

LE RECOURS COLLECTIF

Objectifs, constats, réformes

Rapport Final • Juillet 2019



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

LE RECOURS COLLECTIF

Objectifs, constats, réformes

RAPPORT FINAL

Juillet 2019

Accessible en ligne à www.lco-cdo.org

Référence à citer :
Commission du droit de l'Ontario, *Le recours collectif Objectifs, constats, réformes Sommaire*,
Toronto, juillet 2019



LAW COMMISSION OF ONTARIO
COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

À PROPOS DE LA COMMISSION DU DROIT DE L'ONTARIO

La Commission du droit de l'Ontario (CDO) est née d'un accord entre la Fondation du droit de l'Ontario, le ministère du Procureur général de l'Ontario, Osgoode Hall Law School, le Barreau de l'Ontario, et entre les doyens et doyennes des facultés de droit de l'Ontario. La CDO est située dans Osgoode Hall Law School, à l'Université York.

La CDO a pour mandat de favoriser la réforme du droit et l'accès à la justice, et de contribuer aux débats de société. Elle exécute son mandat dans des recherches rigoureuses, fondées sur des données probantes, selon les techniques modernes des politiques publiques, et un engagement pour les consultations publiques. Elle formule dans ses rapports des recommandations indépendantes et pratiques, qui se fondent sur des principes, à propos de questions juridiques et stratégiques contemporaines. Pour en savoir davantage sur la CDO, consulter son site www.lco-cdo.org.

RENONCIATION

Les opinions ou les points de vue exprimés dans nos recherches, nos conclusions et nos recommandations ne représentent pas nécessairement ceux de nos bailleurs de fonds, de la Fondation du droit de l'Ontario, du ministère du Procureur général, d'Osgoode Hall Law School, du Barreau du Haut-Canada, ni ceux des doyens des facultés de droit de l'Ontario et de l'Université York, qui nous soutiennent.

Commission du droit de l'Ontario
2032, immeuble Ignat Kaneff,
Osgoode Hall Law School, Université York
4700, rue Keele,
Toronto (Ontario)
M3J 1P3, Canada

Tél. : 416-650-8406
ATME : 1-877-650-8082
Télécopieur : 416-650-8418
Général : LawCommission@lco-cdo.org
www.lco-cdo.org

Chapitre Un

INTRODUCTION

A. Introduction

1. Le projet sur le recours collectif

Le présent document constitue le rapport final du projet de la Commission du droit de l'Ontario (CDO) sur le recours collectif.

La CDO a lancé ce projet afin d'étudier la situation du recours collectif en Ontario depuis l'adoption de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* (LRC)¹. Le nombre, la complexité et l'incidence des recours collectifs ont considérablement augmenté en presque 30 ans, en Ontario et dans tout le Canada. Ils ont des répercussions systémiques sur l'accès à la justice, les procédures judiciaires et l'efficacité des tribunaux ainsi que sur la responsabilité de l'État et sur celle des entreprises. Ils ont des incidences financières, stratégiques et même culturelles majeures dans tout le pays.

Le mandat du projet était de mener des recherches sur le recours collectif en Ontario, ainsi qu'une analyse indépendante, pratique et fondée sur des données probantes, du point de vue de son triple objectif : accès à la justice, économie des ressources judiciaires, modification des comportements.

Le présent rapport final conclut un processus de 24 mois au cours duquel la CDO a consulté des acteurs de la justice ontarienne. Ses consultations et son analyse l'ont amenée à formuler plus de 40 recommandations de réforme de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* et de politiques connexes. Ces recommandations portent sur un large éventail de questions – procédure d'introduction du recours collectif, certification, approbation du règlement et répartition, honoraires des avocats, dépens, déclaration concernant les recours collectifs notamment. La CDO estime que ses recommandations constituent une mise à jour nécessaire et importante d'un texte législatif majeur qui date à présent de presque 30 ans. Dans de nombreux domaines, elle a conclu que les dispositions législatives en vigueur ou la jurisprudence les concernant sont fondées et ne devraient pas être changées.

Il ne faut pas s'étonner que nombre des recommandations de la CDO vont susciter la controverse. Les débats touchant les recours collectifs sont souvent polarisés et influencés semble-t-il par les intérêts et les points de vue des intervenants. Le projet de la CDO est unique en ce que celle-ci est indépendante de ces intérêts et qu'elle mène son analyse du recours collectif en toute impartialité, dans l'intérêt public.

Le point de départ des travaux de la CDO est la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* [LRC] – cette loi majeure a transformé le recours collectif en Ontario. Elle était l'aboutissement d'un processus de réforme du droit réfléchi et complet, qui comprenait le rapport de 1982 de la Commission de réforme du droit de l'Ontario (Rapport de la CRDO, 1982), et le rapport de 1990 du comité consultatif sur la réforme des recours collectifs du Procureur général de l'Ontario [Rapport du PG, 1990]².

La LRC a établi un cadre juridique pour les recours collectifs se déroulant en Ontario. Plusieurs choix importants et de grande portée sont à la base de la LRC et des innombrables jugements qui l'ont suivie. Cependant, stabilité n'équivaut pas à unanimité, et nombre des questions qu'avait relevé la CRDO dans son rapport de 1982 suscitent toujours la controverse.

Le projet de la CDO est le premier examen exhaustif et indépendant de la LRC depuis l'adoption de celle-ci.

2. La Commission du droit de l'Ontario

Chef de file de la réforme du droit en Ontario, la CDO a pour mandat de favoriser la réforme du droit et l'accès à la justice, et de contribuer aux débats de société. Elle exécute son mandat dans des recherches rigoureuses, fondées sur des données probantes, selon des techniques modernes des politiques publiques, et un engagement pour les consultations publiques. Elle formule dans ses rapports des recommandations pratiques, indépendantes, qui se fondent sur des principes, à propos de questions juridiques et stratégiques contemporaines.

Le Conseil des gouverneurs de la CDO, représentatif d'un vaste segment de dirigeants de la justice ontarienne, guide ses travaux. La CDO reçoit le soutien financier de la Fondation du droit de l'Ontario, du Barreau de l'Ontario, d'Osgoode Hall Law School et de l'Université York. Elle se situe dans Osgoode Hall Law School, à Toronto.

Pour en savoir davantage sur la CDO, consulter son site www.lco-cdo.org.

3. Pourquoi le recours collectif est-il important?

L'influence du recours collectif est énorme sur les parties aux actions collectives, le système de la justice et les politiques publiques.

Selon l'ancien juge de la Cour suprême du Canada Justice, Frank Iacobucci,

[traduction] Le recours collectif peut égaliser les règles du jeu pour les demandeurs par l'étalement des frais de justice, toujours en augmentation, sur un groupe plus large, et par le règlement de demandes multiples dans une action unique. Du fait de la certitude liée au règlement des actions collectives et à la procédure permettant de se retirer, il peut assurer aux défendeurs un mécanisme de règlement des différends juste et efficace. Même si le recours collectif peut permettre à des défendeurs d'économiser sur leurs propres frais, il peut entraîner l'obligation d'accueillir des demandes qui à tort ou à raison n'auraient jamais été intentées par des particuliers³.

L'examen de la diversité de la jurisprudence récente permet d'apprécier l'ampleur et l'incidence du recours collectif. Depuis l'adoption de la LRC, les grandes actions de groupe ont porté sur les sujets suivants :

- protection des consommateurs – prêt sur salaire, taux d'intérêt criminel,
- accidents environnementaux – tragédie Walkerton, contamination des sols, explosions,
- détenus fédéraux et provinciaux placés en isolement cellulaire,
- maltraitance dans les pensionnats et dans les établissements de soins de santé,
- travail, emploi – retraite, discrimination sexuelle, erreurs de classification, heures supplémentaires non rémunérées,
- lésions corporelles en série, impliquant des produits sanguins et des infections au C. difficile,
- violations de la vie privée concernant des cartes de crédit et la sécurité des données,
- responsabilité du fabricant – implants médicaux, rappels de produits alimentaires,
- valeurs mobilières.

Les actions collectives peuvent souvent intéresser des milliers – si ce n’est des centaines de milliers – de parties possibles, et des millions – si ce n’est des milliards – de dollars de dédommagement peuvent être en jeu. Elles peuvent avoir des répercussions majeures sur la population, les comportements et la réputation des entreprises et des pouvoirs publics, sur les politiques publiques et la justice. On peut justement affirmer que le recours collectif est, dans la justice canadienne, l’une des procédures judiciaires les plus médiatisées et d’une portée considérable.

B. La réforme du droit et la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*

La CDO organise son analyse du recours collectif autour de trois grandes questions et hypothèses :

- **Les recours collectifs en Ontario atteignent-ils correctement leurs trois objectifs : améliorer l’accès à la justice, renforcer l’économie des ressources judiciaires, favoriser la dissuasion?**

C’est la CRDO qui a initialement énoncé dans son rapport de 1982 ces trois objectifs – améliorer l’accès à la justice, renforcer l’économie des ressources judiciaires, favoriser la dissuasion⁴. Ils ne figurent pas dans la LRC, mais les tribunaux l’interprètent dans le respect des premiers, en particulier la Cour suprême du Canada dans ses arrêts *AIC Limitée*⁵ et *Hollick*⁶.

La CDO et presque toutes les personnes qu’elle a consultées prennent acte de ces objectifs, et estiment que leur validité demeure. Il est plus difficile de se prononcer sur la façon de *concilier* des objectifs divergents et sur le point de décider si des réformes sont nécessaires pour mieux *atteindre* les objectifs. Ces questions, d’une portée considérable, suscitent la controverse, abordant des enjeux juridiques et stratégiques fondamentaux touchant la certification des actions collectives, les dépens, les règlements et la procédure.

En 1982, la CRDO a souligné l’importance de prendre en compte, pour choisir un modèle de procédure pour le recours collectif, la mesure dans laquelle le régime

[traduction] *permettra 1) que des actions soient intentées dans des situations où des torts collectifs méritent vraiment une réparation, 2) que les intérêts des membres absents du groupe soient protégés, et 3) que les actions collectives qui ne devraient pas être autorisées soient effectivement éliminées*⁷.

La CDO a étudié dans ce projet si les trois objectifs sont atteints.

- **La LRC reflète-t-elle les problèmes et la pratique actuels du recours collectif?**

La résilience de la LRC s’est avérée remarquable. Le législateur n’aurait toutefois pas pu prévoir le développement de la complexité des recours collectifs et de leur magnitude. La CDO étudie donc dans le présent rapport s’il y a lieu de réformer la LRC afin de prendre en compte des problèmes actuels – les retards, les dépens, les batailles concernant la conduite de l’action, les actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts, le financement par des tiers et les règlements qui atteignent souvent des centaines de millions de dollars.

La CDO étudie aussi la façon dont s’exercent les recours d’un point de vue moins évident, plus optimiste : comment la LRC peut-elle favoriser les meilleures méthodes, acquises au fil des années? Devrait-elle les favoriser?

- **La LRC reflète-t-elle les priorités actuelles de la justice et de l'administration en Ontario?**

Les problèmes touchant l'accès à la justice, les retards, les dépens, l'efficacité des tribunaux et la proportionnalité sont depuis longtemps des préoccupations majeures des acteurs et des décideurs de la justice canadienne. Le problème a atteint semble-t-il un seuil critique dans l'arrêt *Jordan* de 2016, dans lequel de la Cour suprême du Canada a examiné la question du retard dans la justice criminelle⁸. Élément catalyseur d'une refonte de la justice dans l'ensemble du Canada, cet arrêt a établi de nouvelles règles pour corriger la « culture des délais » dans les procès criminels.

Part importante de l'administration de la justice civile en Ontario, les recours collectifs durent longtemps et absorbent des ressources privées et publiques considérables. Nombre des priorités relevées pour réformer la justice civile figurent également dans la législation sur le recours collectif et dans la pratique. La CDO étudie donc s'il y a lieu d'actualiser la LRC, et si oui, de quelle façon, afin de prendre en compte les priorités stratégiques plus vastes de la réforme de la justice civile en général.

À titre d'exemple, on estime en général que s'agissant de la diffusion, de la collecte, de l'échange et de l'analyse des informations et des données, la justice est à la traîne des autres services publics⁹. Les décideurs et les acteurs de la justice canadienne s'entendent sur la nécessité d'accroître la transparence des décisions judiciaires et des données empiriques. L'Association du Barreau canadien a souligné par exemple ce qui suit.

Les indicateurs servent à diverses fins, informant le public sur le système de justice, étayant les décisions quotidiennes des acteurs du système de justice et soutenant les processus d'élaboration de politiques et les processus de changement. Les indicateurs mènent à de meilleurs choix parce qu'ils permettent les comparaisons et l'apprentissage, ils augmentent la transparence et ils créent des incitatifs à l'amélioration de l'accès à la justice¹⁰.

La CDO estime que les données empiriques sont une priorité importante pour la législation et les orientations visant le recours collectif. C'est pourquoi, elle s'attache dans le présent rapport aux réformes qui lui paraissent nécessaires pour améliorer la collecte des données et soutenir l'élaboration d'orientations fondées sur des données probantes.

C. La CDO – démarche, engagement, recherche

Comme on l'a indiqué précédemment, le débat sur le recours collectif prête à controverse et est souvent influencé par les intérêts et les opinions des parties prenantes. Le projet de la CDO est unique en ce que celle-ci est indépendante de ces intérêts et qu'elle mène son analyse du recours collectif en toute impartialité, dans l'intérêt public.

Le programme de recherche et de consultation de la CDO est exhaustif, participatif et fondé sur des données probantes.

L'équipe de la CDO a mené des consultations auprès d'un vaste segment d'acteurs du recours collectif – demandeurs, défenseurs, juges, membres de groupes, représentants d'ONG, décideurs du secteur public, administrateurs judiciaires, universitaires, administrateurs des règlements notamment. Elle a consulté des personnes et des organisations en Ontario, au Québec, en Colombie-Britannique, en Alberta, aux États-Unis et en Australie. Elle est persuadée d'avoir mené dans ce projet les consultations les plus approfondies sur le recours collectif au Canada.

Outre ces consultations, la CDO a terminé un programme complet de recherche en droit et en politique publique sur le recours collectif, l'administration de la justice civile et l'administration publique en général.

Quand cela est possible, le présent rapport repose sur des recherches empiriques. Malheureusement, les chercheurs et les décideurs disposent de peu de données empiriques sur les points majeurs du recours collectif – nombre et nature des actions collectives intentées en Ontario, issue de ces actions, attribution des montants accordés aux membres des groupes, durée, coût et complexité des recours collectifs. Pour combler ces lacunes, la CDO a lancé un vaste programme de recherche empirique, dont les résultats ont été mitigés.

D. Résumé des constatations et des recommandations

La CDO a sciemment décidé d'étudier en priorité les questions qui semblent avoir une incidence systémique sur les parties à des recours collectifs, sur la pratique et sur les résultats. Elle a classé les questions en fonction des préoccupations exprimées lors des consultations, selon l'expérience et le jugement des chercheuses principales et du Groupe de référence, et selon son analyse quant à savoir si une question est considérée à juste titre comme relevant de la réforme du droit. Le présent rapport porte uniquement sur des modifications de fond de la LRC.

Le présent rapport aborde un large échantillon de questions – procédure d'introduction du recours collectif, certification, homologation des transactions, distribution des montants accordés, honoraires des avocats, dépens, contrôle des recours collectifs et déclarations. Les recommandations de la CDO incluent des modifications techniques et de fond de la LRC, des réformes majeures de la gestion de la pratique du domaine, l'adoption et la promotion des meilleures méthodes et de nouvelles obligations de rendre compte. La CDO a conclu pour de nombreux points que les dispositions législatives en vigueur ou leur interprétation judiciaire sont justes et n'ont pas à être modifiées.

Quelques-unes des recommandations susciteront la controverse. La CDO souligne qu'elle ne recherche pas le consensus, mais plutôt la formulation de recommandations pratiques qui se fondent sur des principes et sont tournées vers l'avenir, afin d'atteindre au mieux les objectifs du recours collectif et les autres priorités qu'elle a définies. En toute impartialité, la CDO est persuadée que les intervenants constateront dans ses recommandations à la fois des avantages possibles et de nouvelles responsabilités majeures.

Les recommandations sont résumées ci-dessous. Les chapitres 2 à 12 du présent rapport abordent certains points en détail. La liste complète des recommandations figure à l'annexe A.

Chapitre deux – Recours collectifs : profil empirique

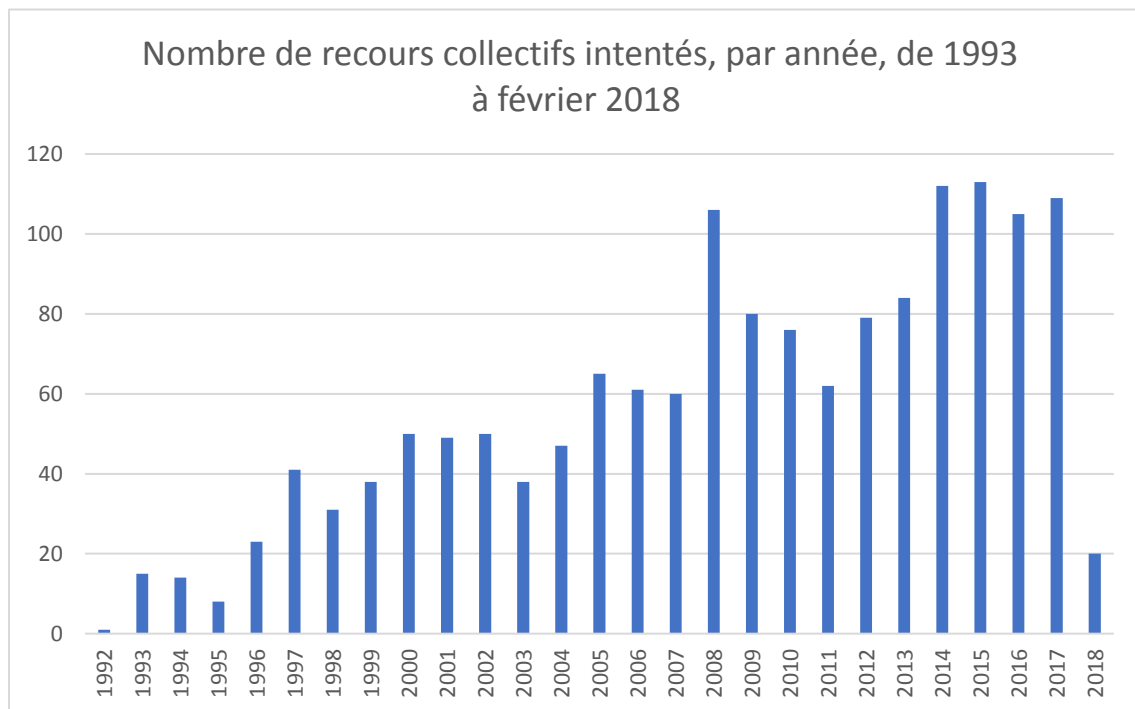
La CDO a établi une liste exhaustive des actions collectives intentées en Ontario depuis l'entrée en vigueur de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* en 1993. Ce ne fut pas facile – avant le projet, aucune institution en Ontario n'avait jamais suivi les recours collectifs. La CDO a éprouvé de nombreuses difficultés dans ses recherches, et nombre de questions empiriques sont demeurées sans réponse.

Il s'agissait d'apporter une base empirique simple à l'analyse des recours collectifs en Ontario. La CDO n'a que partiellement réussi. Ses estimations empiriques pour plusieurs paramètres majeurs sont résumées ci-dessous

Le nombre et l'augmentation des recours collectifs en Ontario

Selon la CDO, plus de 1500 recours collectifs environ ont été intentés en Ontario entre 1993 et février 2018. Cette estimation se fonde sur plusieurs hypothèses majeures¹¹.

Le tableau ci-dessous explique l'estimation par la CDO des recours collectifs intentés par année. Le nombre des recours introduits ces dernières années a clairement augmenté, avec une moyenne de plus de 100 recours par an.



La nature des recours collectifs intentés en Ontario

Les recours intentés portent sur des questions très diverses – *Loi sur la concurrence*, protection des consommateurs, responsabilité de l'État, emploi, retraites, environnement, franchises, assurance, délits civils collectifs, protection de la vie privée, négligence professionnelle, responsabilité du fabricant¹².

Le taux de certification

Selon la CDO, environ 73 % des motions en certification contestées sont accueillies, en tout ou en partie¹³.

Chapitre trois – Gestion des recours collectifs

Nombre des obstacles habituels pour avoir accès à une décision judiciaire dans un délai raisonnable s'additionnent dans le recours collectif. D'après presque toutes les personnes que la CDO a consultées, le retard est un problème majeur des recours collectifs.

La CDO est d'accord que le besoin d'établir des règles et des références claires et applicables dès le début de l'action est urgent. Elle recommande donc plusieurs réformes majeures ciblées, qui établissent des attentes raisonnables – et des conséquences fermes – pour que les parties puissent conduire leur action dans des délais raisonnables. La nécessité de gérer les recours de façon active et dynamique est un thème récurrent du présent rapport. La CDO encourage de récentes initiatives ontariennes, comme le comité de liaison pour les recours collectifs entre la magistrature et le barreau, qui visent à améliorer la gestion des recours en Ontario.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a les suivantes :

- modifier le paragraphe 2(3) de la LRC en vue de fixer un délai d'un an pour l'inscription au rôle des motions en certification et le dépôt des documents de la motion des demandeurs;
- établir une disposition de rejet automatique et de dépens pour les recours que les firmes des demandeurs ne conduisent pas dans des délais raisonnables;
- modifier l'article 12 de la LRC de sorte que le tribunal ait plus de latitude pour gérer les recours;
- mettre en place des mesures visant à améliorer la gestion des recours collectifs – par exemple, disposition obligeant à tenir rapidement une conférence de gestion du recours, et élaboration d'une directive de pratique complète relative au recours collectif ou d'une règle de procédure civile qui leur soit consacrée.

Chapitre quatre – Conduite des recours

Les spécialistes du recours collectif sont convaincus que la façon dont est décidé en Ontario qui a la charge de conduire le recours manque d'efficacité et de prévisibilité. La CDO souscrit à cette opinion, et a conclu qu'il faut ajouter à la LRC de nouvelles dispositions en vue de mieux gérer et de mieux cibler les audiences pour la conduite des recours en Ontario. Ces dispositions viseraient à favoriser une excellente représentation des membres du groupe et l'économie des ressources judiciaires ainsi qu'à renforcer la prévisibilité et la finalité des décisions sur la conduite des recours.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a les suivantes :

- modifier la LRC de façon à établir un processus et un échéancier spécifiques pour déterminer qui a la charge de la conduite du recours, notamment :
 - des critères nouveaux, plus simples, dont le tribunal se servira pour décider entre les firmes en concurrence, et qui insisteront sur la qualité de la représentation des clients, l'expérience des avocats, les ressources et le financement des avocats;
- modifier la LRC en lui ajoutant des dispositions visant à garantir le caractère définitif des ordonnances relatives à la conduite du recours;
- modifier la LRC en lui ajoutant de nouvelles règles sur les frais des motions relatives à la conduite des recours.

Chapitre cinq – Actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts

Ces actions soulèvent des difficultés extraordinaires pour la justice ontarienne. Les intervenants s'entendent sur ces constatations à leur égard : elles créent des obstacles à l'accès à la justice, elles sont à l'origine de gaspillages de ressources et d'augmentation des dépenses, elles retardent considérablement les procès. Ils ont souvent indiqué à la CDO que la LRC ne guide pas suffisamment les tribunaux ontariens pour les recours collectifs qui se chevauchent.

La CDO souscrit à ces remarques. Le nombre et la complexité des actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts ont augmenté d'une façon que les rédacteurs de la LRC n'auraient pu prévoir. De nouvelles dispositions sont

nécessaires pour organiser ces recours avec plus d'efficacité et pour renforcer l'harmonisation entre les provinces. Elle appuie l'adoption récente du *Protocole judiciaire canadien de gestion de recours collectifs multijuridictionnels* de l'ABC en tant que directive de pratique in Ontario.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a les suivantes :

- modifier la LRC en vue d'y ajouter des dispositions conformes à la *Loi uniforme sur les recours collectifs (Codification, 2006)* de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada), et compatibles avec la législation de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan sur les recours collectifs faisant intervenir plusieurs ressorts;
- encourager les ministres de la justice fédéraux, provinciaux et territoriaux à travailler ensemble à mettre au point un protocole national ou un ensemble de règles visant à faire reconnaître les jugements provinciaux de certification et les actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts;
- encourager les tribunaux canadiens à élaborer de la formation à la gestion des actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts.

Chapitre six – Certification

La certification est l'aspect du recours collectif où règnent le plus la controverse et l'esprit sectaire.

La CDO apprécie la certification en fonction des trois objectifs définis précédemment, dans le contexte du régime complet du recours collectif – y compris les dépens, les honoraires, les retards et les actions faisant intervenir plusieurs ressorts.

Comme on l'a déjà indiqué, selon la CDO, environ 73 % des motions en certification contestées sont accueillies, en tout ou en partie. D'un côté, le taux de certification est la preuve que la procédure de certification est à l'avantage des demandeurs et que des réformes sont nécessaires. De l'autre, il est la preuve que le critère actuel fonctionne correctement;

La CDO convient que le taux de certification en Ontario semble élevé. Les statistiques seules toutefois ne sont pas en mesure de dire s'il faudrait réformer le critère de la certification. Il n'existe pas de référence statistique simple ou acceptée de ce qui constitue une mesure telle que le taux de certification. L'analyse de la CDO porte donc sur d'autres questions – notamment la nature et le nombre des actions collectives frivoles en Ontario, la procédure et l'équité, des solutions susceptibles de remplacer le critère actuel.

La CDO a conclu que le régime de la certification en Ontario ne justifie pas d'apporter des réformes majeures des critères fixés par la loi et ceux de la preuve. Elle estime que les principales réformes proposées (adopter le critère préliminaire du bien-fondé du recours, modifier la charge de la preuve d'« un certain fondement factuel ») susciteraient des inquiétudes procédurales et pratiques qui anéantiraient les objectifs d'accès à la justice et d'économie des ressources judiciaires.

La CDO reconnaît que les défenseurs s'inquiètent souvent à bon escient à propos notamment des recours en suspens ou similaires, de ceux déposés en retard, des actions de trop grande envergure ou de celles où les preuves sont maigres. Elle estime que ces inquiétudes seront mieux traitées autrement qu'avec le critère préliminaire du bien-fondé du recours ou des modifications législatives.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a les suivantes :

- encourager les tribunaux à interpréter plus rigoureusement les éléments du critère de la certification que prévoit l'article 5;
- adopter une directive de pratique consacrée au recours collectif comportant des dispositions détaillées et des méthodes exemplaires pour les motions en certification;
- encourager les tribunaux à soutenir ou à avaliser les requêtes en jugement sommaire préalables à la certification, ou celles en radiation dans les cas où elles tranchent l'action, ou à cerner les questions à trancher ou les preuves à déposer pour la certification.

Chapitre sept – Homologation des transactions

L'homologation des transactions est un moment majeur du recours collectif. Les tribunaux ont réitéré que les transactions doivent être examinées attentivement avant d'être approuvées.

D'après l'expérience, les consultations et les recherches, l'examen des transactions par les tribunaux est nuancé. La CDO est au courant de nombreux cas dans lesquels le tribunal a consacré beaucoup de temps et d'efforts à l'évaluation la transaction proposée. Mais il est également vrai que des transactions approuvées soulèvent de graves questions quant au bien-fondé du dédommagement et aux obstacles pour le demander.

Au regard de cette analyse, la CDO estime qu'il faut absolument améliorer la procédure d'homologation des transactions : une association de réformes législatives, de méthodes éprouvées, de transparence et d'analyse empirique améliorera la cohérence et la qualité des décisions judiciaires dans cette tâche difficile.

À court terme, ces réformes auront pour effet d'améliorer la qualité de l'examen par le tribunal des recours individuels. À long terme, elles susciteront des attentes et des responsabilités accrues pour les avocats qui proposent les transactions, elles favoriseront des méthodes éprouvées fondées sur les preuves, elles amélioreront l'issue des transactions pour les membres des groupes, et elles établiront les données empiriques nécessaires à l'évaluation plus rigoureuse des recours collectifs.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a les suivantes :

- modifier la LRC de façon à y ajouter de nouvelles dispositions propres à la gestion de l'homologation des transactions, notamment préciser que la transaction proposée est « équitable, raisonnable, et dans l'intérêt supérieur du groupe », et fixer des normes de preuve plus élevées pour les parties demandant l'approbation d'une transaction – notamment les preuves par affidavit pour les critères d'homologation des transactions, les risques du recours, les divers recouvrements possibles, le mode d'évaluation de la transaction;
- modifier la LRC afin d'obliger les parties à communiquer de façon franche et complète tous les faits matériels;
- modifier la LRC de façon à permettre au tribunal de nommer un *amicus curiae* (avocat bénévole);
- obligation de donner avis aux organes constitués par voie législative dans les cas où ils sont susceptibles de représenter des membres de groupe.

Chapitre huit – Distribution des montants accordés

Selon la Cour suprême du Canada dans son arrêt *AIC Limitée*, le recours collectif doit fournir à ses membres « une fin substantielle »¹⁴. Celle-ci est fonction du mode et des frais de distribution, et de la transparence et du contrôle de la distribution, consécutivement à une transaction ou à une décision sur le fond.

L'une des critiques les plus fréquentes et les plus virulentes adressées au recours collectif est que les membres du groupe ne reçoivent aucun dédommagement. On croit souvent que l'accès à la justice du recours collectif est gêné par les demandes mineures, pour lesquelles les membres du groupe obtiennent un dédommagement minimal. Les consultations et les recherches de la CDO présentent toutefois des résultats obtenus par recours collectif un tableau plus complexe et plus prometteur.

La CDO estime que les intérêts des membres de groupe peuvent et doivent être suffisamment protégés, et avec plus de cohérence. Ce n'est pas là tâche facile. Avec des réformes adaptées, il est possible cependant de beaucoup améliorer la transparence, le contrôle, la mesure des transactions, notamment par la déclaration obligatoire et cohérente des résultats. D'autres réformes devraient de plus porter sur les avis, les administrateurs des demandes et la distribution selon le principe de l'aussi-près.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a les suivantes :

- adopter une directive de pratique spécifique, comportant des exigences et des méthodes détaillées pour la distribution proposée des montants accordés;
- modifier la LRC de façon à y ajouter de nouvelles dispositions propres à la gestion de la distribution des montants accordés, notamment :
 - ajouter des obligations de rédaction en termes clairs, et obliger le tribunal à donner le meilleur avis raisonnablement possible;
 - ajouter des dispositions concernant les administrateurs de demande;
 - ajouter des dispositions concernant la distribution selon le principe de l'aussi-près;
 - exiger le rapport détaillé du résultat final.

Chapitre neuf – Approbation des honoraires des avocats

On critique souvent le recours collectif parce que les avocats des demandeurs semblent souvent gagner des millions en honoraires, alors que les membres des groupes sont par comparaison peu dédommagés de leurs dommages. Cette vue est trop simple. La disparité entre la rémunération des avocats et les sommes que recouvrent les membres des groupes sont un aspect inévitable et structurel du recours collectif : les avocats des demandeurs sont payés pour représenter un groupe nombreux de personnes, chacune de celles-ci contribuant aux honoraires des premiers. Les honoraires conditionnels sont conçus pour garantir que les avocats des demandeurs sont rémunérés convenablement pour prendre le risque financier de défendre une action importante, susceptible d'échouer.

Le cynisme public à propos des honoraires des avocats des demandeurs masque peut-être le fait qu'en Ontario, le tribunal (comme partout au Canada) doit approuver ces honoraires. Ceux-ci sont directement liés à l'accès à la justice : s'ils sont fixés trop bas, les avocats peuvent ne plus défendre de telles actions à l'avenir, et l'accès à la justice pourrait s'en trouver amoindri. Il en ira de même si les avocats des demandeurs reçoivent des bénéfices qui auraient dû être versés aux membres du groupe.

La CDO estime que les honoraires des avocats devraient retenir davantage l'attention des juges. Leur attention est essentielle tout d'abord parce que les ententes sur les honoraires, de même que l'homologation des transactions, leur sont présentées selon le mode contradictoire, puis aussi parce que les honoraires des avocats et le dédommagement des membres du groupe sont souvent une équation à somme nulle. La détermination des honoraires devrait viser à garantir que les avocats des groupes soient rémunérés correctement et « encouragés » à défendre les recours collectifs, mais pas excessivement au détriment des membres des groupes.

Selon la CDO, les résultats obtenus pour le groupe et les risques pris par les avocats doivent être les principaux facteurs à prendre en compte pour décider des honoraires de ceux-ci. Il faut toutefois préciser l'interprétation de ces deux facteurs, en vue d'inclure une analyse plus réaliste des risques et des résultats.

Enfin, il faudrait conférer au tribunal par voie législative le pouvoir d'évaluer et d'ajuster les honoraires dans des situations appropriées.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a les suivantes :

- modifier la LRC de façon à y ajouter des dispositions visant à mieux éclairer le tribunal dans son examen des honoraires des avocats, et précisant notamment :
 - que les honoraires des avocats doivent être justes et raisonnables et approuvés par le tribunal, quels que soient le mode de calcul ou la source de paiement;
 - et que pour décider si les honoraires proposés sont justes et raisonnables, le tribunal doit tenir compte des résultats obtenus pour le groupe, et du degré de responsabilité et de risque pris par les avocats;
- modifier la LRC de façon à conférer au tribunal le pouvoir de nommer un *amicus curiae* pour l'assister dans son étude préalable à l'approbation des honoraires;
- modifier la LRC de façon à conférer au tribunal le pouvoir de modifier les honoraires afin de garantir qu'ils sont commensurables avec les résultats obtenus;
- modifier la LRC de façon à conférer au tribunal le pouvoir de retenir un petit pourcentage des honoraires en attendant l'issue finale du recours.

Chapitre dix – Dépens

Pour le recours collectif comme pour les autres litiges civils, l'Ontario conserve la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance. Les opinions sont profondément divisées sur la question des dépens, selon des lignes partisans. Les intervenants qui penchent du côté des demandeurs préfèrent la règle de l'absence de dépens comme en Colombie-Britannique, au Manitoba, à Terre-Neuve et à la Cour fédérale; ceux qui penchent du côté des défendeurs préfèrent nettement la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance. Le constat que le nombre des ordonnances sur les dépens a augmenté ces dernières années fait par contre l'unanimité chez tous les intervenants. La magnitude de ces ordonnances constitue un problème pour l'accès à la justice. La règle selon laquelle les dépens suivent la succombance a d'autres conséquences pour le recours collectif : indemnités et coûts connexes pour le groupe, abandonner ses droits d'appel pour éviter de payer les dépens, décourager les actions d'intérêt public, assurer aux avocats spécialistes du recours collectif que le marché demeure restreint.

Après réflexion, la CDO estime que la meilleure solution est un système modifié d'absence de dépens : il y aurait des décisions d'absence de dépens pour les motions en certification et toutes les actions accessoires à la certification – motions en production de documents, en modification d'ordonnance portant sur la certification, appel portant sur la certification. Dans toutes les autres instances, la règle selon laquelle les dépens suivent la succombance s'appliquerait – requête en radiation, conflit de ressort, requête en jugement sommaire, requête en annulation de certification, procès.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a les suivantes :

- modifier la LRC de façon à instituer un régime d'absence de dépens pour les motions en certification et les actions accessoires à la certification;
- modifier la LRC de façon à autoriser le financement par des tiers de l'action collective dans les cas qu'elle aura précisés;

- modifier la LRC de façon à conférer au Fonds d'aide aux recours collectifs plus de pouvoir pour décider du financement approprié de chaque cas.

Chapitre onze – Modification des comportements

Selon la CDO, chaque recours collectif n'a pas à réussir à modifier les comportements pour être valide. Cette modification semble avoir lieu dans quelques recours, et pas dans d'autres. Dans de nombreux recours, il est difficile sinon impossible d'isoler l'effet dissuasif d'autres facteurs comme les mesures réglementaires, l'intérêt des entreprises pour leur réputation ou les actions intentées en dehors du Canada.

Comme dans d'autres domaines juridiques et stratégiques du recours collectif, il est difficile d'évaluer ou de favoriser la modification des comportements si l'on ne dispose pas de rapports cohérents sur les résultats des recours collectifs et si on ne les comprend pas. L'amélioration des rapports permettrait aux parties, aux clients, aux tribunaux, aux décideurs et à la population d'évaluer de manière systématique si le recours collectif est efficace pour dissuader les entreprises et les institutions, et pour modifier les comportements. Enfin, la distribution selon le principe de l'aussi-près peut être un moyen important de favoriser cette modification, pour autant qu'elle soit structurée et déclarée convenablement.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a la suivante :

- exiger que le rapport obligatoire sur le résultat du recours collectif comporte des informations sur le résultat de la modification des comportements, notamment la modification de pratiques ou de comportements d'entreprises ou du secteur public, qui puisse s'attribuer au recours collectif.

Chapitre douze – Appels

La procédure ontarienne d'appel des ordonnances portant sur la certification est unique, en ce que la Cour divisionnaire et la Cour d'appel de l'Ontario ont des compétences distinctes. Ni la Cour fédérale ni aucune autre province ne possède de juridiction intermédiaire pour l'appel portant sur la certification. L'Ontario est de plus la seule province de common law où les droits des demandeurs et ceux des défendeurs pour ces appels ne sont pas symétriques.

Qui plus est, les deux degrés d'appel ajoutent du temps et des dépenses sans aucune finalité. Aucune raison ne justifie de conserver l'asymétrie entre les parties pour ces appels, la certification étant fondamentalement essentielle pour les deux parties. Enfin, l'égalité d'accès à la révision en appel facilite le développement de la nouvelle jurisprudence du recours collectif.

Parmi les recommandations de la CDO à ce sujet, il y a la suivante :

- modifier l'article 30 de la LRC de façon à conférer aux deux parties le droit d'en appeler d'ordonnances portant sur la certification à la Cour d'appel de l'Ontario.

E. Organisation du projet

1. Cadre de référence

Le cadre de référence du projet et le Document de travail exposent les objectifs du projet et les grandes questions qui ont été étudiées. Voici quelques extraits du cadre de référence :

Le projet vise à examiner si les recours collectifs atteignent correctement leurs trois objectifs : améliorer l'accès à la justice, renforcer l'économie des ressources judiciaires, et favoriser la dissuasion.

Le projet se déroulera de manière indépendante, équilibrée et axée sur la consultation et les aspects pratiques du dossier dans le but de servir l'intérêt public.

Reconnaissant que la portée du projet peut être très vaste et soulève de nombreux enjeux complexes et controversés, et compte tenu du temps et des ressources limités consacrés au projet, l'équipe organisera ses travaux et établira les priorités afin de mettre l'accent sur les enjeux systémiques qui ont une grande incidence sur les recours collectifs en général. On déterminera s'il est nécessaire de modifier la Loi de 1992 sur les recours collectifs de façon qu'elle s'applique comme il convient aux recours collectifs actuels. On s'efforcera d'établir un ensemble de données probantes, solides et indépendantes sur les recours collectifs en Ontario.

Le cadre de référence complet figure à l'annexe B.

2. Questions étudiées

La CDO a défini dans le Document de travail les grandes lignes d'enquête pour son projet, qui portent notamment sur les domaines suivants :

- retards,
- transactions et résultats des recours collectifs,
- dépens,
- honoraires des avocats,
- certification,
- modification des comportements,
- points de vue des membres de groupe,
- actions collectives faisant intervenir plusieurs ressorts,
- conduite des recours,
- appels,
- collecte de données empiriques.

Le Document de travail complet est accessible sur le site de la CDO¹⁵. La liste des questions qui y figurent est à l'annexe C.

3. Ressources humaines, soutien, financement

Le projet sur le recours collectif a été dirigé par la CDO avec le soutien d'un groupe éminent d'universitaires, de leaders de la justice et de juristes exerçant dans le domaine.

Chercheuses principales pour le projet :

- Professeure Jasminka Kalajdzic, Faculté de droit, Université de Windsor
- Professeure Catherine Piché, Faculté de droit, Université de Montréal

Pour aider aux travaux du projet, la CDO a établi un Groupe de référence, dont la composition est la suivante :

- Juge Stephen T. Goudge, président et liaison du Conseil des gouverneurs
- Marie Audren, associée, Audren Rolland LLP
- Tim Buckley, Global Resolutions Inc. (anciennement Borden Ladner Gervais LLP)
- Michael A. Eizenga, associé, Bennett Jones LLP
- Professeur Trevor C. W. Farrow, Osgoode Hall Law School
- André Lespérance, associé, Trudel, Johnston, Lespérance
- Celeste Poltak, associée, Koskie Minsky LLP
- Linda Rothstein, associée, Paliare Roland Rosenberg Rothstein

Financé par la CDO, le projet a reçu aussi le soutien de la Faculté de droit de l'Université de Windsor et de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le ministère du Procureur général de l'Ontario et le Programme juridique de partenariats et d'innovation du gouvernement du Canada ont apporté un financement supplémentaire.

4. Consultations

Les consultations pour le projet se sont déroulées en deux phases.

Lors de la Phase 1, de novembre 2017 à janvier 2018, les chercheuses principales de la CDO, les professeurs Catherine Piché et Jasminka Kalajdzic, ainsi que le personnel de la CDO, ont interrogé 60 acteurs du recours collectif – soit un vaste segment d'avocats de demandeur ou de défendeur, des juges, des administrateurs et des membres de groupe, des organisations communautaires et des assureurs. Dans cette première phase, la CDO a fondé sa démarche sur la finalité et des entrevues de « témoins privilégiés » afin d'être aidée à élaborer les questions. Les consultations de la Phase 1 sont détaillées dans le Document de travail.

Lors de la Phase 2, qui s'est déroulée de mars à mai 2019, il y a eu la publication du Document de travail, des présentations publiques et des réunions supplémentaires avec des intervenants. La CDO a mené 75 entretiens supplémentaires; elle a reçu une trentaine de mémoires, et a présenté des communications à plusieurs événements publics et privés, à des conférences et à des réunions. Les mémoires sont affichés sur le site du projet¹⁶.

La liste des personnes et des organisations consultées pendant la durée du projet figure à l'annexe F.

5. Remerciements

De nombreuses personnes ont participé aux recherches pour le présent rapport et à sa rédaction.

La CDO tient à remercier tout particulièrement ses chercheuses principales, les professeures Jasminka Kalajdzic et Catherine Piché, ainsi que les membres de son Groupe de référence.

La CDO remercie également la Faculté de droit de l'Université de Windsor, la Faculté de droit de l'Université de Montréal et le Laboratoire sur les actions collectives pour le soutien qu'ils ont apporté au projet. Le ministère du Procureur général de l'Ontario et le Programme juridique de partenariats et d'innovation du gouvernement du Canada ont apporté un financement financier et en nature important.

La CDO remercie enfin les nombreuses personnes – avocats, firmes, juges, universitaires, membres de groupe, administrations, ONG – qui ont contribué à son projet.

6. Prochaines étapes. Comment participer?

La CDO est d'avis que la réussite de toute réforme du droit dépend de consultations vastes et accessibles avec les personnes, les groupes et les organisations de l'Ontario. C'est pourquoi elle sollicite les commentaires et les avis sur le présent rapport. On peut participer de multiples façons :

- se renseigner sur le projet et s'inscrire sur le site qui lui est consacré <https://www.lco-cdo.org/fr/nos-projets-en-cours/les-recours-collectifs/> pour recevoir les mises à jour,
- se renseigner auprès de la CDO à propos du projet,
- adresser à la CDO des observations ou des commentaires écrits sur le rapport final.

Pour contacter la CDO :

Commission du droit de l'Ontario
Osgoode Hall Law School
Université York
2032 Immeuble Ignat Kaneff
4700 rue Keele Toronto
ON M3J 1P3

Téléphone : 416-650-8406
Courriel : lawcommission@lco-cdo.org
Site Web : www.lco-cdo.org
Twitter @LCO_CDO

NOTES

¹ *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, chap. 6. [LRC]

² Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions Volume I*, 1982, [Rapport de la CRDO, 1982].

https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/library_olrc/112/ , page 291. *Rapport du comité consultatif sur la réforme des recours collectifs*, Toronto, Ministère du Procureur général, février 1990 [Rapport du PG, 1990]. Suzanne Chiodo, *Class Roots: The Genesis of the Ontario Class Proceedings Act, 1966-1993*, maîtrise de droit, Université York, 2016, page 4 [Chiodo].

³ Iacobucci, Frank. « What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », dans Jasminka Kalajdzic, dir., *Accessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*, Markham, Ontario, LexisNexis, 2011, page 19.

⁴ Rapport de la CRDO, 1982, précité à la note 2, page 18.

⁵ *AIC Limitée c. Fischer*, [2013] 3 RCS 949, 2013 CSC 69. [*AIC Limitée*]

⁶ *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 RCS 158, 2001 CSC 68. [*Hollick*]

⁷ Rapport de la CRDO, 1982, précité à la note 2, page 291.

⁸ *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 RCS 631, paragraphe 29 [*Jordan*]. Voir aussi juge Bob Runciman, président, juge George Baker, c.p., vice-président, « Justice différée, justice refusée », *Rapport final du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, août 2016,

https://sencanada.ca/content/sen/committee/421/LCJC/Reports/CourtDelaysStudyInterimReport_f.pdf .

⁹ Voir par exemple les préoccupations du Vérificateur général, « Section 4.07 Services aux tribunaux » (Rapport annuel 2010), « Section 3.07 Services aux tribunaux » (Rapport annuel 2008), « Section 4.12 Services de justice pour la jeunesse » (Rapport annuel 2014), « Section 3.02 Poursuites criminelles » (Rapport annuel 2012). Tous ces rapports sont accessibles en ligne à http://www.auditor.on.ca/fr/content-fr/annualreports/reportsbytopic/bytopic_justice-fr.html .

¹⁰ Association du Barreau canadien, *Rapport Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, rapport du Comité d'accès à la justice de l'ABC, novembre 2013,

http://www.cba.org/CBAMediaLibrary/cba_na/images/Equal%20Justice%20-%20Microsite/PDFs/EqualJusticeFinalReport-fra.pdf, page 165.

¹¹ Les hypothèses et la méthode de la CDO sont exposées au chapitre 2.

¹² Commission du droit de l'Ontario, *Le recours collectif Objectifs, constats, réformes*, dans *Le recours collectif Objectifs, constats, réformes Document de travail*, 2018, https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2018/07/Class-Action-Consultation-Paper_FR.pdf

¹³ Détails au chapitre 2.

¹⁴ *AIC Limitée*, paragraphe 34, précité à la note 5.

¹⁵ Commission du droit de l'Ontario, précité à la note 12.

¹⁶ Page du site de la CDO pour consulter tous les mémoires présentés dans le cadre du projet sur le recours collectif :

<https://www.lco-cdo.org/fr/nos-projets-en-cours/les-recours-collectifs/>