

LE RECOUVREMENT ET L'INDEMNISATION DES MEMBRES DANS L'ACTION COLLECTIVE

Me Catherine Piché

Professeure, Faculté de droit, Université de Montréal
Directrice du Laboratoire sur les actions collectives*
Chercheuse au Centre de recherche en droit public**

Le présent article vise à expliquer de manière analytique le processus menant au recouvrement et à la distribution aux membres du groupe des sommes octroyées, en vertu des articles pertinents du nouveau Code de procédure civile entré en vigueur en 2016. Ce faisant, il présente, dans une première partie, l'hypothèse de départ, voulant que l'action collective soit d'abord un moyen d'indemniser les membres, mais que cet objectif primordial ne soit qu'imparfaitement atteint. Par la suite, dans une deuxième partie, cette hypothèse est confrontée au régime de recouvrement prévu au Code, à la lueur des résultats d'une étude empirique de dossiers d'actions collectives menée au sein du Laboratoire sur les actions collectives de l'Université de Montréal à l'été 2015. Y sont également abordées des questions de preuve ainsi que l'implication du tribunal dans le recouvrement et dans les distributions au Fonds d'aide aux actions collectives. Les problématiques suivantes sont, précisément, discutées: Comment définir le préjudice commun des membres, l'évaluer devant la disparité des préjudices subis et enfin, réussir à indemniser adéquatement les membres du groupe? Doit-il s'agir d'assurer, par une vision nouvelle, la réparation des membres d'une manière différente? Que dire, à cet égard, de l'effet bénéfique ressenti par les membres qui ressentent l'effet d'une dissuasion, d'une modification des comportements? Dans une troisième partie, la procédure de recouvrement collectif et ses formes de liquidation directes et indirectes sont abordées, en insistant sur ses avantages et ses modalités. L'article se conclut par des remarques en faveur de l'atteinte par le recouvrement collectif des objectifs d'indemnisation des membres et de dissuasion.

This article aims to analyze, the process that leads to the recovery and distribution of amounts awarded to class action members, in accordance with the relevant sections of the new Code of Civil Procedure that came into effect in 2016. The first part of the article presents the basic assumption

* Voir le site Web du Laboratoire : <www.classactionslab.ca/fr/>

** L'auteure souhaite remercier chaudement ses assistants de recherche : Me Clara Poissant-Lespérance, LL.M., Université de Montréal, avocate au sein de LBL Avocats; Me Charles-Antoine Péladeau, étudiant à la maîtrise, Université de Montréal et monsieur Hugo Vaillancourt-Chapdelaine, étudiant en droit, Université de Montréal. Le support financier du Fonds québécois de recherche sur la société et la culture est également grandement apprécié.

that class actions are first and foremost a means of compensating members, but that this primary objective is only imperfectly attained. Then, in the second part, the assumption is compared to the recovery regime provided for in the Code, in light of the results of an empirical study of class action cases conducted by the Class Actions Lab at the Université de Montréal in the summer of 2015. That part also addresses questions pertaining to evidence, and involvement of the courts in recovery and the determination of amounts to be remitted to the Class Action Assistance Fund. In particular, the following issues are discussed: How do you define the injury that is common to members, assess it in light of disparity in injuries suffered and, lastly, manage to adequately compensate members of the class action? Should damages for members be ensured in a different way, under a new vision? What can be said in this respect about the positive effect felt by members who feel there is a dissuasive, behaviour-modifying effect? In the third part, the collective recovery procedure and its forms of direct and indirect liquidation are addressed, with emphasis on its advantages and terms and conditions. The article concludes with comments in favour of using class actions to achieve the objectives of dissuasion and member compensation.

1. Introduction

Manchettes et médias annoncent quotidiennement avec enthousiasme de nouvelles actions collectives à travers le Canada, sur une base locale ou multi juridictionnelle. On y liste des représentants envisagés ainsi que de prétendues infractions, on s'étonne des sommes astronomiques impliquées, on assure le public de la protection, par le biais de l'action, des intérêts collectifs de membres d'un groupe dont la définition sera confirmée. Après le chaos du dépôt de la procédure requérant l'autorisation d'exercer l'action sur une base collective, c'est le silence radio. Plus personne n'est informé de la suite de cette action qui affectera des milliers, même des millions de membres justiciables. Aucun mot n'est touché relativement à l'aboutissement de ce monstre procédural, ainsi que de tous les autres générant annuellement des milliards de dollars en indemnisations et en frais d'avocats. Pourtant, un nombre significatif de citoyens seront indemnisés dans le processus, sans que l'on sache réellement lesquels, ni combien d'entre eux toucheront ces sommes.

Depuis son adoption au Canada en 1978 dans la province de Québec¹, la procédure d' « action collective »² vise à répondre principalement à des

¹ *Loi sur le recours collectif*, LQ 1978, c 8; RLRQ c R-2.1 [LRC].

² Le Québec a choisi de changer la terminologie traditionnelle de « recours collectif » pour « action collective » sous son nouveau *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01, lequel est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2016 [Cpc ou *Nouveau Code*]. Voir *Loi*

objectifs d'indemnisation, de dissuasion et d'accès à la justice³. Trente-cinq années plus tard, toutes les provinces canadiennes—à l'exception de l'Île-du-Prince-Édouard—ont adopté une telle procédure collective dans l'espoir de remplir ces mêmes objectifs. Un mouvement d'engouement perdure depuis relativement à ce type d'action. Plusieurs décisions importantes, dont certaines en Cour suprême du Canada⁴, ont été rendues en droit des actions collectives à travers le Canada visant tantôt l'indemnisation des membres, tantôt la dissuasion des comportements problématiques, notamment par le biais d'ordonnances de dommages punitifs. Année après année, des centaines d'actions collectives sont commencées à travers le pays qui aboutiront à un jugement sur le fond ou, pour la majorité, à une entente à l'amiable⁵. Par le fait même, des sommes inestimables sont déboursées par les compagnies malfaisantes, des millions accordés en dommages-intérêts et en dommages punitifs, payés en frais d'avocats. Au-delà des chiffres impressionnants et du nuage de lucre et de commercialité, peut-on néanmoins penser que les intentions et objectifs initiaux du législateur relativement à l'action collective se sont réalisés en pratique? À supposer que l'on valorise l'indemnisation des membres comme objectif primordial dans le recouvrement d'action collective, l'ambition d'indemnisation équitable des membres du groupe reste-t-elle utopique, voire irréalisable? Doit-il plutôt s'agir de punir, de dissuader la partie défenderesse? Peut-on même penser punir ou dissuader par le biais d'une bonne et adéquate indemnisation des membres, en faisant d'une pierre deux coups?

instituant le nouveau Code de procédure civile, LQ 2014, c 1, tel que déclaré par le Décret 1066-2015, (2015) GOQ II, 4709.

³ Voir *Western Canadian Shopping Centres Inc c Dutton*, 2001 CSC 46 aux para 27–29, [2001] 2 RCS 534 [*Dutton*]. Voir aussi Kathleen Delaney-Beausoleil, « Le recours collectif et l'État » dans Conférence des juristes de l'État, *Actes de la XIV^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000, 27 à la p 48 (qui explique les débuts difficiles du défunt « recours collectif »); Louise Ducharme et Yves Lauzon, *Le recours collectif québécois. Code de procédure civile du Québec et Loi sur le recours collectif annotés et commentés*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1988 à la p 88; Barreau du Québec, *Mémoire à la Commission parlementaire permanente de la Justice sur la Loi sur le recours collectif (Projet de loi No 39 de 1977)*, janvier 1978 à la p 3, en ligne : <www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageFichier.aspx?id=125429> (« Pour le Barreau, (...) l'action représentative n'est qu'un nouveau moyen de procédure (...) Elle ne doit avoir aucune connotation punitive et doit rester une mesure compensatoire insérée dans le cadre de notre droit civil.»).

⁴ Voir notamment *Marcotte c Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 RCS 805 [*Marcotte*, C.S.C.], *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 RCS 392 [*Barrette*], parmi plusieurs autres.

⁵ Voir notamment Catherine Piché, *Le règlement à l'amiable de l'action collective*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 [Piché, *Règlement à l'amiable*] et *Fairness in Class Action Settlements*, Toronto, Carswell, 2011 à la p 2.

Qu'elle se conclue par une transaction collective, homologuée en justice, ou par un jugement sur le fond, l'action collective permet de condamner un défendeur à payer des sommes considérables aux membres du groupe. La phase d'exécution du jugement ou de la transaction et ainsi, du recouvrement par les membres, est la plus fondamentale. Elle permet de mesurer l'étendue de la réparation des dommages subis, d'apprécier l'accès à la justice des citoyens⁶. Or, dans l'action collective, le juge a une importante responsabilité, car il est « administrateur de l'exécution de sa décision »⁷. Des statistiques informelles apprécient les taux de réclamations dans ce contexte comme variant généralement de 0% à 40%⁸. Devant une si grande variabilité, on ne peut nier l'importance de conduire des études empiriques plus poussées relativement à ces taux d'indemnisation pour obtenir des résultats plus certains⁹. On peut aussi s'étonner que les chiffres annoncés soient si faibles. Or, les résultats que nous avons obtenus de façon

⁶ Pierre-Claude Lafond, « Le modèle québécois de recours collectif : une procédure originale et adaptée à la réparation des dommages » dans Brigitte Lefebvre et Antoine Leduc, dir, *Mélanges Pierre Ciotola*, Montréal, Thémis, 2012, 127 à la page 147 [Lafond, « Modèle québécois »].

⁷ 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 189 [Lafond, *Rôle du juge*], repris dans *Barrette*, *supra* note 4 au para 113.

⁸ Voir notamment Ward Branch et Greg McMullen, « Take-Up Rates: The Real Measure of “Access to Justice” » (avril 2011), en ligne: <www.branchmacmaster.com/storage/articles/branch_mcmullen-take_up_rates.pdf>; Rachel Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems : A Comparative Perspective*, Oxford et Oregon : Portland et Hart, 2004, qui explique que les taux ne dépassent jamais les 75%, en se fondant sur des décisions ontariennes notamment dans *Nantais v Telectronics Proprietary (Canada) Ltd* (1996), 28 OR (3^e) 523 (Div gén) et *Anderson v Wilson* (1997), 32 OR (3^e) 400 (CJ). Dans l'arrêt québécois *Apple Canada Inc c St-Germain*, 2010 QCCA 1376, la juge Duval-Hesler note que les taux de réclamations aux États-Unis semblent généralement être inférieurs à 10%. Voir aussi Deborah R Hensler et al, *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Monica (Cal), RAND Institute for Civil Justice, 2000 à la p 429, qui évaluent les taux de réclamations dans les 10 dossiers qu'elle a étudiés comme variant entre 30% et 100%. Enfin, dans l'étude de Nicholas M Pace et al, *Insurance Class Actions in the United States*, Santa Monica (Cal), RAND Institute for Civil Justice, 2007, les auteurs ont identifié des dossiers de recours collectifs en assurance et déterminé que le taux moyen de réclamations était de 45% et le taux médian, de 15%. Dans 10 des 29 dossiers étudiés, les membres ont été indemnisés à 100% alors que pour le reste des dossiers, l'indemnisation pouvait être inférieure à 1% (voir *Ibid* à la p xxiii « In some instances, the total payout represented a fraction of the net compensation fund (which is the total common fund less class attorneys' fees and expenses) theoretically available to the class at the time of settlement. In seven of the 23 cases with complete information, fund distribution rates were at or near 100 percent (the median was 79 percent). But another quarter of the cases reflected a fund distribution rate of 13 percent or less and, in three instances, only 4 percent of the original net compensation fund was paid. »).

⁹ C'est d'ailleurs notre objectif de recherche auprès du *Class Action Lab/Laboratoire sur les actions collectives* de l'Université de Montréal.

préliminaire à partir d'une recherche conduite au Laboratoire sur les actions collectives à l'été 2015 dans un échantillon d'environ 40 dossiers révèlent également une très grande disparité dans les taux d'indemnisations, lesquels varient de moins de 1% à 98%. Cette étude est en cours et sera complétée durant l'année 2018.

Dans l'intervalle, cette mesure de l'indemnisation des membres suite au dommage subi est-elle même importante, ou pertinente, avec la métamorphose du litige, la levée des droits méta-individuels et collectifs, et la transformation du droit de la responsabilité civile, toutes trois annoncées par le professeur Mauro Cappelletti il y a quelques années¹⁰? C'est dans cet esprit que nous postulerons dans le présent article qu'il est préférable de favoriser le recouvrement collectif plutôt qu'individuel dans l'action collective, dans l'optique de forcer la réparation par la partie malfaisante du dommage causé¹¹.

Notre article constitue une première publication dans le cadre d'un projet de recherche à grand déploiement sur l'action collective comme moyen d'indemnisation. Il s'agira ici d'abord d'expliquer de manière analytique le processus menant au recouvrement et à la distribution aux membres du groupe des sommes octroyées, en vertu des articles pertinents du nouveau *Code de procédure civile* entré en vigueur en 2016¹². Ce faisant, nous présenterons, dans une première partie, notre hypothèse de départ, voulant que l'action collective soit d'abord un moyen d'indemniser les membres, mais que cet objectif primordial ne soit qu'imparfaitement atteint. Par la suite, dans une deuxième partie, nous confronterons cette hypothèse au régime de recouvrement prévu au Code. Nous y discuterons de questions de preuve et de l'implication du tribunal dans le recouvrement et dans les distributions au *Fonds d'aide aux actions collectives*. Nous poserons et tenterons de répondre à la question suivante : Comment définir le préjudice commun des membres, l'évaluer devant la disparité des préjudices subis et enfin, réussir à indemniser adéquatement les membres du groupe? Doit-il s'agir de réparer le dommage des membres différemment? Quelle considération donner, ainsi, à la dissuasion ou à la modification des comportements? Que dire, à cet égard, de l'effet bénéfique ressenti par les membres qui verront les parties malfaisantes dissuadées d'agir de manière préjudicielle? Dans une troisième partie, nous analyserons plus en détail la procédure de recouvrement collectif et ses formes de liquidation directes et

¹⁰ Mauro Cappelletti, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) » (1975) 27:3 RIDC 571.

¹¹ C'est effectivement ce que Cappelletti propose dans son article-phare, à la page 597, lorsqu'il réfère à une nouvelle vision de la responsabilité civile fondée sur la faute de celui qui cause le dommage : « remplacer la seule indemnisation du *dommage subi* par celle de l'entier *dommage produit*. » [italiques dans l'original]

¹² Voir *supra* note 2.

indirectes, en insistant sur ses avantages et ses modalités. Nous concluons l'article par des remarques en faveur de l'atteinte par le recouvrement collectif des objectifs d'indemnisation des membres et de dissuasion des comportements.

A) L'hypothèse de départ : l'action collective comme moyen imparfait d'indemnisation des membres

La procédure collective, lorsqu'elle fut d'abord intégrée au Canada en sol québécois, visait à indemniser les membres, à réparer un préjudice. La *Loi sur le recours collectif*¹³ fut adoptée par l'Assemblée nationale en 1978 à une époque caractérisée par une prolifération législative visant à assurer une protection accrue du justiciable en position de faiblesse¹⁴. La jurisprudence contemporaine à l'avènement de cette loi allait en ce sens en reconnaissant la portée sociale de celle-ci¹⁵. Pour le ministre québécois de l'époque, le recours collectif avait comme objectif de «donner aux citoyens un instrument, un recours, un moyen de procédure qui leur permettent d'obtenir justice et aussi d'obtenir individuellement et collectivement le remboursement des sommes illégalement arrachées»¹⁶. Il y avait ainsi déjà, pour le législateur, une notion implicite, dans la conception du recours, de recouvrement sur le plan individuel et de punition davantage collective des entreprises malfaisantes.

L'importance de l'objectif d'indemnisation des membres par le biais de l'action collective fut subséquemment confirmée dans le reste du

¹³ *Supra* note 1.

¹⁴ Mentionnons, entre autres et à titre d'exemple, l'avènement en 1978 de la *Loi sur la protection du consommateur*, LQ 1978, c 9, ainsi que la réforme de 1974 du droit des assurances ayant mené à la *Loi sur les assurances*, LQ 1974, c 70.

¹⁵ *Syndicat national des employés de l'Hôpital St.-Charles Borromée c Lapointe*, [1980] CA 568 à la p 572.

¹⁶ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 31^e lég, 3^e sess, vol 20 n° 34 (16 mai 1978) à la p 1474. Sur l'objectif compensatoire du recours collectif, voir également Barreau du Québec, *Rapport sur le recours collectif*, 25 janvier 1977 à la p 14 : « Le recours de l'action représentative étant rattaché à la procédure civile, ne doit avoir aucune connotation punitive et doit rester, dans le cadre de notre Code civil, une mesure compensatoire. L'action représentative doit, selon nous, être limitée au recouvrement de deniers ou à la recherche de dommage-intérêts recouvrables par un paiement monétaire ou autre mesure compensatoire. »; Conseil du patronat du Québec, *Mémoire à la commission parlementaire de la justice sur le projet de loi no 39: Loi sur le recours collectif*, Montréal, janvier 1978 à la p 5 : « Fondamentalement, le CPQ estime que le recours collectif doit être une mesure compensatoire, dans le cadre de notre droit civil, en dehors de toute connotation punitive ou pénale. [...] Le recours collectif doit se justifier selon les paramètres suivants: plusieurs citoyens ont le droit de se regrouper pour réclamer d'un même défendeur une compensation monétaire quand ils ont subi personnellement un dommage lié à une même cause. »

Canada. En 2001, dans l'arrêt phare *Western Canadian Shopping Centres Inc c Dutton*¹⁷, la Cour suprême du Canada s'appuie sur le *Report on Class Action* de la Commission de réforme du droit de l'Ontario¹⁸ pour énoncer les trois principaux avantages de l'action collective par rapport aux poursuites individuelles, soit : les économies de ressources judiciaires, un meilleur accès à la justice et la modification des comportements¹⁹. Cette trinité d'avantages sera abondamment citée dans la jurisprudence canadienne et ses trois composantes seront qualifiées de « raisons d'être du recours collectif »²⁰.

Il pourra être logique de considérer l'indemnisation des membres du groupe comme primordiale à tout autre objectif alors que cette fonction fonde le régime de la responsabilité civile²¹. Mais ce raisonnement ne justifie la nécessité d'indemniser que pour les actions collectives entreprises dans ces domaines du droit substantiel. Plus largement, pour le professeur Martin H Redish, il faut se méfier du fait que les actions collectives ne puissent transformer le régime de droit substantiel fondamentalement axé sur l'indemnisation des membres, et ce, par les agissements de procureurs généraux privés souhaitant punir les compagnies malfaisantes en leur imposant le paiement d'indemnités et de frais :

[...] the Private Attorney General Model is often relied upon to justify use of the class action device even when absent class members are unlikely to receive the compensation to which they are lawfully entitled. The rationale for support of such a structure is that the class action may perform its private attorney general function just as effectively, whether class members are actually compensated or not. *Such an approach, however, improperly transforms the underlying substantive law by transforming that law from a compensation framework into either a bounty-hunter or civil-fine framework* (as where the uninjured attorneys become the primary financial beneficiaries or cy pres is invoked [notre emphase]²²).

¹⁷ *Dutton*, supra note 3.

¹⁸ Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1982 [*Ontario Report*].

¹⁹ *Dutton*, supra note 3 aux para 27–29.

²⁰ Voir entre autres *Hollick c Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 RCS 158 au para 15. Voir aussi *Brown c B2B Trust*, 2012 QCCA 900 au para 56; *Maltais c Hydro-Québec*, 2012 QCCS 3291 au para 30; *Yalaoui c Air Algérie*, 2012 QCCS 1393 au para 73; *Regroupement des CHSLD Christ-Roy (Centre hospitalier, soins longue durée) c Comité provincial des malades*, 2007 QCCA 1068 au para 35 [*Christ-Roy*]; *Coopérative d'habitation Nouvelle Ère de Longueuil c Vidéotron ltée*, JE 2004-696 (CS) au para 20; *Thibault c St. Jude Medical Inc*, JE 2004-1924 (CS) au para 34.

²¹ Jean-Louis Baudouin, Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile*, 8^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, vol 1 au para 1–22.

²² Martin H Redish, Peter Julian et Samantha Zyontz, « Cy près Relief and the Pathologies of the Modern Class Action : A Normative and Empirical Analysis » (2010)

Plus récemment, la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *AIC Limitée c Fischer* a énoncé, relativement à la conceptualisation de l'accès à la justice dans un contexte d'action collective, que cet accès « intéresse [d'une part] la procédure et la question de savoir si les demandeurs disposent d'une voie équitable de règlement de leurs réclamations [...] [et d'autre part,] le droit substantiel—l'issue recherchée—et la question de savoir s'ils obtiendront une réparation juste et adéquate si le bien-fondé des réclamations est établi [...] » [nos italiques]²³. Il découle de ce passage que pour la Cour suprême, le fait de pouvoir exercer un droit, si celui-ci n'est pas associé à une réparation adéquate, est un exercice futile. De la même manière, comme l'auteur Mario Bouchard l'a déjà prétendu, l'action collective n'est qu'un moyen et non une fin, un moyen pour les membres du groupe d'être indemnisés, « un mécanisme particulier qui vient s'appliquer, pour la 'collectiviser', à une façon déjà existante d'exercer un droit déjà existant »²⁴.

En fait, les tribunaux canadiens ont statué à plusieurs reprises que l'efficacité de l'action collective tenait à l'indemnisation effective des membres²⁵. La Cour suprême l'a même énoncé récemment dans l'arrêt

62 Fla L Rev 618 à la p 658. Voir également Jasminka Kalajdzic, « Public Goals by Private Means, & Public Actors Protecting Private Interest: A Response to Professor Jones » (2013) 53 Can Bus LJ 371 à la p 373 [Kalajdzic, «Public Goals»]: « [A] normative view of consumer class actions as performing solely or primarily a *deterrence* function is highly problematic, given the traditional goal of private litigation to achieve *compensation*. » [italiques dans l'original]

²³ *AIC Limitée c Fischer*, 2013 CSC 69 au para 24, [2013] 3 RCS 949 [*Fischer*]. Sur l'adéquation entre l'objectif d'accès à la justice et l'objectif d'indemnisation, voir également Frank Iacobucci, « What Is Acces to Justice in the Context of Class Actions ? » dans Jasmina Kalajdzic, dir, *Assessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick, & Rumley*, Markham, LexisNexis Canada, 2011, 17 à la p 20 [Kalajdzic, *Assessing Justice*]: « I define access to justice generally to include two components : (a) to provide claimants with an opportunity to pursue their claim in court ; and (b) to obtain an appropriate restorative result where warranted. Financial compensation is, of course, the traditional remedy for private wrongs, and a payment of money may provide claimants with substantive justice in some cases. However, non-traditional remedies may be required to obtain substantive justice in other context. »; Shaun Finn, Marianne Knai et Gérald Tremblay, « Le passé n'est qu'un prologue : trente-deux années plus tard, les intentions du législateur en matière de recours collectifs ont-elle été réalisées? » dans Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, vol 327, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 164 à la p 169 : « En effet, si la raison d'être du recours collectif est d'assurer l'accès à la justice [...], la compensation s'avère la méthode indiquée. »

²⁴ Mario Bouchard, « L'autorisation d'exercer le recours collectif » (1980) 21 C de D 855 à la p 864.

²⁵ Voir notamment l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Infineon Technologies AG c Option consommateurs*, 2013 CSC 59 au para 125, [2013] 3 RCS 600 [*Infineon, C.S.C.*] (dans la version anglaise de l'arrêt, le tribunal utilise le mot « compensation »). Voir

Infineon, expliquant que cette action est un « moyen d'atteindre le double objectif de la dissuasion et de l'indemnisation des victimes »²⁶. Ce passage, repris subséquemment par cette même cour dans l'arrêt *Marcotte*²⁷ et par d'autres instances inférieures²⁸, démontre l'omniprésence de l'objectif d'indemnisation expressément, ou plus implicitement, à travers le prisme de l'objectif d'accès à la justice²⁹. Comme l'exprime parfaitement le juge Perell de la Cour supérieure de l'Ontario, « the ideal distribution scheme for a class action gets the compensation into the hands of the class members³⁰ ». C'est donc dire que les tribunaux appelés à approuver le recouvrement dans l'action collective devraient idéalement viser à assurer qu'une indemnisation financière se retrouve dans les mains des justiciables.

L'action collective est-elle toutefois systématiquement justifiable en vertu de l'objectif d'indemnisation? Il ne semble pas que l'indemnisation dans ce type d'action puisse toujours être l'objectif prioritaire dans l'action collective. Que dire alors de ces actions intentées contre le gouvernement pour lesquelles les coûts associés à une condamnation seront, ultimement, supportés par les contribuables³¹, par le biais d'une hausse de tarifs³² par exemple? Dans ces cas particuliers, l'indemnisation des justiciables n'est alors pas réelle et c'est plutôt la dissuasion que l'on doit viser, quoique cette dissuasion reste complexe à identifier³³. Et si l'objectif de dissuasion était l'unique ou la principale justification à l'action collective, pourquoi s'encombrerait-on de la nécessité d'avoir un représentant adéquat ou même, de manière plus générale, une procédure d'autorisation³⁴?

aussi la décision historique du juge Riordan dans l'action collective intentée pour le compte des victimes du tabac : *Létourneau c JTI-Macdonald Corp*, 2015 QCCS 2382 au para 1015 (« the principle objective of (the class action is) compensating victims »).

²⁶ *Infineon, C.S.C.*, *supra* note 25 au para 60.

²⁷ *Banque de Montréal c Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 RCS 725 au para 43 [BMO, *Marcotte*].

²⁸ *Amram c Rogers Communications inc*, 2015 QCCA 105 au para 17; *Charbonneau Daneau c Bell Canada*, 2015 QCCS 151 au para 20; *Fortier c Meubles Léon ltée*, 2014 QCCA 195 au para 67; *Gay et autres c Régie régionale de la santé 7 et Dr Menon*, 2014 NBCA 10 au para 42; *Larouche c Bell Expressvu, s.e.c.*, 2014 QCCS 6256 au para 37; *Sévigny c Montréal (Ville de)*, 2014 QCCS 4077 au para 30.

²⁹ Voir *Dutton*, *supra* note 3; *Fischer*, *supra* note 23 au para 24.

³⁰ *Eidoo v Infineon Technologies AG*, 2015 ONSC 5493 au para 26.

³¹ Jeff Berryman, « Nudge, Nudge, Wink, Wink: Behavioural Modification, Cy-Pres Distributions and Class Actions » dans Kalajdzic, *Accessing Justice*, *supra* note 23, 133 aux pp 136, 156–157.

³² *Ibid* aux pp 164–165.

³³ Catherine Piché et André Lespérance, « L'action collective comme outil de prévention, d'évitement et de dissuasion » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, *Colloque national sur les recours collectifs : développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, vol 410, Montréal, Yvon Blais, 2016, 61.

³⁴ Kalajdzic, « Public Goals », *supra* note 22 à la p 395.

Voilà qui nous ramène à notre hypothèse de départ. Nous sommes d'avis que l'action collective a un objectif principalement indemnitaire, mais que cet objectif n'est pas rempli *a priori*, car l'action ne permet qu'une indemnisation partielle ou incomplète des membres du groupe, et ce, particulièrement dans les dossiers où la valeur des réclamations individuelles des membres est de moindre importance. L'objectif indemnitaire n'est pas parfaitement atteint. En fait, le recouvrement collectif est parfois mis en place de manière imparfaite ou mal informée par les parties, les tribunaux et les administrateurs, ou encore, s'avère être trop dispendieux à mettre en place compte tenu des réclamations et du recouvrement éventuel de chacun des membres. Les parties, de même, ont elles aussi leurs motivations propres ; la partie défenderesse privilégie souvent le recouvrement individuel, lequel permet une indemnisation incomplète ou partielle des membres et conduit à de plus faibles taux de réclamations³⁵.

2. Les modes de recouvrement dans l'action collective et le pouvoir discrétionnaire des tribunaux à cet égard

A) Les étapes de l'action collective menant au recouvrement

Aux premiers moments de la demande introductive d'instance se définit la réclamation collective qui fondera l'action collective d'un groupe envisagé. Qu'il s'agisse d'un dommage corporel ou matériel similaire ou commun aux membres, d'une catastrophe ayant affecté un groupe d'individus de manière semblable, d'un dommage à grande échelle visant un large groupe, l'objectif initial de l'action est de permettre à un ensemble de membres d'être indemnisés. Pour que l'action collective ait le succès escompté, tout est imaginé et conçu de manière collective : la définition du groupe ainsi que celle des questions communes, l'autorisation et enfin, le recouvrement.

Au départ, le tribunal autorise l'action collective sur demande, laquelle indique les faits qui y donnent ouverture, la nature de l'action et décrit le groupe pour le compte duquel le membre entend agir³⁶. Cette description, initialement présentée par le requérant, peut être modifiée par le tribunal dans son jugement autorisant l'action³⁷ ou à tout moment de l'instance et ce, même d'office par le juge³⁸. L'article 575 Cpc (anciennement l'article 1003) prévoit les quatre conditions devant être satisfaites pour donner ouverture à l'exercice de l'action collective. C'est ainsi qu'à l'étape d'autorisation de l'action, le requérant doit décrire le groupe de manière

³⁵ Voir à cet égard David Stolow et Robert Kugler, « L'étape du recouvrement en matière de recours collectif : les enjeux et les objectifs sociaux » (2015) 11:1 Can Class Action Rev 3 à la p 7.

³⁶ Art 574 Cpc.

³⁷ Art 576 Cpc.

³⁸ Art 588 Cpc.

suffisamment précise et énumérer les questions communes qui permettront de faire progresser de façon non négligeable le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe, sans que la réponse à chacune de ces questions ne soit nécessairement la même³⁹.

Le jugement autorisant la demande ordonne la publication d'un avis aux membres⁴⁰, dont le contenu est dicté par l'article 579 Cpc. L'article 58d) du *Règlement de procédure civile* (Cour supérieure) impose d'ailleurs l'inclusion de certaines informations dans cet avis en fonction d'un modèle de formulaire⁴¹. Ce premier avis est important dans la mesure où il fixe la description du groupe et sert ainsi à faire connaître aux membres l'existence de l'action et permettre à ceux désirant s'exclure de le faire, selon le délai prescrit dans l'avis. Suite à cette autorisation, l'action peut alors formellement être intentée sur une base collective par le représentant qui dépose au greffe une demande introductive d'instance dans les trois mois de l'autorisation⁴².

Par ailleurs, les parties, avant même la présentation de la demande initiale d'autorisation d'exercer l'action et ce, tout au long de l'instance et jusqu'au jugement final, peuvent s'entendre à l'amiable et transiger⁴³. Cette transaction doit être approuvée par le tribunal en fonction de son caractère « juste et équitable » et dans « le meilleur intérêt des membres du groupe »⁴⁴. Lorsque le jugement final ne prévoit pas les modalités d'exécution du jugement, une transaction sur ces modalités peut intervenir, même après le jugement final⁴⁵, dans la mesure où les parties sont convoquées à nouveau pour déterminer cette question. Avis doit d'ailleurs avoir été donné aux membres préalablement à toute transaction intervenant entre les procureurs des parties afin qu'ils puissent s'opposer au contenu de la transaction, le cas

³⁹ *Dell'Aniello c Vivendi Canada inc*, 2010 QCCS 3416.

⁴⁰ Art 576 Cpc.

⁴¹ *Règlement de procédure civile*, C-25.01, r. 4. Le formulaire VI du Règlement indique précisément comment doit être rédigé cet avis. Nous le verrons plus tard, le Code de procédure civile et le Règlement de procédure civile imposent la publication d'avis contenant une série d'informations.

⁴² Art 583 Cpc.

⁴³ Pour une analyse détaillée sur le règlement à l'amiable en matière de recours collectifs/ d'actions collectives, voir Piché, *Règlement à l'amiable*, *supra* note 5. « Le règlement à l'amiable » est aussi désigné par les termes « transaction » et « entente à l'amiable » dans ce texte.

⁴⁴ Art 590 Cpc. Voir aussi *Fortier c Québec (Procureur général)*, JE 91-575 (CS) et plus généralement Piché, *Règlement à l'amiable*, *supra* note 5.

⁴⁵ Voir à cet effet les paragraphes du juge Gascon de la Cour supérieure dans *Marcotte c Banque de Montréal* où ce dernier convoque à nouveau les parties pour déterminer des modalités d'exécution du jugement : *Marcotte c Banque de Montréal*, 2009 QCCS 2764 au para 1289 [*Marcotte, C.Sup.*].

échéant⁴⁶. Dans l'éventualité où la transaction intervient avant la demande d'autorisation, les exigences de l'article 580 Cpc s'ajoutent à celle de l'article 590 Cpc et l'avis doit alors définir le groupe⁴⁷.

Enfin, le tribunal se prononce sur les questions collectives et rend un jugement final par lequel il peut déclarer l'action fondée et condamner le défendeur à des dommages-intérêts ou au remboursement d'une somme d'argent. Par cette condamnation, le tribunal doit déterminer le mode de recouvrement des indemnités en vertu de l'article 592 Cpc, à savoir le recouvrement collectif (le principe), le recouvrement individuel (l'exception)⁴⁸ ou le recouvrement mixte. En cas de recouvrement collectif, le tribunal choisit alors d'ordonner soit la liquidation individuelle (le principe), soit la liquidation collective (l'exception)⁴⁹. Ainsi, malgré la confusion qui règne à cet égard dans la jurisprudence, résultant en partie de dispositions du *Code de procédure civile* mal organisées et rédigées de manière obscure, il existe essentiellement trois possibilités de recouvrement dans l'action collective : collectif, individuel et hybride (ou encore, par une combinaison des deux)⁵⁰. Le recouvrement hybride, dont nous ne traiterons pas particulièrement dans le présent article, est celui prévu par jugement qui accorde en partie un recouvrement collectif, en partie un recouvrement individuel⁵¹. Il pourra, incidemment, prendre la forme d'un recouvrement avec grilles d'indemnisations ou de catégories de paiement en fonction

⁴⁶ Art 590 Cpc. Cet avis doit contenir 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.

⁴⁷ La validité de ce type de transaction est bien reconnue. Voir François Lebeau, « Vers l'indemnisation des membres : le processus post-jugement et les considérations en matière de transactions » dans Barreau du Québec, *Développements récents sur les recours collectifs*, vol 156, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 123 à la p 163 se référant, notamment à *Coté c Informatique Vidéotron Ltée* (16 février 1989), Québec 200-06-000003-858 (CS).

⁴⁸ *Marcotte, C.Sup.*, *supra* note 45 au para 1114. Voir pour un exemple de recours avec recouvrement individuel, *Biondi c Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP-301)*, 2010 QCCS 4073 [*Biondi, C.Sup.*].

⁴⁹ Le recouvrement est le traitement collectif ou individuel des réclamations des membres du groupe alors que la liquidation vise l'indemnisation directe—individuelle—ou indirecte—collective—des membres lorsque les sommes ont été recouvrées collectivement. Voir Lebeau, *supra* note 47.

⁵⁰ Art 592 Cpc.

⁵¹ Voir *Biondi, C.Sup.*, *supra* note 48, dans lequel le tribunal a opté pour un mélange de deux types de recouvrement : les réclamations relatives aux préjudices physiques et matériels qui varient de façon importante d'un membre à l'autre font l'objet de recouvrements individuels alors que les dommages punitifs sont recouverts collectivement selon l'article 590 Cpc. Il est important de noter que l'article 599 Cpc requiert que les réclamations des

de la nature du préjudice subi, d'un recouvrement préalablement établi en fonction de sous-catégories de réclamants, ou encore d'un recouvrement en fonction d'une tierce partie qui classe les membres en fonction de leur dommage. Nous reviendront plus en détails sur le recouvrement collectif dans la Partie 3 du présent article, pour fins d'analyse détaillée.

Dans l'intervalle, il nous faut toutefois mentionner d'ores et déjà que le recouvrement collectif est ordonné « si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment précise le montant total de ces réclamations »⁵². Dans cette éventualité, une somme sera déposée par la partie défenderesse, non plus au greffe, comme à l'ancien article, mais auprès d'une institution financière reconnue⁵³. Un reliquat pourra subsister après la liquidation individuelle⁵⁴. Quant à l'ordonnance de recouvrement individuel, elle est typiquement possible lorsque le tribunal n'est pas en mesure de prononcer une condamnation, parce que le nombre de membres n'est pas connu ou qu'il est impossible d'évaluer de manière précise la réclamation individuelle de chacun sans une preuve additionnelle individuelle. Ce recouvrement permet alors au défendeur de préserver les sommes d'argent dues dans son compte bancaire et de n'accorder la réparation que sur présentation d'une réclamation en bonne et due forme. Dans le cas d'un recouvrement individuel, il reste rare que toutes les réclamations anticipées soient présentées et que le taux d'indemnisation atteigne les 100%. Ainsi, les gains illégalement obtenus sont malheureusement trop souvent gardés par la partie défenderesse et aucune forme de reliquat ne peut alors subsister. À notre avis, le recouvrement collectif demeure, pour ces raisons, hautement préférable dans un objectif d'indemnisation. Nous y reviendrons.

Le jugement final d'action collective, lorsqu'il passe en force de chose jugée, ordonne la publication d'un avis qui décrit le groupe et la teneur du jugement, de même que les modalités d'exécution du jugement, si elles ont été prévues par le jugement final⁵⁵. Que ce soit par un jugement au fond ou à l'occasion d'une transaction, qu'un recouvrement collectif, individuel ou hybride soit ordonné, les procureurs des membres présentent au juge à la fin de l'action leurs conventions d'honoraires extrajudiciaires et des frais

membres soient produites dans l'année qui suit la publication d'un avis aux membres, mais ce délai n'est pas de rigueur : *Pelletier c Baxter Healthcare Corp.*, JE 99-401 (CS).

⁵² Art 595 Cpc. Voir aussi, de façon générale : *Marcotte, C.Sup.*, *supra* note 45, qui a été maintenue par la Cour suprême du Canada dans trois arrêts connexes : *Marcotte, C.S.C.*, *supra* note 4; *BMO, Marcotte*, *supra* note 27; *Banque Amex du Canada c Adams*, 2014 CSC 56, [2014] 2 RCS 787.

⁵³ Art 595 Cpc.

⁵⁴ Art 596 Cpc.

⁵⁵ Art 591 Cpc.

déboursés pour approbation du tribunal⁵⁶. Le tribunal doit alors en contrôler le caractère juste et raisonnable, en fonction des facteurs énoncés à l'article 102 du nouveau *Code de déontologie des avocats*⁵⁷. Avis doit d'ailleurs toujours avoir été publié préalablement afin de permettre aux membres désirant s'opposer de le faire⁵⁸.

B) L'évaluation du dommage ou du préjudice commun

Dans l'action collective, le représentant a la tâche—souvent complexe et difficile—de prouver le dommage collectif. Cette justice collective doit effectivement envisager l'indemnisation du groupe et d'un point de vue global, plutôt que dans une perspective strictement individuelle qui s'avérerait trop lourde et complexe⁵⁹. À ce titre, dans les actions en responsabilité civile, il devra présenter une preuve de faute, de préjudice et de lien de causalité à l'égard de chacun des membres, par les moyens de preuve habituels que sont l'écrit, le témoignage, l'élément matériel, les présomptions, l'aveu⁶⁰. L'exercice est complexe, les membres étant difficilement identifiables. En fait, leur nombre est incertain, car l'inclusion est automatique dans cette procédure de type *opting-out*⁶¹.

En l'espèce, le requérant doit prouver, selon la balance des probabilités, qu'il y a eu un préjudice de même ordre—matériel, corporel ou moral—subi personnellement et effectivement par tous les membres du groupe,

⁵⁶ Voir art 32 LRC (« 32. Le Fonds dépose au greffe de la Cour supérieure du district dans lequel le recours collectif est exercé, le dispositif de la décision qui attribue l'aide. Le tribunal doit entendre le Fonds avant de décider du paiement des dépens, déterminer les honoraires du procureur du représentant ou approuver une transaction sur les frais, les dépens ou les honoraires. »). Voir aussi l'article 69 du *Règlement de procédure civile (Cour supérieure)*, *supra* note 41 (« 69. Dépens. Toute requête ayant pour objet de faire déterminer les dépens, les honoraires du procureur du représentant ou de faire approuver une transaction sur les frais, les dépens ou les honoraires, est signifiée au Fonds, avec avis de sa présentation.»).

⁵⁷ *Code de déontologie des avocats*, RLRQ c B-1, r 3.1. Voir aussi *Syndicat général des professeurs et professeurs de l'Université de Montréal c Gourdeau*, 2015 QCCS 2496, EYB 2015-252939 (REJB); Lafond, « Modèle québécois », *supra* note 6 à la p 135 ; Catherine Piché, « Regards sur l'éthique du recours collectif et de son règlement » dans Benoît Moore, Catherine Piché et Marie-Claude Rigaud, dir, *L'avocat dans la cité: éthique et professionnalisme*, Montréal, Thémis, 2012, 47.

⁵⁸ Art 581 Cpc.

⁵⁹ *Conseil pour la protection des malades c Fédération des médecins spécialistes du Québec*, 2010 QCCS 6094, appel accueilli pour d'autres motifs, 2014 QCCA 459.

⁶⁰ Pierre Deschamps, « La preuve en matière de recours collectif » dans Barreau du Québec, *Développements récents sur les recours collectifs*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, 2. Voir aussi Jean-Claude Royer et Sophie Lavallée, *La preuve civile*, 4^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

⁶¹ Art 580 Cpc.

et ce, peu importe l'intensité ou la nature du préjudice⁶². La faute de la partie défenderesse doit avoir affecté tous les membres du groupe, même si de manière non identique⁶³, et ces membres doivent avoir subi « des conséquences directes et immédiates de ce comportement fautif »⁶⁴. Le tribunal peut néanmoins se servir de présomptions graves, précises et concordantes⁶⁵ pour conclure que le préjudice subi par certains membres a probablement été éprouvé par tous de manière similaire ou identique⁶⁶. Au final, l'action collective est considérée comme n'étant qu'un moyen procédural ne modifiant pas en principe le droit substantiel et ne dispensant pas de prouver le préjudice subi pour fonder une éventuelle responsabilité civile⁶⁷. En d'autres termes, le mode de recouvrement choisi ou privilégié ne peut permettre de suppléer à l'absence de préjudice personnel⁶⁸.

⁶² *Bou Malhab c Diffusion Métromédia CMR inc*, 2011 CSC 9 aux para 51–53, [2011] 1 RCS 214 [*Bou Malhab*] (« [51] [...] L'appelant allègue que l'utilisation du recours collectif le dispense de faire la preuve d'un préjudice personnel au moment de l'analyse du bien-fondé du recours, parce que la question du caractère personnel du préjudice devrait être analysée lors d'une procédure de recouvrement individuel [...]. Cette prétention doit être rejetée, car elle repose sur une confusion entre la nature du préjudice nécessaire pour fonder la responsabilité civile, le procédé utilisé pour en faire la preuve et l'évaluation de l'étendue de ce préjudice. [...] »)

[54] Il ne saurait toutefois être question d'exiger que chacun des membres du groupe témoigne pour établir le préjudice effectivement subi. La preuve du préjudice reposera le plus souvent sur des présomptions de fait, c'est-à-dire sur la recherche d'« un élément de dommage commun à tous [...] pour en inférer qu'il existait des présomptions graves, précises et concordantes que tous les [membres du recours ont subi un préjudice personnel] »).

⁶³ *Comité d'environnement de Ville-Émard (CEVE) c Domfer poudres métalliques ltée*, 2006 QCCA 1394.

⁶⁴ Deschamps, *supra* note 60 à la p 11.

⁶⁵ Voir art 2849 CcQ (présomptions graves, précises et concordantes).

⁶⁶ *Québec (Curateur public) c Syndicat national des employés de l'hôpital Saint-Ferdinand*, [1996] 3 RCS 211; *Comartin c Bordet*, [1984] CS 584 à la p 596 au para 94 [*Comartin*]. Voir aussi *Bou Malhab*, *supra* note 62 au para 54.

⁶⁷ *Bou Malhab*, *supra* note 62 au para 51, 55, [2011] 1 RCS 214 [*Bou Malhab*]; *Dell Computer Corp. c Union des consommateurs*, 2007 CSC 34 au para 226, [2007] 2 R.C.S. 801; *Bisaillon c Université Concordia*, 2006 CSC 19 au para 17, [2006] 1 RCS 666.

⁶⁸ *Bou Malhab*, *ibid.* (« Ce n'est qu'une fois prouvée l'existence d'un préjudice personnel chez chacun des membres du groupe que le juge s'attarde à évaluer l'étendue du préjudice et à choisir le mode de recouvrement, individuel ou collectif, approprié. À défaut de preuve d'un préjudice personnel, le recours collectif doit être rejeté. Ainsi, [...] la possibilité d'ordonner un recouvrement individuel des dommages-intérêts ne déleste pas le demandeur du fardeau de prouver, en premier lieu, l'existence d'un préjudice personnel chez tous les membres du groupe. »)

C) La discrétion judiciaire relativement aux modalités de recouvrement et à la preuve

Le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire important à l'étape du recouvrement, particulièrement dans le choix de ses modalités et de la détermination des indemnités en cause⁶⁹. Ce pouvoir est guidé par une série de facteurs, tels le nombre de réclamations individuelles et de membres visés par la distribution, l'importance des sommes assujetties au processus de liquidation des réclamations individuelles ou à leur distribution, la complexité des modalités applicables à la liquidation ou à la distribution, ou encore, l'étendue de la période de liquidation.⁷⁰ En fait, en vertu de l'article 592 Cpc, le tribunal de première instance choisit les modalités de recouvrement des réclamations des membres et devra indiquer dans son jugement « si les réclamations des membres sont recouvrées collectivement ou individuellement »⁷¹. Somme toute, les solutions de recouvrement disponibles n'ont de limites que l'imaginaire des avocats et des tribunaux. Il pourra s'agir de toutes les combinaisons de recouvrement collectif, par réclamations individuelles, ou hybride ou mixte, ainsi que par sous-groupes, éventuellement. Dans le cas du règlement à l'amiable, par contre, ce sont les parties qui déterminent les modes de recouvrement à la transaction⁷², bien qu'ils soient soumis à l'approbation finale du tribunal, comme l'est l'ensemble de la transaction en vertu de l'article 590 Cpc.

Le tribunal dispose de vastes pouvoirs discrétionnaires relativement aux modes spéciaux de preuve, en vertu de l'article 600 Cpc, ainsi que dans la gestion de l'instance, par le biais des articles 158 et 581 Cpc⁷³. Ainsi, le tribunal pourra notamment requérir une preuve moindre des réclamations au stade du recouvrement, faite par le biais de déclarations assermentées des membres⁷⁴. Il pourra, de même, ordonner le financement par le

⁶⁹ *Martin c Société Telus Communication*, 2014 QCCS 1554 au para 119, EYB 2014-235973 (REJB), pourvoi de plein droit à la CA [*Martin*]. Voir aussi les *Règles des cours fédérales*, SOR/98-106, art 334.28(1).

⁷⁰ Hubert Reid et Claire Carrier, *Code de procédure civile : jurisprudence et doctrine*, 29^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013 à la p 2084. Voir aussi *Kavanaght c Montréal (Ville de)*, 2012 QCCS 2190, JE 2012-1158.

⁷¹ Voir aussi Nicole Duval Hesler, « Le recours collectif : un parcours complexe » (2004) 64 R du B 385 à la p 405; *Barrette, supra* note 4 au para 112; *Thompson c Masson*, JE 2000-2199 (CA) aux para 38–48.

⁷² Art 590 Cpc.

⁷³ Voir Pierre-Claude Lafond, « L'énigmatique article 1045 C.p.c. : un espace de créativité pour le juge gestionnaire d'un recours collectif » (2014) 73: 1 R du B 3 [Lafond, « 1045 »].

⁷⁴ Le professeur Lafond cite, à cet égard, les décisions suivantes : *ACEF du Centre de Montréal c Promotions Ciné-Mode (120984 Canada inc)* (2 février 1993), Montréal 500-06-000007-886 (CS) à la p 8 ; *Nault c Jarmark* (6 novembre 1981), Montréal 500-06-000013 (CS) aux pp 5–6.

défendeur du processus de recouvrement par liquidations individuelles⁷⁵, ou encore, utiliser des présomptions dans la détermination des réclamations individuelles⁷⁶. De plus, la détermination préliminaire du quantum de réclamations individuelles pourra être faite par le biais d'une procédure de réclamations individuelles par moyennes établies par zone⁷⁷. L'étendue du pouvoir discrétionnaire du tribunal lui permet donc, dans l'évaluation du préjudice, d'utiliser des moyennes, des statistiques et des pondérations. D'une part, on a notamment utilisé des statistiques épidémiologiques pour établir le montant total des réclamations des membres dans un recouvrement collectif, lesquelles ont permis d'indiquer et de prendre en considération les degrés de probabilité et les intervalles de confiance⁷⁸. D'autre part, dans une action intentée par les victimes d'une grève illégale du transport en commun, le tribunal a évalué qu'environ 50 000 usagers avaient pu être touchés par cette grève et que, puisque chacun avait droit à un dommage individuel de vingt dollars, la défenderesse était condamnée à verser un million de dollars par le biais d'un recouvrement collectif, sans preuve de perte individuelle par les membres⁷⁹.

D) La part du recouvrement distribuée au Fonds d'aide aux actions collectives

L'article 42 LRC dispose que le *Fonds d'aide aux actions collectives*—lequel remplace le *Fonds d'aide aux recours collectifs* avec l'entrée en

⁷⁵ Lafond, « 1045 », *supra* note 73.

⁷⁶ *Montréal (Ville de) c Biondi*, 2013 QCCA 404 [*Biondi, C.A.*] :

[133] Selon la juge [...], il est probable que ces chutes ont été causées par le défaut d'entretien adéquat des trottoirs et de la chaussée, sans pour autant exclure qu'une faute contributoire de la victime d'une chute puisse être établie [...] à l'examen des réclamations individuelles [...]

[134] Il faut comprendre de ces passages que la juge instaure une présomption réfragable de causalité sous certaines conditions. [...]

[137] La partie adverse pourra donc, à l'étape des réclamations individuelles, présenter une preuve, dont elle a le fardeau [...], pour contrer la preuve de la demande et démontrer, le cas échéant, la faute contributoire de la victime, la faute d'un tiers ou un fait causal étranger aux conditions climatiques de manière à faire réduire sa réclamation, voire à la contrer [...]. Elle pourra aussi démontrer l'absence de préjudice personnel [...]. Il va de soi que ces décisions seront susceptibles d'appel selon les règles habituelles.

⁷⁷ *Barrette*, *supra* note 4 au para 113 (« [113] [...] Dans les cas où, comme en l'espèce, le juge du fond décide de procéder par voie de réclamation individuelle, il n'est donc pas forclos de se prononcer sur le quantum du préjudice individuel. Cette méthode simplifie d'ailleurs la procédure des réclamations individuelles, puisqu'elle permet de limiter les éléments qui doivent être prouvés à cette étape »).

⁷⁸ *Conseil québécois sur le tabac et la santé c JTI-Macdonald Corp*, 2013 QCCS 1924.

⁷⁹ *Boyer c Agence métropolitaine de transport (AMT)*, 2010 QCCS 4984.

vigueur du *nouveau Code*—est autorisé à prélever un pourcentage sur le reliquat s’il y a recouvrement collectif⁸⁰. À cet égard, le *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d’aide aux recours collectifs*⁸¹, et lequel sera amendé en 2016, prévoit l’attribution de pourcentages différents en fonction du montant du reliquat⁸². Il faut rappeler ici—et nous y reviendrons dans les prochaines pages—qu’une distribution de reliquat est possible en vertu des articles 596 ou 597 Cpc. Ainsi, un reliquat peut d’abord être distribué lorsqu’il y a une liquidation des réclamations des membres et qu’il reste des sommes non recouvrées. Le solde constitue alors le reliquat. Il existe une deuxième possibilité de reliquat, soit lorsque le tribunal estime qu’une liquidation des réclamations serait impraticable, inappropriée ou trop onéreuse.

Le reliquat a pour objectif de permettre d’accorder une réparation aux membres victimes même lorsque les sommes leur étant initialement destinées ne peuvent leur être remises directement ou qu’il est trop coûteux d’administrer les réclamations éventuelles des membres. Ainsi, au-delà du désir de s’assurer que le défendeur condamné ne puisse réclamer—et

⁸⁰ L’article 42 LRC se lit comme suit : « 42. S’il y a recouvrement collectif des réclamations, le Fonds prélève un pourcentage fixé par règlement du gouvernement sur le reliquat établi en vertu des articles 1033 ou 1034 du Code de procédure civile; dans les autres cas, le Fonds prélève sur chaque réclamation liquidée un pourcentage fixé par règlement du gouvernement. »

⁸¹ *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d’aide aux actions collectives*, RLRQ c F-3.2.0.1.1, r 2.

⁸² Pour l’application de l’article 42 de la Loi sur le Fonds d’aide aux actions collectives (chapitre F-3.2.0.1.1), le pourcentage prélevé par le Fonds d’aide aux actions collectives sur un reliquat ou sur une réclamation liquidée varie entre 2% et 90% en fonction de la valeur du reliquat (recouvrement collectif) ou de la réclamation individuelle (recouvrement individuel).

1. sur le reliquat établi en vertu de l’article 1033 du Code de procédure civile (chapitre C-25):

- a) 50% sur tout reliquat inférieur à 100 000 \$;
- b) 60% sur tout reliquat supérieur à 100 000 \$ et inférieur à 200 000 \$;
- c) 70% sur tout reliquat supérieur à 200 000 \$ et inférieur à 500 000 \$;
- d) 90% sur tout reliquat supérieur à 500 000 \$;

2. sur le reliquat établi en vertu de l’article 1034 du Code de procédure civile:

- a) 70% sur tout reliquat inférieur à 100 000 \$;
- b) 60% sur tout reliquat supérieur à 100 000 \$ et inférieur à 200 000 \$;
- c) 55% sur tout reliquat supérieur à 200 000 \$ et inférieur à 300 000 \$;
- d) [...]
- h) 30% sur tout reliquat supérieur à 800 000 \$;

3. sur toute autre réclamation liquidée en vertu de l’article 1028 du Code de procédure civile:

- a) 2% sur toute réclamation inférieure à 2 000 \$;
- b) 5% sur toute réclamation supérieure à 2 000 \$ et inférieure à 5 000 \$;
- c) 10% sur toute réclamation supérieure à 5 000 \$.

éventuellement, récupérer—le solde des sommes remises aux membres à titre de recouvrement, le reliquat doit permettre d'indemniser—même si ce n'est qu'indirectement—les membres du groupe. Le tribunal dispose d'une discrétion dans l'attribution du reliquat au tiers, et ce, dans le meilleur « intérêt des membres »⁸³. Le principe sous-jacent à la notion de *cy-près* est que lorsqu'un jugement a été rendu contre une partie défenderesse ou un règlement conclu entre les parties et que la distribution d'un recouvrement aux membres est impraticable ou inappropriée, les dommages devraient être distribués de la manière la plus proche (« *cy-près* »—« aussi près ») ou similaire aux objectifs de l'indemnisation principale. Le montant du reliquat sert alors à accorder un bénéfice indirect aux membres. Or, par cette décision d'attribution du reliquat, « le débiteur est complètement libéré de son obligation vis-à-vis l'ensemble des membres du groupe au même titre que s'ils avaient reçu cette somme directement. [...] Le représentant et le procureur du groupe ont [...] l'obligation de veiller à ce que l'utilisation du reliquat confère aux membres un bénéfice optimal quoiqu'indirect »⁸⁴. Il demeure que même si les tribunaux ont occasionnellement choisi dans le passé de remettre le reliquat au défendeur, une fois les frais de justice et les honoraires acquittés, leur préférence reste de privilégier des mesures dissuasives et réparatrices dans leurs décisions de distributions du reliquat⁸⁵.

Si l'objectif du reliquat est principalement indemnitaire⁸⁶, on ne peut toutefois nier sa fonction de dissuasion individuelle et collective des parties

⁸³ Article 596, al 3 Cpc. La *Loi [ontarienne] de 1992 sur les recours collectifs*, LO 1992, c 6, dispose à l'article 26(4) que: « (4) Le tribunal peut ordonner que la totalité ou une partie du montant adjugé aux termes de l'article 24 qui n'a pas été répartie dans le délai qu'il a fixé soit affectée d'une façon dont il est raisonnable de s'attendre qu'elle profite aux membres du groupe, même si l'ordonnance ne prévoit pas de mesures de redressement pécuniaire pour ceux-ci pris individuellement, si le tribunal est convaincu qu'un nombre raisonnable de membres du groupe qui ne recevraient pas autrement de mesures de redressement pécuniaire bénéficieraient de cette ordonnance. 1992, chap. 6, par. 26 (4). » Voir aussi les *Règles des cours fédérales*, *supra* note 69, art 334.28(2) (ordonnance relativement à la distribution de toute portion non distribuée d'une réparation qui est due au groupe).

⁸⁴ Yves Lauzon, « Le prélèvement du Fonds d'aide sur le reliquat : un déséquilibre à corriger » dans Barreau du Québec, *Colloque national sur les recours collectifs : Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis (2013)*, vol 362, EYB2013DEV1960 à la p 310.

⁸⁵ Shaun E Finn, *Recours singulier et collectif : Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière*, Montréal, Yvon Blais, 2011 à la p 69, n 237.

⁸⁶ Voir notamment le *Ontario Report*, *supra* note 18 à la p 573, dans lequel la Law Reform Commission explique que l'objectif d'une distribution par *cy-près* est « compensation for class members through a benefit that 'approaches as nearly as possible some form of recompense for injured class members ». Voir aussi *Carom v Bre-X Minerals Ltd*, 2014 ONSC 2507; *Cassano v Toronto Dominion Bank* (2009), 98 OR(3^e) 543 (SC). Voir pour de plus amples références provenant des provinces de common law sur la doctrine du *cy-près* : Christina Sgro, « The Doctrine of *Cy Près* in Ontario Class Actions: Towards a Consistent,

malfaisantes, dans la mesure où le législateur a prévu une distribution à tout prix des sommes résiduelles dans l'intérêt des membres du groupe. Quant au prélèvement par le Fonds à même ce reliquat, il n'apparaît pas conforme de prime abord à la fonction indemnitaire de l'action collective. En toute apparence, l'intérêt du Fonds et celui du bénéficiaire désigné par le tribunal selon les articles 596 et 597 Cpc se font concurrence. Or, le Fonds assure le financement des actions collectives, tel que le prévoit son mandat à l'article 7 de la *Loi sur le recours collectif*⁸⁷. C'est ainsi que les sommes que le Fonds prélève sur le reliquat en vertu du *Règlement sur le pourcentage* servent directement à assurer le financement d'autres actions collectives⁸⁸. Les membres doivent donc partager une certaine part de leur recouvrement avec le tiers désigné par le tribunal en vertu des articles 596 ou 597 Cpc et avec le Fonds en vertu de l'article 42 LRC, dans la mesure prévue par le *Règlement*. Ce partage est justifié dans la perspective de justice sociale véhiculée par la loi et le Code dans la création et le maintien de l'action collective et du Fonds d'aide. Sans cette procédure, des milliers, millions de justiciables resteraient sans accès aux tribunaux et seraient privés d'un éventuel recouvrement. Le partage des sommes allouées permet de financer d'autres recours de manière tout à fait légitime. Ainsi, comme l'explique Yves Lauzon, « c'est le lien entre [la] mission respective [du tiers désigné et du Fonds] et l'intérêt des membres qui légitimise leur droit à se partager le reliquat »⁸⁹.

3. Favoriser le recouvrement collectif pour une meilleure indemnisation des membres

Dans cette troisième partie de l'article, nous clarifierons la procédure de recouvrement collectif et ses modalités, dans le but de démontrer son caractère réellement indemnitaire pour les membres du groupe. Nous

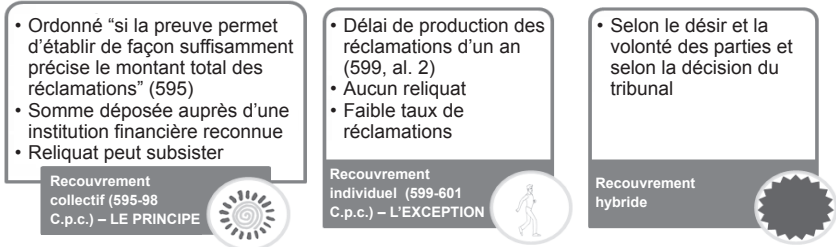
Principled, and Transparent Approach » (2011) 7:2 Can Class Action Rev 265; Luiz Arthur Bihari, « Saving the Law's Soul: A Normative Perspective on the Cy Près Doctrine » (2011) 7:2 Can Class Action Rev 293; Berryman, *supra* note 31; Jasminka Kalajdzic, « Access to a Just Result: Revisiting Settlement Standards and Cy Pres Distributions » (2010) 6:1 Can Class Action Rev 215; E Rebecca Potter and Natasha Razaack, « Cy Pres Awards in Canadian Class Actions: A Critical Interrogation of what is Meant by "as near as possible" » (2010) 6:2 Can Class Action Rev 297; Jeff Berryman, « Class Actions (Representative Proceedings) and the Exercise of the Cy-Pres Doctrine: Time for Improved Scrutiny » dans Jeff Berryman et Rick Bigwood, dir, *The Law of Remedies: New Directions in the Common Law*, Toronto, Irwin Law, 2010, 727; John C Kleefeld, « Review of R.P. Mulheron, the Modern Cy-Près Doctrine: Applications & Implications » (2007) 4:1 Can Class Action Rev 203; Redish, Julian et Zyontz, *supra* note 22.

⁸⁷ *Supra* note 1.

⁸⁸ Voir généralement Catherine Piché, « Public Financiers as Overseers of Class Proceedings » 12 NYUJ L & Bus [à paraître en 2016].

⁸⁹ Lauzon, *supra* note 84 à la p 311.

confronterons notre hypothèse de départ à ce type de recouvrement. Dans l'intervalle, le tableau qui suit réitère en les schématisant les possibilités de recouvrement dans l'action collective brièvement énoncées dans la Partie 2 de l'article:



A) *Les conditions et modalités du recouvrement collectif*

L'alinéa premier de l'article 595 Cpc (anciennement les articles 1031, 1032 Cpc) pose les modalités du recouvrement collectif : « [l]e tribunal ordonne le recouvrement collectif des réclamations des membres si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment précise le montant total de ces réclamations. Ce montant est établi sans égard à l'identité de chacun des membres ou au montant exact de la réclamation de chacun. »

Ainsi, cet article rend le recouvrement collectif prioritaire dans la mesure où la preuve permet d'établir assez « précisément » le montant total de ces réclamations. Il force, de même, la partie défenderesse à déposer, dès le jugement rendu, le total des sommes dues aux membres auprès d'une institution financière. La défenderesse doit donc payer, dédommager ou rembourser les membres du groupe, en acceptant—du moins en théorie—sa responsabilité financière (et quoique cette responsabilité soit presque toujours exclue sur papier dans les transactions collectives). Cette partie défenderesse ne peut pas, en principe, conserver les gains illégaux qu'elle a tirés de ses manœuvres illégales ou de son comportement malfaisant⁹⁰. Ce recouvrement permet, somme toute, « la réparation intégrale du préjudice subi »⁹¹. De surcroît, ce régime vise aussi à permettre d'assurer une justice correctrice ainsi que la prévention et le respect volontaire du droit, avec comme effets concrets la dissuasion des comportements et la compensation globale⁹².

⁹⁰ Lafond, *Rôle du juge*, supra note 7 à la p 195.

⁹¹ Martin, supra note 69 au para 114.

⁹² Lafond, *Rôle du juge*, supra note 7 à la p 195.

Il nous faut toutefois souligner que la formulation nouvelle de l'article 595 du *nouveau Code de procédure civile* utilise l'adjectif « précise », plutôt que l'ancienne expression « exacte », posant ainsi une exigence moindre, quoique sérieuse, laquelle rendra certainement l'exercice d'appréciation du montant total des réclamations plus facile qu'un prérequis d'« exactitude ». Même si le législateur requiert que la preuve du nombre total de réclamations anticipées soit suffisamment précise, l'article 595 n'exige pas que le nombre « exact » ou même « précis » de *membres* soit connu à l'avance, ni même que la valeur des réclamations individuelles puisse être déterminée ou déterminable⁹³. Est-ce là un indicateur du désir du législateur de favoriser le recouvrement collectif ? Nous le croyons et pensons que le recouvrement collectif peut alors en être non seulement priorisé par les parties et les tribunaux, mais facilité, compte tenu de ce critère plus flexible et aisé à combler.

Pour illustrer la latitude des tribunaux dans le choix du mode de recouvrement, il est utile de référer à la décision de la Cour supérieure dans *Marcotte*, rendue sous l'ancien Code, laquelle constitue néanmoins une décision-clé en matière de recouvrement. La Cour a alors indiqué que l'article 1031 référerait à un critère « flexible », pour lequel « ni la certitude de la somme, ni la perfection de la méthode de calcul n'est requise »⁹⁴. Ainsi, pour que le tribunal ordonne le recouvrement collectif en vertu de l'article 595 du nouveau Code, il faut que le montant total apparaisse être raisonnablement précis eu égard à l'ensemble de la preuve, preuve qui pourra être calculée par une preuve de moyenne, par présomption⁹⁵, ou encore à l'aide des données fournies par le défendeur ou par l'usage de statistiques⁹⁶. Ainsi, parce que cette preuve n'a pas besoin d'être parfaitement exacte ni certaine sous le nouveau Code et que les taux d'indemnisation sont en apparence plus significatifs lorsque le recouvrement collectif est ordonné, les tribunaux seront probablement portés à prioriser de plus en plus le recouvrement collectif.

Or, il nous faut mentionner au passage que l'article 595 Cpc entre peut-être en conflit avec l'un des principes fondamentaux de la procédure civile voulant que l'on ne puisse requérir que la partie adverse soit condamnée

⁹³ Voir aussi *BMO, Marcotte*, *supra* note 27 au para 116.

⁹⁴ *Marcotte, C.Sup.*, *supra* note 45 au para 1117. Voir aussi *Carpentier c Apple Canada*, 2008 QCCS 4537, EYB 2008-148197 (REJB), dans lequel la mesure réparatrice envisagée n'est pas considérée comme permettant un recouvrement collectif, car elle ne permet pas d'établir d'une façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres.

⁹⁵ *Comartin*, *supra* note 66. *Lebeau*, *supra* note 47 à la p 136.

⁹⁶ Lafond, « Modèle québécois », *supra* note 6 à la p 150 ; *Masson c Thompson*, [1997] RJQ 634 à la p 652 (CS).

à payer un montant non chiffré, exprimé en termes généraux⁹⁷. De fait, l'article 328 Cpc dispose que lorsqu'un jugement condamne au paiement d'une somme d'argent, les conclusions doivent être rédigées de telle sorte qu'il puisse mener à son exécution précise⁹⁸. Comment doit-on concilier les articles relatifs au recouvrement collectif avec cette disposition?

Quant au fardeau de la preuve de possibilité de recouvrement collectif, elle repose sur le représentant du groupe et son procureur, principalement. La partie défenderesse doit toutefois collaborer dans cette preuve, dans la mesure où une (ou des) information(s) est(sont) disponible(s) relativement aux réclamations. Par exemple, dans le dossier *Marcotte*, la preuve au dossier ne permettait pas de déterminer le montant total des frais que l'une des institutions financières défenderesses (en l'occurrence, Desjardins) était tenue de rembourser aux membres; ce montant étant impossible à calculer selon la preuve au dossier⁹⁹. La Cour suprême du Canada a néanmoins exigé que Desjardins fournisse « les renseignements qui permettront [au représentant] de faire cette preuve »¹⁰⁰. Le recouvrement individuel ne pourra alors être ordonné que « si Desjardins est incapable, en agissant avec diligence raisonnable, de fournir les renseignements qui permettront de calculer avec suffisamment de précision le montant des demandes qui ne sont pas prescrites »¹⁰¹. Les tribunaux peuvent donc permettre le recouvrement collectif sur réception d'informations de la part de la défenderesse quant à certains membres ou certains sous-groupes¹⁰². Le tribunal a ainsi déjà ordonné à une partie défenderesse, en vue d'un recouvrement collectif, de produire au greffe les noms et adresses des membres consommateurs ayant pris des forfaits de messagerie texte ainsi que les montants perçus pour ces services¹⁰³.

Le recouvrement collectif offre au tribunal trois choix au second alinéa de l'article 595 Cpc (anciennement article 1032 Cpc): 1) ordonner au

⁹⁷ *De Courcy-Ireland c Kushnier*, 2012 QCCS 1292 au para 121.

⁹⁸ Comme l'énonce l'article 328 Cpc, « [l]e jugement qui porte condamnation doit être susceptible d'exécution. Ainsi la condamnation à des dommages-intérêts en contient la liquidation et la condamnation solidaire contre les auteurs d'un préjudice détermine [...] la part de chacun dans la condamnation si la preuve permet de l'établir. »

⁹⁹ *BMO, Marcotte, supra* note 27 au para 32.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Laflamme c Bell Mobilité inc*, 2014 QCCS 525 aux para 135, 136 [*Laflamme*]: « Les membres consommateurs ont donc droit à la réparation mais le recouvrement collectif ne peut présentement être ordonné puisque le montant des réclamations de ce sous-groupe n'est pas connu. Toutefois, il pourrait l'être si Bell produit la liste des membres correspondant à ce sous-groupe et les montants perçus pour les forfaits de messagerie texte. »

¹⁰³ *Ibid* au para 142. Voir aussi le para 143 : « Le recours à des approximations est permis et est souvent une alternative à un déni de justice. »

défendeur de déposer intégralement—ou selon les modalités qu’il fixe—à une institution financière le montant de l’ordonnance de recouvrement, 2) ordonner au défendeur d’exécuter une mesure réparatrice—au lieu d’une ordonnance pécuniaire—, ou 3) ordonner au défendeur de déposer un montant moindre du recouvrement collectif et d’exécuter une mesure réparatrice (donc une solution combinée). L’article prévoit également que lorsque le tribunal ordonne le dépôt auprès d’un établissement financier, les membres bénéficient des intérêts sur les montants déposés, que le jugement peut aussi fixer, pour les motifs qu’il indique, des mesures d’exécution, et enfin, que l’huissier (et non plus le greffier, sous le *nouveau Code*) agit en qualité de saisissant pour le bénéfice des membres¹⁰⁴.

Le choix de modalités de recouvrement collectif est fondamental, car il affecte les taux de participation et d’indemnisation, ainsi que la dynamique entre les acteurs à l’action collective. Dans le cas d’un règlement à l’amiable, les parties désignent dans la transaction le gestionnaire de leur choix. Dans un jugement au fond, il revient plutôt au tribunal de désigner l’administrateur des réclamations. Il pourra notamment s’agir d’assureurs, de syndics de faillite ou encore de firmes spécialisées en administration de recours collectifs (Collectiva, Bruneau Group, etc.). Dans une affaire d’abus sexuels commis dans les pensionnats indiens, deux juges retraités ont été désignés comme administrateurs¹⁰⁵. Dans l’affaire des bardeaux défectueux de la compagnie BP, l’entente prévoyait que BP ainsi qu’un arbitre indépendant gèreraient de concert les réclamations¹⁰⁶. Le gestionnaire des réclamations a certes un rôle essentiel à jouer dans le taux d’indemnisation des membres. De fait, nous avons remarqué dans certains de nos projets de recherche impliquant l’analyse empirique d’actions collectives qu’une gestion efficace, efficace et serrée du recouvrement par le gestionnaire/administrateur entraîne des taux de participation et d’indemnisation plus élevés. À cet égard, nous sommes d’avis qu’il serait opportun de clarifier les devoirs de l’administrateur de réclamations envers les membres du groupe. Particulièrement, la compétence et diligence requise de la part de cet administrateur implique certainement des devoirs spécifiques sur les plans juridique, éthique et déontologique qu’il faut expliciter davantage dans la jurisprudence. Par ailleurs, nous avons aussi remarqué que les taux d’indemnisation des membres sont plus élevés dans les recours impliquant des contrats de services (téléphonie, services bancaires) ou des recours d’actionnaires dans lesquels les coordonnées bancaires des

¹⁰⁴ Art 595 Cpc.

¹⁰⁵ *C. (J.) c Canada (Procureur général)*, 2012 QCCA 366, EYB 2012-202691 REJB.

¹⁰⁶ Voir le recours collectif des bardeaux organiques *Fitzsimmons c Compagnie de matériaux de construction BP Canada* (27 mars 2012), Montréal 500-06-000580-114 (CS), en ligne: <www.bpreglementbardeau.com/Files/bpcanada/Quebec%20-%20Notice%20Approval%20Order.pdf>.

membres sont accessibles à la partie défenderesse et le nombre précis de membres et leur identité, connus. La liquidation des réclamations s'en trouve évidemment facilitée. Il est alors possible, à notre sens, de s'attendre à un taux d'indemnisation frôlant les 100% dans la mesure où la distribution de l'indemnité n'exige de la part des membres aucun acte positif. Toutefois, ni la fourniture d'informations relatives aux membres par la partie défenderesse ni le remboursement direct (dans le cas où cela est possible) ne sont ordonnés systématiquement. Le tribunal peut néanmoins exercer d'office son pouvoir discrétionnaire afin de prévoir toute mesure susceptible de faciliter l'exécution du jugement, tel que le prévoit l'article 595 Cpc (anciennement 1029), notamment imposer au défendeur de fournir certaines données¹⁰⁷. Dans le domaine de la santé, par exemple, il est courant de voir la Régie de l'Assurance-maladie du Québec impliquée au dossier à titre de mise en cause, ce qui permettra de l'obliger à fournir les coordonnées postales de certains patients et de faciliter le recouvrement¹⁰⁸.

Au final, quoique le recouvrement collectif puisse présenter des difficultés, notamment lorsque l'identité des membres n'est pas encore complètement connue¹⁰⁹, il demeure l'option privilégiée par le législateur sous le *nouveau Code* ainsi que par les tribunaux québécois¹¹⁰ et par la Cour suprême du Canada¹¹¹. Nous avons vu que lorsqu'une ordonnance financière de recouvrement collectif est rendue, une somme est transférée par la partie défenderesse, quels que soient le nombre et le montant des

¹⁰⁷ Ce type d'ordonnance est néanmoins beaucoup plus rare dans les transactions d'actions collectives, probablement pour les raisons suivantes. D'abord, à l'audience d'approbation de la transaction, les juges ne se sentent pas légitimés de prononcer ce type d'ordonnance en raison du vide adversatif. Ensuite, ce type de transfert d'information comporte un coût, parfois important, qui entrera dans l'analyse du caractère équitable de la transaction. Enfin, et plus fondamentalement, les règlements à l'amiable sont habituellement conclus dans un climat de bonne collaboration entre les parties, qui implique souvent que le défendeur aient déjà fourni certaines informations pour retracer les membres.

¹⁰⁸ *Association pour l'accès à l'avortement c Québec (Procureur général)*, 2010 QCCS 4258, EYB 2010-179981 (REJB) [AAA].

¹⁰⁹ *Imperial Tobacco Canada Ltd v Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2015 QCCA 1224, EYB 2015-254767 REJB au para 34 (“(...) it is certainly a challenge to execute a judgment when its beneficiaries have yet to be appropriately identified although article 1031 C.C.P. provides that the court may determine the amount due by the judgment debtor ‘even if the identity of each of the class members’ is not established”).

¹¹⁰ Voir *Marcotte, C.Sup.*, *supra* note 45 au para 1112; *Laflamme, supra* note 102 au para 126; *Martin, supra* note 69 au para 147; *Biondi, CA, supra* note 76 aux para 181–184; *Barrette, supra* note 4 au para 112. Voir aussi *Stolow et Kugler, supra* note 35 à la p 11; *Lafond, Rôle du juge, supra* note 7 aux pp 194–196.

¹¹¹ *Marcotte, C.S.C.*, *supra* note 4. Dans cet arrêt, la Cour suprême a refusé d'ordonner le recouvrement individuel même si la preuve ne permettait pas d'établir le montant total des frais auxquels la défenderesse Desjardins était tenue de rembourser. Voir aussi *Stolow et Kugler, supra* note 35 aux pp 9–10.

réclamations. Elle est ainsi condamnée à payer la réelle mesure du préjudice causé¹¹². Le recouvrement collectif permet aussi la création et la distribution d'un reliquat qui indemniserait indirectement les membres du recours, dans la mesure où ils ne se sont pas prévalus de leur réclamation individuelle. La compensation des membres et la dissuasion des comportements en seront alors toutes deux favorisées. Le recouvrement collectif conduit à des taux de participation et d'indemnisation plus élevés et ainsi, malgré son caractère approximatif, il agit, comme l'indiquait un tribunal québécois, comme un « rempart à un déni de justice »¹¹³.

B) Les processus d'indemnisation directe et indirecte en recouvrement collectif

1) L'indemnisation directe par liquidation individuelle (art 596 Cpc)

L'ordonnance de liquidation des réclamations individuelles dans le recouvrement collectif se fait par indemnisation directe ou indirecte. L'indemnisation *directe* est un processus de liquidation individuelle des réclamations individuelles ou de distribution d'un montant à chacun des membres. Les deux premiers alinéas de l'article 596 Cpc (anciennement 1033 Cpc) prévoient que le tribunal peut, s'il ordonne le recouvrement collectif, soit liquider les réclamations individuelles, soit distribuer les montants accordés, et nommer alors un tiers pour y procéder, auquel il donne ses instructions (relativement à la preuve et à la procédure) et fixe une rémunération. Pour éviter toute confusion, il nous faut d'ailleurs souligner qu'il ne s'agit pas ici du mode de recouvrement individuel par lequel des membres présentent leurs réclamations individuelles, le tout sujet à contestation par le défendeur, en vertu des articles 599 à 601 Cpc¹¹⁴.

Le troisième alinéa de l'article 596 Cpc prévoit que s'il y a un reliquat, le tribunal en dispose comme il le fait lorsqu'il attribue un montant à un tiers, en tenant compte notamment de l'intérêt des membres. Avant d'attribuer le montant à un tiers, le tribunal entend les représentations des parties. Ce souci pour les membres et leurs meilleurs intérêts découle évidemment du fait que le solde considéré comme reliquat n'a raison d'être que parce que des membres qui devaient être indemnisés ne l'ont pas été¹¹⁵. Le reliquat

¹¹² *Martin*, *supra* note 69; *Brunelle c Banque Toronto Dominion*, 2012 QCCS 4107 au para 197-198, EYB 2012-210644 (REJB); Lafond, *Rôle du juge*, *supra* note 7 à la p 195.

¹¹³ *Martin*, *supra* note 69. Voir aussi *Laflamme*, *supra* note 102 au para 144.

¹¹⁴ Nous ne traiterons pas en détail de ce mode de recouvrement dans le présent article.

¹¹⁵ Lafond, *Rôle du juge*, *supra* note 7 à la p 209; Hesler, *supra* note 71 à la p 414; *Petit c New Balance Athletic Shoe Inc*, 2013 QCCS 3569 au para 9. Voir aussi de façon générale sur le cy-près : Redish, Julian et Zyontz, *supra* note 22; Stewart R Shepherd,

visé alors d'abord l'indemnisation directe des membres, la récompense des membres victimes¹¹⁶, la privation des gains illégaux¹¹⁷, et par le fait même, une forme de punition de la partie défenderesse. Dans un deuxième ordre, il sert à indemniser les membres du groupe de manière indirecte.

Fait nouveau, le troisième alinéa du nouvel article 596 Cpc dispose que lorsqu'un jugement a été prononcé contre l'État et qu'un reliquat subsiste, ce dernier sera versé au *Fonds Accès Justice*, lequel a été constitué en vertu de l'article 32.0.1 de la *Loi sur le ministère de la justice*¹¹⁸. Ce Fonds spécial soutient des actions améliorant la connaissance et la compréhension du droit et du système de justice québécois par les citoyens, favorisant ainsi l'accès à la justice¹¹⁹. Parmi les projets qui pourront être financés par le Fonds, on retrouve ceux qui visent une meilleure connaissance et une plus grande compréhension du droit, des tribunaux et de leur fonctionnement ainsi que des recours possibles, ceux visant une plus grande utilisation des modes amiables de prévention ou de règlement des différends, ceux permettant la réalisation et la diffusion d'une information juridique dans un langage simple et accessible, ceux permettant l'utilisation optimale des services de justice ou la recherche en matière d'accès à la justice, ainsi que plus généralement, ceux visant l'amélioration du modèle québécois en matière d'accès à la justice¹²⁰.

Par ailleurs, le jugement ou la transaction d'action collective peut également prévoir que l'argent constituant le reliquat sera redistribué entre les membres ayant déjà produit une réclamation¹²¹. Le tribunal doit informer les membres et le *Fonds d'aide aux actions collectives* de la présence de ce reliquat. Lorsque le nombre de réclamations semble très faible par rapport au nombre initialement envisagé, le tribunal peut suggérer ou exiger la publication d'un nouvel avis¹²². Ce type d'ordonnance se justifie amplement dans un contexte de coûts élevés des avis aux membres,

« Comment—Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy » (1972) 39 U Chi L Rev 448 à la p 448.

¹¹⁶ *Ontario Report*, supra note 18 à la p 572.

¹¹⁷ *Martin*, supra note 69 au para 180.

¹¹⁸ RLRQ c M-19.

¹¹⁹ Le tout tel qu'il appert du site Web du *Fonds*, mis à jour 15 décembre 2015, en ligne : <www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/fonds_acces_justice/accueil.htm>.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Voir par exemple, l'affaire *Norbourg*, dans laquelle le reliquat a été redistribué aux membres : article 1c) de l'Annexe B, en ligne : roylarochelle.com/annexes/norbourg/Annexe-B-Matrice-distribution.pdf.

¹²² *Jeudi c Paquette, Rocheleau, Dion, Grenier et Associés*, JE 90-750 aux para 4, 20, EYB 1990-79517 (REJB) (CS) (« Assez curieusement et ce, malgré trois jugements de distribution en date des 11 octobre 1988, 31 octobre 1988 et 19 septembre 1989, fort peu de personnes ont présenté des réclamations. En effet, lorsqu'on examine les jugements de distribution, on note qu'il n'y a eu, en fin de compte, que trois individus qui ont réclamé

prélevés à même les montants collectivement établis. Dans ce contexte, il est dans le meilleur intérêt des membres d'utiliser l'argent disponible pour rejoindre les membres plutôt que de directement procéder à la distribution du reliquat sans un dernier effort. Toutefois, il appert que ces ordonnances de nouveaux avis ne règlent souvent pas le problème du défaut d'implication des membres¹²³.

Le tribunal prévoit, dans l'ordonnance de recouvrement collectif, la constitution d'un fonds de règlement. Il établit, de même, un montant maximal pour chaque réclamation individuelle ainsi qu'un délai pour le dépôt des preuves de réclamations. Il approuve l'avis aux membres. La détermination des réclamations individuelles est faite par le tribunal, par une personne désignée par celui-ci ou par un administrateur désigné spécifiquement à cette fin. Le tiers désigné par le tribunal comme administrateur des réclamations procède à la gestion du montant attribué dans l'optique que chacun des membres reçoive la réclamation à laquelle il a droit. Le greffier spécial ou le tiers désigné par le tribunal doit d'ailleurs présenter un rapport d'administration au tribunal, en vertu du nouvel article 59 du Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile entré en vigueur au 1^{er} juin 2016.¹²⁴ En fait, la distribution individuelle peut se

une indemnité. (...) En terminant, le Tribunal voudrait ici noter l'excellente collaboration de toutes les parties en cause et plus particulièrement du Fonds d'aide qui a accepté, exceptionnellement, de faire toutes les démarches nécessaires pour faire publier un nouvel avis aux membres. Ce nouvel avis devra, compte tenu des circonstances et du très petit nombre de réclamations présentées, être publié dans les quatre quotidiens publiés dans la région de Montréal, (...) »).

¹²³ Dans *AAA*, *supra* note 108, il y a eu des requêtes pour nouveaux avis mais également une requête pour prolonger la période possible de réclamation et les données postales des membres avaient été obtenues de la RAMQ. Le rapport de réclamation montre que beaucoup de réclamations ont été refusées par l'administrateur parce que les cliniques n'étaient pas prévues au recours, ou encore tout simplement parce que l'appartenance au recours n'avait pas été prouvée par les membres.

¹²⁴ Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile—Code de procédure civile (chapitre C-25.01, a. 63), (2016) GOQ II, 2763 (1^{er} juin 2016, 148^e année, no 22). L'article se lit comme suit : « 59. Rapport d'administration. Dans le cas d'un jugement qui ordonne le recouvrement collectif des réclamations avec liquidation individuelle des réclamations des membres, le greffier spécial ou le tiers désigné par le tribunal, après l'expiration du délai accordé aux membres pour produire leur réclamation, produit au tribunal un rapport détaillé de son administration et en donne avis aux parties et au Fonds d'aide aux actions collectives.

Ce rapport dresse la liste des membres qui ont produit leur réclamation, le montant versé à chacun, le montant du reliquat et le montant prélevé pour le Fonds d'aide aux actions collectives en vertu de l'article 42 de la Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives et du Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives (chapitre F-3.2.0.1.1, r. 2). »

(Il pourra ultérieurement être référé au règlement selon la dénomination suivante: Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile, RLRQ c C-25.01, r 4)

faire de différentes manières. Par exemple, elle peut prévoir un montant forfaitaire identique pour chaque membre d'un groupe ou d'un sous-groupe. Elle peut également prévoir une indemnisation au *pro rata* du nombre de membres présentant une réclamation.

Les modalités de distribution des indemnités et la preuve requise pour ce faire sont aussi prévues dans le jugement ou le document de transaction¹²⁵. La preuve des réclamations individuelles peut se faire par pièces justificatives, telles des factures, des expertises médicales ou encore des déclarations assermentées¹²⁶. Dans certains cas, les membres devront produire une réclamation sur Internet en remplissant un formulaire. Dans d'autres, les membres recevront un chèque par la poste avec une lettre explicative sans aucune preuve ou formulaire à fournir, comme ce fut le cas dans l'entente relative à la crise du verglas¹²⁷. Dans d'autres cas encore, on prévoit le remboursement direct du montant prévu à même le compte du client¹²⁸—une mesure à succès garanti! Les exemples des deux paragraphes suivants révèlent la grande variété et la teneur créative des ordonnances de recouvrement collectif avec liquidations individuelles.

Dans l'action collective relative à la fixation du prix de la mémoire vive dynamique (DRAM) des ordinateurs et d'autres appareils électroniques, quatre ententes de règlement à l'amiable furent conclues avec onze défendeurs pour une somme de plus de 79 millions de dollars, puis subséquemment approuvées par la Cour supérieure¹²⁹. Leurs plans de distribution complexes étaient fonction à la fois de la situation de l'acheteur de mémoire vive dans la chaîne d'acquisition et de la quantité de mémoire vive qu'il a achetée. Aussi, trois fonds furent constitués afin de permettre une indemnisation tant des consommateurs indirects, soit les consommateurs de produits contenant de la mémoire vive, que des consommateurs directs, soit les fabricants d'appareils électroniques¹³⁰. Les consommateurs finaux ont ainsi pu réclamer un montant forfaitaire minimal

¹²⁵ Art 596, al 2 Cpc.

¹²⁶ Voir notamment *Christ-Roy*, *supra* note 20.

¹²⁷ Lien vers l'entente, en ligne : Option Consommateurs <www.option-consommateurs.org/avocats/recours_collectifs/3>. Le site montre tous les documents et procédures relatifs au règlement avec le Groupe Intact.

¹²⁸ *Union des consommateurs c Bell Canada*, JE 2004-1206, REJB 2004-61715 (REJB) (CS). Dans cette affaire, la transaction prévoyait non seulement le remboursement direct, mais également l'ajout d'une lettre dans la facturation afin d'expliquer aux usagers pourquoi un montant avait été crédité.

¹²⁹ *Option Consommateurs c Infineon Technologie, a.g.*, 2014 QCCS 4949, EYB 2014-243467 (REJB) [*Infineon, C.Sup.*].

¹³⁰ Voir *Recours collectifs nationaux canadiens relatifs à la DRAM. Protocole de distribution*, en ligne : <www.az715088.vo.msecnd.net/dram-documents/DRAM-Protocole-de-distribution.pdf>.

de 20 \$ sans avoir à présenter une preuve d'achat, alors que les fabricants d'appareils électroniques ont pu recevoir un montant en fonction des factures présentées¹³¹. La période de dépôt des demandes de réclamations s'est conclue le 23 juin 2015; il sera donc intéressant d'apprécier les taux de participation au recouvrement et les taux d'indemnisation¹³².

Par ailleurs, dans une autre action collective intentée contre Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd, on reprochait à cette dernière d'avoir fabriqué et commercialisé un médicament pour le traitement de maladies neurologiques, le Mirapex, comportant un défaut de sécurité majeur. Ce médicament provoquait, chez un nombre important de patients, l'apparition de comportements obsessionnels, notamment la pathologie du joueur compulsif¹³³. Une entente de règlement intervint entre les parties en 2011 prévoyant le versement d'une somme de 2 717 600,00 \$ pour le bénéfice des membres du groupe¹³⁴. Cette somme fut divisée en trois différents fonds selon les types de dommages, liés aux pertes reliées au

¹³¹ Voir *ibid* ainsi que *Infineon, C.Sup., supra* note 129. Voir aussi en ligne : <www.cestmonargent.ca/fr/documents> pour des extraits de l'entente : « Le Plan de distribution est fondé sur deux variables : la quantité de DRAM que chaque membre du groupe a achetée et la position qu'il occupe dans la chaîne de distribution de la DRAM ou des produits équipés de DRAM. Puisque la DRAM équipe des produits de nature très diverse et que son prix et la quantité utilisée ont beaucoup varié dans le temps, le Plan de distribution prévoit une échelle qui permet de quantifier tous les achats de DRAM brute et de produits équipés de DRAM avec une même unité de mesure. Cette unité de mesure consiste en la quantité de DRAM contenue dans un ordinateur (« CEU »). Parce que le groupe est composé de personnes qui occupent différents échelons de la chaîne de distribution de la DRAM, certains membres du groupe ont absorbé une grande partie de la surcharge liée au cartel, tandis que d'autres ont eu l'occasion de transférer une partie de la surcharge aux échelons subséquents de la chaîne de distribution. Pour cette raison, le Plan de distribution accorde une valeur différente à un CEU dépendamment du rôle de la personne qui le réclame dans la chaîne de distribution. Les consommateurs finaux recevront un montant minimal de 20 \$, même si la valeur de leur réclamation est moins grande. Finalement, pour éviter que les réclamations de certains membres du groupe prennent une part démesurée des fonds disponibles, ces fonds sont divisés en trois catégories et un membre du groupe se fera indemniser à même les fonds auxquels sa réclamation est liée. Si le nombre de réclamations auprès d'un fonds s'avère trop élevé pour que le fonds puisse les indemniser à leur pleine valeur, la valeur des CEU associés à ce fonds sera proportionnellement revue à la baisse. »

¹³² En date du 29 mai 2015, le tribunal indiquait que « rien dans le présent jugement ne comporte le moindre reproche envers l'Administrateur des réclamations (« l'Administrateur »). Il ressort de la déclaration assermentée de M. David Weir (7 mai 2015) et de l'ensemble du dossier que l'Administrateur s'acquitte diligemment et adéquatement de ses responsabilités. » Voir : *Option Consommateurs c Infineon Technologies, a.g.*, 2015 QCCS 2547, EYB 2015-253123 (REJB).

¹³³ *Lépine c Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd*, 2013 QCCS 2795.

¹³⁴ *Lépine c Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd*, 2011 QCCS 7307 au para 6, EYB 2011-200959 (REJB).

jeu, aux répercussions sur la qualité de vie et aux frais d'administration¹³⁵. L'admissibilité à une indemnisation devait être déterminée sur une base individuelle en fonction de la réclamation et de la documentation de chacun par un administrateur de réclamations, désigné par la cour, dont les décisions seraient révisables par celle-ci¹³⁶. Il fut prévu que la valeur des indemnités versées dépendrait du nombre de réclamations reçues et du pointage accordé. Pour les dommages moraux, chacun des membres pouvait recevoir un montant forfaitaire identique au *pro rata* du nombre de membres réclamants. Quant aux dommages pécuniaires liés au jeu, le montant à réclamer variait sensiblement en fonction des factures et des preuves présentées par chacun des membres. Compte tenu des grandes variations entre les dommages subis par chacun des membres, il était donc essentiel de procéder à une distribution individuelle des montants¹³⁷.

2) *L'indemnisation indirecte par distribution collective à un tiers (art 597 Cpc)*

Lorsque la procédure prévue à l'article 596 (la liquidation individuelle des réclamations des membres ou la distribution d'un montant à chacun d'eux) s'avère « impraticable, inappropriée ou trop onéreuse », l'indemnisation *indirecte* permettra qu'un montant (déduction faite des frais de justice et honoraires des procureurs) soit distribué tel que déterminé par le juge, en tenant compte dans cette dernière éventualité, de l'intérêt des membres, le

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.* Ce dossier montre également l'importance de la clause de sauvegarde dans le cadre d'un recouvrement collectif. Dans la mesure où le montant du recouvrement est déterminé assez tôt dans le processus de règlement à l'amiable, et qu'à ce stade, il est souvent très difficile de connaître le nombre exact de membres, les procureurs de la demande doivent se réserver le droit de rouvrir l'entente dans le cas où le nombre ou le montant des réclamations seraient trop élevés. Dans la transaction de Mirapex, dans une section nommée « Suffisance du Fonds », les parties ont prévu une telle clause de sauvegarde, reprise par le tribunal dans son jugement approuvant l'entente :

[31] Les Procureurs du groupe rencontrent individuellement plusieurs membres du groupe dès le début des procédures. Ils analysent plusieurs dossiers de membres afin de mieux évaluer la taille du groupe et la valeur globale des réclamations des membres. Ils mentionnent que cette valeur apparaît globalement raisonnable.

[32] Le Tribunal rappelle également que les Procureurs du groupe pourront mettre fin à l'Entente si la valeur des réclamations déposées après la publication de l'Avis d'Autorisation du recours collectif et d'approbation de l'Entente de Règlement, excède le seuil indiqué au paragraphe 7 de l'Entente.

Cette solution, à la fois souple et adaptée au litige en cause, permet de combiner les avantages du recouvrement collectif à ceux de la distribution individuelle en assurant à chacun des membres d'obtenir un minimum forfaitaire sans aucune preuve de préjudice à faire ou de lien causal à établir, tout en rapprochant au maximum l'indemnisation pour dommages pécuniaires du réel préjudice subi par chacun des membres.

tout selon l'article 597 Cpc. Il va de soi qu'avant d'attribuer le montant à un tiers, le tribunal entend les observations des parties, du *Fonds d'aide aux actions collectives* et de toute autre personne dont il estime l'avis utile. À cet égard, avec le *nouveau Code*, le législateur ajoute la possibilité d'une distribution collective des réclamations lorsque la liquidation individuelle serait « inappropriée ». Il est à penser que cela pourra viser l'éventualité de dommages diffus, ou encore inégaux et disproportionnés, entre les membres.

Ainsi, le tribunal procède à une distribution collective lorsque l'identité des membres est impossible ou difficile à obtenir, lorsqu'il serait très complexe pour les membres de faire la preuve de leur dommage sur une base individuelle, ou encore, lorsque les réclamations sont modiques¹³⁸. Il ordonne l'attribution d'une somme considérée comme un reliquat à un tiers. Il s'agira ici de sommes ni réclamées ni distribuées, de sommes prévues comme indemnisation directe qui s'avèrent impraticables ou trop onéreuses à liquider ou encore de sommes simplement non retournées à la partie condamnée¹³⁹. Dans le cadre d'une transaction, les parties peuvent d'ailleurs prévoir un reliquat à distribuer à une ou plusieurs entités tierces, cette entente devant ensuite être entérinée par le tribunal¹⁴⁰.

B) La mesure réparatrice

La mesure réparatrice prévue au deuxième alinéa de l'article 595 Cpc est une mesure d'indemnisation en nature plutôt qu'en paiement d'indemnités pécuniaires, laquelle bénéficie directement aux membres. Elle a été définie comme suit par la Cour supérieure :

Une mesure réparatrice, en plus d'être chiffrable, implique en soi compensation qui s'effectue directement du défendeur aux membres du groupe; par exemple, elle peut se traduire par un crédit ou une réduction du prix pendant une certaine période. Certes, elle peut aussi bénéficier à un groupe déterminé sans que les membres qui la composent soient exactement les mêmes que ceux qui ont été lésés, mais elle tiendra compte cependant de la relation directe existant entre les parties originaires;

¹³⁸ Lafond, *Rôle du juge*, supra note 7 à la p 206.

¹³⁹ Voir *Option Consommateurs c Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2011 QCCS 4841 au para 70; *Fonds d'aide aux recours collectifs c Syndicat des employés d'entretien et de garage du transport de la C.U.M.*, [1995] RJQ 2002 (CA), 1995 CanLII 4675 (Qc).

¹⁴⁰ Art 594 Cpc (anciennement l'art 1025); Lafond, *Rôle du juge*, supra note 7 à la p 208. Voir aussi *Price v Mattel Canada inc*, 2011 QCCS 2906 au para 9, dans lequel on a prévu un reliquat de 25 000\$ à plusieurs hôpitaux; *Morin c Bell Canada*, 2013 QCCS 3026 au para 15, n 12.

ainsi, la description du groupe commencera par les expressions : « tous les usagers [...] tous les abonnés [...] » [note omise]¹⁴¹

Aussi, cette mesure ne peut consister en l'octroi à un tiers des sommes allouées¹⁴². Il pourra plutôt s'agir d'une somme allouée à l'amélioration d'un site¹⁴³, à l'administration d'un CHSLD et aux activités des résidents¹⁴⁴, à la création d'un fonds pour formations et pour l'organisation d'activités sur les droits et la défense des droits des usagers d'un CHSLD¹⁴⁵, de l'octroi d'une garantie prolongée sur une voiture Volkswagen¹⁴⁶, de l'octroi de 40 000 \$ à la Coalition des associations de consommateurs du Québec¹⁴⁷, d'un escompte tarifaire de 7,3 % applicable sur le prix des titres tarifaires pendant 3 mois pour l'amélioration des conditions aux termes d'un contrat de téléphonie¹⁴⁸ ou encore de rabais sur des abonnements ou d'un crédit sur la prochaine facturation de service¹⁴⁹.

Les mesures envisagées peuvent être d'ordres divers et variés, ne laissant de limite que l'imagination et la créativité des parties. Elles permettent d'instaurer une mesure à l'échelle collective, adaptée à l'action

¹⁴¹ *Delaunais c Québec (Procureur général)*, [1992] RJQ 1578 à la p 1580 (CS).

¹⁴² *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand c Québec (Curateur Public)*, [1994] RJQ 2761 (CA).

¹⁴³ *Association pour la défense des droits des défunts et familles (ADDDF) du Cimetière Notre-Dame-des-Neiges c Fabrique de la paroisse Notre-Dame de Montréal*, 2014 QCCS 3998, EYB 2014-241172 (REJB) au para 10 (850 000\$ pour l'amélioration du site).

¹⁴⁴ *Conseil pour la protection des malades c CHSLD Manoir Trinité*, 2014 QCCS 2280, EYB 2014-237709 (CS) aux para 14–15 (904 557,31 \$ sont versés à titre de mesure réparatrice et d'indemnisation). Par cette transaction, la mesure réparatrice est le versement aux Fondations des CSSS et des CHSLD publics et privés, dans le but d'améliorer la qualité de vie des usagers en mettant sur pied des activités de loisirs ou l'achat d'équipement. La transaction prévoit comme type d'activités de loisir des séjours dans les camps de vacances adaptés, de la musicothérapie, de la zoothérapie, de l'art thérapie et de la ludothérapie. L'entente prévoit également à titre de mesure d'indemnisation non pécuniaire l'adoption par le défendeur d'une politique relative au nettoyage des vêtements des usagers, malgré le fait que cela ne faisait pas partie des conclusions demandées dans la requête introductive d'instance. Un élément également important de cette transaction est que l'excédent du montant prévu à la transaction afin de couvrir les avis aux membres est ajouté à la mesure réparatrice et ne constitue pas un reliquat.

¹⁴⁵ *Handicap-Vie-Dignité c Résidence St-Charles-Borromée, CHSLD Centre-ville de Montréal*, EYB 2013-248371 (REJB) (CS) au para 7.

¹⁴⁶ *Richard c Volkswagen Group Canada inc*, 2012 QCCS 5534, EYB 2012-213598 (REJB).

¹⁴⁷ *St-Pierre c Meubles Léon Itée*, 2011 QCCS 2361, EYB 2011-190709 (REJB).

¹⁴⁸ *Viau c Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3333*, [1991] RRA 740 (CS), EYB 1991-76009 (REJB).

¹⁴⁹ *Union des consommateurs c Bell Canada*, JE 2004-1206 (CS), REJB 2004-61715 (REJB).

collective, lorsque l'indemnisation pécuniaire ne suffit pas à indemniser adéquatement et collectivement les membres. Par exemple, dans une action intentée par des propriétaires vivant autour du Lac Heney, lequel avait été pollué suite à une faute commise par le gouvernement du Québec, une mesure réparatrice a été ordonnée pour la constitution d'un fonds de près de 5 millions de dollars servant à décontaminer le lac¹⁵⁰. L'entente prévoyait que si la décontamination du lac ne se faisait pas à temps, les membres du groupe gardaient un recours contre le défendeur pour les pertes pécuniaires résultant de la perte de valeur de leur propriété en raison de la contamination. De plus, la pollution du lac faisait perdre la valeur aux propriétés bordant celui-ci, tout en retirant aussi sans doute toute possibilité pour les propriétaires d'éventuellement pouvoir vendre leur propriété, sans compter la perte de jouissance que cette pollution occasionnait. Cette mesure réparatrice a permis de faire collectivement ce que chacun des membres du groupe n'aurait pas pu faire individuellement, puisqu'une indemnisation axée sur le préjudice individuel de chaque membre n'aurait jamais permis de réhabiliter le lac.

4. Conclusion : Plaidoyer en faveur du recouvrement collectif comme justice approximative mais garante d'une juste indemnisation des membres

Dans cet article, nous avons analysé la procédure de recouvrement dans l'action collective et avons tenté de clarifier ce régime en apparence complexe et souvent trompeur. Nous avons débuté notre analyse en supposant—comme hypothèse—que si l'action collective a un objectif principalement indemnitaire, elle ne permet qu'une indemnisation partielle, incomplète, du groupe visé, particulièrement dans les dossiers où la valeur des réclamations individuelles des membres est de moindre importance. Nous avons ensuite cherché à confronter cette hypothèse au régime de recouvrement collectif, en parallèle avec notre étude empirique de dossiers d'actions collectives conduite au sein du *Laboratoire sur les actions collectives*.

Cet exercice nous a permis de postuler que l'objectif d'indemnisation dans l'action collective est rempli plus aisément dans le recouvrement collectif et qu'il est ainsi à privilégier par rapport au recouvrement individuel, car il permet de s'assurer que la partie défenderesse assume une responsabilité pour le tort causé par le transfert de fonds à une institution financière, par l'accomplissement de mesures réparatrices ou par une combinaison des deux. Lors d'un recouvrement collectif, le processus d'indemnisation et les répercussions dissuasives apparaissent hautement

¹⁵⁰ *Association pour la protection du Lac Heney c Gestion Serge Lafrenière inc*, JE 98-1676 (CS). Voir aussi *Association pour la protection du Lac Heney c Raymond Chabot inc*, REJB 2001-25657 (REJB) (CS).

facilités. Les modalités de recouvrement conduisent de prime abord à des taux d'indemnisation plus élevés. Le fait de payer à une institution financière en se délaissant des sommes dues dès le départ impose une certaine forme de dissuasion. Le tribunal apprécie dans quelle mesure les membres du groupe ont directement ou indirectement bénéficié de cette procédure judiciaire.

Par opposition, lorsqu'un recouvrement est accordé sur une base individuelle, les membres doivent se manifester et produire une réclamation, la partie défenderesse ne payant alors que les sommes effectivement réclamées par les membres¹⁵¹. Plusieurs facteurs affectent vraisemblablement le nombre de réclamations individuelles, qu'il s'agisse des délais entre l'évènement et la publication de l'avis, de la difficulté de rejoindre les membres ou de l'incompréhension notable et réelle des processus de réclamations par les membres. L'indemnisation effective des membres est alors nécessairement moindre, sinon minime ! Dans l'optique où ceux-ci doivent démarcher pour présenter une demande de réclamation, laquelle sera évaluée et traitée individuellement, l'effort apparaît souvent trop considérable pour le membre en comparaison au bénéfice éventuel qu'il en retirera¹⁵². Quant à l'objectif de dissuasion ou de modification des comportements de la partie défenderesse, il ne pourra être atteint que lorsque plusieurs membres (en fait, lorsqu'un nombre significatif d'entre eux) présentent une réclamation et que chacune d'elle ou plusieurs d'entre elles est/sont acceptée(s) ; la partie défenderesse se sentira alors d'autant dissuadée de poursuivre ou de répéter le comportement problématique. Pour toutes ces raisons, les tenants de l'analyse économique du droit diront que le recouvrement individuel ne permet qu'une allocation inefficace des ressources¹⁵³.

Le recouvrement individuel est parfois la seule avenue possible dans l'action. Pour atteindre les objectifs de l'action collective, il faut alors s'assurer que les budgets prévus pour l'administration des réclamations

¹⁵¹ Voir les arts 599–601 Cpc.

¹⁵² D'ailleurs, dans une étude empirique américaine importante datée de 2013, des avocats du cabinet Mayer Brown ont conclu que les taux de réclamations des membres en recours collectifs demeuraient inversement proportionnels aux efforts requis des membres pour présenter une réclamation. Voir Mayer Brown LLP, « Do Class Actions Benefit Class Members? An Empirical Analysis of Class Actions », décembre 2013, en ligne: <www.mayerbrown.com/files/uploads/Documents/PDFs/2013/December/DoClassActionsBenefitClassMembers.pdf>. Par ailleurs, nous croyons que les difficultés présentées par le recouvrement dans l'action collective servent, en pratique, à contribuer à transformer le système d'option d'exclusion (« opt-out ») en un système d'option d'inclusion (« opt-in »). Cet argument fera l'objet d'une publication ultérieure du Laboratoire.

¹⁵³ Anna L Durand, « An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms » (1981) 34 Stan L Rev 173 à la p 174, n 4.

soient suffisants et que les efforts déployés pour rejoindre les membres soient ciblés. La collaboration de la partie défenderesse est alors essentielle pour rejoindre les membres, particulièrement lorsqu'elle détient davantage d'informations sur les membres. Cette dernière aura intérêt à voir ultimement un faible taux de participation et d'indemnisation et ainsi, une condamnation réelle moindre. En revanche, les procureurs en demande auront intérêt à obtenir le taux de participation et d'indemnisation le plus élevé possible, leurs honoraires étant relatifs au pourcentage des réclamations acceptées. Les risques de conflits d'intérêts seront importants, de part et d'autre. Dans ce cas, il faudra alors s'assurer que le défendeur ne puisse refuser de son propre chef les réclamations et que les procureurs en demande exercent un choix éclairé, contrôlé, dans l'acceptation des réclamations. De plus, il sera important de s'assurer qu'un maximum de questions fasse l'objet d'un traitement collectif dans le jugement final, tel le lien de causalité, même si les dommages et les réclamations seront traités individuellement par la suite. En outre, le tribunal pourra ordonner le dépôt du fonds de recouvrement par tranche successive afin de prévoir l'éventualité où la somme initialement déposée serait insuffisante pour indemniser les membres venant réclamer leur dû¹⁵⁴.

En début d'article, nous nous sommes posés la question à savoir si l'indemnisation équitable des membres du groupe existait réellement, si c'était bien cet objectif que l'on devait même rechercher dans l'analyse de l'action collective et dans l'appréciation de son aboutissement, ou si l'important était plutôt la punition et la dissuasion de la partie défenderesse. L'« esprit du législateur », même sous le *nouveau Code*, est de « s'assurer que tout a été fait pour que l'indemnisation bénéficie aux membres »¹⁵⁵. Ainsi, l'objectif d'indemnisation de l'action collective demeure primordial. On pourra chercher à apprécier son accomplissement par le calcul de taux de réclamations et/ou d'indemnisations des membres, lorsqu'un rapport final ou un jugement de clôture est disponible pour permettre la consultation de données brutes utiles au calcul. D'ailleurs, à cet égard, rendre obligatoires les rapports finaux d'administration en cas de recouvrement collectif des réclamations avec liquidation individuelle, par le biais d'une nouvelle Règle 59 du Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile, entrée en vigueur au 1^{er} juin 2016¹⁵⁶. Les taux élevés d'indemnisation seront en apparence porteurs de bonnes nouvelles. On se réjouira par exemple qu'une action puisse permettre l'indemnisation de plus de 70% des membres¹⁵⁷. Ce taux élevé sera certes révélateur d'un désir des membres de participer

¹⁵⁴ *Comartin*, *supra* note 66 à la p 602.

¹⁵⁵ Kathleen Delaney-Beausoleil, « Le recours collectif » dans Denis Ferland et Benoît Emery, dir, *Précis de procédure civile du Québec*, vol 2, 4^e éd, Cowansville (Qc), Éditions Yvon Blais, 2003, 875 au para 140.

¹⁵⁶ *Supra* note 124.

¹⁵⁷ Voir *Union des consommateurs c Bibaud*, 2011 QCCS 202.

au litige et à son recouvrement, révélateur aussi d'une indemnisation *au bénéfice* des membres. Il est à parier, d'ailleurs, que les taux d'indemnisation deviendront plus élevés dans le futur avec l'informatisation croissante du secteur corporatif et la plus grande disponibilité des données personnelles des membres, lesquelles sont accompagnées d'une nouvelle obligation de préservation des données et de la preuve.

Au final, ce qui nous apparaît plus révélateur encore qu'un taux de réclamations et/ou d'indemnisation élevé, c'est le montant total payé par la partie défenderesse au terme d'une procédure de recouvrement collectif. Ce montant équivaut au préjudice causé aux membres, au préjudice assumé dès le départ par le transfert de fonds pour leur bénéfice. Plus l'indemnisation globale des membres est élevée, plus les chances sont grandes d'une dissuasion des comportements malfaisants et, en conséquence, d'un bénéfice aux membres. C'est donc dire que les taux de participation et d'indemnisation des membres constituent un indice dont la fiabilité doit être nuancée dans l'analyse du recouvrement. L'indice de la valeur totale totale du recouvrement payé par la partie défenderesse aux membres est certes beaucoup plus utile à l'appréciation globale du recouvrement et révélateur de l'atteinte d'objectifs d'indemnisation dans l'action collective.