

Repères, Avril, 2021

Shaun E. FINN*

Chronique – Revue d'un nouveau livre sur l'action collective : Libres propos sur la pratique de l'action collective de Pierre-Claude Lafond

Indexation

PROCÉDURE CIVILE ; ACTION COLLECTIVE (RECOURS COLLECTIF) ; AUTORISATION ; TRANSACTION ; PROCÉDURE CONTENTIEUSE ; INCIDENTS ; SUSPENSION DE L'INSTANCE ; DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ; COMPÉTENCE INTERNATIONALE DES AUTORITÉS DU QUÉBEC

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– L'ESSOR ET LE MARCHÉ DES ACTIONS COLLECTIVES](#)

[II– CONSTATATIONS, RÉFLEXIONS ET PISTES DE SOLUTION POSSIBLES](#)

[A. Le financement de litige par un tiers](#)

[B. Le recrutement du représentant de groupe proposé](#)

[C. Accorder plus de valeur aux critères d'autorisation et les appliquer avec plus de discernement](#)

[D. La règle du premier à déposer](#)

[E. L'action collective modifie les règles du droit substantiel](#)

[F. Les actions collectives multiterritoriales](#)

[G. L'approbation des règlements et des honoraires de l'avocat de la demande](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur commente Libres propos sur la pratique de l'action collective, un ouvrage important du professeur Pierre-Claude Lafond. Ce dernier étudie l'action collective québécoise sous l'angle de l'éthique et de la déontologie, et plaide en faveur d'un changement culturel, notamment quant à certaines pratiques qui tendent à miner la confiance du public dans le système juridique.

INTRODUCTION

M^e Pierre-Claude Lafond, Ad. E., fait autorité comme peut-être nul autre en matière d'action collective. Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, il est un auteur prolifique qui a rédigé des ouvrages clés parmi lesquels se retrouvent *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour le consommateur*¹ et *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*². Ces ouvrages, ainsi que plusieurs autres, sont régulièrement cités avec approbation par les tribunaux, dont la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada. Il est important de souligner à cet égard que les écrits du professeur Lafond sont invoqués par le plus haut tribunal du pays dans les arrêts *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*³, *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*⁴, *Banque de Montréal c. Marcotte*⁵, *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*⁶ et *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*⁷. Or, ces décisions marquantes énoncent – bien que pas toujours unanimement – la vision contemporaine de l'action collective québécoise. C'est donc avec grand intérêt qu'a été accueillie la parution d'un nouvel ouvrage lancé par le professeur Lafond : *Libres propos sur la pratique de l'action collective* (Montréal : Éditions Yvon Blais – Thomson Reuters, 2020) (« *Libres propos* »). Nourri par une profonde réflexion philosophique, éthique et déontologique, ce livre, qui garnira sûrement les bibliothèques de plusieurs juges et praticiens, apporte un éclairage unique sur certaines pratiques et problématiques qui sont toutes aussi fascinantes que l'action collective elle-même. Plus qu'un traité théorique, toutefois, *Libres propos* offre des pistes de solution afin d'assurer la légitimité et la pérennité de cette procédure (et sa fin ultime, l'accès à la justice) qui tient tellement à cœur au distingué auteur. Cette sollicitude se dégage de l'ensemble de l'oeuvre qui se veut un message clair, passionné et non équivoque à l'ensemble de la communauté juridique – *un virage culturel est nécessaire dans le domaine de l'action collective*.

I– L'ESSOR ET LE MARCHÉ DES ACTIONS COLLECTIVES

Libres propos reconnaît avec satisfaction l'essor de l'action collective. Malgré certains doutes exprimés à la suite de son adoption et la récalcitrance initiale des tribunaux, cette procédure s'est bien ancrée dans le paysage juridique du Québec. Grandissime et idéaliste par sa nature, l'action collective offre, selon l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres c. Dutton* de la Cour suprême du Canada, trois avantages aux membres qu'elle regroupe : l'économie judiciaire, l'accès à la justice et la

modification des comportements⁸. Il s'ensuit que les avocats qui cherchent à faire autoriser et accueillir les actions collectives se dévouent, en principe, à ces mêmes avantages. Mais le domaine de l'action collective a beaucoup évolué depuis son entrée en vigueur en 1979 en cette époque pionnière qu'elle a fait naître. Au cours des 20 dernières années, un véritable « marché des actions collectives » a vu le jour. Comme l'écrit le juge Kasirer (alors de la Cour d'appel) dans l'arrêt *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, « [w]hile it is not inappropriate to be mindful of possible excesses of what some have described as “entrepreneurial lawyering” in class actions, it is best to recognize that lawyer-initiated proceedings are not just inevitable, given the costs involved, but can also represent a social good in the consumer class action setting »⁹. Ce marché des actions collectives s'avère à la fois lucratif pour les avocats et hautement compétitif. C'est cette nouvelle réalité – dans le cadre duquel la pratique du droit et l'entrepreneuriat s'entrecroisent – que l'auteur identifie certains enjeux sur les plans de l'éthique, de la déontologie, de la pratique et de la théorie. Tout en reconnaissant que la grande majorité des praticiens se comportent en bons officiers de la justice (en demande comme en défense), il existe des cas problématiques qui nécessitent une intervention jurisprudentielle, sinon législative, afin d'éviter un dérapage plus important. En effet, le public apparaît actuellement plutôt sceptique au sujet de l'action collective. Dans une enquête menée aux États-Unis « à peine 5 % des personnes interrogées croient que les consommateurs bénéficient des actions collectives, étant d'avis par ailleurs dans une proportion de 47 % que les avocats en sont les principaux bénéficiaires »¹⁰. Pis encore, « [p]lusieurs juges québécois et canadiens partagent la même perception »¹¹. Le portrait global que brosse *Libre propos* est pour le moins inquiétant.

II– CONSTATATIONS, RÉFLEXIONS ET PISTES DE SOLUTION POSSIBLES

Il serait impossible de décrire en quelques pages l'analyse que le professeur Lafond décline minutieusement dans les 15 chapitres de son ouvrage, qui fait 304 pages. Ce sera plutôt au lecteur d'explorer ce riche contenu lui-même. Cependant, quelques constatations, réflexions et pistes de solution méritent une mention particulière, ne serait-ce que de façon sommaire.

A. Le financement de litige par un tiers

Un nouveau phénomène en matière d'action collective, tant au Québec qu'à travers le monde occidental, est le financement de litige par un tiers (« *third party funding* »). Au fur et à mesure que les actions collectives se complexifient, s'attaquent à d'entiers secteurs économiques et se poursuivent au fond, elles peuvent générer des coûts énormes. Pour ne prendre qu'un exemple, l'affaire du tabac s'est déroulée sur une période d'approximativement 20 ans (du dépôt des demandes d'autorisation jusqu'au jugement de la Cour d'appel¹²) et est toujours devant les tribunaux en raison de procédures intentées en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*¹³.

Le financement de litige par un tiers permet à la demande de mitiger ces coûts, mais introduit un nouveau facteur dont les tribunaux doivent maintenant tenir compte. Alors qu'un financement externe pourrait s'avérer discutable en raison des doctrines de « *champerty or maintenance* »¹⁴ et de la règle déontologique selon laquelle on ne devrait donner à la pratique du droit « un caractère de lucre »¹⁵, la Cour suprême du Canada semble néanmoins reconnaître sa légitimité dans l'arrêt *9354-9186 Québec inc. c. Callidus Capital Corp.*¹⁶. En effet, dans leurs motifs, le juge en chef Wagner et le juge Moldaver écrivent que « la jurisprudence voulant que les conventions d'honoraires conditionnels ne constituent pas de la champartie lorsqu'elles ne sont pas motivées par un but illégitime (p. ex., *McIntyre Estate*), les tribunaux d'instance inférieure en sont venus progressivement à reconnaître que les accords de financement d'un litige ne constituent pas non plus de la champartie *en soi* »¹⁷. Ils ajoutent que « [c]ette évolution s'est opérée surtout dans le contexte des recours collectifs, en réaction aux obstacles, comme les adjudications de dépens défavorables, qui entravaient l'accès des parties à la justice »¹⁸. Toutefois, ces derniers précisent que « [l]a jurisprudence relative à l'approbation des accords de financement de litige par un tiers dans le contexte des recours collectifs — et même les paramètres de leur légalité en général — continue d'évoluer, et aucune des parties au présent pourvoi ne nous a invités à l'analyser »¹⁹.

Le débat jurisprudentiel ne semble donc pas clos. Or, le professeur Lafond formule une objection de principe à cette pratique émergente : « [d]e manière insidieuse, le financement externe a pour effet de sous-évaluer le rôle du financement public institué lors de l'adoption de la procédure collective au Québec et qui constituait une pierre angulaire du modèle québécois »²⁰. Qui plus est, « [i]l contribue à privatiser le financement de la justice et constitue une invitation implicite à l'État de se désengager à ce chapitre »²¹. Plutôt que de favoriser l'infiltration du libre marché, il faudrait plutôt viser un « renforcement de l'aide offerte [aux demandeurs] par le Fonds d'aide aux actions collectives [“Fonds d'aide”] »²². Par ailleurs, le professeur Lafond suggère que « le législateur s'intéresse dans un prochain avenir à cette question et encadre voire interdit cette pratique afin de protéger les justiciables »²³. Cette prise de position – qui contraste avec la plus récente jurisprudence pertinente – pourrait signaler un changement de cap majeur si le législateur ou même les tribunaux québécois décidaient d'en tenir compte.

B. Le recrutement du représentant de groupe proposé

Un autre sujet qui fait couler de l'encre dans le domaine de l'action collective est le rôle proactif, souvent catalyseur, de l'avocat de la demande. Selon la Cour d'appel dans l'arrêt *Sibiga*, ce rôle ne pose pas de problème de prime abord : « [s]cholars have observed that, within the proper limits of ethical rules that bind all lawyers, courts should recognize that lawyer-initiated consumer class actions can be helpful to meet the access to justice policy goals of the modern law of civil procedure »²⁴. De plus, « the fact that lawyers play an important, even primary role in instituting a consumer class action is not in itself a bar to finding that the designated representative has the requisite interest in the suit »²⁵.

Sans remettre en question l'implication *sui generis* de l'avocat de la demande, le professeur Lafond s'étonne du fait que « contrairement à la situation américaine de plusieurs États, les tribunaux québécois ne se montrent pas soucieux du mode de recrutement du représentant et n'assurent pas de surveillance à ce chapitre »²⁶. Il est d'avis que la question du comportement de l'avocat de la demande exige une approche jurisprudentielle souple, mais sérieuse puisque « le juge de l'autorisation a tout intérêt à s'assurer que l'action proposée repose sur des fondements qui respectent les obligations éthiques de l'avocat »²⁷. Ainsi, « le respect des normes d'éthique peut assurément servir à évaluer le caractère adéquat de la représentation par l'avocat » de sorte qu'en examinant « l'adéquation de la représentation de l'aspirant représentant [en vertu de l'article 575(4) C.p.c.], le défendeur serait admis à soulever le comportement non éthique de son procureur, par exemple au chapitre de la sollicitation, d'une possibilité de conflit ou de son incompétence à bien mener l'action »²⁸. Il est intéressant de noter que le professeur Lafond traite ici de « normes d'éthique » et non simplement d'« obligations déontologiques ». Ce premier concept est plus large que le second en ce qu'il implique les valeurs sous-jacentes – l'assise morale – de la profession juridique. Il est également intéressant de noter que le professeur Lafond identifie comme étant inadmissible « une possibilité de conflit » et non pas uniquement un conflit né et actuel, comme le fait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Infinion*. Rappelons que, dans cette décision, la Cour conclut que « [p]uisque l'étape de l'autorisation vise uniquement à écarter les demandes frivoles, il s'ensuit que [l'article 575(4) C.p.c.] ne peut avoir pour conséquence de refuser l'autorisation en présence d'une simple possibilité de conflit » et, un peu plus loin, qu'« il serait contraire à l'esprit de [l'article 575(4) C.p.c.] de refuser l'autorisation au groupe proposé [...] sur le fondement d'un éventuel conflit d'intérêts entre les membres du groupe »²⁹. Bien qu'il soit vrai que le professeur Lafond parle d'une possibilité de conflit qui entacherait l'avocat plutôt que le représentant proposé, si un conflit d'intérêts possible de la part d'un avocat peut faire échouer une action collective à l'étape de l'autorisation, il pourrait, à encore plus forte raison, faire échouer une action collective lorsqu'il implique directement le représentant proposé lui-même. Si cela s'avère possible, toutefois, dans le cas d'un possible ou réel conflit d'intérêts, le tribunal devrait ordonner « le remplacement du procureur dans l'intérêt des membres du groupe » afin d'éviter un tel dénouement³⁰. Par ailleurs, le professeur Lafond invite les tribunaux à assumer « concrètement et judicieusement leur rôle de surveillance au chapitre des conflits d'intérêts »³¹. Cette invitation respectueuse s'harmonise avec le rôle unique du juge d'autorisation dans le cadre d'une action collective qui agit, entre autres, comme le « gardien de l'intérêt des membres absents »³².

C. Accorder plus de valeur aux critères d'autorisation et les appliquer avec plus de discernement

Dans l'arrêt *Charles c. Boiron Canada inc.* de la Cour d'appel, le juge Bich signe un *obiter dictum* percutant – auquel souscrivent les juges Levesque et Savard (maintenant juge en chef du Québec) – invoquant la possibilité de passer outre à l'étape de l'autorisation : « [l']action collective (désormais régie par les art. 574 et s. du nouveau *Code de procédure civile*) n'est plus une institution procédurale nouvelle, elle a conquis ses galons, elle est connue et bien intégrée au processus judiciaire : a-t-on toujours besoin que la porte d'entrée soit verrouillée et doit être déverrouillée au cas par cas, de cette manière ? »³³. Cette question demeure entière bien que rien ne laisse entendre que le législateur serait prêt à condamner la « porte d'entrée » de l'action collective qu'est l'autorisation.

Sur ce point, le professeur Lafond se range du côté plus traditionaliste du débat. Selon lui, « [p]eu importe la solution qu'on retiendra et la forme qu'elle prendra, la nécessité d'un processus préliminaire d'évaluation de l'action se fera toujours sentir, à la fois pour filtrer les projets boiteux, pour établir les paramètres de l'action et pour protéger les droits des membres du groupe et ceux du défendeur »³⁴. Il ajoute que « [c]es considérations renforcent l'opinion que la suppression de la demande d'autorisation ne semble pas être la solution à privilégier. Mieux vaut tenter de modifier la procédure actuelle pour l'améliorer »³⁵. En ce qui concerne la nature de cette amélioration, le professeur Lafond propose d'accorder aux critères d'autorisation « plus de valeur et de les appliquer avec discernement »³⁶ plutôt qu'une importante modification jurisprudentielle ou législative. Il insiste également sur une « saine gestion judiciaire »³⁷ et approuve la création de l'Équipe restreinte en matière d'action collective au stade de l'autorisation (maintenant la Chambre des actions collectives), laquelle permet d'assurer « un traitement plus rapide et efficace des moyens préliminaires et des demandes d'autorisation, une plus grande cohérence et uniformité dans l'évaluation des demandes par des juges plus motivés et expérimentés en la matière et, par voie de conséquence, une simplification des procédures préparées par les avocats »³⁸. La solution serait ainsi une réforme institutionnelle et non pas un changement radical.

D. La règle du premier à déposer

L'action collective québécoise se distingue d'autres régimes nord-américains, comme l'Ontario, en ce qui concerne la gestion interne des actions collectives parallèles. Alors que ces actions collectives parallèles peuvent donner lieu ailleurs à d'importants débats quant aux avocats qui seraient les mieux placés pour représenter le groupe putatif (« carriage motions »), la règle jurisprudentielle adoptée par les tribunaux du Québec est celle du « premier qui dépose »³⁹. Autrement dit, « 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 »⁴⁰. Certes, l'approche ontarienne peut occasionner des coûts non négligeables et des comportements discutables. Comme l'observe le juge Paul Perell de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, « the rival Class Counsel treated the carriage motion in the case at bar as an opportunity to play the Royal Navy in pursuit of the Battleship Bismarck. In pursuit of carriage, Class Counsel attempted to sink their rival's legal battleship, and they did not hold back in pointing out allegedly very serious weaknesses and supposedly fatal flaws in the quality of their rival's legal, procedural, and evidentiary plans »⁴¹. Il ajoute que « [a]ll of this occurred no doubt to the delight of the Defendants who were standing *gauging* on the sidelines »⁴².

Tout en évitant cette problématique, la règle québécoise du premier qui dépose comporte également ses accrocs, soit des demandes d'autorisation intempestives, stratégiques et mal conçues ou rédigées. Fort du raisonnement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Schmidt*⁴³ et des dispositions du nouveau *Code de procédure civile*, le professeur Lafond estime que « [d]evant plusieurs demandes d'autorisation, dont une renfermant des lacunes importantes et une autre présentant une démarche plus étoffée, le juge québécois dispose de suffisamment de pouvoirs discrétionnaires, notamment aux articles 49 et 158 C.p.c., pour écarter la première demande et privilégier une autre qui va dans le sens des meilleurs intérêts des membres du groupe »⁴⁴. Le professeur Lafond est également d'avis que le « critère technique de l'antériorité de la procédure » devrait être « écarté chaque fois que le juge serait en présence d'un "chasseur d'ambulance", d'un calque d'une action étrangère ("copier-coller") ou d'une manoeuvre allant contre l'intérêt des membres du groupe potentiel »⁴⁵. Si jamais l'approche prônée par le professeur Lafond devait être adoptée par les juges de la Chambre des actions collectives, cela aurait un impact concret et majeur sur certaines pratiques discutables, dont l'utilisation (trop fréquente) de la demande d'autorisation afin « uniquement d'occuper le terrain »⁴⁶ juridique.

E. L'action collective modifie les règles du droit substantiel

Une des formules consacrées du domaine de l'action collective est que celle-ci serait « un véhicule procédural comme il y en a plusieurs autres dans le Code et il est disponible lorsque les conditions d'exercice se rencontrent »⁴⁷. Comme l'énonce la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Bisaillon c. Université Concordia*, « le recours collectif demeure un véhicule procédural dont l'emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels » de sorte que « la procédure du recours collectif ne saurait justifier une action en justice lorsque, considérées individuellement, les différentes réclamations visées par le recours ne le permettraient pas »⁴⁸. Cependant, outre les dispositions très particulières du *Code de procédure civile* qui s'y rapportent, l'action collective modifie de façon importante le droit applicable en matière de suspension⁴⁹, litispendance⁵⁰, chose jugée⁵¹ et lien de droit⁵². Il est rassurant de constater que le professeur Lafond reconnaît cette réalité et qu'il demande à tous les intervenants juridiques de « faire preuve dorénavant d'honnêteté intellectuelle : l'action collective modifie, directement ou indirectement, les règles du droit substantiel. C'est un fait incontournable »⁵³. Il est à espérer qu'une telle honnêteté intellectuelle permettrait au monde juridique de conclure que, tout en méritant une interprétation souple mais de principe, l'action collective demeure une puissante procédure transformative.

F. Les actions collectives multiterritoriales

Contrairement aux États-Unis où il existe un mécanisme procédural pour consolider différentes actions collectives parallèles à l'étape fédérale et les attribuer à une seule cour de district – soit le *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*⁵⁴ –, l'action collective au Canada a, jusqu'à récemment, été un phénomène essentiellement provincial qui ne se prêtait pas à une solution similaire. « La propriété et les droits civils » étant de la compétence de la Couronne du chef d'une province⁵⁵, rien n'empêchait qu'une action collective propose un groupe provincial, multiterritorial ou pancanadien, ou encore que des actions collectives à l'échelle provinciale, multiterritoriales ou pancanadiennes sensiblement identiques se chevauchent devant les cours supérieures de différentes provinces. Cette réalité a donné lieu à diverses approches jurisprudentielles à travers le pays, dont l'élaboration d'un ensemble d'objectifs et de facteurs qu'approuve le professeur Lafond⁵⁶. La Cour suprême du Canada, quant à elle, note dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Lépine* que « la formation de [...] groupes nationaux semble à l'occasion nécessaire »⁵⁷. Plus récemment, dans l'arrêt *Vivendi*, la Cour suprême, en approuvant l'autorisation d'une action collective multiterritoriale, observe que « dans le cadre d'un recours collectif, le tribunal peut recevoir la preuve du droit applicable dans les provinces de common law ou en prendre connaissance d'office : art. 2809 C.c.Q. Seules des divergences substantielles entre les différents régimes juridiques applicables feraient perdre au recours collectif sa dimension collective »⁵⁸. Par ailleurs, le législateur québécois édicte maintenant à l'article 577 C.p.c. que « [l]e tribunal ne peut refuser d'autoriser l'exercice d'une action collective en se fondant sur le seul fait que les membres du groupe décrit font partie d'une action collective multiterritoriale déjà introduite à l'extérieur du Québec ». De plus, « [i]l est tenu, s'il lui est demandé de décliner compétence ou de suspendre une demande d'autorisation d'une action collective ou une telle action, de prendre en considération dans sa décision la protection des droits et des intérêts des résidents du Québec ». Tout cela étant, comment composer avec la complexe question des actions multiterritoriales ? Selon le professeur Lafond, la véritable solution n'est pas d'apprivoiser la bête, mais de mettre fin à ses souffrances. S'inspirant du raisonnement majoritaire (et en *obiter dictum*) de la juge Bich dans l'arrêt *Hocking c. Haziza*⁵⁹, il écrit qu'« [a]u nom du respect des compétences parlementaire et judiciaire, nous plaçons pour une abolition pure et simple de ce type d'actions au motif que leur constitutionnalité serait douteuse et que les droits des citoyens québécois, procéduraux et substantiels, ne devraient pas être déterminés par un tribunal étranger, comme c'est le cas actuellement »⁶⁰. De même, « [c]ontrairement à la Cour d'appel de l'Ontario, nous ne croyons pas que l'accès à la justice commande ce type d'aberration que représentent les actions mondiales »⁶¹.

G. L'approbation des règlements et des honoraires de l'avocat de la demande

Selon le Fonds d'aide, 46 % des actions collectives qui ont été tranchées entre le 1^{er} avril 2019 et le 31 mars 2020 ont fait l'objet d'une entente de règlement⁶². Il ne fait ainsi aucun doute que les transactions sont d'une importance primordiale. Alors que les règlements à l'amiable sont encouragés par les tribunaux, ceux-ci veulent s'assurer que ces règlements sont justes, raisonnables, équitables et dans le meilleur intérêt des membres du groupe. À ce titre, le professeur Lafond plaide « pour un encadrement plus strict de l'approbation des règlements à l'amiable et un refus d'utilisation de toute présomption du caractère équitable de l'entente pour en juger »⁶³. Outre les neuf critères jurisprudentiels développés par la jurisprudence ontarienne et québécoise afin de d'approuver un règlement⁶⁴, il ajouterait « les critères de (1) la valeur réelle du règlement

comparée aux droits quittancés, (2) la valeur en jeu pour le défendeur et (3) la proportion des préjudices prétendument causés par le défendeur (puisqu'ils n'ont pas encore été prouvés »⁶⁵. Selon le professeur Lafond, « [c]e sont des éléments d'évaluation permettant de mieux jauger le caractère juste et raisonnable du règlement soumis à approbation et, le cas échéant, de le relativiser »⁶⁶. Quant aux honoraires de l'avocat de la demande, puisqu'il les négocie avec l'avocat du défendeur « en même temps que les autres modalités du règlement à l'amiable », ce premier « se trouve forcément en conflit d'intérêts car il traite à la fois les intérêts de ses clients et les siens, même si cette entente n'est pas nécessairement collusoire »⁶⁷. Afin d'éviter toute apparence de conflit, « [c]ette pratique de négociation pourrait être prohibée et scindée en deux étapes indépendantes »⁶⁸. Bien qu'elle soit « actuellement et généralement séparée quant à l'approbation judiciaire », « la suggestion serait d'agir dès l'étape de la négociation pour éviter que les honoraires soient compris dans l'entente de règlement »⁶⁹.

Encore une fois, ces constatations, réflexions et pistes de solution possibles ne sont pas une récapitulation complète de *Libres propos*, mais une simple sélection de certaines opinions et propositions qui se dégagent, parmi plusieurs autres, de ce livre notable.

CONCLUSION

Libres propos, tout comme *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour le consommateur* et *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, est un impressionnant ouvrage qui viendra enrichir l'action collective au Québec. Il se pourrait même qu'en amont de son incidence sur la jurisprudence future, cet ouvrage modifie les us et coutumes des praticiens qui, comme le professeur Lafond, souhaitent certaines améliorations d'ordre culturel. Si critiques il y aura, celles-ci viseront probablement le caractère « idéaliste » de certaines analyses et solutions proposées. Sans qu'il soit nécessaire d'être d'accord avec *Libres propos* sur toute la ligne, il est important de tenir compte de deux constats. Dans un premier temps, contrairement à presque toute autre relation formelle, celle qui existe entre un avocat et son client implique un lien de confiance tellement privilégié qu'on peut à juste titre le qualifier de sacré. Dans un second temps, selon les deux grandes traditions de notre civilisation – la gréco-romaine, d'une part, et la judéo-chrétienne, d'autre part –, le droit relève soit de la nature elle-même, soit du divin. Comme l'énonce le juge Mignault dans les premières pages de son traité *Le droit civil canadien*, « [p]hilosophiquement, abstractivement parlant, le droit n'est pas l'oeuvre des hommes : les législateurs humains ne le créent point. C'est un principe antérieur et préexistant, général, absolu, imprescriptible et invariable, parce qu'il tire sa source de la nature même de l'homme, qui ne change jamais »⁷⁰. Il s'ensuit qu'un peu d'idéalisme dans le monde entrepreneurial, pragmatique et terre-à-terre de l'action collective ne soit pas si bouleversant que ça. Il se pourrait même, peut-être, qu'il soit plutôt nécessaire.

* M^e Shaun E. Finn, associé et coresponsable du Groupe en défense d'actions collectives du cabinet BCF, Avocats d'affaires, concentre sa pratique en litige commercial, principalement en défense d'actions collectives visant des entreprises, des institutions financières et des sociétés d'État. M^e Finn a publié différents ouvrages, dont *L'action collective au Québec* (Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016) et *Class Actions in Québec : Notes for Non-Residents* (Montréal, Thomson Reuters, 2017), et agit comme chargé de cours à la Faculté de droit de McGill.

1. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour le consommateur*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

2. Montréal, Éditions Yvon Blais, 2006.

3. [2013] 3 R.C.S. 600, [EYB 2013-228582](#) [*Infineon*].

4. [2014] 1 R.C.S. 3, [EYB 2014-231631](#) [*Vivendi*].

5. [2014] 2 R.C.S. 725, [EYB 2014-242090](#).

6. 2019 CSC 35, [EYB 2019-312410](#).

7. 2020 CSC 30, [EYB 2020-365389](#).

8. [2001] 2 R.C.S. 534, [REJB 2001-25017](#), par. 27.

9. 2016 QCCA 1299, [EYB 2016-268978](#), par. 102 [*Sibiga*].

10. *Libres propos*, p. 23.

11. *Ibid.*

12. *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, [EYB 2019-307889](#).

- [13.](#) *Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la Santé*, 2019 QCCA 508, [EYB 2019-309115](#).
- [14.](#) *Meloche v. Déguire* (1903), 34 S.C.R. 24, p. 31 : « The purchase of litigious rights in Quebec has the sanction of the law except where certain specified persons become purchasers; arts. 1484, 1485, 1582, 1584 C. O. The object of the champerty laws is the protection of the adverse party. The interests of the parties to the alleged champertous contract are not taken into account any further than in any other contract. In a contract of alleged champerty, the agreement to divide directly affects the contracting parties only, and only affects the adverse party indirectly by increasing the probability that the suit will be unlawfully maintained. Therefore where unlawful maintenance is impossible, the agreement to divide does not affect the adverse party at all ».
- [15.](#) *Code de déontologie des avocats*, c. B-1, r. 3.1, art. 7.
- [16.](#) 2020 CSC 10, [EYB 2020-353198](#).
- [17.](#) *Ibid.*, par. 95.
- [18.](#) *Ibid.*
- [19.](#) *Ibid.*
- [20.](#) *Libres propos*, p. 33.
- [21.](#) *Ibid.*
- [22.](#) *Ibid.*
- [23.](#) *Ibid.*, par. 37.
- [24.](#) *Supra*, note 9.
- [25.](#) *Ibid.*
- [26.](#) *Libres propos*, p. 67. Voir également la p. 87 : « À notre avis, le comportement déontologique et éthique de l'avocat de la demande fait partie des éléments d'appréciation de la "représentation adéquate" confiée au juge par l'article [575](#)(4) C.p.c. »
- [27.](#) *Ibid.*, p. 69.
- [28.](#) *Ibid.* (nos italiques).
- [29.](#) *Supra*, note 3, par. 150 et 151 (nos italiques).
- [30.](#) *Libres propos*, p. 87.
- [31.](#) *Ibid.*, p. 121.
- [32.](#) *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2018 QCCA 305, [EYB 2018-291120](#), par. 8.
- [33.](#) 2016 QCCA 1716, [EYB 2016-271842](#), par. 71 ; demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel rejetée, *Boiron Canada inc. c. Adanna Charles*, 2017 CanLII 25785 (CSC).
- [34.](#) *Libres propos*, p. 137.
- [35.](#) *Ibid.*
- [36.](#) *Ibid.*, p. 139.
- [37.](#) *Ibid.*, p. 145.
- [38.](#) *Ibid.*
- [39.](#) *Hotte c. Servier Canada inc.*, 1999 CanLII 13363, [REJB 1999-14507](#) (QC CA).
- [40.](#) *Schmidt c. Johnson & Johnson inc.*, 2012 QCCA 2132, [EYB 2012-214805](#), par. 4 [*Schmidt*].
- [41.](#) *Kowalyshyn v. Valeant Pharmaceuticals International, inc.*, 2016 ONSC 3819, par. 47.
- [42.](#) *Ibid.*

- [43.](#) *Supra*, note 40, par. 50-53.
- [44.](#) *Libres propos*, p. 164.
- [45.](#) *Ibid.*
- [46.](#) *Supra*, note 40, par. 52.
- [47.](#) *Tremaine c. A.H. Robins Canada inc.*, 1990 CanLII 2808, [EYB 1990-59580](#) (QC CA), par. 65.
- [48.](#) [2006] 1 R.C.S. 666, [EYB 2006-105515](#), par. 17.
- [49.](#) Art. [2908](#) C.c.Q.
- [50.](#) *Hotte c. Servier Canada inc.*, 1999 CanLII 13363, [REJB 1999-14507](#) (QC CA).
- [51.](#) *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, [EYB 2018-296790](#), par. 19-24 ; demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée, *Whirlpool Canada LP c. Sylvain Gaudette*, 2019 CanLII 73200 (CSC).
- [52.](#) *Supra*, note 5, par. 42 et 43.
- [53.](#) *Libres propos*, p. 203.
- [54.](#) <https://www.jpml.uscourts.gov/>.
- [55.](#) *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.), art. 92(13).
- [56.](#) *Libres propos*, p. 226.
- [57.](#) [2009] 1 R.C.S. 549, [EYB 2009-156806](#), par. 56.
- [58.](#) *Supra*, note 4, par. 62.
- [59.](#) 2008 QCCA 800, [EYB 2008-132646](#), par. 144-165.
- [60.](#) *Libres propos*, p. 232.
- [61.](#) *Ibid.*, p. 237.
- [62.](#) Fonds d'aide aux actions collectives : Rapport annuel 2019-2020, p. 23.
- [63.](#) *Libres propos*, p. 243.
- [64.](#) *McBain v. Hyundai Auto Canada Corp.*, 2021 ONSC 1734, par. 72 ; *Pelletant c. Hyundai Auto Canada Corp.*, 2021 QCCS 793, [EYB 2021-376785](#), par. 61-63.
- [65.](#) *Libres propos*, p. 244.
- [66.](#) *Ibid.*
- [67.](#) *Ibid.*, p. 280 et 281.
- [68.](#) *Ibid.*, p. 282.
- [69.](#) *Ibid.*
- [70.](#) Montréal, C. Théoret Éditeur, 1895, p. 2.

Date de dépôt : 14 avril 2021

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.