

La cour certifie un recours collectif regroupant des abonnés à un service de location de films mécontents

Wilkins v. Rogers Communications Inc., [2008] O.J. 4381 (S.C.J.)

ADRIAN C. LANG (alang@stikeman.com)

À L'INTÉRIEUR

Deux décisions rendues par des tribunaux ontariens examinent la portée des preuves présentées avant la certification dans des recours collectifs visant des opérations de titres sur le marché secondaire

Dans l'affaire *Vioxx*, les défendeurs pourraient bénéficier d'un sursis dans le cadre de recours collectifs multiples qui se chevauchent

La Cour supérieure de justice de l'Ontario (la « Cour ») en a récemment surpris plus d'un en certifiant un recours collectif contre Rogers Câble visant deux chaînes diffusant des films auxquels les abonnés n'ont pu accéder pendant de courtes périodes au milieu de 2006 (selon les preuves présentées, l'accès a été bloqué aux fins de maintenance en dehors des heures de grande écoute). Le groupe proposé est composé de tous les particuliers (y compris leurs successions, liquidateurs ou représentants successoraux), personnes morales et autres entités qui ont loué un terminal de câblodistribution numérique et qui sont abonnés aux services de câblodistribution numérique de Rogers aux moments pertinents. Le groupe comprend également les clients abonnés à une chaîne précise, à laquelle le représentant proposé n'était pas abonné.

Le juge Shaughnessy a conclu que les cinq critères de certification avaient été remplis, sous réserve de la modification de la procédure envisagée.

La déclaration alléguait une rupture de contrat, de la négligence, un enrichissement injustifié et un manquement à la *Loi sur la protection du consommateur, 2002* (Ontario) (la « Loi »). Rogers a prétendu que les allégations étaient vagues et que le contrat de services excluait la garantie réputée accordée par la Loi. La Cour a mentionné que, puisque l'on doit établir si les actes de procédure révèlent une cause d'action « claire et manifeste » au moment de la certification, on doit présumer que les allégations de fait sont véridiques. En d'autres mots, on ne doit pas s'attarder au bien-fondé de la poursuite, mais plutôt établir s'il est approprié de la constituer en recours collectif.

La Cour a réitéré les objectifs visés par la définition d'un groupe, conformément à ce qui est mentionné dans l'affaire *Bywater v. Toronto Transit Commission*, [1998] O.J. No. 4913 (Gen. Div.), soit : (i) identifier les personnes ayant possiblement une réclamation à faire valoir contre le défendeur; (ii) identifier les personnes devant être liées par le résultat; (iii) établir qui est en droit de recevoir un avis annonçant que le recours collectif est certifié conformément à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* (la « Loi de 1992 »). Le juge Shaughnessy a noté qu'on ne doit pas tenir compte des chances de réussite d'une affaire lorsque l'on tente d'établir s'il y a ou non un groupe identifiable.

Rogers a prétendu qu'il n'y avait aucune question commune, particulièrement en ce qui a trait à la responsabilité à l'égard de chaque réclamation, qui devrait être établie de façon individuelle. Toutefois, le juge Shaughnessy a établi qu'une question commune touchait l'interprétation du contrat de services et la prétendue rupture de contrat découlant de l'interruption du service. Il a ajouté que des dommages-intérêts pourraient être fixés conformément à l'article 24 de la Loi de 1992, ce qui permet à la Cour d'ordonner que les dommages-intérêts attribués soient en totalité ou en partie divisés entre des membres du groupe selon un calcul établissant une moyenne ou un calcul proportionnel.

Bulletin rédigé par des membres du groupe des recours collectifs de Stikeman Elliott.

RÉDACTRICE EN CHEF : ADRIAN C. LANG
alang@stikeman.com

En établissant qu'un recours collectif irait dans le sens des objectifs de la Loi de 1992 et serait indubitablement la meilleure façon de procéder, le juge Shaughnessy a conclu qu'il serait déraisonnable, impossible (puisque les réclamations individuelles sont petites) et indûment coûteux pour le système judiciaire de demander à chaque membre du groupe d'intenter individuellement une poursuite.

Même si le juge Shaughnessy a conclu que « l'accès à la justice » serait mis en péril par le refus de certifier le recours collectif, sa décision nous amène à nous demander si toute réclamation, peu importe son importance ou ses chances de réussite, mérite l'attention des maigres ressources judiciaires. Rogers demande l'autorisation d'en appeler.

L'auteur souhaite remercier Emma Parker, stagiaire chez Stikeman Elliott, qui a contribué à la rédaction de cet article.

Deux décisions rendues par des tribunaux ontariens examinent la portée des preuves présentées avant la certification dans des recours collectifs visant des opérations de titres sur le marché secondaire

***Silver v. IMAX Corporation*, [2008] O.J. No. 2751 (S.C.J.) et *Ainslie v. CV Technologies Inc.*, [2008] O.J. No. 4891 (S.C.J.)**

ALAN D'SILVA (adsilva@stikeman.com) et SIMON BIEBER (sbieber@stikeman.com)

La Cour supérieure de justice de l'Ontario (la « Cour ») s'est récemment penchée sur l'interprétation de bon nombre de dispositions clés de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières de l'Ontario* (la « LVMO ») en ce qui a trait aux projets de recours collectifs visant des opérations de titres sur le marché secondaire dans les affaires *Silver v. IMAX Corporation* (*IMAX*) et *Ainslie v. CV Technologies Inc.* (*CV Technologies*). La première disposition étudiée, soit l'article 138.3 de la LVMO, crée une cause d'action prévue par la loi pour les réclamations relatives à la responsabilité visant les opérations de titres sur le marché secondaire en Ontario. Toutefois, l'article 138.8, une deuxième disposition clé de la partie XXIII.1, prévoit qu'un demandeur doit obtenir l'autorisation du tribunal et fixe les seuils qui doivent être atteints pour que l'autorisation soit accordée :

- (1) Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis à chaque défendeur, et que si le tribunal est convaincu de ce qui suit :
 - a) l'action est intentée de bonne foi;
 - b) il est raisonnablement possible que l'action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur.

L'exigence d'obtenir une autorisation et le seuil font essentiellement des tribunaux les gardiens de ces cas éventuels. De plus, l'article 138.8 prévoit, dans des paragraphes particulièrement pertinents pour ce qui suit, que :

- (2) Sur requête présentée en vertu du présent article, le demandeur et chaque défendeur signifiant et déposent un ou plusieurs affidavits énonçant les faits importants sur lesquels ils ont chacun l'intention de se fonder.
- (3) L'auteur d'un tel affidavit peut être interrogé au sujet de celui-ci conformément aux règles de pratique.

IMAX

Dans l'affaire *IMAX*, la première poursuite aux termes de la partie XXIII.1 depuis son entrée en vigueur à la fin de 2005, les demandeurs ont prétendu qu'*IMAX* et certains de ses administrateurs étaient responsables de la divulgation de résultats financiers trompeurs dans un communiqué de presse et de manquements à certaines politiques de comptabilisation des produits.

Les défendeurs ont déposé des affidavits en réponse à la requête en autorisation des demandeurs visant à entamer la poursuite. La portée de l'examen préalable à la certification en vertu de l'article 138.8(3) s'est révélée particulièrement importante pour les enjoindre à répondre aux questions qu'ils avaient esquivées pendant le contre-interrogatoire basé sur les affidavits. Madame la juge van Rensburg a déclaré ce qui suit :

... on doit répondre aux questions qui peuvent se révéler pertinentes en regard des faits allégués relativement aux revendications légales mentionnées dans la déclaration proposée et dans la défense faisant l'objet de l'affidavit déposé en guise de réponse, même si cette réponse pourrait révéler d'autres actes préjudiciables éventuels qui ne sont pas à ce moment visés par la revendication légale. [TRADUCTION]

Par conséquent, les défendeurs ont été contraints de répondre à diverses questions qu'ils avaient auparavant esquivées.

De façon plus générale à l'égard des dispositions prévues par la loi, la juge van Rensburg a également observé ce qui suit :

Le fait que cette poursuite est la première à être intentée aux termes de la partie XXIII.1 de la LVMO entraîne des difficultés. La LVMO ne mentionne pas la façon d'interpréter le seuil, ni le type, la qualité ou la quantité de preuves qu'un tribunal doit étudier pour établir la bonne foi des demandeurs et leurs chances de réussite. Nous n'avons à notre disposition que ce que prévoit la LVMO, soit une obligation pour chaque demandeur et défendeur éventuel d'énoncer les faits au moyen d'un affidavit et le droit de contre-interroger les personnes ayant déposé ces affidavits. La LVMO ne précise pas que les preuves présentées ou étudiées doivent se restreindre au domaine public. Les faits qui viennent appuyer une défense basée sur la diligence raisonnable sont généralement entre les mains de la partie qui assure cette défense. Aucune exigence procédurale ne contraint un souscripteur d'affidavit à joindre des pièces documentaires, bien que cette pratique ne soit pas inhabituelle. Dans cette affaire, les parties ont joint à leurs affidavits de nombreuses pièces documentaires. [TRADUCTION]

M. le juge Langdon a rejeté la demande d'autorisation d'appel de l'ordonnance présentée par IMAX, car il s'est dit incapable de trouver un motif valable mettant en doute le bien-fondé de la décision. Les conseillers juridiques d'IMAX ont déclaré que la juge van Rensburg ne s'était pas conformée à la règle d'interprétation qui prévoit qu'on doit dissiper les ambiguïtés présentes dans la loi en étudiant son objectif et en tenant compte de l'efficacité des interprétations possibles. Le juge Langdon a rejeté l'argument, puisqu'il n'a pas relevé d'ambiguïté dans le passage pertinent de la loi.

Les conseillers juridiques ont également suggéré qu'un critère plus restrictif que celui de l'apparence de pertinence soit utilisé pour les examens en vertu de l'article 138.8. Le juge Langdon a conclu que la juge van Rensburg était consciente de l'absence de directives pour l'interprétation et de son obligation de respecter l'intention expresse du législateur, selon laquelle le contre-interrogatoire doit se faire conformément aux règles de procédure. Il a réitéré que le critère pour le contre-interrogatoire de requêtes exige de répondre aux questions ayant l'apparence de pertinence par rapport aux questions soulevées par les actes de procédure et les affidavits. Il a également mentionné que le tribunal peut dispenser une partie de répondre à une question si celle-ci a une portée excessive.

CV Technologies

La Cour a de nouveau été saisie de cette question dans l'affaire *CV Technologies*. Un groupe d'actionnaires avait intenté un recours collectif putatif contre CV Technologies (« CV ») et certains de ses dirigeants et administrateurs (de même que contre son ancien vérificateur) en prétendant que certains documents d'information continue, notamment certains états financiers des exercices 2006 et 2007, renfermaient des déclarations trompeuses. L'article 138.3 de la LVMO se retrouve parmi les causes d'action putatives.

Les demandeurs ont déposé bon nombre d'affidavits pour appuyer leur requête en autorisation. CV a déposé deux affidavits d'experts contre la requête en autorisation, alors que les vérificateurs n'en ont déposé aucun. Les demandeurs ont alors introduit une requête pour : (i) contraindre chaque défendeur à signer un affidavit en son propre nom contre la motion en autorisation; (ii) interroger chaque défendeur à titre de témoin dans le cadre d'une requête en instance aux termes de la règle 39.03 des *Règles de procédure civile*. Or, on se demandait toujours si certains commentaires mentionnés dans les motifs de la juge van Rensburg dans l'affaire *IMAX* signifiaient que toutes les parties éventuelles à une poursuite en responsabilité visant des opérations de titres sur le marché secondaire étaient tenues de déposer des affidavits.

Les demandeurs dans l'affaire *CV Technologies* ont prétendu que l'article 138.8(2) de la LVMO n'est aucunement ambigu et qu'il contraint chaque défendeur à signer et déposer un affidavit contre la requête en autorisation. En d'autres mots, ils ont déclaré que chaque défendeur avait en sa possession des preuves pertinentes à la requête en autorisation et qu'un interrogatoire aux termes de la règle 39.03 était donc approprié.

Lorsqu'elle a rejeté la requête des demandeurs, la juge Lax a déclaré que, en ce qui a trait à la requête en autorisation, bien qu'un défendeur puisse déposer des affidavits s'il a l'intention de présenter des preuves contre la motion, l'article 138.8(2) de la LVMO ne l'oblige pas à le faire. La juge Lax s'est basée sur : (i) le rapport intérimaire et le rapport final du Comité de la Bourse de Toronto sur la communication d'informations par les sociétés (le « rapport Allen »); (ii) le projet de loi des Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les « ACVM »). La juge Lax a souligné que le rapport Allen met l'accent sur le fait que les lois sur la responsabilité visant des opérations de titres sur le marché secondaire visent la dissuasion plutôt que la compensation, et que ces lois doivent être structurées pour éviter des « poursuites frivoles ». Le projet de loi des ACVM tient compte de ces préoccupations et considère la requête en autorisation proposée comme une tentative d'éviter les litiges sans fondement ou de les régler rapidement. Ainsi, la juge Lax a conclu que le but premier de la requête en autorisation est de protéger les défendeurs contre les litiges coercitifs et de les soumettre le moins possible à des poursuites onéreuses, de même que d'exiger des demandeurs putatifs qu'ils prouvent la justesse de leurs réclamations *avant* qu'on oblige un défendeur à répondre à des questions. Elle a ajouté que, comme il incombe aux demandeurs de satisfaire aux critères d'autorisation en vertu de l'article 138.8(1), il est loisible aux défendeurs de ne pas présenter de preuves contre la requête en autorisation si telle est leur préférence.

La juge Lax a clarifié la déclaration que la juge van Rensburg a faite dans l'affaire *IMAX*, selon laquelle l'article 138.8(2) de la LVMO renferme une obligation pour chaque demandeur et chaque défendeur éventuel d'énoncer les faits au moyen d'un

affidavit ainsi que le droit de contre-interroger les déposants, en déclarant que la motion dans l'affaire *IMAX* visait un article différent de la LVMO, que les déclarations de la juge van Rensburg portant sur l'article 138.8(2) étaient des remarques incidentes et qu'on devait s'en tenir aux faits dans l'affaire *IMAX*, dans le cadre de laquelle chaque défendeur avait choisi de signer et de déposer des affidavits.

En ce qui a trait aux interrogatoires proposés aux termes de la règle 39, la juge Lax a expliqué que les demandeurs ne pouvaient pas se soustraire à son interprétation de l'article 138.8(2) en se basant sur la règle 39 et que les interrogatoires proposés ne sont envisagés ni par la LVMO ni par les principes régissant les interrogatoires aux termes de cette règle. Par conséquent, elle a rejeté la requête des demandeurs d'interroger chaque défendeur aux termes de la règle 39.

La décision est importante car elle limite la capacité des conseillers juridiques des demandeurs de faire subir des interrogatoires à l'aveuglette aux défendeurs de leur choix pour les aider à échafauder leur cause avant même d'établir si celle-ci mérite d'être entendue. Ce jugement signifie que les défendeurs échappent aux dépenses et aux inconvénients liés aux enquêtes préalables, tant verbales qu'écrites, en début de procédure.

Les demandeurs demandent l'autorisation d'appeler de la décision de la juge Lax. Stikeman Elliott représente les défendeurs, CV Technologies et les dirigeants et administrateurs désignés, dans l'affaire *CV Technologies*.

Dans l'affaire Vioxx, les défendeurs pourraient bénéficier d'un sursis dans le cadre de recours collectifs multiples qui se chevauchent

***Mignacca v. Merck Frosst Canada Ltd.*, [2008] O.J. No. 4731 (S.C.J.)**

ADRIAN C. LANG (alang@stikeman.com)

Les tribunaux d'appel de l'Ontario seront bientôt saisis de la question des recours collectifs nationaux qui se chevauchent et qui reprennent les mêmes causes d'action en raison d'une ordonnance récente permettant d'appeler de la décision rendue dans l'affaire *Mignacca v. Merck Frosst Canada* (« Merck »).

L'historique de l'affaire Merck est complexe. Deux recours collectifs ontariens visant le médicament « Vioxx » de Merck ont été intentés presque au même moment en 2006. La première poursuite a été intentée par le cabinet Merchant Law Group (« Merchant »), situé en Saskatchewan, et le second, par un cabinet ontarien, qui a par la suite réussi à faire suspendre la poursuite intentée par Merchant. Toutefois, Merchant a continué la poursuite en recours collectif qu'il avait intentée en Saskatchewan, en demandant les mêmes mesures réparatoires et la certification d'un groupe national identique.

Merck a demandé l'autorisation d'appeler de la certification et de la décision relative à la suspension. Le 24 novembre 2008, Madame la juge Bellamy lui a accordé l'autorisation d'appeler du refus de la suspension de la poursuite, mais pas de la certification. Les demandeurs ont reconnu qu'il était nécessaire d'accorder la permission d'appeler de la pertinence de la suspension pour les demandeurs non résidents (qui seraient inclus dans les deux poursuites), mais non pour les demandeurs ontariens. La juge Bellamy estime que cette position est trop restreinte. Elle croit que la décision de ne pas suspendre la poursuite en Ontario, rendue par le juge Cullity :

... ouvre un sérieux débat, compte tenu des répercussions éventuelles qui permettraient à deux recours collectifs se chevauchant d'avoir lieu « en tandem » dans différentes provinces. De façon générale, la forte possibilité que règne une grande confusion lorsque des demandeurs font partie de recours collectifs multiples traitant de réclamations semblables amène les tribunaux d'une province à reconnaître pleinement les jugements rendus par un tribunal d'une autre province ou d'un autre territoire. On est en droit de se demander si, en refusant de suspendre la poursuite en attendant la conclusion du recours collectif en Saskatchewan, le juge de la requête a pleinement reconnu le jugement rendu par la Cour du Banc de la Reine de Saskatchewan... [TRADUCTION]

La juge Bellamy a conclu que la question des recours collectifs qui se chevauchent revêt une importance nationale, compte tenu de la probabilité croissante que de telles poursuites soient entamées dans de multiples territoires.

Pour obtenir de plus amples renseignements au sujet d'un article dans le présent bulletin, veuillez communiquer avec votre représentant de Stikeman Elliott, les auteurs mentionnés ci-dessus ou la rédactrice en chef, Adrian C. Lang (alang@stikeman.com). Vous pouvez aussi communiquer avec tout autre avocat en recours collectifs dont les coordonnées figurent au www.stikeman.com