018 QCCS 4872, par. 72.

⁴⁷ *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c. B-1, r. 3.1, art. 20 et suiv.

individuelles. Permettre un traitement distinct en cas de règlement pourrait être une source de conflit d'intérêts.

4.1.2 Recours multiterritoriaux

Dans le cadre de dossiers multiterritoriaux, il est coutume pour les tribunaux des autres provinces canadiennes de se pencher sur le caractère raisonnable des honoraires de l'ensemble des avocats de la demande, sans égard à la juridiction dans laquelle ils pratiquent. Par exemple, le tribunal ontarien considérera comme un tout, les honoraires demandés par tous les avocats des demandeurs à l'échelle du Canada et se prononcera sur leur raisonnable. À l'opposé, la pratique des tribunaux québécois se limite à décider de la raisonnable des honoraires réclamés par les avocats québécois⁴⁸. Dans le contexte où le rôle du juge est de protéger les intérêts des membres absents, il nous apparaît important de permettre au tribunal québécois de s'assurer que les honoraires prélevés à l'échelle canadienne soient appropriés, à plus forte raison lorsque l'instance en approbation se déroule conformément au *Protocole judiciaire visant les actions collectives* (2018)⁴⁹, d'autant que les membres québécois se trouvent invariablement à en payer une partie.

4.1.3 Ententes de financement

Il y a lieu de tenir compte d'une nouvelle réalité dans le domaine, soit le recours à du financement externe. Ce mode de financement sera de plus en plus courant. Cette tendance est remarquable notamment dans le cadre de dossiers complexes et de dossiers multiterritoriaux. Lorsque les avocats en demande ont recours à ce mode de financement, il est souhaitable que les ententes soient divulguées et qu'une demande d'approbation soit faite au tribunal dès qu'elles sont conclues. En effet, les avocats doivent expliquer pourquoi ils ont recours à ce mode de financement qui, en bout de piste, est à la charge des membres⁵⁰. Le tribunal doit aussi être satisfait que le prêteur ne puisse se prononcer sur le recours. Si le tribunal ne l'approuve pas, les avocats devront envisager des solutions alternatives.

4.2 Proposition 7

Proposition 7

Le Laboratoire propose une méthode en trois temps pour que le tribunal puisse apprécier la raisonnable des honoraires :

- 1) La convention d'honoraires doit être présumée valide, comme c'est le cas dans l'état actuel du droit;
- 2) Le tribunal devrait ensuite vérifier le caractère raisonnable suivant la méthode du multiplicateur. Celle-ci consiste à mesurer « le nombre

⁴⁸ Voir, à titre d'exemple, *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2012 QCCS 3506, par. 6.

⁴⁹ En ligne : [https://www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2018/Class-Action-Judicial-Protocols-\(1\)/18-03-A-ct.pdf](https://www.cba.org/getattachment/Our-Work/Resolutions/Resolutions/2018/Class-Action-Judicial-Protocols-(1)/18-03-A-ct.pdf). L'article 62 du *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, RLRQ c. C-25.01, r. 0.2.1, prévoit la possibilité d'appliquer le Protocole judiciaire canadien de gestion de recours collectifs multijuridictionnels.

⁵⁰ Voir, à titre d'exemple, *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, 2018 QCCS 3836, par. 85 et 86.

d'heures travaillées, multiplié par le taux horaire, multiplié par un facteur pour tenir compte du risque »;

- 3) À la suite de cette vérification, le tribunal devrait examiner les autres critères établis par la jurisprudence. Il pourrait évaluer si un écart entre les honoraires établis à la convention et la somme obtenue grâce à la méthode du multiplicateur se justifie par ces autres critères, comme par exemple le résultat obtenu et la finalité du dossier.

On semble présenter l'idée du multiplicateur comme un des critères, alors qu'il ne devrait être qu'un outil de vérification du résultat obtenu, et non un critère d'évaluation des honoraires, tel que confirmé par une jurisprudence constante. Par ailleurs, comment va-t-on choisir le multiplicateur si l'on n'a pas appliqué le filtre de l'ensemble des critères?

4.3 Proposition 8

Proposition 8

Ainsi, le Laboratoire propose d'inclure au *Code de procédure civile* une référence à la nomination d'un *amicus curiae* pour couvrir deux situations où sa présence serait particulièrement utile, à savoir l'approbation des transactions et la détermination des honoraires des avocats du représentant.

Au surplus, le Laboratoire propose :

- 1) d'adopter un critère d'appréciation considérant la mesure dans laquelle l'action collective favorise l'atteinte des finalités de la procédure. Ainsi, une action à plus grand bénéfice sociétal pourrait entraîner une plus généreuse compensation des avocats;
- 2) de permettre aux avocats de prouver leur efficacité dans le dossier afin de justifier des honoraires plus élevés;
- 3) de séparer l'approbation de la transaction de l'approbation des honoraires.

4.3.1 *Amicus curiae*

Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter un mécanisme de nomination d'un *amicus curiae* au *Code de procédure civile*, puisque cet outil est déjà disponible. À l'heure actuelle, le tribunal a tous les pouvoirs nécessaires et peut nommer un *amicus curiae* s'il l'estime utile. Le tribunal peut également déterminer la manière dont il sera rémunéré. Le Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC), qui doit être notifié, peut faire des représentations sur les honoraires.

Habituellement, lorsqu'on a recours à un *amicus curiae*, le tribunal sollicite un avis sur l'ensemble du règlement, et non pas uniquement sur la question des honoraires. Cette pratique est peu utilisée

au Québec, parce qu'elle est superflue dans la majorité des cas. En effet, elle complexifie inutilement un processus qui est déjà complexe, surtout dans le cadre de dossiers multiterritoriaux.

En ce qui concerne l'absence de débat contradictoire à cette étape de l'approbation de la transaction, nous rappelons que les parties sont tenues à une obligation de divulgation franche et complète, assimilable aux procédures *ex parte*, et qu'elles doivent informer le tribunal de tous les tenants et les aboutissants de la transaction⁵¹.

4.3.2 Bénéfice sociétal de l'action

Nous sommes en désaccord avec la proposition suivant laquelle une action à plus grand bénéfice sociétal pourrait justifier des honoraires plus généreux aux avocats. À notre avis, une telle suggestion va à l'encontre de l'intérêt des membres. Il nous semble insensé de prélever davantage, à même le montant recouvré au bénéfice des membres, parce qu'on estime que la cause est importante. De plus, comment ferait-on pour évaluer l'importance de la cause par rapport à une autre et en vertu de quels critères? Cette suggestion du Laboratoire nous semble injustifiée et impraticable.

4.3.3 Séparer l'approbation des honoraires

La demande d'approbation de la transaction et la demande de l'approbation des honoraires peuvent être déposées en même temps. Cependant, il peut être utile, dans certains cas, d'attendre l'approbation de la transaction avant de plaider la question des honoraires⁵². Le fait que les deux demandes procèdent en même temps ne pose généralement aucune difficulté. D'ailleurs, nous estimons qu'il est préférable de disposer de l'approbation de la transaction et des honoraires dans le cadre d'une seule audition qui donne lieu à un seul jugement, l'une ayant une incidence sur l'autre, puisqu'il s'agit de questions liées, comme illustré tout récemment dans l'affaire *Rahmani c. Groupe Adonis Inc.*⁵³

4.3.4 Le mode de recouvrement

Le Laboratoire identifie le cas où la rémunération des avocats en demande ne tient pas compte du mode de recouvrement retenu. En effet, on constate dans certains cas, lorsqu'un règlement intervient, par exemple, peu après le début de l'instance, et qu'il prévoit un recouvrement individuel sous forme de coupons pour tenir lieu du paiement d'une somme d'argent, que la rémunération ne tient pas compte du taux de participation des membres par l'encaissement des coupons distribués.

D'abord, il faut déplorer que quelques cas anecdotiques fassent les manchettes au détriment des recours ayant connu un meilleur dénouement au bénéfice des membres, ce qui est le cas pour la majorité des actions collectives. Nous estimons qu'il n'est pas souhaitable d'envisager une modification législative visant à corriger la situation décrite par le Laboratoire, qui demeure somme toute marginale, sans parler de l'impact possible sur d'autres types de dossiers d'action collective. Certains estiment que cette problématique devrait plutôt être abordée par l'adoption de meilleures

⁵¹ *Abihsira c. Johnston*, 2019 QCCA 657, par. 48.

⁵² Voir, à titre d'exemple, *Bouchard c. Audi Canada*, 2021 QCCS 10.

⁵³ 2021 QCCS 2616.

pratiques, combinée à une plus grande vigilance des tribunaux. En effet, les tribunaux doivent faire preuve d'une prudence accrue à l'égard des règlements sous forme de coupons, notamment quant aux modalités qui y sont rattachées (transférabilité, date d'expiration, possibilité de cumuler, etc.), afin de s'assurer de la valeur réelle pour les membres du groupe.

Certains dossiers peuvent se prêter à une indemnisation des membres au moyen de coupons rabais, comme dans le dossier du cartel du prix de l'essence à la pompe, lorsqu'une distribution individuelle à chacun des membres est impossible, ou peu pratique⁵⁴. Nous considérons que la rémunération ne devrait pas, dans un tel cas, être fixée en fonction du nombre de coupons utilisés. Ainsi, lorsque le règlement prévoit un système de recouvrement individuel, la rémunération devrait être liée à la valeur de ce qui est effectivement remis aux membres, tout comme lorsque le recours est accueilli au stade du fond et que les honoraires sont prélevés à même les paiements individuels à chaque membre.

Rappelons que, contrairement à un jugement rendu au fond, un règlement a l'avantage de permettre une grande créativité, d'établir et de quantifier la contribution de la partie défenderesse par entente, et d'éviter ainsi les aléas et les risques, de même que les délais occasionnés par une condamnation éventuelle si l'instance devait procéder au fond. Il est donc souhaitable de maintenir la voie ouverte à une diversité de solutions qui servent les fins de la justice. Il ne faut pas se priver de cet outil, même s'il peut mener parfois à des solutions imparfaites. Il ne faut pas perdre de vue non plus qu'un règlement, en plus des indemnités versées, apporte parfois comme bénéfice un changement dans les pratiques des entreprises et organismes visés.

5. AUTRES VOLETS ASSOCIÉS À L'ACTION COLLECTIVE AU QUÉBEC

5.1 Amélioration des délais à l'étape du fond

Alors que nous considérons qu'il n'y a plus d'enjeux de délais à l'étape de l'autorisation, nous sommes d'avis qu'il y a lieu d'avoir plutôt une réflexion sur les manières d'accélérer l'étape du fond. En effet, les critères de l'autorisation sont balisés et bien connus. Il est possible de franchir cette étape beaucoup plus rapidement aujourd'hui.

Cependant, l'étape du fond est de plus en plus complexe et lourde. Les délais pourraient être améliorés et la procédure simplifiée. À titre d'exemple, il y aurait lieu de mettre en place des formulaires propres à l'action collective, notamment un modèle protocole de l'instance et de déclaration de dossier complet mieux adaptés à l'action collective. À notre avis, plusieurs solutions existent et elles pourraient faire l'objet d'une réflexion qui s'inscrirait dans le cadre d'une réforme plus large du déroulement de l'instruction de l'action collective et des autres types de recours prévus par le *Code de procédure civile*.

5.2 Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC)

D'abord, le Barreau du Québec reconnaît l'importance et l'utilité du FAAC, qui a pour objet d'assurer le financement des actions collectives et de diffuser des informations relatives à

⁵⁴ *Jacques c. 189346 Canada Inc. (Pétroles Therrien Inc.)*, 2017 QCCS 4020.

l'exercice de ces actions⁵⁵. La création du FAAC traduit une volonté du législateur d'appuyer concrètement l'utilisation de l'action collective par les citoyens. Tous reconnaissent que le FAAC joue un rôle important dans la mise en œuvre de cette procédure. Il est donc essentiel d'assurer au FAAC un financement qui répond pleinement à sa mission et à ses besoins. Cependant, force est de constater qu'il y a lieu de moderniser le cadre législatif.

5.2.1 Financement des actions collectives

Nous avons entrepris une réflexion sur la question du financement des actions collectives et des recommandations pourraient être formulées prochainement. D'emblée, nous sommes d'avis qu'il y a lieu de moderniser et de rendre plus équitable pour les membres des actions collectives la législation qui encadre le financement des actions collectives par le FAAC, laquelle n'a jamais été adaptée aux nouvelles réalités des actions collectives. Nous croyons qu'il est possible d'assurer au FAAC un mode de financement qui répond pleinement à sa mission tout en simplifiant les mécanismes de financement de manière à éviter les litiges lors de leur mise en œuvre.

Nous notons que certaines dispositions de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*⁵⁶ ont fait l'objet de contestations judiciaires au cours des dernières années. Plus particulièrement, l'interprétation de l'article 42 de la Loi et du *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*⁵⁷ a donné lieu à des débats parfois longs et coûteux. Ces débats ont mis en lumière la nécessité de réfléchir à la modernisation et à la simplification de ces dispositions, compte tenu de l'évolution importante de l'application de la procédure de l'action collective depuis son adoption en 1978. La nature et l'importance des actions collectives, telles que nous les connaissons aujourd'hui, ont peu en commun avec ce qui était anticipé à cette époque.

Voici les principales questions soulevées :

- ✓ Les règles qui régissent les prélèvements effectués par le FAAC sur les indemnités versées aux membres d'une action collective, afin de financer ses activités, produisent un résultat manifestement injuste. En effet, aucun prélèvement n'est appliqué sur une indemnité versée à la suite d'un recouvrement collectif, alors qu'un membre doit payer des frais au FAAC pouvant aller jusqu'à 10% de l'indemnité à laquelle il a droit lorsque le recouvrement est individuel.
- ✓ Le pourcentage prélevé par le FAAC sur les reliquats peut être très important et freiner la conclusion de règlements, ou encore favoriser une structure de règlement qui assure qu'il n'y ait aucun reliquat, comme on l'observe présentement dans la pratique. La grille prévue par règlement est désuète, puisque les montants en jeu sont beaucoup plus importants aujourd'hui. Ainsi, la réparation indirecte atteinte par un recouvrement collectif, qui a pourtant sa raison d'être, est pratiquement abandonnée de nos jours comme mesure lorsqu'il y a règlement à l'amiable d'une action collective.

⁵⁵ *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ c. F-3.2.0.1.1, art. 7.

⁵⁶ RLRQ c. F-3.2.0.1.1.

⁵⁷ RLRQ c. F-3.2.0.1.1, r. 2.

Nous constatons aussi des débats judiciaires sur le reliquat, initiés par le FACC dans le cas de recours multiterritoriaux, qui ne tiennent pas compte du taux effectif de réclamation au Québec, ce qui génère des attentes irréalistes de la part du FAAC.

- ✓ Il y a absence de mécanisme pour évaluer les besoins en capitalisation du FAAC, tout comme il y a absence de critères objectifs pour déterminer les limites d'engagement. Il y aurait sans doute lieu de déterminer le seuil de capitalisation requis pour que le FAAC remplisse sa mission. Cela permettrait notamment un financement par un prélèvement unique sur les indemnités, sans égard au type de recouvrement, et une suspension des prélèvements sur les indemnités lorsque le seuil requis est atteint.

Dans le même ordre d'idées, il y a des lacunes dans la diffusion de l'information relative à l'exercice des recours. Par exemple, le rapport annuel du FAAC ne contient pas suffisamment d'information et il n'y a pas de données empiriques.

- ✓ En ce qui concerne l'aide attribuée par le FAAC, aucun barème n'est prévu pour le montant, et le processus est entièrement discrétionnaire et imprévisible. Les décisions sur les demandes de financement ne sont pas motivées dans la grande majorité des cas et il est très difficile d'avoir de l'information sur la manière dont l'aide est attribuée, notamment la ventilation des montants accordés dans les dossiers.

Par ailleurs, on constate que les délais sont longs pour l'obtention d'une date d'audience devant le FAAC, alors que différentes demandes dans un dossier ne peuvent être traitées en même temps. En effet, les demandes postérieures dans un dossier ne sont considérées qu'une fois les autres demandes traitées.

Enfin, certains déplorent qu'aucune aide ne soit accordée dans la majorité des cas lorsqu'il s'agit d'un recours multiterritorial initié au Québec, pénalisant ainsi le demandeur et ses avocats. Une réflexion sur cette question ainsi que de possibles ajustements seraient souhaitables.

5.2.2 Intervention dans l'approbation de règlements hors cour

Nous sommes d'avis que l'intervention du FAAC dans les règlements hors cour devrait être encadrée de manière plus précise, et exercée suivant ce qui est permis par le législateur. L'intervention actuelle du FAAC dépasse parfois le cadre de ce que la loi permet, provoquant certains écarts. Parce que son financement en dépend, on note une tendance du FAAC à critiquer, ou même à s'opposer, à des règlements hors cour, créant des débats inutiles, par exemple sur des mesures réparatrices.

L'article 593(3) C.p.c. prévoit que le FAAC doit être entendu par le tribunal avant de se prononcer sur les frais de justice et les honoraires, que celui-ci ait attribué ou non une aide au représentant. C'est ainsi que le FAAC n'a pas l'intérêt requis pour intervenir, critiquer ou s'objecter à une transaction librement négociée et consentie par les parties au litige, à moins que les motifs

invoqués ne soient reliés aux objets mentionnés à l'article 593(3) C.p.c., ou à l'application de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*⁵⁸ et ses règlements.

Invoquant sa mission d'informer le public, le FAAC a développé depuis quelques années une pratique qui consiste à critiquer des projets de transaction soumis au tribunal en soulevant, par exemple, certaines irrégularités qu'il relève sur des questions aussi variées que la quittance des membres, la suffisance des avis aux membres, la méthode de calcul du reliquat convenue par les parties, les formulaires de réclamation des membres, une demande de désistement d'un recours, et même à demander que les parties renégocient des aspects de l'entente.

Dans les faits, ces interventions du FAAC sont le plus souvent rejetées par le tribunal⁵⁹. Les tribunaux rappellent régulièrement au FAAC que sa sphère d'intervention est limitée et qu'il ne doit pas s'immiscer dans des pourparlers de règlement entre les parties au litige.

Ces interventions du FAAC ont pour effet d'entraîner parfois un débat secondaire lors des séances d'approbation d'une transaction, de prolonger inutilement l'audition, sans parler des frais non négligeables encourus par les parties afin d'y répondre et procurer l'éclairage nécessaire au juge, et tout cela sans être exposé aux frais de justice occasionnés par l'échec de son intervention.

Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis que le moment est propice pour moderniser la *Loi sur le fonds d'aide aux actions collectives* afin de tenir compte de l'évolution importante de ce mécanisme procédural comme mesure d'accès à la justice depuis 1978.

⁵⁸ RLRQ c. F-3.2.0.1.1.

⁵⁹ Voir, à titre d'exemple : *Bouchard c. Audi Canada Inc.*, 2021 QCCS 10; *Zouzout c. Canada Dry Mott's Inc.*, 2021 QCCS 1815; *Union des consommateurs c. Telus Communications Inc.*, 2021 QCCS 2681; *Dessis c. Cash Store Financial Services Inc.*, 2016 QCCS 4545; *Cornellier c. Province canadienne de la Congrégation de Ste-Croix*, 2011 QCCS 6670; *Option Consommateurs c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2011 QCCS 4841.