

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-021619-119
(500-06-000539-102; 500-06-000550-109)

DATE : 3 décembre 2012

CORAM : LES HONORABLES BENOÎT MORIN, J.C.A.
PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.
NICHOLAS KASIRER, J.C.A.

LORNE SCHMIDT
APPELANT - Demandeur

c.

JOHNSON & JOHNSON INC.
DEPUY ORTHOPAEDICS INC.
DEPUY INTERNATIONAL LTD.
JOHNSON & JOHNSON CORPORATION
INTIMÉES - Défenderesses

et

ALLAN DICK
MIS EN CAUSE – Demandeur

ARRÊT

[1] L'appelant se pourvoit contre un jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, rendu le 29 mars 2011 (l'honorable Jean-François De Grandpré) qui a suspendu les procédures judiciaires dans le dossier 500-06-000539-102 jusqu'au jugement final sur la requête pour autorisation d'un recours collectif dans le dossier 500-06-000550-109.

[2] Pour les motifs du juge Dalphond, auxquels souscrivent les juges Morin et Kasirer;

LA COUR :

[3] **REJETTE** le pourvoi, avec dépens.


BENOÎT MORIN, J.C.A.


PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.


NICHOLAS KASIRER, J.C.A.

Me Owen Flaquero
Me Frederico Tyrawskyj
MERCHANT LAW GROUP
Pour l'appelant

Me Gregory Brian Bordan
NORTON ROSE CANADA
Pour les intimées

Me Gordon Kugler
Me Robert Kugler
KUGLER, KANDESTIN
Pour le mis en cause

Date d'audience : 1^{er} mars 2012

MOTIFS DU JUGE DALPHOND

[4] Dans l'arrêt *Hotte c. Servier Canada inc.*, [1999] R.J.Q. 2598 (C.A.) (*Servier*), la Cour énonce qu'en matière de recours collectif la première requête en autorisation déposée au greffe a préséance sur toute autre requête visant à représenter le même groupe ou un groupe qui comprend celui décrit à la première requête. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il y a lieu de continuer d'appliquer cette règle, mais avec souplesse, comme l'a fait le juge de première instance.

LE CONTEXTE

[5] Diverses sociétés faisant partie de l'un des groupes suivants, que je désignerai Depuy¹, Stryker² et Zimmer³, sont poursuivies concernant la production et la distribution d'implants de hanche.

[6] Le 5 novembre 2010, Merchant Law Group (MLG), un cabinet de Régina qui initie beaucoup de recours collectifs au Canada par l'entremise de ses bureaux dans plusieurs villes du pays, dépose en Alberta une requête pour certifier un recours collectif au nom d'un résident de l'Alberta, Rodney Day, contre des sociétés des groupes Depuy, Zimmer et Stryker. Il y recherche des dommages au nom de toutes les personnes au Canada ayant reçu un implant de hanche fabriqué par ces groupes.

[7] Le 12 novembre 2010, MLG dépose une requête semblable en Nouvelle-Écosse pour certifier un recours similaire au nom d'un résident de cette province, Donald Manning.

[8] Le 26 novembre 2010, MLG dépose en Cour supérieure à Montréal une requête en autorisation d'exercer un recours collectif contre les sociétés des groupes Depuy, Stryker et Zimmer au nom de Lorne Schmidt, un résident de Saskatchewan qui a été opéré à l'Hôpital général juif de Montréal en octobre 2006. Selon les allégations de cette requête, après avoir reçu deux implants de hanche de marque Depuy, Schmidt aurait été affligé de différents problèmes. Le groupe qu'il voudrait représenter est ainsi décrit : toutes les personnes au Canada ayant reçu des implants de hanche d'un de ces trois groupes. C'est donc le troisième recours national que MLG voudrait piloter contre les

¹ L'appelant considère que les activités des sociétés Depuy International Ltd., Depuy Orthopaedics inc., Johnson & Johnson Corp. et Johnson & Johnson inc. sont interreliées.

² Il en irait de même des sociétés Stryker Canada LP, Stryker Canadian Management Inc., Stryker Canada Corp., Stryker Corporation et Howmedica Osteonics Corporation.

³ Ce serait aussi le cas de Zimmer Inc., Zimmer Holdings Inc., Zimmer GMBH et Zimmer of Canada Limited.

mêmes défendeurs et pour les mêmes faits. Subsidiatement, Schmidt demande d'être autorisé à représenter toute personne résidant au Québec ayant reçu des implants de hanche d'une société de ces trois groupes, un regroupement de personnes dont il ne fait manifestement pas partie.

[9] Outre la conclusion subsidiaire quant à la composition du groupe, la requête de Schmidt est singulière en ce que les conclusions recherchées sont à parfaire, comme d'ailleurs le syllogisme juridique. Cette requête n'a pas été signifiée aux sociétés intimées peu après son dépôt au greffe⁴.

[10] Le 10 décembre 2010, MLG dépose devant la Cour supérieure du Québec deux nouvelles requêtes, l'une pour obtenir l'autorisation d'entreprendre un recours collectif contre les sociétés du groupe Zimmer (requête Wainberg) et l'autre contre les sociétés du groupe Stryker (requête Dunlop). En d'autres mots, MLG scinde son recours, initialement dirigé contre les trois groupes de sociétés, pour le remplacer par trois recours distincts.

[11] Le 19 janvier 2011, MLG dépose une requête pour obtenir la permission d'amender la requête en autorisation dans le dossier Schmidt afin, d'une part, d'y ajouter comme codemandeur Serge Brousseau, un résidant du Québec qui aurait reçu un implant de hanche Depuy en mai 2009, et, d'autre part, se désister contre les groupes Zimmer et Stryker, désormais ciblés par des recours distincts.

[12] Entre-temps, soit le 21 décembre 2010, une requête en autorisation d'un recours collectif au nom de Allan Dick, un résidant du Québec, dirigée contre le groupe Depuy, est déposée au greffe de la Cour supérieure de Montréal par le cabinet Kluger Kandestin (KK). De facture complète, tant au niveau des allégations que des conclusions, cette requête a été signifiée aux sociétés intimées du groupe Depuy le 22 décembre 2010. Par la suite, KK entreprend les démarches requises pour une audition de sa requête. Le juge assigné au dossier arrête une date d'audition en août 2011, étape que le présent pourvoi suspendra.

[13] Ce n'est qu'en février 2011 que les requêtes dans le dossier de l'appelant (la requête pour autorisation d'entreprendre un recours collectif du 26 novembre 2010 et la requête pour amendement du 19 janvier 2011) ont été signifiées aux sociétés intimées.

[14] Le 25 février 2011, les avocats des sociétés intimées ont déposé une requête pour demander la suspension d'un des deux recours collectifs intentés contre elles.

[15] Par jugement rendu le 29 mars 2011, le juge De Grandpré a ordonné la suspension des procédures de Schmidt pilotées par MLG jusqu'à ce qu'une décision

⁴ Le dépôt au greffe d'une action interrompt la prescription si celle-ci est signifiée dans les 60 jours qui suivent (art. 2892 C.c.Q.). Le défaut de signification peut entraîner l'annulation de l'action (art. 143 C.p.c.).

finale soit rendue sur la requête en autorisation de Dick représenté par KK, d'où le pourvoi de Schmidt, dûment autorisé par mon collègue le juge Kasirer le 14 juin 2011.

LE JUGEMENT ATTAQUÉ

[16] Le juge affirme qu'il n'a pas à appliquer aveuglément la règle du « premier qui dépose » (règle *Servier*), ce qui risque de donner lieu à l'« *ambulance chasing* » et au « *forum shopping* », des comportements susceptibles de nuire à une saine administration de la justice et aux meilleurs intérêts des membres. Il propose une application souple de la règle *Servier*, adaptée au contexte de chaque affaire.

[17] En l'espèce, il souligne que la requête introductive de l'appelant ne comportait que trois paragraphes quant à sa réclamation, qu'elle a ensuite tardé à être signifiée et que MLG souhaite désormais se désister contre deux des trois groupes de défendeurs. Selon lui, tout cela démontre que MLG a préparé les procédures déposées au Québec à la hâte, sans recherche suffisante et sans développer sérieusement une cause d'action. Le juge croit aussi que les autres recours intentés ailleurs au Canada par MLG auront préséance sur celui au Québec, qui demeurera vraisemblablement inactif. Pour lui, MLG tente tout simplement d'occuper le terrain et de bloquer l'entrée en scène d'autres cabinets d'avocats, afin de récolter seul tous les bénéfices.

[18] Par contre, Dick posséderait, à première vue, les qualités requises pour assurer une représentation adéquate des résidants du Québec. De plus, la requête préparée par ses avocats est bien structurée et énonce clairement la théorie de la cause et les conclusions recherchées. Quant aux avocats de Dick, il retient qu'ils font le nécessaire pour faire avancer le dossier.

[19] Dans ces circonstances, même si les trois identités requises pour qu'il y ait litispendance existent probablement, le juge conclut que ce critère ne doit pas dominer. Il préfère celui de l'intérêt supérieur du groupe, lequel militerait en faveur d'un représentant québécois agissant pour les résidants québécois, représentés par des avocats qui veulent faire avancer le dossier plutôt que pour un représentant résidant en Saskatchewan, représenté par des avocats qui ne souhaitent pas vraiment procéder au Québec. Par conséquent, il suspend la requête en autorisation de Schmidt; il ne se prononce pas sur la demande d'amendement.

LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

[20] Les avocats de l'appelant soutiennent que le juge de première instance aurait dû se prononcer sur la requête en amendement avant de statuer sur la requête en suspension. En omettant de ce faire, le juge a comparé la requête originale de l'appelant, sans possibilité de corriger ses déficiences, avec la requête du mis en cause

Dick déposée plus tard. Paradoxalement, il aurait pris en considération le contenu de la requête en amendement pour juger de la qualité de la requête initiale et ensuite statuer sur la requête en suspension. Ils considèrent aussi que le juge a commis une erreur de droit en dérogeant à la règle du « premier qui dépose », seule applicable au Québec. Ils plaident ensuite que le juge s'est prononcé prématurément et sans preuve suffisante sur des critères prévus à l'art. 1003 C.p.c. pour l'autorisation d'un recours collectif. Ainsi, il se prononce sur les qualités de l'appelant comme représentant, les compare avec celles du mis en cause Dick, de même que sur le bien-fondé apparent de chacun des recours, se livrant à un exercice comparatif, et ce, sans une preuve complète. Finalement, ils affirment que le juge de première instance a tiré des conclusions de fait erronées quant à leur stratégie.

[21] Les sociétés intimées rétablissent certains faits, mais évitent de prendre position quant à celle des requêtes qui devrait procéder contre elles. Elles font uniquement valoir qu'elles n'ont pas à se défendre simultanément contre deux recours collectifs portant sur les mêmes faits.

[22] Les avocats du mis en cause Dick affirment que le juge doit en tout temps prendre en considération le meilleur intérêt des membres du groupe. Selon eux, l'arrêt *Servier* n'impose pas aux juges d'appliquer dans tous les cas la règle de « premier qui dépose », laquelle doit céder le pas lorsque les intérêts des membres putatifs seraient mieux servis par la suspension du premier recours plutôt que celle du deuxième. En l'espèce, le juge de première instance a exercé sa discrétion judicieusement afin de protéger le meilleur intérêt des membres putatifs. Quant à la requête pour amender, ils soulignent que les avocats de l'appelant n'ont jamais demandé au juge de première instance de se prononcer sur celle-ci; de toute façon, c'est la requête initiale qui devait être considérée en l'espèce.

L'ANALYSE

I. La demande d'amendement

[23] La procédure d'amendement en matière de recours collectif diffère de celle concernant un recours ordinaire. Dans ce dernier cas, l'art. 199 C.p.c. énonce qu'une partie peut amender en tout temps son acte de procédure sans autorisation lorsque l'autre partie n'y a pas encore répondu, alors que par le jeu des art. 1010.1 et 1016 C.p.c., l'autorisation du tribunal est toujours requise dans le cas d'un recours collectif (*Rouleau c. Placement Etteloc inc.*, J.E. 99-935, p. 26-27 (C.S.)), ce qui confirme le rôle important de supervision du tribunal en cette matière.

[24] En l'espèce, l'appelant a déposé sa requête pour permission d'amender le 19 janvier 2011. Cependant, elle n'a été signifiée que le mois suivant. Dans les échanges subséquents entre le juge et les avocats des parties, il n'a jamais été mentionné que

l'audition du 23 mars 2011 pourrait aussi porter sur la requête pour permission d'amender. Lors de l'audition du 23 mars 2011, l'avocat de l'appelant a indiqué être prêt à commencer le débat sur la question de la suspension. De plus, lorsque le juge lui a indiqué qu'il devrait avoir la permission d'un juge pour amender sa procédure, il a répondu que s'il n'y avait pas eu la requête en suspension, il aurait déjà procédé sur la requête en amendement.

[25] Dans ces circonstances, on ne saurait faire grief au juge de première instance de ne pas avoir procédé sur la requête pour permission d'amender alors que l'audition ne portait que sur la requête en suspension. D'ailleurs, la permission d'appeler ne porte que sur la question de la suspension.

II. L'origine et la nature de la règle *Servier* du « premier qui dépose »

[26] Aucun article précis du *Code de procédure civile* n'envisage la possibilité de requêtes concurrentes en autorisation ou de suspension d'une requête dans un dossier jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue sur une autre. La règle du premier qui dépose est donc uniquement de droit prétorien.

[27] Le 23 septembre 1997, dans une affaire impliquant un produit amaigrissant de la société *Servier*, Mme Hotte dépose une requête en autorisation dans le district de Laval. Elle y réclame pour elle-même des dommages totalisant 225 000 \$; quant aux autres membres du groupe, elle propose une indemnisation individuelle. Le lendemain, une requête en autorisation similaire est déposée dans le district de Montréal par Arkady Idlin, puis le 2 octobre 1997, une autre par Denise Gagné-Ladouceur et l'ACEF du centre de Montréal. On se retrouve donc avec trois recours similaires déposés à peu près en même temps. Le 8 décembre 1997, les avocates de Mme Hotte, par requête en jugement déclaratoire, demandent de déclarer qu'il y a litispendance à l'égard des requêtes subséquentes à la leur, rendant ces dernières irrecevables, ou, subsidiairement, de suspendre ces requêtes tant qu'il n'aura pas été statué sur la leur.

[28] Par jugement rendu le 13 mai 1998, la juge Piché de la Cour supérieure rejette cette requête et réfère les trois requêtes en autorisation à la juge en chef pour que soit désigné un juge chargé de procéder à une audition simultanée de celles-ci afin de décider du membre à qui le statut de représentant sera accordé. Ce jugement est porté en appel par les avocates de Mme Hotte.

[29] Dans l'arrêt *Servier, supra*, p. 2601-2602, notre Cour rejette cette approche en ces termes :

À cette étape de la demande d'autorisation, les requérants n'ont pas le statut de représentant du groupe. C'est précisément cette reconnaissance qu'ils recherchent. C'est cependant en leur qualité de membre d'un groupe qu'ils formulent leur requête (art. 1002 et 999 C.P.). Cette qualité de « membre d'un groupe » constitue leur véritable identité juridique. Conclure autrement

permettrait à chaque membre d'un groupe de présenter sa propre requête sans qu'on puisse lui opposer la litispendance ou la chose jugée pour les requêtes ou les jugements obtenus par les autres membres du groupe. Je conclus donc à l'identité des parties.

Ayant conclu à la triple identité requise pour faire droit à l'exception de litispendance, y a-t-il lieu en conséquence de rejeter les requêtes déposées postérieurement à celle de Hotte?

Je n'estime ni approprié, ni prudent, à ce stade, de le faire. Les critères d'octroi d'autorisation énoncés à l'article 1003 C.P. portent à la fois sur des questions de fond et de pure procédure. Le jugement à venir pourrait, à titre d'exemple, rejeter une requête parce que le tribunal estimerait que le requérant n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres. Ce faisant, le jugement trancherait un aspect procédural sans se prononcer sur le fond des autres aspects de la requête. En pareille circonstance, personne ne soutiendrait alors qu'il y aurait chose jugée empêchant un autre membre mieux qualifié de présenter une même requête aux mêmes fins.

La Cour a reconnu qu'il n'y a pas chose jugée à l'encontre d'un jugement qui rejette une action pour des motifs procéduraux sans se prononcer sur le fond du litige. En l'espèce, le fond du litige à l'occasion d'une demande d'autorisation porte plutôt sur les trois premières conditions énumérées à l'article 1003 C.P. Même à l'égard de ces dispositions, la prudence est de mise. Il est impossible de connaître avec exactitude la teneur du jugement à venir et le cadre juridique du recours collectif qui sera décrit par le juge saisi de l'affaire. Il y a donc lieu, en cas de doute, de retenir l'enseignement [de prudence] de M. le juge Gonthier dans l'arrêt *Rocois Construction Inc.* : (...)

Il m'apparaît approprié, dans les circonstances, de suspendre les requêtes d'Idlin et de l'ACEF jusqu'à ce qu'il soit statué sur la requête de Hotte laissant par la suite aux parties la possibilité de soulever la présomption de la chose jugée à l'encontre de ces deux requêtes, s'il y a lieu.

La solution retenue par la juge de première instance conduit à un résultat inadéquat. Elle oblige les parties à faire un débat coûteux afin de déterminer le requérant le mieux qualifié, et ce, à l'aide de critères que la loi ne prévoit pas. Il faut se rappeler que, en pareille matière, il ne s'agit pas de choisir le représentant idéal, comme notre cour a eu l'occasion de le préciser à maintes reprises, et notamment dans l'affaire *Greene c. Vacances Air Transat inc.* :

Il est sans doute souhaitable que le meilleur des membres se voit conférer le statut de représentant. Toutefois, la perfection n'étant pas de ce monde, notre cour a choisi de ne pas sacrifier la représentation adéquate à l'élitisme afin de favoriser l'exercice du recours collectif.

D'ailleurs, les affaires *Guilbert c. Vacances sans Frontière ltée*, *Château c. Placements Germarich inc.* et *Lasalle c. Kaplan* illustrent cette tendance de notre cour à privilégier une approche libérale dans le choix du représentant.

La Cour supérieure aurait dû conclure à une apparence de litispendance et utiliser sa compétence inhérente pour ordonner la suspension des dossiers d'Idlin et de l'ACEF. La Cour a reconnu le pouvoir des tribunaux de première instance de contrôler leurs dossiers en confirmant la décision prise de ne pas porter au rôle une cause faisant l'objet d'un recours basé sur les mêmes faits.

[je souligne; notes omises]

[30] Cette décision, comme on peut le voir à sa lecture, constitue une véritable décision de politique judiciaire découlant de la compétence inhérente de la Cour supérieure de contrôler ses dossiers. S'inspirant du principe connu de la litispendance, la Cour constate en l'espèce « une apparence de litispendance » entre les recours concurrents, puis, référant aux pouvoirs inhérents, ordonne une suspension des requêtes subséquentes plutôt que leur rejet, conséquence habituelle en matière de litispendance tel que l'indique le paragr. 165(1) C.p.c.

[31] Cette solution apparaît préférable à celle de la sélection, par le juge saisi des demandes d'autorisation concurrentes, du meilleur recours, la Cour craignant que cela « oblige les parties à faire un débat coûteux afin de déterminer le requérant le mieux qualifié et ce, à l'aide de critères que la loi ne prévoit pas ».

[32] Je rappelle qu'il y a litispendance lorsqu'il y a identité de cause, d'objet et de parties (*Rocois construction inc. c. Québec ready mix inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440). Dans le cas de recours collectifs concurrents, la condition de l'identité de parties a été tempérée pour comparer les représentants ès qualités de membres du même groupe putatif. On ne requiert pas alors l'identité physique, mais bien l'identité juridique⁵. De plus, il n'est pas nécessaire que toutes les parties ou tous les membres du groupe se retrouvent dans chacun des recours pour conclure à l'identité des parties. De même, on retient qu'il y a apparence de litispendance dès qu'il y a un défendeur en commun⁶. Finalement, c'est la date du dépôt qui est prise en considération et non pas la date de signification des requêtes pour établir la séquence temporelle⁷.

[33] La règle est ainsi d'application relativement simple. Elle peut cependant donner lieu à des abus, comme le soulignent tant le juge de première instance que plusieurs auteurs.

⁵ *Société canadienne des postes c. Lépine*, [2009] 1 R.C.S. 549, paragr. 55; *Servier*, p. 2601.

⁶ *Royer-Brennan c. Apple Computer Inc.*, 2006 QCCS 2451; *Gauthier c. General Motors du Canada ltée*, J.E. 2006-124 (C.S.); *Option Consommateurs c. Banque de Montréal*, 2006 QCCS 1398.

⁷ *Option Consommateurs c. Pfizer Canada Inc.*, J.E. 2005-2030 (C.S.), paragr. 27.

[34] Enfin, je souligne que, depuis l'énoncé de la règle *Servier*, on assiste à une prolifération de recours collectifs nationaux où le groupe proposé comprend tous les Canadiens affectés par la faute alléguée. Dans ces cas, une apparence de litispendance avec un recours déposé au Québec peut résulter de recours concurrents déposés ailleurs au pays. En pareille situation, l'art. 3137 C.c.Q. s'applique. Dans l'affaire *Lebrasseur c. Hoffmann-La Roche ltée*, 2011 QCCS 5457, la juge Savard de la Cour supérieure conclut que cette disposition confère une discrétion pour suspendre le recours québécois, à être exercée dans le meilleur intérêt des membres du Québec. J'adopte cette approche axée sur le critère du meilleur intérêt des membres putatifs, qui est d'ailleurs celle proposée à l'art. 579 de *l'Avant-projet de la loi constituant le nouveau Code de procédure civile*, déposé à l'Assemblée nationale le 29 septembre 2011.

III. Les effets pervers de la règle *Servier*

[35] Une application servile de l'arrêt *Servier* peut, occasionnellement, entraîner des effets préjudiciables pour les membres du groupe représenté. En *obiter*, dans l'affaire *Sirois c. Menu Food Income Fund*, 2007 QCCS 5808, le juge Prévost de la Cour supérieure, ex-responsable de la chambre des recours collectifs, écrit :

[69] La règle énoncée dans l'arrêt *Servier* voulant qu'en cas de litispendance, le premier recours déposé au greffe doit procéder et les autres être suspendus, entraîne malheureusement des effets pernicieux. On assiste souvent à une course du type «qui déposera le premier recours?». La qualité des requêtes pour autorisation d'exercer un recours collectif s'en trouve parfois affectée dans un contexte où, depuis la réforme de la procédure civile de 2003, la rédaction de cette procédure a pris une importance capitale en raison des limites imposées au débat s'effectuant au stade de l'autorisation.

[notes omises]

[36] Daniel Belleau et Maxime Nasr, « Les recours collectifs concurrents en droit interne - Mais qui donc se souciera des membres? », dans *Service de la formation continue, Barreau du Québec, Développements récents sur les recours collectifs (2007)*, vol. 278, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, 169, écrivent aux p. 187-188 :

La solution québécoise à la problématique des recours collectifs concurrents dégagée par la Cour d'appel dans son arrêt *Servier* comporte certains avantages non négligeables. En outre, elle permet d'éviter des batailles souvent inutiles et stériles entre requérants et de résoudre rapidement et facilement ce type de conflit.

Par contre, elle emporte également son lot d'inconvénients. En effet, une application rigide et sans nuance de la règle du « premier qui dépose » ne peut que nuire à un requérant minutieux qui souhaiterait avoir la possibilité de procéder à une analyse poussée d'un dossier avant d'entreprendre des

procédures en recours collectif avec toutes les conséquences qui s'en suivent. Aussi faut-il éviter à tout prix que cette règle ne crée une véritable course au « premier qui dépose », qui ne pourrait que nuire à une réflexion et à une recherche plus complète sur le dossier et ainsi favoriser une rapidité inutile au détriment d'un travail de qualité.

En outre, si elle devait ne comporter aucune exception, cette règle aurait invariablement pour effet de nuire à d'éventuelles alliances entre les cabinets en demande. Pourtant, pareilles alliances se sont souvent révélées être dans le meilleur intérêt des membres du groupe.

Aussi, qu'advierait-il d'une première requête en autorisation déposée sans véritable objectif de poursuivre activement le dossier et dans l'unique but de cristalliser un groupe dans l'attente de participer à d'éventuels règlements conclus dans d'autres juridictions, face à une seconde requête plus étoffée et dont le requérant manifeste la ferme intention de faire avancer le dossier au bénéfice des membres qu'il entend représenter? En pareil cas et ceci dit avec beaucoup de respect, suivre à la lettre l'enseignement de la Cour d'appel dans *Servier* serait manifestement contraire aux intérêts des membres du groupe.

[note omise]

[37] En l'espèce, le juge De Grandpré retient que le cabinet MLG s'est empressé de déposer une requête en autorisation qu'il ne signifie pas ensuite, conscient de sa nature incomplète, et qu'il voudrait amender ultérieurement pour préciser plusieurs aspects. Fort de ce constat, il refuse une application mécanique de la règle *Servier* et conclut qu'il jouit d'une certaine discrétion dans l'application de cette règle.

[38] Il rejoint ainsi la position de deux de ses collègues, les juges Mongeau et Prévost. Dans *Cloutier c. Infineon Technologies, a.g.*, 2006 QCCS 3322, le premier écrit :

[57] Le Tribunal est d'avis que la date du dépôt comme telle n'est pas le seul élément déterminant quant à la suite à donner aux deux dossiers.

[58] Le Tribunal ne lit pas dans la décision de la Cour d'appel de l'affaire *Hotte* précitée, que la date du dépôt confère automatiquement à ce requérant préséance sur une ou des requêtes subséquentes à la sienne.

[59] D'autres facteurs pourraient être à considérer dans le meilleur intérêt du groupe visé.

Dans *Sirois c. Menu Food Income Fund, supra*, le deuxième fait le commentaire suivant :

[71] De l'avis du Tribunal, il convient d'appliquer la règle de *Servier* avec une certaine souplesse, lorsque requis, pour éviter que des membres visés par un recours ne soient préjudiciés par l'empressement du représentant à déposer la requête en autorisation et ce, au détriment d'un travail préalable adéquat de nature à favoriser l'autorisation du recours.

IV. L'approche ailleurs au Canada

[39] L'année suivant notre arrêt *Servier*, dans l'affaire *Vitapharm v. F. Hoffman-La Roche*, [2000] O.J. No. 4594, c'est l'approche rejetée par notre Cour qui sera adoptée par la Cour supérieure d'Ontario confrontée pour la première fois à des recours concurrents.

[40] Le juge Cumming, après avoir constaté l'absence de disposition sur le sujet dans la *Loi sur les recours collectifs*, 1992 L.O., c. 6, retient que cette loi accorde néanmoins au tribunal le pouvoir discrétionnaire de suspendre toute procédure et de rendre toute ordonnance appropriée à un déroulement juste et expéditif du recours. Cela lui suffit pour conclure qu'il a le pouvoir de déterminer lequel des recours se continuera (*carriage hearing*). Puis, s'inspirant de la jurisprudence et de la doctrine américaines, il énonce six facteurs à considérer pour déterminer laquelle des procédures est dans le meilleur intérêt des membres putatifs et doit par conséquent être autorisée à aller de l'avant :

49. Factors to consider in determining who should be appointed as solicitor of record in a class action include: the nature and scope of the causes of action advanced, the theories advanced by counsel as being supportive of the claims advanced; the state of each class action, including preparation; the number, size and extent of involvement of the proposed representative plaintiffs; the relative priority of commencing the class actions; and the resources and experience of counsel. See generally Newberg on Class Actions (West Group, 1992), 3rd ed, s. 9.35, pp. 9-96 and 9-97.

50. Turning to the situation at hand, the court has no doubt that both the Strosberg/Siskind and Borden counsel groups are very competent and experienced counsel who can provide proper representation to the retail purchasers as class members. The Horvath action was commenced a few weeks before the VitaPharm and Ford actions but, as Mr. Borden allows, this is of no import. Service has been completed in respect of all save one defendant in the VitaPharm and Ford actions. Service has not yet been done in respect of either the reconstituted actions or the Horvath action, but this also is of no import. There is nothing in the record to suggest that any putative representative plaintiff(s) for the retail purchasers might be a preferable choice in representing class members.

51 The record indicates both competing counsel groups have given considerable thought to the action(s) on behalf of the retail purchasers. The record also establishes that the Strosberg/Siskind counsel group has done more extensive research to this point in time into the alleged complex web of conspiracies and the appropriate approach for an economic analysis as to damages.

Which counsel group should be given carriage and appointed solicitors of record in the circumstances of the class action vitamin litigation in Ontario?

52 The approach offered by the Borden group of having one action for the retail purchasers that proceeds in tandem with the reconstituted actions pursuing the claims of all persons other than retail purchasers introduces many disadvantages. First, it multiplies the global assessments two-fold from a probable five to ten, since it is agreed there must be a global assessment. Moreover, this must be done on a product by product basis. This means there would have to be at least five global assessments (assuming only five different products) for the reconstituted actions and five more for the Horvath action as retail purchasers were involved in respect of each product.

53 Thus, the approach of the actions continuing to proceed in tandem multiplies the expense significantly. It would also leave open the possibility of different, and conflicting global assessments for a given product. As well, the global assessment for a given product would be in itself meaningless without discounting, and removing, the assessment by the loss attributable to the retail purchasers in the reconstituted actions. At the same time it would be necessary to discount the global assessments in the Horvath action by the amount of the loss attributable to all claimants other than the retail purchasers, to leave remaining the isolated amount of the damages suffered by the retail purchasers. This complex determination would have to be done on a product by product basis, that is, probably at least ten times.

54 In my view, and I so find, the least expensive method of determining the common issues requires that all actions except the Strosberg/Siskind counsel group actions be stayed. This approach avoids needless complexities and confusion through trying to deal with the retail purchaser claimants for all products in a single class proceeding, being the Horvath action. It is preferable to have the reconstituted actions which isolate in separate actions the divergent interests that may well result from different products used by the retail purchasers. Moreover, as I have said above, there are different groups of defendants from product to product.

55 At the same time, having the same counsel for all the reconstituted actions allows for efficiencies in determining matters and issues of commonality that run across the different products. The reconstituted actions of the Strosberg/Siskind counsel group reflect the advice of economists that there must be a global

assessment of damages on a product by product basis. The reconstituted actions are the most comprehensive of all the Ontario actions. In my view, they represent the best opportunity to meet the interests of all the class member claimants.

56 In my view, while the approach suggested by the Strosberg/Siskind counsel group is in the best interests of all claimants, it also is in the best interests of the defendants as it reduces unnecessary costs to them.

57 Finally, I find that the policy objectives of the CPA are best met through proceeding only with the Strosberg/Siskind counsel group actions. The objectives of access to justice and judicial efficiency in the use of resources are enhanced.

[je souligne]

[41] Depuis lors, dans les provinces de common law où les recours collectifs sont reconnus, on procède, en cas de pluralité de recours similaires, à une audition appelée *Carriage Hearing* à la suite de la signification par un des groupes d'avocats d'une *Carriage Motion*. Le tribunal saisi détermine alors s'il est effectivement en présence de recours collectifs concurrents en examinant leurs finalités et les descriptions des groupes. S'il en arrive à la conclusion que tel est le cas, il examine ensuite une série de critères, lesquels sont essentiellement ceux énoncés en 2000 et soulignés plus haut⁸, auxquels on ajoute des variantes, comme l'existence d'un possible conflit d'intérêts (voir un jugement fouillé récent : *Smith v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 24).

[42] En somme, un juge agissant au nom des membres putatifs désigne leur représentant et surtout leurs avocats. L'exercice tend alors à devenir une véritable joute entre des bureaux d'avocats en compétition pour l'obtention d'un lucratif mandat conféré par un juge au nom de clients pour l'essentiel inconnus. L'utilisation de critères comme le niveau de préparation des deux requêtes, les ressources et l'expérience des avocats, etc., pour déterminer lequel serait autorisé à aller de l'avant ne peut que rendre l'exercice hautement discrétionnaire et largement subjectif.

[43] Commentant la situation actuelle dans les provinces de common law, Earl A. Cherniak et Louise Moher, dans un récent commentaire intitulé : *An Unpredictable Battleground: Twelve Years of the Class Action Carriage Motion in Canada*⁹, écrivent en guise de conclusion :

While the Canadian class action carriage wars may have become more sophisticated, the end result certainly has not become more predictable. Competing class counsel expend significant resources preparing for a carriage motion, because the potential reward can be great. This makes the decision of

⁸ Voir aussi le texte de Daniel Belleau et Maxime Nasr, *supra*, p. 185-187.

⁹ Document distribué lors du *9th National Symposium on Class Actions*, Osgoode Hall Law School, April 26-27, 2012.

the judge hearing the motion more difficult. But the law of carriage is nascent and developing, and has not yet been the subject of appellate comment, so there is still time for an injection of certainty into this inherently discretionary issue. Until then, the secret to carriage may be to negotiate an agreement with competing counsel and thus avoid the battle altogether.

V. Les trois solutions possibles

[44] La Cour est appelée par le présent recours à reconsidérer la politique judiciaire adoptée en 1999. Trois options sont disponibles : le maintien de la règle *Servier*, un ajustement à cette règle ou l'adoption d'une procédure assimilable à la *Carriage Motion*.

[45] L'avocat de l'appelant, David Assor, dans un texte publié l'an dernier, « Commentaire sur la décision *Melley c. Toyota Canada inc.* – Les recours collectifs intentés dans plusieurs provinces canadiennes à la fois », dans *Repères*, mai 2011, EYB2011REP1046, défend la première option, thèse qu'il reprend devant nous.

[46] Par contre, Belleau et Nasr, *supra*, p. 188-189, s'inquiètent d'une application automatique de la règle du « premier qui dépose », tout en ne préconisant pas l'approche retenue ailleurs au Canada de la *Carriage Motion* :

En effet, le débat qui se fait au stade d'une *Carriage Motion* entraîne généralement une preuve relativement lourde et les parties (les deux demandeurs) se voient littéralement contraintes d'exposer publiquement leur stratégie et de faire ressortir les lacunes qui pourraient affliger l'autre demandeur. On aura rapidement compris que pareil débat risque fort de favoriser en bout de piste nul autre que les défendeurs, en plus de faire dépenser temps et argent à l'ensemble des membres du groupe.

[47] Comme plusieurs autres auteurs, ils soulignent que, dans le cadre d'un recours collectif, le juge a un rôle de protection des intérêts des membres absents¹⁰ et ils proposent l'adoption d'une approche intermédiaire.

[48] À mon avis, c'est l'approche que cette Cour doit désormais favoriser, soit la deuxième des options décrites précédemment. Aller plus loin et retenir l'option de la *Carriage Motion* constitueraient un virage trop important, dont on ne me démontre pas à ce jour les avantages. D'ailleurs, aucune des parties devant nous ne le propose.

[49] Il s'ensuit que le juge De Grandpré n'a pas commis d'erreur de droit en affirmant que « [l]e tribunal n'a pas à appliquer aveuglément le principe ou la règle du "First to

¹⁰ Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 44-47; Pierre Sylvestre, « Le recours collectif: une procédure essentielle dans une société moderne », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents sur les recours collectifs (1999)*, vol. 115, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, 23.

file" » (paragr. 9) et en soutenant que le tribunal « a le devoir de veiller à ce que les intérêts de toutes les personnes représentées soient adéquatement protégés » (paragr. 11). Par contre, dans son analyse, il me semble trop comparer les deux requêtes en autorisation et le comportement des avocats qui les mettent de l'avant, ce qui le rapproche dangereusement d'un *Carriage Hearing*.

[50] À mon avis, les effets pervers décrits plus haut tiennent d'un détournement de la finalité de la règle *Servier*. Cependant, ceux-ci pourraient possiblement être contrés par une application souple de la règle *Servier* se traduisant comme suit :

- la première requête déposée au greffe est, en principe, celle qui sera entendue en priorité;
- les requêtes subséquentes sont, entre-temps, suspendues et ne seront entendues, dans l'ordre de dépôt, que si la précédente est rejetée;
- la préséance dont jouit la première requête peut faire l'objet d'une remise en question par les avocats responsables des requêtes subséquentes; et
- celui qui conteste la préséance a le fardeau d'établir que la requête qui en bénéficie n'est pas mue dans le meilleur intérêt des membres putatifs, mais constitue plutôt un abus de la règle *Servier*.

[51] La démonstration que la première requête n'est pas mue dans le meilleur intérêt des membres putatifs doit être faite à partir d'éléments propres à la requête contestée et non par une démonstration de la supériorité de la qualité de la requête concurrente, du représentant proposé ou des avocats qui la mettent de l'avant. Il ne s'agit pas d'une joute entre deux cabinets d'avocats à la recherche d'honoraires ou entre deux organisations à la recherche de publicité.

[52] Ainsi, est admissible la démonstration que la première requête déposée au greffe souffre de graves lacunes, que les avocats qui en sont les responsables ne s'empressent pas de la faire progresser, qu'ils ont déposé des procédures similaires ailleurs au Canada, et ce, pour les mêmes membres putatifs, etc., c'est-à-dire des indices que les avocats derrière la première procédure tentent uniquement d'occuper le terrain et ne sont pas mus par le meilleur intérêt des membres putatifs québécois.

[53] Lorsque la première requête est de qualité acceptable et que les avocats qui la mettent de l'avant démontrent leur volonté de faire progresser le dossier dans les meilleurs délais, la règle du premier qui dépose devrait prévaloir pour éviter un débat long et coûteux comme il peut y en avoir dans le reste du Canada sur la meilleure des procédures, avec tout l'aspect subjectif, voire aléatoire, que cela peut représenter.

VI. Application de ces principes en l'espèce

[54] Dans son jugement, le juge de première instance fait ressortir plusieurs choses.

[55] Premièrement, il souligne la pauvre qualité générale de la requête de l'appelant :

[8] La formulation du recours de Schmidt ne comporte que trois paragraphes quant à sa réclamation. Aucun détail quant à la façon dont la chirurgie a été faite, quant aux dommages subis, quant aux difficultés encourues, quant au fait qu'il serait apte à représenter un groupe pan-canadien. Ceci démontre que le cabinet qui le représente a préparé les procédures sans information factuelle vérifiée, sans théorie de la cause articulée sérieusement.

[56] Comme le souligne la Cour sous la plume du juge Gagnon dans *Perreault c. McNeil PDI inc.*, 2012 QCCA 713, au paragr. 35, le caractère évolutif et incertain d'une requête en autorisation peut trahir la précipitation entourant son dépôt.

[57] Deuxièmement, il note que des procédures similaires ont été déposées ailleurs au Canada par MLG pour représenter le même groupe national que la requête au Québec, que cette dernière n'a été signifiée que très tardivement et qu'aucune démarche n'a été entreprise par MLG pour assurer la mise en état du dossier et une audition rapide de la requête en autorisation. Dans ces circonstances, le juge pouvait déduire raisonnablement qu'il y avait des risques que la procédure déposée au Québec soit abandonnée et que les avocats de l'appelant cherchaient uniquement à occuper le terrain québécois le plus rapidement possible.

[58] Troisièmement, le juge a mis en doute la capacité de l'appelant de représenter adéquatement les intérêts des membres du Québec. Au paragraphe 6, il écrit que l'appelant :

[...] est certes autorisé à poursuivre au Québec pour lui-même ou pour tous les [C]anadiens. Il ne peut assurément pas agir comme représentant d'un groupe formé par les résidents du Québec puisque le code de procédure civile l'interdit par l'effet combiné des articles 999 c) et 1002.

[59] Il ajoute que :

Le véritable critère est celui du meilleur intérêt du groupe. Il milite en faveur d'un représentant québécois pour les personnes résidant au Québec, évitant ainsi les problèmes de logistique posés par un demandeur d'un groupe national mais résidant en Saskatchewan.

[60] Il est clair que la capacité de représenter adéquatement les membres du groupe est un critère à examiner au stade de l'autorisation en vertu de l'article 1003 *C.p.c.* Toutefois, je ne crois pas que cette question devrait faire l'objet d'une étude

comparative à l'étape préalable d'une requête pour suspension. Hormis le fait que le représentant n'a manifestement pas qualité pour agir, ce qui est une lacune sérieuse de la procédure, le juge saisi d'une requête en suspension n'a pas à tenter de déterminer si le requérant est la personne idéale pour représenter les membres. Il doit seulement s'assurer que le requérant a la capacité légale de représenter les membres.

[61] Le recours de l'appelant vise les Canadiens ayant reçu un implant de hanche des intimées ou subsidiairement toute personne résidant au Québec ayant reçu un implant de hanche des intimées. Le juge a raison d'affirmer que l'appelant n'a pas la capacité de représenter les membres du groupe subsidiaire puisqu'il se compose de personnes qui résident au Québec et qui ont reçu un implant de hanche des intimées. Comme l'appelant ne réside pas au Québec, il ne peut faire partie du groupe ni le représenter. Comme l'indique la requête en amendement, MLG est conscient de cette lacune et propose désormais un codemandeur qui réside dans cette province.

[62] Sur le tout, je suis d'avis que la situation en l'espèce constitue un cas où le juge pouvait conclure que la requête de l'appelant comportait des lacunes importantes qui, ajoutées au comportement de MLG (défaut de signification, absence d'empressement de procéder au Québec, etc.), démontraient que les intérêts des membres du groupe commandaient de suspendre la première requête et de procéder plutôt sur la requête du mis en cause.

[63] Finalement, il importe de souligner que la décision de première instance ne cause aucun préjudice aux membres québécois du groupe proposé et que les membres putatifs ailleurs au pays sont couverts par au moins deux autres recours. De plus, le jugement attaqué ne met fin à aucun recours; il ne fait que suspendre celui de l'appelant qui sera repris, advenant rejet d'autorisation du recours du mis en cause Dick.

LA CONCLUSION

[64] Pour ces motifs, je propose de rejeter le pourvoi, avec dépens.



PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.