

**LES CLASSES NATIONALES :
THÉORIE JURIDIQUE OU NOUVELLE
RÉALITÉ JUDICIAIRE ?**

Me Laurent Nahmiash

LE 24 MARS 2006



FRASER MILNER CASGRAIN S.E.N.C.R.L.

I. INTRODUCTION

L'autorisation d'exercer un recours collectif national dans une province doit être distinguée de la pratique bien établie qui vise à faire adopter et reconnaître une transaction collective dans plusieurs juridictions. L'approbation d'un règlement national et générique dans une pluralité de provinces ne saurait entraîner la création d'une classe nationale. L'autorisation d'un règlement générique peut être utile dans le cadre de recours collectifs ayant une portée extra-provinciale. Par exemple, de nombreuses réclamations en matière de régime de retraite et de responsabilité du fabricant ont été réglées de cette manière. Bien que l'objectif de ces règlements soit d'avoir une quittance à l'échelle pan-canadienne, ils demeurent fondés sur des jugements d'autorisation provinciaux, distincts et successifs qui n'endossent véritablement qu'une seule transaction. De tels jugements provinciaux n'auront pas d'effet extra-territorial. Aucune classe nationale n'est créée par la mise en œuvre d'un tel processus. De plus, un tel procédé est nécessairement répétitif et coûteux. L'attrait des classes nationales est donc l'unicité d'un recours et/ou d'un procédé de règlement pour tout le territoire canadien, ainsi qu'une gestion efficace des ressources des parties et des tribunaux.

C'est en Ontario qu'un véritable concept de classe nationale a vu le jour. Les juges de l'Ontario ont fait preuve de plus de ferveur « nationaliste » dans ce domaine que leurs homologues québécois. Un survol comparatif ontarien est dès lors utile pour comprendre les origines et les fondements juridictionnels des recours collectifs nationaux ou extra-

territoriaux avant d'aborder la plausibilité et la légitimité de telles classes en droit québécois.

II. LES CLASSES NATIONALES « ONTARIENNES »

En common law, les décisions *Moran*¹, *Morguard*², *Hunt*³, *Tolofson*⁴ et *Antwerp*⁵ ont toutes confirmé que les incursions transfrontalières d'une province sont non seulement soumises aux limitations traditionnelles apposées à sa capacité de légiférer hors de son for, mais aussi à un nouveau principe fondé sur l'ordre, l'équité et la courtoisie.

Une législature provinciale ne peut adopter de loi ayant une portée extra-territoriale ou conférant à ses tribunaux le droit d'adjudiquer de manière extra-provinciale, à moins qu'une telle mesure ne soit nécessaire au maintien de l'ordre et de l'équité dans la confédération. En effet, les facteurs qui militent en faveur d'une courtoisie étatique réciproque ont encore plus de raison d'être entre les membres d'un état fédéral qu'au plan international. La Cour suprême a confirmé que cette nouvelle limitation constitutionnelle est néanmoins rencontrée dès que l'exercice extra-territorial repose sur un lien réel et substantiel entre le tribunal et l'objet du recours.

¹ *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393.

² *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077.

³ *Hunt c. T&N plc.*, [1993] 4 R.C.S. 289, [1994] 1 W.W.R. 129.

⁴ *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022.

⁵ *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 R.C.S. 951, 2001 SCC 91, au par. 51.

Dans la décision *Muscutt et al. c. Courcelles et al.*⁶, la Cour d'appel de l'Ontario a ajouté que le critère du lien réel et substantiel requiert un rattachement entre le forum et le défendeur, ou encore entre le forum et le sujet de la cause. Le lien avec le défendeur n'est qu'un critère et ne devrait pas déterminer en soi le forum. Ainsi, les facteurs juridictionnels doivent être considérés dans leur ensemble, aucun élément n'étant déterminant en soi.

Cette évolution constitutionnelle a donné lieu à une pléthore de décisions ontariennes autorisant des recours collectifs, de portée nationale et inter-provinciale. Dans l'arrêt de principe *Nantais*⁷, la Cour autorisait une classe nationale de personnes ayant reçu un stimulateur cardiaque. Cependant, la Cour a décidé que toute contestation juridictionnelle des membres non-résidents de la classe ainsi que tout problème relatif à l'effet et l'exécution d'un jugement pourraient être adressés plus tard. Les membres non-résidents pourraient toujours soumettre ces questions à leurs tribunaux respectifs de sorte qu'ils ne constitueraient pas une embûche à l'autorisation d'une classe nationale en Ontario. La Cour d'appel a endossé cette décision et a souligné que la règle de l'ordre, de l'équité et de la courtoisie avait été respectée car le litige soulevait un lien réel et substantiel avec les tribunaux de l'Ontario et puisque les membres non-résidents pouvaient toujours choisir de s'exclure de la classe. Les problèmes indubitablement liés à ce droit d'exclusion, telle l'existence de membres passifs qui ne se sont pas véritablement exclus mais qui sont

⁶ *Muscutt et al. c. Courcelles et al.*, 60 O.R. (3d) 20, [2002] O.J. No. 2128 (C.A.Ont.).

⁷ *Nantais c. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.*, (1996), 25 O.R. (3d) 331 (Gen. Div.), permission d'appeler à la Divisional Court refusée, (1996) 25 O.R. (3d) 347 (Div. Ct.), permission d'appeler à la Cour d'appel refusée, (1996) 7 C.P.C. (4th) 206 (C.A. Ont.).

erronément présumés s'inclure au groupe par défaut, ont été laissés de côté. Selon la Cour, la règle du *res judicata* devra alors s'adapter aux procédures en matière de recours collectifs.

Dans la décision antérieure *Bendall*⁸, la Cour n'avait pas cherché à voir si un lien réel et substantiel avait été établi avec l'Ontario. Elle avait préféré se fonder sur le fait que le *Ontario Class Proceedings Act* était une législation médiatrice, devant donc recevoir une interprétation large et libérale. En conséquence, la Cour avait autorisé le recours d'une classe de victimes d'implants mammaires à l'échelle nationale afin de favoriser l'efficacité judiciaire et l'accès à la justice.

Par la suite, de nombreux jugements de l'Ontario ont repris le ratio de *Nantais* afin d'autoriser des classes nationales⁹. Dans ces décisions, l'absence de toute disposition

⁸ *Bendall c. McGhan Medical Corp.*, (1993), 14 O.R. (3d) 734 (Gen. Div.).

⁹ *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.*, (1998), 20 C.P.C. (4th) 163, supp. reasons 82 C.P.R. (3d) 187, 20 C.P.C. (4th) 187 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (pleadings motion); (1998), 41 O.R. (3d) 780, 41 B.L.R. (2d) 246, 43 C.C.L.T. (2d) 310 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (pleadings amendment); (1999), 43 O.R. (3d) 441, 30 C.P.C. (4th) 133 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (recours à échelle nationale); (1999), 44 O.R. (3d) 173, 46 B.L.R. (2d) 247, 35 C.P.C. (4th) 43 (S.C.J.) (certification decision), affd 46 O.R. (3d) 315, 6 B.L.R. (3d) 82 (Div. Ct.) revd 51 O.R. (3d) 236 (C.A.); *Robertson c. Thomson Corp.*, (1999), 171 D.L.R. (4th) 171, 43 O.R. (3d) 161, 30 C.P.C. (4th) 182, 85 C.P.R. (3d) 1 (Gen. Div.) (requête en rejet); (1999), 43 O.R. (3d) 389, 43 C.P.C. (4th) 166 (Gen. Div.) (frais); [2004] O.J. No. 4029 (C.A.) (appel et appel incident d'un jugement sommaire rejeté); *Menegon c. Philip Services Corp.* (1999), 11 C.B.R. (4th) 262, 39 C.P.C. (4th) 287 (Ont. S.C.J.); (2000), 50 O.R. (3d) 345 à la p. 348 (S.C.J.) (lieu du procès), permission d'appeler accordée *loc. cit.* à la p. 347, revd *loc. cit.* (Div. Ct.); *909787 Ontario Ltd. c. Bulk Barn Foods Ltd.* (1999), 87 A.C.W.S. (3d) 268 (Ont. Ct. (Gen. Div.)) (requête en rejet); (1999), 90 A.C.W.S. (3d) 352 (Ont. S.C.J.) (permission d'exercice), revd 99 A.C.W.S. (3d) 919 (Div. Ct.); *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (non-publié, le 16 novembre, 1998, 98-GD-43927, Ont. S.C.) (portée des interrogatoires); (1999), 45 O.R. (3d) 389, 45 C.C.E.L. (2d) 165, 99 C.L.L.C. ¶ 210-038 (Ont. S.C.J.) (décision sur la permission d'exercice et un jugement sommatif partiel); (non-publié, le 20 juin, 1999, 98-GD-43927, S.C.) (approbation d'une entente pour provisions); (1999) 45 O.R. (3d) 425, 46 C.C.E.L. (2d) 293 (Ont. S.C.J.) (termes de règlement d'une ordonnance d'autorisation), permission d'appeler à la Ont. S.C.J. refusée 45 O.R. (3d) 638, 49 C.C.E.L. (2d) 59; (2000) 96 A.C.W.S. (3d) 735, [2000] O.J. No. 1454 (Q.L.) (S.C.J.) (requête en amendement de la requête pour modifier l'ordonnance de permission d'exercice, élire un panneau ADR, et faire des interrogatoires de conduite des individus

statutaire faisant référence aux membres non-résidents n'était pas perçue comme une interdiction implicite, mais plutôt comme une confirmation du pouvoir de créer des groupes nationaux, sous réserve d'un lien significatif avec la juridiction ontarienne. Dans quelques décisions, le fait qu'un certain nombre de provinces n'ait pas encore adopté de législation encadrant les recours collectifs a été évoqué comme motif additionnel pour établir des classes nationales, sous réserve de la règle de l'ordre et de l'équité. Ce motif n'est toutefois plus d'actualité puisque la Saskatchewan, le Newfoundland/Labrador, l'Alberta et le Manitoba ont tous adopté leur propre législation en matière de recours collectifs.

Les classes nationales, particulièrement au Canada, soulèvent non seulement des dangers en ce qui concerne l'autorité des jugements et des conflits de lois, mais également le risque de promouvoir du « forum shopping ». Par exemple, la *Loi sur la Protection du Consommateur* du Québec a une portée beaucoup plus large que les autres législations provinciales en la matière. Les périodes de prescription dans les provinces de common law sont différentes des périodes de prescription applicables au Québec. Les entreprises n'ont pas d'autre choix que de mener leurs affaires dans chacune des provinces, conformément aux lois et règlements distincts applicables dans chaque juridiction. Les litiges éventuels avec des résidents d'une province devraient être déterminés en vertu de ces lois et non en vertu d'une matrice juridique hybride pan-canadienne composée uniquement des lois qui favorisent le plus les demandeurs. Un demandeur en recours

ayant des réclamations supérieures à 25,000\$), appel accordé [2002] O.J. No. 2559 (Div. Ct.) (membres du groupe de toutes les provinces, sauf la Colombie-Britannique et le Québec).

collectif ne devrait pas avoir l'opportunité de choisir les tribunaux de l'Ontario pour intenter un recours national, afin de contourner la prescription applicable aux membres du Québec.

Néanmoins, dans *Carom c. Bre-X Minerals Ltd.*¹⁰, la Cour semble avoir suggéré que les membres non-résidents qui ne s'étaient pas exclus de la classe nationale établie en Ontario pouvaient bénéficier des délais de prescription plus longs de cette province. Il est cependant important de souligner que dans les provinces de common law, la prescription est considérée comme étant purement procédurale, et donc gouvernée par la *lex fori*, alors qu'en droit civil la prescription fait partie de notre droit substantif.

De plus, la Cour d'appel de l'Ontario, en confirmant la décision de l'instance inférieure dans *Nantais*¹¹, a décidé qu'il n'y avait pas de véritable différence entre les régimes de responsabilité du fabricant de l'Ontario et du Québec :

« On a more practical level it is argued that a court attempting to try this class proceeding will face a multiplicity of laws from all of the provinces which may confuse the matter. This argument in my view is largely speculative. I am not aware of any difference in the law respecting product liability or negligence in the common law provinces and I have not been shown that there is any real difference between the common law on this matter and the law in the Province of Quebec. »

La majorité, sinon la totalité, des praticiens transfrontaliers œuvrant dans le domaine de la responsabilité des fabricants soutiendraient toutefois qu'il existe des différences majeures entre les législations québécoise et ontarienne, notamment les défenses fondées sur l'effet relatif des contrats, les variations de prescription et les présomptions légales

¹⁰ *Carom c. Bre-X Minerals Ltd.*, précité, note 9.

¹¹ *Nantais c. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.*, précité, note 7.

d'antériorité et de connaissance de vice, sans parler de l'octroi de dommages exemplaires. Les tribunaux de l'Ontario ont cependant également admis qu'ils étaient compétents pour appliquer les lois des autres provinces aux membres non-résidents.

On ne peut que remettre en cause l'utilité d'autoriser des classes nationales qui pourront en bout de compte être révisées ou fragmentées en nouveaux recours collectifs distincts dans plusieurs provinces. La recherche de condamnations nationales, dont l'effet et l'exécution envers des demandeurs non-résidents et les défendeurs peuvent être contestés au motif que les membres du groupe ne se sont pas réellement soumis à la compétence de l'Ontario, laisse également perplexe.

La décision *Wilson c. Servier*¹² a alimenté cette controverse en soutenant que des questions communes étaient suffisantes pour justifier la compétence de l'Ontario à l'égard des demandeurs non-résidents dès lors qu'un lien réel et substantiel avait été établi avec les membres résidents de l'Ontario. En effet, la Cour a d'abord soutenu qu'un lien réel et substantiel avait été établi avec les membres du groupe de l'Ontario. Elle a ensuite affirmé que les questions communes entre les membres ontariens et les membres non-résidents suffisaient pour établir un lien réel et substantiel avec ces derniers¹³.

¹² *Wilson c. Servier Canada Inc.*, (2000), 50 O.R. (3d) 219 (S.C.J.), permission d'appeler à la C.S.C. refusée, 2001-09-06 (28380).

¹³ *Wilson c. Servier Canada Inc.*, (2001), 104 A.C.W.S. (3d) 1007, [2001] O.J. No. 1615 (S.C.J.).

Dans la décision *McNaughton Automotive Ltd. c. Co-operators General Insurance Co.*¹⁴ (ainsi que trente autres recours reliés), la Cour a adopté une approche plus restrictive et a refusé d'invoquer sa compétence sur les membres non-résidents. Toutefois, la Cour a choisi de distinguer l'arrêt *Nantais* plutôt que de le critiquer. De plus, la Cour a refusé d'exercer sa compétence sur les membres non-résidents puisqu'elle a conclu que les faits en cause n'étaient pas nécessairement communs aux membres résidents et non-résidents, et qu'ils seraient régis par différentes législations en matière d'assurance et de contrats. Il semble que la Cour ait refusé d'étendre sa compétence sur les membres non-résidents pour des motifs de *forum non conveniens*.

Bien que le ratio de *Nantais* n'ait pas été révisé en profondeur en appel en Ontario, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a néanmoins choisi de suivre ce raisonnement dans l'arrêt *Harrington c. Dow Corning*¹⁵. Ce faisant, elle a confirmé l'autorisation d'un recours au nom d'une classe extra-provinciale de femmes ayant reçu des implants mammaires en silicone. Le défendeur alléguait qu'un lien réel et substantiel n'avait été établi que pour les résidentes de Colombie-Britannique et les non-résidentes opérées dans cette province. La décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique se lit comme suit :

¹⁴ *McNaughton Automotive Ltd. c. Co-operators General Insurance Co.* (et 30 recours reliés), [2003] O.J. No. 2914 (S.C.J.).

¹⁵ *Harrington c. Dow Corning*, (1996), 22 B.C.L.R. (3d) 97 (S.C.) (décision d'autorisation), affd 193 D.L.R. (4th) 67, [2000] 11 W.W.R. 201 (C.A.); (1998), 55 B.C.L.R. (3d) 316 (B.C.S.C.) (recours extra-provincial); (1999), 64 B.C.L.R. (3d) 332 (B.C.S.C.) (requête en radiation contre Dow Chemical Co.); (non-publié, le 10 février, 1999, CA0218 IO, CA021843, CA021855, CA021857, CA021868, CA021929, CA022761, CA022983, B.C.C.A.) (demande d'extension du délai d'appel contre les défendeurs exclus de l'ordonnance); (1999), 29 C.P.C. (4th) 14 (B.C.S.C.) (approbation du règlement Dow); (non-publié, le 18 février, 1999) (approbation des frais du règlement Dow); (1999), 179 D.L.R. (4th) 326 (B.C.C.A.) (restauration des appels sur la liste active).

« [97] The appellants acknowledge the jurisdiction of British Columbia courts to determine the claims of at least those resident and non-resident class members implanted in British Columbia I accept that presence in the jurisdiction for the purpose of the defence of one claim does not create presence in the jurisdiction for the purpose of the prosecution of another independent claim. However, I do not accept that proposition as precluding a court from taking account of that presence for the purpose of determining whether the existence of a certified class action with a common issue provides a real and substantial connection between the province and the subject matter of the claim that a non-resident seeks to have resolved in the same class proceeding. »

Il faut toutefois souligner que le *British Columbia Proceedings Act* comporte non seulement des dispositions d'exclusion, mais aussi d'inclusion. D'après ce texte, l'ordonnance d'autorisation devra non seulement mettre en place une procédure d'exclusion, mais également créer une sous-classe de membres non-résidentes désirant s'inclure dans le recours. La constitutionnalité de ces dispositions n'a pas encore été étudiée par les tribunaux.

Aussi, certains praticiens¹⁶ ont soutenu que le ratio de *Wilson* est une variation non-permise du test du lien réel et substantiel. Avec respect, de telles critiques ne sont pas nécessairement justifiées, ni exactes. On pourrait plutôt conclure qu'un lien réel et substantiel n'a pas à être établi entre le tribunal et chaque partie au recours, cette règle n'exigeant un tel lien qu'entre le tribunal et l'objet de la cause.

En d'autres termes, les recours collectifs soulèvent des défis originaux et spécifiques à l'application du critère du lien réel et substantiel. Les tribunaux de common law n'ont pas

¹⁶ James A. WOODS, *L'autorisation de recours collectifs nationaux et internationaux au Québec*, Conférence sur le recours collectif, Montréal, Insight Information Co., les 21 et 22 février 2002, à la p. 18.

encore définitivement déterminé si le test du lien réel et substantiel peut être appliqué pour le recours collectif dans son intégralité, ou s'il doit être vérifié pour chacune des catégories de demandeurs. Dans ce dernier cas, les tribunaux devront également décider si des faits ou questions commun(e)s entre les membres non-résidents et résidents suffisent en soi pour créer un lien réel et substantiel pour les membres non-résidents.

Peu importe le dénouement de cette question ; il demeure que si les tribunaux ontariens continuent de déférer au fond les questions liées au conflit de lois applicables, à la reconnaissance et à l'exécution de jugements, la doctrine de *res judicata* risque d'être sérieusement compromise. Il est clair qu'une pluralité de décisions contradictoires et inefficaces en matière d'exécution ou de reconnaissance de jugements ne contribuera nullement au maintien de l'ordre et de la courtoisie extra-provinciale. L'efficacité et l'uniformité recherchées lors de la formation de classes nationales seront aussi minées par de tels imbroglios procéduraux. On n'a qu'à examiner les décisions *McDonald's*¹⁷ pour s'apercevoir de la futilité et du danger d'autoriser des recours collectifs au nom de classes nationales basés sur la prémisse erronée que les questions d'exclusion et d'exécution peuvent être réglées un autre jour par une autre Cour¹⁸.

Conséquemment, la problématique soulevée par ces décisions ontariennes n'est pas l'autorisation de classes nationales : ce résultat se justifie facilement par une analyse juridictionnelle et constitutionnelle. Le vrai problème qui se pose est de savoir si les

¹⁷ *Currie c. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.*, [2005] O.J. 506 et *Parsons c. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.*, [2004] O.J. No. 83.

¹⁸ Au Québec, voir *Lépine c. Société canadienne des postes*, [2005] Q.J. No. 9806 (C.S.) et récemment, l'arrêt *HSBC Bank Canada c. Hocking et Haziza*, 2006 QCCS 330 (C.S.).

tribunaux ont le loisir de reporter à plus tard l'identification des conditions qui assurent l'autorité et l'exécution efficace d'un jugement éventuel. Rien ne semble empêcher les tribunaux de l'Ontario de rendre des ordonnances d'autorisation visant à immédiatement identifier et maximiser l'efficacité des dispositions d'avis aux membres et d'exclusion afin d'assurer leur conformité aux principes de justice naturelle.

III. LES CLASSES NATIONALES « QUÉBÉCOISES »

Pour ce qui est du Québec et de sa transformation possible en forum de recours collectifs d'envergure nationale, il faut avant tout examiner l'évolution de nos règles de droit international privé avant et après l'adoption du nouveau *Code civil* en 1994.

Avant 1994, la compétence des Tribunaux du Québec était soumise à l'article 68 C.p.C. qui se lit comme suit :

« 68. Sous réserve des dispositions du présent chapitre et des dispositions du livre X au Code civil du Québec, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée:

1. Devant le tribunal du domicile réel du défendeur, ou, dans les cas prévus à l'article 83 du Code civil du Québec, devant celui de son domicile élu.

Si le défendeur n'est pas domicilié au Québec, mais qu'il y réside ou y possède des biens, il peut être assigné soit devant le tribunal de sa résidence, soit devant celui où se trouvent ces biens, soit devant celui du lieu où la demande lui est signifiée en mains propres;

2. Devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance; ou, dans le cas d'une action fondée sur un libelle de presse, devant le tribunal du district où réside le demandeur, lorsque l'écrit y a circulé;

3. Devant le tribunal du lieu où a été conclu le contrat qui donne lieu à la demande.

Le contrat d'où résulte une obligation de livrer, et qui a été négocié par l'entremise d'un tiers qui n'était pas le représentant du créancier de cette obligation, est tenu pour avoir été conclu au lieu où ce dernier a donné son consentement. »

La compétence territoriale était alors définie en fonction de la relation entre le tribunal et le défendeur. Ainsi, le fait que le demandeur réside dans la province n'était pas un facteur attributif de compétence en faveur des tribunaux du Québec. Des demandeurs non-résidents pouvaient facilement poursuivre au Québec si un des liens ou facteurs de rattachement stipulés à l'article 68 était rencontré, sous réserve de la doctrine du *forum non conveniens*. Les défendeurs non-résidents pouvaient également être poursuivis au Québec si la cause d'action avait entièrement pris naissance au Québec, ou s'ils avaient signé un contrat localement¹⁹.

À ce jour, la plupart des jugements traitant de classes nationales au Québec ont été rendus dans cet environnement juridique. Par exemple, dans *Werner c. Saab-Scania AB*²⁰, la Cour supérieure a refusé d'accorder la permission d'intenter un recours collectif pour le compte des acheteurs canadiens d'un des modèles de véhicules de l'intimé. La Cour a maintenu que les conditions de l'article 68 n'étaient pas réunies et que le Québec n'avait pas compétence à la fois sur les réclamations des membres résidents et non-résidents. Elle a de plus maintenu qu'aucune allégation ne permettait à la Cour de dissocier les réclamations des membres non-résidents et d'identifier le nombre de réclamations des membres résidents. Néanmoins, la Cour n'a pas exclu la possibilité qu'un recours

¹⁹ *Wabasso Limited c. National Drying Machinery*, [1981] S.C.R. 578.

²⁰ *Werner c. Saab-Scania AB*, [1980] C.S. 798 (C.S. Qué.), affd (non-publié, 19 février, 1982, Montréal 500-09-001005-800, C.A. Qc). La cour a refusé d'amender le recours pour un cadre convenable puisque le représentant n'offrait aucune information au sujet de la définition du groupe restreint.

collectif soit permis pour les membres non-résidents. Elle a souligné que les tribunaux du Québec pouvaient théoriquement exercer leur compétence sur toutes les réclamations individuelles des membres, résidents ou non, si l'un des facteurs de rattachement prévus à l'article 68 C.p.c. était établi.

Une approche similaire a été adoptée dans la décision *Proulx c. Pyzer*²¹, où la Cour a refusé d'autoriser un recours collectif car elle n'avait pas compétence sur les réclamations des membres conformément à l'article 68 C.p.c. La Cour d'appel a confirmé cette décision, mais sur un autre motif²².

Dans *Bolduc c. Cie Montréal Trust*²³, la Cour a refusé l'autorisation d'un groupe national de membres d'un régime de retraite, fondée, *inter alia*, sur des préoccupations quant à la nécessité d'appliquer la réglementation de plusieurs juridictions et l'inefficacité évidente des dispositions du C.p.c. relativement au droit d'exclusion des membres.

Dans l'arrêt *Thomson c. Masson*²⁴, la Cour supérieure a cependant autorisé un recours national d'employés parce qu'elle concluait que la cause d'action des réclamations des employés résidents et non-résidents était survenue au Québec, la majorité des contrats d'emploi étant exécutés à Montréal, et que le défendeur était domicilié au Québec, le tout conformément à l'article 68 C.p.c.

²¹ *Proulx c. Pyzer*, C.S. Montréal 500-06-000005-823, j. Bisailon.

²² *Proulx c. Pyzer*, [1985] R.D.J. 47 (C.A.).

²³ *Bolduc c. Cie Montréal Trust*, (1989), 15 A.C.W.S. (3d) 214 (C.A.Qc) [089/125/061-6pp.], permission d'appeler à la C.S.C. refusée 102 N.R. 397n.

²⁴ *Thompson c. Masson*, J.E. 92-337 (C.S.); rejet d'une exception déclinatoire, (1994) R.J.Q. 1032 (C.S.), rejet de l'appel d'une exception déclinatoire, [1995] R.J.Q. 329 (C.A.).

Ainsi, avant l'adoption du nouveau *Code civil* en 1994, les tribunaux du Québec refusaient généralement d'autoriser des recours collectifs impliquant des membres non-résidents. Dans l'unique décision autorisant une classe nationale avec droit de retrait, les causes d'action des membres résidents et non-résidents avaient entièrement pris naissance au Québec.

Suite à la réforme de 1994, les règles gouvernant le droit international privé au Québec se retrouvent désormais au Livre Dixième du C.c.Q. Le Livre Dixième traite notamment de la compétence des Tribunaux du Québec (aux articles 3136, 3139 et 3148). L'article 3148 se lit comme suit :

« **3148.** Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants:

1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence.

Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises. »

Dans la décision *Spar Aerospace c. American Mobile Satellite*²⁵, la Cour suprême a souligné que les règles de base en matière de droit international privé étant codifiées au Québec, les tribunaux devaient les interpréter en examinant dans un premier temps les termes spécifiques des dispositions, puis vérifier si cette interprétation coïncide avec les principes de courtoisie, d'ordre et d'équité. Ces principes ne sont pas obligatoires en soi mais doivent servir de guide interprétatif pour les dispositions du C.c.Q. Le C.c.Q. crée un fondement pour la compétence du ressort et reprend ou complète les règles de compétence établies à l'article 68 C.p.c. Par exemple, lorsqu'un demandeur subit un préjudice au Québec, cela suffit à déclencher la compétence de nos tribunaux ; il n'est pas nécessaire que l'intégralité de la cause d'action ait pris naissance au Québec. La Cour a conclu que les allégations de Spar pour dommages à la réputation de ses exploitations au Québec permettaient d'établir le lien du dommage exigé par l'article 3148(3), et suffisaient à conférer compétence à la Cour supérieure du Québec. La Cour suprême a affirmé que les dispositions du C.c.Q. « visaient à assurer la présence d'un lien réel et substantiel entre l'action et la province de Québec, et à empêcher l'exercice inapproprié de la compétence du for québécois. » La Cour a ajouté :

« À l'examen du libellé même de l'art. 3148, on peut soutenir que la notion de « lien réel et substantiel » se trouve déjà subsumée sous les dispositions du par. 3148(3). En effet, chacun des motifs énumérés (la faute, le fait dommageable, le préjudice, le contrat) semble être un exemple de situations qui constituent un « lien réel et substantiel » entre la province de Québec et l'action. En fait, je doute que le demandeur qui réussit à prouver l'un des quatre motifs d'attribution de compétence, ne soit pas considéré comme ayant satisfait au critère du « lien réel et substantiel », du moins aux fins de la simple reconnaissance de compétence. » (*nos soulignés*)

²⁵ *Spar Aerospace c. American Mobile Satellite*, [2002] 4 R.S.C. 205.

La Cour a ainsi conclu que l'exigence constitutionnelle du lien réel et substantiel n'était pas un critère additionnel devant être satisfait avant de confirmer la compétence des tribunaux du Québec.

Finalement, la Cour suprême a insisté sur la nature exceptionnelle de la doctrine du *forum non conveniens*, également codifiée au Québec. À cet égard, la Cour a cité ²⁶ un auteur qui avait critiqué l'application de cette doctrine dans la décision *Cambior*²⁷.

Dans la décision *Cambior* de 1998, la Cour supérieure était confrontée à une exception déclinatoire déposée en réponse à une requête en autorisation soumise au nom d'un groupe composé uniquement de membres non-résidents. Le barrage de la mine d'or de Cambior en Guinée avait rompu, déversant 2,3 milliards de litres de cyanure et autres polluants dans deux rivières, l'une d'elles étant une voie d'eau importante. La Cour supérieure a décidé qu'elle était compétente en raison du domicile ou de la résidence de Cambior au Québec (article 3148(1) C.c.Q.), ou encore basée sur une faute commise au Québec (article 3148(3) C.c.Q.), à savoir les décisions erronées du conseil de Cambior. Néanmoins, la Cour supérieure a choisi de décliner sa compétence puisque ni les victimes ni l'action n'avaient de liens réels avec le Québec. La Cour a décidé que la Guinée, et non le Québec, était le forum naturel et logique en raison de la localisation de la mine et du drame, de la résidence des victimes, de la loi applicable, et de la disponibilité de la preuve. La Cour n'a pas clairement répondu aux arguments du demandeur suivant

²⁶ *Spar Aerospace c. American Mobile Satellite*, précité, note 25, p. 243. (J.A. Talpis et S.L. Kath, « The Exceptional as Commonplace in Quebec *Forum Non Conveniens* Law: *Cambior*, a Case in Point » (2000), 34 R.J.T. 761).

²⁷ *RIQ c. Cambior Inc.*, [1998] Q.J. No. 2554 (C.S.).

lesquels le système judiciaire en Guinée était corrompu et en crise, ne permettant pas aux victimes l'accès à une justice impartiale et équitable.

Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a récemment²⁸ confirmé en *obiter* que l'article 3148 C.c.Q. accordait une large compétence aux tribunaux, et que cette disposition devait être interprétée dans son ensemble en raison de la codification des règles de droit international privé.

En conséquence, depuis la codification de 1994, il semble que nos règles de droit international privé facilitent la création de classes nationales au Québec. Les tribunaux du Québec peuvent exercer leur compétence sur une classe de résidents et de non-résidents, ou encore une classe composée uniquement de non-résidents, tant que l'un des critères de l'article 3148 C.c.Q. est présent.

À notre avis, l'article 3148 C.c.Q. n'oblige pas les tribunaux québécois à établir leur compétence à la fois envers des membres résidents et des membres non-résidents. L'article 3148 C.c.Q. codifie des facteurs de rattachement basés sur le domicile ou l'établissement du défendeur ainsi que sur le contrat en jeu ou certains des éléments de la cause d'action. Les termes de l'article 3148 C.c.Q. ne peuvent être raisonnablement interprétés comme imposant un fardeau juridictionnel pour chaque demandeur ou pour chaque sous-groupe de demandeurs à l'égard des recours collectifs. Il n'est pas nécessaire de rechercher un lien substantiel distinct pour les membres non-résidents ou des questions qu'ils pourraient avoir en commun avec les membres résidents. Une fois la compétence

²⁸ *GreCon Dimter Inc. v. JR Normand Inc. et al.*, [2005] S.C.C. 46.

établie « entre la province de Québec et l'action », cette décision s'applique à la fois aux demandeurs résidents et non-résidents. En adoptant le Livre Dixième du C.c.Q., le législateur était évidemment conscient de nos règles de procédure en matière de recours collectifs. Néanmoins, aucune règle spécifique visant les recours collectifs multi-juridictionnels n'a été adoptée. Il y a lieu de conclure que l'article 3148 s'applique à toute action, qu'elle soit collective ou individuelle.

De plus, comme l'a souligné récemment la Cour suprême, la doctrine du *forum non conveniens* est de nature exceptionnelle, et devrait inciter les tribunaux québécois à retenir leur compétence sur les membres non-résidents des classes nationales.

Il n'est donc pas étonnant que dans *Bourque c. Laboratoires Abbott Ltée*²⁹, la Cour supérieure ait contredit sa décision antérieure de *Bolduc*, en autorisant un recours de participants et de bénéficiaires à un régime de retraite, à la fois résidents et non-résidents. Le recours avait pour objet l'annulation de congés de cotisations pris par l'employeur ainsi que leur remboursement à la caisse du régime. La Cour n'a pas jugé que l'application des divers régimes et lois était problématique. Elle a maintenu que le juge au mérite pouvait se servir des pouvoirs conférés par l'article 1022 C.p.c. si nécessaire, afin de diviser ou restreindre les questions à être décidées. Le fait que les membres étaient dispersés à travers le Canada constituait une raison additionnelle pour autoriser le recours, et non un obstacle.

²⁹ *Bourque v. Laboratoires Abbott Ltée*, [1998] A.Q. no. 983 (C.S.).

Nous soulignons cependant que la récente décision dans *HSBC Bank of Canada c. Hocking et Haziza*³⁰ pourrait donner lieu à des conclusions divergentes. La Cour supérieure a en effet refusé de reconnaître un jugement ontarien qui avait entériné un règlement dans le cadre d'un recours collectif intenté au nom d'une classe nationale. C'est l'intervenant Haziza qui s'opposa à l'homologation du règlement. Ce dernier avait déposé une requête en autorisation au Québec qui n'avait pas été adjugée. La Cour ontarienne avait autorisé le règlement national malgré l'intervention et l'opposition de Haziza. La Cour supérieure est arrivée à la conclusion que le tribunal ontarien n'était pas compétent pour rendre cette décision, conformément au paragraphe 1 de l'article 3155 C.c.Q. qui se lit comme suit :

« **Art. 3155.** Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants :

1° L'autorité de l'État dans lequel la décision a été rendue n'était pas compétente suivant les dispositions du présent titre ; (*nos soulignés*)

[...] »

La Cour supérieure a en effet affirmé qu'aucune des conditions de reconnaissance stipulées à l'article 3168 C.c.Q. n'était rencontrée à l'égard des membres québécois de la classe. L'article 3168 se lit comme suit :

« **Art. 3168.** Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, la compétence des autorités étrangères n'est reconnue que dans les cas suivants :

³⁰ *HSBC Bank Canada c. Hocking et Haziza*, précité, note 18.

- 1° Le défendeur était domicilié dans l'État où la décision a été rendue ;
- 2° Le défendeur avait un établissement dans l'État où la décision a été rendue et la contestation est relative à son activité dans cet État ;
- 3° Un préjudice a été subi dans l'État où la décision a été rendue et il résulte d'une faute qui y a été commise ou d'un fait dommageable qui s'y est produit ;
- 4° Les obligations découlant d'un contrat devaient y être exécutées ;
- 5° Les parties leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé ; cependant, la renonciation du consommateur ou du travailleur à la compétence de l'autorité de son domicile ne peut lui être opposée ;
- 6° Le défendeur a reconnu leur compétence. » (*nos soulignés*)

Ce faisant, la Cour a examiné la compétence du tribunal ontarien par rapport à chaque sous-groupe provincial de membres demandeurs. À notre humble avis, HSBC avait raison de prétendre que le tribunal ontarien avait compétence sur cette affaire car, globalement, des contrats pertinents avaient été conclus en Ontario, la banque avait une place d'affaires en Ontario, des dommages avaient été causés et soufferts en Ontario. De plus, les membres ontariens et les défenderesses avaient soumis leur litige au tribunal ontarien et avaient reconnu sa compétence. Tel qu'évoqué plus tôt, l'article 3148 C.c.Q. ne requiert pas des analyses distinctes de compétence pour chaque demandeur ou groupe de demandeurs. Si le législateur voulait réellement codifier une telle règle et imposer un tel fardeau, il l'aurait clairement énoncé. Une telle interprétation restrictive de l'article 3148 C.c.Q. contredirait l'approche libérale et courtoise de nos règles de droit international privé, tel que réitéré par la Cour suprême.

Le véritable problème dans l'affaire HSBC provenait du fait que nos règles élémentaires de justice naturelle semblaient avoir été contrevenues à l'égard des droits d'exclusion et

de dissidence des membres québécois inclus dans la classe nationale. Madame la juge Claudine Roy notait bien ses préoccupations à cet égard :

« [78] La situation prévalant dans le présent dossier, aux yeux du Tribunal, n'est pas conforme aux principes d'ordre et d'équité : la réclamation des membres québécois n'a aucun lien avec le forum ontarien, le représentant québécois a tenté sans succès de participer aux négociations entreprises entre Hocking et HSBC, les membres ne reçoivent aucune compensation suite au règlement et ils n'ont pas réussi à faire valoir leur point de vue devant le tribunal ontarien, leur intervention ayant été rejetée.

[79] De plus, l'avis publié aux membres ne mentionne pas clairement que les membres ne recevront aucune somme et ne précise pas les montants versés aux organisations caritatives.

[80] Bien que publié dans plusieurs journaux, l'avis n'a paru qu'une seule fois le 14 mai 2005. Aucune preuve n'est déposée du taux de connaissance réelle de l'avis par les membres. Par comparaison, dans *Phillips Petroleum Co. c. Shutts*, jugement américain souvent cité au soutien de la création d'une classe nationale, tous les membres avaient individuellement reçu un avis. Dans l'affaire *Currie* où le tribunal conclut que l'avis aux membres était insuffisant, une preuve d'expert était soumise établissant que 29,9 % des adultes canadiens fréquentant les restaurants de hamburgers avaient eu connaissance de l'avis par opposition à 72 % pour les restaurants américains.

[81] Le Tribunal n'est pas convaincu que les membres québécois du recours ont réellement eu connaissance du règlement et réalisé qu'ils renonçaient à recevoir quelque montant que ce soit ; » (*nos soulignés*)

Les préoccupations de la Cour supérieure étaient parfaitement louables et ont entaché la décision ontarienne. Cependant, et avec respect, Madame la juge Roy n'avait nullement besoin d'interpréter l'article 3148 C.c.Q. ni d'adopter une nouvelle règle de compétence en matière de recours collectif afin de sanctionner les défaillances de la décision ontarienne. Il n'y avait pas lieu de remettre en cause la compétence du tribunal ontarien qui rencontrait clairement les critères de l'article 3148(3) C.c.Q. Il aurait suffi de refuser de reconnaître cette décision en se fondant sur l'article 3155 (3) C.c.Q.

« **Art. 3155.** Toute décision rendue hors du Québec est reconnue et, le cas échéant, déclarée exécutoire par l'autorité du Québec, sauf dans les cas suivants :

[...]

3° La décision a été rendue en violation des principes essentiels de la procédure ;

[...] »

La Cour aurait pu invoquer que le droit d'exclusion des membres d'une classe nationale est un principe essentiel de procédure propre aux recours collectifs.

La Cour supérieure a subsidiairement conclu que même si le tribunal avait compétence, il aurait dû décliner celle-ci vis-à-vis les membres québécois sur la base de la thèse de *forum non conveniens*. Bien que cette solution alternative paraisse également séduisante, il faut se rappeler que la Cour suprême a récemment réitéré la nature exceptionnelle de cette doctrine.

Finalement, dans la décision *Beaudoin c. Avantage Link*³¹, la Cour supérieure a autorisé un recours impliquant une classe mondiale d'investisseurs du marché secondaire qui furent victimes de fraude. Sa compétence n'a pas été contestée. En effet, la décision demeure muette sur le sujet. Il n'en demeure pas moins que l'autorisation au Québec de recours collectifs nationaux et internationaux pourrait bientôt atteindre son apogée, particulièrement en matière de valeurs mobilières. Dans cette éventualité, nos tribunaux auront intérêt à clairement établir les conditions du droit d'exclusion des membres ainsi que des modalités d'avis suffisamment étoffées pour assurer la légitimité et l'efficacité de jugements éventuels.

³¹ *Beaudoin c. Avantage Link*, [2002] J.Q. No. 4575 (C.S.).