

UNE BOUFFÉE D'AIR FRAIS

PROMOUVOIR UNE APPROCHE DÉONTOLOGIQUE AUX HONORAIRES EXTRAJUDICIAIRES DANS LE CONTEXTE DES RECOURS COLLECTIFS

Gérald R. Tremblay*, Shaun Finn** et Phelps Turner***

Le calcul des frais d'avocat dans le contexte des recours collectifs est centré soit sur les pourcentages de recouvrement, soit sur les multiplicateurs de risque. La façon de tenir compte de la prestation des procureurs en demande est une question qui est souvent abordée de façon mathématique. Cependant, les frais d'avocats ont toujours été ancrés, historiquement ainsi que législativement, dans les normes d'éthique qui régissent notre profession. Cet article propose une approche déontologique de la détermination des frais d'avocats, et encourage les praticiens à harmoniser pourcentage avec principes, quantité avec qualité.

The calculation of attorney fees in the realm of class actions is based on either the percentage of recovery or on a risk multiplier. The method used to assess the services rendered by plaintiff counsel is often approached mathematically. However, attorney fees have always been based, both historically and legislatively, on the rules of professional ethics. This article proposes an ethical approach to the determination of attorney fees, and encourages practitioners to harmonize percentages with principles, quantity with quality.

In civilized life, law floats in a sea of ethics. Each is indispensable to civilization. Without law, we should be at the mercy of the least scrupulous; without ethics, law could not exist.¹

One often says to oneself when some proposition is put forward: "That just can't be right" and then one looks to see

* Bâtonnier du Barreau du Québec 2008-2009, associé, McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.

** Sociétaire, McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., membre du Groupe national des recours collectifs du cabinet. Les auteurs tiennent à remercier Me Donald Bisson, associé, Directeur du Groupe national des recours collectifs, et M. Antoine Bégin, étudiant, McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.

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

¹ Chief Justice Earl Warren, NY Times 12 Novembre 1962.

*why it cannot be right. Sometimes it offends against common sense, sometimes against one's sense of justice, but more often it just will not stand with legal principles, though it may seem to be supported by some judicial observations read apart from their context.*²

1. Introduction

Accès à la justice, économie judiciaire et modification de comportement : ces trois objectifs sont les piliers du recours collectif canadien. Cette justification en trois parties des procédures en recours collectifs, formulée par la Commission de réforme juridique de l'Ontario et reprise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres c. Dutton*³, est devenue une vue conceptuelle selon laquelle nous analysons, discutons et imaginons le litige de groupe. Cependant, malgré son caractère unique, le recours collectif moderne n'est pas une île en soi. Au contraire, il s'agit d'une procédure qui est fermement ancrée dans les régimes légaux des juridictions qui ont décidé de l'adopter. Nulle part a-t-on dit que les recours collectifs transcendent les règles déontologiques qui gouvernent les relations entre avocats et clients et nulle part a-t-on dit que, dans le milieu des recours collectifs, les avocats devraient être des participants au litige, et non des représentants et conseillers détachés. Toutefois, aujourd'hui, les litiges en recours collectifs sont souvent décrits comme des entreprises commerciales – une exploitation conjointe entre les requérants, les avocats du groupe et peut-être même les tiers investisseurs⁴. Ceci ne constitue pas seulement une dérogation navrante aux principes et obligations de la profession légale, mais obscurcit ce que signifie être un avocat. Bien que les temps changent, que le droit évolue, que les sociétés deviennent plus complexes et que les litiges deviennent plus étendus et sophistiqués, les avocats doivent rester ce qu'ils ont toujours été : des défenseurs de leurs clients, des officiers de la justice et des serviteurs de la loi.

Comment définir la pratique de l'avocat? La question peut sembler archaïque, voire inutile, considérant que la profession existe, sous plusieurs formes, depuis les premiers balbutiements de la société. De l'époque des Douze tables, au temps des anciens *writs*, et aujourd'hui, à l'ère des états-nations, des codes et des chartes, il a toujours existé des lois et des individus pour les invoquer au nom des autres. Toutefois,

² Lord Reid, "The Judge as Law Maker" (1972) 12 J.S.P.T.L. 22.

³ [2001] 2 S.C.R. 534.

⁴ Voir Margaret McCaffery « Litigation as an asset class » *National Post* (26 mars 2008) FP8.

lors du dernier demi-siècle, des progrès sans précédent sont survenus. La prolifération des litiges, l'introduction de nouvelles techniques de facturation et l'adoption et l'entrée en vigueur de législations encadrant les recours collectifs, entre autres, ont bouleversé la pratique du droit. Peu à peu, l'esprit et la langue du monde des affaires sont venus moduler l'environnement juridique. Aujourd'hui, être praticien du droit implique généralement être une personne d'affaires : un entrepreneur qui a un intérêt à accroître ses revenus, maximiser ses opportunités et minimiser ses risques. Quoique cette évolution soit compréhensible et même inévitable, cette nouvelle approche à la profession risque de la dénaturer et de diluer l'essence de la pratique traditionnelle. En effet, avant même qu'elle soit considérée comme un honnête gagne-pain, la pratique du droit était une profession – une vocation pour ces gens dévoués au service et au conseil de leurs concitoyens.

Le juge Dillon a écrit : « Les considérations déontologiques ne peuvent pas plus être exclues de l'administration de la justice, qui est l'objectif et la raison d'être de toutes lois civiles, qu'il est possible de vider l'air d'une salle sans toutefois périr. »⁵ [notre traduction]. Il existe peu de domaines où les considérations déontologiques sont plus importantes que dans la sphère des recours collectifs, où les juges doivent considérer des droits d'un groupe invisible, présider des procédures des plus complexes et donner leur approbation, le cas échéant, aux honoraires réclamés par les procureurs du requérant. La détermination d'honoraires justes et raisonnables s'est avérée particulièrement difficile. Les Parlements et les tribunaux ont tenté d'élaborer des modes de calcul fondés sur les heures chargées, le pourcentage de recouvrement, des multiplicateurs ou toute combinaison de ces facteurs. Cependant, au-delà de ces méthodologies quantitatives, existent des normes éthiques qui gouvernent la profession. Ce sont ces normes, plutôt que des données mathématiques, qui doivent guider les tribunaux dans leur détermination de ce qui constitue des honoraires justes et raisonnables. Qui plus est, ce sont ces normes – ainsi que l'esprit traditionnel de la pratique qu'elles incarnent – qui doivent inspirer la conduite des avocats eux-mêmes. La présente contribution a pour but d'attirer l'attention sur les considérations déontologiques qui sous-tendent la détermination des honoraires des avocats, les différentes approches de calcul telles qu'elles ont évolué dans le domaine des recours collectifs et le dilemme unique auquel sont confrontés les procureurs œuvrant dans cette sphère du droit. De plus, nous soumettrons que ce n'est qu'en puisant dans les racines de la

⁵ John F. Dillon, *The Laws and Jurisprudence of England and America: Being a Series of Lectures Delivered Before Yale University*, Boston, Little, Brown and Company, 1894 Lecture I à la p. 17.

profession et en faisant un retour vers ses valeurs traditionnelles que ces dilemmes seront résolus.

2. Assises déontologiques des honoraires des avocats

La législation et la jurisprudence québécoises

Une analyse de la législation, de la réglementation et de la jurisprudence pertinentes nous révèle que la détermination des honoraires des avocats au Québec est fortement ancrée dans des considérations déontologiques. En effet, le principe qui sous-tend la loi est que les honoraires doivent être « justes et raisonnables ». Ce principe, ainsi que les critères selon lesquels on détermine ce qui est juste et raisonnable, ont été enchâssés par le législateur et appliqués par les tribunaux québécois.

A) Législation

Il peut être argumenté que la notion d'honoraires justes et raisonnables est un concept datant de l'époque romaine, alors que les juristes agissaient non seulement comme représentants légaux, mais également comme politiciens participant activement à la vie publique de l'état. À ce titre, ils fournissaient des services privés à leurs clients tout en occupant des postes de grande puissance, de responsabilité et d'influence dans leur société. Ces juristes offraient des conseils juridiques à leur clientèle en échange de fidélité et d'assistance future⁶. L'idée que le lucre ou le gain de profits puissent motiver l'offre de conseils juridiques aurait choqué la moralité, peut-être plus simple, de l'âge classique⁷. Aussi, cette approche au Mammon trouva son écho dans l'ancienne tradition chrétienne, qui enseignait que « l'amour de l'argent est racine de toutes sortes de maux »⁸. Ces croyances civiles et religieuses, quoique anachroniques selon certains, ont eu une influence considérable sur l'éthique juridique, particulièrement dans le monde civiliste. C'est dans ce contexte que, peu à peu, naquît l'idée que si les juristes vont charger des honoraires, ces honoraires se doivent d'être justes et raisonnables. Malgré le fait que la profession légale soit

⁶ Pour une description plus complète de la relation juriste-client, voir Donald Kagan et al., *The Western Heritage*, 4e éd., Toronto, Collier Macmillan Canada, 1991 à la p. 118.

⁷ *Ibid.* De plus, la trahison envers le client était considérée comme une offense religieuse. "Let the patron who has defrauded his client be accursed", selon un dictum populaire.

⁸ 1 Timothée 6:10. Le verset se lit : « Car l'amour de l'argent est racine de toutes sortes de maux. Pour s'y être abandonnés, certains se sont égarés très loin de la foi, et se sont infligés beaucoup de tourments. »

devenue de plus en plus commerciale et lucrative, elle ne s'est jamais écartée de ce principe.

Les lois pertinentes démontrent et confirment que ces considérations déontologiques sont le fondement de la détermination des honoraires des avocats au Québec. D'ailleurs, il est particulièrement frappant de constater que la source principale servant de guide dans la détermination des honoraires est le *Code de déontologie des avocats*⁹.

Les dispositions du *Code de déontologie des avocats* établissent le cadre déontologique applicable dans la détermination des honoraires au Québec. L'article 3.08.01 prévoit que l'avocat doit charger et accepter des honoraires justes et raisonnables. En vertu de l'article 3.08.02, les honoraires sont justes et raisonnables lorsqu'ils sont justifiés par les circonstances et correspondent aux services professionnels rendus. L'article énumère ensuite les facteurs à être considérés par l'avocat dans la détermination de ses honoraires, tels que le temps consacré au dossier, la difficulté du problème soumis, la responsabilité assumée et les résultats obtenus¹⁰. Curieusement, le libellé de l'article 3.08.03 laisse sous-entendre que la préoccupation quant au lucre dans la profession persiste toujours. L'article précise que « L'avocat doit éviter toutes les méthodes et attitudes susceptibles de donner à sa profession un caractère de lucre et de commercialité ».

Au-delà de l'obligation imposée aux avocats de charger des honoraires justes et raisonnables, la législation québécoise met l'accent sur le rôle public joué par l'avocat et fait référence au caractère d'Homme d'État découlant de la conception idéalisée du juriste. Par exemple, l'article 2 de la *Loi sur le Barreau du Québec*¹¹, la loi habilitante du *Code de déontologie des avocats*, énonce que les avocats exercent une fonction publique auprès du tribunal et participent à l'administration de la justice. De plus, l'article 2.01.01 du *Code de déontologie des avocats* indique que les avocats servent la justice et doivent soutenir l'autorité des tribunaux.

⁹ R.R.Q. 1981, c. B-1, r.1.

¹⁰ Ces facteurs sont : 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; et h) les honoraires judiciaires et extrajudiciaires prévus aux tarifs.

¹¹ L.R.Q. c. B-1.

B) Jurisprudence

Les tribunaux québécois se sont fait écho du principe voulant que les avocats doivent charger des honoraires justes et raisonnables. Ils ont également mis l'emphasis sur la difficulté de quantifier la valeur des services rendus par les avocats, considérant le rôle unique qu'ils jouent dans la société. Cette difficulté fut explicitée dans la décision *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast c. Empress Jewellery (Canada) Inc.*¹², dans laquelle la Cour supérieure conclut qu'une réduction des honoraires était nécessaire dans les circonstances qui s'y prêtaient. La Cour a fait référence à l'article 3.08.02 du *Code de déontologie des avocats* afin de déterminer l'étendue de la réduction, en précisant ce qui suit :

Billing on an hourly basis, however, should not be effected as a simple mathematical process whereby the number of hours is multiplied by the hourly rate to arrive at the amount of the fee. The practice of law is a profession that is surely not the equivalent of a merchant selling a commodity for a price based on its number and weight¹³.

La décision indique qu'une compensation pour la performance de services juridiques ne peut excéder ce qui est juste et raisonnable selon une analyse holistique et fondée sur des notions d'éthique.

Un jugement ayant des conclusions similaires à celles de l'affaire *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast c. Empress Jewellery (Canada) Inc.* est la décision *Ogilvy, Renault c. Beauce, société mutuelle d'assurances générales*¹⁴. Le juge y exprime sensiblement la même mise en garde quant au du calcul des honoraires :

Le deuxième principe que renferme le Code de déontologie en matière de fixation et de paiement des honoraires d'avocat, est que le temps consacré à une affaire ne constitue qu'un des éléments considérés pour établir des honoraires justes et raisonnables. Un professionnel ne peut s'autoriser de la simple réception d'un mandat, pour fixer ses honoraires en multipliant son taux horaire, même dévoilés d'avance, par des heures de travail empilées les unes par dessus les autres. Le fait que ces heures aient été réellement consacrées à l'affaire, même par des avocats bien intentionnés, ne peut bonifier la situation

¹² J.E. 99-1556 (C.S.).

¹³ *Ibid.* au para. 65.

¹⁴ REJB 1997-05114 (C.Q.).

Le Code de déontologie exige de l'avocat qu'il tienne notamment compte d'autres facteurs tels la difficulté du problème soumis, l'importance de l'affaire, la responsabilité assumée et le résultat obtenu¹⁵.

En outre, dans un tout récent litige en matière d'honoraires dans le cadre d'un recours collectif¹⁶, le juge André Prévost a analysé plus en détails deux facteurs que l'avocat doit considérer dans l'établissement de ses honoraires, soit le temps consacré à l'affaire et l'importance de l'affaire. Le juge y réduit d'ailleurs les honoraires des avocats-requérants puisque leur travail n'a pas fait avancer le dossier, leurs démarches ayant été inutiles, et que ces derniers n'ont pas réussi à démontrer l'importance de l'affaire. En effet, alors qu'il y avait un potentiel de 1,4 million de personnes, seulement trois personnes se sont montrées intéressées par le recours :

Les défendeurs soulèvent, avec raison, le temps considérable consacré au dossier par les avocats-requérants dont une partie, qu'il est impossible de quantifier, se rapporte à des aspects ou à des débats qui se sont avérés inutiles et qui n'ont aucunement fait progresser le dossier.

Il en est ainsi, notamment, du débat tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel portant sur la confidentialité du nom du requérant, des longues démarches entourant son remplacement, ainsi que du temps consacré aux procédures et à la préparation des arguments visant Ville de Laval et Ville de Montréal, alors que le demandeur réclame l'autorisation de se désister du recours quant à elles, moins de deux semaines après le jugement qui l'autorise.

Enfin, les avocats-requérants auraient dû s'interroger plus tôt sur l'opportunité d'investir temps et argent pour poursuivre la procédure alors que sur une période de quinze années, seules trois personnes, incluant les deux représentants, ont manifesté un intérêt à l'égard du recours. Même si, théoriquement, le groupe pouvait comprendre 1,4 million de personnes, on constate que les démarches entreprises n'ont soulevé que très peu d'intérêt, quelles qu'en soient les raisons. Il y avait sûrement là matière à réflexion quant à la poursuite du recours¹⁷.

Dans l'affaire *Terreault c. Bigras*¹⁸, la Cour d'appel se retrouva devant une situation où le procureur, dans le cadre d'une action de divorce, avait à la fois chargé à sa cliente un horaire fixe en plus d'un pourcentage de 15% de tous les avantages. La Cour eut alors à se demander si cette convention d'honoraires donnait à la profession

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ostiguy c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5853.

¹⁷ *Ibid.* aux para. 55-57.

¹⁸ [2006] R.J.Q. 126 (C.S.).

d'avocat un caractère de lucre et de commercialité entraînant ainsi la nullité de cette convention. Elle en conclut que oui et annula la convention en se référant à un autre arrêt de la Cour d'appel, l'affaire *Francoeur c. Belzil*¹⁹, où la juge Rousseau-Houle avait déclaré :

[37] Objectivement, il ne s'agissait pas d'une affaire de grande importance sur le plan juridique. Le résultat de l'affaire était au contraire prévisible. En choisissant la voie qui le favorisait inévitablement, soit des honoraires fixes et des honoraires de 20% du montant que l'intimée n'aura pas à rembourser, l'appelant s'est indûment avantage au détriment des droits et intérêts de l'intimée.

[38] Pour ces motifs, je suis d'avis que la juge de la Cour supérieure était justifiée d'annuler la transaction et que le pourvoi de l'appelant ne peut réussir²⁰.

Ces deux arrêts de la Cour d'appel indiquent donc à l'avocat le risque de contestation lié à une convention où à la fois un honoraire horaire fixe et un pourcentage des gains sont exigés comme paiement.

De plus, les devoirs d'un avocat envers son client en matière de facturation furent également analysés dans la décision de principe *Mathieu c. Marchand*²¹, dans laquelle la Cour d'appel a jugé que l'avocat avait contrevenu au *Code de déontologie des avocats* dans la mesure où son client n'avait pas été adéquatement informé des honoraires dus. La Cour a alors décidé que la réduction des honoraires était le remède approprié et a quantifié la réduction selon une « appréciation souveraine plutôt que par une analyse mathématique »²². Cette décision souligne l'idée que la valeur des services juridiques rendus n'est pas réellement quantifiable; elle doit plutôt représenter un montant juste et raisonnable à la lumière des critères spécifiés à l'article 3.08.02.

Toutefois, ce n'est que dans le récent recours collectif *Dikranian c. Québec (Procureur général)*²³ que la question du conflit d'intérêts entre membres et procureurs a été abordée. En effet, dans cette cause, le représentant des bénéficiaires d'aide financière aux études concernés, Harry Dikranian, était aussi avocat pour le cabinet représentant les membres. Lorsque les procureurs ont voulu augmenter par convention leur marge de 20% des gains à 30%, la Cour supérieure a refusé. Elle

¹⁹ J.E. 2004-1252 (C.A.).

²⁰ *Ibid.* aux para 37-38.

²¹ [1986] R.D.J. 296 (C.A.).

²² *Ibid.* à la p. 303.

²³ 2008 QCCS 6.

avait d'abord comme motif la défense de l'intérêt des membres absents. Il faut comprendre que Dikranian avait fait gonfler la facture en chargeant des frais reliés directement à son rôle de représentant, tels que la préparation de son interrogatoire devant le Procureur Général, le temps consacré à rencontrer les membres et le temps consacré à rencontrer les journalistes. Bref, lorsque le représentant est aussi procureur, il doit bien distinguer les deux rôles qu'il joue et tout faire pour qu'il n'y ait pas de doute qu'il représente bien les membres, et non ses propres intérêts pécuniaires professionnels.

La législation et la jurisprudence américaines et en common law canadienne

La détermination des honoraires d'avocats aux États-Unis et en common law canadienne est également ancrée dans une riche tradition d'éthique. Dans ces juridictions, tout comme pour le Québec, la position dominante veut que les honoraires doivent être justes et raisonnables. Ce principe a été enchâssé dans les codes de déontologie et a été le sujet d'un nombre considérable de décisions des tribunaux et de la doctrine qui en découle.

A) Législation

Aux États-Unis, l'American Bar Association's *Model Rules of Professional Conduct*²⁴ sert comme guide dans la détermination des honoraires d'avocats. En effet, tous les États, sauf trois, ont adopté et mis en vigueur des règles de conduite professionnelle suivant le format spécifique imposé par ces *Model Rules*²⁵. La règle 1.5(a) prévoit qu'un avocat ne doit pas charger ou accepter des honoraires déraisonnables. Tout comme sa contrepartie québécoise, la règle 1.5(a) énumère les facteurs utilisés dans la détermination de ce qui constitue des honoraires justes et raisonnables²⁶. Ces facteurs comprennent autant le temps et l'effort requis, que la nouveauté et la complexité du problème

²⁴ http://www.abanet.org/cpr/mrpc/mrpc_toc.html [*Model Rules*].

²⁵ Californie, New York et Maine.

²⁶ Ces facteurs sont : (1) le temps et le travail requis, la nouveauté et la complexité du problème soumis et le niveau de compétence requis; (2) les probabilités, si apparentes pour le client, que l'acceptation du mandat sera prioritaire par rapport à d'autres mandats; (3) les honoraires habituellement chargés dans la région pour des services similaires; (4) le montant impliqué et les résultats obtenus; (5) les limitations de temps imposées par le client ou selon les circonstances; (6) la nature et l'étendue de la relation professionnelle avec le client; (7) l'expérience, la réputation et les compétences de l'avocat qui rend les services; et (8) si les honoraires sont fixes ou contingents.

soumis, que le résultat obtenu, ainsi que toute autre considération pragmatique.

De façon similaire, l'Association du Barreau canadien a développé un *Code de déontologie*²⁷ qui sert de modèle pour une approche fondée sur les notions d'éthique dans la détermination des honoraires dans les juridictions canadiennes de common law. La règle prévue au Chapitre XI, concernant les honoraires d'avocat, stipule que les avocats ne doivent charger ou accepter que des honoraires justes et raisonnables. Tout comme au Québec et aux États-Unis, les commentaires qui complètent cette règle nous donnent une liste comparable des facteurs à être considérés dans la détermination d'honoraires acceptables²⁸.

B) La jurisprudence

Aux États-Unis, les tribunaux ont depuis longtemps reconnu que les honoraires exigés par les avocats doivent être justes et raisonnables. Il est évident qu'une analyse de la jurisprudence de chacun des cinquante états américains excède la portée de cet article mais il faut mentionner que dans l'affaire *Hensley v. Eckerhart*²⁹ la Cour Suprême des États-Unis a statué que les cours de chaque district ont le devoir de s'assurer que les honoraires d'avocat exigés soient raisonnables.

La Cour a d'ailleurs expliqué que pour déterminer le caractère raisonnable de ces honoraires, les cours peuvent tenir compte des facteurs identifiés par la Cour d'Appel du Cinquième Circuit dans l'affaire *Johnson v. Georgia Highway Express Inc.*³⁰. Il est intéressant de noter que les douze facteurs énumérés dans cette décision sont à peu près identiques à ceux mentionnés par l'Association du Barreau américain dans ses règles de déontologie, les *Model Rules of Professional Conduct*.

²⁷ http://www.cba.org/abc/activities_f/pdf/codeofconduct06.pdf.

²⁸ Ces facteurs sont : (a) le temps et l'effort consacrés à l'affaire, (b) la difficulté et l'importance de l'affaire, (c) la prestation de services inhabituels ou exigeant une compétence particulière, (d) les honoraires généralement exigés, dans le même genre d'affaire, par des avocats de réputation égale dans la même localité et dans des circonstances comparables, (e) dans les causes civiles, les sommes et la valeur en cause, (f) dans les causes criminelles, le danger et le risque courus par le client, (g) les résultats, (h) les honoraires prévus aux tarifs officiels, (i) les circonstances particulières, comme la perte d'autres affaires, l'incertitude de la rémunération et l'urgence; et (j) toute entente pertinente entre l'avocat et son client.

²⁹ 461 U.S. 424 (1983).

³⁰ 488 F.2d 714 (5th Cir. 1974) [*Johnson*].

D'une manière similaire, au Canada, les tribunaux de common law ont depuis longtemps reconnu que les honoraires d'avocat doivent être justes et raisonnables. À cette fin, elles ont établi une liste des facteurs qui servent à traduire en termes plus pratiques ces conditions. Ainsi, dans l'affaire *Cohen v. Kealey and Blaney*³¹, la Cour d'Appel de l'Ontario a énuméré neuf « facteurs usuels » (« usual factors ») qui reflètent considérablement les critères rencontrés dans les *Model Rules of Professional Conduct* de l'Association du Barreau américain ainsi que ceux du *Code de Déontologie* de l'Association du Barreau canadien.

3. Les honoraires d'avocat dans le contexte des recours collectifs

A) Les aspects qualitatifs

Le principe des honoraires justes et raisonnables a une connotation particulière dans le contexte des recours collectifs. Contrairement au litige traditionnel qui oppose un ou plusieurs demandeurs connus à un ou plusieurs défendeurs connus, le recours collectif implique un groupe de demandeurs anonymes dont les droits sont protégés par un représentant nommé par la cour. À son tour le représentant, qui d'habitude a un intérêt financier assez négligeable dans le jugement à obtenir, nécessite le conseil de son avocat qui assume parfois des coûts et des risques considérables dans ce genre de litige. Afin de déterminer si les honoraires exigés dans le cadre d'un recours collectif sont justes et raisonnables, les cours ont utilisé des critères de nature législative qu'elles employaient dans le contexte du litige traditionnel. Néanmoins, d'autres critères additionnels ont été développés afin de mieux rencontrer les caractères particuliers d'un recours collectif.

Au Québec, les tribunaux qui doivent aborder la question utilisent l'article 3.08.02 du *Code de déontologie des avocats* et analysent les faits de chaque affaire en tenant compte des facteurs énumérés dans cette disposition³². Les cours prennent aussi en considération le degré de risque assumé au moment de l'introduction du recours collectif. En

³¹ (1985), 26 C.P.C. (2d) 211 (Ont. C.A.) [*Cohen*]: (a) le temps que l'avocat a consacré à l'affaire; (b) la difficulté légale du problème soumis; (c) le degré de responsabilité assumé par le procureur; (d) la valeur monétaire de l'objet du litige; (e) l'importance de l'affaire pour le client; (f) le degré de compétence et d'expertise démontrées par le procureur; (g) les résultats obtenus; (h) la capacité du client de payer; et (i) les attentes du clients quant au montant des honoraires.

³² Voir pour un excellent exemple à ce sujet, l'affaire *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)* (2007 QCCS 1796), dans laquelle la Cour supérieure a fait ce genre d'analyse et a approuvé une entente en vertu de laquelle le procureur des demandeurs a été en mesure de réclamer 25%, ou 3 381 741 \$, du

d'autres termes, un autre élément qui est mis dans la balance est le fait que les procureurs supportent les frais occasionnés par des affaires qui demandent beaucoup de temps et qui n'offrent aucune garantie de succès³³. De plus, les cours font attention aux conditions requises par l'article 4.2 du *Code de procédure civile*³⁴, qui prévoit qu'une partie doit respecter une certaine proportionnalité entre les coûts engendrés par les actes de procédures choisis et la valeur de l'objet du litige³⁵.

En Ontario, les cours appelées à trancher les recours collectifs se réfèrent aux «facteurs usuels» afin de déterminer si les honoraires demandés par le procureur du groupe sont justes et raisonnables. Cette approche a été consacrée par la décision *Windisman v. Toronto College Park Ltd.*³⁶, dans laquelle la cour avait analysé la trame factuelle de l'affaire à la lumière des facteurs énumérés dans l'affaire *Cohen*³⁷. D'une manière similaire, lorsque appelées à déterminer le caractère juste et raisonnable des honoraires demandés par le procureur du groupe, les cours américaines ont adopté les critères élaborés par l'Association du Barreau canadien dans ses *Model Rules of Professional Conduct*. En effet, il est à noter que les critères énoncés par la Cour d'appel du Cinquième Circuit dans l'affaire *Johnson*³⁸ ont été spécifiquement développés dans le contexte d'un recours collectif.

B) La méthodologie quantitative

Essentiellement, ce sont les tribunaux qui doivent approuver les honoraires réclamés par le procureur du groupe des demandeurs. Mais évaluer ce qui est juste et raisonnable peut constituer une tâche délicate même avec l'appui des critères élaborés par le législateur et la jurisprudence. Pour cette raison, deux méthodologies ont été développées afin de déterminer d'une manière quantitative le montant des honoraires du procureur des demandeurs. L'une des méthodes établit les honoraires sur la base d'un pourcentage du montant accordé aux demandeurs. L'autre, généralement connue comme la méthode « étoile » (« lodestar »), consiste dans la multiplication d'un honoraire

montant accordé.

³³ *Guilbert c. Sony BMG Musique (Canada) Inc.*, 2007 QCCS 342 [*Guilbert*] au para. 41.

³⁴ L.R.Q. c. C-25 [*C.p.c.*].

³⁵ *Guilbert*, *supra* note 33 au para. 44.

³⁶ [1996] O.J. No. 2897 (Gen. Div.). Il est important de noter que ces facteurs servaient à déterminer des honoraires de base justes et raisonnables auxquels on appliquait, par la suite, un multiplicateur. Cette approche quantitative sera plus amplement discutée dans la section suivante.

³⁷ *Supra* note 31.

³⁸ *Supra* note 30.

de base qui est établi en tenant compte du nombre total des heures facturées et de leur taux horaire³⁹.

La méthode basée sur le pourcentage est synonyme de méthode impliquant un fonds de prévoyance en vertu duquel le procureur qui a gagné l'affaire reçoit un pourcentage prédéterminé du montant accordé par la cour dans le jugement final ou dans le règlement négocié par les parties. Le montant de ce pourcentage varie mais il est généralement situé entre 15 et 33% du montant accordé. Dans le contexte du recours collectif, cette méthode a été critiquée fréquemment comme étant de nature à générer des conflits d'intérêts potentiels entre le meilleur intérêt du groupe et celui de son procureur⁴⁰. Ainsi, il a été argumenté que le procureur du groupe serait tenté de régler rapidement l'affaire sachant qu'il va être récompensé sans regard au temps et à l'effort qu'il a réellement consacrés à l'affaire⁴¹.

Par ailleurs, en utilisant la méthode étoile qui fut initialement développée par les cours américaines⁴², on détermine la valeur des services des procureurs du groupe en multipliant des honoraires de base. Le multiplicateur est choisi en tenant compte des particularités de chaque cas, par exemple les risques générés par une affaire difficile ou nouvelle, et d'habitude il est situé quelque part entre les chiffres 1 et 4. Cette méthode est fréquemment critiquée pour inciter le procureur des demandeurs à investir trop de temps dans la solution de l'affaire⁴³. D'ailleurs, pour cette raison ainsi que pour d'autres déficiences identifiées par une commission mandatée par la Cour du Troisième Circuit des États-Unis, il a été recommandé d'utiliser cette méthode uniquement dans les affaires où les honoraires sont établis par la loi⁴⁴.

Au Québec, les cours ont traditionnellement favorisé la méthode basée sur le pourcentage, mais il y a quand même un courant favorable envers la méthode étoile même s'il y a des opinions critiques à ce sujet. Ainsi, dans l'affaire *Roberge c. La Capitale, assureur de l'administration publique inc.*, la Cour supérieure a mentionné dans un

³⁹ Multiplicateur x (Heures Facturées x Taux Horaire) = Honoraires d'avocat.

⁴⁰ Gérald R. Tremblay, "Le recours collectif : point de vue de la défense" (1999) 115 *Développements récents sur les recours collectifs* 1 à la p. 10.

⁴¹ J.J. Camp, "Avoiding Pitfalls and Potential Conflicts in Negotiating Class Counsel Fees and Obtaining Court Approval" (2006) 3:1 *Can. Class Action Rev.* 277 à la p. 278.

⁴² *Lindy Bros. Builders Inc. of Philadelphia v. American Radiator & Standard Sanitary Corp.*, 487 F.2d 161 (3rd Cir. 1973).

⁴³ Camp, *supra* note 41.

⁴⁴ Report of the Third Circuit Task Force, *Court Awarded Attorney Fees*, 108 F.R.D. 237 (1985).

obiter dictum que la méthode étoile n'est qu'un concept étranger au droit québécois⁴⁵. Pour leur part, les cours ontariennes appliquent constamment les deux méthodes. Aux États-Unis, la majorité des tribunaux favorisent maintenant la méthode basée sur le pourcentage mais il est intéressant de noter que ces tribunaux utilisent souvent l'une des méthodes mais se réfèrent aussi à l'autre pour mieux cerner les résultats. Il est possible qu'avec le temps il soit prouvé que cette approche s'avère être la meilleure car elle permet de considérer et de balancer les divers incitatifs, risques et problèmes déontologiques générés par les deux méthodes.

C) La discrétion du juge

Malgré tous les critères du *Code de déontologie des avocats*, tous ceux de la jurisprudence et toutes les méthodes de calcul développées, il va sans dire que, en fin de compte, la discrétion du juge occupe une grande place dans la détermination des honoraires des avocats. On peut penser que cela est dû au rôle exceptionnel que celui-ci doit exercer dans un recours collectif. En effet, lors d'un recours collectif, le juge devient le protecteur de l'intérêt des membres absents⁴⁶. Par contre, comme le souligne le professeur Lafond, le juge doit quand même rester impartial⁴⁷. C'est dans cet esprit que le législateur détermina dans la *Loi sur le recours collectif*⁴⁸, plus précisément à l'article 32 alinéa 2, que le juge devra approuver les honoraires extrajudiciaires du procureur du représentant, y compris dans le cadre d'un règlement hors cour :

32. [...]

Le tribunal doit entendre le Fonds avant de décider du paiement des dépens, déterminer les honoraires du procureur de (sic...) représentant ou approuver une transaction sur les frais, les dépens ou les honoraires.

Le juge exercera donc sa discrétion mais en considérant l'avis du Fonds d'aide lorsque celui-ci a contribué financièrement. Ce pouvoir

⁴⁵ 2007 QCCS 4395 au para. 76.

⁴⁶ Ginette Piché, " Un premier rôle pour le juge " dans Alain Prujiner et Jacqueline Roy, (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec, Actes de la Première Conférence Yves Pratte*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 141 à la p. 148.

⁴⁷ Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006 à la p. 14.

⁴⁸ L.R.Q. c. R-2.1.

d'autorisation est discrétionnaire et ne se limite pas à approuver la transaction sur les honoraires, puisqu'elle peut être modifiée⁴⁹.

En pratique, le tribunal modifie rarement les honoraires fixés dans la transaction⁵⁰. Toutefois, cela ne veut pas dire que les juges ne sont pas conscients de leur pouvoir et qu'ils passeront outre une transaction déraisonnable. Ces derniers sont encore loin de percevoir cette tâche comme du simple « rubber stamping » :

Dans le contexte des recours collectifs, il ne saurait être question de prendre à la légère la responsabilité particulière dont est investi le tribunal. Le montant du règlement appartient aux membres du groupe, non à leurs procureurs ou au tribunal.

La sympathie, si on peut en avoir, pour des avocats qui ont pris pour acquis qu'ils avaient carte blanche pour « travailler » dans un dossier et se faire payer leurs heures par la suite, sans contrôle de la part de qui que ce soit, n'a pas sa raison d'être en matière de recours collectifs⁵¹.

Cela nous renvoie encore une fois au concept de défense des membres absents. Un exemple clair d'une situation où le juge a eu à refuser une convention de modification des honoraires des procureurs pour défendre les intérêts des membres absents se trouve dans la décision vue précédemment, *Dikranian c. Québec (Procureur général)*⁵². Rappelons que la convention d'honoraires contestée, si elle avait été approuvée, aurait fait passer les honoraires de 20 à 30% des gains. Le magistrat l'a considérée comme déraisonnable, malgré l'importance de l'affaire, vu la facturation par Dikranian, à la fois procureur et représentant, de certaines tâches de représentant.

Selon le professeur Lafond, une revue de la jurisprudence permet de constater que, lorsqu'une convention d'honoraires fixés au pourcentage du montant obtenu se situe entre 15 et 33%, elle sera probablement jugée juste et raisonnable. La tendance dominante serait toutefois d'utiliser les facteurs généraux du *Code de déontologie des avocats*, combinés avec un multiplicateur pour tenir compte de l'ampleur et de la difficulté du dossier⁵³.

Bref, la discrétion du juge s'exerce donc en considérant les facteurs généraux du *Code de déontologie des avocats*, tels que l'importance et

⁴⁹ *Ibid.* à la page 38.

⁵⁰ *Ibid.* à la page 174.

⁵¹ *Page c. Canada (Procureur général)*, J.E. 2000-1898 (C.S.) à la p. 23.

⁵² *Supra* note 23.

⁵³ Lafond, *supra* note 47 aux pp. 174-75.

la complexité de l'affaire, puis en comparant les faits à la jurisprudence en la matière. Bien que le pouvoir discrétionnaire soit large, il reste encadré par ces critères, ainsi que par la retenue traditionnelle des tribunaux.

4. Les dilemmes déontologiques des avocats

Le pourcentage et la méthode lodestar : les revers de la même médaille

Tout comme on l'a suggéré auparavant, l'un des problèmes caractéristiques du recours collectif est créé par le fait que ce mécanisme procédural ne permet pas d'établir une relation traditionnelle avocat-client. Normalement, une personne approche un avocat afin d'obtenir des conseils professionnels et de faire valoir ses droits devant les tribunaux. À cette fin, l'avocat va travailler d'une manière directe et étroite avec son client et ils vont décider ensemble quelle serait la stratégie la plus souhaitable à suivre. Quant aux honoraires, ceux-ci seront payés sans égard au résultat obtenu. Par contre, dans le cadre d'un recours collectif, à l'exception du représentant, les membres du groupe sont par définition absents. Par conséquent, il est impossible pour eux de financer les procédures. Ainsi, c'est le procureur du groupe qui doit assurer le financement du litige⁵⁴ et la seule possibilité pour lui de récupérer les ressources financières investies, est de gagner le procès ou d'arriver à un règlement convenable. Vue de cette perspective, la méthode basée sur le pourcentage peut paraître souhaitable car les honoraires sont faciles à calculer et incitent le procureur du groupe à trouver des solutions rapides et plus expéditives. Mais, tout comme il a été souligné par le juge Norris dans l'affaire *Rawlings v. Prudential-Bache Properties, Incorporated et al.*⁵⁵, il y a aussi le danger des conflits d'intérêts entre les membres du groupe et leurs procureurs :

[9] In assessing the reasonableness of requests for fees in class actions resulting in the creation of a common fund, a court must consider factors that are not present in statutory fee shifting cases. The interest of class counsel in obtaining fees is adverse to the interest of the class in obtaining recovery because the fees come out of the common fund set up for the benefit of the class. In addition, there is often no one to argue for the interests of the class (that their recovery should not be unfairly reduced), since it is to be expected that class members with small individual stakes

⁵⁴ Il est à noter qu'au Québec ainsi que dans d'autres juridictions le financement peut être obtenu par l'intermédiaire d'un organisme public spécifiquement créé pour assister les demandeurs dans le cadre d'un recours collectif.

⁵⁵ 9 F.3d 513 (6th Cir. 1993) [*Rawlings*].

in the outcome will not file objections, and the defendant who contributed to the fund will usually have scant interest in how the fund is divided between the plaintiffs and class counsel. [...]⁵⁶

Il a été soutenu que ces conflits d'intérêts favorisent un certain type d'arrangements, communément appelés des « *sweetheart deals* », où les défendeurs vont rapidement offrir des règlements faciles aux demandeurs mais pour des montants relativement modestes⁵⁷. Comme ces ententes n'impliquent que des coûts minimes et presque aucun risque pour le procureur du groupe (tout en lui assurant des bénéfices concrets), il y a des incitatifs assez forts pour qu'il essaie de finaliser rapidement, voire immédiatement, le litige sans voir vraiment si l'arrangement proposé favorise les membres du groupe. Pour cette raison, plusieurs législateurs et cours ont préféré utiliser la méthode étoile (« *lodestar* »), considérant qu'elle fournit des résultats plus rigoureux, structurés sur les faits de chaque affaire et surtout une approche qui minimise le danger des conflits d'intérêts.

[14] [T]he lodestar method has been criticized for being too time-consuming of scarce judicial resources. District courts must pore over time sheets, arrive at a reasonable hourly rate, and consider numerous factors in deciding whether to award a multiplier. With the emphasis it places on the number of hours expended by counsel rather than the results obtained, it also provides incentives for overbilling and the avoidance of early settlement⁵⁸.

L'affaire *Rawlings* démontre que le débat concernant la meilleure méthode pour calculer les honoraires est loin d'être clos et que le problème sous-jacent n'est pas une question mathématique mais plutôt une question de nature éthique. Les deux modèles sont imparfaits car, pour fonctionner, ils requièrent une conduite professionnelle irréprochable de la part des avocats tant en demande qu'en défense. Ceci nécessite qu'à chaque étape procédurale, les procureurs se demandent quelles sont les raisons pour lesquelles ils prennent une certaine décision : est-ce qu'ils adoptent telle ou telle stratégie, acceptent ou refusent une offre de règlement, continuent les procédures ou y mettent fin parce que c'est dans l'intérêt de leurs clients seulement ou parce c'est dans leur propre intérêt? Ainsi, ils doivent se demander si la solution choisie est en conformité avec les principes énoncés par les législateurs, les cours et les organismes professionnels dont ils font

⁵⁶ *Ibid.* au para. 9.

⁵⁷ Bruce Hay and David Rosenberg, "'Sweetheart' and 'Blackmail' Settlements in Class Actions: Reality and Remedy" (2000) 75 Notre Dame L. Rev. 1377 aux pp. 1399 et s.

⁵⁸ *Rawlings*, supra note 55 au para. 14.

partie. De la même manière, il est essentiel que les juges – qui vont approuver et accorder les honoraires d’avocat – circonscrivent la solution de ce problème dans un cadre déontologique et sans se borner aux simples considérations mathématiques ou pragmatiques.

Règlements par coupon : le chemin du rachat?

Un autre phénomène qui a récemment suscité beaucoup d’attention est celui des règlements par coupon, selon lesquels les demandeurs acceptent de mettre fin au litige en échange d’une distribution de coupons ou autres avantages non monétaires à tous les membres du groupe. Les règlements par coupon, qui existent principalement en matière de responsabilité du fait des produits, sont particulièrement efficaces lorsqu’il est impossible, impraticable ou trop dispendieux de constituer un fonds commun dans le but d’une répartition *pro rata*. Cependant, une des grandes controverses que ce phénomène a engendrées est la méthode appropriée de compensation des avocats du groupe. Historiquement, il n’était pas inhabituel pour les avocats du requérant de recevoir un pourcentage de la valeur globale estimée des coupons. La légitimité de cette approche a été confirmée par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Boeing Co. v. Van Gemert*⁵⁹. Dans cette affaire, les parties ont convenu que les membres du groupe pouvaient convertir leurs obligations en actions de la compagnie défenderesse en les rachetant. La question s’est posée de savoir si les honoraires devaient être calculés sur la base de la valeur globale des titres rachetables ou plutôt sur la base des obligations qui ont ultimement été rachetées. Confirmant le point de vue de la Cour d’appel du Deuxième Circuit, la Cour suprême a opté pour cette deuxième option en jugeant que, puisque chaque membre du groupe avait « un droit acquis présent dans le recouvrement du groupe et pouvait encaisser sa part du jugement sur demande, les membres du groupe absents recevaient un avantage au sens de la doctrine de fonds commun... »⁶⁰ [notre traduction].

Malgré le raisonnement de la Cour suprême dans *Boeing*, on peut soutenir qu’il existe un sérieux problème avec cette approche. Le danger est que les règlements faciles, attrayants pour les défendeurs comme pour les avocats du groupe, tout au moins hypothétiquement, puissent sacrifier les intérêts des membres du groupe sur l’autel de l’opportunisme. Le *Rand Institute for Civil Justice* a porté une attention particulière à ce conflit d’intérêts potentiel dans une étude intitulée

⁵⁹ 444 U.S. 472 (1980) [*Boeing*].

⁶⁰ *Ibid.* à la p. 478.

*Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*⁶¹. Commentant les règlements par coupon, les auteurs ont écrit :

The propriety of large fees for settlements is even more susceptible to question, many feel, when plaintiff attorneys agree to terms that offer class members nonmonetary rewards, such as coupons to purchase products and services at a discount. Valuing these nonmonetary offers is even more difficult than simply estimating the number of class members who will come forward to claim shares of a monetary settlement, because some coupons have restrictions on their use and are designed not to be easily transferable. As a result, "coupon settlements" offer greater opportunity for plaintiff attorneys and defendants to collaborate in inflating the true value of the settlement when they present it to the judge for his approval⁶².

En d'autres mots, la crainte est que les défendeurs, les avocats de la défense et les avocats du groupe, plutôt que les membres du groupe eux-mêmes, soient les bénéficiaires réels du règlement par coupon, dans lequel les honoraires sont calculés en fonction de l'agrégation plutôt que du rachat. Cette énigme a été adressée directement par le Congrès des États-Unis, qui a promulgué le *Class Action Fairness Act of 2005*⁶³. Cette loi historique était censée remédier aux défauts allégués dans la législation et la jurisprudence sur les recours collectifs, et solutionner les questions concernant les règlements, les honoraires et la juridiction des tribunaux fédéraux de première instance. Bien que le CAFA reconnaisse l'importance et la valeur des recours collectifs, il énonce aussi que « les membres du groupe reçoivent souvent peu ou pas d'avantages des recours collectifs, et sont parfois lésés, par exemple lorsque – (A) les avocats se sont octroyés de gros honoraires, tout en offrant aux membres du groupe des coupons ou autres récompenses avec peu ou pas d'avantages ou de valeur ... »⁶⁴ [notre traduction]. Pour remédier à ce problème, l'article 1712 stipule que dans le contexte d'un règlement par coupon, « la portion de tout honoraire remis aux avocats du groupe... devra être basée sur la valeur aux membres du groupe des coupons qui sont rachetés »⁶⁵ [notre traduction]. Néanmoins, le CAFA ajoute que la compensation qui n'est pas basée sur le recouvrement des coupons devra être basée sur la quantité de temps « raisonnablement

⁶¹ Deborah R. Hensler, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Monica (CA), Rand Institute for Civil Justice, 2000. Voir aussi Benjamin Alarie, "Rethinking the Approval of Class Counsel Fees in Ontario Class Actions," (2007) 4:1 Can. Class Action Rev. 15 à la p. 36.

⁶² *Ibid.* chapitre 3 à la p. 83.

⁶³ 109th Congress, 1st Session, art. 5 [CAFA].

⁶⁴ *Ibid.* Subsection 3(A).

⁶⁵ *Ibid.* §1712(a).

dépensé » sur le litige et qu'une formule mathématique avec un multiplicateur pourra être utilisée par un tribunal pour déterminer les honoraires appropriés⁶⁶.

Bien qu'il n'y ait pas d'équivalent canadien au CAFA, la législation devrait inspirer les avocats au nord du 49^{ième} parallèle à réfléchir plus attentivement à la justesse et à la structure d'un règlement par coupon. Bien que cette façon de procéder soit souvent justifiée – particulièrement lorsque les montants individuels en cause sont très petits – il serait plus équitable de baser les honoraires des avocats du groupe sur les avantages dont profitent réellement les membres du groupe. Baser les honoraires sur la valeur sûre du rachat assourdit non seulement toute suggestion de comportement collusif, mais renforce aussi le but fondamental de la législation sur les recours collectifs : assurer que les consommateurs lésés aient accès au système judiciaire. En effet, ce serait à l'encontre de toute notion intuitive ou défendable de représentation légale qu'un avocat obtienne la plus grosse partie du recouvrement, alors que ses clients doivent se contenter des quelques maigres restants.

À la lumière de ce qui précède, il est toutefois possible de structurer des règlements par coupon qui avantagent les membres du groupe, particulièrement lorsque le montant de la réclamation individuelle est minime et que le consommateur ne serait pas motivé à agir pour son propre compte. En effet, dans certains cas, un coupon peut s'avérer la façon la plus pratique et juste de compenser les membres du groupe. Dans de tels cas, les honoraires des procureurs en demande sont acceptables s'ils sont proportionnels à la somme globale qui pourrait être octroyée au groupe.

Poursuites abusives (« Strike Suits »)

Peut-être le plus malheureux développement qui a remis en question la vertu des praticiens de recours collectifs et lésé leurs clients est l'avènement des poursuites abusives (« strike suits »). Les poursuites abusives sont des recours collectifs qui sont intentés contre les défendeurs uniquement dans le but d'extraire un règlement, indépendamment du bien-fondé du litige sous-jacent. Contrairement aux procédures légitimes qui visent à atteindre des résultats justes pour les membres du groupe, elles peuvent au contraire être conçues pour récompenser les avocats prédateurs. Bien que ce type de comportement soit extrêmement rare au Canada jusqu'à présent (et presque entièrement ignoré au Québec), au moins une décision récente a été

⁶⁶ *Supra* note 63 §1712(a)(1) & (2).

identifiée et a condamné ce phénomène. Dans *Epstein v. First Marathon Inc.*⁶⁷, un recours collectif a été intenté contre First Marathon et ses dirigeants suite à un accord de transaction selon lequel la compagnie serait achetée, via une prise de contrôle amicale, par une autre firme. Le plan d'arrangement stipulait que les actionnaires de First Marathon recevraient des actions ou de l'argent selon leur choix⁶⁸. Selon la déclaration initiale, il y avait une violation de l'obligation fiduciaire et un comportement oppressif de la part des intimés. Toutefois, par la suite, la déclaration a été amendée pour tout simplement exclure les membres du groupe. En d'autres mots, le requérant a essayé de transformer rétroactivement le recours collectif proposé en une action personnelle. En outre, il a entamé une entente de règlement qui procurait de l'argent seulement aux avocats en demande afin de couvrir leurs honoraires et déboursés. Commentant l'entente de règlement proposé, le juge Cumming a écrit :

[69] 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 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 States⁶⁹.

Élaborant sur les pouvoirs et la discrétion judiciaire prévus dans le *Class Proceedings Act* de l'Ontario⁷⁰, le juge Cumming a poursuivi en énonçant :

[70] 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.

[71] 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

⁶⁷ [2000] O.J. No. 452 (juge Cumming) [*Epstein*].

⁶⁸ *Ibid.* au para. 9.

⁶⁹ *Ibid.* au para. 69.

⁷⁰ S.O. 1992, c. 6 [CPA].

proposed settlements that make a mockery of the public policy upon which Ontario's class proceedings legislation is based.

[72] This court has the authority under s. 29(2) of the CPA to reject any proposed settlement that constitutes an abuse of process or that is inconsistent with the purposes of the legislation. Moreover, apart from its statutory authority under s. 29, this court possesses the inherent jurisdiction to prevent an abuse of process. This inherent jurisdiction is commented upon by Freedman C.J.M. in *Montreal Trust Co. et al. v. Churchill Forest Industries (Manitoba) Ltd.* (1971), 21 D.L.R. (3d) 75 (Man. C.A.), at pp. 80-1. Freedman C.J.M. observes that "inherent jurisdiction is frequently invoked to prevent abuse of the process of a Court by staying or dismissing a vexatious action ... (p. 80); that "[i]nherent jurisdiction is derived not from any statute or rule but from the very nature of the Court as a superior Court of law ..."; and that "[i]nherent jurisdiction cannot, of course, be exercised so as to conflict with a statute or rule ... [I]t is a special and extraordinary power, it should be exercised only sparingly and in a clear case" (p. 81)⁷¹.

Bien que le juge Cumming ait reconnu que les règlements sont généralement perçus favorablement par la législature et les tribunaux, le système judiciaire ne peut tolérer une conduite qu'il considère abusive. En outre, puisqu'ils sont discrétionnaires, les pouvoirs conférés par le CPA sont suffisamment flexibles pour que les juges rejettent activement les ententes qui, à leur face même, ont pour but de récompenser les avocats aux dépens de membres éventuels du groupe :

[76] In exercising either the judicial discretion conferred upon me by s. 29 of the CPA or this court's inherent jurisdiction to address instances of procedural abuse, I have determined that the settlement proposal advanced by the parties should be dismissed. In rejecting the proposal, I am cognizant of the fact that approving a settlement tainted by bad faith or unethical behaviour would constitute an abuse of judicial discretion. In *Greenspun v. Bogan*, (1974), 492 F. (2d) 375, at p. 381, in a passage cited with approval in *Dabbs*, *supra*, by Mr. Justice Sharpe, it was stated that "when one side is so obviously correct in its assertions of law and fact that it would be clearly unreasonable to require it to compromise in the extent of the settlement, ... to approve the settlement would be an abuse of discretion." It would be an abuse of judicial discretion in the instant case to approve of the compromise represented by the proposed settlement⁷².

Les poursuites abusives sont les questions déontologiques les plus sérieuses auxquelles font face les praticiens en recours collectifs. Contrairement aux débats entourant les méthodologies quantitatives et les règlements par coupon, les poursuites abusives impliquent

⁷¹ *Epstein*, *supra* note 67 aux para. 70-72.

⁷² *Ibid.* au para. 76.

nécessairement un comportement répréhensible de la part des avocats. Il est intéressant de noter que la question du danger des recours collectifs mal fondés a été soulevée par Milton Handler il y a plusieurs années. Dans un article célèbre, le Professeur Handler a expliqué que la plupart des défendeurs, qui redoutent un litige prolongé, seraient prêts à régler un litige initié contre eux, même si l'action en elle-même a peu de chance de succès. Discutant de cette réalité, il a écrit que « tout dispositif qui est réalisable seulement parce qu'il utilise la menace d'un litige incontrôlable et coûteux pour aboutir à un règlement n'est pas une règle de procédure – il s'agit d'une forme de chantage légalisée. »⁷³ [notre traduction].

Bien que le danger de créer des incitatifs pervers soit considérablement présent, les avocats de la défense ont aussi une responsabilité morale lorsqu'il s'agit de tolérer le type de conduite décrit dans la décision *Epstein*. Même dans des cas où il serait probablement dans le meilleur intérêt du défendeur de conclure un règlement rapide, un tel règlement ne devrait pas être envisagé s'il contrevient manifestement aux intérêts des membres du groupe. Bien que non responsables pour la façon dont les avocats du groupe décident de représenter leurs clients, les avocats de la défense ne peuvent simplement ignorer un comportement abusif et inéquitable. En tant qu'officiers de justice, ils se doivent aussi à veiller à ce que les membres du groupe ne soient pas victimes d'un règlement, peu importe à quel point celui-ci pourrait sembler facile ou pratique. L'affaire *Epstein* ne remet pas seulement en question les instincts prédateurs qui peuvent être éveillés lorsque le profit – plutôt que l'art de plaider – motive les décisions d'un avocat, mais défie aussi les juges à porter une plus grande attention aux termes et conditions des règlements qui sont soumis à leur approbation. Sans la bonne foi des praticiens et la diligence des magistrats, les régimes de recours collectifs ne seront pas en mesure d'accomplir leur mission unique dans le système juridique moderne.

Cy-Près – mais encore si loin?

Le calcul des honoraires dans le contexte d'une distribution cy-près est particulièrement contesté. Cette expression provient du français normand et est reprise textuellement dans la langue anglaise. Elle signifie « si près » ou encore « le plus près possible » et réfère à la distribution, dans le contexte d'un recours collectif, de tout ou d'une

⁷³ 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.

partie du recouvrement accordé par la cour, ou à la distribution du montant du règlement alloué à un organisme sans but lucratif⁷⁴. Ce type de distribution est principalement ordonné quand il est trop onéreux ou complexe de compenser les membres du groupe sur une base individuelle. Le Québec dispose d'une jurisprudence intéressante à ce sujet et une décision en particulier soulève des questions déontologiques inusitées.

L'article 1036 du *Code de procédure civile du Québec* prévoit que si la liquidation des réclamations individuelles est trop onéreuse, la cour, en tenant compte de l'intérêt des membres, peut prévoir un mode alternatif de distribution du recouvrement, moins les frais de justice et les honoraires. Bien que cet article laisse un grand pouvoir discrétionnaire au juge, la nature de la distribution demeure ambiguë.

A) L'approche restrictive

Une approche élaborée par la jurisprudence prévoit que les membres du groupe doivent bénéficier concrètement de la distribution. Dans la cause *Viau c. Le Syndicat canadien de la fonction publique*⁷⁵, un syndicat représentant les chauffeurs d'autobus de la rive-sud avait entamé une grève illégale, laissant ainsi des milliers de passagers à leur sort à la station de métro Longueuil au cœur de l'hiver. Le requérant a entrepris un recours contre le syndicat au nom de ces passagers. Le juge Côté a trouvé le défendeur responsable d'avoir causé un préjudice moral et l'a condamné à la somme de 1 000 000,00 \$. Cependant, le montant relativement minime des réclamations individuelles s'est avéré problématique et donc, au lieu d'ordonner un recouvrement sur une base individuelle, le juge Côté a ordonné que le montant soit versé au système de transport en commun. Il était d'avis que le système était l'unique organisme qui serait en mesure de compenser les membres du groupe en leur offrant un service comparable à celui dont ils avaient été privés illégalement.

Dans l'affaire *Delaunais c. Procureur général du Québec*⁷⁶, la Cour supérieure a établi qu'un crédit ou qu'un rabais pouvait constituer une compensation suffisante. Dans cette affaire, le gouvernement provincial avait imposé illégalement des frais de 2,00 \$ à des détenteurs de permis de pêche. Les parties se sont finalement entendues et ont

⁷⁴ John C. Kleefeld, "Book Review – The Modern Cy-Pres Doctrine: Application and Implications by Rachael P. Mulheron (2006)" (2007) 4:1 Can. Class Action Rev. 203.

⁷⁵ [1991] R.R.A. 740 (C.S.).

⁷⁶ [1992] R.J.Q. 1578 (C.S.).

proposé qu'un don de presque un demi-million de dollars soit remis à la Fondation de la faune du Québec (les membres du groupe ne recevraient pas de compensation individuelle). Le juge Trottier a refusé cette entente puisqu'une compensation adéquate aurait nécessité un transfert de la part du défendeur envers les demandeurs. Une compensation symbolique telle que celle qui fut proposée était, par sa nature même, contraire aux intérêts des membres du groupe.

L'idée qu'un crédit ou qu'un rabais puisse être une compensation suffisante a été affirmée dans la cause *Tremblay c. La confédération des caisses populaires et d'économie Desjardins du Québec*⁷⁷. Dans cette affaire, le requérant alléguait que le défendeur, qui offrait un service de crédit, avait imposé des frais de service qui contrevenaient à la *Loi sur la protection du consommateur*⁷⁸. Un règlement a été négocié entre les parties qui prévoyait, entre autres, le gel des frais de service, une baisse des taux d'intérêt et un don de 99 000,00 \$ à un organisme sans but lucratif voué à la protection des droits des consommateurs. Le juge Lesyk a approuvé l'entente, étant d'avis qu'un recouvrement sur une base individuelle aurait été trop complexe et onéreux.

B) L'approche libérale

Parallèlement à l'approche restrictive décrite ci-haut et qui requiert qu'une compensation considérable soit remise aux membres du groupe, certains tribunaux ont entrepris une approche plus libérale quant à la distribution du montant du recouvrement ou du règlement. Selon cette approche, si le coût du processus de distribution individuelle des réclamations est trop élevé, le juge peut consentir à accorder un don de charité à un organisme sans but lucratif. Ainsi, dans *Munger c. Syndicat des employés d'entretien*⁷⁹, la cour ne s'est pas opposée à ce que le règlement prévoit que la majeure partie du montant soit partagée de façon égale entre trois organismes.

Aussi, dans *Clavel c. Productions musicales Donald K. Donald inc.*⁸⁰, le juge Hébert en est arrivé à la conclusion que la distribution individuelle de petites sommes d'argent à un nombre important de membres du groupe comportait des difficultés inhérentes, rendant cette solution peu pratique. Le défendeur était un promoteur qui avait organisé un concert où devaient se produire les groupes Metallica et Guns N' Roses. Durant le concert, les musiciens ont crié des propos

⁷⁷ (30 juin 1998) Montréal 500-06-000018-966, REJB 1998-07178 (C.S.).

⁷⁸ L.R.Q. c. P-40.1.

⁷⁹ J.E. 87-686 (C.S.).

⁸⁰ J.E. 96-582 (C.S.).

vulgaires aux spectateurs, ont quitté la scène et ont refusé de continuer le spectacle. Madame Clavel avait assisté au concert après avoir dûment acheté son billet. Elle a entamé un recours collectif au nom de tous ceux qui avaient assisté au concert. En bout de ligne, les parties en sont parvenues à une entente et selon la cour, l'aspect punitif et dissuasif du règlement protégeait adéquatement l'intérêt du public. Les parties ont ensuite suggéré différentes options d'allocation du montant du règlement, qui en fin de compte, a été distribué entre différents organismes voués à la jeunesse.

Bref, les approches restrictives et libérales élaborées par les tribunaux du Québec démontrent que la distribution cy-près se justifie sous certaines circonstances.

C) La pertinence des honoraires

La distribution cy-près amène son lot de questions éthiques pour les procureurs. Lorsque ce type de distribution a lieu, il faut déterminer comment l'on devrait calculer les honoraires des avocats et si cela est juste envers les membres.

En effet, si le montant du recouvrement ou du règlement doit aller presque entièrement à une œuvre de charité, l'avocat du groupe devrait-il recevoir un pourcentage de ce montant, ou bien devrait-il recevoir une autre forme de compensation? Comme dans les cas de règlement par coupon, le problème de la distribution cy-près est que les membres du groupe n'en bénéficient pas directement et donc ils n'ont pas un véritable accès à la justice. Or, l'accès à la justice est la justification première des recours collectifs. La distribution cy-près, comme dans le cas de règlement par coupon, permet cependant de modifier les mauvais comportements des défendeurs. Ceci a pour effet de satisfaire la troisième justification des recours collectifs.

Une analyse déontologique suggère que d'attribuer un pourcentage du montant du recouvrement ou du règlement à l'avocat n'est juste et raisonnable que si le montant obtenu bénéficie directement aux membres du groupe au nom desquels le litige a été intenté. Avant tout, il faut retenir que le rôle de l'avocat du groupe n'est pas celui d'un procureur de la couronne qui agit à titre privé; son rôle est d'obtenir compensation pour les membres du groupe nommé. Si l'action dirigée par l'avocat au nom du groupe mène à une conclusion favorable, il va de soi que sa compensation soit adéquate. Cette compensation devrait être principalement basée sur les heures raisonnablement consacrées au dossier, tel qu'on le retrouve dans les cas qui tombent sous l'article

1712 du CAFA. Un tribunal serait alors en mesure de déterminer, compte tenu de la nature du recours collectif et des risques encourus par l'avocat, si l'usage d'un multiplicateur est approprié. Une telle approche aiderait à réfuter la présomption que les recours collectifs basés sur une distribution cy-près ne sont intentés que dans le but de réaliser de larges profits.

En cas de défaite, un raisonnement similaire peut être fait. Bien que les procureurs ne puissent obtenir le versement de tous leurs honoraires, d'avoir une partie de remboursée contribue à la justice. En effet, bien souvent, une cause perdue n'est pas une conséquence de l'incompétence des procureurs, puisqu'il peut, par exemple, advenir que des points ou des questions de droit soient obscurs et ne se révèlent finalement pas à l'avantage des procureurs qui les invoquaient. Si les avocats instigateurs du recours collectif risquaient encore plus leur salaire intentant cette procédure, la justice s'en trouverait moins bien servie. Ceux-ci ne prendraient probablement que des causes sûres, si cela existe, et ne feraient pas avancer le droit. Toutefois, comme il y a toujours un autre côté à la médaille, si les procureurs voyaient leurs honoraires complètement recouvrés, il y aurait multiplication des causes frivoles ou, à tout le moins, apparence de lucre ou d'appât du gain.

D) La pertinence du recours collectif

Comme vu précédemment, tout au long des procédures dans le cadre d'un recours collectif, les magistrats et procureurs doivent garder en tête les avantages ou objectifs que ce mécanisme regroupe. Bien sûr, il faut se baser sur les principes exposés dans l'arrêt de la Cour suprême *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*⁸¹.

Rappelons brièvement que ces principes veulent que, premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, les recours collectifs permettent de faire des économies au plan judiciaire en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Deuxièmement, comme les frais fixes peuvent être divisés entre un grand nombre de demandeurs, les recours collectifs doivent donner un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement. Troisièmement, les recours collectifs doivent servir l'efficacité et la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public.

⁸¹ *Supra* note 3.

Cependant, lorsqu'il y a distribution cy-près, il est fondé de s'interroger sur la pertinence même du recours collectif. Particulièrement lorsqu'il peut être possible d'établir avant même le début des procédures la forte probabilité qu'en cas de victoire la distribution se fasse ainsi. Bien que le troisième critère, celui de décourager les malfaiteurs, sera rempli, un recours collectif qui ne permettra pas l'indemnisation directe des membres n'offrira peut-être pas un réel bénéfice dans l'administration ou dans l'économie, et ne satisfera donc pas aux deux premiers avantages.

Bref, nous laissons ouvert le débat visant à déterminer si les recours collectifs desquels résultent des distributions cy-près répondent aux avantages dictés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*⁸².

5. Une affaire d'avocat

Les problèmes déontologiques ci-haut examinés ont suscité de grands débats quant à l'aspect juste et raisonnable des honoraires. Sans vouloir amoindrir l'importance de ces débats, les difficultés qu'ils engendrent et qui peuvent nous paraître si insurmontables parfois, ne le sont que parce que leur étude se limite à une question monétaire. Quand on les observe à la lumière du jour, où « l'air frais » des considérations éthiques peut dissoudre la brume de l'incertitude, il est possible d'en venir à des conclusions relativement précises, telles que :

- (a) la méthode de calcul quantitative peut nous faire oublier certaines questions déontologiques et devrait être un moyen d'obtenir le résultat, et non l'objectif comme tel;
- (b) dans le cas de règlements par coupon, les honoraires devraient être basés sur le nombre de coupons distribués et non sur une valeur globale abstraite;
- (c) les procureurs en défense ne devraient pas ignorer les poursuites abusives, même lorsque cela faciliterait un règlement rapide du litige; et
- (d) dans le cas de recouvrements et de règlements cy-près, les honoraires devraient être calculés sur la base du temps raisonnablement consacré au dossier et non sur un pourcentage du montant non distribué.

⁸² *Ibid.*

On ne peut nier le fait que la pratique du droit est une forme de commerce et que les avocats sont maintenant des hommes d'affaires. Il reste cependant que l'objectif de maximiser les revenus ne devrait jamais supplanter les directives déontologiques que la profession d'avocat a adoptées et conservées au fil des ans. Les dangers du lucre, de la commercialisation et du profit excessif, ainsi que les obligations d'un avocat envers ses clients et sa profession, ne peuvent être ignorés lors du calcul du montant des honoraires. Quand ces facteurs – et non de simples chiffres – seront pris en compte et domineront le débat, de difficiles questions deviendront alors des solutions évidentes.

6. Conclusion – un retour au modèle de l'homme d'état

*“Statesman” is a term of praise, a word we use to express our admiration for those men and women who lead their communities with exceptional wisdom and skill*⁸³.

Il y a de cela plusieurs années, dans une affaire concernant les honoraires d'un avocat impliqué dans un arbitrage, le juge Monet de la Cour d'appel du Québec a enregistré une dissidence forte⁸⁴. Ses collègues avaient été d'avis que compte tenu du règlement applicable, l'avocat avait droit à un pourcent du montant du règlement, soit à la somme de 300 279,00 \$ et cela même s'il n'avait produit presque aucun effort à obtenir le résultat. Dans sa dissidence, le juge Monet s'est exprimé ainsi : « Le sens commun serait-il une chose du passé? Un avocat a droit à de justes honoraires. Les critères établissant ces justes honoraires sont connus. » Après avoir expliqué pourquoi, selon les circonstances, l'allocation de un pourcent était inéquitable, le savant juge termina son raisonnement en citant Lord Reid qui disait que des fois, certaines suggestions allaient à l'encontre du gros bon sens, à l'encontre de la justice, mais que le plus souvent, de telles suggestions ne cadraient simplement pas avec les principes juridiques⁸⁵. Ces commentaires sont particulièrement appropriés dans le contexte du recours collectif dans la mesure où l'idéologie, la partisanerie et les mathématiques peuvent parfois aveugler le gros bon sens et les normes déontologiques auxquelles notre profession adhère. Avocats et tribunaux sont souvent aux prises avec des détails quand il s'agit d'établir de justes et raisonnables honoraires. Ils oublient alors les bases rationnelles nécessaires à un exercice plus réfléchi et structuré de ce calcul.

⁸³ Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, (Cambridge: Harvard University Press, 1993).

⁸⁴ *Fortin c. Centre communautaire juridique du nord-ouest*, [1984] C.A. 662 à la p. 669.

Si les membres de la profession juridique veulent surmonter les épreuves issues de la méthode quantitative, des règlements par coupon, des poursuites abusives et des distributions cy-près (ainsi que tout autre problème envisageable), ils ne pourront le faire qu'en retournant aux principes fondateurs de la profession. Plus que des invocations de bonne conscience, ces principes ont participé à la survie de notre profession au cours des vingt-cinq derniers siècles. Cependant, il est clair qu'il n'y va pas aux tribunaux d'établir des normes plus sévères et des examens plus rigoureux – il y va de la volonté des avocats de se baliser et de surmonter de tels problèmes. Les avocats en demande et en défense doivent analyser leurs gestes sous les préceptes de loyauté de service et d'intégrité, des valeurs qui ont toujours assuré l'épanouissement des professions libérales. Certes, les avocats sont des hommes d'affaires, mais avant même qu'ils n'offrent leurs « services », ils offraient leur expérience, leur savoir et leur jugement. L'heure est venue pour les bons avocats de venir en aide aux parties.

⁸⁵ Lord Reid, "The Judge as Law Maker" (1972) 12 J.S.P.T.L. 22.