

# Sans préjudice?

**De nouvelles vagues judiciaires en provenance des provinces common law semblent écarter la nécessité de prouver un préjudice individuel pour faire certifier un recours collectif. Le Québec résistera-t-il?**

**Par Gérard Samet**

**L'**émergence et l'évolution de concepts juridiques sont l'un des points forts de la common law. Mais leur diffusion en territoire civiliste a souvent été problématique. À l'instar des obstacles linguistiques, il n'existe pas toujours d'équivalents légitimes au Québec. D'où les nombreux énoncés incongrus pour le civiliste, tels les « considérations d'équité », les « biens réels » et les « dommages spéciaux », qui se sont glissés, avec le temps et pas toujours de manière appropriée, dans notre langage juridique.

Et voilà qu'un autre concept obscur de la common law, longtemps ignoré, est invoqué avec une fréquence accrue dans les demandes de recours collectif, qui occupent une part de plus en plus importante de l'environnement juridique canadien. Cette notion, c'est le *waiver of tort*.

Tout étudiant en droit sait qu'au Québec, une demande indemnitaire extra contractuelle doit être fondée sur la célèbre trinité faute, dommage et lien de causalité. À vrai dire, le droit de la responsabilité de common law, au-delà des mots, n'est pas fondamentalement différent.

Et pourtant, le *waiver of tort*, ou renonciation au délit civil, semble écarter la nécessité de prouver un préjudice individuel, dès lors que l'intensité de la faute nécessite à elle seule un remède. Le concept doit être compris plutôt comme une renonciation aux dommages compensatoires individuels causés par un délit civil.

« La victime d'une faute civile renonce à ses dommages compensatoires », explique Sylvie Rodrigue, associée à Norton Rose OR à Montréal et à Toronto. « Cette victime choisit plutôt de réclamer les gains obtenus par le défendeur en raison de son comportement illicite ». D'ailleurs, la notion de *waiver*



## SYLVIE RODRIGUE

Norton Rose OR, Toronto et Montréal

« La victime d'une faute civile renonce à ses dommages compensatoires. Cette victime choisit plutôt de réclamer les gains obtenus par le défendeur en raison de son comportement illicite. »

*of tort* est une « vieille doctrine de droit anglais, traditionnellement plaidée dans des cas d'enrichissement sans cause », précise M<sup>e</sup> Rodrigue, qui préside le Groupe de travail sur le recours collectifs de l'ABC.

Ce concept est à nouveau utilisé depuis le milieu des années 2000. Il constitue une sorte de révolution conceptuelle depuis que plusieurs recours collectifs — généralement en matière de responsabilité du fabricant — ont été certifiés sans que les demandeurs aient à justifier, pour engager leur action, de préjudice individuel lié à la faute. Ils n'ont donc pas eu à prouver, pour obtenir la certification de leur recours collectif, qu'ils se sont appauvris du fait de l'enrichissement de leur adversaire.

Dans l'affaire ontarienne *Serhan Estate c. Johnson & Johnson*, une action en responsabilité du fabricant, les demandeurs se sont fondés sur la conduite transgressive alléguée de Johnson & Johnson, un grand fabricant de produits pharmaceutiques. Johnson & Johnson aurait commis plusieurs délits dans la fabrication, la vente et la distribution d'un produit appelé SureStep System que les diabétiques utilisent pour surveiller leur glycémie. Selon le groupe demandeur, cette firme aurait engagé sa responsabilité à l'égard de tout le groupe de consommateurs de certains de ses produits.

Ce groupe n'a pas eu à justifier le préjudice de chacun de ses membres ni à prouver de lien de causalité. Il a d'ailleurs renoncé à réclamer des dommages et intérêts en réparation d'une faute délictuelle. Il a préféré demander la restitution du

profit, selon lui illicite, réalisé par Johnson & Johnson. Le juge Cullity de la Cour Supérieure de l'Ontario a certifié en 2004 que l'action est un recours collectif, en se fondant sur la doctrine du *waiver of tort*, mais sans se prononcer sur le bien-fondé de la demande.

Dans l'affaire *Heward c. Eli Lilly & Co*, le même juge Cullity a certifié un autre recours collectif fondé sur la renonciation au délit civil. Selon le juge la question était de savoir si Eli Lilly & Co, un fabricant de médicaments antipsychotiques avait manqué

à son obligation de prudence en cachant les effets secondaires nuisibles du médicament en cause, et si cette société avait eu l'intention de tirer profit de cette dissimulation et d'en toucher les bénéfices.

Et enfin dans *Reid c. Ford Motor Company*, la demanderesse a invoqué la renonciation au délit civil pour demander la restitution des gains réalisés par le constructeur automobile dans la commercialisation d'un interrupteur d'allumage, en alléguant que celui-ci le savait défectueux.

La juge Gerow de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a certifié la demande de recours collectif fondée sur la faute intentionnelle et le délit d'enrichissement sans cause du constructeur, sans que la demanderesse justifie son propre appauvrissement causé par la faute alléguée. Le procès devra vérifier si le comportement fautif du défendeur et le gain qui en résulte suffiront à valider la demande, sans prouver la perte subie par la demanderesse.

L'affaire *Pro-Sys Consultants c. Microsoft Corporation* est une autre demande pendante, fondée sur le *waiver of tort*, en matière de prix plus élevés facturés du fait d'agissements anticoncurrentiels.

Le procès devra vérifier si le comportement fautif du défendeur et le gain qui en résulte suffiront à valider la demande, sans prouver la perte subie par la demanderesse.



Qu'en dit le plus haut tribunal du pays? Rien pour l'instant. La Cour suprême du Canada a refusé une demande d'autorisation d'appel dans l'affaire *Serhan Estate*. Valida-t-elle ainsi ce type de procédure?

### Recours collectifs certifiés

C'est loin d'être certain. Car la nature véritable d'un recours fondé sur le *waiver of tort* et de son caractère autonome de la demande de dommages compensatoires pour faute n'a pas encore été jugée au fond en common law. « Cette question demeure ouverte », constate Adrian Lang, associée dans le cabinet Stikeman Elliott à Toronto.

Selon M<sup>e</sup> Lang, le concept de *waiver of tort*, malgré sa récente popularité, est entouré de nombreuses interrogations qui ne sont pas encore résolues. « Est-ce une cause autonome d'action ou faut-il présenter une demande de dommages compensatoires fondés sur un délit distinct avant de pouvoir plaider le *waiver of tort*? », s'interroge-t-elle. Peut-on obtenir la restitution des profits procurés par un acte répréhensible, indépendamment de tout lien de causalité prouvé entre l'appauvrissement du demandeur et l'enrichissement du défendeur? « Les tribunaux de common law ont décidé que ces questions relevaient de la discrétion judiciaire lors du procès. Ils ont néanmoins accepté de certifier les demandes de recours collectifs. Mais tous les recours certifiés fondés sur le *waiver of tort* ont été réglés, de sorte qu'aucun jugement n'a encore statué sur ces questions ».

### ADRIAN LANG

Stikeman Elliot, Toronto

**« Tous les recours certifiés fondés sur le *waiver of tort* ont été réglés, de sorte qu'aucun jugement n'a encore statué sur ces questions. »**

### Une influence au Québec?

Mais à elle seule, la certification des recours collectifs dans ce contexte suffit à s'interroger non seulement sur le potentiel de cette relative nouveauté en common law, mais aussi de son éventuelle portée sur la certification des recours collectifs dans le droit civil québécois.

À en croire la plupart des praticiens de la responsabilité civile québécoise interrogés pour cet article, la réponse est « non »! Selon les motifs du juge Jean-Louis Baudouin de la Cour d'appel du Québec, dans un jugement de 2008, *Harmegnies c. Toyota*, « un comportement fautif ne donne naissance à une créance basée sur la compensation de la perte subie que si, et seulement si, dans les faits, cet acte a provoqué un dommage, a causé un préjudice. Le recours collectif n'est pas le moyen de punir un contrevenant à la loi, mais bien seulement d'indemniser un groupe de personnes pour des pertes réelles subies en commun ».

# No harm done

*There has been a wave of class actions certified for consumers who have suffered no damages. But will it be possible to carry the trend into Quebec?*

Common law's strongest feature, admirers are quick to point out, is its ability to evolve its rules to changing conditions. But the spread of those rules to civil law jurisdictions is another matter. Like meanings that are lost in translation, in Quebec civil law there isn't always a perfect match for a common law rule.

The latest example of this is the resurrection, in recent years, of an old common law doctrine, traditionally pleaded in cases of unjust enrichment, known as "waiver of tort."

It has now become a popular tactic among lawyers seeking to certify class actions — in product liability cases, mostly — to plead waiver of tort because they need not prove that individual class members have suffered a common loss. Critics say this is just a way to lower the bar for class action certification. Under the doctrine, the plaintiffs agree to forgo their remedy in tort where, for example, damages would be minimal or non-existent. By waiving any compensatory damages, says Sylvie Rodrigue, a partner at Norton Rose OR, the plaintiffs instead pursue illicit gains obtained by the defendant through its allegedly wrongful conduct.

In *Serhan Estate v. Johnson & Johnson*, for example, a product liability action in Ontario, the plaintiffs alleged negligence by pharmaceutical giant Johnson & Johnson in knowingly marketing a defective blood-monitoring device for diabetics. They waived any claims for damages, preferring instead to seek restitution of the profits earned by Johnson & Johnson, which the class claimed were illicit.

The Ontario Superior Court of Justice certified the action in 2004, based on the waiver of tort doctrine, and earlier this year approved a settlement in the case, but without ruling on the merits of the claim. Both the Ontario Court of Appeal and the Supreme Court of Canada had denied leave to appeal in *Serhan Estate*.

And so far, all the actions in Canada certified based on waiver of tort have been settled. "To date few cases proceed much past certification, and so the question of what waiver of tort is, and whether it ought to be permitted as a common issue, remains an open question," says Adrian Lang, a partner at Stikeman Elliott in Toronto. These include whether "it is a self-standing cause of action, and whether you need to plead a separate and actionable tort giving rise to damages, before you can plead waiver."

Meanwhile in Quebec, the very notion of determining civil liability without establishing the holy trinity of fault, damage and causation is anathema to most civil lawyers.

Even so, the trend toward certifying waiver of tort as a common issue is enough to raise questions about its eventual impact on class action certification under Quebec civil law. Quebec was once known as class action haven because it was considered the easiest place to have an action certified.

If most of the Quebec civil law practitioners interviewed for this article are to be believed, the answer is a decisive "No". Based on the reasons given by Justice Jean-Louis Baudouin of the Court of Appeal of Quebec in the 2008 decision in *Harmegnies v. Toyota*, "wrongful conduct only gives rise to a claim based on compensation for the

loss sustained if, and only if, the act in fact caused damage or injury. The class action is not the means for punishing a person who contravenes the law; it is simply the means for indemnifying a class of persons for real losses sustained in common."

Yves Martineau of Stikeman Elliott in Montreal warns against extrapolating and making Ontario or British Columbia case law applicable in Quebec. His colleague, Pierre Sylvestre, a Montreal specialist in class action suits, is categorical: "The concept of waiver of tort cannot apply in Quebec," or have any influence on civil law, though he concedes that common law and civil law often come to similar conclusions based on different legal reasoning.

And indeed there is case law, based on Quebec's *Consumer Protection Act* that has allowed punitive damages — in cases of false advertising for instance — while dismissing claims for compensatory damages. The reasoning is similar to that used in motions for certification granted for class actions based on waiver of tort.

What's more, some class action specialists point to a history of common law influence in Quebec case law and expect the same will happen with actions based on waiver of tort. Michel Bélanger, a partner at the Montreal firm Lauzon, Bélanger, Lespérance, speaks of a "Westerly wind" that will influence class action certification in Quebec.

Bélanger, a plaintiff class-action lawyer, even welcomes the trend, should it ever materialize in Quebec. In some cases of gross negligence, it would be helpful to be able to rely on principles of waiver of tort to further an action. Besides, he says, it's already possible to bypass certain rules of causality where the injury is calculated based on a class average. "Judges are sensitive to this type of approach," he says.

Then again, Quebec's judges are no less sensitive to the long-standing differences between common law and civil law traditions. **N**

Même son de cloche de la part de Jean St-Onge, associé à Lavery de Billy, et président du comité sur les recours collectifs du Barreau du Québec. Il avance que le rôle réparateur du recours collectif est contraire au *waiver of tort*, une notion étrangère au droit civil. « L'utiliser différemment n'est pas souhaitable, ce n'est pas sa finalité. Mais on peut se poser la question sérieusement

dans certaines situations où la faute est très grave, et où les dommages individuels sont très difficiles à prouver. On ne peut exclure une approche innovatrice dans le futur ».

Selon Yves Martineau, de Stikeman Elliot à Montréal, « il peut être dangereux d'extrapoler simplement et de rendre applicable au Québec la jurisprudence de l'Ontario ou de la



Colombie-Britannique ». Son confrère Pierre Sylvestre, spécialiste montréalais des demandes en recours collectifs, est formel. « La notion de *waiver of tort* ne pourra pas s'appliquer au Québec », ni avoir une quelconque influence en droit civil. Dans cette notion de common law, « on abandonne les principes de la responsabilité civile », pour « une réclamation en fonction des profits » lorsqu'une faute a été commise. « Elle est fondée sur le caractère pragmatique de la common law », dont la « logique est différente de l'esprit cartésien du droit civil ». L'avocat estime néanmoins que « la common law et le droit civil parviennent souvent aux mêmes solutions concrètes par des raisonnements juridiques différents ».

### **MICHEL BELANGER**

**Lauzon, Bélanger, Lespérance, Montréal**

*« Dans certains cas de gestes très lourds et difficiles à contester, il pourrait être utile d'utiliser les principes du waiver of tort pour ne pas laisser un défenseur indemne, sans pénaliser les droits de sa défense. »*



recours collectif dans l'affaire *Riendeau c. Brault & Martineau* est fondé sur une infraction à la loi québécoise sur la protection du consommateur (LPC). La Cour d'appel du Québec a confirmé un jugement de la Cour supérieure qui a accordé des dommages punitifs en raison de publicités trompeuses, tout en rejetant la demande de dommages compensatoires.

Le raisonnement est très proche de celui utilisé dans les demandes en certification des recours collectifs obtenues en utilisant le *waiver of tort* de common law. Il s'agit de sanctionner un délit civil particulièrement intense à l'égard d'un groupe, celui visé par le recours collectif, sans que les préjudices individuels et le lien de causalité soient prouvés.

La Cour d'appel du Québec a reconnu la possibilité d'accorder dans ce cas des dommages non compensatoires. « L'attribution de dommages punitifs, dans les cas de violation

Quoi qu'il en soit, certains juristes s'attendent à ce que ce mouvement jurisprudentiel québécois naissant soit encore influencé par la jurisprudence de common law sur les *waiver of tort*.

de la LPC, ne dépend pas de l'attribution préalable d'une réparation d'un préjudice moral ou matériel », écrit la juge Nicole Duval Hesler dans ses motifs. « En l'espèce, la publication d'annonces qui sont trompeuses en raison de l'omission d'informations essentielles constitue une violation d'une règle de fond de la LPC. En pareil cas, l'article 272 LPC permet l'attribution de dommages punitifs même en l'absence de dommages compensatoires ».

Quoi qu'il en soit, certains juristes s'attendent à ce que ce mouvement jurisprudentiel québécois naissant soit encore influencé par la jurisprudence de common law sur les *waiver of tort*. Michel Bélanger, associé au sein du cabinet Lauzon, Bélanger, Lespérance, parle d'un « vent de l'Ouest qui va influencer à l'avenir certaines demandes en certification de recours collectifs au Québec ». Selon ce spécialiste des recours collectifs, la renonciation au délit civil est « magique », puisqu'il permet, en cas d'enrichissement sans cause par exemple, d'obtenir le paiement des profits illicites sans avoir à prouver les dommages compensatoires individuels.

« Dans certains cas de gestes très lourds et difficiles à contester, il pourrait être utile d'utiliser les principes du *waiver of tort* pour ne pas laisser un défenseur indemne, sans pénaliser les droits de sa défense. C'est un mécanisme de *rough justice* que l'on utilise au Québec lorsque l'on règle avec une compagnie pharmaceutique. Le contournement des règles de causalité individuelles existe déjà en jurisprudence québécoise de façon indirecte », précise M<sup>e</sup> Bélanger, « lorsque le préjudice est calculé en fonction d'une moyenne d'un groupe. Les juges sont sensibles à ce genre d'approche ».

D'autres, par contre, sensibles aux références à la common law, préfèrent éviter les ingérences extérieures. **N**

Gérard Samet est avocat et journaliste à Montréal.

### Distinction civiliste

C'est en effet par des véhicules différents que le droit québécois va d'ores et déjà plus loin que le *waiver of tort*, mais en se fondant sur des lois spéciales et non dans le cadre de la responsabilité civile de droit commun. Deux affaires québécoises récentes peuvent l'illustrer. Dans l'affaire *De Montigny*, la Cour Suprême du Canada a confirmé en novembre dernier que « des dommages exemplaires peuvent être accordés en vertu de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec, même en l'absence de dommages compensatoires ». Cette affaire n'est cependant pas un recours collectif et elle ne se fonde pas sur les principes de la responsabilité civile. Le