

UNE MISSION DE PAIX GLOBALE LE RÈGLEMENT EFFICACE ET ÉQUITABLE D'UN RECOURS COLLECTIF

Jean Lortie* et Shaun Finn**

Les recours collectifs sont sujets à un ensemble complexe de règles. L'autorisation, la notification des membres, le déroulement du recours, le processus de réclamation — ainsi que d'autres étapes procédurales — sont tous encadrés par le législateur. Toutefois, plusieurs recours collectifs ne se rendent jamais au stade de l'autorisation ou du procès sur le fond, mais sont réglés à l'amiable. Bien que certaines directives portent sur les transactions, la forme, le contenu, les modalités de celles-ci sont laissées entièrement aux parties elles-mêmes. Afin de jeter plus de lumière sur les règlements collectifs, cet article analysera les critères élaborés par les tribunaux pour jauger l'utilité et la justesse d'une transaction. Plus qu'un survol de la jurisprudence pertinente, il scrutera aussi des questions d'ordre éthique et stratégique pour mieux esquisser les problèmes, controverses et nouvelles tendances qui se dressent à l'horizon.

Class actions are subject to a detailed body of rules and regulations. Certification, notification, general conduct of the proceedings and recovery — not to mention several other procedural considerations — are all neatly circumscribed. Nonetheless, many class actions never make it to the certification or trial stage and are ultimately resolved by way of settlement. While some direction is provided on how a settlement should be structured, the content, form and terms of such agreements are left entirely to the parties. In order to shed greater light on the changing world of class action settlements, this article examines the criteria developed to gauge their utility and fairness. More than an examination of the relevant jurisprudence, however, hot button ethical and strategic considerations are also analysed in order to better understand emerging issues, problems and trends.

* Associé, McCarthy Tétrault, S.E.N.C.L.R., s.r.l.

** Sociétaire, McCarthy Tétrault S.E.N.C.L.R., s.r.l. Les auteurs désirent remercier Me Donald Bisson, Me Greg Moore et Marianna Ferraro, étudiante, du cabinet McCarthy Tétrault, ainsi que le professeur Denis Ferland de l'Université Laval, pour leur précieuse collaboration. Toute erreur est uniquement celle des auteurs.

Do not think there is the least use of doing anything more with your lawsuit. I not only do not think you are sure to gain it, but I do think you are sure to lose it. Therefore the sooner it ends the better.

- Abraham Lincoln

I. Introduction

Les recours collectifs, contrairement à d'autres litiges civils, suscitent souvent l'intérêt de la communauté dans son ensemble. Que ce soit dans les journaux ou sur les ondes, ces dossiers retiennent l'attention des médias et se retrouvent souvent à la une des nouvelles quotidiennes. Ceci s'explique du fait que les sommes réclamées sont énormes, que les défendeurs sont notoires ou que les enjeux ont une dimension sociale qui va au-delà des intérêts propres des parties. Tant au plan pratique que juridique, il semblerait que les recours collectifs sont des créatures singulières. Ils se distinguent de ces actions en dommages-intérêts qui sont intentées dans la grande majorité des cas. Certes, cette singularité ne saurait être exagérée. Rappelons que dans l'arrêt *Tremaine c. A. H. Robins Canada Inc.*¹, l'honorable Claude Bisson, ancien juge en chef de la Cour d'appel du Québec, énonça clairement que le recours collectif n'est pas « exceptionnel ». Toutefois, bien que la jurisprudence favorise un libre accès à ce puissant remède, il demeure que ses effets sont considérables et englobent plusieurs intéressés, que ce soit des victimes, des consommateurs, des clients, des actionnaires, des salariés ou des citoyens ordinaires. Une étude de l'historique du recours collectif, tant québécois que des provinces de *common law*, démontre aussi qu'il a été instauré pour assurer un plus juste rapport de force entre le demandeur et le défendeur². Plus spécifiquement, il permet à des individus qui n'auraient d'ordinaire ni la motivation ni les moyens nécessaires — tel un consommateur avec une réclamation minimale — d'ester en justice. En conséquence, ce mécanisme est le fruit d'une législation sociale visant des objectifs qui dépassent les frontières traditionnelles de la procédure civile.

¹ [1990] 8 R.D.J. 500 (C.A.) [*Tremaine*]. Cette décision novatrice alla à l'encontre des arrêts *Vignola c. Chrysler Canada Ltée*, [1984] 2 R.D.J. 327 (C.A.) et *Deslauriers c. Ordre des ingénieurs du Québec*, [1986] 4 R.D.J. 181 (C.A.). Voir aussi la définition de « recours collectif » élaborée par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Yvon-Blais, 1991.

² Voir Québec, Assemblée nationale, « audition des mémoires sur le Projet de loi n^o 39 » dans *Journal des débats*, 31^e lég. 3^e sess., B-262 (le 7 mars 1978); *Syndicat National des employés de l'hôpital Saint-Charles Borromée c. Lapointe*, [1980] C.A. 568 à la p. 570; Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996 aux pp. 335 et s.; et Nicole Duval Hesler, « Le recours collectif : un parcours complexe » (2004) 64 R. du B. 385.

En codifiant ce régime procédural, le législateur s'est néanmoins montré prudent. Selon l'article 1000 du *Code de procédure civile du Québec*³, « la Cour supérieure connaît exclusivement, en première instance, des demandes exercées en vertu du présent livre ». Le pouvoir de gérance et de supervision, qui est affirmé par les articles 4.1, 1001 et 1045 *C.p.c.*, dans le respect du principe directeur de la proportionnalité⁴, s'étend à tous les aspects d'un litige collectif, autant au stade de l'autorisation qu'aux stades du procès sur le fond et du jugement final. Or, même le règlement, pour la protection des droits et intérêts des membres du groupe, est sujet à l'approbation du tribunal. L'article 1025 *C.p.c.* se lit :

1025. La transaction, l'acceptation d'offres réelles ou l'acquiescement, sauf s'il est sans réserve à la totalité de la demande, ne sont valables que s'ils sont approuvés par le tribunal. Cette approbation ne peut être accordée à moins qu'un avis n'ait été donné aux membres.

L'avis contient les renseignements suivants:

- a) le fait qu'une transaction sera soumise au tribunal pour approbation à une date et à un lieu déterminés;
- b) la nature de la transaction et le mode d'exécution prévu;
- c) la procédure que suivront les membres pour prouver leur réclamation;
- d) le fait que les membres peuvent faire valoir au tribunal leurs prétentions sur la transaction proposée et sur la disposition du reliquat, le cas échéant.

Le jugement détermine, le cas échéant, les modalités d'application des articles 1029 à 1040.

Cet article n'est guère surprenant. En effet, il est modelé sur le paragraphe (e) de la *Règle 23 des Règles fédérales de la procédure civile*⁵, un ensemble de dispositions datant de 1966 qui gèrent les différents recours collectifs américains⁶. De même, l'article 1025 *C.p.c.* est comparable à l'article 35 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*

³ L.R.Q. c. C-25 [*C.p.c.*].

⁴ Article 4.2 *C.p.c.*

⁵ Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure, le 31 décembre 2004, 108^e Cong., 2^e session, n^o 6 [*Règle 23*].

⁶ Les recours collectifs existent aux États-Unis depuis le 19^e siècle (*Smith v. Swormstedt*, 16 How 288, 14 L. Ed. 942 (U.S. 1853)). Plus tard, au cours du dernier siècle, la première *Règle 23* fut codifiée en 1938 et simplifiée en 1966 à la suite d'un long et complexe débat procédural. Pour un compte rendu de cette évolution statutaire, voir Arthur R. Miller, « Of Frankenstein Monsters and Shining Knights : Myth, Reality and the "Class Action Problem" » (1979) 92 Harv. L. Rev. 664. On notera que la *Règle 23* s'applique uniquement aux recours qui sont intentés au niveau fédéral.

de l'Ontario⁷ — édicté plusieurs années après la législation québécoise — qui nécessite lui aussi l'assentiment formel de la cour. Cependant, contrairement aux autres juridictions nord américaines, le *Code de procédure civile* précise le contenu de l'avis qui doit être communiqué aux membres du groupe. L'article 1025 *C.p.c.* est d'ailleurs complété par un ensemble de dispositions codifiées au chapitre XVII du Titre 2 du Livre 5 du *Code civil du Québec*⁸. Ces articles traitent de la transaction et expliquent *inter alia* que le règlement a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée et que la découverte de documents jusqu'alors inconnus ne peut invalider une entente à moins qu'ils n'aient été retenus par une des parties ou à sa connaissance. Mis à part cet encadrement et les exigences relatives à la validité d'un contrat applicables à toute transaction⁹, le législateur québécois est silencieux quant aux exigences qualitatives, aux composantes et à la forme d'un quelconque règlement. Ce fut la tâche tant des avocats que des juges de formuler, au fil des ans, un ensemble de critères permettant de déterminer le contenu essentiel d'un règlement efficace et acceptable.

Jusqu'à ce jour, les transactions collectives, bien que très importantes sur le plan pratique, n'ont pas reçu beaucoup d'attention au Québec. Or, dans cet article nous analyserons les règles, les critères et les balises qui ont été élaborés par les tribunaux, à la fois civilistes et de *common law*, afin de décider si un règlement devrait être approuvé. De plus, nous discuterons des problèmes d'éthique qui peuvent se poser dans le contexte particulier des recours collectifs, et ce, surtout du point de vue de nos voisins du sud, qui s'interrogent encore aujourd'hui sur la justesse et le sort de cette procédure. Finalement, nous regarderons certains nouveaux phénomènes — dont les règlements transfrontaliers et les modes de compensation alternative — en terminant notre discussion avec un survol de certaines considérations d'ordre stratégique. L'objectif premier sera de jeter un peu plus de lumière sur le domaine grandissant des recours collectifs, lesquels aboutissent souvent (il convient de le noter) à des règlements à l'amiable¹⁰. L'objectif deuxième, tout aussi

⁷ L.O. 1992, c. 6.

⁸ L.Q. 1991, c. 64 [C.c.Q.]. Notez que les articles 54, 56, 57, 59-62, 64 et 66 du *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure*, R.Q. c. C-25, r. 1.02, sont maintenant abrogés.

⁹ Notamment la capacité de contracter, le consentement libre et éclairé des parties et la licéité de la cause et de l'objet du contrat.

¹⁰ En effet, comme le note le professeur Claude Lafond, « plus de trois dénouements favorables sur quatre (82,5%) épousent la forme d'un règlement ». Voir Fonds d'aide aux recours collectifs, *Rapports annuels 2004-2005*, Montréal, 2005 aux pp. 16-18 et Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006 à la p. 35.

important, sera de mieux comprendre ce à quoi un règlement équitable devrait ressembler.

II. Les critères jurisprudentiels

A. Débuts québécois

Une des premières décisions rapportées à aborder le règlement d'un recours collectif est l'affaire *Fortier c. Québec (P.G.)*¹¹. Dans cette affaire, un groupe d'individus qui recevaient des prestations d'aide sociale intentèrent un recours collectif contre le gouvernement provincial. Celui-ci avait retenu ou réduit des allocations en raison du fait que les bénéficiaires possédaient une résidence dont la valeur nette dépassait la valeur exonérée par une disposition réglementaire. Toutefois, l'article en question fut déclaré inconstitutionnel. Cette décision fut d'ailleurs confirmée par la Cour d'appel, qui rejeta le pourvoi de la Couronne. Les parties décidèrent alors de s'entendre sur un règlement dont la somme mise à la disposition des membres était de 1 100 000 \$, en capital, intérêts, frais et honoraires.

Dans son analyse, le juge Roberge expliqua que son rôle n'était pas de remettre en cause le raisonnement des parties ni de se substituer à elles. Selon lui, « [s]i la transaction doit recevoir l'approbation du Tribunal, celui-ci ne peut la refuser que pour des motifs graves et il doit s'en expliquer »¹². Il semblerait donc qu'une obligation incombe non pas à ceux qui proposent le règlement, mais plutôt au juge saisi de la demande en approbation. En effet, si ce dernier refuse d'entériner la transaction, ce sera à lui d'expliquer pourquoi et d'invoquer un motif déterminant. Bien que les tribunaux soient maintenant moins restrictifs à l'égard du pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 1025 *C.p.c.*, il est vrai que, de prime abord, un règlement sera perçu favorablement.

Dans l'affaire *Delaunais c. Québec (P.G.)*¹³, il est possible de constater un certain resserrement. Les faits de l'espèce sont relativement simples. Le groupe était composé de pêcheurs qui avaient payé une surcharge illégale de deux dollars lors de la saison de pêche 1982-1983. Le gouvernement avait reconnu son erreur et négocié une transaction selon laquelle une somme importante serait versée à la Fondation de la Faune du Québec. En fait, considérant le montant minime de la surcharge par individu et la difficulté de répartir ce montant à chaque pêcheur, les membres du groupe ne recevraient aucune compensation directe, que ce

¹¹ EYB 1991-76185 (C.S.) [*Fortier*].

¹² *Fortier, ibid.* au para. 25.

¹³ EYB 1992-74968 (C.S.) [*Delaunais*].

soit par un crédit ou une réduction de prix. Contrairement à son collègue dans la décision *Fortier*, le juge Trottier s'objecta vivement au règlement. Selon lui, ces conditions étaient manifestement contraires aux principes qui sous-tendent notre régime de recours collectifs :

[...] Une mesure réparatrice, en plus d'être chiffrable, implique en soi compensation qui s'effectue *directement* du défendeur aux membres du groupe [...]

Or, ici, rien de tel. Il s'agit en quelque sorte d'un paiement destiné à éteindre une créance dont la remise éventuelle, si admise, profiterait uniquement à des institutions para-gouvernementales.

D'autre part, il ne nous apparaît pas qu'il y ait réparation adéquate et satisfaisante du préjudice subi. De l'aveu même des parties, plusieurs centaines de milliers de sportifs ont été soumis à cette surcharge [...], de sorte que le montant prévu à la transaction relève d'une approximation plutôt conservatrice, ignorant au surplus les intérêts légaux depuis l'institution du recours.

Je ne puis me convaincre, dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, que l'esprit des diverses dispositions du Livre IX du Code de procédure civile relatif au recours collectif est respecté par l'adjudication de cette somme globale.

Au début de cette décision, nous avons rappelé le rôle agressif du Tribunal en la matière : il doit s'assurer que toute transaction sous l'empire de 1025 C.P.C. sert réellement l'intérêt des membres absents; ici, ils se seraient battus à toutes fins pratiques pour un symbole. [nos italiques]¹⁴

En d'autres mots, le processus d'approbation est une étape cruciale qui exige l'implication sérieuse et « agressive » du magistrat. Celui-ci ne peut se contenter uniquement des prétentions favorables des parties elles-mêmes. Au contraire, il doit scruter le contenu de l'entente pour déterminer si la transaction respecte les principes généraux de droit (tels que la compensation directe des membres). Bien qu'un manque d'équité puisse être un « motif grave » selon l'expression utilisée par le juge Roberge, l'affaire *Delaunais* souligne davantage le rôle actif, critique et discrétionnaire du tribunal. L'approbation n'est pas automatique ni même probable. Bref, le fardeau d'établir la nature équitable de la transaction appartient nécessairement aux parties qui la proposent.

B. L'approche ontarienne

Une décision incontournable en matière de règlement est la cause célèbre

¹⁴ *Ibid.* aux para. 21-25.

*Dabbs v. Sun Life Assurance Co. of Canada*¹⁵, un jugement rendu par le juge Sharpe, alors de la Cour de l'Ontario¹⁶. Dans cette affaire, le demandeur argumenta que les agents de la défenderesse, une compagnie d'assurance, avaient fait des fausses déclarations concernant une police offerte par la Sun Life, allant ainsi à l'encontre de leurs obligations contractuelles¹⁷. Les parties décidèrent de régler le litige et demandèrent l'approbation de la cour. Dans sa discussion, le juge Sharpe se pencha sur les critères qui doivent guider le tribunal dans son évaluation d'un règlement. Rejetant toute idée d'une solution parfaite, il prôna une analyse pragmatique de la transaction, une entente qui résulte nécessairement d'un compromis stratégique :

[...] The role of the court is to determine whether the settlement is fair, reasonable and in the best interests of the class as a whole, not whether it meets the demands of a particular class member. As approval is sought at the same time as certification, even if the settlement is approved, class members will be afforded the right to opt out. There is, accordingly an element [of] control that may be exercised to alleviate matters of particular concern to individual class members.

Various definitions of "reasonableness" were offered in argument. The word suggests that there is a range within which the settlement must fall that makes some allowance for differences of view, as an American court put it "a range which recognizes the uncertainties of law and fact in any particular case and the concomitant risks and costs necessarily inherent in taking any litigation to completion".¹⁸

Il ressort que le règlement raisonnable ne doit pas satisfaire à un carcan immuable, mais devrait plutôt se concevoir en fonction d'une gamme de possibilités acceptables. En d'autres mots, les règlements se font sur mesure et peuvent donc assumer différentes formes selon les besoins et selon la vision des parties. Comme l'évaluation du risque et des frais est un exercice forcément imprécis, les avocats négociant la transaction doivent avoir suffisamment de latitude pour arriver à un accommodement qui tient compte des faits et des considérations particulières de l'espèce. Ceci étant, le juge Sharpe précise certains critères non exhaustifs qui peuvent servir à mieux orienter les tribunaux. Il écrit :

A leading American text, Newberg on Class Actions, (3rd ed), para 11.43 offers the following useful list of criteria:

1. Likelihood of recovery, or likelihood of success

¹⁵ [1998] O.J. n° 1598 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)) (QL) [*Dabbs*].

¹⁶ L'honorable Sharpe siège maintenant à la Cour d'appel de l'Ontario.

¹⁷ Connues en anglais comme des « *vanishing premiums* ».

¹⁸ *Dabbs*, *supra* note 15 aux para. 11-12.

2. Amount and nature of discovery evidence
3. Settlement terms and conditions
4. Recommendation and experience of counsel
5. Future expense and likely duration of litigation
6. Recommendation of neutral parties if any
7. Number of objectors and nature of objections
8. The presence of good faith and the absence of collusion¹⁹

Malgré que le règlement puisse prendre différentes formes et malgré qu'il soit encouragé par le banc, il incombe aux parties de démontrer la justesse de la transaction. L'approbation du tribunal n'est pas une simple formalité²⁰. Au contraire, la décision de ce dernier ne saurait se baser sur des arguments purement abstraits, mais doit être prise à la lumière de la preuve produite durant la séance :

It is apparent that the court exercise[s] its function without evidence. The court is entitled to insist on sufficient evidence to permit the judge to exercise an objective, impartial and independent assessment of the fairness of the settlement in all of the circumstances.²¹

Bien que l'approbation ne soit pas une étape symbolique, elle ne peut être confondue avec un procès sur le fond. Le juge Sharpe reconnaît que les membres qui s'opposent au règlement ont le droit de s'exprimer. Ils ne peuvent pas cependant effectuer des interrogatoires au préalable, scruter l'ensemble de la preuve ou contre-interroger des témoins²². Leurs objections seront donc un élément parmi d'autres qui entreront en ligne de compte. La Cour de l'Ontario favorise une approche qui encourage autant de participation que possible, tout en préservant suffisamment de célérité et de souplesse procédurale. Après tout, les parties ne s'entendront hors cour que si le processus d'approbation s'avère expéditif :

[...] The very purpose of the settlement at an early stage of the proceedings is to avoid the cost and delay involved in discovery and other pre-trial procedures. If Mr. Deverett is right, then a class action could almost never be settled without discovery, for if the parties did not conduct one, an objector could insist upon doing so as a precondition of settlement. This would create a powerful disincentive to early

¹⁹ *Ibid* au para. 13.

²⁰ Voir, à cet égard, les commentaires de la juge Tourigny dans l'arrêt *Fonds d'aide aux recours collectifs c. Syndicat des employés d'entretien et de garage du transport de la C.U.M.*, [1995] R.J.Q. 2002 à la p. 2007 (C.A.).

²¹ *Dabbs, supra* note 15 au para. 15. Voir aussi *McCarthy v. Canadian Red Cross Society*, [2001] O.J. n° 567 (Ont. Sup.Ct.) (QL).

²² Un tel exercice relevant du mérite.

settlements by the parties and would run counter to the general policy of the law which strongly favours early resolution of disputes. [...] ²³

Il est discutable si cette approche peut s'appliquer *mutatis mutandis* au Québec, compte tenu de l'article 88, al. 3 *C.p.c.*, applicable à l'article 1025 *C.p.c.* en vertu de l'article 1051 *C.p.c.*, et qui prescrit que « Lors de l'audition de la demande [en cours d'instance], toute partie peut présenter une preuve appropriée ». Certes, la méthodologie ontarienne se distingue nettement de celle favorisée par les instances américaines. Selon ces dernières, le recours collectif qui sous-tend le projet de règlement doit s'avérer parfaitement autorisable selon les dispositions applicables de la *Règle 23*. À défaut de remplir toutes ces exigences procédurales, le recours, ainsi que la transaction qui s'y attache, seront rejetés peu importe l'utilité d'un règlement à l'amiable. Le processus d'opposition est donc un élément fondamental qui ne peut être ni dilué ni simplifié par le tribunal.

Quelques années plus tard, la décision *Dabbs* fut reprise et complétée par l'affaire *Parsons v. Canadian Red Cross Society*²⁴, un jugement marquant qui vint clore une longue saga juridique, politique et sociale. Comme une série de recours semblables aux États-Unis, il s'agissait d'un litige intenté par des membres qui furent infectés par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transfusion sanguine. Bien que la preuve judiciaire ne fût jamais produite, il appert que la transmission était due à des produits contaminés. Les victimes étaient divisées en deux groupes pour les fins du recours collectif, tandis que leurs proches composèrent un troisième groupe de demandeurs. Malgré des divergences importantes et la complexité de l'affaire, les parties se sont éventuellement entendues sur un règlement global du litige. Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux négocièrent une transaction avec les trois groupes de demandeurs. Les parties se retrouvèrent ultimement devant le juge Winkler en vue d'obtenir son approbation.

Dans une discussion soignée, le magistrat approuva l'approche préconisée par le juge Sharpe, tout en ajoutant d'autres critères pertinents, dont la qualité des informations partagées entre les avocats et les membres du groupe et la rigueur générale des négociations. Ceci étant, il ressort de son propos qu'une approche doctrinaire est à éviter. L'importance d'un critère variera selon les faits. Il n'existe donc pas de « formule magique » qui permettra de décortiquer chaque règlement, peu importe sa nature :

²³ *Dabbs*, *supra* note 15 au para. 24.

²⁴ [1999] O.J. n° 3572 (Ont. Sup. Ct.) (QL) [*Parsons*].

In addition to the foregoing, it seems to me that there are two other factors which might be considered in the settlement approval process: i) the degree and nature of communications by counsel and the representative plaintiff with class members during the litigation; and ii) information conveying to the court the dynamics of, and the positions taken by the parties during, the negotiation. These two additional factors go hand-in-glove and provide the court with insight into whether the bargaining was interest-based, that is reflective of the needs of the class members, and whether the parties were bargaining at equal or comparable strength. A reviewing court, in exercising its supervisory jurisdiction is, in this way, assisted in appreciating fully whether the concerns of the class have been adequately addressed by the settlement.

However, the settlement approval exercise is not merely a mechanical seriatim application of each of the factors listed above. These factors are, and should be, a guide in the process and no more. Indeed, in a particular case, it is likely that one or more of the factors will have greater significance than others and should accordingly be attributed greater weight in the overall approval process²⁵.

C. Jurisprudence québécoise moderne

On pourrait argumenter que cette jurisprudence ontarienne est fort pertinente aux règlements collectifs québécois. Dans la décision *Pelletier c. Baxter Healthcare Corporation*²⁶, par exemple, la Cour supérieure a dû se prononcer sur différents aspects d'un règlement collectif. Comme l'affaire *Parsons*, il s'agissait d'un énorme litige fort médiatisé. Les allégations formulées par le groupe de requérantes énonçaient que les implants mammaires fabriqués par la société intimée étaient défectueux et constituaient un risque médical pour les récipiendaires. Le juge Halperin devait, entre autres, déterminer : (1) si une autorisation pour exercer un recours collectif pouvait être accordée en même temps qu'une approbation de transaction²⁷; et (2) si le règlement proposé par les parties était recevable. Le magistrat accéda à la première demande en commentant que :

Sur l'aspect procédural, il est maintenant bien établi en jurisprudence que le tribunal peut, dans le cadre d'une requête en approbation d'une transaction en vertu de l'art. 1025 C.p.c., accueillir la requête en autorisation, décrire le groupe et désigner le ou la représentante et ce, pour des fins de règlement ou de transaction [...] ²⁸

²⁵ *Ibid.* aux para. 72-73.

²⁶ REJB 1998-05914 (C.S.) [*Pelletier*].

²⁷ Ce phénomène est connu sous le vocable « *settlement class action* » dans les juridictions de *common law*.

²⁸ *Pelletier*, *supra* note 26 au para. 7.

À première vue, cette approche peut surprendre car elle semble introduire une étape qui n'est pas prévue par le législateur. Selon l'article 2631 *C.c.Q.* une transaction peut soit prévenir une contestation à naître, soit terminer un procès. Or, pourquoi serait-il nécessaire d'autoriser un recours collectif simplement pour y mettre fin si la transaction peut intervenir à tout moment? On pourrait argumenter qu'en invoquant le raisonnement dans l'affaire *Dabbs*, le juge Halperin préconisa une application trop rigide de cette décision. Il faut toutefois se rappeler qu'en matière de recours collectif un règlement ne saurait contraindre les membres que si le représentant est d'abord en mesure d'ester au nom de ceux-ci. D'un point de vue conceptuel et procédural, l'autorisation est donc une condition *sine qua non*, et ce, même dans le cadre d'une transaction.

Plus loin dans sa discussion, le magistrat fit sienne l'analyse élaborée par le juge Sharpe. Selon lui, ce fut à bonne raison que ce dernier s'inspira d'une doctrine d'origine étrangère. Considérant la nature transsystémique du recours collectif, cette approche était justifiable et applicable dans un contexte civiliste :

Le tribunal, une fois satisfait des questions de preuve et de procédure, doit également être satisfait que la Convention qu'on lui demande d'approuver est juste, équitable et dans le meilleur intérêt des membres. Les procureurs des parties ont soumis au tribunal un jugement très récent de M. le juge Sharpe de la Cour de l'Ontario dans l'affaire *Dabbs c. Sun Life* dans lequel ce dernier énumère les critères devant guider le tribunal dans son appréciation en cette matière et ce, en adoptant ceux développés sur ce point en droit américain. *La procédure québécoise de recours collectif et celle de l'Ontario se ressemblent considérablement et elles ont toutes deux été fortement inspirées de la législation américaine.* Notre Cour d'Appel a d'ailleurs déjà reconnu cette filiation sous la plume de M. le juge Rothman dans l'affaire *Comité d'environnement de la Baie*. [nos italiques]²⁹

Le tribunal n'hésite donc pas à retenir ces mêmes critères dans la présente instance [...] ³⁰

²⁹ La cour réfère à l'arrêt *Comité d'environnement de la Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655. À la page 662 de cet arrêt, le juge Rothman énonce : « The experience in American jurisdictions is, of course, only relevant to the extent that the American statutory requirements are similar to our own. But while there are apparent differences, it is generally acknowledged that our own provisions, enacted in 1978, were substantially inspired by the U.S. Federal class action provisions, particularly Rule 23 of the U.S. Federal Rules of Civil Procedure ».

³⁰ *Pelletier, supra* note 26 aux para. 9-10.

Depuis l'affaire *Pelletier*, différents jugements québécois sont venus reprendre la formule de l'honorable Sharpe³¹, laquelle est devenue une énonciation classique d'une méthodologie claire, pragmatique et flexible. L'affaire *Honhon c. Canada (P.G.)*³² le démontre assez clairement. Là aussi, la juge Morneau utilise comme point de référence les balises tracées par son collègue ontarien. Rappelons que le règlement intervenu entre les victimes de l'hépatite C et les différents paliers de gouvernement était pancanadien et devait être approuvé par les cours supérieures de l'Ontario, de la Colombie-Britannique et du Québec³³. Or, la décision *Honhon* représentait le volet québécois de ce règlement « national » et était ainsi, en quelque sorte, la soeur jumelle de l'affaire *Parsons*. Comme M. Winkler, la juge Morneau devait décider si, eu égard aux allégations et aux faits de l'espèce, la transaction proposée était « [...] juste, équitable, raisonnable et dans le meilleur intérêt des membres [...] »³⁴. En fin de compte, la complexité fondamentale des questions de preuve est venue jouer un rôle crucial. En effet, la juge expliqua que le règlement, quoique imparfait, était la seule façon réaliste d'éviter l'immense fardeau qui incombait aux requérantes³⁵ :

[...] Le tribunal ne peut en effet ignorer les difficultés et les risques qu'affronteraient autrement les individus obligés de se décharger du fardeau de la preuve quant à la faute, aux dommages, ainsi qu'au lien de causalité entre les deux, trois éléments de base essentiels à l'obtention d'un jugement octroyant des dommages-intérêts dans le cadre d'une action en responsabilité³⁶.

Finalement, dans la récente décision *Bouchard c. Abitibi Consolidated*³⁷, le juge Alain résuma les principes applicables en matière de règlements québécois. Dans cette affaire, il avait à se prononcer sur une transaction négociée entre Abitibi Consolidated et un groupe de résidents riverains. En 1996, un bris dans une digue gérée par la compagnie défenderesse avait déversé une énorme quantité d'eau dans une région habitée du Saguenay, causant ainsi des dommages considérables. Les parties avaient négocié une entente à l'amiable et demandèrent, par la suite, l'approbation du tribunal. Dans ses motifs, le

³¹ Voir, *inter alia*, *Doyer c. Dow Corning*, 500-06-000013-934 (1998 C.S.) [*Doyer*]; *McNeil c. London Life*, REJB 1999-14523 (C.S.); et *Bouchard c. Abitibi Consolidated*, REJB 2004-66455 (C.S.) [*Bouchard*].

³² REJB 1999-14523 (C.S.) [*Honhon*].

³³ À l'époque, il s'agissait des seules provinces canadiennes avec un régime de recours collectifs.

³⁴ *Bouchard*, *supra* note 31 au para. 26.

³⁵ Le juge Denis a tenu le même propos dans l'affaire *ACEF-Centre c. Bristol-Myers Squibb Company*, EYB 1995-29024 (C.S.) [*ACEF-Centre*].

³⁶ *Honhon*, *supra* note 32 au para. 7.

³⁷ *Bouchard*, *supra* note 31.

juge Alain expliqua succinctement les critères d'appréciation développés tant en Ontario qu'au Québec :

S'inspirant de la longue expérience américaine en matière de recours collectif (*class actions*), les Tribunaux canadiens ont identifié les critères qui peuvent guider le Tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Un de ces jugements souvent cité est celui de M. le juge Sharpe de la Cour supérieure de Justice de l'Ontario dans l'affaire *Dabbs c. Sun Life*. *Les critères dégagés par M. le juge Sharpe dans cette affaire peuvent servir de guide aux Tribunaux du Québec en raison, notamment, de la grande similarité entre le droit du Québec et celui de l'Ontario en matière de recours collectif*. Effectivement, plusieurs décisions québécoises appliquent ces critères.

Le Tribunal est d'avis que la jurisprudence de façon unanime reconnaît maintenant que ce sont les critères suivants qui doivent être considérés par le juge pour approuver une transaction ou entente dans le cadre d'un recours collectif :

- [L]es probabilités de succès du recours;
- [L]'importance et la nature de la preuve administrée;
- [L]es termes et les conditions de la transaction;
- [L]a recommandation des procureurs et leur expérience;
- [L]e coût des dépenses futures et la durée probable du litige;
- [L]a recommandation d'une tierce personne neutre, le cas échéant;
- [L]e nombre et la nature des objections à la transaction;
- [L]a bonne foi des parties;
- [L]'absence de collusion [nos italiques]³⁸

Ces mêmes critères furent d'ailleurs repris par le juge Lacoursière dans l'affaire *Landry c. Syndicat du transport de Montréal (employés des services d'entretien) CSN*³⁹ pour évaluer un règlement intervenu entre le défendeur, qui avait ordonné une grève illégale, et le représentant des usagers lésés. Bien que les avocats de la demande ne faisaient que débiter leurs carrières, le tribunal déclara qu'ils étaient suffisamment expérimentés pour protéger les membres du groupe et pour justifier le montant de leurs honoraires.

Malgré qu'elle soit incontournable, il appert que l'approche élaborée par le juge Sharpe n'est qu'un point de départ, par ailleurs excellent. Chaque demande d'approbation est un cas d'espèce qui doit être tranché en fonction de sa nature, de ses traits marquants et de sa spécificité. Comme nous l'avons vu, l'idée du règlement raisonnable offre un

³⁸ Bouchard, *ibid.* aux para. 23-25.

³⁹ [2006] J.Q. n° 3043 (C.S.) (QL).

éventail de pistes différentes. Les magistrats, tout comme les avocats et les parties elles-mêmes, doivent se montrer rigoureux et diligents, mais aussi suffisamment ouverts d'esprit pour entrevoir une solution créative.

III. *Le problème du chantage et de la collusion*

(a) « *Blackmail settlements* »

Comme nous pouvons le constater, la théorie du règlement collectif au Canada est à ses débuts. Aux États-Unis toutefois, la maturité du régime procédural, ainsi que la diversité et la taille des litiges, ont fait en sorte qu'une riche littérature juridique s'est développée. À mesure que les recours collectifs occupent et préoccupent de plus en plus nos instances civiles, les mêmes débats qui sévissent chez nos voisins pourraient bien finir par se dérouler ici aussi. Un de ces débats concerne le chantage, ce que nos collègues des juridictions de *common law* appellent le problème des « *blackmail settlements* ». L'idée n'est pas nouvelle et remonte aux années 1970. Selon cette thèse, la simple menace d'un recours collectif est suffisante pour induire un défendeur à régler, peu importe le bien-fondé des allégations formulées par le groupe de demandeurs. Le danger d'un long combat devant les tribunaux, d'une couverture médiatique négative et d'un manque de confiance de la part des consommateurs, clients ou actionnaires, sont des incitatifs presque irrésistibles. Dans un fameux article publié il y a plus de 30 ans, le professeur Milton Handler expliqua ce phénomène de la façon suivante :

[...] Any device which is workable only because it utilizes the threat of unmanageable and expensive litigation to compel settlement is not a rule of procedure — it is a form of legalized blackmail. If defendants who maintain their innocence have no practical alternative but to settle, they have been de facto deprived of their constitutional right to a trial on the merits. The distinctions between innocent and guilty defendants and between those whose violations have worked great injury and those who have done little if any harm become blurred, if not invisible. The only significant issue becomes the size of the ransom to be paid for total peace. Furthermore, while the judicial system is less encumbered than it would be if such an action were litigated, the imposition on judicial time is nevertheless substantial⁴⁰.

Plus récemment, un point de vue similaire fut exprimé par l'honorable Posner, juge en chef de la Cour d'appel fédérale pour le 7^e

⁴⁰ Milton Handler, « The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits — The Twenty-Third Annual Antitrust Review » (1971) 71 Colum. L. Rev. 1 à la p. 9. Voir aussi Jonathan M. Landers, « Of Legalized Blackmail and Legalized Theft : Consumer Class Actions and the Substance-Procedure Dilemma » (1974) 47 S. Cal. L. Rev. 842.

circuit. Dans l'arrêt *In the Matter of Rhone-Poulenc Rorer Inc.*⁴¹, des fournisseurs de produits sanguins devaient faire face à plusieurs litiges, dont possiblement un recours collectif intenté à l'échelle nationale. Les demandeurs étaient des hémophiles qui avaient été infectés par le VIH après avoir utilisé les produits en question. Suivant le dépôt d'une requête en *mandamus*, la compagnie défenderesse demanda à la Cour d'appel fédérale de casser l'autorisation ordonnée par le juge de première instance. Rhone-Poulenc argumenta qu'un test sanguin efficace n'aurait pu être effectué dans les circonstances, car la communauté médicale connaissait, à cette époque, très peu du VIH et du SIDA. D'ailleurs, selon elle le recours collectif était déjà prescrit. Dans son opinion majoritaire, le juge en chef Posner déclara :

Suppose that 5,000 of the potential class members are not yet barred by statute of limitations. And suppose the named plaintiffs in *Wadleigh* win the class portion of this case to the extent of establishing the defendants' liability under either of the two negligence theories. It is true that this would only be prima facie liability, that the defendants would have various defenses. But they could not be confident that the defenses would prevail. They might, therefore, easily be facing \$25 billion in potential liability (conceivably more), and with it bankruptcy. They may not wish to roll these dice. That is putting it mildly. They will be under intense pressure to settle [...]. Judge Friendly, who was not given to hyperbole, called settlements induced by a small probability of an immense judgment in a class action "blackmail settlements." [...] Judicial concern about them is legitimate, not "sociological," as it was derisively termed in *In re Sugar Anti-trust Litigation* [...] ⁴²

Et encore, un peu plus loin dans son analyse :

We do not want to be misunderstood as saying that class actions are bad because they place pressure on the defendants to settle. That pressure is a reality, but it must be balanced against the undoubted benefits of the class action that have made it an authorized procedure for employment by federal courts. We have yet to consider the balance [...]

[...] *The first is a concern with forcing these defendants to stake their companies on the outcome of a single jury trial, or be forced by fear of the risk of bankruptcy to settle even if they have no legal liability*, when it is entirely feasible to allow a final, authoritative determination of their liability for the colossal misfortune that has befallen the hemophiliac population to emerge from a decentralized process of multiple trials, involving different juries, and different standards of liability, in different jurisdictions; and when, in addition, the preliminary indications are that the

⁴¹ 51 F.3d 1293 (7^e Cir. 1995) [*Rhone-Poulenc*].

⁴² *Ibid* à la p. 1298.

defendants are not liable for the grievous harm that has befallen members of the class. These qualifications are important [nos italiques]⁴³

Cependant, cette façon de voir les choses ne fait pas l'unanimité. Les professeurs Bruce Hay et David Rosenberg, par exemple, sont deux voix qui s'opposent à cette mise en garde traditionnelle⁴⁴. Selon eux, les mêmes facteurs qui poussent un défendeur à régler induisent aussi les parties demandresses à s'entendre hors cour. Après tout, soulignent-ils, l'avocat des membres voudra diminuer les risques qui militent contre une victoire judiciaire, étant donné que ses dépenses personnelles et ses honoraires futurs en dépendront. De plus, il faut se rappeler qu'au Canada les défendeurs civils ne doivent pas faire face à des procès devant jury ou à des dommages moraux déraisonnables⁴⁵.

Au Québec, comme dans les provinces de *common law*, très peu d'encre a été consacré au chantage. Il semblerait que le débat qui se déroule présentement aux États-Unis demeure principalement une controverse américaine. Toutefois, une décision de la Cour supérieure de l'Ontario est venue affirmer qu'une entente empreinte de mauvaise foi ne peut être approuvée. Dans l'affaire *Epstein c. First Marathon Inc.*⁴⁶, l'avocat des demandeurs avait menacé d'instituer un recours collectif juste avant la vente imminente d'actions par la société défenderesse⁴⁷. Ce recours était manifestement sans fondement juridique. Les parties se sont entendues sur le contenu d'un règlement qui avait pour effet d'octroyer des honoraires importants au procureur, sans toutefois bénéficier à ses clients, soit les membres du groupe putatif. Dans un jugement réprobateur, l'honorable Cumming refusa son approbation, qualifiant le stratagème de l'avocat en demande de « *strike suit* » initié purement pour son bénéfice personnel :

In my view, the plaintiff has not met the onus of satisfying the Court that the Settlement Agreement ought to be approved. On the contrary, I find that the record establishes the Court should disapprove of the proposed settlement. In my view, the

⁴³ *Ibid.* à la p. 1299. Voir en ce sens, *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734 (5^e Cir. 1996).

⁴⁴ Bruce Hay et David Rosenberg, « “Sweetheart” and “Blackmail” Settlements in Class Actions : Reality and Remedy » (2000) 75 Notre Dame L. Rev. 1377 aux pp. 1399 et s.

⁴⁵ Craig E. Jones, *Theory of Class Actions*, Toronto, Irwin Law, 2003 à la p. 58.

⁴⁶ [2000] O.J. n° 452 (Ont. Sup. Ct.) (QL) [*Epstein*]. Pour une discussion plus détaillée du « *strike suit* », voir Matthew J. Cumming, « Navigating Between Scylla and Charybdis : Strike, Suits, Continuous Disclosure, and the Private Right of Action in Ontario's Secondary Market » (2004) 1:2 Revue canadienne des recours collectifs 201 à la p. 219.

⁴⁷ Dans le cadre d'une acquisition de la part de la Banque Nationale du Canada.

plaintiff's class proceeding constitutes an example of litigation of the kind the CPA was never designed to reward. Approval of the settlement would violate the public-policy objectives underlying the Legislature's enactment of the CPA. The important policy objectives of the statute are to foster access to justice, judicial economy and behaviour modification. The plaintiff's class proceeding is counter-productive to all these objectives. Mr. Epstein's action is in the nature of a "strike suit" seen more commonly in the United States.

While it may be true that there is not yet a flood of "strike suits" in Canada, the very vitality of the CPA depends on the court's ability to deal appropriately with "strike suits" like the one advanced by Mr. Epstein and Mr. Klein.

The CPA provides authority for the judicial scrutiny and rejection of class-action settlements. As I indicated earlier in referring to the AG's Report, the Commission Report, and Hansard, the CPA was designed to cope with the problems inherent in "strike suits." The CPA provides the court with the discretion to reject proposed settlements that make a mockery of the public policy upon which Ontario's class proceedings legislation is based⁴⁸.

Il semblerait donc que le chantage, dans sa forme la plus évidente et vénele, soit carrément intolérable, répugnant au droit et contraire à l'esprit équitable qui anime la législation ontarienne.

D'ailleurs, la Cour supérieure du Québec, dans la décision *Association d'aide aux victimes des prothèses de la hanche c. Centerpulse Orthopedics Inc.*⁴⁹, a récemment accueilli une demande d'annulation de transaction au motif de négociations de mauvaise foi, démontrant ainsi l'importance d'un comportement irréprochable. Dans cette affaire, un fabricant de prothèses n'a pas révélé à certains consommateurs l'existence d'un recours collectif formé contre lui et fondé sur les mêmes faits. Ces derniers avaient transigé des indemnités moindres que celles accordées par le règlement collectif. Selon la juge Duval Hesler, devenue depuis juge à la Cour d'appel, la compagnie défenderesse avait manqué à son obligation d'informer les victimes de ces autres procédures et de leur droit de réserver leur recours pour des dommages futurs :

Sachant que l'Association et la représentante redoutaient que les patients n'acceptent des indemnités insuffisantes, faute d'avoir en mains toutes les informations pertinentes (on peut notamment penser aux risques de complications, mieux connus de Sulzer que de quiconque), Sulzer a entamé des négociations avec madame Provencher alors qu'elle était toujours à l'hôpital après sa première révision, et a signé

⁴⁸ *Epstein, supra* note 46 aux para. 69-71.

⁴⁹ EYB 2005-90820 (C.S.) [*Centerpulse*].

avec elle une entente qui se voulait une indemnisation définitive alors que son état demeurerait problématique, sans l'aviser de l'existence du recours collectif, ni des coordonnées de l'Association et de la représentante, ni de celles d'aucun des cabinets d'avocats agissant alors en demande pour le groupe⁵⁰.

En somme, il semblerait que la droiture des parties joue un rôle déterminant. Ce que les tribunaux américains, ontariens et québécois ne peuvent tolérer c'est une transaction empreinte de malhonnêteté ou de mauvaise foi et préjudiciable aux intérêts des membres.

(b) « *Sweetheart deals* »

La collusion est la réflexion inverse du phénomène du chantage. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une convention illicite qui n'avantage pas le groupe de demandeurs, mais plutôt l'avocat lui-même. La collusion se manifeste lorsque le procureur en demande ne désire plus prolonger les procédures judiciaires ni les frais qui en découlent. Malgré qu'il croie pouvoir obtenir plus pour ses clients, il négocie néanmoins un règlement avec la partie adverse pour assurer un dénouement prévisible, obtenir des honoraires importants et minimiser ses dépenses. En effet, si une telle transaction est négociée avant le stade de l'autorisation, les déboursés seront minimes tandis que les avantages économiques, eux, seront évidents et disproportionnés. Commentant ce problème, le professeur John Coffee Jr. écrit :

[...] No opening generalization about the modern class action is sounder than the assertion that it has long been a context in which opportunistic behavior has been common and high agency costs have prevailed. If not actually collusive, non-adversarial settlements have all too frequently advanced only the interests of plaintiff's attorneys, not those of the class members. A second generalization may be more controversial but also rests on an empirical foundation: courts have little ability or incentive to resist the settlements that the parties in class action litigation reach⁵¹.

Cependant, il serait faux de prétendre que seuls les avocats de la demande sont visés par le débat sur la collusion. En effet, il appert que les procureurs de la défense oeuvrent activement afin d'encourager des ententes discutables. Poursuivant son analyse, le professeur Coffee offre la précision suivante :

Originally, the class action was viewed by both sides as the plaintiff's weapon, a technique for extorting settlements even in non-meritorious cases. [...] But with the

⁵⁰ *Ibid.* au para. 96.

⁵¹ John C. Coffee Jr., « Class Wars : The Dilemma of the Mass Tort Class Action » (1995) 95 Colum. L. Rev. 1343 aux pp. 1347-48.

1990s, [the] perception of the class action has changed dramatically. Defendants have not only adopted the class action as their preferred means of resolving their mass tort liabilities, but have also actually begun to solicit plaintiffs' attorneys to bring such actions (as a condition of settling other pending litigation between the parties) [...].

In overview, this transformation is of historic significance: once a sword for plaintiffs, the modern class action is in some contexts increasingly becoming a shield for defendants. Rather than serving as a vehicle by which small claimants can aggregate their claims in order to make litigation economically feasible (and thereby to gain negotiating leverage vis-à-vis defendants), the mass tort class action now often provides a means by which unsuspecting future claimants suffer the extinction of their claims even before they learn of their injury⁵².

Notons que c'est précisément des questions de nature déontologique que la Cour suprême des États-Unis s'est posées dans le contexte de deux arrêts portant sur l'approbation d'un règlement collectif : *Amchem Products Inc. v. Windsor*⁵³ et *Ortiz v. Fibreboard Co.*⁵⁴. Ces décisions-clés font le tour des grandes questions pratiques, juridiques et existentielles entourant la transaction en matière de recours collectifs.

Dans le contexte moderne, les règlements qui ont suscité le plus d'intérêt sont ceux qui ont été proposés dans le cadre des grands dossiers d'amiante. Ceci s'explique du fait que pendant plusieurs années, ce silicate dangereux était miné, traité, transformé et incorporé à plusieurs produits, dont des matériaux de construction. Les dommages causés furent considérables, la simple proximité à l'amiante étant un facteur de risque. De plus, les problèmes médicaux furent complexes. Alors que certaines victimes souffraient de maladies graves telles que la fibrose ou l'amiantose, d'autres n'avaient pas encore manifesté de symptômes évidents.

Cette complexité factuelle s'est reflétée de la façon suivante dans les nombreux recours qui ont été intentés par la suite. D'abord, le volume des dossiers était ahurissant, atteignant les centaines de milliers dans différentes juridictions américaines. Ensuite, lorsque ces affaires furent réunies pour les fins de divers recours collectifs, la structure de ces recours, la délimitation des groupes et des sous-groupes, ainsi que le traitement des multiples victimes, furent évidemment des questions problématiques. Dans le cadre de l'affaire *Amchem*, la Cour d'appel fédérale a ultimement décidé de rejeter la demande de « certification⁵⁵ »

⁵² *Ibid.* à la p. 1349-50.

⁵³ 521 U.S. 591 (1997) [*Amchem*].

⁵⁴ 527 U.S. 815 (1999) [*Ortiz*].

⁵⁵ Dans les juridictions de *common law* on parle de la « certification » d'un recours

et d'approbation de règlement proposée par les parties⁵⁶. Cependant, dans l'affaire *Ortiz* une autre juridiction a choisi d'approuver la transaction, citant entre autres la nature inusitée du dossier⁵⁷. Ces deux arrêts ont alimenté un débat à l'échelle nationale⁵⁸. Le pouvoir des tribunaux, l'efficacité d'une solution litigieuse, la motivation des avocats et les obligations de ces derniers, ainsi que d'autres questions percutantes, ont tissé une longue et passionnante discussion doctrinale. Ultimement, la Cour suprême elle-même a dû trancher, et ce, de manière claire et définitive⁵⁹.

Dans l'arrêt *Amchem*, huit juges fédéraux familiers avec les dossiers d'amiante recommandèrent au *Panel on Multidistrict Litigation*, un comité de gestion, de transférer des milliers de recours pendants à un seul district judiciaire. Ces recours furent alors consolidés dans une méga procédure qui regroupa à la fois des victimes actuelles et « futures ». À la suite de longues négociations, un règlement global fut conclu entre les parties portant sur tous les membres du groupe, y compris les requérants potentiels mais toujours inconnus :

Settlement talks thus concentrated on devising an administrative scheme for disposition of asbestos claims not yet in litigation. In these negotiations, counsel for masses of inventory plaintiffs endeavored to represent the interests of the anticipated future claimants, although those lawyers then had no attorney-client relationship with such claimants⁶⁰.

Étant donné que les avocats de la demande prétendirent parler au nom de l'ensemble des victimes, des intervenants tentèrent de faire déclarer irrecevable la transaction. Selon eux, il y avait un conflit d'intérêts évident entre les différentes catégories de personnes :

collectif et non de son « autorisation », le terme qui est utilisé par le législateur québécois à l'article 1003 *C.p.c.* La certification vise un recours individuel déjà intenté et également déjà contesté par une défense au fond, parfois même accompagnée de procédures en « discovery » ou « examination of documents ». La procédure québécoise est différente, car l'autorisation précède l'introduction du recours et la défense au fond.

⁵⁶ *Georgine v. Amchem Products Inc.*, 83 F.3d 610 (3^e Cir. 1996) [*Georgine*].

⁵⁷ *In re Asbestos Litigation*, 90 F.3d 963 (5^e Cir. 1996).

⁵⁸ Voir *inter alia* Coffee, *supra* note 51; Paul Brodeur, *Outrageous Misconduct: The Asbestos Industry on Trial*, New York, Pantheon Books, 1985; David Rosenberg, « The Dusting of America : A Story of Asbestos — Carnage, Cover-up, and Litigation » (1986) 99 *Harv. L. Rev.* 1693; Susan P. Koniak, « Feasting While the Widow Weeps : *Georgine v. Amchem Products, Inc.* » (1995) 80 *Cornell L. Rev.* 1045; et Peter H. Schuck, « Mass Torts : An Institutional Evolutionist Perspective » (1995) 80 *Cornell L. Rev.* 941.

⁵⁹ *Amchem*, *supra* note 53; *Ortiz*, *supra* note 54.

⁶⁰ *Amchem*, *supra* note 53 à la p. 601.

Strenuous objections had been asserted regarding the adequacy of representation, a Rule 23(a)(4) requirement. Objectors maintained that class counsel and class representatives had disqualifying conflicts of interests. In particular, objectors urged, claimants whose injuries had become manifest and claimants without manifest injuries should not have common counsel and should not be aggregated in a single class. Furthermore, objectors argued, lawyers representing inventory plaintiffs should not represent the newly formed class⁶¹.

Bien que le tribunal de première instance certifia le recours collectif et approuva le règlement, la Cour d'appel fédérale pour le 3^e circuit cassa cette décision⁶². Selon elle, même dans le contexte d'un règlement, les conditions de base édictées par la *Règle 23* doivent être satisfaites. Comme il n'y avait pas suffisamment de connexité entre les membres du groupe, les intérêts en cause ne pouvaient pas être représentés adéquatement. De plus, la Cour d'appel fédérale était d'avis qu'un litige collectif n'était pas le meilleur recours disponible aux parties. Dans une opinion rédigée par la juge Bader Ginsburg, la Cour suprême exprima un point de vue similaire.⁶³ Elle constata que la *Règle 23* élabore une série de critères qui servent à déterminer si, oui ou non, un recours collectif s'avère un moyen « prédominant » et « supérieur » pour faire valoir les droits des plaignants⁶⁴. En effet, contrairement aux lésions mineures, les préjudices graves tels que l'amiantose donnent facilement ouverture à des recours individuels en dommages-intérêts⁶⁵.

S'adressant plus spécifiquement au règlement, la Cour suprême souligna que les exigences du processus de certification ne disparaissent pas simplement parce que les parties ont pu s'entendre hors cour. Au contraire, il incombe au tribunal de s'assurer que les meilleurs intérêts de toutes les victimes seront sauvegardés. Ceci est d'autant plus essentiel

⁶¹ *Ibid.* aux pp. 607-08.

⁶² *Georgine*, *supra* note 56.

⁶³ *Amchem*, *supra* note 53.

⁶⁴ Ces vocables sont ceux que l'on trouve à la *Règle 23*. Au Québec, le législateur impose des balises moins contraignantes. L'article 1003 *C.p.c.* se lit :

Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que : a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes; b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

⁶⁵ Il existe depuis longtemps une tradition jurisprudentielle et doctrinale selon laquelle les « *mass torts* » ne devraient pas être traités par voie de recours collectif, et ce, étant donné que les dommages subis par chaque personne sont nécessairement distincts et individualisés. Pour une analyse intéressante du débat, voir Schuck, *supra*

lorsque les enjeux sont importants et que les disparités entre les membres sont manifestes. Dans un tel cas, il est crucial que la transaction soit équitable envers tous. Commentant le règlement qui est intervenu en l'espèce, la juge Ginsburg déclara :

The settling parties, in sum, achieved a global compromise with no structural assurance of fair and adequate representation for the diverse groups and individuals affected. Although the named parties alleged a range of complaints, each served generally as a representative for the whole, not for a separate constituency. In another asbestos class action, the Second Circuit spoke precisely to this point:

“[W]here differences among members of a class are such that subclasses must be established, we know of no authority that permits a court to approve a settlement without creating subclasses on the basis of consents by members of a unitary class, some of whom happen to be members of the distinct subgroups. The class representatives may well have thought that the Settlement serves the aggregate interests of the entire class. But the adversity among subgroups requires that the members of each subgroup cannot be bound to a settlement except by consents given by those who understand that their role is to represent solely the members of their respective subgroups” [...].

The Third Circuit found no assurance here — either in the terms of the settlement or in the structure of the negotiations — that the named plaintiffs operated under a proper understanding of their representational responsibilities [...]. That assessment, we conclude, is on the mark⁶⁶.

Bref, les avocats doivent tenir compte de tous les membres lorsqu'ils décident des modalités d'un règlement. Ils ne sauraient privilégier une catégorie de victimes aux dépens d'une autre. Cela constituerait un motif valable pour déclarer une transaction inacceptable. De même, bien que la paix globale soit l'idéal⁶⁷ — c'est-à-dire, un règlement complet et final du litige qui liera tous les membres du groupe — un projet de règlement ne peut inclure trop d'éléments distincts, à défaut de quoi il est susceptible d'être rejeté au stade de l'approbation.

note 58 et Richard A. Nagareda, « Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action » (2002) 115 Harv. L. Rev. 747 à la p. 750 et s. Voir aussi Roger H. Transgrud, « Mass Trials in Mass Tort Cases : A Dissent » (1989) 1989 U. Ill. L. Rev. 69 à la p. 74; Joseph A. Grundfest, « Disimplying Private Rights of Action Under the Federal Securities Laws : The Commission's Authority » (1990) 107 Harv. L. Rev. 961 à la p. 973 et *Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.*, 378 F.2d 832 à la p. 839 (2^e Cir 1967).

⁶⁶ *Amchem*, *supra* note 53 aux pp. 627-28.

⁶⁷ Voir Nagareda, *supra* note 65.

L'arrêt *Ortiz* mettait en cause des faits semblables à ceux de l'affaire *Amchem*. Il s'agissait d'une compagnie de bois d'oeuvre qui fabriquait des produits contenant de l'amiante. Encore une fois, les procureurs essayèrent de réunir plusieurs intéressés, dont les assureurs de la société intimée, pour les fins d'un règlement global et obligatoire. Encore une fois, la transaction comprenait des victimes futures. Dressant l'historique procédural de ce recours collectif, le juge Souter expliqua comme suit :

On September 9, 1993, as agreed, a group of named plaintiffs filed an action in the United States District Court for the Eastern District of Texas, seeking certification for settlement purposes of a mandatory class comprising three groups: all persons with personal injury claims against Fibreboard for asbestos exposure who had not yet brought suit or settled their claims before the previous August 27; those who had dismissed such a claim but retained the right to bring a future action against Fibreboard; and "past, present and future spouses, parents, children, and other relatives" of class members exposed to Fibreboard asbestos⁶⁸.

À la suite d'une audience, la cour de première instance approuva le règlement, jugeant que celui-ci était juste, adéquat et raisonnable. La Cour fédérale pour le 5^e circuit fut du même avis :

[...] [T]he Court of Appeals found that there was commonality in class members' shared interest in securing and equitably distributing maximum possible settlement funds, and that the representative plaintiffs were sufficiently typical both in sharing that interest and in basing their claims on the same legal and remedial theories that absent class members might raise⁶⁹.

Dans une décision majoritaire, la Cour suprême débouta l'ordonnance de certification et d'approbation. Sous la plume du juge Souter, elle réprimanda la Cour d'appel fédérale en lui reprochant son manque d'attention envers les directives consignées dans l'arrêt *Amchem*. Elle rappela que le recours collectif fait exception à la « *necessary parties rule* », un principe d'équité selon lequel seules les parties au litige peuvent être liées par la décision du tribunal. Elle souligna, de plus, qu'un recours collectif à compensation limitée⁷⁰ doit respecter certaines exigences jurisprudentielles quand le règlement proposé s'avère obligatoire; c'est-à-dire, lorsqu'il interdit aux membres futurs de réclamer leur exclusion. L'absence de ces mesures de sauvegarde était un constat déterminant d'un point de vue procédural et même constitutionnel :

⁶⁸ *Ortiz*, *supra* note 54 aux pp. 825-26.

⁶⁹ *Ibid* à la p. 829.

⁷⁰ Soit un recours collectif qui met en jeu une somme qui ne peut combler 100% des réclamations.

[...] By its nature [...] a mandatory settlement-only class action with legal issues and future claimants compromises their Seventh Amendment rights without their consent.

Second, and no less important, mandatory class actions aggregating damages claims implicate the due process “principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment *in personam* in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process”[...] ⁷¹

Toutefois, encore plus intéressant pour les fins de notre analyse, le juge Souter expliqua les questions déontologiques qui entourent un règlement complexe. En prétendant représenter différentes catégories de membres, l’avocat de la demande s’ouvre potentiellement à des accusations de collusion. Malgré que ce terme ne soit pas utilisé par l’honorable magistrat, il est évident que la possibilité d’honoraires significatifs milite en faveur d’un accommodement précipité. Au lieu de travailler d’arrache pied pour le compte de ses clients et de négocier au besoin des transactions distinctes, l’avocat des requérants sera tenté de structurer aussitôt que possible un règlement intégré. Il pourra ainsi limiter ses dépenses et récolter, dès le commencement des procédures, les fruits d’une stratégie opportuniste :

Settlement value is not always acceptable [...]. One may take a settlement amount as good evidence of the maximum available if one can assume that parties of equal knowledge and negotiating skill agreed upon the figure through arms-length bargaining, unhindered by any considerations tugging against the interests of the parties ostensibly represented in the negotiation. But no such assumption may be indulged in this case, or probably in any class action settlement with the potential for gigantic fees. In this case, certainly, any assumption that plaintiffs’ counsel could be of a mind to do their simple best in bargaining for the benefit of the settlement class is patently at odds with the fact that at least some of the same lawyers representing plaintiffs and the class had also negotiated the settlement of 45,000 pending claims [...], the full payment of which was contingent on a successful Global Settlement Agreement or the successful resolution of the insurance coverage dispute [...] ⁷²

Élaborant sur l’apparence d’un conflit d’intérêts, le juge Souter ajouta :

Class counsel thus had great incentive to reach any agreement in the global settlement negotiations that they thought might survive a Rule 23(e) fairness hearing, rather than the best possible arrangement for the substantially unidentified global settlement class. [...] The resulting incentive to favor the known plaintiffs in the earlier settlement

⁷¹ *Ortiz*, *supra* note 54 à la p. 846.

⁷² *Ibid.* à la p. 852.

was, indeed, an egregious example of the conflict noted in *Amchem* resulting from divergent interests of the presently injured and future claimants. [...] ⁷³

L'affaire *Ortiz* souligne donc elle aussi l'importance d'une représentation adéquate et d'un traitement équitable de tous les membres du groupe putatif. De même, il trace les limites pratiques du recours collectif. Quoique cette procédure soit une des plus flexibles que nous connaissons, elle n'est pas une panacée. Un dossier comme celui de l'amiante (soit un qui implique divers dommages causés par l'exploitation, la transformation et l'utilisation d'un produit dangereux) peut être trop multiforme pour permettre le déroulement d'un litige collectif ou le règlement de celui-ci. Il n'est donc pas étonnant de constater que les juristes américains réclament maintenant une solution législative au paradoxe de l'amiante⁷⁴, un drame malheureux qui perdure sans répit ni dénouement.

Mais l'impact qu'auront ces décisions sur l'état du droit québécois et canadien ne sera pas, somme toute, révolutionnaire pour les raisons suivantes.

Dans un premier temps, mentionnons que le règlement est clairement favorisé dans les juridictions situées au nord du 49^e parallèle. Malgré le fait qu'aux États-Unis les tribunaux encouragent les transactions, ils peuvent néanmoins démontrer une tendance restrictive. Au Canada, par contre, l'approche de nos instances est davantage pragmatique et flexible. Comme l'avait souligné le juge Sharpe dans l'affaire *Dabbs*, la perfection n'existe point lorsque les relations humaines sont en cause. La cour ne doit pas simplement imposer sa façon de voir les choses. Du moment que la proposition est fondée sur les faits, est raisonnable et est dans l'intérêt des membres, un tribunal ne saurait s'ingérer inutilement. Dans l'affaire *Sparling v. Southam Inc.*⁷⁵, le juge Callaghan de la Cour de l'Ontario exprima l'opinion suivante :

In approaching this matter, I believe it should be observed at the outset that courts consistently favour the settlement of lawsuits in general. To put it another way, there is an overriding public interest in favour of settlement. This policy promotes the interests of litigants generally by saving them the expense of trial of disputed issues, and it reduces the strain upon an already overburdened provincial court system.

⁷³ *Ibid.* aux pp. 852-53.

⁷⁴ Voir *Ortiz*, *supra* note 54 à la p. 821, ainsi que l'opinion du juge en chef Rehnquist.

⁷⁵ (1988), [1989] 66 O.R. (2^e) 225 (Ont. H.C.) [*Sparling*].

In deciding whether or not to approve a proposed settlement under s. 235(2) of the Act, the court must be satisfied that the proposal is fair and reasonable to all shareholders. In considering these matters, the court must recognize that settlements are by their very nature compromises, which need not and usually do not satisfy every single concern of all parties affected. Acceptable settlements may fall within a broad range of upper and lower limits.

In cases such as this, it is not the court's function to substitute its judgment for that of the parties who negotiate the settlement. Nor is it the court's function to litigate the merits of the action. I would also state that it is not the function of the court to simply rubber-stamp the proposal.

The court must consider the nature of the claims that were advanced in the action, the nature of the defences to those claims that were advanced in the pleadings, and the benefits accruing and lost to the parties as a result of the settlement⁷⁶.

Reprenant ce raisonnement dans la décision *Gariepy v. Shell Oil Co.*⁷⁷, la Cour supérieure de l'Ontario ajouta qu'il n'appartient pas au tribunal de modifier un règlement bien qu'il puisse, selon l'affaire *Dabbs*, rejeter un règlement en *proposant* un projet de modification⁷⁸. La transaction est une entente qui est conclue par les parties en vue de mettre fin au litige. Le rôle des tribunaux est soit d'approuver, soit de rejeter, le règlement proposé par les parties en fonction des critères élaborés par la jurisprudence. Même si d'autres solutions s'avèrent intéressantes, une certaine marge de manoeuvre doit être accordée aux intéressés. Après tout, si un membre juge la transaction inacceptable, il n'a qu'à demander son exclusion du groupe :

It is not the function of the court in reviewing a settlement to reopen the settlement or to attempt to re-negotiate it in the hope of improving its terms. Simply put, the court must decide either to approve the settlement or to reject it. Similarly, in deciding whether to approve the settlement, the court must be wary of second-guessing the parties in terms of the settlement that they have reached. Just because the court might have approached the resolution from a different perspective, or might have reached a resolution on a different basis, is not a reason to reject the proposed settlement unless the court is of the view that the settlement is inadequate or unfair or unreasonable.

In this particular case, I questioned the absence of any provision in the settlement which would allow members of the settlement class to be reimbursed for repairs alone without the requirement of undertaking a replumb. One of the reasons for not including such a provision was the parties' wish to have finality and not to be faced

⁷⁶ *Ibid.* aux pp. 230-31.

⁷⁷ [2002] O.J. n^o 4022 (Ont. Sup.Ct.) (QL) [*Gariepy*].

⁷⁸ *Supra* note 15.

with a series of claims by the same Settlement Class Member. While that issue could have been addressed in another way, for the court to insist on such a provision as a part of the approval of the settlement would be to engage in the “arm chair quarterbacking” of the settlement which the court ought not to do. I also note that if any member of the proposed settlement class finds the absence of that, or any other, provision troublesome, he or she may opt out of the settlement⁷⁹.

Au Québec, cependant, il semblerait que le tribunal puisse jouer un rôle davantage énergique et créatif. Comme le souligne le juge Alain, dans certains cas le magistrat est appelé à défendre les membres absents et peut même « suggérer aux parties de modifier leur entente pour corriger certaines lacunes afin d’en assurer l’approbation... »⁸⁰.

Dans un second temps, lorsque le magistrat est appelé à trancher simultanément la question de l’autorisation et de l’approbation du règlement⁸¹, il appert que l’étude ne doit pas se faire en deux étapes. Contrairement à la méthode préconisée par la juge Ginsburg, un tribunal canadien ne doit pas scruter à la loupe le recours collectif que le requérant lui demande d’autoriser. Il est suffisant que le projet apparaisse, à sa face même, satisfaire aux exigences procédurales codifiées par le législateur. De là, le juge peut immédiatement se prononcer sur le caractère juste et équitable de la transaction elle-même. Telle fut l’opinion du juge Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l’affaire *Haney Iron Works Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.*⁸² :

If this view is correct, it would require defendants in class actions to decide whether to contest certification prior to any fairness hearing. Instead of opening negotiations when confronted with a proposed class action and trying to achieve an early global settlement, defendants would be forced to contest certification, since on Moffat’s submission, participating in any proposed settlement would foreclose the right to challenge certification.

Although the wording of the [B.C. *Class Proceedings*] Act does reflect the expectation that the issue of certification will generally be decided before the issue of settlement fairness, it is my view that to judicially mandate a two step process would be inconsistent with the intent of the Act.[...]

Where an application for certification is made contingent upon a settlement being approved, the court should first determine whether the applicants have made out a

⁷⁹ *Garipey*, *supra* note 77 aux para. 44-45.

⁸⁰ *Bouchard*, *supra* note 31 au para. 26.

⁸¹ Comme ce fut le cas dans l’affaire *Pelletier*, *supra* note 26.

⁸² [1998] B.C.J. n° 2936 (B.C.S.C.) (QL) [*Haney*].

prima facie case for certification; that is to say whether they have made out a *prima facie* case that the claim meets the requirements of s. 4 of the *Act*. If such a *prima facie* case has been made out, the court can then move on to consider whether the settlement is fair and reasonable⁸³.

Il faut se rappeler que les régimes de recours collectifs provinciaux, bien que modelés sur la *Règle 23*, se distinguent de celle-ci. Le règlement « obligatoire »⁸⁴, par exemple, n'est pas connu chez nous étant donné qu'un membre canadien peut toujours s'exclure d'un groupe particulier⁸⁵. Notons à cet égard qu'en droit québécois, le droit de s'exclure est limité dans le temps au délai d'exclusion fixé par le jugement d'autorisation ou d'approbation de règlement et publié. Toutefois, l'histoire nous enseigne que nos juridictions suivent de près l'évolution procédurale des États-Unis en matière de justice collective. Certes, ce type de recours ne fut édicté qu'en 1978, mais depuis ce temps il trace un parcours fort similaire. Le nombre, ainsi que l'ampleur, de nos litiges contemporains démontrent que les questions de droit ne feront qu'augmenter et se complexifier. En effet, les incertitudes déontologiques qui semblent uniquement « américaines » pourront éventuellement se métamorphoser en dilemmes québécois et canadiens. Ceci étant, le règlement national qui est survenu à la suite de la contamination sanguine est un signe prometteur⁸⁶. Il indique que nos systèmes de recours collectifs peuvent faire face à d'énormes défis, tant sur le plan factuel, que juridique et social. Les arrêts *Amchem* et *Ortiz* ne devraient toutefois pas passer sous le radar ni devenir une simple référence académique : ils constituent, au contraire, un avertissement qui doit être pris au sérieux. À force de structurer les règlements modernes de façon transfrontalière, il devient de plus en plus impératif de bien comprendre les particularités, ainsi que la jurisprudence, de notre puissant voisin.

IV. Le calcul des honoraires extrajudiciaires

Les honoraires extrajudiciaires accordés dans le cadre d'un règlement collectif suscitent depuis longtemps un intérêt tout particulier. Pour traiter du sujet de façon exhaustive, il serait nécessaire d'analyser une riche jurisprudence qui est toujours en évolution. Ceci dépasserait largement les objectifs de notre discussion. Notons simplement qu'il existe au Québec, comme ailleurs en Amérique du Nord, deux approches

⁸³ *Ibid.* aux para. 11-12, 16.

⁸⁴ Voir la discussion portant sur l'arrêt *Ortiz*.

⁸⁵ Ce principe existe non seulement dans les provinces de *common law*, mais aussi au Québec. Voir l'article 1007 *C.p.c.*

⁸⁶ Voir la discussion portant sur les affaires *Parsons* et *Honhon*.

distinctes quant au calcul des honoraires des procureurs en demande : (i) celle basée sur un pourcentage de la somme versée aux membres, et (ii) celle qui comporte des multiplicateurs de risque.

Préalablement, il est important de souligner que l'article 3.08.02 du *Code de déontologie des avocats*⁸⁷ édicte un ensemble de critères qui servent à déterminer si les honoraires exigés par un avocat sont justes et raisonnables. L'article, qui s'applique également aux recours collectifs, se lit comme suit :

[...] L'avocat doit notamment tenir compte des facteurs suivants pour la fixation de ses honoraires :

- a) l'expérience;
- b) le temps consacré à l'affaire;
- c) la difficulté du problème soumis;
- d) l'importance de l'affaire;
- e) la responsabilité assumée;
- f) la prestation de services professionnels inhabituels ou exigeant une compétence ou une célérité exceptionnelles;
- g) le résultat obtenu;
- h) les honoraires judiciaires et extrajudiciaires prévus aux tarifs.

Certes, les recours collectifs se distinguent des autres recours civils en ce qu'ils peuvent comporter des risques et des conséquences inusités. Comme les procureurs en demande ne peuvent obtenir des honoraires que s'ils gagnent sur le fond ou s'ils réussissent à régler le litige, leur sort est nécessairement précaire. Toutefois, l'article 3.08.02 *C.d.a.* tient justement compte de ces considérations spéciales aux alinéas c) à f).

(i) *Pourcentage du règlement*

Bien souvent, le représentant du groupe signe une convention avec son avocat selon laquelle un pourcentage du montant octroyé sera payé en guise d'honoraires extrajudiciaires. Cette méthode est souvent pratiquée aux États-Unis et dans d'autres juridictions de *common law*. Même si elle

⁸⁷ R.R.Q. c. B-1, r.1 ci-après désigné *C.d.a.*

semble contraire à l'esprit du *Code de déontologie*, une analyse des facteurs susmentionnés permet souvent aux tribunaux de constater le caractère raisonnable du pourcentage stipulé⁸⁸. Dans l'affaire *Bouchard*⁸⁹, par exemple, le juge Alain arriva à la conclusion que des honoraires de 20% étaient, somme toute, justifiables considérant le nombre d'heures travaillées, les risques encourus et la complexité relative du dossier.

(ii) *Le multiplicateur de risque*

La « *lodestar method* », popularisée aux États-Unis dans les années 1970⁹⁰, constitue une autre approche intéressante. Selon cette méthode, le juge doit (1) déterminer le nombre d'heures consacrées par le procureur en demande, (2) multiplier ce chiffre par un taux horaire raisonnable et (3) décider si la somme globale devrait être augmentée en raison des risques assumés. Ce facteur est un multiplicateur qui varie d'ordinaire entre 1.25 et 4.50⁹¹. Initialement, l'approche *lodestar* fut préconisée lorsque, en vertu d'une disposition législative, les honoraires extrajudiciaires des requérants devaient être payés par la défenderesse. Depuis lors, elle s'est vue appliquée de façon plus ou moins universelle.

Prima facie, le concept du multiplicateur semble mieux s'harmoniser avec l'article 3.08.02 *C.d.a.* et a déjà été invoqué dans les affaires *Honhon*⁹², *ACEF – Centre*⁹³ et *Guilbert c. Sony BMG Musique (Canada) inc.*⁹⁴ Récemment, le tribunal s'est montré plutôt favorable à l'approche *lodestar*, qu'elle utilisa afin de déterminer la justesse des honoraires réclamés. En effet, dans la décision *Hotte c. Servier Canada*⁹⁵ le juge Mongeon rejeta l'idée d'ordonner un paiement basé sur un pourcentage convenu, favorisant une étude pragmatique du travail effectué par les avocats en demande. Cette étude pratique permet alors d'utiliser un multiplicateur pour vérifier les montants proposés de part et d'autre.

⁸⁸ *Fortier c. Les entreprises Dorette Va/go Inc.*, 500-06-000003-943 (C.S.), le 23 avril 1998; *Dabbs*, *supra* note 15; et *Doyer*, *supra* note 31.

⁸⁹ *Supra* note 31.

⁹⁰ *Johnson v. Georgia Highway Express*, 488 F.2d 714 (5th Cir. 1974); *Lindy Bros. Bldrs of Phila. v. American R. & S. San. Corp.*, 540 F.2d 102, 115-16 (3d Cir. 1976); et *City of Detroit v. Grinnelle Corp. (I & II)*, 560 F.2d 1093, 1098 (2d Cir.1977).

⁹¹ Voir *In Re: Cendant Corporation Prides Litigation*, No. 00-5199, slip op. 97 F.3d 1187 (9th Cir. 1995), confirmée par 120 F.3d 1006 (9th Cir. 1997).

⁹² *Supra* note 32.

⁹³ *Supra* note 35.

⁹⁴ EYB 2007-114010 (C.S.).

⁹⁵ EYB 2006-108213 (C.S.).

V. Le règlement par compensation alternative

La déontologie du recours collectif fut aussi abordée dans le cadre des règlements par crédit ou par coupon de réduction. Ce phénomène est jusqu'à date peu connu au Canada et implique, bien évidemment, un mode de compensation alternatif. En effet, au lieu de verser une somme à chaque membre du groupe, un billet à rabais ou un bon quelconque est remis à la place. Cette pratique est le sujet d'une critique grandissante. Selon certains, elle ne constitue pas un véritable dédommagement car, pour en bénéficier, un consommateur doit nécessairement acheter un autre produit ou service de la compagnie défenderesse. De plus, si une réduction de prix ne s'applique qu'à un produit couteux, il est peu probable que le consommateur pourra véritablement en jouir. Un règlement alternatif peut ainsi s'avérer un « *sweetheart deal* », tout comme les transactions inégalitaires.

Aux États-Unis, les règlements par coupon de réduction sont souvent employés lorsqu'une distribution monétaire serait irréaliste ou lorsque les membres ne peuvent être identifiés avec suffisamment de précision. Cependant, ces types de règlements ont aussi été autorisés dans le domaine de l'automobile. Dans certains cas, ces transactions ont été approuvées par les tribunaux⁹⁶. Dans d'autres cas, les instances américaines ont plutôt favorisé un règlement traditionnel⁹⁷. Un problème qui fut signalé assez tôt est celui de la collusion. Les mêmes pressions qui peuvent pousser les avocats de la demande à s'entendre sur un règlement insuffisant, les encouragent à conclure des transactions qui ne feront que bénéficier aux compagnies défenderesses (tout en assurant des honoraires importants). Comme l'a souligné la Cour fédérale du district de New York :

Class action lawsuits protect plaintiffs' rights and promote accountability [...]. At the same time, however, the relationship between a plaintiff class and its attorney may suffer from a [...] divergence of economic interests [...]. The class action mechanism can redound more to the benefit of the attorney [...] as counsel has an incentive to act

⁹⁶ *In re Domestic Air Transportation Antitrust Litigation*, 137 F.R.D. 677 (G.a.N.D.1991); *Dunk v. Ford Motor Co.*, 56 Cal. Rptr. 2d 483 (Ct. App. 1996).

⁹⁷ *Maffei v. Alert Cable TV of North Carolina Inc.*, 342 S.E. 2d 867 (N.C. Sup. Ct. 1986); *Bloyed v. General Motors Corp.*, No. 06-93-00113-CV (Tex. 71st Jud. Dist. Harrison Co. Nov. 3, 1993), inf. par 881 S.W. 2d 422 (Tex. Ct. App. 1994), conf. par 916 S.W. 2d 949 (Tex. Sup. Ct. 1996); *In re General Motors Corp. Pickup Truck Fuel Tank Products Liability Litigation*, 55F.3d 768 (3^e Cir. 1995), autorisation de pourvoi à la U.S.S.C. refusée, 516 U.S. 824 (1995); *In re Ford Motor Co. Bronco II Products Liability Litigation*, 1995 WL 222177 (La. E.D).

in its own best interest [...]. [T]he class action mechanism on occasion has proved to be Janus-faced⁹⁸.

Il semble donc que pour être autorisé, un règlement par coupon de réduction doit véritablement avantager le groupe et ne peut constituer un rideau de fumée. Soulignons, d'ailleurs, que cette forme de compensation est mieux adaptée aux biens de consommation ordinaires qu'aux produits de haute valeur marchande, tels que les véhicules motorisés.

Au Québec et dans les provinces de *common law*, la jurisprudence s'est très peu penchée sur les règlements alternatifs. Cependant, il semblerait que cette forme de compensation soit envisageable dans certains contextes. Dans la décision *Delaunais*⁹⁹, par exemple, le juge Trottier expliqua qu'une mesure réparatrice devait impliquer une compensation qui s'effectuait « [...] *directement* du défendeur aux membres du groupe [...] »¹⁰⁰. La nature de cette compensation ne saurait toutefois se limiter à un montant d'argent, mais pourrait aussi comprendre d'autres formes d'indemnisation dont « [...] un crédit ou une réduction de prix pendant une certaine période [...] »¹⁰¹. On se rappellera que dans cette affaire le préjudice subi par chaque membre du groupe — composé de pêcheurs qui avaient payé une surcharge illégale — n'était que de deux dollars.

Une approche similaire fut préconisée dans la décision *Viau c. Syndicat canadien de la fonction publique*¹⁰². Dans cette affaire, des travailleurs municipaux, à la demande de leur syndicat, interrompirent tout service en commun au cours de l'heure de pointe, et ce, en plein milieu de l'hiver. Des dizaines de milliers d'usagers étaient ainsi laissés en rade pendant des heures de temps. Le tribunal qualifia le comportement du syndicat comme étant irresponsable et ordonna à celui-ci de payer 1 000 000 \$ aux membres du groupe. Mais comme la distribution de cette somme serait coûteuse et impraticable, le juge Côté

⁹⁸ *In re Auction Houses Antitrust Litig.*, 197 F.R.D. 71 (S.D.N.Y. 2000).

⁹⁹ *Supra* note 13. Notons que la notion d'une compensation alternative de ce type fut envisagée par la Cour suprême dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722. Dans cette affaire, qui n'impliquait pas un recours collectif, le juge Gonthier a reconnu qu'un crédit forfaitaire aux abonnés de la défenderesse constituait une mesure réparatrice pratique et raisonnable. Voir Gérard R. Tremblay, « Le recours collectif : point de vue de la défense » dans service de la formation permanente du Barreau du Québec, dir., *Développements récents sur les recours collectifs*, Montréal, Yvon Blais, 1999, à la p. 1.

¹⁰⁰ *Delaunais*, *supra* note 13 au para. 21.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² [1991] R.R.A. 740 (C.S.).

destina l'argent à la société de transport qui pourrait, elle, décider quels services seraient mis gratuitement à la disposition des usagers.

Plus récemment, la Cour supérieure donna son approbation à un règlement alternatif dans l'affaire *Tremblay c. Confédération des Caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec*¹⁰³. Selon la requête de la demanderesse, l'institution financière intimée aurait imposé des frais de crédit à ses clients qui allaient à l'encontre de la *Loi sur la protection du consommateur*. Avant de lier contestation devant le tribunal, les parties négocièrent une entente. Cette entente prévoyait, entre autres, un gel temporaire des frais de crédit exigés par la banque et la réduction du taux d'intérêt de 0,5% pour six mois sur l'ensemble des cartes émises. Encore une fois, une compensation directe mais non monétaire fut favorisée. Le règlement comprenait aussi un don de 99 999 \$ à l'Association coopérative d'économie familiale du Nord de Montréal. Mais contrairement à la décision *Delaunais*, ce don n'était qu'une composante de la transaction et non son essence même. Il ressort qu'un don peu faire partie intégrante d'une entente équitable si le montant versé à l'organisme à but non lucratif ne prive pas les membres d'un bénéfice immédiat.

De même, dans l'affaire *Podmore c. Sun Life du Canada*¹⁰⁴ un recours collectif avait été institué pour le compte de québécois ayant souscrit auprès de la compagnie intimée « [...] un contrat individuel d'assurance-vie avec participations et option de libération accélérée de primes et/ou achat de bonifications d'assurance libérée »¹⁰⁵. La Cour supérieure approuva un règlement qui octroyait plusieurs avantages économiques mais non marchandables. Selon le magistrat, les procureurs avaient démontré à sa satisfaction que l'entente rencontrait toutes les exigences de la loi. Décrivant certaines particularités de la transaction, le juge Tannenbaum écrit :

Quant à l'entente R-1, elle prévoit des indemnités de base qui peuvent comprendre la majoration de participations, l'avantage contractuel amélioré ou encore la majoration de participations facultative. Elle prévoit aussi un mode alternatif de règlement pour les membres du groupe visé, à qui l'intimée aurait garanti de la manière visée par l'entente R-1 qu'un nombre limité de primes versées au comptant, déterminé et précisé, suffirait pour libérer entièrement leur contrat ou garanti autrement la date du début du prélèvement des primes sur les participations, relié à ce contrat¹⁰⁶.

¹⁰³ REJB 1998-07178 (C.S.).

¹⁰⁴ [1998] A.Q. n° 80 (C.S.) (QL) [*Podmore*].

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 1.

¹⁰⁶ *Ibid.* au para. 8.

Un règlement par crédit fut d'ailleurs approuvé par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Fakhri v. Alfalfa's Canada Inc.*¹⁰⁷. Le représentant poursuivait en raison d'une éruption d'hépatite A qui eut lieu au Capers Community Market, un faubourg de Vancouver. Le groupe était composé d'individus qui avaient contracté l'hépatite A après avoir consommé de la nourriture achetée au marché Capers ou qui avaient été exposés au virus en y faisant leurs courses. Dans un règlement intervenu entre les parties, le marché Capers donna à certains membres du groupe le choix d'obtenir soit un nombre de crédits à valeur déterminée soit un montant d'argent comptant. En appliquant le test développé dans l'affaire *Dabbs*, le juge Gerow fut d'avis que la transaction était juste, équitable et dans le meilleur intérêt des membres.

Enfin, notons qu'en 2006 La Société de transport de Montréal annonça que, en vertu du règlement d'un recours collectif intenté par un usager contre la Confédération des syndicats nationaux, un rabais sur le coût du laisser passer mensuel de novembre — ainsi que la construction d'abribus et de bancs d'attente — furent octroyés à titre de dédommagement¹⁰⁸. Comme la décision *Viau*, il s'agissait là aussi d'un débrayage illégal qui avait pris en otage des utilisateurs du système de transports en commun. Les sommes en cause étaient de un ou deux dollars par usager et ne pouvaient être distribuées individuellement.

Il semblerait donc qu'un règlement par crédit ou coupon de réduction serait permis dans le contexte québécois (1) si la transaction assure une compensation directe des membres du groupe, (2) si les dommages individuels sont minimes et (3) s'il est déraisonnable ou impraticable de verser un montant spécifique à chaque victime. Il est d'ailleurs important de noter que l'article 2631 *C.c.Q.* ne précise pas qu'un règlement doit forcément s'avérer monétaire, stipulant simplement que la transaction doit s'effectuer « au moyen de concessions ou de réserves réciproques ».

VI. *Le sort des règlements « transfrontaliers »*

Le concept d'un règlement transfrontalier découle de l'arrêt *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*¹⁰⁹, une décision marquante rendue par la Cour suprême des États-Unis en 1985. Dans cette affaire, le défendeur avait produit ou acheté du gaz naturel dans plusieurs états, dont le Kansas, sans payer les redevances qui étaient supposément dues aux demandeurs. Ceux-ci étaient des individus qui détenaient des droits réels dans les

¹⁰⁷ [2005] B.C.J. N° 1723 (B.C.S.C.) (QL).

¹⁰⁸ *Supra* note 36.

¹⁰⁹ 472 U.S. 797 (1985) [*Shutts*].

différents fonds producteurs. Un recours collectif regroupant 33 000 personnes fut alors certifié en vertu des lois du Kansas¹¹⁰, et ce, malgré le fait que la grande majorité des membres se retrouvaient dans d'autres états. Selon les instructions du juge, un avis détaillé fut communiqué à chacun d'eux avec des précisions quant à la nature du litige, quant à leur statut juridique et quant à leurs droits procéduraux. Saisi d'un pourvoi contestant la légitimité de ce recours, la Cour devait déterminer si, oui ou non, le juge de première instance avait commis une erreur révisable en certifiant la procédure.

Parlant au nom de la majorité, le juge Rehnquist arriva à la conclusion que la Cour supérieure du Kansas pouvait affirmer sa juridiction quant aux membres absents sans enfreindre la « *Due Process Clause* » enchâssée dans le *Bill of Rights*¹¹¹. Selon lui, le devoir d'aviser ne comporte pas l'obligation d'informer les absents qu'ils peuvent s'inclure volontairement dans un groupe, mais plutôt l'obligation de leur expliquer qu'ils peuvent s'y exclure. Or, l'avis autorisé par le tribunal de première instance était suffisamment explicite pour sauvegarder les droits fondamentaux des récipiendaires. Cependant, considérant que les demandeurs voulaient uniquement appliquer le droit des biens de l'État du Kansas pour résoudre l'ensemble des questions, le recours collectif était irrecevable. Pour appliquer ce régime de droit à tous les membres, il aurait fallu qu'un lien juridique réel existe entre ces personnes et le forum en question. Comme ce n'était manifestement pas le cas, l'ordonnance de certification était mal fondée en droit et donc vouée à l'échec.

Il ressort qu'un recours collectif ainsi qu'un règlement transfrontalier sont réalisables aux États-Unis *si* l'avis respecte les exigences fondamentales de la procédure et *si* la connexité réelle entre les membres et le forum prescrit est suffisamment évidente.

Le raisonnement du juge Rehnquist a été repris dans certaines décisions récentes rendues au Canada. L'arrêt *Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.*¹¹² est un excellent exemple. Il s'agit d'un recours collectif intenté en raison d'une campagne promotionnelle mise sur pied par la défenderesse, les restaurants *McDonalds*. Selon les

¹¹⁰ Ce nombre fut éventuellement réduit à 28 000 plaignants.

¹¹¹ U.S. Const. amend. XIV, § 1. Le 14^e amendement se lit : « Section. 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws ».

¹¹² 2005, 74 O.R. (3d) 321 (C.A.) [*Currie*].

demandeurs, la société décida de retenir les services d'une agence de marketing qui aurait orchestré une fraude. Un tribunal fédéral de l'Illinois certifia le recours pour un groupe composé, *inter alia*, de résidents américains et canadiens. Le juge Sharpe avait à décider si le règlement intervenu en l'espèce, et approuvé par son collègue siégeant à Chicago, pouvait lier les membres ontariens de sorte qu'ils ne pourraient instituer leurs propres procédures. Utilisant comme point de référence les critères évoqués dans l'arrêt *Shutts*, la Cour d'appel de l'Ontario expliqua que bien qu'un rapport tangible existait entre la faute et le forum privilégié, l'avis de règlement recelait des déficiences fatales. En traitant différemment les membres américains et canadiens, celui-ci était inéquitable à sa face même :

The locus of the alleged wrong indicates a real and substantial connection with Illinois [jurisdiction], but recognizing Illinois jurisdiction could be unfair to the ordinary McDonald's customer who would have no reason to suspect that his or her rights are at stake in a foreign lawsuit and who has no link to or nexus with the *Boland* action.

To address the concern of fairness, it is helpful to consider the adequacy of the procedural rights afforded the unnamed non-resident class members in the *Boland* action. Before concluding that Ontario law should recognize the jurisdiction of the Illinois court to determine their legal rights, we should be satisfied that the procedures adopted in the *Boland* action were sufficiently attentive to the rights and interests of the unnamed non-resident class members. Respect for procedural rights, including the adequacy of representation, the adequacy of notice and the right to opt out, could fortify the connection with Illinois jurisdiction and alleviate concerns regarding unfairness. Given the substantial connection between the alleged wrong and Illinois, and given the small stake of each individual class member, it seems to me that the principles of order and fairness could be satisfied if the interests of the non-resident class members were adequately represented and if it were clearly brought home to them that their rights could be affected in the foreign proceedings if they failed to take appropriate steps to be removed from those proceedings [...].

In my view, the motion judge was entitled to look, as he did, to the standard the American court applied to its own residents. American and Canadian class members had similar if not identical interests at stake and there was no relevant basis upon which the Illinois court could have concluded that one standard of procedural fairness was appropriate for the American class and another for the Canadian. In the result, the Illinois court applied a different and lower standard in determining what notice should be given to the Canadian plaintiffs. I would not interfere with the motion judge's conclusion that there was a denial of natural justice. Natural justice surely requires that similarly situated litigants be accorded equal (although not necessarily identical) treatment¹¹³.

¹¹³ *Ibid.* aux para. 24-25, 43.

Ce principe d'équité procédurale s'applique *a fortiori* dans le contexte québécois considérant le nouvel article 1025 *C.p.c.* Rappelons que, contrairement aux autres lois canadiennes, le *Code de procédure civile* précise le contenu de l'avis de règlement. Selon cette disposition, l'avis doit contenir des informations essentielles sur la transaction, la procédure de réclamation et les droits fondamentaux des membres. L'avis ne saurait ainsi discriminer entre deux catégories de membres de sorte qu'une d'entre elles se voie dépourvue d'une garantie législative.

À l'exception de la question du traitement égalitaire des victimes, il ressort que l'avis doit être suffisamment clair pour bien expliquer à ces dernières la nature de leurs droits. Comme l'avis est un document voué à prévenir et à informer, il est primordial que son contenu, sa portée et ses modalités soient facilement identifiables. En effet, un droit sert à peu de chose s'il demeure méconnu. Ceci est d'autant plus le cas lorsqu'il s'agit du droit prétorien d'exclusion, lequel semble découler de l'article 1007 *C.p.c.* qui édicte qu'un « membre peut s'exclure du groupe...avant l'expiration du délai... ». Qu'il s'agisse d'un jugement sur le fond ou d'une transaction, ces deux événements juridiques ont le même effet, soit d'éteindre définitivement les recours individuels des membres. Il serait incongru et difficilement justifiable que le principe d'équité incarné par l'article 1007 *C.p.c.* ne puisse s'appliquer également dans le contexte d'un règlement à l'amiable. Rappelons que c'est le représentant, et non les membres, qui adhère aux conditions du contrat. La clause d'exclusion est d'ailleurs une disposition classique, voire d'ubiquité, que l'on retrouve régulièrement dans le texte même des conventions de règlement. Dans l'affaire *Lépine v. Société Canadienne des postes and Cybersurf Corp.*¹¹⁴, le juge Baker écrit:

However, far more important than the issue of dissemination and of the required notices and their publication as required by law, is that the notice itself be clear, adequate and sufficiently informative so as to permit the reader to take the appropriate steps to, in accordance with the notice itself, opt out which is the ultimate protection for an individual who does not wish to participate in the class [...].

Considering that the Ontario Notice, by referring to a settlement without providing any further information, did not adequately inform those members of the Quebec Class how to distinguish their rights between the two class actions, and accordingly the Ontario Notice, rather than serving as an informative device which is the purpose of these notices, whether under Ontario or Quebec law, *prima facie* brought confusion to the debate over how the Quebec members would deal with the notices.

¹¹⁴ EYB 2005-93155 (C.S.) (en appel) [*Lépine*].

Considering that the Quebec Notice published on February 21, 2004 informed the reader that April 21, 2004 was the date beyond which a member could not, without special permission, request exclusion from the class, and that as the Ontario Notice was published on April 7, 2004, still during the opting out period in Quebec, this served to introduce an element of confusion as to which rights the readers were directed to consider [...] ¹¹⁵

L'année suivante, la reconnaissance des jugements étrangers fut aussi analysée dans la décision *HSBC Bank Canada c. Hocking et Haziza* ¹¹⁶. Dans cette affaire, la Cour de l'Ontario avait autorisé un recours collectif pour le compte de tous ceux qui avaient remboursé par anticipation un prêt hypothécaire à la Banque HSBC. Le litige portait essentiellement sur le calcul de la pénalité ou prime devant être versée en cas de remboursement par anticipation. Le groupe était composé d'Ontariens et de Québécois, et ce, malgré l'opposition farouche de M. Haziza qui voulait intenter un recours similaire au Québec. Dans ses motifs, la juge Roy refusa de reconnaître et d'entériner la décision. Selon elle, l'Ontario n'était pas un forum approprié pour les membres québécois. Renchérissant sur les propos du juge Rehnquist, le tribunal expliqua qu'un règlement transfrontalier ne sera reconnu que si : (i) il existe un véritable lien avec le forum proposé; (ii) les membres peuvent faire valoir leur point de vue; (iii) l'avis est limpide; et (iv) les membres sont bel et bien informés quant à l'existence même de la transaction :

La situation prévalant dans le présent dossier, aux yeux du Tribunal, n'est pas conforme aux principes d'ordre et d'équité : la réclamation des membres québécois n'a aucun lien avec le forum ontarien, le représentant québécois a tenté sans succès de participer aux négociations entreprises entre Hocking et HSBC, les membres ne reçoivent aucune compensation suite au règlement et ils n'ont pas réussi à faire valoir leur point de vue devant le tribunal ontarien, leur intervention ayant été rejetée.

De plus, l'avis publié aux membres ne mentionne pas clairement que les membres ne recevront aucune somme et ne précise pas les montants versés aux organisations caritatives [...].

Le tribunal n'est pas convaincu que les membres québécois du recours ont réellement eu connaissance du règlement et réalisé qu'ils renonçaient à recevoir quelque montant que ce soit.

Pour ces motifs, le Tribunal est d'avis qu'en l'espèce, il ne peut considérer que le paragraphe 6 de l'article 3168 C.c.Q. puisse avoir pour effet de forcer des membres potentiels d'un recours collectif à poursuivre leur réclamation dans une province

¹¹⁵ *Ibid.* aux para. 39, 44-45.

¹¹⁶ EYB 2006-100504 (C.S.) (en appel) [*Hocking*].

n'ayant aucun lien avec le forum au motif que ce serait le choix du défendeur. Cette façon de faire serait contraire aux principes d'ordre et d'équité¹¹⁷.

Ce passage commande les commentaires suivants : premièrement, il semblerait que, tout comme dans l'affaire *Delaunais*, le règlement en question ne comportait pas une compensation effectuée directement de la défenderesse aux membres du groupe. Deuxièmement, l'avis lui-même ne respectait pas les exigences de l'article 1025 *C.p.c.* en ce qu'il n'expliquait pas la nature non compensatrice de la transaction. Troisièmement, il n'existait aucun lien entre les membres québécois et l'Ontario. De plus, bien que cela ne soit pas mentionné par la juge Roy, si le droit substantif ou procédural des provinces n'est pas le même, il est fort difficile de reconnaître un règlement approuvé dans un autre forum. Il est important de souligner à cet égard que nos régimes de valeurs mobilières, de protection des consommateurs et de responsabilité civile et contractuelle ne sont pas assimilables à ceux des provinces de *common law*.

En somme, les articles 1000 et 1025 *C.p.c.* font en sorte que la Cour supérieure est l'arbitre ultime de tout règlement, qu'il soit conclu ici ou à l'étranger. L'analyse qu'effectuera le tribunal sera celle prescrite par le Titre 3 du Livre X du *Code civil* qui traite de la compétence internationale des autorités du Québec. Rappelons par ailleurs que selon l'article 3135 *C.c.Q.*, un tribunal québécois qui est compétent pour connaître d'un litige ne se soustraira qu'exceptionnellement et à la demande d'une des parties.

VII. Les stratégies de règlement

Bien sûr, le règlement d'un recours collectif ne se borne jamais aux simples règles de droit. Bien que ces règles soient déterminantes d'un point de vue juridique, il existe d'autres considérations d'ordre stratégique qui sont toutes aussi essentielles pour les parties. La décision de transiger, de modifier l'image corporative ou d'initier une campagne publicitaire est plus naturellement du ressort administratif. Il s'agit, en principe, d'un choix commercial plutôt que d'un acte à caractère « légal ». Comme le présent texte se penche sur la dimension législative et jurisprudentielle du règlement, nous ne tenterons pas d'élaborer en profondeur sur l'aspect organisationnel du sujet¹¹⁸. Les commentaires qui suivent ne traceront donc que les grandes lignes.

¹¹⁷ *Ibid.* aux para. 78-79, 81-82.

¹¹⁸ Nous renvoyons le lecteur aux textes suivants : Kathleen Jones-Lépidas et Elaine Adair, *Defending Class Actions in Canada*, Toronto, CCH, 2001 à la p. 135 et

(a) *Les facteurs qui favorisent le règlement*

Lorsqu'une partie décide si elle effectuera ou non une transaction, une des considérations principales est celle d'obtenir la paix globale. Pour la défenderesse, il est crucial que le règlement mette fin au litige dans son ensemble, et ce, aussi rapidement que possible. Quand le préjudice subi par chaque membre est mineur (pensons à l'achat d'un produit défectueux), un arrangement est assez facile à structurer et suscite peu de problèmes. Lorsque les dommages sont plus graves, par contre, et comportent d'importants préjudices corporels, il est plus difficile de s'entendre sur une proposition qui soit juste, équitable et dans le meilleur intérêt de tous. Le professeur Richard Nagareda offre les précisions suivantes:

Settlements in mass tort class actions pose issues different in kind from their counterparts in other familiar areas of class litigation. In those familiar areas, the peace that a settlement brings for defendants comes at little cost to the autonomy of individual class members, for the class vehicle stands as the only realistic means by which class members might obtain redress at all. The challenges of the mass tort class action stems from the availability of a preexisting regime for the bringing of personal injury claims. As a result, all class settlements in mass tort litigation must grapple with the degree to which the private compensation regimes that they create will replace or compete with the tort system¹¹⁹.

Évidemment et mis à part les exigences imposées par le législateur, la défense a intérêt soit à obtenir l'approbation du tribunal, soit une décision finale qui aura force de chose jugée par effet de la loi¹²⁰. Ainsi, à part les membres qui demanderont leur exclusion du groupe, tous seront liés par les conditions de la transaction et ne pourront ensuite instituer d'autres recours. En ce sens, la paix qui en résultera, sera non seulement globale, mais sûre et perpétuelle. De plus, les deux parties en sortiront gagnantes, ayant formulé ensemble les modalités de la transaction.

En cas de défendeurs multiples, il peut aussi être indiqué d'obtenir une ordonnance d'interdiction (« *bar order* »)¹²¹. Dans l'affaire *Couture*, par exemple, la juge Bédard expliqua qu'une telle ordonnance permet de

s.; Ward K. Branch et John C. Kleefeld, « Settling a Class Action (or How to Wrestle an Octopus) », présenté lors d'une conférence intitulée « Litigating Toxic Torts and Other Mass Wrongs » tenue par l'Institut Canadien, Toronto, 4-5 décembre 2000 et David Klein, « Class Action Settlements » présenté lors d'une conférence intitulée « The Litigators' Conference » tenue par Insight Information Co., Toronto, 2002.

¹¹⁹ Nagareda, *supra* note 67 à la p. 829.

¹²⁰ Articles 999, 1025 et 1027 *C.p.c.*, ainsi que l'article 2848 *C.c.Q.*

¹²¹ Voir *Couture c. Shell Oil Company*, EYB 2003-39714 (C.S.) [*Couture*]; *Luther*

protéger les défenderesses qui refusent de participer au règlement en interdisant aux demandeurs d'intenter des recours solidaires contre celles-ci¹²².

Le règlement peut avoir d'autres effets bénéfiques pour la compagnie défenderesse. Une fois la transaction complétée, les actions de cette dernière seront susceptibles d'augmenter en valeur suite au retour de la stabilité économique¹²³. De plus, cela mettra fin à la mauvaise publicité qui entoure souvent les recours collectifs et rassurera, en même temps, les consommateurs ou les clients. Rappelons aussi qu'un procès sur le fond peut durer plusieurs années, donner naissance à des problèmes de preuve souvent insurmontables et coûter une somme énorme à long terme¹²⁴. Ce problème est d'ailleurs partagé par les deux parties. En effet, une guérilla judiciaire peut s'avérer infructueuse, voire fatale pour tous. En de telles circonstances, le règlement s'avère un remède abordable, efficace et flexible pour tous les intéressés.

(b) Les facteurs qui défavorisent le règlement

Une partie défenderesse s'objectera à un projet de règlement si le recours collectif lui-même est sans fondement. Malgré l'effet du chantage¹²⁵, une société sera prête à tenter ses chances devant le tribunal si les allégations portées contre elle sont manifestement frivoles. Ceci est d'autant plus le cas à la suite de l'affaire *Epstein*, dans lequel les « *strike suits* » sont explicitement condamnées par la Cour supérieure¹²⁶. Familiers avec les dangers qui peuvent survenir quand les avocats de la demande poursuivent leurs propres intérêts, les tribunaux seront moins tolérants envers ceux qui n'agissent pas véritablement pour le compte des membres. De même, la demande ne voudra pas conclure une transaction si elle croit être en mesure de gagner au mérite et d'obtenir une somme supérieure à celle qui découlerait d'un règlement. Indifférents face à l'espoir d'une entente facile et accélérée, les demandeurs poursuivront le litige afin d'obtenir pleine compensation. De plus, si la faute en cause implique la sécurité publique ou des lésions corporelles graves, le groupe préférera peut-être un processus médiatisé

c. Corporation Instrumentarium Inc. (21 septembre 1999), Montréal 500-06-0000019-964 (C.S.); *Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130 (Ont. Sup.Ct.); et *Sawatzky v. Société Chirurgicale Instrumentarium Inc.*, (1999), 71 B.C.L.R. (3d) 51 (S.C.).

¹²² *Ibid.*

¹²³ Voir Branch, *supra* note 118 à la p. 5.

¹²⁴ Voir Klein, *supra* note 118.

¹²⁵ Voir la discussion sous le titre « *Blackmail settlements* ».

¹²⁶ *Epstein*, *supra* note 46.

de même qu'un forum officiel dans lequel ses représentants pourront mieux s'exprimer.

À part ces motivations partisans, la nature du litige peut faire en sorte que les faits sont tellement complexes, et les dommages tellement individualisés, qu'il est impossible de structurer un règlement équitable¹²⁷. Les arrêts *Amchem* et *Ortiz* nous offrent l'exemple d'un problème qui semble insoluble. Malgré de vaillants efforts en première instance ainsi qu'en appel, la diversité qui existait au sein même du groupe proposé était trop considérable pour satisfaire aux critères de la Règle 23. Seule une intervention législative ou une longue série de litiges individuels pourraient, selon la Cour suprême, assurer le juste traitement de chacun des membres. Cependant, comme nous l'avons vu dans les affaires *Parsons* et *Honhon*¹²⁸, une saine collaboration entre les parties et un ensemble de règles procédurales plus souples, font en sorte qu'un règlement fort complexe peut néanmoins se réaliser au Canada.

(c) *L'image corporative*

Un autre facteur important est celui de l'image corporative. Comme chaque recours collectif est un cas d'espèce, la stratégie de la défenderesse sera modelée en fonction des circonstances. Toutefois, il existe certaines normes qui devraient toujours être respectées et qui se dégagent clairement de la jurisprudence. Premièrement, il est important d'éviter toute forme de collusion illicite. Ceci ne veut pas dire que la défense ne devrait pas coopérer avec les avocats des demandeurs ou agir dans l'intérêt de leur cliente. Bien au contraire. Mais les mandataires de la société défenderesse ne peuvent pas induire leurs confrères en erreur ou essayer de les corrompre avec la promesse d'un règlement discutable. Ces « *sweetheart deals* » sont tout aussi inacceptables que le chantage¹²⁹. N'oublions pas que les avocats, procureurs des parties à une instance de recours collectif, sont d'abord et avant tout des officiers de la justice et qu'ils doivent toujours agir de bonne foi, que ce soit au stade de la négociation préalable, de l'autorisation ou du procès sur le fond¹³⁰.

Deuxièmement, si la défenderesse veut éviter un cirque médiatique, il serait indiqué de régler le litige bien avant l'audience d'autorisation.

¹²⁷ Voilà une des raisons pour lesquelles les « *mass torts* » sont souvent vus d'un oeil sceptique, *supra* note 65.

¹²⁸ *Supra* note 24 et 32.

¹²⁹ *Coffee*, *supra* note 52.

¹³⁰ Articles 6 et 7 *C.c.Q.*, art. 4.1 *C.p.c.* et art. 2.00.01, 2.01, 2.01.01 et 3.02.01 *C.d.a.*

Elle pourra ainsi mettre fin au litige immédiatement, tuant la procédure dans l'œuf.

Troisièmement, si un risque se concrétise, il est primordial que la société défenderesse prenne les mesures nécessaires pour protéger la santé et la sécurité publique. En s'impliquant immédiatement pour neutraliser les effets d'un produit nocif ou d'un dommage environnemental, elle enverra le message que le bien-être de la communauté est sa première et plus importante priorité.

(d) *Les pratiques médiatiques*

Les pratiques médiatiques relèvent de la haute direction et des agents de relations publiques. Toutefois, l'impact des médias sur le déroulement d'un recours collectif ne peut être sous-estimé. Comme nous l'avons déjà souligné, ces énormes litiges font la une régulièrement et suscitent souvent de vives réactions. Plus qu'un combat juridique, les parties doivent promouvoir leurs intérêts dans les journaux et sur les ondes. Il est donc essentiel que la défenderesse élabore une stratégie publicitaire destinée à encourager ses actionnaires (le cas échéant), rassurer sa clientèle et contrer les arguments véhiculés par ses adversaires. Les modalités d'une telle stratégie varieront énormément d'un cas à l'autre. Cependant, la conférence de presse, le babillard électronique et la campagne publicitaire sont tous des méthodes familières qui se sont montrées utiles par le passé. Soucieuse que son image ne soit ternie, une compagnie pourrait même transformer son identité corporative. Bien que ce ne soit pas dans le contexte d'un recours collectif, British Petroleum changea sa raison sociale à « BP » en 1999, prétendant dans ses messages publicitaires que ses activités seraient dorénavant « *beyond petroleum* ».

VIII. Conclusion

Le règlement d'un recours collectif vise la résolution complète et permanente d'un différend. Bien que les législateurs américains, québécois et canadiens aient pris le soin de codifier la transaction,¹³¹ le contenu, la forme et les conditions de cette entente sont laissés à la discrétion des parties. Ceci étant, un ensemble de critères jurisprudentiels sont venus combler cette lacune. Non seulement le règlement doit-il être juste, raisonnable et dans l'intérêt de tous les membres, mais il doit aussi assurer un minimum de renseignements, de transparence, de rigueur et d'égalité. Une étude du droit et de la doctrine provenant des États-Unis révèle le double problème du chantage et de la collusion. Ces phénomènes comportent des agissements empreints de mauvaise foi

¹³¹ Dans cet ordre chronologique.

qu'il est impératif d'éviter. Or, les arrêts *Amchem* et *Ortiz*, deux décisions controversées, nous enseignent que le traitement équitable des membres doit primer sur toute autre considération. Malgré que le Québec et les autres provinces suivent leur propre cadre juridique, ce constat fondamental s'applique aussi aux règlements canadiens. Certes, les cours de droit commun sont les gardiennes de nos régimes de recours collectifs. Toutefois, le fait que les règlements transfrontaliers deviennent plus fréquents indique que nous devons être conscients des grands débats américains, débats qui deviendront possiblement les nôtres. En effet, il est à prévoir qu'au cours des prochaines années des règlements complexes et à modalités alternatives deviendront plus communs. Ces règlements exigeront de la part des avocats et des juges une appréciation fine des principes, des critères et des enjeux sociaux qui animent notre droit. Plus qu'une question procédurale, le règlement d'un recours collectif implique, de par sa nature, un équilibre délicat entre les intérêts des parties et les droits des membres. Une meilleure compréhension de notre jurisprudence, ainsi que de la jurisprudence de nos voisins, est donc essentielle.

Comme dans toute campagne, les conflits juridiques se déroulent sur le terrain, ainsi que dans les coulisses du pouvoir, dans les journaux, sur l'internet et à la télévision. Il faut donc développer, de part et d'autre, une stratégie compréhensive. Cependant, on doit se rappeler qu'en matière de règlement la vraie mission n'est pas de détruire son adversaire, mais plutôt d'assurer une concorde juste et globale. Après tout, il arrive que même en droit « le plaisir des disputes, c'est de faire la paix »¹³².

¹³² Alfred de Musset (1810-1857).