

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

SECTION DE DROIT CIVIL

**RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS ET
LES QUESTIONS INTERGOUVERNEMENTALES CONNEXES : CONTEXTE,
ANALYSE ET RECOMMANDATIONS**

Vancouver (C.-B.)

Le 9 mars 2005

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS ET LES QUESTIONS INTERGOUVERNEMENTALES CONNEXES : CONTEXTE, ANALYSE ET RECOMMANDATIONS

Mars 2005

« *The Court is not hungry after jurisdiction* »

(Le tribunal n'est pas avide de pouvoir)

– Sir Walter Scott, *The Two Friends* (1799)

I. Mandat

[1] La Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada (CHLC), reconnaissant l'importance des questions liées aux recours collectifs nationaux ou engageant plus d'une administration, a lancé un Projet national sur les recours collectifs. La CHLC a nommé un directeur du projet et l'a chargé de former un comitéⁱ qui aurait pour tâche de rédiger un rapport sur ces questions et de recommander des modifications législatives à intégrer éventuellement à la *Loi uniforme sur les recours collectifs*. Les pages qui suivent contiennent les recommandations du Comité et son analyse des questions pertinentes.

II. Recommandations du Comité

[2] La première recommandation est celle d'instaurer et tenir un registre canadien en ligne de tous les recours collectifs déposés dans chacune des administrations du pays. Ce registre serait mis à la disposition du public, des avocats et des tribunaux. Toutes les mesures législatives actuelles ou proposées concernant les recours collectifs dans toutes les administrations canadiennes devraient exiger que tous les recours collectifs proposés soient inscrits au registre. En outre ou subsidiairement, les tribunaux de chaque administration devraient émettre des directives de pratique détaillées relativement au dépôt de ces recours.

[3] Toutes les mesures législatives actuelles ou proposées concernant les recours collectifs dans toutes les administrations canadiennes devraient :

- (a) permettre expressément à la cour de certifier, avec option de retrait, un groupe incluant des personnes qui sont établies ou habitent à l'extérieur du territoire de compétence;
- (b) exiger d'un demandeur qui cherche à faire certifier un recours collectif qu'il avise de sa requête les demandeurs de tout autre recours collectif au Canada visant le même objet ou un objet semblable;
- (c) permettre aux demandeurs qui proviennent d'autres administrations et qui reçoivent un tel avis de présenter des arguments lors de ou avant la

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

demande de certification, y compris des arguments à l'effet que leur recours est la meilleure procédure pour la totalité ou une partie du groupe qui recoupe le leur;

- (d) exiger de la cour, lorsqu'elle certifie un recours collectif, de voir si un ou plusieurs autres recours collectifs ayant le même objet ou un objet semblable sont déjà engagés dans une ou plusieurs administrations canadiennes, et de déterminer si les recours collectifs en question pourraient constituer une meilleure procédure pour le règlement des demandes de la totalité ou d'une partie des membres du groupe;
- (e) exiger de la cour, au moment où elle évalue si des recours collectifs apparentés déjà engagés dans d'autres administrations pourraient constituer une meilleure procédure pour le règlement des demandes de la totalité ou d'une partie des membres du groupe, de tenir compte de tous les facteurs pertinents, dont :
 - (i) la nature et la portée des causes des recours engagés, y compris toute modification permise concernant la cause des recours dans les différentes administrations;
 - (ii) les théories présentées par les avocats à l'appui des demandes;
 - (iii) l'état de préparation des divers recours collectifs;
 - (iv) le nombre de représentants proposés des demandeurs et la portée de leur participation;
 - (v) l'ordre dans lequel les recours collectifs ont été engagés;
 - (vi) les ressources et l'expérience des avocats;
 - (vii) les lieux où se trouvent les membres du groupe, les défendeurs et les témoins;
 - (viii) le lieu où s'est produit tout acte sous-jacent à la cause du recours collectif;
- (f) permettre à la cour de rendre toutes les ordonnances qu'elle estime juste, y compris :
 - (i) certifier un recours collectif national ou engageant plusieurs administrations et comportant une option de retrait si 1) tous les critères de certification prévus par la loi sont remplis et 2) si la cour détermine qu'elle est le lieu qui convient à un recours collectif national ou engageant plusieurs administrations;

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

- (ii) refuser de certifier un recours si elle croit qu'il devrait être poursuivi dans un autre territoire de compétence à titre de recours collectif national ou engageant plusieurs administrations;
- (iii) refuser de certifier la part du groupe proposé à laquelle appartiennent des personnes qui sont peut-être des parties à un recours collectif en instance ou proposé dans une autre administration;
- (iv) exiger la certification d'un sous-groupe, doté de son propre avocat, au sein du recours collectif certifié.

[4] Dans les cas où plusieurs recours collectifs sont certifiés relativement aux mêmes objets, les tribunaux instruisant l'action devraient suivre les *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross Border Cases* (Lignes directrices applicables aux communications entre tribunaux dans les causes transfrontalières), instaurées dans le domaine de l'insolvabilité par l'American Law Institute et adoptées par certains tribunaux canadiens.

III. Aperçu

[5] Les recours collectifs ont un effet profond sur le système judiciaire canadien depuis dix ans et bien plus. Un modèle restreint de ce genre de recours existe depuis des centaines d'annéesⁱⁱ, car les fondements historiques de cette procédure remontent aux tribunaux d'*equity* de la fin du XVII^e siècle, mais, vers la fin des années 1980, la jurisprudence canadienne avait déjà reconnu que le recours collectif souffrait d'insuffisances graves sur le plan de l'utilité et de l'applicabilitéⁱⁱⁱ. La reconnaissance législative des recours collectifs au Québec, en Ontario et en Colombie-Britannique^{iv}, entre 1978 et 1995, a redonné vie à cette procédure et lui a conféré une portée nationale. Pendant les années qui ont suivi la réforme législative, le recours collectif a permis le dénouement juste et efficace de conflits vastes et compliqués^v survenus dans tout un éventail de domaines dont la responsabilité du fait d'un produit et autres formes de réclamation civile collective, le droit de l'environnement, le droit du travail, le droit en matière de contrat, le droit constitutionnel et le droit relatif aux valeurs mobilières^{vi}.

[6] La Cour suprême du Canada a reconnu récemment l'importance critique du recours collectif dans l'affaire *Dutton c. Western Canada Shopping Centres Inc.* Voici ce qu'a alors écrit le juge en chef McLachlin :

« Le recours collectif joue un rôle important dans le monde d'aujourd'hui. La montée de la production de masse, la diversification de la propriété commerciale, la venue des conglomérats, et la prise de conscience des fautes environnementales ont tous contribué à sa croissance. Un produit défectueux peut être vendu à de nombreux consommateurs. Une mauvaise gestion de société peut occasionner des pertes à d'innombrables actionnaires. Des politiques discriminatoires peuvent toucher des

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

catégories entières d'employés. La pollution peut affecter des citoyens à travers tout le pays. Des conflits comme ceux-ci opposent un important groupe de plaignants à l'auteur présumé du méfait. Il arrive que des plaignants se trouvent dans une situation identique par rapport aux défendeurs. Dans d'autres cas, un aspect important de leur revendication est commun à toutes les plaintes. Le recours collectif fournit un moyen de résoudre efficacement de tels litiges d'une manière équitable pour toutes les parties^{vii}. »

[7] Parmi les facteurs qui ont contribué, pendant la dernière décennie, à rendre efficace le recours collectif canadien, il faut mentionner la capacité des avocats de recours collectifs (dans les trois administrations qui traitaient alors ce genre de recours) à en venir à des règlements informels en collaboration, et les décisions des tribunaux de l'Ontario à l'effet que la *Loi de sur les recours collectifs* de la province pouvait être invoquée pour certifier un groupe admissible au retrait et incluant les non-résidents. Lorsque seulement trois provinces étaient dotées d'une loi sur le recours collectif, la coopération entre avocats s'établissait généralement sans grande difficulté. Le fait que les cours de l'Ontario acceptent de certifier un groupe national permettait aux membres du groupe qui habitaient dans une administration ne possédant pas de telle loi de se prévaloir des avantages du recours collectif tout en permettant aux défendeurs de régler les conflits, par voie de litige ou de négociation, avec un certain degré de certitude.

[8] Bien des choses ont changé pendant les quatre années écoulées depuis que la Cour suprême a rendu son jugement dans l'affaire *Dutton*. Terre-Neuve-et-Labrador, la Saskatchewan, le Manitoba et l'Alberta se sont tous dotés d'une législation exhaustive sur les recours collectifs^{viii}, et même les administrations sans législation sont tenues de traiter les recours collectifs; comme le souligne le juge en chef McLachlin dans la cause *Dutton* : « En l'absence de législation complète, les tribunaux doivent combler ces lacunes en exerçant leur pouvoir inhérent d'établir les règles de pratique et de procédure applicables aux litiges dont ils sont saisis^{ix} ». De plus, les tribunaux en question doivent s'inspirer, dans l'accomplissement de cette tâche, des diverses lois pertinentes en vigueur^x. La Cour fédérale a suivi ce conseil et modifié ses règles^{xi}, et peut maintenant certifier des recours collectifs dans les affaires relevant de sa compétence.

[9] Les provinces qui ont promulgué récemment des lois sur le recours collectif ont suivi en général le modèle adopté par la Colombie-Britannique, et appuyé en 1995 par la Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada, selon lequel les non-résidents sont tenus de participer au recours. Le Manitoba a cependant opté pour une démarche beaucoup plus expansive et permet la certification de recours collectifs par des groupes incluant des non-résidents. La législation de l'Ontario ne dit rien du recours collectif national, mais les tribunaux l'ont interprétée comme permettant la certification de recours collectifs par des groupes incluant des non-résidents; la législation du Manitoba prévoit expressément des groupes extraprovinciaux admissibles au retrait^{xii}.

[10] La généralisation relative de la possibilité d'un recours collectif a eu plusieurs effets pratiques. Du fait qu'un recours collectif peut être engagé dans toutes les administrations,

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

il faut s'attendre, par exemple, à ce que des recours collectifs parallèles soient déposés partout au pays et, en conséquence, il est beaucoup plus difficile d'en arriver au genre d'entente entre avocats qui a rendu possible le règlement de recours collectifs parallèles tels ceux de l'affaire de l'hépatite C.

[11] Prenons un exemple typique, celui de la situation qui s'est présentée au début de 2004 lorsque des tribunaux de six provinces (Colombie-Britannique^{xiii}, Saskatchewan^{xiv}, Manitoba^{xv}, Ontario^{xvi}, Québec^{xvii} et Terre-Neuve^{xviii}) se sont efforcés de gérer le litige entourant le Baycol, un médicament anti-cholestérol prétendument défectueux. En Colombie-Britannique, le recours avait été certifié et l'autorisation avait été contestée en appel, mais un règlement partiel est intervenu avant que l'appel ne soit entendu. En Ontario, le recours a abouti à la présentation, à la Cour supérieure de justice, d'un règlement prévoyant l'indemnisation des personnes diagnostiquées comme souffrant d'une maladie particulière appelée rhabdomyolyse, mais seulement telle que définie aux termes du règlement, ce qui excluait un nombre important de membres potentiels du groupe. L'accord excluait expressément les résidents de la C.-B. et englobait les participants du recours engagé au Québec, mais ne disait rien à cet égard au sujet des participants habitant les autres trois provinces. L'accord contenait aussi une disposition le rendant nul et non avenu en cas de la certification, dans une autre province, d'un recours collectif incluant tout membre du groupe couvert par le règlement^{xix}. En approuvant le règlement, le juge Cullity a fait remarquer [traduction] :

« Si un tribunal du Manitoba, de la Saskatchewan ou de Terre-Neuve devant juger d'une de ces actions en instance n'est pas convaincu que le présent règlement sert les meilleurs intérêts des participants au recours collectif, il est libre de ne pas tenir compte du présent règlement et d'exercer son propre pouvoir de décider du recours au profit d'un groupe incluant les membres en question. Dans un tel cas, le présent règlement perdra tout effet^{xx}. »

[12] Le Manitoba a par la suite certifié un groupe national excluant les personnes couvertes par le règlement intervenu en Ontario. En accordant la certification, le juge McInnes a souligné qu'un recours basé sur des preuves pratiquement identiques était en instance devant les tribunaux de Terre-Neuve-et-Labrador [traduction] :

«... Je comprends fort bien que les demandeurs qui résident au Manitoba ont droit à ce que justice leur soit rendue dans des délais raisonnables. Il me faut cependant le rappeler, la jurisprudence nous dit que la cour doit tenter de trouver un équilibre entre l'efficacité et l'équité. Tout en reconnaissant les intérêts des demandeurs, est-il équitable que le défendeur se voie obligé de contester essentiellement la même action dans plus d'une province?

Aucune loi actuelle, malheureusement, ne peut régir un recours collectif pour l'ensemble du Canada. Des juristes me disent qu'il est souvent possible d'en arriver à des règlements informels négociés entre les avocats des diverses parties. C'est une solution qui, à mon avis, devrait certainement être recherchée dans le cas qui nous occupe. Une suspension d'instance, pendant une certaine période de temps, afin de permettre des

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

tentatives en ce sens, pourrait être envisagée par les parties ou demandée par le défendeur^{xxi}.

[13] Les difficultés créées par les recours collectifs dont l'objet est semblable sont illustrées aussi par le procès Vioxx qui a donné lieu au dépôt de nombreux recours collectifs à travers le pays. Dans certaines de ces causes, intentées au Manitoba et en Ontario, les demandeurs ont cherché à obtenir la certification de groupe national. Nul ne sait comment ces conflits apparents seront résolus. Nous sommes au courant des efforts remarquables consentis par des avocats des diverses administrations en vue de travailler de concert, mais les cas n'ont pas tous pu être regroupés au sein d'une alliance.

[14] À moins que les conflits ne puissent se régler, le risque de chaos et de confusion demeurera élevé. En effet, les membres potentiels d'un groupe pourront être inclus, par présomption, de plus d'un recours collectif et se retrouver frappés par des décisions contradictoires; il peut arriver que l'avocat du défendeur et celui du groupe demandeur restent dans l'incertitude quant à la taille et à la composition du groupe auquel s'applique le recours collectif; et il sera difficile de déterminer avec quelque assurance que ce soit quels membres du groupe seront liés par telle ou telle décision^{xxii}.

[15] Le problème est rendu encore plus compliqué par les préoccupations constitutionnelles et extraterritoriales soulevées dans le contexte des recours collectifs nationaux autorisés en Ontario, dont certains remontent à plus loin dans le temps que la cause *Dutton*^{xxiii}. Ainsi, dans sa première décision d'autoriser un groupe national de recours collectif, la Cour de l'Ontario n'a pas abordé la question critique de savoir si un jugement ou un règlement interdirait aux membres non résidents d'un groupe d'intenter une action dans un autre territoire de compétence. Cette question, selon ce qu'a dit la cour, en était une qui [traduction] « devait être tranchée par un autre recours (intenté par un membre non résident du groupe) devant un autre tribunal dans une autre administration^{xxiv} ».

[16] Qui plus est, certains prétendent que l'élargissement de l'accès au recours collectif, dans la foulée de l'affaire *Dutton*, porte atteinte au raisonnement selon lequel la certification d'un groupe national est la seule façon de permettre aux membres extraprovinciaux de se prévaloir des avantages offerts par le recours collectif^{xxv}. D'autres intervenants laissent entendre qu'il est peut-être temps d'abandonner l'idée d'un groupe national et d'opter plutôt pour une série de recours provinciaux qui pourraient, ou non, être coordonnés au moyen d'ententes entre les co-avocats^{xxvi}. Nous ne sommes pas d'accord. Compte tenu du dénouement de l'affaire *Dutton*, dans laquelle le groupe incluait des personnes résidant à l'extérieur du Canada, compte tenu aussi de l'accueil positif accordé par la Cour suprême aux objectifs d'intérêt public des recours collectifs dans sa trilogie de cas de certification^{xxvii}, ainsi que de ses décisions concernant le principe de courtoisie dans le régime fédéral canadien, nous croyons peu probable que la Cour suprême du Canada s'oppose au concept d'un groupe national ou couvrant plusieurs administrations.

[17] Tout comme le recours collectif est généralement plus efficace qu'une série de recours individuels, le recours collectif national pourrait être supérieur à une série de

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

recours collectifs provinciaux, même si ces derniers peuvent être coordonnés dans une certaine mesure par les avocats des demandeurs. L'idée d'un groupe national allège la charge de travail des tribunaux en permettant d'éviter que se fassent plus d'une fois la détermination des faits, l'analyse judiciaire et les mesures préparatoires au procès, et elle élimine le risque de conclusions contradictoires. Elle élargit l'accès à la justice en répartissant les frais de litige parmi un groupe plus nombreux de demandeurs, réduisant ainsi les frais de chaque demande et accroissant à la fois les incitatifs à trouver un règlement, le montant de l'indemnisation dans chaque demande et la probabilité que des demandes valides seront présentées. Toutes ces conséquences ont un effet utile à la réalisation de l'objectif de modification du comportement, à l'efficience et à la justice en faisant en sorte que des délinquants actuels et éventuels ne négligent par leurs obligations à l'endroit du public^{xxviii}.

[18] Les recours collectifs provinciaux multiples, par contre, nuisent aux intérêts des membres absents, qui sont les bénéficiaires visés de la législation sur les recours collectifs, et ils mettent en échec les efforts de l'avocat du groupe, c'est-à-dire la personne dont l'intérêt financier détermine, dans une certaine mesure, s'il vaut la peine ou non d'engager un recours collectif. Les membres absents veulent voir leurs demandes réglées rapidement et efficacement, un dénouement dont les chances de réalisation s'amointrissent lorsqu'il y a recoupement de treize recours et autant d'avocats différents. L'incertitude créée par la possibilité de recours multiples peut aussi entraîner la diminution du nombre de recours collectifs qui seront intentés, parce que 1) l'avocat d'un groupe dans une administration ne connaîtra pas l'étendue du groupe qu'il sera éventuellement autorisé à représenter et 2) de ce fait, certains recours collectifs seront rendus moins viables, puisque l'avocat devra conclure des arrangements financiers avec plusieurs autres avocats, ce qui réduira d'autant ses honoraires escomptés et les sommes versées en indemnisation à ses clients du recours collectif.

IV. Mécanismes de participation et de retrait

[19] Dans un document de consultation sur la législation du recours collectif en Colombie-Britannique, publié par le ministère provincial du Procureur général de la province sous le titre *Consultation Document [:] Class Action Legislation for British Columbia* (mai 1994), le commentaire succinct concernant les recours collectifs engageant plusieurs administrations (en page 22) semble refléter la crainte qu'il soit inefficace d'inclure à un groupe, avec droit de retrait, des personnes habitant ailleurs qu'en Colombie-Britannique; prenant en exemple la législation en vigueur en Ontario, les auteurs du *Consultation Document* se demandent si un recours collectif national avec option de retrait aurait un effet d'exclusion sur les personnes résidant à l'extérieur de la province où a lieu le débat. Vient ensuite l'observation énigmatique suivante [traduction] :

« La possibilité d'opter pour une procédure de recours collectif élargi dans un certain nombre de provinces pourrait mener à une situation où plusieurs recours collectifs engageant le même défendeur et portant sur les mêmes objets sont entamés dans chaque administration. Dans certains cas, une

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

telle éventualité pourrait nuire aux objectifs de l'économie des ressources judiciaires, lesquels sont à la base même des recours collectifs. Ce sont des questions que ne résout pas la législation de l'Ontario. »

[20] Dans ce passage du texte, le *Consultation Document* semble vouloir dire qu'il pourrait y avoir des problèmes si la C.-B., à l'instar de l'Ontario, était présumée permettre un recours national avec option de retrait, ce qui risquerait de contredire plutôt que d'appuyer l'économie des ressources judiciaires. Un commentateur a d'ailleurs fait remarquer qu'une telle possibilité le rendait « perplexe »^{xxix}.

[21] Dans son chapitre sur les questions engageant plusieurs administrations, le *Consultation Document* conclut par ceci [traduction] :

« Un commentateur a proposé de séparer les membres d'un groupe en deux sous-groupes, celui des résidents de la province et celui des non-résidents. Les membres du groupe habitant dans la province dont la législation régit le dépôt du recours collectif, ou dont la cause d'action s'est produite dans la province en question, serait soumis aux exigences ordinaires de la Loi en matière de retrait. Les membres du groupe habitant à l'extérieur de la province seraient tenus de participer au recours collectif pour faire partie du groupe. »

[22] Ainsi, en Colombie-Britannique, la participation obligatoire des membres du groupe qui sont non résidents a été instaurée sans expliquer les motifs qui la justifie sauf celui (implicite) qu'elle pourrait prévenir les conflits entre l'Ontario et la C.-B. au sujet de la notion de groupe national avec droit de retrait et (toujours implicitement) qu'elle conférerait une plus grande certitude à l'effet d'exclusion causé par les décisions prises en C.-B. sur les membres d'un groupe qui ne résident pas dans la province.

[23] La Conférence sur l'harmonisation des lois au Canada (CHLC) a ensuite fait paraître un *Document de discussion au sujet d'une loi uniforme sur le recours collectif*, rédigé par l'auteure principale du *Consultation Document* de la Colombie-Britannique^{xxx}. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la formulation du *Document de discussion*, dans sa section intitulée « Questions interjurisdictionnelles », suive de près celle du *Consultation Document* et que l'auteure conclue en faisant remarquer : « La législation de la Colombie-Britannique a adopté cette recommandation » [c'est-à-dire, la recommandation d'exiger que les non-résidents de la province participent au recours collectif].

[24] Voilà pourquoi la Loi uniforme prévoit l'obligation des non-résidents de participer. En 1995, la législation canadienne sur le recours collectif en était encore à ses tout débuts, et on pourrait dire que la CHLC a agi avec une prudence justifiable en recommandant un mécanisme de participation, puisque, à ce moment-là, les incidences du régime de retrait préconisé par l'Ontario commençaient tout juste à être considérées par les tribunaux^{xxxii}. Toutefois, nous sommes d'avis qu'il y a lieu maintenant d'accorder plus de poids aux raisons stratégiques à l'appui d'un groupe national d'abstenants, car nous croyons atténué le risque qu'un tel mécanisme soit jugé inconstitutionnel^{xxxii}.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

[25] Non seulement plusieurs causes entendues en Ontario ont soutenu la viabilité de groupes nationaux avec option de retrait, malgré le silence de la *Loi* de l'Ontario sur ce point, mais en outre, comme nous l'avons mentionné plus haut, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Dutton*, a cru bon de certifier un groupe de résidents de l'étranger. Plus récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu, à condition qu'il soit proprement tenu compte du territoire de compétence et de l'application régulière de la loi, une décision judiciaire rendue dans une cause de recours collectif aux États-Unis pourrait avoir un effet d'exclusion sur les membres canadiens d'un groupe^{xxxiii}.

[26] À moins que la Cour suprême du Canada n'en vienne un jour à un avis contraire (ce que nous croyons fort improbable), le recours collectif avec option de retrait subsistera au Canada. Les recommandations du Comité (dont les membres ont des opinions divergentes relativement au débat constitutionnel) sont fondées sur l'état actuel du droit; nous ne nous proposons pas d'analyser les arguments constitutionnels pour et contre la notion de groupe national, laquelle fait déjà l'objet d'un commentaire éclairé^{xxxiv}.

[27] Il y a assurément de solides arguments de principe en faveur d'un groupe national. Le Rapport du comité consultatif du Procureur général de l'Ontario au sujet des recours collectifs (février 1992) déclarait [traduction] :

« Une fois qu'un recours collectif est entamé, les membres du groupe sont présumés inclus au recours s'il n'ont pas pris des mesures concrètes pour 'se retirer'.

La valeur d'un tel modèle tient à ce que les défendeurs d'un recours collectif sont assurés d'affronter, dans une seule cause, tous les demandeurs potentiels. Les personnes qui choisissent de se retirer peuvent être identifiées et traitées comme telles. Le modèle de groupe avec option de retrait accroît aussi l'efficacité des recours collectifs en n'obligeant pas toutes les parties potentielles à un litige à prendre des mesures pour se faire inclure au recours. Cet avantage est important surtout dans les cas de demandes individuelles d'indemnisation relativement peu élevées. »

[28] Ces points s'appliquent également aux également aux groupes nationaux.

[29] Craig Jones offre une justification financière convaincante à l'appui d'un groupe national avec option de retrait [traduction] :

« Dans un recours collectif où les participants doivent indiquer expressément leur adhésion, les demandeurs passifs sont souvent laissés de côté, et cette omission n'est pas à leur seul désavantage. En effet, la valeur de leurs demandes et le coût des préjudices qu'ils ont subis ne sont pas intégrés à l'évaluation des sommes à imputer au défendeur, ce qui affaiblit la dissuasion. De plus, la valeur de leurs demandes ne contribue pas aux économies d'échelle permises par la poursuite et, par conséquent, les coûts du litige par demande augmentent; il s'ensuit, comme nous l'avons expliqué plus haut, une hausse des règlements globaux et du

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

montant d'indemnisation par demande. Ainsi, la décision de ne pas participer au recours collectif (ou même le fait de ne pas prendre de décision à ce sujet) n'a pas pour seul effet de priver d'indemnisation les membres passifs du groupe, mais elle diminue aussi les sommes recouvrées par les membres du groupe qui ont effectivement demandé à participer au recours^{xxxv}. »

[30] Jones conclut en mentionnant qu'il n'y a aucune raison réelle, au sein de la fédération canadienne, de traiter les membres d'un groupe national différemment des membres d'un groupe intra-provincial.

[31] Au vu de la réalité actuelle et de l'importance de ces objectifs de la politique, nous recommandons à toutes les administrations canadiennes qui ont déjà instauré, ou songent à le faire, une législation sur les recours collectifs, de permettre expressément la création d'un groupe national de demandeurs avec option de retrait.

V. Coordination des recours collectifs engageant plus d'une administration

A. Introduction

[32] Même si tous les tribunaux de toutes les provinces pouvaient certifier un groupe national, il resterait quand même à déterminer quel tribunal devrait être habilité à instruire les recours collectifs nationaux. Il y a plusieurs démarches au moyen desquelles répondre à cette question. La plus radicale consisterait à retirer les recours collectifs des cours visées à l'art. 96 et d'en attribuer la compétence à la Cour fédérale. Une autre démarche plus modeste et plus réaliste serait de demander à la Cour fédérale ou à un tribunal nouvellement constitué de déterminer laquelle des cours supérieures provinciales aurait compétence à l'égard de l'action. Enfin, il serait peut-être possible de dénouer les conflits entre des recours collectifs concurrents tout simplement en utilisant les structures en place et en adaptant au problème du groupe national les principes qui régissent actuellement l'attribution de la compétence. En optant pour cette dernière façon de procéder, que nous recommandons, il faudrait apporter certaines modifications aux lois en vigueur concernant les recours collectifs, notamment en ce qui touche les processus de certification, et créer un registre centralisé des recours collectifs.

B. Conférer à la Cour fédérale la compétence exclusive d'instruire les recours collectifs nationaux

[33] La solution peut-être la plus simple au problème actuel, comme certains auteurs le font remarquer, est à la fois évidente et irréalisable. Il s'agirait de conférer à la Cour fédérale du Canada la compétence à l'égard de tous les recours collectifs dont les demandeurs n'habitent pas tous dans la même administration et qui ont trait à des enjeux de portée nationale^{xxxvi}. Les avantages d'une telle démarche sont évidents parce que la Cour fédérale est le seul tribunal canadien de première instance qui jouit d'une présence et d'une compétence nationales. La Cour fédérale tient des audiences dans chaque province et territoire du pays^{xxxvii}. Tel que mentionné plus haut, elle est aussi habilitée à

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

certifier des recours collectifs^{xxxviii}. Cependant, pour conférer à la Cour fédérale la compétence à l'égard de la gamme entière des objets de recours collectifs, il pourrait fort bien falloir modifier la Constitution, une condition difficile ou impossible à remplir. Qui plus est, la Cour fédérale est une cour créée par la loi, en vertu de l'art. 101 de la Constitution, et à ce titre, elle n'a de compétence ni inhérente ni générale et ne peut traiter que les objets qui lui sont attribués par sa loi habilitante, la *Loi sur les Cours fédérales*^{xxxix}. Il est possible que son territoire de compétence soit encore plus restreint parce que, à titre de cour visée par l'art. 101, son rôle se limite à veiller à une « meilleure administration des lois du Canada », un énoncé dans lequel « lois » veut bien dire les lois applicables et existantes édictées par le Parlement^{xl}.

[34] Le Parlement pourrait-il adopter une loi conférant à la Cour fédérale une compétence assez vaste pour englober les cas de réclamations civiles collectives, de responsabilité du fait de produits et les autres objets les plus courants des recours collectifs? Il est permis de douter que les provinces ou la Cour suprême du Canada toléreraient un tel empiétement sur la compétence provinciale, même s'il pouvait se justifier en vertu de l'intérêt national inscrit dans l'article de la constitution touchant le pouvoir fédéral en matière de « paix, ordre et bon gouvernement ».

C. Conférer à un tribunal le pouvoir d'attribuer compétence relativement à un recours collectif national

1. Suivre le modèle américain de la commission judiciaire pour les litiges engageant plusieurs districts

[35] Depuis la fin des années 1960, l'appareil judiciaire fédéral des États-Unis s'attache à régler les problèmes créés par les recours multiples concernant des questions de fait ou de droit, et déposés dans plus d'un territoire de compétence, en transférant toutes les actions à une seule cour de district en vue du regroupement des mesures préparatoires au procès^{xli}. Cette centralisation regroupe les recours ordinaires et les recours collectifs, et la cour destinataire du transfert a pleine compétence à l'égard de toutes les mesures préparatoires au procès. Elle est habilitée à désigner l'avocat principal et l'avocat de liaison, à ordonner des dépositions et la production de documents courants, et à certifier des recours collectifs. Elle peut aussi statuer des actions par jugement sommaire ou en approuvant un règlement^{xlii}.

[36] La décision de centraliser ou non les actions, et la détermination de la cour à laquelle les actions devraient être transférées, relèvent de la commission judiciaire des litiges engageant plusieurs districts (*Judicial Panel on Multi-district Litigation*, appelée communément « *MDL Panel* », ci-après « commission MDL »), un groupe de sept juges de la cour fédérale des É.-U. se réunissant six fois par an. Le temps alloué à la présentation d'arguments relativement à un objet, quel qu'il soit, est habituellement limité à 30 minutes^{xliii}. Le transfert d'une action est décidé par la commission en fonction de trois facteurs, à savoir :

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

1. Les actions ont-elles en commun un ou plusieurs points de droit ou de fait?
2. Le transfert sera-t-il commode pour les parties et les témoins?
3. Le transfert favorise-t-il la conduite juste et efficiente des actions?^{xliv}

[37] La commission MDL a discrétion absolue en ce qui touche la désignation de la cour destinataire du transfert. En théorie, par exemple, la commission pourrait transférer en Alaska, pour les mesures préparatoires au procès, des actions déposées dans deux districts de New York. En pratique, en choisissant la cour destinataire, la commission se base sur une douzaine de facteurs dont la plupart sont analogues à ceux que pourrait considérer une cour canadienne au moment de l'analyse d'un cas de *forum non conveniens*^{xlv}.

[38] Bien que le système canadien de cours supérieures diffère sous bien des aspects importants de celui des cours fédérales des États-Unis, il serait peut-être possible d'instaurer un processus semblable conférant à un organisme le pouvoir d'attribuer la compétence à l'égard d'un recours collectif national au tribunal qui convient le mieux. Il est évident qu'un processus de ce genre créerait des difficultés sur les plans politique et constitutionnel. Il faudrait probablement prévoir une loi fédérale conférant le pouvoir d'attribuer compétence et cette loi pourrait être perçue comme empiétant sur le pouvoir des provinces relativement à la procédure civile. Une telle loi, même si elle pouvait se justifier comme un exercice valide de l'autorité fédérale en vertu de l'intérêt national inscrit dans l'article de la constitution touchant le pouvoir fédéral en matière de « paix, ordre et bon gouvernement », serait probablement difficile à mettre en application.

[39] En supposant, aux fins de la discussion, qu'une telle délégation de pouvoir serait constitutionnelle, il faut alors se demander quel organisme conviendrait le mieux à l'exercice de ce pouvoir. Deux solutions possibles peuvent être envisagées : soit charger la Cour fédérale de déterminer cet organisme, soit en créer un nouveau.

2. Charger la Cour fédérale de déterminer l'organisme qui convient

[40] Se servir de la Cour fédérale comme d'une sorte « d'agent de la circulation dans les recours collectifs », voilà une option attrayante pour plusieurs raisons. La Cour fédérale a une présence nationale; en effet, même si ses juges résident à Ottawa, elle siège dans chaque province et territoire du pays. Elle apporterait à la tâche une structure administrative bien développée comportant un registre principal à Ottawa et seize bureaux répartis à travers le Canada^{xlvi}.

[41] Il pourrait cependant s'avérer difficile, d'un point de vue politique, de conférer à la Cour fédérale des pouvoirs aussi élargis, et il serait nécessaire d'obtenir la coopération des législatures provinciales pour que puisse fonctionner avec efficacité un régime national ou intergouvernemental visant les recours collectifs. De plus, la Cour fédérale ne sera pas toujours désintéressée au moment d'attribuer la compétence, puisqu'elle a son propre régime concernant les recours collectifs. Si un conflit devait surgir, ce qui serait fort possible si plusieurs recours collectifs étaient engagés contre la Couronne fédérale, il

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

pourrait être malvenu que la Cour fédérale ait à choisir entre s'attribuer la compétence à elle-même ou la déléguer à une cour supérieure provinciale.

3. Créer un nouvel organisme

[42] Une autre option, un peu plus attrayante, consisterait à créer un nouvel organisme destiné précisément à déterminer le territoire de compétence convenant le mieux à un recours collectif national. Il y a plusieurs façons de procéder pour arriver à cette fin. Un tel organisme pourrait, par exemple, prendre la forme d'un nouveau tribunal créé en vertu de l'art. 101 et composé de juges venus des diverses cours supérieures provinciales et peut-être de la Cour fédérale. Ou encore, il pourrait s'agir d'un organisme opérant comme un comité du Conseil canadien de la magistrature^{xlvii}, lequel a été établi dans le but de « ... promouvoir l'efficacité et l'uniformité et améliorer la qualité des services judiciaires des cours supérieures^{xlviii} ».

[43] À l'instar de la commission MDL aux États-Unis, ce nouvel organisme pourrait se réunir périodiquement afin de décider si des recours collectifs proposés devraient être engagés et, dans l'affirmative, de déterminer dans quel territoire de compétence. En laissant la décision en matière de compétence à des juges nommés en vertu de l'art. 96, même s'il prennent leur décision dans une cour ne relevant pas de l'art. 96, cette façon de procéder pourrait être perçue comme plus conforme à ce que Hogg appelle [traduction] « le fédéralisme coopératif forcé^{xlix} » entrevu dans les articles de la Constitution qui portent sur l'organisation judiciaire.

[44] Un tel organisme n'en serait pas moins une nouveauté en matière constitutionnelle, et sa création nécessiterait probablement une forte volonté politique et bien des négociations. Quoi qu'il en soit, comme nous l'expliquerons dans la section qui suit, nous avons conclu que les défis posés par la notion de groupe national de recours collectif peuvent être proprement surmontés au sein de notre appareil judiciaire actuel, à condition d'apporter quelques légères innovations et modifications aux lois en vigueur concernant les recours collectifs.

D. Modifier les processus de certification actuels¹

[45] Toute proposition visant à contrer le risque de concurrence entre des recours collectifs engageant plusieurs administrations doit s'attaquer à deux sortes de problèmes. D'abord, elle doit établir des normes claires et des critères précis en vue de déterminer exactement la définition et la portée du ou des groupes participant à un litige, quel qu'il soit. Là est la question de fond. Les normes pourraient faire l'objet d'un débat et il faudra certainement accroître et raffiner notre compréhension des critères à appliquer à chacun des recours. Toutefois, après avoir articulé le mieux possible ces normes et critères, la discussion concernant la meilleure façon de coordonner les recours collectifs engageant plusieurs administrations devra ensuite porter sur la question particulière de la procédure.

[46] En second lieu, la proposition doit préciser les mécanismes existants ou à créer pour que les tribunaux puissent prendre des décisions de certification qui permettent d'éviter

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

les groupes conflictuels ou redondants de demandeurs. Là est la question de procédure. Nous avons considéré et rejeté les mécanismes faisant intervenir la Cour fédérale et toute autre cour visée par l'art. 101, et ce pour les raisons exposées plus haut. La présente section aborde seulement les moyens par lesquels les recours collectifs engageant plusieurs administrations pourraient être réglés à l'aide des processus actuels de certification.

2. **La question de fond : Normes permettant d'éviter la multiplicité dans les cas de recours collectif engageant plusieurs administrations**

[47] Bien que la Cour suprême du Canada n'ait pas statué sur la difficulté posée par une multiplicité de recours collectifs et que les tribunaux inférieurs n'aient pas formulé de normes précises, les fondements de ces normes peuvent être cernés à partir de la loi du lieu en général. De l'avis de la Cour suprême, la loi du lieu est soumise aux exigences constitutionnelles découlant des principes d'ordre et d'équité^{li}. La Cour suprême a également déclaré que ces principes avaient une définition vague et servaient principalement à inspirer l'interprétation de diverses règles du droit international privé^{lii}.

[48] Dans le contexte des recours collectifs engageant plusieurs administrations, on pourrait dire que le principe d'équité transparaît dans le souci d'ouvrir l'accès à la justice et de modifier les comportements, alors que le principe d'ordre se manifeste dans le souci d'économie des ressources judiciaires et, en particulier, dans celui d'éviter les recours multiples et potentiellement contradictoires^{liii}.

(a) **Équité et accès à la justice**

[49] En cherchant à trouver comment des recours collectifs dont le groupe de demandeurs inclut des personnes habitant à l'extérieur de la province pourraient être portés devant un tribunal et réglés d'une manière qui reflète à la fois le principe d'équité et celui de l'accès à la justice, il est important de se rappeler que la caractéristique essentielle de la législation sur les recours collectifs tient dans la disposition obligeant les autres tribunaux à traiter la décision de la cour comme une décision exécutoire pour les personnes entrant dans la définition du groupe. La législation sur les recours collectifs ne peut évidemment pas, à elle seule, étendre cette obligation au-delà des limites territoriales de la province en cause, mais les principes d'ordre et d'équité dictent effectivement l'obligation d'un effet limitatif sur le jugement d'autres cours canadiennes lorsqu'il y a un rapport réel et substantiel entre l'objet du recours et le tribunal où la cause est entendue. En affirmant leur compétence à l'égard de membres d'un groupe de recours collectif qui résident à l'extérieur de la province, les cours ont trouvé ce rapport dans des facteurs tels que l'objet du litige^{liv} ou le motif commun d'action^{lv}. Cependant, même quand il y a un rapport réel et substantiel, il faut porter une attention minutieuse à la situation des membres du groupe dont les intérêts sont en jeu.

[50] Dans la cause *Currie c. MacDonald's Restaurants of Canada Inc*^{lvi}, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré l'effet qu'aurait, sur un recours collectif proposé dans cette

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

province, un jugement prononcé dans l'État de l'Illinois et approuvant un règlement censé couvrir des membres canadiens du groupe demandeur. Le juge d'appel Sharpe a écrit ce qui suit, au nom de la cour [traduction] :

« En ce qui a trait au souci d'équité, il est utile de voir jusqu'à quel point sont pertinents et suffisants les droits procéduraux conférés aux membres non résidents et non nommés du groupe de recours collectif dans la cause *Boland*. Avant de conclure que le droit de l'Ontario devrait reconnaître la compétence du tribunal de l'Illinois pour ce qui est de déterminer les droits légaux de ces personnes, nous ferions bien de nous assurer que la procédure suivie dans l'action *Boland* a protégé convenablement leurs droits et intérêts. Le respect des droits procéduraux, y compris le droit à un niveau suffisant de représentation, à un avis suffisant et au retrait, pourrait renforcer le lien avec la compétence de l'Illinois et atténuer les craintes au sujet de l'équité^{lvii}. »

[51] Dans nos recommandations, nous avons tenté de répondre à certaines de ces préoccupations. Le préavis sera sans aucun doute un facteur important de la force exécutoire de toute décision relative à un recours collectif national dans toute administration intervenant par la suite. Les dispositions actuelles concernant le préavis devraient suffire à orienter ce processus pour les membres extraprovinciaux d'un groupe après la certification^{lviii}. Nous avons recommandé aussi qu'un préavis de toute demande de certification soit donné aux avocats de tous les groupes engagés dans des recours collectifs semblables dans d'autres provinces et que soit créé un registre national en ligne de ces recours afin de permettre à ces avocats et à des membres potentiels de groupe de se tenir au courant de tous les recours collectifs.

(b) **Maintenir l'ordre et éviter les recours multiples**

[52] La jurisprudence canadienne concernant l'autorité appropriée est parmi les plus impartiales au monde. Les cours canadiennes ont fait preuve d'un ferme engagement à veiller à ce que les causes soient déterminées devant l'autorité qui convient le mieux aux intérêts de toutes les parties et à ceux de la justice^{lix}. En particulier, les tribunaux canadiens donnent habituellement priorité à des facteurs influant sur la commodité du lieu du litige, et tiennent compte de la capacité relative des parties à surmonter les difficultés qu'il y a à plaider une cause dans un forum éloigné. Ils ont aussi manifesté une confiance remarquable en la capacité d'autres cours canadiennes, dans des forums différents, à mériter que l'on se fie à elles pour prendre la décision qui convient au moment de déterminer l'autorité appropriée dans des causes apparentées^{lx}.

[53] Bien que la jurisprudence canadienne concernant le lieu approprié soit bien développée, son application aux recours collectifs en est encore à ses débuts. Les cours n'en ont pas moins commencé à tenir compte des facteurs liés à l'efficacité juridictionnelle et administrative dans le contexte des recours collectifs. Certains de ces facteurs ont été invoqués expressément dans des décisions concernant des requêtes ayant trait à la conduite et au lieu d'une poursuite^{lxi}. Nous nous attendons à ce que des décisions

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

futures précisent encore plus les considérations spéciales qui entrent en jeu dans les cas où interviennent plusieurs administrations. Il pourra y avoir, par exemple, des situations où le droit d'une province prévoit un motif d'action qui n'est pas reconnu par d'autres provinces; il conviendra peut-être alors de définir le groupe de manière à exclure ce sous-groupe. Il pourra arriver que les intérêts des membres d'un groupe soient mieux servis au moyen de plusieurs recours collectifs coordonnés que par un seul recours unifié^{lxii}. On pourrait voir aussi des recours collectifs concurrents engagés dans différents lieux, ce qui obligera le tribunal à choisir le lieu qui convient le mieux en se fondant sur les facteurs traditionnels souvent invoqués dans les litiges non collectifs^{lxiii}. Enfin, dans les cas où un recours national soulève tellement de questions compliquées que l'action en devient impossible à résoudre, la cour détient le pouvoir rémanent, de par la loi, de simplement refuser de certifier le recours collectif.

[54] Dans nos recommandations, nous avons indiqué certains critères que, selon nous, les cours devraient prendre en considération en déterminant s'il y a lieu de certifier un recours collectif ou, inversement, d'en déférer à un autre tribunal. Nous proposons que ces critères soient intégrés aux mesures législatives actuelles et futures régissant les recours collectifs.

3. La question de procédure : Coordonner ou unifier les recours collectifs

(a) Principes de la deuxième cour saisie et de la déférence respectueuse^{lxiv}

[55] Tel que mentionné plus haut, les cours canadiennes sont bien outillées pour adapter les principes courants de choix du lieu d'une poursuite au contexte des recours collectifs engageant plusieurs administrations. Il reste cependant à régler la question de savoir laquelle de deux cours saisies de requêtes collectives semblables ou apparentées devrait être habilitée à opérer cette détermination. Certains proposeront peut-être que cette fonction ne peut être remplie que par un organisme indépendant, du genre de la Commission MDL américaine expliquée plus haut dans les présentes, mais nous croyons qu'il en est autrement, en raison de la valorisation commune des principes d'ordre et d'équité par les tribunaux canadiens et du respect mutuel remarquable que se manifestent ces tribunaux.

[56] Lorsque trois provinces seulement étaient dotées de lois sur les recours collectifs, l'Ontario manifestait couramment sa déférence respectueuse à l'égard des cours de la Colombie-Britannique ou du Québec en excluant, au moment de certifier un groupe national, les membres résidant dans ces provinces. Si toutes les provinces peuvent certifier un groupe national – ou même si seulement deux le peuvent et que les autres peuvent certifier seulement un groupe provincial – cette forme de déférence respectueuse rendrait impossible l'existence d'un groupe national ou engageant plus d'une administration.

[57] D'autre part, si le recours collectif national ou engageant plus d'une administration est généralement préférable à une série de recours collectifs provinciaux, il est logique de

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

présumer que, après avoir examiné sérieusement des options concurrentes et entendu les arguments d'avocats traitant des actions semblables ou apparentées, le premier tribunal accordant certification devrait assumer la compétence à l'égard du groupe pertinent le plus nombreux. Il reviendrait alors à l'avocat de toute autre administration de persuader le tribunal de cette deuxième administration qu'une partie ou la totalité des membres du groupe des demandeurs continuerait d'être mieux servie en permettant l'engagement d'un recours collectif devant la cour de la première administration.

[58] Les cours canadiennes ont manifesté entre elles un degré de confiance mutuelle suffisant pour qu'il soit permis de croire que cette façon de procéder pourrait très bien fonctionner au Canada. De fait, dans des situations de recours collectifs parallèles, les cours canadiennes ont demandé l'avis des avocats relativement à l'état de tels recours, dans une tentative officieuse pour éviter la multiplicité. En outre, les avocats de recours semblables ou apparentés engagés dans d'autres administrations auraient le droit de présenter des arguments sur le bien-fondé de certifier ou de ne pas certifier un groupe concurrent, et cela aurait un effet de prévention d'attaques préemptives de la part d'avocats désireux de s'assurer la conduite d'actions qui auraient peut-être plus de chance de réussir si elles étaient conduites par d'autres ou en d'autres lieux.

VI. Registre canadien des recours collectifs

[59] L'un des problèmes découlant de l'accès plus large au recours collectif tient au fait que les renseignements concernant les recours collectifs déposés sont difficiles à trouver. Les tribunaux, les avocats et le grand public se heurtent à de sérieux obstacles en cherchant à découvrir si une question particulière à laquelle ils s'intéressent a déjà fait l'objet d'un recours collectif dans une administration autre que la leur. Il s'ensuit un manque d'efficacité et le risque de décisions erronées.

[60] Il y aurait une solution simple et rentable à ce problème. Elle consiste à établir un Registre canadien des recours collectifs (ci-après le « Registre »), de préférence sous la forme d'une base de données électronique consultable^{lxv}. Une telle base de données coûterait peu cher à édifier, que ce soit par les tribunaux travaillant de concert, par un exploitant commercial de bases de données juridiques ou par une organisation sans but lucratif comme l'Institut canadien d'information juridique^{lxvi}. Le Registre permettrait à toutes les personnes participant à un processus de recours collectif de prendre des décisions vraiment éclairées quant à leurs droits et à leurs options. Il aiderait les tribunaux au moment de juger si un recours mérite certification, servirait de base pour répondre aux exigences en matière de préavis, faciliterait la tâche aux avocats potentiels de recours collectif au moment de décider s'il y a lieu d'intenter un recours concurrent ou complémentaire, et permettrait aux gens de déterminer s'ils sont aptes à se qualifier comme membres d'un groupe et de commencer à réfléchir et à décider, avant le préavis ou la certification, s'ils veulent participer ou s'ils préfèrent s'abstenir.

[61] Le Registre ne remplacerait évidemment pas le dépôt des recours dans les greffes provinciaux. Il en serait plutôt un complément. Et le bon fonctionnement du Registre n'exigerait pas nécessairement d'apporter des changements aux lois provinciales sur les

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

recours collectifs. Les juges en chef des diverses cours pourraient simplement émettre des directives de pratique ordonnant aux avocats d'aviser d'abord le Registre et aux greffiers de tribunal d'obtenir une preuve de cet avis avant d'accepter le dépôt de tout recours collectif. Si le Registre était sur le Web, la preuve de l'avis serait facile à donner. Les avocats déposeraient leurs documents par courriel et demanderaient confirmation à l'effet que leurs documents ont été acceptés. Le Registre émettrait une confirmation par retour de courriel et cette confirmation serait déposée au Registre et auprès de la Cour supérieure provinciale en même temps que la demande. Les actes introductifs d'instance déposés au Registre national pourraient être accompagnés d'un court résumé de la nature du recours et ce résumé serait mis à disposition en vue d'une distribution immédiate, par le biais de Listserv ou d'un autre outil semblable, aux abonnés intéressés.

VII. Communications entre les tribunaux

[62] Dans son avis aux avocats du 22 novembre 2004, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique annonçait l'adoption, par cette Cour, de « lignes directrices à observer pour les communications entre tribunaux dans les causes transfrontalières » (*Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases*, ci-après les « *Lignes directrices* »). Il s'agit de Lignes directrices élaborées en 2000 par l'American Law Institute afin [traduction] « d'améliorer la coordination et l'harmonisation des poursuites pour insolvabilité qui font intervenir plus d'une administration, en donnant des conseils à suivre en ce qui concerne les communications entre les tribunaux des administrations participantes ». Le juge en chef Brenner a insisté sur le fait que [traduction] « les *Lignes directrices* exigent la conformité à toutes les règles et procédures régissant les poursuites judiciaires en Colombie-Britannique », [et]... « n'apportent aucun changement et ne nuisent en rien aux droits fondamentaux des parties et ne donnent aucun avantage à l'une ou l'autre des parties ». Les *Lignes directrices* ont également reçu l'approbation du Rôle commercial de la Cour de justice de l'Ontario. Au moment de l'annonce de cette approbation, les autorités du Rôle commercial ont confirmé que [traduction] : ... les *Lignes directrices* ne sont pas conçues pour rester immuables, mais en vue d'être adoptées et modifiées de manière à convenir aux circonstances de chacune des causes, et de changer et évoluer au fil de l'expérience acquise dans le cours de leur utilisation^{lxvii} ».

[63] Que nos autres recommandations soient acceptés ou non, il y aura toujours, à des moments donnés, des recours collectifs présentant des parallèles de fait ou de droit avec des recours intentés dans d'autres administrations. C'est ce qui nous convainc qu'un système assurant la transparence et l'objectivité dans les communications entre tribunaux aiderait à bien coordonner ce genre de recours. La mise en application des *Lignes directrices*, par exemple, permet de veiller à ce que les avocats reçoivent avis des communications échangées entre des tribunaux où ils pourraient éventuellement choisir de plaider. En conséquence, nous recommandons que les juges en chef des cours de toutes les administrations canadiennes émettent des directives de pratiques visant l'adoption des *Lignes directrices* et leur utilisation dans les litiges transfrontaliers, y compris les recours collectifs.

ⁱ Le Comité est composé des membres suivants : Rodney Hayley, président; Geoffrey Aylward; Ward Branch; Chris Dafoe; Dominique D'Allaire; Aldé Frenette; Craig Jones; Stephen Lamont; Peter Lown, c.r.; Andrew Roman; Geneviève Saumier; Paul Vickery, c.r.; Janet Walker; et Garry Watson, c.r.

ⁱⁱ Ward K. Branch, *Class Actions in Canada*, édition à feuilles mobiles, Western Legal Publications, Vancouver, 1996 ¶.2.50; Michael A. Eizenga, Michael J. Peerless et Charles M. Wright, *Class actions : Law and Practice*, édition à feuilles mobiles, Butterworths, Toronto 1999 § 1.1-1.2 ; *Dutton c. Western Canada Shopping Centres Inc.*, 2 R.C.S. 534, 2001, p. 545-548.

ⁱⁱⁱ *Naken c. General Motors of Canada Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 72, 144 DLR (3^e) 385. Voir aussi Larry M. Fox, « *Naken c. General Motors of Canada Ltd : Class Actions Deferred* », S.C.L.R. 335, 1984.

^{iv} *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1, 1978; *Class Proceedings Act, 1992*, S.O., c.6, 1992; *Class Proceedings Act*, RSBC, c-50, 1996.

^v Dans la plupart des cas, ces conflits ont fait l'objet d'un règlement et non d'un procès.

^{vi} Les intéressés trouveront une liste plus exhaustive des objets les plus courants de recours collectifs en consultant le chapitre 5 de l'ouvrage de Branch, *Class Actions*, précité à la note 2.

^{vii} R.C.S. 534, [2001] 2, para 26 [*Dutton*].

^{viii} *Class Actions Act*, S.N.L 2001, c. C-18.1; *The Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01; *The Class Proceedings Act*, C.C.S.M. c. C130; *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.6.

^{ix} *Dutton*, voir note 7 ci-dessus, para 34.

^x *Ibid.* , para 43.

^{xi} *Règles de la Cour fédérale*, 1998, DORS/98-106, Règles 299.1-299.42.

^{xii} Loi du Manitoba, para 6(3) : « Un groupe qui se compose de résidents et de non-résidents du Manitoba peut être séparé en sous-groupes de résidents et de non-résidents » (voir ci-dessus, note 8). La position du Québec concernant les recours collectifs nationaux demeure peu claire. Voir à ce sujet Stuart Kugler et Robert Kugler, « *Quebec : The Class Action Haven* », 1 Can. Class Act. Rev. 155, 2004; et James A. Woods, « *The Jurisdiction of the Courts of Quebec in National and International Class Actions : A Comparative Analysis and the Approach Adopted In Common Law Provinces* », exposé présenté lors de l'Insight Conference on Class Actions, à Toronto, en 2003) [Wood, « Quebec »].

^{xiii} *Bouchanskaia c. Bayer Inc.*, [2003] C.-B.J. n° 1969, 2003 BCSC 1306.

^{xiv} *Lamb c. Bayer Inc.*, [2003] S.J. n° 692, 2003 SKQB 442.

^{xv} *Walls c. Bayer Inc.*, [2005] J.M. n° 4, 2005 MBQB 3.

^{xvi} *Coleman v. Bayer Inc.*, [2004] J.O. n° 1974.

^{xvii} *Dufour c. Bayer Inc.* [2004] J.Q. n° 11125.

^{xviii} *Wheadon c. Bayer Inc.*, [2004] N.J. n° 147; *Pardy c. Bayer Inc.* [2003] N.J. n° 1982.

^{xix} <http://baycolclassaction.ca/docs/Settlement%20Agreement.pdf> .

^{xx} *Coleman c. Bayer Inc.*, voir ci-dessus note 16, para. 48.

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

^{xxi} *Walls c. Bayer Inc.*, voir ci-dessus note 15.

^{xxii} Janet Walker, « *Coordinating Multijurisdiction Class Actions through Existing Certification Processes* », C.B.L.J., à paraître en 2005); Ward Branch et Christopher Rhone, « *Chaos or Consistency? : The National Class Action Dilemma* » ,” (2004) 1 Can. Class Act. Rev. 3, 2004 [Branch, « *Chaos* »].

^{xxiii} Stephen Lamont, « *The Problem of the National Class : Extra-territorial Class Definitions and the Jurisdiction of the Court* », 24 *Advocates Quarterly* 252, 2001 [Lamont, « *National Class* »]; J. Vincent O’Donnell, Benjamin David Gross et Julia Garzon, « *Multi-jurisdictional Class Actions in Canada : Pragmatism over Principle?* », dans *Litigating Class Actions*, The Canadian Institute, Toronto, 2002 [O’Connell, « *Pragmatism* »] ; F. Paul Morrison, Eric Gertner et Hovsep Afarian, « *The Rise and Possible Demise of Class Actions in Canada* », 1 Can. Class Act. Rev. 67, 2004 [Morrison, « *Demise* »]; Woods, « *Quebec* », voir ci-dessus, note 12.

^{xxiv} *Nantais c. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.*, (1995), 25 O.R. (3d) 331, p. 346-47. Cette déclaration a trouvé un écho chez le juge Zuber de la Cour divisionnaire de l’Ontario, qui a refusé d’autoriser un appel en disant [traduction] « Il reste à trancher la question de savoir si un résultat obtenu à la Cour de l’Ontario dans un recours collectif lie les membres du même groupe résidant dans les autres provinces s’ils sont demeurés passifs et ne se sont pas retirés ». (1995) 129 D.L.R. (4^e) 110, p. 113.

^{xxv} Morrison, « *Demise* », *supra* voir ci-dessus note 23, p. 89.

^{xxvi} *Ibid.*; Clint G. Docken Q.C. et Andrea Walden, « *Canadian Class Actions Jurisdictional Issues : Opting IN or Opting OUT?* » (exposé présenté aux membres du Canadian Institute lors de la Conférence de Calgary sur le thème *Litigating Class Actions*, les 30 et 31 Mai 2002) <http://www.docken.com/CdnInstitutePaperMay2002ClassActions.pdf> (site consulté le 1^{er} mars 2005).

^{xxvii} *Dutton*, voir ci-dessus note 7; *Hollick c. Toronto (City)*. [2001] 3 R.C.S. 158; *Rumley c. Colombie-Britannique*. [2001] 3 R.C.S. 184.

^{xxviii} *Dutton*, voir ci-dessus note 7, aux para. 27-29.

^{xxix} Craig Jones, « *The Case for the National Class* », 1 Can. Class Act. Rev. 29, p. 49, 2004 [Jones, « *National Class* »].

^{xxx} Ruth Rogers, au ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique.

^{xxxi} *Nantais c. Telectronics*, voir ci-dessus, note 24.

^{xxxii} Nous remarquons, cependant, que la jurisprudence relative à la constitutionnalité d’un groupe national est loin d’être exhaustive et qu’elle émane, la plupart du temps, de décisions de tribunaux de première instance.

^{xxxiii} *Currie c. McDonald’s Restaurant of Canada Ltd.*, O.J. n° 506 (C.A.), 2005.

^{xxxiv} Voir, par exemple : Lamont, « *National Class* », note 23 ci-dessus; O’Donnell, « *Pragmatism* », note 23 ci-dessus; Morrison, « *Demise* », plus haut; Woods, « *Quebec* », note 12 ci-dessus; Jones, « *National Class* », note 29 ci-dessus; Craig Jones, *Theory of Class Actions*, Irwin Law, Toronto, 2003) *passim* [Jones, *Theory*]; Janet Walker, « *Crossborder Class Actions : A View from Across the Border* », Mich St. L. Rev 755, 2004; Peter J.M. Lown c.r., « *Class Actions and Inter-jurisdictional Issues* » (exposé présenté lors d’un séminaire de même appellation qui s’est tenu à Winnipeg, en août 2004, à l’occasion de la conférence nationale annuelle de l’Association du Barreau canadien) [Lown, « *Issues* »].

^{xxxv} Jones, « *National Class* », *ibid.* , p. 40-41.

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

^{xxxvi} Branch, « *Chaos* », note 22 ci-dessus.

^{xxxvii} Le site Web de la Cour fédérale, à http://www.fct-cf.gc.ca/business/hearings/hearing_list_f.shtml, contient des renseignements plus détaillés sur les endroits où elle tient des audiences.

^{xxxviii} *Règles de la Cour fédérale*. 1998 SOR/98-106, para 299.2 à 299.42.

^{xxxix} L.R. de 1985, c. F-7.

^{xl} *Québec North Shore Paper Co. c. Canadian Pacific*, [1977] 2 L.R.C. 1054; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, édition à feuilles mobiles, Carswell, Scarborough (Ontario, 1997), 7.1 (b).

^{xli} L'idée d'une commission judiciaire est venue d'un comité de coordination établi par le juge Earl Warren, de la Cour suprême des États-Unis, afin de gérer un déluge de recours intentés contre des entreprises de matériel électronique ayant été trouvées coupables d'infraction de la loi fédérale antitrust. Entre 1961 et 1967, le comité de coordination, composé de neuf juges, a traité près de 2 000 actions englobant 25 000 demandes d'indemnisation, à l'aide d'une démarche uniforme basée sur des ordonnances rendues avant l'instruction et des ordres de produire des documents. À l'achèvement de ce travail, le comité a proposé une législation qui a été adoptée, avec des modifications mineures, sous le titre de 28 U.S.C.A. §1407. Des renseignements plus détaillés sont affichés au site Web de la commission judiciaire, à <http://www.jpml.uscourts.gov>.

^{xlii} Stanley A. Weigel, « *The Judicial Panel on Multidistrict Litigation, Transferor Courts and Transferee Courts* », 78 F.R.D. 575, 1978, p. 582-583.

^{xliii} Blake M. Rhodes, « *The Judicial Panel on Multidistrict Litigation : Time for Rethinking* », 140 U. Pa. L. Rev. 711, p. 716-717. Pour lire le point de vue d'un praticien au sujet du fonctionnement réel de la commission, voir Kenneth Halpern, « *Multi-District Litigation* », documents de la Massachusetts Association of Trial Attorneys Product Liability Program, 7 mai 1997, en ligne : <http://halpernlaw.com:8080/Pages/papers/multidistrict.html> (site consulté le 4 janvier 2005).

^{xliv} 28 U.S.C.A. §1407(a). Il convient de souligner que la commission judiciaire ne donne pas le même poids à chacun des trois facteurs. De l'avis de la plupart des observateurs, la commission accorde une grande importance à l'efficacité judiciaire, et à peu près aucune importance à l'accommodement des parties, et elle s'efforce considérablement de trouver des points communs de fait et de droit. Voir : Rhodes, *ibid.*; Stanley J. Levy, « *Complex Multidistrict Litigation and the Federal Courts* », 40 Fordham L. Rev. 41 p. 48.

^{xlv} Herbert B. Newberg et Alba Conte, *Newberg On Class Actions*, édition à feuilles mobiles, Shepard's-McGraw-Hill, Colorado Springs, Colorado, 2002, § 9:16.

^{xlvi} Le Service administratif des tribunaux judiciaires, créé en 2003 par la *Loi sur le service administratif des tribunaux judiciaires*, S.C. 2002, c. 8, prévoit la prestation de services administratifs à la Cour fédérale, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour d'appel de la cour martiale et à la Cour canadienne de l'impôt.

^{xlvii} Les intéressés trouveront une excellente analyse de cette option, et d'autres démarches possibles visant à regrouper et coordonner les groupes nationaux de recours collectifs en consultant l'ouvrage de Jones, *Theory*, note 34 ci-dessus, p. 200-209.

^{xlviii} s.60(1), *Loi sur les juges*, S.R. 1985, c. J-1.

^{xlix} Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, note 40 ci-dessus, ch. 7.1.

RAPPORT DU COMITÉ DE LA CHLC SUR LES RECOURS COLLECTIFS

^l Les bases de la présente section proviennent d'un article de Janet Walker, intitulé « *Coordinating Multijurisdiction Class Actions through Existing Certification Processes* », qui doit paraître sous peu dans le C.B.L.J.

^{li} *Morguard Investments Ltd c. De Savoye*, [1990] 3 L.R.C. 1077. Même si l'affaire *Morguard* n'a pas été plaidée en fonction de la constitution, la Cour a jugé que les principes d'ordre et d'équité étaient des impératifs constitutionnels dans la cause *Hunt v. T & N plc*, [1993] 4 L.R.C. 289.

^{lii} *Spar Aerospace Ltd c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 L.R.C. 205.

^{liii} J. Walker, « *Beyond Real and Substantial Connection : The Muscutt Quintet* », dans T. Archibald et M. Cochrane, réd., *Annual Review of Civil Justice*, 2^e éd., 2003.

^{liv} *Wilson c. Servier Canada Inc.* (2000), 50 R.O. (3^e) 219, p. 241 (Div. Gén.).

^{lv} *Harrington c. Dow Corning Corp.* (2000), 82 B.C.L.R. (3d) 1, p. 34-35 (C.A.).

^{lvi} Voir note 33 ci-dessus.

^{lvii} *Ibid.*, para. 25. Cette observation fait écho à une question soulevée par Peter J.M. Lown, c.r., dans son ouvrage mentionné plus haut (« *Issues* », note 34). En faisant remarquer le rapport entre, d'une part, statuer sur la compétence à l'égard d'un groupe national et, d'autre part, garantir l'équité procédurale à l'endroit de membres passifs du groupe, le professeur Lown écrit : « Il ne s'agit pas là de questions contradictoires, mais de questions complémentaires qui peuvent être raccordées en les traitant selon les principes de l'ordre et de l'équité ».

^{lviii} Une analyse plus approfondie de l'importance future de l'avis figure dans Jones, « *National Class* », note 29 ci-dessus, p. 58-64.

^{lix} *Amchem Products Inc c. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 L.R.C. 897.

^{lx} Voir *472900 BC Ltd c. Thrifty Canada* (1998), 168 D.L.R. (4th) 602 (BCCA); *Westec Aerospace Inc. c. Raytheon Aircraft Co* (1999), 84 A.C.W.S. (3d) 479, autorisation d'appel accordée, 86 A.C.W.S. (3d) 697, infirmée (1999) 173 D.L.R. (4th) 498 (CA), appel rejeté sans raisons : [2001] SCC 26.

^{lxi} Par exemple, *Vitapharm Canada Ltd. c. F. Hoffmann-Laroche Ltd.* (2000), 4 C.P.C. (5th) 16 (Ont. S.C.J.).

^{lxii} Comme ce fut le cas dans des litiges relatifs au sang contaminé dont ceux de *Honhon c. Canada (Procureur général)*, [1999] JQ No 4370 (S.C.); *Parsons c. Canadian Red Cross Society* (1999), 49 O.R. (4th) 281, 40 C.P.C. (4th) 151; et *Endean c. Canadian Red Cross Society* (1999), 68 C.-B.L.R. (3d) 350 (S.C.).

^{lxiii} *Wilson c. Servier Canada Inc.* (2001), 11 C.P.C. (5th) 374 (Ont. S.C.J.); *Vitapharm Canada Ltd. c. F. Hoffmann-Laroche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5^e) 351 (Ont. S.C.J.); F. Hickman « *National Competing Class Proceedings : Carriage Motions, Anti-Suit Injunctions, Judicial Co-operation, and Other Options* » *Canadian Class Action Review* (à paraître en 2005).

^{lxiv} Le principe de la deuxième cour saisie dans le contexte des recours autres que collectifs fait l'objet d'une analyse dans un article de J. Walker, « *Parallel Proceedings-Converging Views* », *Canadian Yearbook of International Law*, 2000.

^{lxv} Un modèle possible à suivre serait peut-être le registre Web créé par le gouvernement de l'Ontario pour sa Charte des droits environnementaux. Le coût de la tenue d'un registre de ce genre est, semble-t-il,

CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA (CHLC)

négligeable. Le registre est accessible en ligne à <http://www.ene.gov.on.ca/envision/env_reg/ebr/english/> (en anglais) et à <http://www.ene.gov.on.ca/envision/env_reg/ebr/english/index-fr.htm> (en français).

^{lxvi} L'Institut canadien d'information juridique est une organisation sans but lucratif fondée par la Fédération des professions juridiques du Canada. Il a pour but de donner l'accès gratuit, par Internet aux sources principales d'information sur le droit canadien. Le site Web et la base de données de l'Institut sont accessibles en ligne à <http://www.canlii.org>.

^{lxvii} <www.ontariocourts.ca/superior_court_justice/commercial/protocol>.