

Médicaments Novateurs Canada et
Medtech Canada

Mémoire dans le cadre de
la consultation publique du
ministère de la Justice du
Québec « Perspectives de
réforme de l'action collec-
tive au Québec »

Le 30 septembre, 2021

1. Médicaments Novateurs Canada (« **MNC** ») et Medtech Canada (« **Medtech** ») soumettent le présent mémoire au ministère de la Justice du Québec (« **MJQ** ») dans le cadre de sa réforme proposée du régime de l'action collective. MNC représente l'industrie pharmaceutique novatrice au Canada. Nous aidons nos membres à découvrir, développer et offrir des médicaments et des vaccins novateurs. L'on compte, parmi nos membres, plus de quarante-cinq entreprises, allant d'organisations bien établies à de jeunes entreprises, qui révolutionnent les soins de santé par la découverte et le développement de nouveaux médicaments et vaccins. Medtech représente l'industrie canadienne des technologies médicales novatrices. Nous représentons environ cent entreprises de technologies médicales (allant de sociétés canadiennes à des multinationales) qui visent à offrir un système de santé universel, sécuritaire, accessible, novateur, durable, centré sur le patient et soutenu par l'utilisation des technologies médicales.
2. De nombreux membres de MNC et de Medtech ont leur siège social canadien au Québec. Guidés par nos normes respectives et exhaustives en matière de pratiques éthiques, nous travaillons avec les gouvernements, les compagnies d'assurance, les professionnels de la santé et d'autres parties prenantes pour faire progresser le domaine de la santé et améliorer le bien-être des Canadiens et Canadiennes. Nous sommes engagés à être des partenaires appréciés du système de santé canadien.
3. Plusieurs membres de MNC et de Medtech sont familiers avec le régime québécois de l'action collective, en tant que défenseurs ou défenseurs potentiels à des actions collectives. À ce titre, c'est avec plaisir que nous présentons ce mémoire au MJQ.

I. INTRODUCTION ET CONTEXTE DES RECOMMANDATIONS DE RÉFORME

4. Les entreprises membres de MNC et Medtech fabriquent et distribuent des médicaments pharmaceutiques et des technologies médicales novateurs. Ces produits améliorent le bien-être des Canadiens et Canadiennes et dans de nombreux cas, sauvent des vies¹. Les avocats en demande entreprennent fréquemment des actions collectives au Québec et dans d'autres provinces contre des entreprises canadiennes qui conçoivent, développent et distribuent des médicaments pharmaceutiques ou des instruments médicaux, du simple fait que la monographie approuvée par Santé Canada pour ce produit a été modifiée (avec l'approbation de Santé Canada).
5. La majorité des patients membres d'un groupe dans ces actions collectives avaient de graves problèmes de santé préexistants avant d'utiliser le produit médical, ont

¹ YANICK LABRIE, « How Pharmaceutical Innovation Has Revolutionized Health Care », Institut économique de Montréal, 18 juin 2014, disponible [en ligne](#) le 12 janvier 2015.

bénéficié de l'utilisation du produit, n'ont pas activement choisi d'être impliqués dans l'action collective proposée et n'ont même pas subi la complication préten-
dument associée au produit après l'avoir utilisé. Pourtant, de telles actions collec-
tives sont omniprésentes au Canada. Selon le Registre des actions collectives du
Québec, 9,1% des actions collectives déposées au Québec depuis 2009² sont des
réclamations liées à la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques ou mé-
dicaments. Selon la Base de données nationale sur les actions collectives de l'Asso-
ciation du Barreau canadien, 11,1% des actions collectives répertoriées depuis
2007³ concernent la responsabilité des fabricants de produits pharmaceutiques ou
médicaments.

6. Ces réclamations soulèvent des défis uniques lorsqu'elles prennent la forme d'une action collective proposée, notamment en ce qui a trait aux critères d'autorisation relatifs aux questions communes et à l'apparence de droit (art. 575(1) et 575(2) du *Code de procédure civile du Québec* (« **C.p.c.** »)). Entre autres, les dommages allégués au nom des membres du groupe dans ce type d'actions sont souvent susceptibles d'infinies variations, à telle enseigne que d'autoriser une action collective n'évite nullement la duplication de l'analyse des faits ou de l'analyse juridique. Les réclamations soulèvent également des enjeux quant à la manière dont la preuve d'opinion doit être évaluée au stade de l'autorisation et quant au rôle du tribunal en tant que gardien devant écarter la « pseudo-science » (« *junk science* »), y compris dans certains cas la science développée pour alimenter les litiges (« *litigation science* »), de la salle d'audience. Dans les actions collectives en matière de responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques et médicaux, les demandeurs déposent généralement des documents de nature scientifique ou quasi scientifique, sur des sujets à l'égard desquels ils n'ont aucune connaissance spécialisée, pour étayer leur prétention selon laquelle le médicament ou l'instrument médical en cause peut causer les effets indésirables allégués. Ces allégations sont souvent fondées sur des prétentions « scientifiques » nouvelles ou controversées. La jurisprudence dominante développée sous le régime actuel de l'action collective ne permet pas au juge d'autorisation d'aborder adéquatement les défis qui en découlent afin de filtrer les recours mal fondés ou ceux qui ne devraient pas procéder par voie d'action collective.
7. Nous supportons un véritable accès à la justice, l'équité procédurale et l'atteinte de résultats justes et accessibles autant en demande qu'en défense. Nous cherchons à améliorer le régime actuel de l'action collective pour le rendre équitable pour les deux parties et à instaurer une réforme qui tient compte des pressions substantielles exercées sur les compagnies pour qu'elles règlent les actions collectives qui les visent, même celles qui sont faibles ou mal fondées, une situation qui peut engendrer des coûts sociaux importants pour tous. La multiplication des

² L'année où le Registre québécois a été créé.

³ L'année où la Base de données nationale a été créée.

actions collectives contre les fabricants de produits pharmaceutiques et médicaux au Québec a de nombreux effets négatifs sur l'industrie, notamment les coûts considérables et irrécupérables encourus par les compagnies défenderesses pour se défendre contre des actions collectives mal fondées, entreprises pour le compte d'un groupe qui ne justifie pas l'utilisation d'un tel véhicule procédural.

8. Si les actions collectives peuvent avoir des effets dissuasifs bénéfiques d'un point de vue social, elles peuvent également avoir des effets négatifs. Par exemple, les gouvernements du Québec et du Canada ont adopté des politiques et des programmes qui encouragent l'innovation et le développement de nouveaux produits afin d'améliorer le bien-être des Canadiens et Canadiennes, en plus de réduire les coûts des soins de santé. Dans le contexte de la pandémie de Covid-19, les gouvernements fédéral et québécois ont annoncé des investissements considérables dans le secteur pharmaceutique, dans le but de faire progresser la recherche pharmaceutique et de renforcer la capacité de biofabrication locale⁴. Cependant, plusieurs études dans le domaine des sciences de la vie suggèrent que la perspective de coûts élevés liés à la responsabilité du fabricant peut décourager un comportement socialement désirable tel que l'innovation — l'activité-même que nos gouvernements s'efforcent d'encourager⁵. Un autre effet dissuasif peut résulter de la publicité nuisible que génèrent inévitablement les avis d'actions collectives et les campagnes connexes sur les médias sociaux au sujet de produits présentement commercialisés ou implantés, ce qui peut porter indument atteinte au choix de traitement des médecins et des patients⁶.

⁴ Le 16 mars 2021, le gouvernement fédéral canadien a annoncé un investissement d'un milliard de dollars « pour faire progresser la recherche et le développement industriels dans le domaine des vaccins et des produits pharmaceutiques, ainsi que la capacité de biofabrication », et a indiqué que de renforcer la capacité de biofabrication figurait parmi le plan de relance du Canada, voir: Gouvernement du Canada, « Les investissements du gouvernement du Canada contribueront à faire progresser la mise au point au pays de vaccins et de thérapeutiques contre la COVID-19 », 16 mars 2021 ([lien](#)). Le gouvernement du Québec a également annoncé un financement à la hauteur de 13M\$ pour appuyer le projet Médicament Québec en vue de soutenir le développement de l'industrie pharmaceutique dans la province, voir: Gouvernement du Québec, « Chaînes d'approvisionnement et filière du médicament – Québec octroie 13 M\$ à l'Université de Montréal pour appuyer le projet Médicament Québec », 17 juin 2021 ([lien](#)).

⁵ GIOVANNA ROCCAMO, « Medical Implants and Other Health Care Products: Theories of Liability and Modern Trends » (1994) 16 *Advoc. Q.* 421; STEVEN GARBER, « Product Liability, Punitive Damages, Business Decision and Economic Outcomes » (1998) *Wis. L. Rev.* 237; STEVEN GARBER, *Product Liability and the Economics of Pharmaceuticals and Medical Devices* (Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice, 1993); RICHARD MANNING, « Changing Rules in Tort Law and the Market for Childhood Vaccines » (1994) 37 *J.L. & Econ.* 247; RICHARD MANNING « Is the Insurance Aspect of Producer Liability Valued by Consumers? Liability Changes and Childhood Vaccine Consumption » (1996) 13 *J. Risk Uncertainty* 37.

⁶ Comme preuve que cela peut avoir un impact sur la prise de décision des patients, une étude publiée par le US Chamber Institute for Legal Reform a révélé qu'un répondant sur quatre qui prenait des

9. Comme tout autre coût normal à assumer en affaires, les coûts économiques de ce type de litige sont ultimement supportés par d'autres parties prenantes : les actionnaires⁷, les patients et les assureurs en matière de santé⁸, puis dans des cas extrêmes, les employés (si les entreprises sont affectées au point d'être obligées de réduire leur effectif)⁹. En outre, le public canadien peut supporter les coûts sociaux de la publicité, activement convoitée par des « avocats-entrepreneurs » en demande, dans la mesure où la publicité interfère avec les décisions relatives aux soins de santé¹⁰. Les exigences en matière de publication imposées aux parties à l'occasion d'une action collective peuvent également faire diverger les travailleurs de la santé de leurs tâches habituelles, car ils doivent mettre en œuvre les plans de publication des avis aux membres¹¹. Le public est affecté de manière encore plus importante si l'innovation médicale s'en trouve découragée.
10. Tous les médicaments pharmaceutiques et toutes les technologies médicales comportent des risques et dans bien des cas, le progrès scientifique et l'utilisation de ceux-ci dans le monde réel révèlent des risques qui n'avaient pas été anticipés. La description de ces risques dans la monographie originale du produit et dans les modifications ultérieures à celles-ci est le fruit d'une meilleure connaissance, et

prescriptions ciblées disait arrêter immédiatement de prendre ses médicaments après avoir vu une publicité d'un avocat plaidant, et ce, sans même consulter son médecin traitant ([lien](#)). Ces enjeux sont d'une telle importance qu'ils ont fait l'objet d'une audience devant le Comité de la justice de la Chambre des représentants des États-Unis, Sous-comité de la Constitution et de la justice civile, « Examining Ethical Responsibilities Regarding Attorney Advertising », qui s'est tenue le 23 juin 2017. La liste des témoins et des témoignages écrits, le communiqué de presse du Comité, la déclaration complète et un lien pour visionner la diffusion Web de l'audience peuvent être trouvés sur ce [lien](#).

- ⁷ Voir par ex. « Economic Consequences: The Real Costs of U.S. Securities Class Action Litigation », US Chamber Institute for Legal Reform, 28 février 2014.
- ⁸ En matière de prix ou de disponibilité des produits.
- ⁹ Par exemple, Dow Corning, Bristol-Myers Squibb Co. et Bioplasty Inc. ont cessé de faire affaire dans le secteur des implants mammaires après que de nombreuses poursuites aient été intentées par des femmes affirmant que ces implants leur avaient causé divers problèmes de santé. Voir également *Warner v. Smith & Nephew Inc.*, 2016 ABCA 223 [Warner] au para 72 (dissidence).
- ¹⁰ Voir *Player v. Janssen-Ortho Inc., et al.*, 2014 BCSC 1122 au para 184 – « ... Dès la certification, les avis publics, indiquant que le médicament fait l'objet d'une action collective et alléguant que le médicament est dangereux et peut causer la mort dans le cadre d'une utilisation ordinaire, sont susceptibles d'alarmer toute personne qui utilise, voire prescrit du fentanyl. Selon la preuve présentée, les consommateurs de fentanyl sont fort probablement des personnes gravement malades qui utilisent le médicament pour contrôler des douleurs chroniques graves. Bien entendu, cela n'a pas d'importance s'il existe de la preuve qui justifie l'action. Toutefois, si la preuve est insuffisante pour soutenir l'action, les conséquences associées à l'implication dans une action collective extensive et coûteuse sont très graves [traduction libre]. »
- ¹¹ Par exemple, dans le litige relatif à l'implant à la hanche Zimmer Durom Cup, *Jones v. Zimmer GMBH*, 2016 BCSC 1847, la Cour a ordonné que l'avis de certification soit distribué à 95 hôpitaux à travers le Canada et que les hôpitaux soient invités à poster l'avis aux patients qui avaient été implantés avec l'instrument; voir également l'ordonnance rendue dans le litige relatif à l'implant à la hanche Stryker Rejuvenate, exigeant que les hôpitaux donnent un avis de certification de l'action collective et postent une copie de l'avis à chaque personne qui se soit fait implanter le dispositif dans l'hôpital: [lien](#).

doit être approuvée par Santé Canada. Les personnes qui utilisent des médicaments pharmaceutiques ou qui bénéficient des technologies médicales souffrent souvent de maladies graves et éprouvent une variété de symptômes et de complications en raison de ces maladies. Le simple fait qu'une personne subisse une complication pendant qu'elle utilise un produit médical ne signifie pas pour autant que celui-ci a causé cette complication, ni que la complication est suffisante pour justifier de cesser l'utilisation du produit.

11. Le régime actuel de l'action collective n'atteint pas un juste équilibre entre les avantages et les coûts associés aux procédures collectives¹². D'une part, les personnes qui subissent des effets indésirables inattendus qui sont causés par une conduite en deçà de la norme de diligence raisonnable devraient être indemnisées à juste titre. Dans certains cas, les actions collectives peuvent constituer un véhicule procédural approprié pour permettre cette indemnisation. D'autre part, les actions collectives entraînent des coûts importants et les recours qui ne méritent pas un tel déploiement de ressources devraient être écartés avant que ces coûts ne soient encourus. L'expérience des actions collectives en matière de produits pharmaceutiques au Québec a démontré que plusieurs réformes doivent être apportées au *Code de procédure civile* pour qu'il atteigne ses objectifs de façon équitable, sans affecter indûment les décisions en matière de soins de santé, l'innovation ou le coût et la disponibilité des médicaments pharmaceutiques¹³.
12. La Cour suprême du Canada a déclaré que l'accès à la justice, l'un des objectifs fondamentaux des actions collectives, exige l'accès à un résultat juste et non simplement l'accès à une procédure judiciaire engagée pour la forme¹⁴. Tant les

¹² L'évaluation des coûts et des avantages de telles procédures est extrêmement difficile. Déterminer si les actions collectives font plus de bien que de mal exige, somme toute, un consensus quant à la façon de jauger les avantages sociaux à l'aune des coûts, consensus qui n'existe pas encore. En l'absence de consensus, cependant, il demeure possible d'investir davantage d'efforts dans l'encadrement de la pratique des actions collectives et dans la recherche d'un meilleur équilibre entre le bien public et les gains privés, en reconnaissant que les actions collectives ont la faculté de faire non seulement du bien, mais aussi du mal. HENSLER, DEBORAH, et al., *Report - Class Action Dilemmas, Pursuing Public Goals for Private Gain*, Rand Institute for Civil Justice, 1 janvier 1999 aux pp. 5, 401-402, 468-489 et 471-472.

¹³ Les actions collectives représentent un souci important pour de nombreuses entreprises et peuvent affecter la disponibilité des produits. Dans une enquête menée par Norton Rose Fulbright en mai 2015 auprès de 803 conseillers juridiques en entreprise, les actions collectives ont été identifiées comme l'une des questions les plus importantes en matière de litiges affectant leurs entreprises : 2015 Litigation Trends Annual Survey ([lien](#)) à la p. 10. Dans une enquête menée par le US Chamber Institute of Law Reform auprès de 1 203 directeurs des affaires juridiques, avocats seniors et autres cadres supérieurs en entreprises ayant un chiffre d'affaires annuel d'au moins 100 millions de dollars, les trois quarts des personnes interrogées ont déclaré que l'environnement contentieux d'un État était susceptible d'affecter les décisions commerciales importantes prises au sein de l'entreprise, telles que le choix du lieu d'implantation ou d'activités : *Ranking the States* ([lien](#)) à la p. 4.

¹⁴ *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69 au para 56.

demandeurs que les défendeurs ont droit à l'accès à un résultat juste¹⁵. Évaluer si le régime actuel de l'action collective donne accès à un résultat juste requiert d'examiner le bien-fondé des décisions rendues et des règlements intervenus, puisque la grande majorité des actions collectives qui sont autorisées finissent par se régler hors cour.

13. Bien que nous soyons en faveur d'un système de justice au sein duquel les demandeurs qui ont un recours valable à faire valoir sont indemnisés équitablement, un système qui exerce une pression indue sur les défendeurs pour qu'ils règlent les actions collectives, et ce, pour des raisons sans égard au bien-fondé du dossier, n'est pas un système qui permet des résultats justes¹⁶. La pression pour régler une action collective peut découler de la seule magnitude des dommages réclamés, des coûts colossaux qui devront être engagés pour se défendre (tant sur le plan financier qu'en termes de temps et ressources investis par les employés), des pressions exercées sur la valeur des actions et sur la réputation de l'entreprise, et enfin, de la possibilité que l'existence d'un litige interfère avec des transactions telles que la vente, la fusion ou l'acquisition d'une entreprise.
14. Depuis l'adoption de la *Loi sur le recours collectif* (« L.r.c. ») par le législateur québécois en 1978, de nombreuses actions collectives ont été intentées au Québec contre des fabricants de produits pharmaceutiques ou d'instruments médicaux. La majorité de ces actions collectives ont été autorisées. En outre, plusieurs actions ont été intentées et grandement publicisées mais n'ont jamais progressé, sans doute parce que certains avocats en demande considéraient qu'elles avaient peu, voire aucun mérite. De plus en plus, les actions collectives sont intentées non seulement en relation avec des produits qui font l'objet de rappels¹⁷, mais aussi en relation avec de nouveaux produits médicaux qui sont novateurs et sauvent des vies, en plus d'être approuvés et utilisés efficacement.
15. Malgré le grand nombre d'actions collectives intentées en matière de responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques et médicaux au Québec depuis plus de quarante ans — soit depuis l'adoption de la L.r.c. et la création du véhicule procédural de l'action collective en droit québécois —, il n'y a pas eu un seul procès sur le fond dans une action collective québécoise en matière de responsabilité du fabricant d'instruments médicaux, et un seul dans une action collective

¹⁵ 2038742 Ontario Limited v. Quizno's Canada Restaurant Corp., 2010 ONSC 5390 aux paras 17-18.

¹⁶ Voir *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59 au para 47 — le fardeau qui empêche les plaideurs d'intenter des actions frivoles n'interfère pas indûment avec l'accès à la justice, et peut au contraire accroître globalement cet accès.

¹⁷ Que le produit fasse l'objet d'un rappel ne signifie pas pour autant que le fabricant a commis une faute ou qu'une compensation de la part de l'entreprise est justifiée; voir *Andersen v. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660; *MacMillan c. Abbott Laboratories*, 2012 QCCS 1684 aux paras 63 et suivants (confirmé en appel, 2013 QCCA 906).

québécoise en matière de responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques¹⁸. Les autres causes ont été abandonnées, réglées, se poursuivent ou demeurent inactives.

16. Que de nombreuses affaires du Québec aient été réglées et qu'il n'y ait eu qu'un seul procès au mérite jette le doute sur le bien-fondé de ces actions. Comme l'a déclaré un juge canadien : « [l]a plupart des actions collectives ne se rendent jamais jusqu'au procès sur le fond. Cela s'explique par la trop grande importance des enjeux pour que les parties s'en remettent au hasard quant au résultat. À cet égard, le processus crée un risque significatif qu'un défendeur innocent soit obligé d'abdiquer en faveur d'un règlement pour éviter le risque de dommages-intérêts exorbitants qu'un procès sur le fond entraîne. » [notre traduction]¹⁹.
17. Nous sommes d'avis que les entreprises œuvrant dans le domaine des sciences de la vie ont, dans certains cas, réglé des actions collectives québécoises pour des raisons étrangères à leur bien-fondé ou pour une contrepartie disproportionnée par rapport au bien-fondé de l'action. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le dépôt d'une action collective au Québec peut exercer une pression importante sur le défendeur pour qu'il règle la poursuite, même lorsque les réclamations du groupe sont précaires ou dépourvues de fondement. Les facteurs qui contribuent aux pressions en faveur d'un règlement dans le domaine des produits pharmaceutiques et des instruments médicaux comprennent, entre autres :
 - a) l'ampleur des dommages-intérêts potentiels auxquels l'entreprise s'expose, qui peuvent être considérables dans de nombreuses actions collectives parce qu'on y allègue des dommages individuels importants affectant un large groupe d'utilisateurs, dont plusieurs ont des problèmes de santé graves qui ne sont nullement attribuables au produit, et dans lesquels sont réclamés, au surplus, des dommages punitifs sans égard au préjudice subi;
 - b) les frais substantiels pour assurer la défense d'une action collective, les honoraires d'avocats et d'experts, les débours et le temps réaffecté des employés, que le défendeur ne pourra récupérer, sans compter le fait que ces entreprises sont condamnées de façon quasi systématique à payer les frais de publication au stade de l'autorisation, sans égard au bien-fondé du recours;
 - c) la pression que la publicité, inhérente à maintes actions collectives, exerce sur la réputation de l'entreprise, indépendamment du bien-fondé de l'action,

¹⁸ Dans l'unique action collective pour laquelle il y a eu un procès sur les questions communes au Québec, l'action a finalement été rejetée suivant 19 jours de procès et des dépenses considérables pour l'entreprise : *Brousseau c. Laboratoires Abbott Itée*, 2016 QCCS 5083. Confirmé en appel: *Brousseau c. Laboratoires Abbott limitée*, 2019 QCCA 801.

¹⁹ Sun-Rype Products, *infra*.

et l'impact négatif potentiel sur ses relations avec les payeurs, les prestataires de soins de santé et les patients.

18. Bon nombre d'actions collectives québécoises qui impliquent des médicaments pharmaceutiques ou des technologies médicales sont provoquées par des événements inhérents et inévitables au développement et à la vente de ces produits, tels que : la mise à jour de la monographie de produit (souvent sans égard à la causalité) ou des rappels résultant d'expériences chez des patients qui ne pouvaient être observées qu'après une utilisation beaucoup plus vaste du produit; des développements scientifiques postérieurs au développement et à la vente du produit en question; ou des décisions sur l'utilisation hors indication (« *off-label* ») du produit que des professionnels de la santé prennent sur des périodes de plusieurs années²⁰.
19. Aucun produit médical n'est dépourvu de risque. Les entreprises développent et commercialisent des produits médicaux, Santé Canada en approuve la sécurité et l'innocuité, les agences d'évaluation des technologies de la santé font des recommandations quant à leur efficacité vis-à-vis d'autres traitements disponibles, les provinces ou les compagnies d'assurance les ajoutent à leurs listes de médicaments couverts et enfin, les professionnels de la santé les prescrivent, en tenant compte de l'équilibre entre les bénéfices et les risques qui y sont afférents et en se fondant sur l'état actuel des connaissances médicales et scientifiques. Tous les produits médicaux présentent des avantages et des risques, tel que décrits dans la monographie du produit. La monographie peut aussi être mise à jour (souvent sans égard à la causalité) à mesure que de nouvelles informations concernant les avantages et les risques d'un produit sont découvertes, ce qui est courant vu l'évolution de la science et l'étude continue des conditions médicales et produits médicaux. Dans de rares cas, un médicament ou un instrument peut faire l'objet d'un rappel en raison de nouvelles informations concernant sa sécurité et son efficacité.
20. Ces activités sont déjà largement réglementées par Santé Canada en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* et ses règlements connexes. Les activités des entreprises, qu'il s'agisse du développement, des essais cliniques, de la vente ou de l'étiquetage des produits, sont approuvées par Santé Canada à chaque étape, puis révisées au fil du temps. Néanmoins, ces activités, y compris les modifications apportées aux monographies de produits qui continuent d'être commercialisés au bénéfice des patients, entraînent de plus en plus souvent des litiges coûteux en matière d'actions collectives et représentent parfois le fondement factuel sur lequel s'appuie le tribunal pour autoriser des actions collectives relatives à ces produits.

²⁰ Il y a souvent des actions collectives calquées sur des litiges américains ou des actions collectives intentées dans d'autres provinces, pouvant même aller jusqu'à copier les procédures mot pour mot.

21. Dans les actions collectives visant des produits médicaux, on réclame généralement des dommages-intérêts substantiels pour un préjudice physique au nom de toute personne ayant utilisé ce produit médical au cours de la période visée par l'action collective, de même que des dommages-intérêts punitifs et, dans certains cas, des mesures de surveillance médicale. De telles actions collectives ont été régulièrement autorisées et la responsabilité financière potentielle qui en découle peut être importante.
22. Pourtant, dans de nombreux cas, une action collective visant des produits médicaux ne sert pas les objectifs d'économie des ressources judiciaires, sans parler de la modification des comportements. L'expérience suggère que le nombre limité de membres du groupe qui seront en mesure de prouver un préjudice indemnifiable lors de la phase de recouvrement individuel d'une action collective est disproportionné par rapport au temps et aux dépenses que ces actions complexes nécessitent pour être plaidées²⁰. Les actions collectives relatives aux produits médicaux sont généralement de la nature d'actions individuelles en dommages-intérêts, et les indemnités et règlements pour chacun seraient dans la plupart des cas suffisamment importants pour justifier une demande individuelle.
23. Dans une perspective de droit comparé, le régime québécois de l'action collective s'inspire largement du cadre procédural établi par la Règle 23 des *American Federal Rules of Civil Procedure*²¹ et des articles 901 à 909 des *Civil Law & Practice Rules*²² de l'État de New York²³. En vertu de ces règles, les actions collectives ne sont plus considérées comme un véhicule procédural adéquat pour traiter des réclamations de masse en matière de responsabilité du fabricant des produits pharmaceutiques²⁴ puisqu'elles ne rencontrent pas le critère des questions communes²⁵.
24. Compte tenu du contexte, des principes et des objectifs exposés ci-haut, nous présentons ci-après notre position sur les pistes de réforme proposées par le MJQ dans son document de consultation d'avril 2021 (le « **Document de**

²¹ Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.

²² Lois codifiées de l'État de New York, *Civil Law & Practice Rules*, c. 8-9.

²³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, COMITÉ DE RÉVISION DE LA PROCÉDURE CIVILE, *Rapport du Comité de révision de la procédure civile*, Gouvernement du Québec, 2001, aux pp. 188-189; S. E. FINN, *Class Actions in Québec*, Carswell, 2014, à la p. 39; P.-C. LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996, aux pp. 333-334.

²⁴ Une série de jugements clés à la fin des années 1990 a été décrite comme sonnante le glas des tentatives de résoudre, sur une base collective, des litiges de masse en responsabilité. Voir : *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (US Sup. Ct. 1999), *Amchem v. Windsor*, 521 U.S. 591 (US Sup. Ct. 1997), *Zinser v. Accufix Research Inst., Inc.*, 253 F.3d 1180 (USCCA9 2001), *Rhone-Poulenc v. Rorer*, 51 F.3d 1293 (USCCA7 1995), *Castano v. American Tobacco*, 84 F.3d 734 (USCCA5 1996) et *Georgine v. Amchem Prods., Inc.*, 83 F.2d 610 (USCCA3 1996).

²⁵ N. M. PACE, *Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature*, Santa Monica (California), RAND Institute for Civil Justice, 2007.

consultation »). À notre avis, un régime québécois d'action collective équitable, équilibré et efficace devrait :

- a) permettre un contrôle adéquat et efficace des délais au stade de l'autorisation, en encourageant une gestion d'instance hâtive afin de convenir d'un échéancier jusqu'à l'audition de la demande d'autorisation, et en s'attaquant aux causes fondamentales de ces délais, notamment les actions collectives trop vastes et les amendements tardifs du côté de la demande, tout en préservant les caractéristiques de l'autorisation qui lui permettent de jouer un rôle de filtrage et de veiller à ce que les droits procéduraux des deux parties soient préservés;
- b) incorporer la proportionnalité comme un critère additionnel et distinct au stade de l'autorisation, tout en demeurant un principe clé dans l'analyse des autres critères d'autorisation;
- c) conserver l'étape préliminaire de l'autorisation et adapter le test d'autorisation, tel que décrit ci-dessous; et
- d) conserver la condition de l'apparence de droit et la renforcer en adoptant le critère de « possibilité raisonnable de succès » développé dans les actions collectives en matière de valeurs mobilières sur le marché secondaire, le tout de manière à décourager le dépôt d'actions collectives mal fondées, ou de restreindre ou d'éliminer de telles actions à un stade préliminaire.

II. COMMENTAIRES SUR LES PISTES DE RÉFORME PROPOSÉES DANS LE DOCUMENT DE CONSULTATION

A. Pistes de réforme n^{os} 1 et 2 : La gestion d'instance active comme moyen de gérer et limiter les délais

25. En guise d'introduction, il convient de noter que les actions collectives, en particulier celles qui impliquent des questions scientifiques et médicales complexes, comptent parmi les litiges civils les plus compliqués. Elles nécessitent un investissement important en temps et en ressources pour être tranchées équitablement. Le simple fait que les actions collectives prennent beaucoup de temps pour arriver à procès ne signifie pas forcément qu'il y a eu des délais « déraisonnables ».
26. Dans l'ensemble, le régime actuel, en particulier la désignation de juges chargés de la gestion d'instance qui suivent de près l'évolution des actions collectives, constitue un moyen adéquat de mener une action collective à l'étape de l'autorisation, et éventuellement au procès, à l'intérieur d'un délai raisonnable.

27. À cet égard, nous constatons que le Document de consultation conclut, sur la base du *Rapport préparé à l'attention du ministère de la Justice du Québec* en date de septembre 2019 par le Laboratoire sur les actions collectives sous la supervision de la Professeure Catherine Piché (le « **Rapport** »), que « [l]es délais causés par l'autorisation sont importants », que « [l]'action collective prend en moyenne deux ans et 185 jours pour atteindre le jugement d'autorisation final » et que ces chiffres, auxquels s'ajoutent d'autres relatifs à l'approbation des règlements, « suggèrent que l'étape d'autorisation est lourde de frais et de délais »²⁶. Soulignons que la source de cette moyenne semble être un article paru en 2013 dans *The American Journal of Comparative Law*²⁷ qui se penche sur des observations empiriques de la Cour fédérale d'Australie, laquelle a choisi de retrancher l'étape d'autorisation²⁸.
28. La prudence est de mise avant de se fier à des données relatives à la période antérieure à 2013 pour représenter la situation actuelle, étant donné que plusieurs mesures ont été mises en œuvre depuis, au Québec, pour que les actions collectives progressent plus rapidement jusqu'à l'étape de l'autorisation, notamment:
- a) La création par la Chambre des actions collectives de la Cour supérieure du Québec, en 2018, d'un groupe de dix juges spécialisés, chargés de la gestion d'instance de toutes les actions collectives déposées dans le district judiciaire de Montréal²⁹ au stade de l'autorisation. Au moment où cette mesure a été instaurée, 26 jours juridiques par année étaient dévolus à cette tâche, pour chacun des juges. Cette initiative a été adaptée au fil du temps, de manière à refléter l'évolution du volume des actions collectives déposées dans le district de Montréal et de tirer parti de l'expérience des juges. Le « groupe des dix » initial s'est depuis élargi à onze juges, qui continuent d'agir comme juges de gestion d'instance au stade du mérite pour les actions collectives autorisées, à condition que leurs autres affectations n'entrent pas en conflit avec ce rôle. Cette mesure a fait en sorte que les actions collectives sont gérées de près par des juges qui connaissent bien les spécificités de ce véhicule procédural et qui disposent de l'expertise et du temps nécessaires pour superviser adéquatement l'évolution d'une action collective, tant au stade de l'autorisation qu'à celui du mérite, et pour veiller à ce que les affaires se rendent avec diligence et efficacité à l'audition d'autorisation et au procès;

²⁶ Document de consultation publique à la p. 4.

²⁷ V. MORABITO, « Can Class Action Regimes Operate Satisfactorily without a Certification Device? Empirical Insights from the Federal Court of Australia », (2013) 61(3) Am J Comp Law 579.

²⁸ Rapport à la p. 23, note de bas de page 108.

²⁹ La vaste majorité des actions collectives proposées sont déposées dans le district judiciaire de Montréal, et les dernières années ont montré que cette tendance augmente. En 2020, environ 90% des demandes d'autorisation ont été déposées dans le district judiciaire de Montréal, le reste étant réparti dans toute la province.

- b) L'adoption d'une directive par la Chambre des actions collectives de la Cour supérieure du Québec selon laquelle l'audience d'autorisation doit être entendue dans l'année qui suit la date de dépôt de la demande d'autorisation. D'après notre expérience, cette directive, que la magistrature a choisi de ne pas formaliser en l'intégrant aux règles de pratique, est systématiquement suivie par les juges de gestion d'instance, qui tâchent de s'y conformer et ne s'en écartent que dans les cas qui soulèvent des défis particuliers, en raison par exemple de l'ampleur du recours et du nombre inhabituel de parties en cause ou encore de la coordination complexe de procédures parallèles, comme nous le verrons plus loin.
29. En ce qui concerne les « délais importants » mentionnés dans le Rapport, selon notre expérience, les délais au stade de l'autorisation sont dus en grande partie à certains facteurs qui ne sont ni identifiés ni discutés dans le Rapport.
30. Premièrement, la règle souvent critiquée du « premier à déposer » (« *first to file* ») selon laquelle, en présence de multiples actions collectives qui se chevauchent, la première demande d'autorisation déposée au Québec doit procéder et les autres, suspendues, incite les demandeurs à déposer leur demande d'autorisation en premier pour obtenir la prise en charge du dossier. Cela résulte régulièrement en un dépôt prématuré de procédures, suivi de nombreux amendements, la substitution du représentant proposé et de longs délais pour recueillir la preuve élémentaire au soutien de la demande d'autorisation, ce qui retarde la tenue de l'audition d'autorisation.
31. Deuxièmement, un grand nombre d'actions collectives québécoises sont dérivées de litiges américains ou d'actions collectives intentées dans d'autres provinces. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les actions collectives en responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques ou d'instruments médicaux, où presque toutes les actions collectives intentées au Québec répliquent ou font double emploi avec des actions collectives intentées dans d'autres provinces, et qui suivent presque inévitablement les litiges de type « mass tort » aux États-Unis visant le même produit. L'effet combiné de ce phénomène et de la règle du « premier à déposer » mentionnée ci-dessus se traduit souvent par des dépôts précipités suivis de mois d'inactivité, car les avocats en demande attendent le développement des litiges, des enquêtes ou des procédures réglementaires dans d'autres juridictions avant de faire avancer la cause au Québec.
32. Troisièmement, depuis l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte* de la Cour suprême du Canada³⁰ qui a permis l'exercice d'actions collectives sectorielles au Québec, incluant de nombreuses défenderesses à l'égard desquelles le demandeur n'a aucun lien de droit personnel, un nombre croissant d'actions collectives visant tous

³⁰ 2014 CSC 55.

les acteurs d'un même secteur d'une industrie ont été intentées au Québec, résultant en un nombre extraordinaire de parties impliquées avec, pour corollaire, des conflits d'horaire, des difficultés à nommer des juges de gestion d'instance et, le cas échéant, à désigner un banc susceptible d'entendre un appel dans un tel dossier.

33. Les pistes de réforme proposées ne s'attardent pas à ces facteurs et résultent plutôt en une restriction encore plus importante des droits procéduraux déjà extrêmement restreints des défendeurs à ce stade. La mise en œuvre de ces pistes de réforme maintiendrait et accroîtrait les restrictions indues aux droits procéduraux des défendeurs, compromettant ainsi la réalisation de l'un des objectifs clés de l'autorisation, à savoir éliminer les actions frivoles et asseoir la légitimité de l'étape de l'autorisation.
34. En plus de nos observations sur certaines pistes de réforme proposées par le MJQ pour mieux contrôler les délais, nous avons identifié ci-dessous quelques mesures qui visent à répondre à ces facteurs de manière à la fois efficace et équilibrée, et qui favorisent l'atteinte des objectifs sous-jacents à l'étape de l'autorisation.
35. En ce qui concerne la piste de réforme 2a), qui propose de favoriser les protocoles d'instance présentant des dates et échéances rapprochées, de manière à respecter le délai d'un an pour la tenue de l'audition d'autorisation, nous soumettons que d'adopter un délai fixe pour la tenue de l'audition d'autorisation suivant le dépôt initial de la demande en autorisation est une solution impraticable qui ne tient pas compte de la nature variable des procédures d'actions collectives, des délais qui peuvent être imputables aux amendements du demandeur, à la coordination des procédures parallèles entre les provinces et à d'autres facteurs. La directive existante adoptée par la magistrature, qui vise à fixer l'audition de la demande d'autorisation dans l'année qui suit le dépôt de cette demande, telle qu'elle est appliquée actuellement, est adéquate et n'a pas besoin d'être codifiée en une règle formelle.
36. Pour assurer la progression diligente des actions collectives au stade de l'autorisation, nous proposons plutôt d'adopter une règle afin qu'une conférence de gestion soit convoquée dans les 90 jours du dépôt de la demande d'autorisation, au cours de laquelle les parties et le tribunal conviendraient d'un échéancier pour accomplir toutes les étapes menant à l'audition d'autorisation³¹. À la suite de cette conférence de gestion, nous proposons que le demandeur ne puisse amender la demande d'autorisation ou déposer une preuve additionnelle qu'avec l'autorisation du tribunal.

³¹ Une mesure similaire a été adoptée en Australie et exige la tenue d'une conférence initiale de gestion dans un délai de six semaines à compter de la date de dépôt de la demande : voir *Practice Note CM 17 – Representative Proceedings Commenced under Part IVA of the Federal Court of Australia Act 1976*, au para 1.2(b).

37. Afin de contrôler les délais dans un contexte d'actions collectives multi-juridictionnelles intentées dans diverses provinces, nous suggérons également que le *Protocole judiciaire canadien de gestion de recours collectifs multi-juridictionnels* de l'Association du Barreau canadien soit incorporé au *Code de procédure civile*, ce qui permettrait une coordination plus efficace et harmonieuse par les juges chargés de la gestion d'instance dans les diverses provinces concernées. Bien que nous n'ayons pas l'intention d'aborder en détail le caractère adéquat du critère régissant la suspension d'une action québécoise en présence d'actions collectives multi-juridictionnelles, cette question particulière dépassant la portée de la présente consultation publique, nous notons qu'une meilleure harmonisation entre les critères utilisés dans les diverses provinces canadiennes à cet égard serait souhaitable, comme l'a noté la Cour d'appel du Québec dans une décision récente³².
38. En ce qui concerne la piste de réforme 2e) qui encourage les juges à continuer d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires de manière proactive, tout pouvoir discrétionnaire devrait être utilisé dans le respect rigoureux des principes fondamentaux et directeurs de la justice codifiés dans le *Code de procédure civile*, y compris le principe *audi alteram partem*³³ — d'autant plus que les décisions en gestion d'instance ne sont pas susceptibles d'appel, sauf dans des circonstances très limitées³⁴ — et un tel exercice de pouvoirs discrétionnaires doit permettre d'atteindre l'équilibre des droits procéduraux fondamentaux des parties.
39. En ce qui concerne la piste de réforme 2f), qui propose de continuer à utiliser une approche restrictive à l'égard de la preuve soumise à l'autorisation, nous nous opposons à cette piste de réforme telle qu'énoncée. Permettre aux défendeurs de produire une preuve adéquate, proportionnée et adaptée à l'analyse des conditions d'autorisation est nécessaire afin d'atteindre l'objectif de l'étape de l'autorisation, soit la protection des membres du groupe, des défendeurs et des intérêts du système de justice en filtrant les actions frivoles ou mal fondées.
40. Si la preuve qui porte sur les moyens de défense au mérite seulement n'est pas appropriée à ce stade, les juges d'autorisation ne doivent toutefois pas se priver d'une preuve ciblée pertinente à l'analyse des conditions d'autorisation, par exemple celle qui fait montre de l'absence de droit d'action personnel du demandeur³⁵, qui établit l'inexistence d'un groupe suffisant pour justifier l'autorisation d'une action collective³⁶ ou qui peut aider la Cour à définir un groupe plus

³² *Micron Technology Inc. c. Hazan*, 2020 QCCA 1104.

³³ Art. 17 C.p.c.

³⁴ Art. 32 C.p.c.

³⁵ Voir par ex. *Saurette c. Astrazeneca Canada inc.*, 2019 QCCS 3323 où les courtes déclarations sous serment d'experts produites par les défenderesses ont établi que les représentantes n'avaient jamais subi les événements indésirables allégués au cœur de l'action collective proposée, et n'étaient donc pas membres du groupe.

³⁶ Voir par ex. *Ouellet c. Lasik MD inc.*, 2020 QCCS 3863.

approprié que celui proposé par le demandeur³⁷. Par conséquent, plutôt qu'une approche générique restrictive à la preuve, nous suggérons de définir clairement les critères qui devraient guider la Cour saisie d'une demande pour produire de la preuve au stade de l'autorisation, à savoir (i) si la preuve que le défendeur cherche à produire se rapporte directement à un ou plusieurs critères d'autorisation, et (ii) si la preuve est proportionnée à la lumière de l'action collective proposée et de l'analyse requise au stade de l'autorisation. Ce test est conforme aux critères développés il y a quinze ans par l'honorable Clément Gascon, j.c.s. tel qu'il l'était alors, dans *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*³⁸, qui ont été appliqués par les tribunaux depuis³⁹.

B. Piste de réforme n° 3 : Ajout d'un test ou d'un principe de proportionnalité à l'étape de l'autorisation

41. MNC et Medtech sont en faveur de cette piste de réforme et soutiennent que l'ajout d'un tel test est opportun dans la mesure où, au-delà de l'application machinale des conditions d'autorisation décrites ci-dessus, il permettrait au tribunal d'éviter que le mécanisme long, complexe et coûteux d'une action collective soit déployé lorsqu'il s'avère disproportionné ou inapproprié dans les circonstances.
42. Contrairement à ce qui est suggéré dans le Rapport, MNC et Medtech soumettent respectueusement que la proportionnalité n'est pas un facteur qui favorise nécessairement l'autorisation d'une action collective⁴⁰. Plutôt, la proportionnalité est un facteur neutre qui doit être considéré à la lumière des circonstances de chaque cas, et qui peut parfois militer contre l'autorisation d'une action collective.
43. Cela inclut les situations où une entreprise a déjà mis en place un processus de compensation que le tribunal juge adéquat, par exemple, par le biais d'un remboursement simplifié des réclamations, de rappels de produits ou de réparations gratuites, selon les circonstances⁴¹.
44. L'ajout d'un critère de proportionnalité pourrait contribuer à remédier à la situation décrite par le professeur Daniel Jutras, qui décrit la multiplication des actions collectives soulevant des questions d'une étonnante banalité, en violation flagrante de la doctrine *de minimis non curat lex*. Ces actions collectives, qui visent à obtenir

³⁷ Dans les actions collectives en responsabilité du fait des produits pharmaceutiques, la demande propose souvent un « groupe d'utilisateurs » composé de toute personne ayant utilisé un médicament sur ordonnance, laissant ainsi au juge d'autorisation le soin de redéfinir un groupe approprié, limité aux personnes ayant subi l'événement indésirable en cause.

³⁸ 2006 QCCS 6290.

³⁹ Voir par ex. : *Allstate du Canada, compagnie d'assurances c. Agostino*, 2012 QCCA 678; *Option Consommateurs c. Brick Warehouse, l.p.*, 2011 QCCS 569; *Kramar c. Johnson & Johnson*, 2016 QCCS 5296; *J.B. c. Soeurs Grises de Montréal*, 2021 QCCS 3630.

⁴⁰ Rapport aux pp. 28 et suivantes.

⁴¹ Voir par ex. : *Paquette c. Samsung Electronics Canada Inc.*, 2020 QCCS 1160.

une compensation pour ce qui est, tout au plus, des désagréments quotidiens insignifiants, encombrant les salles d'audience et entravent l'accès à la justice⁴².

45. L'ajout du critère contribuerait aussi à résoudre un autre problème identifié par le professeur Jutras, soit l'utilisation accrue des actions collectives comme véhicule procédural pour faire valoir des réclamations d'intérêt public, même dans les cas où d'autres moyens procéduraux tels qu'une requête en jugement déclaratoire ou une injonction sont mieux adaptés à la situation et permettraient une résolution plus rapide⁴³. Le critère de proportionnalité offrirait un cadre pour analyser si une action collective est le véhicule procédural approprié dans ces circonstances, à l'instar du critère de « préféralité » utilisé dans d'autres provinces⁴⁴.
46. Un standard similaire existe déjà dans d'autres provinces canadiennes et il est souhaitable que l'environnement juridique dans lequel évoluent les entreprises à travers le pays soit aussi prévisible et cohérent que possible. Nous proposons donc que le nouveau critère de proportionnalité soit aligné sur l'exigence de « préféralité » telle que définie dans les récents amendements à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, qui exige que le véhicule procédural de l'action collective soit préférable à tous les moyens raisonnablement disponibles pour régler les réclamations des membres du groupe, notamment, selon le cas, une procédure quasi-judiciaire ou administrative, la gestion particulière coordonnée pour les demandes individuelles, ou tout mécanisme ou programme de réparation extrajudiciaire.
47. À titre d'exemple, dans les actions collectives en matière de responsabilité du fabricant de produits pharmaceutiques où le nombre de membres du groupe est limité et où une multitude de facteurs associés à la causalité individuelle doit être considérée, la gestion d'instance coordonnée de recours individuels peut être plus appropriée et permettre un règlement plus efficace des réclamations des demandeurs.
48. De plus, la proportionnalité doit être interprétée de manière large et contextuelle. Cela peut impliquer la prise en compte du contexte qui caractérise les actions

⁴² Daniel Jutras, « L'action collective et l'intérêt public » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, id., à la p. 71.

⁴³ Daniel Jutras, « L'action collective et l'intérêt public » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, id., aux pp. 72-73. Un exemple classique de ce principe se retrouve dans l'arrêt clé *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, où la Cour suprême du Canada a statué qu'une action collective n'était pas le véhicule procédural approprié pour attaquer la validité d'un règlement municipal en matière de fiscalité, étant donné qu'un seul plaideur pouvait présenter une action en nullité et obtenir un jugement qui bénéficierait à tous les autres résidents de la municipalité, tout en évitant les complexités et les obstacles procéduraux de l'action collective.

⁴⁴ *Id.*

collectives en matière de responsabilité du fait des produits pharmaceutiques et médicaux, notamment:

- a) Le fait que plusieurs actions collectives proposées qui impliquent des médicaments pharmaceutiques ou des technologies médicales sont déclenchées par des événements inhérents et inévitables au développement et à la vente de ces produits, tels que : la mise à jour de la monographie ou des rappels résultant d'effets observés chez des patients qui ne pouvaient être observés qu'après une utilisation à grande échelle du produit; des développements scientifiques postérieurs au développement et à la vente du produit en question; ou des décisions sur l'utilisation hors indication (« *off-label* ») du produit que des professionnels de la santé prennent sur des périodes de plusieurs années;
- b) La distribution au public de ces produits qui implique l'intervention concertée d'organismes de réglementation, de professionnels et de parties indépendantes, tous hautement qualifiés : les entreprises développent et commercialisent des produits médicaux, Santé Canada en approuve l'efficacité et l'innocuité, les agences d'évaluation des technologies de la santé font des recommandations quant à leur efficacité vis-à-vis d'autres traitements disponibles, les provinces et les compagnies d'assurance les ajoutent à leurs listes de médicaments couverts et enfin, les professionnels de la santé les prescrivent en tenant compte de l'équilibre entre les avantages et les risques de chacun et en se fondant sur l'état actuel des connaissances médicales et scientifiques;
- c) Le fait que tous les produits médicaux présentent des avantages et des risques, tel que décrits dans la monographie du produit. La monographie peut aussi être mise à jour à mesure que de nouvelles informations concernant les avantages et les risques d'un produit sont découvertes, ce qui est courant compte tenu de l'évolution de la science et de l'étude continue des conditions médicales et des produits médicaux. Dans de rares cas, un médicament ou un instrument peut faire l'objet d'un rappel en raison de nouvelles informations concernant sa sécurité et son efficacité;
- d) Leurs activités sont déjà largement réglementées par Santé Canada en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* et ses règlements connexes, qu'il s'agisse du développement des produits, des essais cliniques, de la vente ou de l'étiquetage des produits, toutes approuvés par Santé Canada à chaque étape, puis révisées au fil du temps. Néanmoins, de telles activités, y compris les modifications apportées à l'étiquetage des produits qui continuent d'être commercialisés au bénéfice des patients, entraînent de plus en plus souvent des litiges coûteux en matière d'actions collectives.

49. En plus d'ajouter la proportionnalité comme critère distinct d'autorisation, ce principe cardinal de la procédure devrait continuer à guider l'analyse des autres critères d'autorisation et devrait également continuer à être appliqué à l'instance au mérite de l'action collective.
50. Que cela résulte d'une analyse combinée de la proportionnalité et du critère des questions communes ou que l'on adopte un critère distinct de « préférabilité », MNC et Medtech soumettent respectueusement que la réforme des critères d'autorisation devrait assurer que les actions collectives ne sont autorisées que dans les cas où les questions communes de fait et de droit prédominent sur les questions n'affectant que les membres individuels du groupe (c'est-à-dire les questions qui ne peuvent être tranchées dans le contexte d'un procès sur les questions communes). Un tel résultat serait conforme à la véritable raison d'être de l'action collective et à son objectif d'économie des ressources judiciaires. Il a aussi l'avantage de mieux s'accorder au test utilisé dans les provinces de *common law*.

C. Piste de réforme n° 4 : Supprimer l'étape préliminaire d'autorisation de l'action collective et l'intégrer à l'instance

51. Comme indiqué dans le Rapport, l'autorisation possède un triple objectif de protection :
- a) Premièrement, elle sert à protéger les membres putatifs « absents »⁴⁵. Par définition, une action collective au Québec s'écarte des règles procédurales habituelles relatives à l'intérêt pour agir en justice puisqu'elle implique un représentant qui cherche à représenter un groupe important de personnes sans avoir reçu de mandat d'aucun de ses membres⁴⁶, lesquels ignorent généralement l'existence de l'action collective proposée et le fait qu'ils font partie du groupe proposé. Le jugement qui autorise l'action collective remplace donc le mandat autrement requis pour permettre à une personne d'en représenter une autre devant les tribunaux et assure ainsi la légitimité du véhicule de l'action collective⁴⁷;
 - b) Deuxièmement, elle protège les défendeurs. Le dépôt d'une action collective a de conséquences commerciales et réputationnelles considérables sur les défendeurs, qui doivent faire face à un risque financier important en raison de l'agrégation de multiples réclamations individuelles⁴⁸. En filtrant les

⁴⁵ Rapport à la p. 11.

⁴⁶ S'écartant ainsi de la règle standard à l'art. 91 C.p.c. Voir également : *Centrale des syndicats du Québec c. Allen*, 2016 QCCA 1878, au para 6.

⁴⁷ Rapport aux pp. 19-20.

⁴⁸ ANDRÉ DUROCHER & CLAUDE MARSEILLE, « Autorisation d'exercer une action collective », Jurisclasseur Québec, coll. « Droit civil », *Procédure civile II*, fasc. 21, Montréal, Lexis Nexis, à la p. 21/6; BRIAN T.

actions frivoles ou malveillantes, le stade de l'autorisation « [assure] que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables »⁴⁹;

- c) Enfin, elle vise à assurer l'utilisation efficace des ressources judiciaires. Comme l'ont relevé à maintes reprises la Cour d'appel et divers auteurs, les actions collectives mobilisent d'importantes ressources judiciaires. La rareté de ces ressources exige que les actions collectives qui n'ont pas leur place devant les tribunaux soient écartées, afin que les ressources judiciaires puissent être allouées à des entreprises par d'autres justiciables et, en définitive, à atteindre un meilleur accès à la justice pour tous⁵⁰. En effet, comme l'a noté la Cour d'appel dans *Bouchard c. Agropur*⁵¹, l'utilisation de l'action collective comme véhicule procédural peut parfois engendrer des complications indues, voire des injustices, d'où la nécessité d'un filtrage judiciaire permettant de tester, dans chaque cas, l'opportunité d'y recourir.
52. Malgré ces objectifs importants l'étape préliminaire d'autorisation, le Rapport et le Document de consultation proposent néanmoins comme piste de réforme de la supprimer et d'intégrer certains de ses éléments à l'étape du mérite. Le modèle révisé envisagé, tel que nous le comprenons, éliminerait donc le stade de l'autorisation tel qu'il existe actuellement et le défendeur devrait plutôt soulever ses moyens préliminaires au début de la procédure à l'étape du mérite.
53. MNC et Medtech sont préoccupées par ce changement fondamental proposé au régime de l'action collective et s'opposent à cette piste de réforme. À notre avis, elle compromet l'efficacité du mécanisme de filtrage et permettrait à un plus grand nombre d'actions sans fondement d'aller de l'avant, ce qui entraînerait une utilisation moins efficace des ressources judiciaires et ralentirait la progression des actions collectives qui, elles, sont bien fondées, en raison de l'encombrement excessif des rôles des tribunaux, un phénomène déjà apparent en pratique.
54. Nous comprenons que cette piste de réforme découle des réflexions de l'honorable juge Bich de la Cour d'appel, qui notait que le seuil pour l'autorisation d'une action collective avait été constamment abaissé par la jurisprudence au cours des

FITZPATRICK, « Do Class Actions Deter Wrongdoing? » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, aux pp. 188 et suivantes; CLAUDE MARSEILLE, « Le danger d'abaisser le seuil d'autorisation » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, id., aux pp. 255-256.

⁴⁹ Infineon Technologies AG c. Option consommateurs, 2013 CSC 59, au para 61. Voir également : PIERRE-CLAUDE LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996, à la p. 349; Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello, 2014 CSC 1, au para 37; Lambert c. Whirlpool Canada, l.p., 2015 QCCA 433, aux paras 11-12 (demande d'autorisation refusée).

⁵⁰ Voir par ex. : *Sofio c. ORCVM*, 2015 QCCA 1820, au para 26; *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716, au para 72.

⁵¹ 2006 QCCA 1342, au para 39.

deux dernières décennies, au point où l'on pouvait se demander si le processus d'autorisation était encore utile comme étape préalable à l'instance au mérite et si les efforts et les ressources judiciaires déployés à cette étape demeuraient justifiés⁵². Or, la juge Bich conclut son propos en suggérant une alternative : ou le stade de l'autorisation est éliminé ou intégré à l'instance au mérite, *ou*, au contraire, il se voit *renforcé*⁵³. C'est cette dernière proposition qui a été jugée préférable par sa collègue l'Honorable Manon Savard, aujourd'hui Juge en Chef de la Cour d'appel, dans une décision subséquente où elle écrit :

[29] [...] Certains prônent la suppression de cette autorisation, d'autres, dont je suis, suggèrent plutôt de la renforcer. Mais dans l'attente de la révision de cette question, que ce soit par le législateur ou la Cour suprême, il faut s'assurer que l'action collective puisse jouer son véritable rôle et ne soit pas utilisée à des fins autres que celles pour lesquelles une telle voie procédurale existe [soulignements ajoutés]⁵⁴.

55. MNC et Medtech soutiennent vivement la préservation d'une étape préliminaire d'autorisation et sont en faveur de rehausser le seuil existant, tel qu'envisagé par l'Honorable juge Bich et suggéré par l'Honorable juge Savard, par des juges de tribunaux de tous les niveaux ainsi que d'éminents auteurs⁵⁵. Comme résumé avec justesse dans les récents commentaires des honorables juges Côté, Moldaver et Rowe de la Cour suprême du Canada, les objectifs sous-jacents « d'accès à la justice, de modification des comportements préjudiciables et d'économie des ressources judiciaires » qui caractérisent la procédure d'action collective « ne peuvent [...] être atteints que si une procédure rigoureuse est suivie pour encadrer l'autorisation du recours » et « le recours collectif ne peut atteindre ses objectifs que si les tribunaux donnent sens et substance au texte du législateur, dans le respect de leur rôle institutionnel »⁵⁶.
56. Dans une perspective de droit comparé, il est intéressant de noter que parmi les diverses juridictions qui ont adopté des régimes d'actions collectives dans le monde, la grande majorité⁵⁷ a choisi d'incorporer un mécanisme d'autorisation (ou de « certification ») semblable à celui qui est actuellement en vigueur au Québec, au motif que les juges de première instance devraient « examiner le plus tôt

⁵² *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716, aux paras 69-74; voir également *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673.

⁵³ *Charles c. Boiron Canada*, 2016 QCCA 1716, au para 74.

⁵⁴ *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, au para 29.

⁵⁵ Voir la section II.D ci-dessous pour une discussion sur ce point.

⁵⁶ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, au para 202.

⁵⁷ L'Australie, qui a au contraire opté pour un régime de « décertification », est une exception notable à la règle.

possible si le dispositif d'action collective constitue le véhicule approprié pour disposer des réclamations des membres du groupe » [traduction libre]⁵⁸.

57. Enfin, d'un point de vue pratique, nous estimons que le Rapport n'établit pas comment la suppression proposée de l'étape préliminaire d'autorisation permettrait d'obtenir des résultats plus rapides et plus équitables et de réduire les délais associés à l'autorisation d'une action collective.

D. Piste de réforme n° 5 : Éliminer le critère de l'apparence de droit

58. MNC et Medtech s'opposent vivement à l'élimination du critère de l'apparence de droit (ou de « cause défendable »). Ce existant, qui prévoit une analyse sommaire du syllogisme juridique sous-tendant l'action collective proposée par le demandeur, est nécessaire pour atteindre l'objectif principal de l'étape de l'autorisation, soit de filtrer les actions collectives frivoles et celles vouées à l'échec.
59. Non seulement encourageons-nous vivement le législateur québécois à conserver le critère de l'apparence de droit, mais nous soumettons respectueusement que cet aspect du test d'autorisation devrait être rehaussé en vue de mieux s'arrimer aux objectifs du stade de l'autorisation, d'assurer une utilisation plus efficace des ressources judiciaires et, ultimement, d'atteindre un meilleur accès à la justice.
60. Plus le seuil d'autorisation est bas et le fardeau de preuve, léger, plus le risque est élevé que des actions collectives sans fondement ou abusives soient intentées dans le but d'extorquer un règlement injuste, en raison des pressions à régler qu'une action collective exerce sur les entreprises, quel que soit le bien-fondé des recours⁵⁹. Ce risque est loin d'être théorique. L'expérience récente montre une augmentation des actions collectives sectorielles intentées à l'encontre de tout un pan d'une industrie donnée par un seul représentant contre un large éventail de défendeurs avec lesquels il n'a aucun lien contractuel et à l'égard desquels aucune preuve d'un quelconque comportement répréhensible n'est apportée. Profitant du seuil d'autorisation bas et des diverses présomptions reconnues au fil du temps par le droit prétorien, les demandeurs cherchent ainsi à imposer aux défendeurs un fardeau de preuve inversé, les forçant à établir qu'ils n'ont pas eu les comportements contestés ou que le produit qu'ils ont fabriqué n'est pas défectueux⁶⁰.

⁵⁸ N. M. PACE, *Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature*, Santa Monica (California), RAND Institute for Civil Justice, 2007, à la p. 593.

⁵⁹ *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, 2010 BCSC 922 au para 18, appels autorisés pour d'autres motifs, 2011 BCCA 187 et 2013 CSC 58; voir également Warner aux paras 71-72.

⁶⁰ Les actions collectives intentées au Québec au cours des dernières années contiennent une pléthore d'exemples de ce phénomène, dont, entre autres, les actions collectives intentées contre des assureurs automobiles et des assureurs habitation qui allèguent diverses pratiques trompeuses ou autrement

61. Soucieux des risques d'utilisation abusive du véhicule procédural qu'est l'action collective et des impacts qui en résultent pour les défendeurs, les ressources judiciaires et l'accès à la justice, des auteurs provenant de tous les milieux militent de plus en plus en faveur d'un test renforcé au stade de l'autorisation. Entre autres, comme l'a fait remarquer le juge en chef de la Cour suprême du Canada, et contrairement à ce qui est suggéré dans le Rapport, un seuil d'autorisation plus bas n'équivaut pas toujours à un meilleur accès à la justice : par exemple, une action collective autorisée à la suite d'une interprétation généreuse des conditions d'autorisation qui aboutirait à un règlement prévoyant le paiement de sommes insignifiantes aux membres du groupe ne répondrait pas à l'objectif d'accès à la justice⁶¹. Un auteur souligne qu'un seuil d'autorisation plus élevé peut envoyer un signal fort dans les cas où l'action collective est autorisée et encourager le défendeur à négocier un règlement, alors qu'un test d'autorisation laxiste n'envoie aucun tel message relativement au mérite potentiel de l'action et incite donc le défendeur à choisir de se défendre contre l'action collective sur le fond⁶².
62. Sous le régime actuel, les allégations du demandeur sont tenues pour avérées et doivent seulement être appuyées par une « certaine preuve ». Il est largement reconnu que ce critère fixe un seuil peu élevé pour l'autorisation. Nous proposons de redéfinir le seuil en ce qui concerne le deuxième critère d'autorisation et d'adopter le critère de la « possibilité raisonnable de succès au mérite » élaboré par le législateur québécois en ce qui concerne les actions collectives relatives aux manquements aux obligations de divulgation sur le marché secondaire des valeurs mobilières⁶³. Ce critère a été élaboré dans le but d'éviter les recours opportunistes ou malveillants (« *strike suits* »), c'est-à-dire, des actions non fondées intentées en vue de contraindre des défendeurs ciblés à conclure un règlement injuste, qui étaient devenus légion aux États-Unis et de « faire en sorte d'éviter les recours non fondés et d'éviter que les défendeurs y consacrent du temps et de l'argent, ou à faire en sorte que l'on mette fin au recours au début du processus »⁶⁴. Comme il a été mentionné ci-dessus, l'expérience a démontré que le risque d'actions opportunistes ou malveillantes existe généralement dans l'environnement des actions collectives au Québec et ne se limite pas aux actions collectives en matière de valeurs mobilières.

illégalles liées à l'utilisation de réseaux de fournisseurs privilégiés (*Jacques Généreux & Robert Beaudry c. Desjardins Groupe d'assurances générales inc., et al.*, 705-06-000009-218 et *Alain Tessier c. Desjardins Groupe d'assurances générales inc., et al.*, 410-06-000008-209).

⁶¹ Le très honorable RICHARD WAGNER, « Comment l'action collective est devenue ce qu'elle est » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, à la p. 286.

⁶² CLAUDE MARSEILLE, « Le danger d'abaisser le seuil d'autorisation » dans C. PICHÉ, *Class Action Effects/Les effets de l'action collective*, id., aux pp. 256-257.

⁶³ *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c V-1.1, à l'art. 225.4.

⁶⁴ *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc.*, 2015 CSC 18 aux paras 30 et suivants.

63. Tel que déjà indiqué, les frais de défense des actions collectives et des règlements dans le domaine des produits pharmaceutiques et des instruments médicaux ont des impacts sociétaux plus larges en termes d'influence potentielle sur les décisions des professionnels de la santé, de restrictions à l'innovation et de limites à la disponibilité des produits — tous des conséquences non souhaitables d'un point de vue de politique publique. Un seuil d'autorisation plus élevé ferait en sorte que seules les actions collectives suffisamment bien fondées pour compenser ces impacts sociétaux négatifs soient intentées et autorisées à aller de l'avant.
64. Le critère d'autorisation élaboré dans le contexte des actions collectives en matière de valeurs mobilières a permis d'écarter efficacement les recours qui ne doivent pas être autorisés à aller de l'avant en tant qu'actions collectives et il le ferait tout aussi bien pour les actions collectives relatives aux produits pharmaceutiques et instruments médicaux. Par exemple, les tribunaux se sont appuyés sur ce critère pour refuser d'autoriser une action collective en matière de valeurs mobilières au Québec, dans laquelle on alléguait une divulgation inadéquate des effets secondaires possibles d'un médicament et des questions de la *Food and Drug Administration* au sujet de ces effets secondaires, ce qui aurait constitué un changement important dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'entreprise⁶⁵.
65. Enfin, nous comprenons que cette piste de réforme envisage l'ajout éventuel en droit québécois de la possibilité de présenter une demande de « jugement sommaire » à l'étape du mérite, semblable à celle qui est actuellement disponible dans les provinces de *common law*, en remplacement du critère de l'apparence de droit. D'une part, ce moyen procédural n'existe pas au Québec et la possibilité de son éventuelle adoption n'est, évidemment, pas un motif valable pour écarter dès à présent le critère de l'apparence de droit au stade de l'autorisation. D'autre part, à notre avis, ce moyen procédural éventuel ne devrait de toute façon pas remplacer l'analyse du bien-fondé du recours dès le stade de l'autorisation selon les modalités discutées plus haut. Autrement, les actions mal fondées survivraient artificiellement jusqu'à un stade ultérieur, entraînant ainsi une mauvaise utilisation du temps et des ressources des parties et des ressources judiciaires. Une intervention hâtive du tribunal pour filtrer les actions sans fondement demeure préférable.
- E. Pistes de réforme nos 6 à 8 : Améliorer l'évaluation et l'approbation des honoraires des avocats en demande**
66. MNC et Medtech sont généralement en faveur des pistes de réforme qui visent à améliorer l'évaluation et l'approbation des honoraires des avocats en demande. Toutefois, en ce qui concerne la dernière proposition relative à la nomination d'un *amicus curiae*, nous recommandons que cette solution ne soit utilisée que dans des cas exceptionnels soulevant des questions complexes ou nouvelles

⁶⁵ *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada Inc.*, 2015 CSC 18.

concernant les droits des membres du groupe absents et qui ne peuvent être traitées de manière adéquate par les avocats des parties. La nomination automatique d'un *amicus curiae* dans chaque cas où il est demandé au tribunal d'approuver une transaction ou les honoraires des avocats en demande augmenterait indûment le coût des actions collectives pour les parties et entraînerait des délais supplémentaires. En outre, les frais associés à la nomination d'un *amicus curiae* devraient être payés en les retranchant de tout montant payable aux membres du groupe, selon des règles similaires à celles qui régissent le paiement des honoraires des avocats en demande.

III. CONCLUSION

67. Nous saluons l'initiative du MJQ d'avoir entrepris cet important projet et nous sommes reconnaissants de l'occasion qui nous est donnée de présenter nos commentaires et propositions de réforme.
68. Du point de vue de MNC et de Medtech, un régime québécois d'action collective équitable et efficace en est un qui accorde un véritable accès à la justice tant aux membres du groupe qu'aux défenseurs, qui ne gaspille pas les ressources judiciaires et qui établit un meilleur équilibre entre les effets sociétaux positifs et négatifs potentiels des actions collectives. En particulier, ce type de régime découragerait le dépôt d'actions collectives frivoles, sans fondement et/ou d'une portée excessive, permettrait d'écarter ou de restreindre ces actions à un stade préliminaire et ferait en sorte que les juges qui assurent la gestion d'instance puissent traiter efficacement toutes les sources de délai au stade de l'autorisation ainsi que les inefficacités liées au chevauchement des actions collectives dans différentes provinces.