

Vers le recours collectif 1995

1995 Québec QC

ANNEXE O

VERS UNE LOI UNIFORME SUR LE RECOURS COLLECTIF

par Ruth Rogers, Ministry of the Attorney General of British Columbia

[Voir le Compte-rendu de la réunion de 1995 à la page 61.]

INTRODUCTION

Ce document de travail a été préparé en prévision du Congrès sur l'uniformisation des lois qui se tiendra en août 1995. Bien que des extraits tirés de la *Loi concernant les recours collectifs de la Colombie-Britannique* y aient été inclus, ils ne sont pas destinés à servir de recommandations pour en arriver à un projet de loi uniforme. Au contraire, ils doivent servir à cibler la discussion sur des questions qui doivent être résolues avant que l'on ne puisse procéder à la rédaction d'une loi uniforme. Nous y discutons des options auxquelles se prête le traitement de chaque question et, dans certains cas, nous avons proposé en exemples, des dispositions précises. Si les échanges de vue et les exemples ont pour but d'aider à cibler la discussion, nous accueillons cependant bien volontiers les commentaires reliés à des détails ou à des questions que n'aborde pas ce document.

Les rédacteurs de ce document se sont largement inspirés de l'important travail fait par la "Ontario Law Reform Commission"/«Commission de la réforme du droit de l'Ontario» (la "L.R.C."/ «C.R.D.») dans son rapport en trois volumes paru en 1982 sur les recours collectifs. Nous avons aussi fait bon usage des dispositions législatives de diverses juridictions pour illustrer la façon dont peuvent être traitées certaines questions particulières. Nous faisons, en particulier, souvent référence à l'avant-projet de loi de la Commission de la réforme du droit de l'Ontario ("Ontario Law Reform Commission's draft bill"), à la Loi sur les recours collectifs de l'Ontario (qui fut adoptée en 1992), aux dispositions du Code de procédure civile du Québec régissant les recours collectifs et à la Règle 23 des "Federal Rules of Civil Procedure" des États- Unis.

Dans la Partie A, on passe en revue le travail accompli par la Conférence sur l'uniformisation des lois dans le domaine de la réforme du recours collectif et on se penche sur ce besoin d'uniformisation.

Une loi sur le recours collectif est dotée spécifiquement d'un mécanisme qui vise à déterminer si oui ou non une action possède les vrais caractéristiques d'un recours collectif. D'une manière générale, cette question est traitée par l'engagement d'une procédure de certification. On examine, dans la Partie B, l'opportunité de cette procédure.

Il existe un nombre de critères possibles que le tribunal peut examiner lorsqu'il décide

d'une requête d'autorisation ou de certification d'un recours collectif. Ils sont traités dans la Partie C, Critères de certification.

Les règles concernant l'audition elle-même sont traitées dans la Partie D, Déroulement d'une audition.

Partie A - Besoin d'uniformité ou d'harmonisation

La première question à trancher est de savoir si la législation sur les recours collectifs est un sujet propre à être abordé par la Conférence sur l'uniformisation des lois. Les rédacteurs de ce document sont d'avis que c'est un sujet approprié pour les raisons qui suivent.

Nous ne serions pas les premiers à faire remarquer que ce ne sont pas tous les aspects de la législation sur le recours collectif qui ont besoin d'être uniformes d'une province à l'autre. Dans de nombreux domaines, la meilleure approche consiste à recommander de suivre les procédures locales. Ceci est particulièrement juste en ce qui a trait aux questions qui seront traitées dans les règles de pratique. Par souci de faciliter l'usage d'une loi uniforme, les rédacteurs suggèrent toutefois qu'il serait indiqué de mettre entre crochets les choix possibles dans le traitement de ces questions. Les recommandations qui suivent la discussion de chacune des questions de ce document indiquent les circonstances dans lesquelles on suggère comme option préférentielle « l'option locale ».

1. Recours interprovinciaux

Un grand nombre de recours collectifs traitent de situations où le redressement demandé est la conséquence de blessures collectives : responsabilité de produits de masse (isolant à la mousse d'urée formaldéhyde, implants mammaires au gel de silicone), accidents écologiques de masse (déversements chimiques) ou accidents de masse causés par la négligence (accidents d'avion, écroulement du passage élevé de Kansas City). Si certaines de ces demandes peuvent provenir en totalité d'une seule province ou territoire ou toucher les citoyens et citoyennes d'une seule province ou territoire, un grand nombre d'entre elles entraînent des procès qui ont un effet interprovincial. Le comité suggère que dans de tels cas, il serait juste et souhaitable tant pour les défenseurs que pour les membres du groupe dans les diverses provinces ou territoires d'avoir des règles cohérentes partout au pays.

La Loi que propose la Colombie-Britannique renferme des dispositions concernant le traitement des demandeurs et demanderesse ne résidant pas en Colombie-Britannique qui se lisent comme suit :

Opting out

16. (2) ... a person who is not a resident of British Columbia may, in the manner and within the time specified in the certification order made in respect of a class proceeding, opt in to that class proceeding if the person would be, but for not being a resident of British Columbia, a member of the class involved in the class proceeding.

Les lois de l'Ontario et du Québec ne contiennent pas de dispositions qui se rapportent

particulièrement au traitement des non-résidents. Cette différence peut provoquer de l'incertitude quant à la situation de personnes qui peuvent se qualifier comme membres de plus d'un groupe; les défendeurs pourraient se retrouver dans la position intenable de compter des demandeurs ou demanderesses dans plus d'un recours collectif. Il est essentiel qu'il y ait certitude dans la description d'un groupe, de sorte que les défendeurs puissent aisément vérifier toute responsabilité latente à laquelle ils font face en dehors du recours collectif.

Le rapport préparé pour le Procureur général de l'Ontario par le Comité consultatif sur la réforme du recours collectif commente cette question en ces termes :

Mass injury does not always honour provincial or national borders. Where potential class members or defendants reside out province methods will need to be devised to accommodate the resulting logistical problems. Subclassing of class members, for example, may address the problem in part. Uniform class procedures in all Canadian provinces would minimize concern over such occurrences. If all injured persons had access to such a procedure then uniformity of access to justice would occur regardless of how or where the mass loss occurred.

Les conséquences de ce manque d'uniformité pour les consommateurs sont mises en lumière dans les causes de l'implant mammaire au gel de silicone. Ce recours collectif qui était certifié en Alabama excluait du sous-groupe de « demandeurs étrangers » les personnes qui résidaient ou avaient reçu un implant en Ontario, en Australie ou au Québec, en raison de la capacité légale de ces personnes d'entreprendre des recours collectifs dans leurs propres juridictions. Il ne reste comme choix aux résidentes canadiennes qui habitent et qui ont reçu leur implant en dehors de l'Ontario et du Québec qu'à participer à un recours collectif américain (et à recevoir ce que d'aucuns ont décrit comme des dommages-intérêts symboliques) ou à introduire un recours individuel (ce qui pourrait être extrêmement coûteux)

2. Cohérence avec la "National Conference of Commissioners on Uniform State Laws"/«Conférence nationale des commissaires sur l'uniformité des lois du pays»

En 1976, la "National Conference of Commissioners on Uniform State Laws" adoptait une [loi] ou [règle] uniforme de recours collectif. Elle a été révisée en 1987 et son intitulé modifié en celui de Uniform Law Commissioners' Model Class Action [Act] [Rule]. (« Recours collectif-type des commissaires à l'uniformité des lois »). Dans leur avis préliminaire, les commissaires firent le commentaire suivant :

A strong need exists for states to adopt a uniform class action act. Many activities have impact on large numbers of persons often from several states. Adoption of a uniform act will assist states in handling multistate class actions, thereby reducing multiplicity of litigation and the chance of inconsistent judgments.

Quand la loi/ règle fut modifiée en 1987, on fit remarquer que la suppression des dispositions juridictionnelles et réciproques de la loi/règle rendait moins impérieux le besoin d'uniformité; c'est pourquoi, la loi fut réintitulée «Loi-type». Nous partageons cet avis que

l'uniformité n'est pas essentielle sous tous les aspects; plusieurs de nos recommandations prévoient une adaptation aux pratiques locales.

3. Résolutions antérieures de la Conférence sur l'uniformisation des lois

On s'est penché sur le sujet pour la première fois en 1977. À cette époque, le rapport des commissaires de la Colombie-Britannique devait ajouter ceci à ce sujet :

The fact that class actions may be desirable in cases where a product is consistently defective and where the product is sold from coast to coast and where the purchasers may move from province to province appears to make questions of uniformity of legislation and reciprocity of procedure of paramount importance. ¹

Le rapport de 1977 eut pour impact la présentation de modifications à la « *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* » dans le but de permettre un recours collectif en Cour fédérale pour le recouvrement de pertes ou de dommages subis à la suite d'une conduite contraire à la « *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ».

La Conférence adopta la résolution suivante :

RESOLVED that a committee be established composed of one or more representatives of British Columbia, Ontario and Quebec to be named by the Executive to monitor current studies and legislation and generally to watch developments in the field and to report to the 1978 annual meeting.

Un nouveau rapport faisant état des progrès accomplis dans le domaine fut présenté à la Conférence à chacune des années suivantes

En 1988, les commissaires de l'Ontario présentèrent à la Conférence un autre rapport exhaustif sur les recours collectifs. Après une étude du rapport, la Conférence adopta la résolution suivante :

RESOLVED that the Ontario Commissioners' Report on Class Actions be received and printed in the Proceedings and that the matter be referred back to the Ontario Commissioners for a further report, draft Act and commentaries for discussion in 1989.

Aucun autre document écrit ne fut présenté à la Conférence durant les années qui suivirent. Le sujet fut inscrit à l'ordre du jour de la Conférence de 1995 à la demande d'un certain nombre de juridictions intéressées à en discuter.

Recommandation :

*Qu'une loi uniforme soit préparée pour étude à la Conférence 1996 dans le but de traiter des questions mentionnées ci-dessous où l'uniformité est considérée comme appropriée. Un certain nombre de questions offrent plus d'une option parmi lesquelles les juridictions peuvent choisir l'approche procédurale la plus compatible avec leurs lois présentes et leurs règles de pratique.

Partie B - Exigences concernant la certification ou l'autorisation

La première question qui se pose dans toute proposition de législation sur les recours collectifs est celle qui a trait à la nécessité de conserver dans le processus une étape préliminaire appelée « certification » ou « autorisation ». On ne peut, au Québec, introduire une procédure de recours collectif sans l'autorisation préalable du tribunal. En vertu de la loi de l'Ontario, de la loi proposée de la Colombie-Britannique et de la Règle fédérale 23, un membre du groupe peut introduire l'instance, mais doit demander à un juge du tribunal de rendre une ordonnance certifiant que l'instance est un recours collectif et nommant la personne représentant des demandeurs. À l'extérieur du Québec, de l'Ontario (et bientôt de la Colombie-Britannique) la loi existante sur les recours collectifs se trouve énoncée dans les règles de pratique en termes semblables à la disposition suivante de la Saskatchewan :

70. Where there are numerous persons having the same interest in one cause or matter, including actions for the prevention of waste or otherwise for the protection of property, one or more of such persons may sue or be sued, or may be authorized by the court to defend in such cause or matter, on behalf of or for the benefit of all persons so interested.

Cette règle n'exige pas que le demandeur obtienne une approbation judiciaire avant d'entreprendre un recours collectif.

Certaines modifications apportées à la *Federal Court of Australia Act* en 1991 ont instauré une procédure pour ce qu'elle appelle les "Representative Proceedings" (« Recours collectifs »). Elle ne comporte pas de processus de certification. Elle repose sur un nombre d'autres protections accordées aux membres du groupe absents et aux défendeurs :

*exigeant que le tribunal fixe une date avant laquelle les membres du groupe peuvent se retirer;

*permettant au tribunal de rendre une ordonnance quand il est dans les intérêts de la justice de le faire, sur sa propre motion ou à la demande de l'intimé, de ne pas poursuivre une instance comme recours collectif;

*permettant à un membre du groupe de demander au tribunal de procéder à la substitution d'un autre membre du groupe comme représentant lorsque le représentant du groupe ne représente pas de façon appropriée les intérêts du groupe;

*permettant au tribunal, sur sa propre motion ou à la demande du groupe ou d'un membre du groupe, de prendre toute ordonnance appropriée ou nécessaire pour s'assurer que justice est rendue dans l'instance;

*exigeant l'approbation du tribunal avant que l'instance ne soit réglée ou abandonnée;

*exigeant que l'on donne aux membres du groupe un avis, sous une forme approuvée par le tribunal, de l'introduction de l'instance et de leur droit de se retirer.

En Suède, aussi, la Commission de la réforme du droit propose de mettre en oeuvre une loi sur le recours collectif qui ne comporte pas de procédure de certification.

En 1994, la "Scottish Law Commission" («Commission du droit de l'Écosse») publia un document de travail intitulée *Multi-Party Action: Court Proceedings and Funding*. Après avoir passé en revue les procédures de recours collectif aux États-Unis, au Canada, en Australie, les commissaires proposèrent d'instaurer un recours collectif qui ne comporte pas de procédure de certification. Ils suggérèrent quatre critères de certification :

*il y a tellement de poursuivants possibles qu'il serait irréalisable pour la totalité d'entre eux d'intenter ensemble une action dans une seule instance ordinaire;

*ils forment un groupe identifiable dont les demandes soulèvent des questions de fait et de droit semblables ou communes;

*le recours collectif est le meilleur moyen pour régler des questions d'une façon équitable et efficace;

*le représentant des poursuivants protégera d'une façon équitable et appropriée les intérêts du groupe en ce qui concerne les questions communes du groupe.

Ils proposent aussi que la procédure soit fondée sur le choix de participer ("opting in") plutôt que sur celui de ne pas participer ("opting out") ou de se retirer.

La raison principale que l'on invoque habituellement pour exiger une certification du recours collectif est qu'il faut s'assurer que les intérêts des membres du groupe absents soient protégés. Le processus de certification protège aussi les défendeurs contre des demandes non fondées. Le L.R.C./C.R.D. de l'Ontario fait à ce sujet le commentaire suivant :

the fact that class proceedings are capable of having an adverse binding effect upon absent class members who have no control over the proceedings would seem to justify the imposition of procedural safeguards to protect against inadequate self-appointed representatives. Such safeguards are unnecessary in individual suits, where the litigant has some opportunity to supervise the proceedings. The greater complexity of class actions also justifies special safeguards for the courts, the public and defendants.²

Le rapport sur les recours collectifs présenté à la Conférence sur l'uniformisation des lois en 1988 citait aussi les avantages suivants que l'on pouvait tirer d'un processus de certification :

*il sert d'écran à l'abus possible du processus;

*jusqu'à ce point, les exigences de certification ont été en vigueur dans chacune des juridictions qui a instauré des procédures modernes de recours collectif;

*le processus de certification fait contrepoids à d'autres réformes qui pourraient être considérées comme favorables aux membres du groupe, (par exemple, les règles des coûts spéciaux);

*la certification protège les membres du groupe en assurant une représentation satisfaisante de leurs divers intérêts.

Ces récentes années, on a commencé à mettre en doute le besoin de certification. C'est que l'approbation judiciaire antérieure rompt avec la pratique régissant les poursuites individuelles et impose un fardeau supplémentaire aux représentants du groupe et aux tribunaux. Elle pourrait empêcher que l'on n'atteigne un plus grand accès à la justice, but que se propose la réforme du recours collectif. Certains vont même jusqu'à prétendre qu'avec des dispositions suffisantes permettant le retrait, la certification s'avère superflue. Dans un article en annexe au rapport de 1988 sur les recours collectifs présenté à la Conférence sur l'uniformisation des lois, Andrew Roman expose ses arguments comme suit :

The process of certification denies a fundamental interest: the interest of a prospective plaintiff in bringing his or her dispute before the court in the most efficient and effective manner, in the judgment of the plaintiff's counsel. Anything but the traditional A versus B litigation is treated as if it were a legal freak, a Frankenstein monster so dangerous that it must be kept in a cage until the plaintiff (or plaintiff's lawyer) has devoted a massive investment of time and money to a largely irrelevant ordeal. This procedure imposes an anomalous type of reverse onus. Rather than the plaintiff bringing the action in the normal course on the theory that it is, after all, the plaintiff's case, he or she must first discharge a very onerous burden of evidence and argument. The purpose of certification appears to be to force the plaintiff to commence the action on bended knee; before the case even begins, he or she is put on the defensive. No other type of plaintiff is required to go through this kind of torture test in order to obtain a day in court. The root of the problem is not this or that part of the certification test but the process of certification itself. ³

L'opinion de Roman semble reposer sur l'affirmation «qu'après tout, c'est la cause du demandeur». Toutefois, cette assertion ignore le fait que ce n'est pas seulement la cause du demandeur. Si le demandeur voulait intenter une action dans son seul intérêt, la procédure de certification ne serait pas nécessaire. Au contraire, la procédure est nécessaire parce que le demandeur se charge de la cause au profit d'autres personnes. Le tribunal joue en effet le rôle de *parens patriae* à l'égard des autres membres du groupe en examinant tôt dans l'ensemble du processus la proposition du demandeur pour s'assurer que les intérêts des membres du groupe absents sont protégés d'une manière appropriée. De plus, là où il y a dérogation aux règles ordinaires des frais, comme dans la loi de la Colombie-Britannique et de l'Ontario, il est très logique de permettre au tribunal de décider si oui ou non une instance de recours collectif se recommande comme la procédure appropriée pour la résolution d'un litige.

Dans une communication préparée pour un séminaire de formation juridique tenu à Toronto en mai 1994, Yves Lauzon, expert bien connu en recours collectif, qui se spécialise dans les recours collectifs qui représentent les intérêts des requérants uniquement, émit l'opinion qu'à la suite des interprétations récentes, plus libérales, des exigences d'autorisation du Code de procédure civile du Québec, ces dispositions ne posaient plus de problèmes et que la nécessité de cette étape préliminaire ne pouvait plus être mise en doute. ⁴

Recommandation :

*Qu'un recours collectif comprenne comme étape préliminaire une procédure de certification.

Partie C - Critères de certification

1. Certification

L'article 4 (1) de la "British Columbia Class Proceedings Act" («Loi sur les recours collectifs de la Colombie-Britannique») renferme les critères de certification de la loi. Il s'énonce comme suit :

Certification

4. (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding if:

(a) the pleadings disclose a cause of action;

(b) there is an identifiable class of two or more persons;

(c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members,

(d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, and

(e) there is a representative party who:

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class members and of notifying class members of the proceeding, and

(iii) does not have, on the common issues, an interest in conflict with the interests of other class members.

Cet article renferme les divers éléments qui constituent les critères de certification. Ce sont le nombre, les questions communes, la représentation appropriée, un examen préliminaire sur le fond de l'instance, la supériorité et le caractère typique. Ces éléments seront traités individuellement dans la suite de notre développement.

(a) *Le nombre* ⁵

Avant l'adoption de la loi, la Règle 5 (11) des Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique permettait l'introduction d'un recours collectif là où de «nombreuses» personnes partageaient le même intérêt. Cette règle prévoyait que là où de nombreuses personnes avaient le même intérêt dans une instance, une ou plusieurs personnes parmi elles pouvait introduire l'instance comme représentant de toutes ou de quelques-unes d'entre elles. Dans

d'autres juridictions, on lie l'exigence du nombre à la difficulté ou au caractère peu pratique d'unir les parties dans une action unique (Règle fédérale 23 et le Code de procédure civile du Québec) ou on exige un nombre minimum de demandeurs nommés. La C.R.D. de l'Ontario a rejeté ces deux options, les jugeant trop rigides et a recommandé le maintien du test des « nombreuses personnes ». La jurisprudence ne nous indique pas clairement le nombre de demandeurs requis pour satisfaire aux exigences de ce test, mais les tribunaux, dans leur interprétation de l'ancienne Règle 75 de l'Ontario, ont jugé que des groupes de deux, quatre ou cinq membres ne constituaient pas des groupes « nombreux ».

«La loi de l'Ontario» clarifie la question en prévoyant un test légèrement différent. Cette loi exige l'existence d'un groupe identifiable de deux personnes ou plus qui se ferait représenter par le représentant des demandeurs ou des défendeurs. La Colombie-Britannique a retenu le modèle de l'Ontario. L'intention spécifique du test «des deux personnes ou plus» est de faire l'économie d'un litige sur ce qui constitue «des personnes nombreuses» tout en facilitant la certification par la détermination d'un seuil minimal quant au nombre de demandeurs requis. La loi australienne exige, pour sa part, qu'il y ait sept personnes ou plus.

(b) Les questions communes

La loi sur le recours collectif prévoit une certaine forme de test portant sur les questions communes. Ce test prévoit que l'action, pour se qualifier comme recours collectif, doit soulever des questions de fait ou de droit communes au membres du groupe. Le débat se concentre ici sur la question de savoir si les questions communes doivent avoir prédominance. C'est-à-dire, si les questions communes devraient être plus nombreuses ou plus importantes que les questions individuelles soulevées dans le recours. La C.R.D. de l'Ontario a recommandé que la prédominance des questions communes ne soit plus requise comme élément de ce test. Elle a bien recommandé toutefois que cette prédominance soit considérée comme une composante du test de supériorité qui sera abordée plus loin. Le Code civil du Québec possède un test légèrement différent : «le recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes». Au Québec, il n'est pas nécessaire que les questions communes aient prédominance.⁶

Aux termes de la loi de l'Ontario, la prédominance des questions communes n'est pas un facteur que le tribunal doit considérer. La loi prévoit seulement que les demandes ou les moyens de défense des membres du groupe doivent soulever des questions communes. Cependant, dans *Abdool et al c. Anaheim Management Ltd. et al* (1993) 15 O.R. (3d) 39 (Div. Gen. Ont.), le juge Montgomery a semblé indiquer que l'article 5 (1) (c) de la loi de l'Ontario comportait une exigence où «prédominent les questions communes». L'expression «que ces questions communes aient prédominance ou non sur des questions ne touchant que des membres à titre individuel» a été inscrite dans la loi de la Colombie-Britannique pour éviter une telle interprétation du jugement dans le cas de Anaheim.⁷

(c) la représentation appropriée

Les recours collectifs sont uniques en ce sens qu'ils permettent de décider les droits et les intérêts des personnes qui ne sont pas parties au litige. Ce qui veut dire qu'il faut des

dispositions spéciales pour protéger les membres du groupe absents. Une de ces mesures exige que le représentant puisse représenter d'une manière tout à fait appropriée le groupe.

Le statut 1003 (d) du Code civil du Québec exige que :

le membre auquel le tribunal entend attribuer le statut de représentant est [soit] en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

L'article 5 (e) de la Loi de l'Ontario prévoit qu'il doit y avoir un représentant qui :

- (i) représente errait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
- (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,
- (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe, en ce qui concerne les questions communes du groupe.

La Loi de la Colombie-Britannique adopte ce modèle.

Une composante plus discutable du test d'adéquation, recommandée par la C.R.D. de l'Ontario, permettrait au tribunal d'examiner si on a pris des dispositions pour assurer une représentation juridique compétente. Cette recommandation était fondée sur la reconnaissance du rôle déterminant que joue le procureur dans un recours collectif. Ce test ne fait pas partie de la Loi de l'Ontario, du Code civil du Québec ou de la Règle fédérale 23, bien que certains commentateurs aient prétendu que la compétence du procureur du groupe est le facteur le plus important que considèrent les tribunaux américains quand il s'agit de décider si la représentation juridique est adéquate.

L'exigence inscrite dans la Loi de l'Ontario qui impose au représentant des demandeurs de présenter un plan d'action - critère que ne discute pas la C.R.D. - peut avoir été adoptée pour tenir lieu d'examen direct de la compétence du procureur du groupe. La Colombie-Britannique n'a pas inscrit dans sa loi une composante se rapportant à la compétence du conseiller juridique. Les rédacteurs étaient d'avis que la "*Legal Profession Act*" et les "*Law Society Rules*" comportaient suffisamment de clauses protectrices pour garantir une représentation juridique compétente et qu'en outre la gestion de la profession de procureur relevait de la "*Law Society of British Columbia*".

(d) Le représentant des demandeurs et qualité de membre du groupe

La Loi de l'Ontario prévoit que seuls les membres d'un groupe peuvent introduire des instances au profit d'un groupe. Toutefois, au Québec, on accorde aux sociétés sans but lucratif et aux associations d'employés des droits limités d'agir comme représentants du groupe. Conformément à l'article 1048 du Code de procédure civile du Québec, trois personnes morales peuvent demander pour elles le statut de représentant.⁸ L'expérience au Québec démontre que cette disposition n'a entraîné aucun abus.

Tout en reconnaissant qu'un « procureur idéologique » peut se révéler un bon représentant du groupe, la C.R.D. de l'Ontario n'a pas souscrit au modèle québécois. Cette incapacité de

le faire semble fondée à la fois sur la jurisprudence américaine qui exige que les représentants du groupe jouissent d'un statut personnel et sur sa répugnance à modifier la loi du statut en attendant la publication de leur rapport sur le statut du représentant.

L'article 2 (4) de la "British Columbia Act" permet à un tribunal de certifier comme représentante des demandeurs, une personne qui n'est pas membre du groupe, s'il faut le faire pour éviter une injustice grave à l'égard du groupe. Cette disposition a été inscrite dans la loi parce qu'on était convaincu qu'un individu ou groupe particulier qui ne fait pas partie du groupe peut posséder des aptitudes spéciales, de l'expérience et des ressources qui lui permettraient d'être non seulement un bon représentant, mais le meilleur représentant du groupe.

(e) Test préliminaire sur le fond des recours collectifs

La C.R.D. de l'Ontario a recommandé de procéder à un examen plus rigoureux sur le fond des recours collectifs au stade de la certification que celui qui a cours dans les instances ordinaires. Les commissaires ont recommandé de certifier l'instance que si elle introduite de bonne foi et que s'il y a une possibilité raisonnable que les preuves matérielles de fait et de droit communes au groupe soient tranchées lors du procès en faveur du groupe. Aux termes de l'article 1003 (b) du Code de procédure civile du Québec, le juge doit conclure que les faits allégués « paraissent justifier » les conclusions recherchées.⁹ Ni la « Loi de l'Ontario » ni le "British Columbia Act" ne comporte de test préliminaire sur le fond des recours collectifs. Au lieu de cela, ces lois exigent simplement que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Il convient de souligner que les tribunaux ont rejeté l'usage de tests préliminaires sur le fond dans le cas de requêtes interlocutoires en raison de la difficulté de présider un mini-procès sur le fond à ce stade des procédures.

Dans une instance de certification, la charge revient au demandeur de satisfaire à tous les critères de certification, y compris tout test préliminaire sur le fond. Une alternative au test préliminaire sur le fond consisterait, au contraire, à imposer au défendeur la charge de démontrer qu'il n'y a pas de possibilité raisonnable que les questions soient tranchées en faveur du groupe ou que l'instance n'est pas introduite de bonne foi.

(f) Supériorité et coûts-avantages

Plusieurs lois sur le recours collectif renferment une disposition exigeant que l'instance, pour être certifiée, soit supérieure à tous les autres choix de procédure. Dans certaines juridictions, le tribunal peut examiner si les conséquences préjudiciables de l'instance sur les membres du groupe, le tribunal ou le public l'emportent sur ses avantages. La C.R.D. de l'Ontario a souscrit à ces deux dispositions et énumère cinq facteurs que le tribunal doit examiner lorsqu'il décide la supériorité du recours collectif (prédominance des questions communes, l'intérêt des personnes à prendre en charge leur propre procès, l'existence d'autres instances, la possibilité que d'autres instances soient moins réalisables ou efficaces, la possibilité que les difficultés administratives inhérentes au recours collectif soient plus grandes que celles qui existent dans d'autres genres d'instances). La Loi de l'Ontario exige que le recours collectif soit «le meilleur moyen de régler les questions communes» et ne dresse aucune liste de facteurs que le tribunal doit examiner lorsqu'il prend sa décision. Elle

ne comporte pas de pouvoir spécial pour examiner la question plus vaste des coûts-avantages. Le Code civil du Québec ne comporte aucun test de supériorité, mais exige simplement que d'autres procédures précises soient difficiles ou peu pratiques pour que soit certifié le recours collectif. L'expérience du Québec démontre qu'il est souvent plus efficace de procéder par voie d'un recours collectif que par voie d'une multitude de poursuites individuelles.

L'article 4 (2) de la "British Columbia Act" suit le modèle de la C.R.D. de l'Ontario. À la différence de la « Loi de l'Ontario », la loi de la Colombie-Britannique fournit au tribunal une liste de facteurs à examiner lorsqu'il s'agit de décider si le recours collectif est la « meilleure procédure ». L'article se lit comme suit :

In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, the court must consider all relevant matters including

- (a) whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members,
- (b) whether a significant number of members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions,
- (c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings,
- (d) whether other means of resolving the claims are less practicable or less efficient, and
- (e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

Le paragraphe (c) comporte un test pour vérifier la prédominance des questions communes qui n'est cependant considérée que comme l'un des divers facteurs que le tribunal doit soupeser lorsqu'il détermine la supériorité du recours collectif. Elle suit en cela la recommandation de la C.R.D. de l'Ontario.

(g) le caractère typique

Aux termes de la Règle fédérale 23, les demandes des représentants des parties doivent être typiques des demandes du groupe. La C.R.D. de l'Ontario a fait remarquer que cette exigence avait tendance à faire double emploi avec les tests portant sur les questions communes et la représentation appropriée. Étant donné que la C.R.D. recommandait l'inclusion des deux tests dans la loi, les commissaires jugeaient superflue une exigence portant sur le caractère typique de l'instance.

Recommandation :

*Le tribunal devrait accorder une demande en certification si :

- (a) il existe deux personnes ou plus dans le groupe qui soulèvent des questions communes,

(b) le représentant des demandeurs représentera d'une façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

(c) les actes de procédure révèlent une cause d'action,

(d) le recours collectif est la meilleure procédure dans ce cas particulier.

*Le test portant sur la prédominance des questions communes ne devrait pas constituer un test distinct auquel on doit se soumettre avant la certification du recours collectif. Il devrait, au contraire, faire partie du test de supériorité.

*Règle générale, le représentant du groupe devrait être un membre du groupe. Le tribunal devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de nommer un non-membre comme représentant du groupe pour éviter qu'une injustice grave ne soit commise envers le groupe.

*Le demandeur ne devrait pas être soumis au test préliminaire sur le fond.

*Le processus de certification ne devrait pas comporter de test portant sur le caractère typique de l'instance.

2. Enquête ou audition sur la certification

(a) Le calendrier

Au Québec, on ne peut entreprendre un recours collectif sans l'autorisation préalable du tribunal et le recours doit être introduit dans les trois mois de l'autorisation. Cependant, dans la plupart des autres juridictions, une requête en certification doit être déposée dans une période déterminée après le dépôt de l'acte de comparution du défendeur. Cette période s'étend de 30 à 90 jours. Le C.R.D. de l'Ontario recommande une période de 90 jours qui a été adoptée par la «Loi de l'Ontario» et le "British Columbia Act".

(b) Les éléments de preuve

Le projet de loi de la C.D.R. de l'Ontario et la «Loi de l'Ontario» diffèrent sensiblement en ce qui concerne la preuve exigée lors de l'audition sur la certification. L'inclusion d'un test préliminaire sur le fond dans l'avant-projet du C.D.R. a rendu nécessaire l'introduction d'une clause qui requiert que le demandeur et le défendeur déposent des affidavits comportant les faits substantiels qu'ils entendent invoquer. La «Loi de l'Ontario» qui ne comporte pas de test préliminaire sur le fond exige simplement que les parties déposent des affidavits concernant le nombre de membres du groupe. À part cette exigence, s'appliquent les règles générales touchant la preuve dans les instances interlocutoires.

Sur une requête en autorisation, le Code civil du Québec exige le dépôt d'un affidavit à l'appui des allégations de fait de la requête. Les règles de pratique de la Cour supérieure énoncent toute une liste détaillée des documents qui doivent être déposés à l'appui de la requête.

En Colombie-Britannique, la requête en certification se fait par voie d'affidavit. L'article 5 (5) du "British Columbia Act" exige que la personne déposant une requête en certification :

(a) set out the material facts on which the deponent intends to rely at the hearing of the application;

(b) depose that the deponent knows of no fact material to the application that has not been disclosed in the deponent's affidavit or in the affidavits previously filed in the proceedings, and

(c) provide the person's best information on the numbers of members in the proposed class.

L'inclusion des paragraphes (a) et (b), en plus des exigences de l'Ontario, a pour but de clarifier et de focaliser les plaidoiries lors de l'audition sur la certification.

(c) L'ordonnance de certification

Il existe dans les lois sur le recours collectif beaucoup de variation dans le degré de détails exigés dans l'ordonnance de certification. La Règle fédérale 23 ne traite pas du contenu de l'ordonnance, tandis que la « Loi de l'Ontario » exige que l'ordonnance décrive le groupe, indique le nom des représentants, la nature des demandes et des mesures de redressement demandées, les questions communes et la façon dont les membres du groupe peuvent se retirer du recours collectif. La loi donne au tribunal saisi d'une requête d'une partie ou d'un membre du groupe le pouvoir discrétionnaire de modifier ou d'annuler le recours collectif si les critères de certification n'ont pas été respectés. Aux termes du Code civil du Québec, l'ordonnance décrit le groupe, identifie les questions communes et expose la façon de s'exclure du groupe; elle doit aussi exiger la publication d'un avis aux membres du groupe. La «Loi de l'Ontario» permet au tribunal de rendre une ordonnance distincte en ce qui concerne l'avis aux membres du groupe.

L'article 8 du "British Columbia Act" énonce les exigences de l'ordonnance de certification. Celle-ci, comme celle de l'Ontario, permet au tribunal de rendre une ordonnance distincte pour l'avis aux membres du groupe. L'article 8 exige que l'ordonnance de certification décrive le groupe, nomme un représentant des demandeurs, expose la nature des demandes et des mesures de redressement demandées, énonce les questions communes au groupe et expose la façon de se retirer du recours collectif. La «Loi de l'Ontario», le Code civil du Québec et le "British Columbia Act" permettent au tribunal de modifier une ordonnance certifiant ou autorisant un recours collectif.

Recommandation :

*La législation sur les recours collectifs devrait s'attaquer aux problèmes de calendrier, d'éléments de preuve et de contenu de l'ordonnance de certification. Elle devrait se baser sur les prémisses suivantes :

(a)l'autorisation du tribunal de continuer en tant que recours collectif devrait être requise avant ou dans un court temps après l'introduction de l'instance,

(b)les éléments de preuve à déposer dans la requête devraient être énoncés dans les règles de pratique,

(c)l'ordonnance de certification devrait comporter une description du groupe, les noms des représentants des demandeurs, la nature des demandes et des mesures de redressement demandées, les questions communes et la façon de se retirer d'un recours collectif.

3. Obstacles de fond aux recours collectifs

Le test du « même intérêt » de la Règle 5 de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui régit les recours collectifs a été interprété étroitement pour écarter des demandes pour lesquels une seule évaluation des dommages ne s'applique pas, des demandes provenant de contrats distincts ou des demandes pour lesquelles des mesures correctives différentes sont demandées. Si le but d'étendre les recours collectifs doit être atteint, il faut nécessairement réduire les obstacles de fond qui empêchent l'introduction de recours collectifs.

L'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario, la « Loi de l'Ontario » et le "British Columbia Act" prévoient que le tribunal ne refusera pas de certifier un recours collectif pour les seules raisons que les mesures de redressement demandées incluent des dommages qui peuvent exiger une évaluation individuelle ou provenir de contrats différents. La « Loi de l'Ontario » traite des questions ne devant pas empêcher la certification de la façon suivante :

Certaines questions qui ne doivent pas empêcher la certification

6. Le tribunal ne doit pas refuser de certifier qu'une instance est un recours collectif en se fondant uniquement sur l'un des motifs suivants :

1. Les mesures de redressement demandées comprennent une demande de dommages - intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle.
2. Les mesures de redressement demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe.
3. Des mesures correctives différentes sont demandées pour différents membres du groupe.
4. Le nombre des membres du groupe ou l'identité de chaque membre est inconnu[sic].
5. Il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les demandes ou les défenses soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe.

Le "British Columbia Act" prend comme modèle la «Loi de l'Ontario» à une exception près.

L'article 6 de la « Loi de l'Ontario » inclut le mot «uniquement» entre «en se fondant » et «sur» à la deuxième ligne. On a décidé de ne pas inclure "solely"/ « uniquement » dans la loi de la Colombie-Britannique pour s'assurer que la présence de plus d'un de ces facteurs énumérés de (a) à (e) n'empêcherait pas la certification du recours collectif. Le Code civil du Québec ne possède pas de disposition équivalente.

Recommandation

*La législation sur les recours collectifs devrait énumérer les facteurs que le tribunal ne doit pas considérer quand il décide si une instance devrait être certifiée comme recours collectif.

La législation devrait établir que les facteurs suivants ne doivent pas empêcher la certification :

- a) le recours collectif exigera une évaluation individuelle des dommages,
- b) les membres du groupe ont des demandes provenant de contrats distincts,
- c) des mesures correctives différentes sont demandées pour différents membres du groupe,
- d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chaque membre est inconnue,

- e) le groupe comprend un ou plusieurs sous-groupes.

PARTIE D - Déroulement d'un recours collectif

1. Gestion

Les tribunaux jouent un rôle beaucoup plus actif dans la gestion du déroulement des recours collectifs qu'ils ne le font habituellement dans les instances ordinaires. Ceci s'explique à la fois par la complexité de la plupart des recours collectifs et par le fait que l'on décide les droits et les obligations de ceux et de celles qui ne sont pas présents devant le tribunal. Le Code civil du Québec prévoit :

1045. Le tribunal peut, en tout temps au cours de la procédure relative à un recours collectif, prescrire des mesures susceptibles d'accélérer son déroulement et de simplifier la preuve si elle ne porte pas préjudice à une partie ou aux membres.

L'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario et la «Loi de l'Ontario» renferment tous deux une large disposition de gestion générale qui permet au tribunal de rendre des ordonnances s'il estime que cela s'impose pour assurer une audience équitable et expéditive. Alors que le tribunal aurait été autorisé par la C.R.D. de l'Ontario à exercer ces pouvoirs de sa propre initiative, aux termes de la «Loi de l'Ontario», il ne peut exercer ses vastes pouvoirs de gestion générale que s'il en saisi par la motion d'une partie ou d'un membre du groupe. La loi de la Colombie-Britannique suit les recommandations de la C.R.D. de l'Ontario. Nous reproduisons ici les articles 12 et 13 de la «Loi de l'Ontario».

Ordonnance relative au déroulement de l'instance

12. Le tribunal saisi d'une motion d'une partie ou d'un membre du groupe peut, afin de parvenir à un règlement juste et expéditif du recours collectif, rendre une ordonnance qu'il estime appropriée concernant le déroulement de celui-ci et imposer aux parties des conditions qu'il estime appropriées.

Sursis des autres instances

13. Le tribunal peut, de sa propre initiative ou sur motion d'une partie ou d'un membre du groupe, surseoir à une instance liée au recours collectif en cours à des conditions qu'il estime appropriées.

En plus du pouvoir de gestion générale, la législation sur le recours collectif accorde souvent au tribunal une large pouvoir discrétionnaire pour rendre des ordonnances concernant des aspects du recours collectif. Nous en parlerons dans les parties qui traitent de questions précises telles que l'avis, le calcul et le partage des dommages. Les chapitres suivants exposeront dans leurs grandes lignes certaines techniques susceptibles d'assurer une bonne gestion des recours collectifs.

Recommandation

*Les tribunaux devraient se voir accorder de vastes pouvoirs de gestion générale qu'ils pourraient exercer à la requête d'une partie ou d'un membre du groupe ou à la requête d'une partie ou d'un membre du groupe ou de leur propre initiative.

2. Questions communes et questions individuelles

La «Loi de l'Ontario» et le "British Columbia Act" adoptent les recommandations de la C.R.D. en prévoyant que les questions communes seront décidées ensemble et que les questions nécessitant la participation des membres du groupe à titre individuel le seront individuellement.

Les deux lois accordent au tribunal un large pouvoir discrétionnaire pour exiger la participation, à titre individuel, des membres du groupe et pour décider la procédure par laquelle les questions individuelles peuvent se régler. L'article 11 de la «Loi de l'Ontario» se lit comme suit :

Organisation du recours collectif

11. (1) Sous réserve de l'article 12, dans un recours collectif :

- (a) les questions communes du groupe sont décidées ensemble;
- (b) les questions communes du sous-groupe sont décidées ensemble;
- (c) les questions individuelles nécessitant la participation, à titre individuel, de membres du groupe sont décidées individuellement ...

Aux termes de l'article 25 de la «Loi de l'Ontario», le même juge qui a présidé au procès portant sur les questions communes peut décider les questions individuelles ou un autre juge peut présider. Le "British Columbia Act" exige que le même juge entende toutes les requêtes dans un recours collectif à moins que le juge en chef n'en décide autrement. Le même juge peut, mais ne préside pas nécessairement au procès sur les questions communes. Au Québec, à moins que le juge en chef n'en décide autrement, le même juge entend toutes les instances relatives à un même recours collectif.

En Ontario, le tribunal peut charger une autre personne de conduire un renvoi et de présenter un rapport au tribunal ou, avec le consentement des parties, utiliser tout autre moyen. Le tribunal qui décide la procédure choisit celle qui s'avère la moins onéreuse et la plus expéditive et peut fixer des délais raisonnables pour la présentation des demandes individuelles. La loi de la Colombie-Britannique ne renferme pas cette disposition.

L'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario et la «Loi de l'Ontario» prévoient tous deux qu'un juge entendra les questions préliminaires (y compris celles qui sont entendues par un protonotaire) et qu'un autre juge présidera le procès portant sur les questions communes et toutes les instances subséquentes. Il convient de faire remarquer que cette procédure est compatible avec les règles de l'Ontario qui ne permettent pas à un même juge de siéger à la fois lors de la présentation de requêtes préparatoires au procès et au procès proprement dit. Cette pratique est cependant permise en vertu des règles de la Colombie-Britannique.

Recommandation :

*Les questions communes du groupe devraient être décidées ensemble et les questions nécessitant la participation, à titre individuel, des membres du groupe devraient être décidées individuellement. Un juge devrait entendre toutes les questions préparatoires au procès. La pratique locale déterminera si ce juge ou un autre juge présidera le procès.

3. Participation des membres du groupe

La C.R.D. de l'Ontario recommande que l'on permette aux membres du groupe de demander de participer au recours collectif. Cette mesure permet aux membres absents du groupe d'exercer une certaine forme de contrôle sur le litige et d'attirer l'attention du tribunal sur des questions qui les touchent. La recommandation de la C.R.D. a été inscrite dans la «Loi de l'Ontario» et le "British Columbia Act". C'est à l'article 14 de la «Loi de l'Ontario» que l'on trouve ces dispositions.

Participation des membres du groupe

14. (1) Afin de s'assurer que les intérêts du groupe ou d'un sous-groupe sont présentés de façon juste et appropriée ou pour toute autre raison valable, le tribunal peut, en tout temps au cours de l'instance, permettre à un ou plusieurs membres du groupe de participer à l'instance.

(2) La participation prévue au paragraphe (1) est conforme à la façon et aux conditions, notamment en matière de dépens que le tribunal estime appropriées.

On trouve une formulation pratiquement identique dans la loi de la Colombie-Britannique.

En vertu des articles 1017 et 1018 du Code civil du Québec, le tribunal peut permettre à un membre du groupe d'intervenir s'il est d'avis que l'intervention serait «utile au groupe». ¹⁰

Recommandation :

*Le tribunal devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de permettre aux membres du groupe de participer aux instances.

4. Formation de sous-groupes

La formation de sous-groupes constitue une autre méthode dont se servent les tribunaux pour assurer la gestion des recours collectifs complexes. La formation de sous-groupes permet au tribunal de certifier un recours collectif si certains membres du groupe ont des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe. La formation de sous-groupes est considérée comme un outil efficace pour s'assurer que les intérêts des membres du groupe absents sont protégés.

La C.R.D. de l'Ontario a déconseillé l'inclusion d'une disposition relative à la formation de sous-groupes en soutenant que les dispositions relatives à la participation de tout membre du groupe et aux vastes pouvoirs de gestion générale suffiraient à protéger les intérêts des membres du groupe absents. La « Loi de l'Ontario » permet non seulement la formation de sous-groupes, mais interdit la certification s'il existe au sein du groupe un sous-groupe à moins qu'il n'y ait un représentant distinct pour ce sous-groupe. La Règle fédérale 23 et beaucoup d'autres mécanismes américains de recours collectif permettent aussi la formation de sous-groupes. Le Code civil du Québec permet aussi au tribunal de créer des sous-groupes «si les circonstances l'exigent ».

Le "British Columbia Act" s'inspire du modèle de l'Ontario. Ses dispositions relatives à la formation de sous-groupes stipulent :

Subclass certification

6. (1)..., if a class includes a subclass whose members have claims or defences that raise common issues not shared by all the class members, so that, in the opinion of the court, the protection of the interests of the subclass members requires that they be separately represented, the court shall not certify the proceeding as a class proceeding unless there is, in addition to the representative plaintiff for the class, a representative plaintiff who,

(a) would fairly and adequately represent the interests of the subclass,

(b) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the subclass and of notifying subclass members of the proceeding, and

(c) does not have, on the common issues of the subclass, an interest in conflict with the interests of other subclass members.

(2) For the purposes of section 16, a class that comprises persons resident in British Columbia and persons not resident in British Columbia must be divided into subclasses along those lines.

L'article 16 (2) a été inclus dans la loi de la Colombie-Britannique pour s'occuper des membres non résidents du groupe qui veulent devenir membres d'un recours collectif instruit en Colombie-Britannique.

Recommandation :

*S'il identifie un sous-groupe, le tribunal devrait nommer un représentant des demandeurs pour le sous-groupe.

5. Transaction et désistement

En vertu des présentes règles pratiques de la Colombie-Britannique qui traitent des recours collectifs, la transaction ou le désistement d'une instance ne requiert ni l'approbation du tribunal ni l'envoi d'un avis aux autres membres du groupe. Les intérêts des membres du groupe absents ne se trouvent pas protégés dans le cadre de ces règles et les parties sont en mesure d'utiliser les recours collectifs pour améliorer leur propre position de négociation en vue de régler leurs demandes individuelles.

La «Loi de l'Ontario» tout comme l'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario tentent de remédier à ces lacunes en prévoyant qu'il ne peut y avoir transaction ou désistement des instances qu'avec l'approbation du tribunal. Cette disposition s'applique aux stades antérieurs et postérieurs de la certification de l'instance. La « Loi de l'Ontario » et le "British Columbia Act" ordonnent au tribunal d'examiner la question de l'envoi d'un avis. Le Code civil du Québec rend obligatoire l'envoi d'un avis pour les transactions et non pour le désistement.

L'article 35 de la loi de la Colombie-Britannique est reproduite ci-dessous.

Discontinuance, abandonment and settlement

35. (1) A class proceeding may be settled, discontinued or abandoned only

(a) with the approval of the court, and

(b) on the terms the court considers appropriate.

(2) A settlement may be concluded in relation to the common issues affecting a subclass only

(a) with the approval of the court,

(b) on the terms the court considers appropriate.

(3) A settlement under this section is not binding unless approved by the court.

(4) A settlement of a class proceeding or of common issues affecting a subclass that is approved by the court binds every member of the class or subclass who has not opted out of the class proceeding, but only to the extent provided by the court.

(5) In dismissing a proceeding for delay or in approving a discontinuance, abandonment or settlement, the court must consider whether notice should be given under section 20 and whether notice should include

(a) an account of the conduct of the proceeding,

(b) a statement of the result of the proceeding, and

(c) a description of any plan for distributing any settlement funds.

Le Code civil du Québec prévoit qu'un recours collectif ne peut être amendé, abandonné sans l'autorisation du tribunal et sauf aux conditions que celui-ci estime nécessaires.

Recommandation :

*La transaction et le désistement d'un recours collectif devraient recevoir l'autorisation préalable du tribunal.

6. Choisir de se retirer ou de participer

Il existe dans la loi sur le recours collectif un problème central de politique : est-ce que l'on devrait exiger que les membres du groupe «choisissent de participer» (opting in) au recours collectif afin d'être soumis à toute décision ou à toute transaction ou est-ce qu'ils devraient être liés à moins qu'ils ne «se retirent» (opting out) explicitement.

L'appui à une procédure où les membres choisissent de participer (opting in) se fonde en grande partie sur la conviction que les personnes qui n'ont pas la connaissance d'une poursuite judiciaire ne devraient pas être liées par ses conclusions. Le choix de participer (opting in) exige que les gens choisissent de se joindre à une instance pour faire décider leurs droits légaux. Les défenseurs de cette procédure soutiennent que la décision de se retirer (opting out) présuppose chez les membres du groupe un niveau assez élevé de culture pour reconnaître que dans ces instances on décide leurs droits et pour juger si leurs intérêts sont pris en compte d'une manière appropriée. Les partisans du choix de participer (opting in) laissent aussi entendre que l'on doit exiger des membres du groupe qu'ils démontrent un intérêt minimal dans le litige pour en tirer profit.

De leur côté, les partisans du choix de se retirer (opting out) soutiennent qu'une procédure caractérisée par le choix de participer (opting in) se fonde sur l'hypothèse que l'incapacité de choisir de participer reflète chez un membre individuel du groupe une décision mûrement réfléchie et fondée sur les faits de ne pas participer au litige. Ils laissent entendre que, comme un grand nombre d'obstacles psychologiques et sociaux empêchant l'instruction d'instances individuelles pourraient sous-tendre l'incapacité de choisir de participer (opting in), cette

exigence pourrait miner les buts d'accès à la justice que se fixent les recours collectifs. Il pourrait en être ainsi surtout dans le cas de recours collectifs comportant de petites demandes individuelles. Les défenseurs du choix de se retirer (opting out) prétendent aussi que cette procédure est plus juste pour les défendeurs qui connaissent exactement le nombre de membres du groupe auxquels ils pourraient avoir à faire face dans les instances individuelles subséquentes.

Le "British Columbia Act" adopte une procédure de retrait (opting out) fondée sur la conviction que c'est le moyen le plus efficace de réduire les obstacles à la justice que les recours collectifs ont pour but de surmonter. C'est une procédure employée dans la grande majorité des juridictions qui disposent de recours collectifs élargis. Procédure recommandée

par la C.R.D. de l'Ontario, elle est adoptée tant dans la loi de l'Ontario que de dans celle du Québec.

Si on adopte une procédure de retrait (opting out), on peut utiliser différentes méthodes pour protéger les intérêts des membres du groupe absents. Au nombre de celles-ci, on peut compter des dispositions touchant l'avis, l'intervention, la constitution de sous-groupes qui seront abordées plus loin dans ce document.

En supposant l'adoption d'une procédure de retrait (opting out), une question subsiste, à savoir si les membres du groupe devraient jouir du droit inconditionnel de se retirer ou si ce droit ne devrait pas être soumis à la discrétion du tribunal. Dans certains cas, permettre à des membres de se retirer pourrait se révéler problématique. Par exemple, si on recherche un redressement par injonction ou par jugement déclaratoire, on arrive à peu de chose avec la procédure de retrait (opting out).

La Cour suprême des États-Unis a statué que la procédure équitable aux termes du 14e Amendement exigeait que les membres du groupe du demandeur en vertu de la Règle fédérale 23 (b) (3) qui traite les demandes recherchant des dommages-intérêts surtout pécuniaires aient droit de se retirer du recours collectif. Une telle exigence constitutionnelle n'a pas été imposée à d'autres catégories de recours collectifs. Certains commentateurs ont critiqué cette décision soutenant que permettre d'une manière inconditionnelle aux membres du groupe de se retirer diminue l'efficacité des recours collectifs et peut contrevenir aux droits légitimes des demandeurs dont on peut empêcher l'accès à un recours.

Aux termes de la «Loi de l'Ontario» et du Code civil du Québec, les membres du groupe ont le droit de se retirer. L'avant-projet de loi de la C.R.D. donne au tribunal le pouvoir discrétionnaire de décider si les membres du groupe seraient en mesure de se retirer. Le projet de loi comprend une liste de facteurs que le tribunal peut examiner en décidant d'autoriser ou non les membres à se retirer. Vous trouverez ci-dessous les dispositions de retrait conditionnelles de l'avant-projet de la C.R.D.

Exclusion

20. (1) The court shall determine whether some or all of the members of the class should be permitted to exclude themselves from a class action.

(2) In determining whether members of the class should be permitted to exclude themselves from the class action, the court shall consider all relevant matters including,

(a) whether as a practical matter members of the class who exclude themselves would be affected by the judgement,

(b) whether the claims of the members of the class are so substantial as to justify independent litigation,

(c) whether there is a likelihood that a significant number of members of the class would desire to exclude themselves,

(d) the cost of notice necessary to inform members of the class of the class action and of their right to exclude themselves, and

(e) the desirability of achieving judicial economy, consistent decisions, and a broad binding effect of the judgment on the questions common to the class.

(3) Where the court has determined that some or all of the members of the class may exclude themselves, they may do so by informing the court in writing by a date specified by the court of their desire to be so excluded.

À la différence de l'avant-projet de loi de la C.R.D., la «Loi de l'Ontario» et le "British Columbia Act" sont basés sur le droit inconditionnel des membres d'un groupe de se retirer d'un recours collectif. L'article 9 de la « Loi de l'Ontario » stipule que :

Décision de se retirer

9. Tout membre d'un groupe qui exerce un recours collectif peut s'en retirer de la façon et dans le délai précisés dans l'ordonnance certifiant le recours collectif.

L'article de la Colombie-Britannique qui traite de la décision de se retirer se modèle sur la « Loi de l'Ontario », mais prévoit la possibilité pour les membres du groupe qui ne résident pas en Colombie-Britannique de choisir de participer au recours collectif.

Recommandation :

*La loi sur le recours collectif devrait accorder aux membres du groupe un droit inconditionnel de se retirer du recours collectif.

7. Avis

Les dispositions concernant les avis jouent un rôle décisif pour assurer la protection des membres du groupe absents. L'avis que le tribunal ordonne peut constituer le seul moyen qui permette aux membres du groupe absents d'apprendre l'existence de l'instance, la façon et le délai pour s'en retirer, le progrès du litige et la manière de récupérer leur part de tous les dommages- intérêts accordés. Cependant, les exigences relatives aux avis peuvent imposer un lourd fardeau aux parties à un recours collectif qui doivent prendre à leur charge le coût d'aviser les membres du groupe. Les exigences relatives aux avis ont fait l'objet d'une très vive controverse aux États- Unis où la procédure équitable en vertu du 14^e Amendement a été interprétée comme devant comporter un avis individuel du droit de se retirer en certaines circonstances. Même si les mêmes normes constitutionnelles ne s'appliquent pas au Canada qui n'a pas d'exigences de procédure équitable en matière de propriété, le genre d'avis requis dans les recours collectifs soulèvent des questions d'équité.

Quand et quel genre d'avis est équitable? Qui devrait être responsable de donner l'avis et qui devrait le payer? Les réponses à ces questions peuvent varier selon les exigences d'avis à divers stades du recours.

(a) Avis de certification

La législation présente sur le recours collectif présente un certain nombre d'exemples variés de dispositions relatives à l'avis de certification. Dans le cas des recours collectifs demandant surtout des dommages-intérêts pécuniaires, le tribunal doit, aux termes de la Règle fédérale 23, prescrire

le meilleur avis réalisable en l'occurrence, notamment l'avis individuel à tous les membres qui peuvent être identifiés par des efforts raisonnables.

Les autres formes de recours collectif en vertu de la Règle 23 ne comportent aucune exigence particulière en matière d'avis et sont soumises aux dispositions générales de la Règle à cet égard. Ces dispositions donnent au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances concernant l'avis.

L'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario et la « Loi de l'Ontario » comportent des dispositions relatives à l'avis plus souples que celles visées à la Règle fédérale 23(b)(3), mais adoptent des approches légèrement différentes. La « Loi de l'Ontario » prévoit que le représentant *devra* donner un avis. Cependant, le tribunal peut le dispenser de l'obligation de donner l'avis, eu égard à un certain nombre de facteurs. Le projet de loi ainsi que la loi prévoient des critères pour guider le tribunal dans ses décisions relatives à l'avis.

L'article de la Colombie-Britannique qui traite de l'avis de certification renferme un certain nombre de parties qui prévoient des dispositions souples relatives à l'avis. Cependant, comme il est prévu dans la « Loi de l'Ontario », le représentant *doit* donner aux membres du groupe un avis. Les parties de la loi de la Colombie-Britannique portant sur l'avis se modèlent sur celles de la « Loi de l'Ontario ». Voici comment se lit l'article 17 de la « Loi de l'Ontario » :

Avis annonçant que le recours collectif est certifié

17. (1) Le représentant donne aux membres du groupe un avis les informant que le recours collectif est certifié, conformément au présent article.

(2) Le tribunal peut dispenser le représentant de l'obligation de donner avis s'il estime que cela s'impose, compte tenu des points énumérés au paragraphe (3).

(3) Le tribunal indique, par ordonnance, quand et selon quels modes l'avis visé au présent article est donné et, ce faisant, il tient compte des points suivants :

- a) le coût de l'avis;
- b) la nature des mesures de redressement demandées;
- c) l'importance des demandes individuelles des membres du groupe;
- d) le nombre de membres du groupe;
- e) le lieu de résidence des membres du groupe;

f) toute autre question pertinente.

(4) Le tribunal peut ordonner que l'avis soit donné :

- a) à personne ou par la poste;
- b) par voie d'affichage ou de publication, par annonce publicitaire ou par prospectus;
- c) sous forme d'avis personnel donné à un échantillon représentatif du groupe;
- d) selon un ou plusieurs mode que le tribunal estime appropriés.

(5) Le tribunal peut ordonner que l'avis soit donné à différents membres du groupe selon différents modes.

(6) Sauf ordonnance contraire du tribunal, l'avis visé au présent article doit :

- a) décrire l'instance, notamment indiquer les nom et adresse des représentants et les mesures de redressement demandées;
- b) indiquer la façon dont les membres du groupe peuvent se retirer de l'instance et la date limite pour ce faire;
- c) décrire les conséquences financières possibles de l'instance pour les membres du groupe;
- d) décrire brièvement les ententes relatives aux honoraires et aux débours qui ont été conclues par les représentants et leurs procureurs;
- e) décrire les demandes reconventionnelles présentées par le groupe ou contre le groupe, y compris les mesures de redressement qui y sont demandées;
- f) préciser que le jugement, qu'il soit favorable ou défavorable, liera tous les membres du groupe qui ne se retirent pas de l'instance;
- g) préciser le droit qu'a chaque membre de participer à l'instance;
- h) donner une adresse à laquelle les membres du groupe peuvent envoyer toute question relative à l'instance;
- i) donner tous les autres renseignements que le tribunal estime appropriés.

La loi de la Colombie-Britannique exige en plus, au paragraphe (1), que le tribunal examine s'il existe des sous-classes ou non ou si tous les membres du groupe peuvent se retirer du recours collectif.

Au Québec, l'avis annonçant aux membres du groupe que le tribunal a autorisé un recours collectif est impératif. Le Code civil du Québec renferme la disposition suivante relativement à cet avis :

1006. L'avis aux membres indique :

- (a)la description du groupe;

- (b) les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent;
- (c) la possibilité pour un membre d'intervenir au recours collectif;
- (d) le district dans lequel le recours collectif sera exercé;
- (e) le droit d'un membre de s'exclure du groupe, les formalités à suivre et le délai pour s'exclure;
- (f) le fait qu'un membre qui n'est pas un représentant ou un intervenant ne peut être appelé à payer les dépens du recours collectif; et
- (g) tout autre renseignement que le tribunal juge utile d'inclure dans l'avis.

Le caractère obligatoire de l'article 1006 combiné à la liste des principales questions à être traitées collectivement rend les dispositions relatives à l'envoi de l'avis assez lourdes. Cette lourdeur a entraîné des frais d'envoi de l'avis qui se sont avérés exorbitants. Toutefois, les procureurs de la poursuite ont plus récemment pris l'habitude de présenter au tribunal des avis provisoires rédigés dans un style plus simple et plus concis. Cette nouvelle façon de procéder fera vraisemblablement baisser les frais d'envoi de l'avis.

(b) Coût de l'avis de certification

L'avant-projet de loi de la C.R.D., le Code civil du Québec et les lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique diffèrent aussi dans le traitement du coût de l'avis. Les lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique donnent au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre toute ordonnance relative au coût de l'avis, y compris les ordonnances répartissant le coût entre les parties. L'avant-projet de loi ne possède pas cette disposition relative à l'avis de certification, bien qu'il permette au tribunal de rendre toute ordonnance concernant le coût dans le cadre des dispositions générales sur l'avis. Au Québec, le coût est toujours en première instance à la charge du représentant des demandeurs. Cependant, en vertu de l'article 1035 du Code de procédure civile, le coût de l'avis est transféré au défendeur si le recours collectif réussit.

La « Loi de l'Ontario » et le "British Columbia Act" contiennent aussi une disposition qui permet, avec l'autorisation du tribunal, d'inclure dans l'avis une demande de contribution pour payer le recours collectif.

(c) Avis de jugement

Alors qu'une bonne partie de la loi sur le recours collectif américain ne dit mot sur la question de l'avis de jugement, l'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario et la «Loi de l'Ontario» comprennent des dispositions particulières prescrivant cet avis si, les questions communes ayant été décidées, d'autres instances peuvent s'avérer nécessaires pour résoudre les questions individuelles. Les articles de l'avis de jugement de la Colombie-Britannique sont par ailleurs semblables à ceux de la « Loi de l'Ontario », à l'avant-projet de loi de la C.R.D. et à l'avis des conditions de certification énumérées précédemment. Les deux lois, le Code civil du Québec et l'avant-projet de la C.R.D. comprennent une

description à la fois du jugement sur les questions communes et des mesures nécessaires à prendre par les membres du groupe pour faire valoir des demandes individuelles.

(d) Avis général

Les dispositions relatives à un avis général inscrites dans l'avant-projet de loi de la C.R.D., les lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique permettent au tribunal d'exiger qu'un avis soit donné lorsqu'il l'estime nécessaire à la conduite équitable de l'instance. Chacune de ces lois accorde au tribunal le pouvoir de rendre toute ordonnance relative au coût de l'avis visé à cet article. Le Code civil du Québec permet au tribunal d'ordonner la publication d'un avis aux membres lorsqu'il l'estime nécessaire pour la protection de leurs droits.

Le "British Columbia Act" permet aussi au tribunal d'ordonner à une partie de remettre l'avis qui doit être donné par une autre partie. Cet article a été inclus pour tenir compte de situations où, par exemple, les défendeurs font couramment la livraison de comptes ou d'autres informations au membres du groupe au moyen d'un système de livraison coutumier. Le but visé consistait à inclure l'avis dans le circuit des livraisons ordinaires et à diminuer de cette façon le coût de l'avis.

Recommandation:

*La législation sur le recours collectif devrait répondre aux questions suivantes : quand et qui devrait donner un avis aux membres du groupe et quel doit être le contenu de l'avis. Les dispositions en ce sens devraient prescrire que l'avis de certification soit donné à moins de directives contraires du tribunal et que le tribunal approuve la forme de l'avis. On devrait aussi donner un avis lorsque les questions communes ont été réglées et que les questions individuelles doivent être décidées. Le tribunal devrait aussi avoir le pouvoir général d'exiger qu'un avis soit donné quand il le juge nécessaire à la conduite équitable de l'instance.

8. Mesures de redressement pécuniaire

L'interprétation juridique voulant qu'une seule mesure des dommages-intérêts soit applicable à tous les membres du groupe a constitué un obstacle à l'utilisation des recours collectifs en vertu des Règles actuelles de la Colombie-Britannique. Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario et les lois tant de l'Ontario que de la Colombie-Britannique stipulent expressément qu'on ne devra pas refuser de certifier un recours collectif en se fondant uniquement sur le motif que la demande de redressement exigerait une évaluation individuelle. Cette disposition soulève deux questions importantes : est-ce qu'on devrait permettre la présentation d'une preuve commune pour décider le niveau des dommages- intérêts et est-ce que les dommages-intérêts individuels seront décidés dans le cadre d'un recours collectif ?

(a) Mesures de redressement pécuniaire comme question commune :

Évaluation totale des mesures de redressement pécuniaire

Même avant l'adoption des procédures élargies du recours collectif dans certaines provinces, les tribunaux canadiens ont traité, dans un certain nombre de cas, les dommages- intérêts comme une question commune. L'autre solution aurait consisté à exiger des mini-procès

avec présentation d'une preuve individuelle pour chacun des membres du groupe. Dans certains cas, ce processus rendrait le recours collectif si difficile à diriger qu'il ne pourrait satisfaire aux exigences du test de la certification. Beaucoup d'autres obstacles pourraient empêcher des particuliers de poursuivre leurs demandes de dommages-intérêts après que la responsabilité du défendeur a été clairement établie, ce qui pourrait avoir pour effet d'enrichir indûment le défendeur.

Bien que la C.R.D. ait reconnu que dans certains cas les blessures infligées aux membres du groupe seraient si diverses que des instances individuelles seraient nécessaires pour fixer le montant total des dommages-intérêts, elle en est tout de même venue à la conclusion que la loi devrait autoriser explicitement le traitement des mesures de redressement pécuniaire comme une question commune. Les membres de cette commission ont recommandé l'emploi du mécanisme le plus largement accepté pour ce faire, l'évaluation totale, c.-à-d. l'établissement de la somme totale à laquelle un groupe a droit dans une instance unique. La recommandation de la C.R.D. était compatible avec le Code civil du Québec qui permet au tribunal d'ordonner le recouvrement collectif si la preuve permet d'établir d'une façon « suffisamment exacte » le montant total des réclamations des membres. Il est autorisé à déterminer le montant dû par le débiteur « même si l'identité de chacun des membres ou le montant exact de leur réclamation n'est pas établi. »

Les recommandations de la C.R.D. de l'Ontario, sur ce point, sont adoptées dans la « Loi de l'Ontario » et dans le "British Columbia Act". Ces deux lois ainsi que l'avant-projet de loi permettent au tribunal d'établir la totalité ou une partie de la responsabilité d'un défendeur envers les membres du groupe si la totalité ou une partie de la responsabilité envers certains membres ou tous les membres du groupe peut raisonnablement être établie sans que les membres du groupe aient à en faire la preuve individuellement. Voici comment la loi de la Colombie-Britannique traite de la totalité des montants adjugés :

Aggregate awards of monetary relief

29. (1) The court may make an aggregate monetary award in respect of all or any part of the defendant's liability to class members and may give judgment accordingly if

- (a) monetary relief is claimed on behalf of some or all class members,
- (b) no questions of fact or law other than those relating to the assessment of monetary relief remain to be determined in order to establish the amount of the defendant's monetary liability, and
- (c) the aggregate or a part of the defendant's liability to some or all class members can reasonably be determined without proof by individual class members.

L'avant-projet de loi de la C.R.D. inclut une condition : que le redressement pécuniaire adjugé dans le cadre d'une évaluation totale soit en mesure d'être évalué «avec le même degré d'exactitude que dans une instance ordinaire». Ces termes ne se retrouvent pas dans la «Loi de l'Ontario» ou dans le "British Columbia Act". Ces lois adoptent plutôt l'exigence la plus souple, que le redressement pécuniaire «puisse être raisonnablement déterminé sans que les membres du groupe aient à en faire la preuve individuellement».

En Colombie-Britannique, le souci de protéger les intérêts des défendeurs a abouti à l'inclusion du paragraphe 29 (2) qui exige que :

(2) Before making an order under subsection (1), the court must provide the defendant with an opportunity to make submissions to the court in respect of any matter touching on the proposed order including, without limitation,

(a) submissions that contest the merits or amount of an award under that subsection, and

(b) submissions that individual proof of monetary relief is required due to the individualized nature of the relief.

Bien que la capacité du défendeur de faire ces genres de représentations puisse être implicite dans l'avant-projet de loi de la C.R.D. et de la « Loi de l'Ontario », les rédacteurs de la Colombie-Britannique ont préféré accorder cette capacité d'une manière explicite.

(b) Évaluation individuelle des mesures de redressement pécuniaire

Si une évaluation totale s'avère impossible, la « Loi de l'Ontario » et le "British Columbia Act" accordent au tribunal un large pouvoir discrétionnaire pour établir une procédure en vue de décider les dommages-intérêts individuels, notamment par voie d'enquêtes et de rapports au tribunal par des non-juges. Le tribunal est tenu de choisir le mode de décision des questions en litige le moins onéreux et le plus expéditif qui soit compatible avec la justice. Si les membres du groupe ne présentent pas leur demande dans le délai fixé par le tribunal, ils ne peuvent le faire par la suite qu'avec l'autorisation du tribunal.

Le Code civil du Québec adopte une approche semblable. Les membres du groupe peuvent produire leurs réclamations dans un délai d'un an. Le tribunal peut soit décider des réclamations individuelles ou ordonner au protonotaire d'en décider. Le tribunal peut, s'il le juge nécessaire dans l'intérêt de la justice et des parties, déterminer des modes de preuve et de procédure spéciales.

L'article 27 du "British Columbia Act", que nous citons ci-dessous, se modèle sur la « Loi de l'Ontario ».

Individual issues

27. (1) When the court determines common issues in favor of a class or subclass and determines that there are issues, other than those that may be determined under section 32 ¹¹ that are applicable only to certain individual members of the class or subclass, the court may

(a) determine those individual issues in further hearings presided over by the judge who determined the common issues or by another judge of the court,

(b) appoint one or more persons including, without limitation, one or more independent experts, to conduct an inquiry under the Rules of Court and report back to the court, or,

(c) with the consent of the parties, direct that those individual issues be determined in any other manner.

(2) The court must give any necessary directions relating to the procedures to be followed in conducting hearings, inquiries and determinations under subsection (1).

(3) In giving directions under subsection (2), the court must choose the least expensive and most expeditious method of determining the individual issues that is consistent with justice to members of the class or subclass and the parties, and, in so doing, the court may

(a) dispense with any procedural step it considers necessary, and

(b) authorize any special procedural steps, including steps relating to discovery, and any special rules, including rules relating to admission of evidence and means of proof, that it considers appropriate.

(4) The court must set a reasonable time within which individual members of the class or subclass may make claims under this section in respect of the individual issues.

(5) A member of the class or subclass who fails to make a claim within the time set under subsection (4) must not later make a claim under this section in respect of the issues applicable only to that member except with leave of the court.

(6) the court may give leave under subsection (5) if it is satisfied that

(a) there are apparent grounds for relief,

(b) the delay was not caused by any fault of the person seeking the relief, and

(c) the defendant would not suffer substantial prejudice if leave were given.

(7) A determination of issues made in accordance with subsection (1) (c) is deemed to be an order of the court.

Individual assessment of liability

28. If, after determining common issues in favor of a class or subclass, the court determines that the defendant's liability to individual class members cannot reasonably be determined without proof of those individual class members, section 27 applies to the determination of the defendant's liability to those class members.

Il est à noter que l'article 28 renvoie aux procédures d'évaluation individuelle visées à l'article 27 si le tribunal décide que la responsabilité du défendeur à l'égard des membres du groupe nécessite une évaluation individuelle.

(c) Distribution

Quand une somme totale a été adjugée, elle doit être distribuée aux membres du groupe. Alors que la Règle fédérale 23 ne dit mot sur la question de la somme totale adjugée, la « Loi de l'Ontario » et le "British Columbia Act" renferment un certain nombre de dispositions portant particulièrement sur la distribution d'une somme totale adjugée. Nous reproduisons ci-dessous l'article 33 de la loi de la Colombie-Britannique :

Distribution

33.(1) The court may direct any means of distribution of amounts awarded under this Division that it considers appropriate.

(2) In giving directions under subsection (1), the court may order that,

(a) the defendant distribute directly to the class or subclass members the amount of monetary relief to each class or subclass member is entitled by any means authorized by the court, including abatement and credit,

(b) the defendant pay into court or some other appropriate depository the total amount of the defendant's liability to the class or subclass until further order of the court; and

(c) any person other than the defendant distribute directly to each of the class or subclass members the amount of monetary relief to which that class or subclass member is entitled by any means authorized by the court.

(3) In deciding whether to make an order under subsection (2) (a), the court

(a) must consider whether distribution by the defendant is the most practical way of distributing the award, and

(b) may take into account whether the amount of monetary relief to which each class or subclass member is entitled can be determined from the records of the defendant.

(4) The court may supervise the execution of judgments and the distribution of awards under this Division and may stay the whole or any part of an execution or distribution for a reasonable period on the terms it considers appropriate.

(5) The court may order that an award under the Division be paid

(a) in a lump sum, promptly or within a time set by the court, or

(b) in instalments, on the terms the court considers appropriate.

(6) The court may order that the costs of distributing an award under this Division, including the costs of notice associated with the distribution and the fees payable to a person administering the distribution, be paid out of the proceeds of the judgment or may make any other order it considers appropriate.

Comme on peut le voir dans cet article, le tribunal peut ordonner que la distribution se fasse de la façon qu'il estime appropriée, notamment en ordonnant au défendeur de distribuer directement l'argent. Si l'avant-projet de loi de la C.R.D. prévoit que cette ordonnance ne sera rendue que lorsque l'on pourra déterminer d'après les dossiers du défendeur le montant des dommages-intérêts auquel a droit chaque membre du groupe, la «Loi de l'Ontario» et le "British Columbia Act", de leur côté, exigent seulement que le tribunal qui décide s'il y a lieu de rendre l'ordonnance prenne ce facteur en considération.

Le Code civil du Québec permet au tribunal deux options. Il peut enjoindre au défendeur de déposer au greffe le montant dû et fixer les modalités de paiement. Ou bien, il peut lui

ordonner d'utiliser toute ou une partie de la somme due pour exécuter une mesure réparatrice.

Recommandation :

Le tribunal qui décide le montant des dommages-intérêts devant faire l'objet d'une ordonnance peut faire une évaluation totale ou des évaluations individuelles. Si une évaluation totale est faite, le tribunal donne des directives concernant la distribution aux membres du groupe et peut, s'il le juge approprié, exiger que le défendeur distribue les dommages-intérêts directement aux membres du groupe.

9. Disposition des fonds qui ne sont pas distribués

(a) Disposition des fonds non distribués adjugés en vertu d'une évaluation totale

Aux termes à la fois de l'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario, de la «Loi de l'Ontario» et du "British Columbia Act", le tribunal a aussi le pouvoir d'ordonner que les fonds adjugés en vertu d'une évaluation totale et qui n'ont pas été répartis dans le délai qu'il a fixé soient affectés d'une façon qui puisse profiter aux membres du groupe si un nombre raisonnable du groupe qui ne recevraient pas autrement de mesures de redressement pécuniaire bénéficieraient de cette répartition. Le tribunal peut rendre une telle ordonnance, même si les personnes qui ne sont pas membres du groupe et les membres du groupe qui ont déjà bénéficié de mesures de redressement pécuniaire en profitaient. C'est ce qui est désigné comme une répartition *cy-près*.

Une autre option pour assurer la disposition des fonds non distribués consisterait à permettre au tribunal d'ordonner que la totalité ou une partie de l'argent soit affectée à un fonds de recours collectif.

(b) Disposition des fonds non distribués en vertu d'une évaluation individuelle

On peut signaler un certain nombre d'options diverses pour assurer la disposition des fonds non distribués qui ont été adjugés aux membres du groupe à titre individuel. La C.R.D. de l'Ontario a recommandé que le tribunal ait le pouvoir d'ordonner que ces fonds soient confisqués au profit de la Couronne ou qu'ils soient rendus purement et simplement au défendeur. La «Loi de l'Ontario» prévoit que tout fonds non réparti qui fait partie d'un montant adjugé à des membres du groupe pris individuellement doit être rendu au défendeur. En Colombie-Britannique, ces fonds peuvent être affectés aux frais du recours collectif, confisqués au profit du gouvernement ou rendus au défendeur. Au Québec, on s'adresse au tribunal pour obtenir une ordonnance concernant la disposition de ces fonds.

Recommandation :

*La législation sur le recours collectif devrait donner au tribunal le pouvoir discrétionnaire de décider la façon appropriée de disposer des fonds non répartis.

10. Enquête préalable

La Règle fédérale 23 ne fait pas allusion à l'enquête préalable, ce qui laisse aux cours fédérales le soin de décider si les règles fédérales de procédure civile régissant l'enquête

préalable dans les instances ordinaires s'appliquent aux recours collectifs. Ces règles diffèrent des règles de pratique de la Colombie-Britannique dans la mesure où elles permettent l'enquête préalable de tiers. Cependant, le genre d'enquête préalable des tiers permise en vertu des règles américaines est limité. Cette procédure a donné lieu à une jurisprudence conflictuelle sur la question de savoir si les membres du groupe peuvent être traités comme des parties aux fins des règles de l'enquête préalable.

Pour éviter ce genre de controverse, la C.R.D. de l'Ontario a suivi l'approche du Code civil du Québec et recommandé que la loi sur le recours collectif comprenne des dispositions explicites touchant l'enquête préalable des représentants des parties et des membres du groupe. Dans l'avant-projet de loi de la C.R.D., le Code civil du Québec, la «Loi de l'Ontario» et le "British Columbia Act", les parties à un recours collectif ont les mêmes droits à l'enquête préalable que ceux qui sont prévus dans les instances ordinaires. Après avoir interrogé au préalable le représentant, une partie peut demander, par voie de requête, de procéder à l'interrogatoire des membres du groupe absents. Le Code civil du Québec prévoit que cette requête peut être accordée si le tribunal considère l'interrogatoire ou l'examen utiles à l'adjudication des questions de droit et de fait traitées collectivement. Nous présentons ci-dessous les articles de la «Loi de l'Ontario» se rapportant à l'enquête préalable.

Enquête préalable

15. (1) Les parties à un recours collectif ont les mêmes droits à l'enquête préalable qui sont prévus par les règles de pratique que si elles étaient parties à une autre instance.

(2) Après avoir interrogé au préalable le représentant, une partie peut demander, par voie de motion, de procéder à l'interrogatoire préalable d'autres membres du groupe aux termes des règles de pratique.

(3) Afin de décider s'il accordera ou non l'autorisation d'interroger au préalable d'autres membres du groupe, le tribunal tient compte des points suivants :

(a) l'étape du recours collectif et les questions en litige à décider à cette étape;

(b) l'existence de sous-groupes;

(c) la nécessité de l'interrogatoire préalable, compte tenu des demandes ou des défenses de la partie qui demande l'autorisation;

(d) la valeur pécuniaire approximative des demandes individuelles, le cas échéant;

(e) a question de savoir si l'interrogatoire préalable pourrait entraîner, pour les membres du groupe qu'une partie cherche à interroger, des conséquences telles que l'oppression ou des désagréments, un fardeau ou des dépenses injustifiées;

(f) toute autre question que le tribunal estime pertinente.

(4) Les membres du groupe sont passibles des sanctions prévues par les règles de pratique pour les parties qui ne se soumettent pas à l'interrogatoire préalable.

Recommandation :

*La législation sur le recours collectif devrait permettre au tribunal d'autoriser l'enquête préalable des membres du groupe en plus du représentant des demandeurs.

11. Frais

Les règles actuelles sur les frais créent des obstacles à l'instruction d'un recours collectif. Bien que tout le groupe puisse bénéficier de l'instance, le représentant se charge de payer les honoraires et débours du procureur et ne recouvrera qu'une partie du total de ses frais s'il ou si elle obtient gain de cause. Le représentant est aussi redevable de tous les dépens qui font l'objet d'une ordonnance du tribunal si le recours connaît une issue défavorable. Les obstacles financiers à l'instruction d'un recours collectif, aux termes de la précédente loi de l'Ontario, étaient encore plus insurmontables que ceux qui existent présentement en Colombie-Britannique, en raison de l'interdiction d'ententes sur des honoraires conditionnels. En vertu de la « Loi de l'Ontario », les recours collectifs sont maintenant exempts de cette interdiction. L'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario, le Code civil du Québec, la « Loi de l'Ontario » et le "British Columbia Act" traitent différemment un certain nombre de questions importantes relatives aux frais. Elles seront traitées dans les articles suivants.

(a) Dépens

Les dépens sont des frais qu'une partie doit payer à l'autre partie dans une poursuite. Le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de rendre toute ordonnance concernant les dépens, bien que l'ordonnance habituelle soit que la partie qui succombe paie les dépens de la partie qui a gain de cause. Cependant, ces dépens sont calculés selon un tarif et ne couvrent pas la totalité des débours de la partie gagnante.

Mue par le souci de ne pas dissuader des particuliers d'instruire un recours collectif en raison du risque de se voir imposer les dépens, la C.R.D. de l'Ontario a recommandé la mise en application de la règle « sans dépens ». Son avant-projet de loi prévoit que les dépens ne seront adjugés à aucune partie, à moins que cela ne crée une injustice ou que l'une des parties n'ait fait preuve d'une conduite frivole, vexatoire ou abusive. Cette disposition est semblable à la règle fédérale américaine selon laquelle l'adjudication des honoraires du procureur ne peuvent faire l'objet d'une ordonnance à l'encontre de la partie qui succombe. La « Loi de l'Ontario », d'un autre côté, incorpore les dispositions de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* en vertu de laquelle le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'adjuger les dépens. La loi prévoit que le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, peut examiner si le recours collectif constituait une cause type. Au Québec, s'applique la règle générale concernant les dépens. Cette règle impose à la partie qui succombe de prendre à sa charge le coût des dépens. Le coût de ces dépens est cependant limité par l'article 1050,1 du Code de procédure civile.

L'article du "British Columbia Act" qui traite des dépens se modèle plus étroitement sur l'avant-projet de la C.R.D.

Costs

37. (1) Subject to this section, neither the Supreme Court nor the Court of Appeal may award costs to any party to an application for certification under section 2 (2) or 3, to any party to a class proceeding or to an appeal arising from a class proceeding at any stage of the application, proceeding or appeal.

(2) A court referred to in subsection (1) may only award costs to a party in respect of an application for certification or in respect of all or any part of a class proceeding or an appeal from a class proceeding

(a) at any time that the court considers that there has been vexatious, frivolous or abusive conduct on the part of any party,

(b) at any time that the court considers that an improper or unnecessary application or other step has been made or taken for the purposes of delay or increasing costs or for no proper purpose,

(c) at any time that the court considers that there are exceptional circumstances that make it in just to deprive the successful party of costs.

(3) The court may order that the costs awarded under subsection (2) be assessed in any manner that the court considers appropriate.

(4) Class members, other than the representative plaintiff, are not liable for costs except with respect to the determination of their own individual claims.

La loi de la Colombie-Britannique sur les dépens suit l'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario. Cependant, les paragraphes (2) (c) et (d) sont particuliers à la Colombie-Britannique et ne figurent pas dans l'avant-projet.

(b) Honoraires et débours

Cet article traite des frais qu'un client doit payer à son procureur. Ces frais comprennent aussi bien les honoraires du procureur que les débours engagés pour des choses comme donner un avis et engager des témoins experts. L'avant-projet de la C.R.D. prévoit que les honoraires et les débours que doit payer un représentant, tout comme les débours qui ont déjà été payés à un procureur, peuvent être défalqués de la somme adjugée en dommages-intérêts et que chacun des membres du groupe paie une partie des frais au prorata des dommages-intérêts qui lui ont été adjugés. La « Loi de l'Ontario » n'est pas aussi précise, prévoyant seulement que les sommes dues aux termes d'une entente opposable constituent une charge de premier rang sur le montant adjugé. Le Code civil du Québec fait aussi des honoraires et des débours des procureurs une charge de premier rang sur toute somme adjugée.

En Ontario, toutes les ententes relatives aux honoraires et débours entre le représentant et son procureur sont couvertes par cette disposition. Ces ententes doivent être conclues par écrit et approuvées par le tribunal. L'entente doit estimer le montant du paiement et peut permettre au procureur de demander plus tard au tribunal une augmentation de ses

honoraires. En l'absence d'une entente approuvée, le tribunal peut fixer les honoraires qui doivent être payés. La C.R.D. de l'Ontario recommande qu'il soit défendu de stipuler dans les ententes relatives aux honoraires le montant du paiement ou le mode de calcul. Au contraire, la C.R.D. a recommandé que le tribunal fixe les honoraires et les débours dans chaque cas. Au Québec, les honoraires du procureur doivent être aussi approuvés par le tribunal.

La difficulté à laquelle sont confrontés les représentants des demandeurs qui peuvent avoir à payer d'avance des frais de débours considérables a été résolue en Ontario par la création du "Class Proceedings Fund" (« Fonds des recours collectifs »). Le fonds doté d'une somme de 500 000 \$ par la "Ontario Law Foundation" (« Fondation du droit de l'Ontario ») couvre les débours des demandeurs et les dépens qui font l'objet d'une ordonnance à l'encontre des défendeurs. Un Comité des recours collectifs a été mis sur pied pour examiner les demandes d'aide financière des demandeurs et des défendeurs. Un fonds semblable a été aussi créé en vertu de la loi québécoise, mais il couvre aussi les frais juridiques. La C.R.D. de l'Ontario a fait une recommandation qui va à l'encontre de la mise sur pied d'un tel fonds. Cette recommandation est étroitement liée à la règle « sans dépens » qu'elle a adoptée dans son avant-projet de loi. Voici l'article de la Colombie-Britannique qui traite des honoraires et des débours :

Agreement respecting fees and disbursements

38. (1) An agreement respecting fees and disbursements between a solicitor and a representative party shall be in writing and shall,

- (a) state the terms under which fees and disbursements shall be paid,
- (b) give an estimate of the expected fee, whether contingent on success in the class proceeding or not, and
- (c) state the method by which payment is to be made, whether by lump sum, salary or otherwise

(2) An agreement respecting fees and disbursements between a solicitor and a representative party is not enforceable unless approved by the court, on the motion of the solicitor.

(3) Interest payable on fees and disbursements under an agreement approved under subsection (2) must be calculated in the manner set out in the agreement or, if not so set out, at the interest rate, as that term is defined in section 7 of the *Court Order Interest Act*, or at any other rate the court considers appropriate, on the balance of disbursements incurred as totalled at the end of each 6 month period following the date of the agreement.

(4) Amounts owing under an enforceable agreement are a first charge on any settlement funds or monetary award.

(5) If an agreement is not approved by the court, the court may,

- (a) determine the amount owing to a solicitor in respect of fees and disbursements,

- (b) direct a reference under the rules of the court to determine the amount owing, or
- (c) direct that the amount owing be determined in any other manner.

La loi de la Colombie-Britannique suit les recommandations de la C.R.D. et ne crée pas de fonds pour servir aux recours collectifs. À tous les autres égards, elle est semblable à la «Loi de l'Ontario».

Recommandation :

La législation sur les recours collectifs devrait exiger que le tribunal approuve les honoraires qui doivent être versés aux procureurs du représentant. Le tribunal qui décide de l'adjudication des dépens devrait examiner si le recours collectif était une cause type, soulevait un nouveau point de droit ou posait une question d'intérêt public.

12. Effet du jugement sur les membres du groupe

Le fait que les recours collectifs touchent les droits et les intérêts de particuliers qui ne sont pas partie au litige soulève des questions sur l'effet des jugements dans les recours collectifs. Est-ce que les membres du groupe qui ne se sont pas retirés devraient être liés par un jugement découlant d'un recours collectif? S'ils ne le sont pas, cela irait à l'encontre des intentions du recours collectif, surtout en ce qui concerne l'économie judiciaire.

Si la doctrine de la chose jugée empêche les parties de contester de nouveau devant le tribunal des questions découlant de la même cause d'action, il n'est pas évident que la doctrine permette à des membres d'un tiers groupe d'invoquer un jugement pour empêcher une partie qui n'a pas eu gain de cause de contester de nouveau des questions jugées dans une première instance. Dans le but de clarifier toute incertitude de la loi à ce sujet, la C.R.D. de l'Ontario a fait des recommandations en ce sens; la «Loi de l'Ontario» et le "British Columbia Act" contiennent des dispositions explicites touchant la force exécutoire des jugements dans les recours collectifs.

La C.R.D. de l'Ontario a recommandé que le jugement sur les questions communes lie chaque membre du groupe qui ne s'est pas retiré du recours collectif. Le jugement liera dans la mesure où il décidera les questions communes et les mesures de redressement précisés dans l'ordonnance de certification. Ce qui veut dire que les questions qui auraient pu être décidées par le recours collectif, et qui ne l'ont pas été, peuvent être contestées à titre individuel par les membres du groupe. Cette recommandation est incorporée à la «Loi de l'Ontario» et au "British Columbia Act" et se révèle compatible avec l'approche du Code civil du Québec qui prévoit que :

Le jugement final décrit le groupe et lie le membre qui n'en est pas exclu.

Le "British Columbia Act" stipule aussi qu'un jugement sur les questions communes ne lie pas une partie au recours collectif dans toute instance subséquente entre la partie et une personne qui s'est retirée des recours collectifs. Cette disposition empêche un membre de se désister d'un recours collectif et plus tard de bénéficier d'un jugement sur les questions communes.

Recommandation :

Un jugement sur les questions communes devrait lier chaque membre du groupe qui ne se retire pas du recours collectif.

13. Appels

(a) Ordonnances de certification

L'avant-projet de loi de la C.R.D. de l'Ontario et la « Loi de l'Ontario » abordent la question de savoir si les ordonnances de certification pourraient être sujettes à appel sous un angle légèrement différent. Selon l'avant-projet de loi, on peut interjeter appel des ordonnances de certification, comme de droit, à la Cour divisionnaire. En vertu de la « Loi de l'Ontario », on peut en appeler d'un refus de certifier un recours collectif, alors qu'on ne peut interjeter appel d'une ordonnance certifiant un recours collectif qu'avec la permission du tribunal. La loi de la Colombie-Britannique suit les recommandations de la C.R.D. de l'Ontario et accorde un droit d'appel à chaque partie.

Selon l'avant-projet de loi de la C.R.D., de la « Loi de l'Ontario » et du "British Columbia Act", si le représentant n'interjette pas appel, un membre du groupe peut demander au tribunal d'agir comme représentant aux fins d'instruire l'appel.

Aux termes du Code civil du Québec, l'ordonnance qui refuse d'autoriser un recours collectif est sujette à appel par le représentant ou, avec la permission d'un juge de la Cour d'appel, par un membre du groupe. L'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif est sans appel. La limitation de ce droit d'appel a été adoptée en 1982 pour une raison très simple : jusqu'à alors, chaque décision qui autorisait un recours collectif faisait systématiquement l'objet d'un appel de la part des défendeurs. Un commentateur de la loi québécoise est d'avis que cette contestation a paralysé le développement du recours collectif pendant plusieurs années

(b) Jugement sur les questions communes

En vertu de l'avant-projet de loi de la C.R.D., du Code civil du Québec et des deux lois provinciales, chacune des parties a le droit d'en appeler à la Cour d'appel d'un jugement sur les questions communes, notamment sur une évaluation totale. Si le représentant n'interjette pas appel, un autre membre du groupe peut demander au tribunal la permission d'agir comme représentant aux fins d'instruire l'appel.

(c) Jugement sur les questions individuelles

L'avant-projet de la C.R.D. accorde un droit d'appel à un membre du groupe qui veut en appeler d'un jugement de 1 000 \$ ou plus. Cependant, si un membre du groupe veut en appeler d'un jugement de moins de 1 000 \$, il doit obtenir la permission d'en appeler.

La « Loi de l'Ontario » comprend un ensemble compliqué de règles concernant l'appel d'ordonnances relatives à la distribution des sommes totales adjugées et aux décisions des questions individuelles. Les membres du groupe, le représentant des demandeurs et des défendeurs peuvent, avec la permission du tribunal, en appeler d'une ordonnance qui

rejette une demande individuelle de mesure de redressement pécuniaire. Le représentant des demandeurs peut interjeter appel d'une ordonnance relative à la distribution d'une somme totale adjugée qui lui accorde plus de 3 000 \$. Le représentant des demandeurs peut, avec la permission du tribunal, en appeler d'une ordonnance comportant une demande par un membre du groupe de plus de 3 000 \$. Un membre du groupe peut en appeler d'une ordonnance relative à la distribution d'une somme totale adjugée ou à la décision d'une question individuelle mettant en jeu plus de 3 000 \$. Si le montant en jeu s'élève à moins de 3 000 \$, il faut une permission du tribunal pour interjeter appel.

En Colombie-Britannique, un appel portant sur les questions individuelles, nécessite la permission du tribunal, sans égard au montant en cause. Le Code civil du Québec ne prévoit pas d'appel pour les questions individuelles.

Recommandation :

*La législation sur les recours collectifs devrait prévoir un appel d'une ordonnance qui refuse la certification. Pour une ordonnance accordant la certification, on ne devrait pas interjeter appel ou on devrait obtenir une permission. Les membres du groupe, autres que les représentants, devraient avoir le droit de demander la permission d'interjeter appel. Une décision sur des questions communes ou sur des évaluations totales devraient ouvrir droit à un appel. Les décisions sur des questions individuelles ainsi que sur des évaluations individuelles devraient être sujettes à un appel soit avec la permission du tribunal ou soit si le montant en cause dépasse un montant déterminé.

14. Délais de prescription prévus par la loi

D'une manière générale, les délais de prescription s'arrêtent quand une instance est introduite. Dans la plupart des juridictions, le dépôt d'une demande de certification suspend le cours du temps pour tous les membres du groupe. Si les délais de prescription continuent à l'encontre des membres du groupe jusqu'après la certification, il se peut qu'ils soient forcés de déposer des poursuites individuelles pour conserver leurs causes d'action.

La « Loi de l'Ontario » suspend le cours du temps pour tous les membres du groupe à l'introduction du recours collectif en vertu de la loi. Le temps commence à s'écouler au détriment du membre du groupe quand il ou elle se retire du recours collectif, qu'il ou qu'elle est exclue du groupe, qu'une ordonnance annulant l'ordonnance certifiant le recours collectif est rendue, que le recours collectif est rejeté, a fait l'objet d'un désistement ou d'une transaction avec l'approbation du tribunal. Nous reproduisons ci-dessous l'article de la «Loi de l'Ontario» qui traite de la prescription dans le recours collectif. Il suit étroitement le Code civil du Québec et l'avant-projet de loi de la C.R.D. et a été incorporé au "British Columbia Act".

Prescription

28.(1) Sous réserve du paragraphe (2), tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif et reprend au détriment du membre au moment où, selon le cas :

- (a) ce membre se retire du recours collectif;
 - (b) est apportée une modification de l'ordonnance certifiant le recours collectif qui a pour effet d'exclure du groupe le membre;
 - (c) une ordonnance annulant l'ordonnance certifiant le recours collectif est rendue;
 - (d) le recours collectif est rejeté sans décision sur le fond;
 - (e) il y a désistement du recours collectif avec l'approbation du tribunal;
 - (f) le recours collectif fait l'objet d'une transaction avec l'approbation du tribunal, à moins que la transaction prévoie autre chose.
- (2) Lorsqu'il existe un droit d'appel à l'égard d'un des événements décrits aux alinéas (1) (a) à (f), le délai de prescription reprend dès l'expiration du délai d'appel, si aucun appel n'a été introduit, ou dès le règlement d'un appel.

Recommandation :

*L'introduction d'un recours collectif devrait suspendre les délais de prescription pour tous les membres du groupe jusqu'à ce que le membre se retire ou soit exclu du groupe, que le recours collectif soit rejeté ou fasse l'objet d'un désistement ou d'une transaction.

15. Données statistiques

Les données statistiques sont admises en preuve dans les recours collectifs aux États-Unis pour réduire les problèmes administratifs et les problèmes relatifs à la preuve que l'on rencontre lorsqu'on utilise des moyens de preuve traditionnels pour justifier des demandes provenant d'une économie de production de masse où les poursuites mettent en cause l'effet d'un produit ou d'une pratique sur un grand nombre de gens. Aux États-Unis, on admet en preuve les données statistiques et l'échantillonnage pour servir à décider les sommes totales à adjuger, à répartir les sommes adjugées et à établir la responsabilité.

La C.R.D. de l'Ontario conclut que ce genre de preuve peut s'avérer précieux pour assurer une meilleure gestion des recours collectifs et recommande des dispositions spéciales pour vaincre les obstacles présents à son admissibilité. La «Loi de l'Ontario» et le "British Columbia Act" s'écartent des recommandations de la C.R.D. de l'Ontario dans la mesure où elles n'admettent en preuve les données statistiques que pour décider les questions en litige qui ont trait à la valeur et à la distribution d'un montant adjugé et non pour établir la responsabilité. En

Colombie-Britannique, par exemple, on a estimé que l'utilisation en preuve de données statistiques dans des questions impliquant la responsabilité devrait être étudiée dans le contexte plus large de l'admissibilité de la preuve dans un procès civil et ne devrait pas se restreindre aux recours collectifs. De plus, les rédacteurs de la loi sur les recours avaient reçu comme mandat, de ne s'en tenir, dans toute la mesure du possible, qu'à des exigences de procédure et de s'abstenir d'apporter des changements aux règles de fond. Le Code civil

du Québec n'aborde pas précisément cette question, bien qu'il donne au tribunal le large pouvoir de prescrire des mesures pour simplifier la preuve.

Recommandation :

*La législation sur le recours collectif devrait admettre en preuve les données statistiques pour décider les questions qui ont trait à la valeur et à la distribution d'un montant adjugé.

16. Questions inter juridictionnelles

Il se peut qu'un groupe défini dans un recours collectif introduit en vertu de la «Loi de l'Ontario» puisse prétendre inclure des particuliers dont la cause d'action est née en Colombie-Britannique. Si ce particulier ne se retirait pas du recours collectif de l'Ontario et tentait de poursuivre les défendeurs en Colombie-Britannique, il ou elle devrait vraisemblablement faire face à l'argument qu'il ou qu'elle était liée par la décision de l'Ontario et qu'il ou qu'elle était empêchée d'intenter une action privée. La partie de la Colombie-Britannique pourrait répondre que la loi de l'Ontario ne le ou ne la liait pas.

Aux États-Unis, les recours collectifs nationaux que l'on désigne comme "multi district litigation" (« litiges couvrant plusieurs districts fédéraux ») se déroulent selon des règles spéciales et sont légitimés par des décisions du tribunal. Ces recours ne sont pas fondés sur un système de participation (opting in), mais suivent la même procédure de retrait (opting out) que n'importe quel autre membre du groupe. Dans une action collective portant sur cette question, *Phillips Petroleum Co. c. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), la Cour suprême des États-Unis a statué que les membres non-résidents du groupe n'avaient pas besoin d'avoir une forme de lien avec l'état où le recours collectif a été introduit. Il suffisait que les membres non-résidents du groupe soient représentés de façon appropriée, reçoivent les avis propres et qu'ils aient le droit de se retirer du recours collectif. Ce point de vue est basé sur la clause de la bonne foi et de l'acceptation réciproque des décisions d'un état par un autre état inscrite dans la Constitution américaine. À la lumière de la doctrine de la bonne foi et de l'acceptation réciproque importée au Canada dans la cause *Investments Ltd. c. De Savoye* et le *Uniform Enforcement of Canadian Judgments Act* («Loi sur l'application uniforme des jugements canadiens»), il se peut que cela constitue une approche en vue de l'élaboration d'une législation uniforme sur les recours collectifs qui mériterait une sérieuse considération.

Toutefois, la disponibilité d'une procédure de recours collectif élargie dans un certain nombre de provinces pourrait entraîner l'introduction dans chaque juridiction de plusieurs recours collectifs mettant en cause le même défendeur et les mêmes questions. Dans certains cas, une telle issue pourrait mettre en péril les visées d'économie judiciaire qui sous-tendent les recours collectifs. La loi de l'Ontario n'a pas trouvé de solutions à ces questions.

Un commentateur a suggéré que les membres du groupe pourraient être classés en deux sous-groupes formés des résidents de la province et des résidents hors province. Les membres du groupe résidant dans la province sous la loi de laquelle le recours collectif a été déposé, ou dont la cause d'action est née dans cette juridiction seraient soumis aux

exigences ordinaires du retrait. On exigerait de membres du groupe résidant à l'extérieur de la province qu'ils choisissent de participer pour faire partie du groupe (opt in). La loi de la Colombie-Britannique a adopté cette recommandation

Recommandation :

*Les membres d'un groupe qui résident à l'extérieur de la province devraient être traités comme un sous-groupe et on devrait exiger qu'ils choisissent de participer (opt in) pour faire partie du groupe.

17. Recours collectif du groupe des défendeurs

Le recours collectif typique comprend la certification d'un groupe de demandeurs qui poursuit dès lors un ou plusieurs défendeurs à titre individuel. Il y a peu de choses dans la documentation juridique et très peu de dispositions précises prévues par la loi qui traitent des recours où un demandeur à titre individuel poursuit un groupe de défendeurs.

Les dispositions de la «Loi de l'Ontario» s'appliquent également aux recours collectifs des groupes de demandeurs et de défendeurs. En Colombie-Britannique, comme au Québec, la loi sur le recours collectif ne permet pas le recours contre un groupe de défendeurs. On a adopté cette approche pour plusieurs raisons.

À moins d'insérer des règles spéciales qui leur refuseraient le droit de se retirer, les membres du groupe de défendeurs, dans de nombreux cas, se retireraient vraisemblablement et forceraient le demandeur à supporter les coûts d'intenter des actions à titre individuel contre eux.

Une autre question se pose en ce qui a trait à la force exécutoire d'une décision ou d'une transaction découlant d'un recours collectif sur un membre du groupe des défendeurs. Si le législateur a le droit de mettre fin aux causes d'action (l'effet d'un jugement qui lie sur les membres du groupe des demandeurs), son droit de soumettre des membres absents du groupe des défendeurs au pouvoir coercitif du tribunal peut soulever de problèmes de procédure équitable. Dans le contexte américain, où la procédure équitable constitutionnelle et les droits de propriété sont intimement liés, cette question constitue une préoccupation particulière.

Une troisième question découlant des recours collectifs des défendeurs met en cause l'écoulement des délais de prescription. Dans les recours collectifs des demandeurs, les délais de prescription sont suspendus pour tous les membres du groupe quand le tribunal est saisi d'une demande de certification. Appliquer cette règle aux défendeurs pourrait avoir pour conséquence de commettre une injustice envers le groupe des défendeurs. Si la certification est refusée, le groupe des défendeurs pourrait être poursuivi après l'expiration du délai originel, même s'ils peuvent n'avoir pas reçu d'avis du recours collectif.

Une dernière question se rattache au choix du représentant des défendeurs. Si le représentant des demandeurs se choisit lui-même, il est peu vraisemblable qu'un partie se porte volontaire pour agir comme représentant des défendeurs et accepter les charges et les risques que comporte ce rôle. Ce qui veut dire que le tribunal ou le demandeur devrait

choisir le représentant des demandeurs. Un représentant des défendeurs mal disposé pourrait choisir de représenter d'une manière inappropriée les intérêts du groupe dans le but de se récuser.

Recommandation :

La loi sur le recours collectif ne devrait pas prévoir de recours collectifs pour défendeurs.

Footnotes

1 Rapport de 1977, p. 210

2 Volume 1, p. 291

3 Actes de 1988, p. 100

4 Voir l'article de Lauzon, "Lessons Learned and Experience Gained from Quebec Class Actions", dans *The Class Action Lawsuit... One Year Later... Legal, Procedural, Technical and Practice Issues*, The Canadian Institute/ L'Institut canadien, 13 mai 1994.

5 Le terme anglais employé par les auteurs de ce document de travail est "numerosity". Bien que ce terme, comme l'indiquent les auteurs, n'ait pas encore fait son entrée dans le "Oxford Unabridged", il est d'un emploi très courant dans la documentation portant sur le recours collectif.

6 Voir aussi Comité d'Environnement de la Baie Inc. c. Société d'Électrolyse et de Chimie Itée, [1990] Q.R.L. 655 et Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc., (30 octobre 1990), Québec 200- 09-000208-873 J.E. 90-1642 (C.A.). Ces deux causes stipulent que les questions communes ne doivent pas nécessairement avoir prédominance.

7 La Cour de justice de l'Ontario, division générale, s'est prononcée assez récemment sur un appel du jugement *Abdool*. Bien que le tribunal composé de trois juges ait confirmé la décision du juge Montgomery de refuser la certification, le juge Moldaver ne s'est pas moins dissocié de l'interprétation que fait le juge Montgomery des « questions communes ». Le juge Moldaver affirme :

I must respectfully disagree with Montgomery J.'s statement that the Act was not intended to be used in circumstances where the individual issues to be determined could be said to predominate the common issues. As will be seen, while I am of the view that individual issues ought not to be completely ignored when considering whether a "class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues" as required under s.5 (1) (d) of the Act, I cannot accept that the Legislature intended to incorporate the predominate issue test into the Act.

Voir 21 O.R., (3d), 471

8 La possibilité d'accorder le statut de représentant à certaines personnes morales peut permettre à ces groupes d'exercer un pouvoir de négociation dont bénéficient les consommateurs et qui à l'occasion leur évite d'avoir à intenter des poursuites judiciaires. Un exemple provenant du Québec illustre ce principe. Dans une lettre adressée au Fonds d'aide aux recours collectifs, l'Association pour la protection automobile a confirmé que la menace de recours collectifs au Québec a conduit à la solution de deux problèmes qui touchent un grand nombre de consommateurs canadiens. Depuis l'automne 1989, la Compagnie Honda a cessé de percevoir les frais de transfert de sa garantie de 35 \$ sur ses modèles. L'APA a démontré que les économies réalisées par les consommateurs se sont élevées à un montant de 500 000 \$ à 1 000 000 \$ par année- modèle. De même, durant l'été 1991, la Compagnie d'automobiles Ford a mis sur pied un programme qui a fait économiser aux propriétaires de Ford Tempo et de Mercury Topaze dont la pompe à essence était défectueuse environ 1 million de dollars. Le programme prévoyait une prolongation de la garantie sur la pompe ainsi qu'un remboursement des réparations que le consommateur avaient déjà entreprises.

9 L'expression « paraissent justifier » signifie, selon l'interprétation qu'en a donné la Cour suprême du Canada :

... qu'il doit y avoir aux yeux du juge une apparence sérieuse de droit en raison de laquelle il autorisera l'action sans avoir à statuer sur le bien-fondé en droit des conclusions fondées sur les faits présentés.

Voir Comité des usagers du transport public régional de Québec c. Commission de transport de la ville de Québec, [1981] 1 S.C.R./ R.C.S. 424.

10 Les tribunaux ont statué sur l'intervention d'un membre du groupe dans Châteauneuf c. la Compagnie Singer Itée., [1990] Q.L.R.216, et Fortier c. le Procureur général du Québec, 6 février 1991, Québec, 200-06-000001-894, J.E. 91-575.

11 L'article 32 ordonne au tribunal d'estimer s'il est nécessaire de présenter des demandes individuelles pour répartir un montant adjudgé qui doit être distribué aux membres du groupe à titre individuel.