

COUR SUPÉRIEURE

(Action collective)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000977-195

DATE : 25 mai 2022

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE CHRISTIAN IMMER, J.C.S.

DENIS GAUTHIER
Demandeur

c.

BOMBARDIER INC.

Et

ALAIN BELLEMARE

Et

JOHN DI BERT

Défendeurs

JUGEMENT

[1] Le Tribunal est appelé à trancher des objections eu égard à certaines pièces requises par voie de préengagements ou d'engagements et à certaines questions soulevées d'interrogatoire.

[2] Pour en traiter, il faut d'abord prendre acte du contexte dans lequel ce débat s'inscrit en traitant d'abord 1) de la demande d'autorisation puis 2) des jugements intérimaires rendus et de la preuve additionnelle déposée.

1. La demande d'autorisation

[3] Le demandeur Denis Gauthier cherche à obtenir l'autorisation d'intenter une action collective en dommages contre Bombardier et Alain Bellemare et John Di Bert qui étaient

respectivement président et vice-président finances, pour le compte des personnes ayant acquis et conservé des valeurs mobilières de Bombardier durant la période du 2 août au 8 novembre 2018. Cette procédure est donc hybride¹ puisque l'autorisation est recherchée autant en fonction des critères énoncés au *Code de procédure civile* qu'en vertu de l'article 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*² (LVMQ).

[4] Gauthier reproche aux défendeurs d'avoir commis les actes fautifs suivants:

- 4.1. En 2015, Bombardier s'est donné comme objectif que d'ici 2020, son *Free Cash Flow* (« FCF ») atteindrait de 750 millions à 1 milliard \$;
- 4.2. En décembre 2017 et puis en février 2018, Bombardier annonce que « its FCF Guidance was to attain Breakeven \pm \$150 million » ;
- 4.3. Bombardier confirme autant à la publication de ses résultats son premier trimestre (Q1) en mai 2018 qu'après le deuxième trimestre (Q2), dans son *Management Discussion & Analysis* (« MD&A ») des résultats, qu'elle est en voie d'atteindre le *Breakeven \pm \$150 million*. Elle exclut du calcul les profits nets qui seraient issus de la vente de la propriété située à Downsview, qui devait rapporter près de 600 millions \$;
- 4.4. Or, au troisième trimestre, Bombardier fait volte-face et fournit dans le *MD&A* pour ce trimestre un *Guidance Update* indiquant que le « FCF Guidance would now be Breakeven \pm \$150 million including the net proceeds of ~\$600 million from the sale of the Downsview Property » ;
- 4.5. Le titre de Bombardier s'est effondré dans la foulée de la publication de ce MD&A;
- 4.6. Gauthier impute donc aux défendeurs, entre autres, les fautes suivantes :
 20. Contrary to Bombardier's contention, at the time of the release of its 2018 Q2 MD&A, the Company was not "in line" to achieve a FCF Guidance of Breakeven \pm \$150 million inter alia, issues at Bombardier Transportation ("BT"), namely: (i) a shift in BT's product portfolio, (ii) BT production and delivery delays, and (iii) BT customer infrastructure issues (collectively, the "**BT Issues**");
 21. Bombardier knew or should have known of the BT Issues and of the impact these would have on the FCF Guidance. Consequently, Bombardier falsely reassured its investors, in its 2018 Q2 MD&A, that the Company was "in line" to attain its FCF Guidance;

¹ *Amaya inc. c. Derome*, 2018 QCCA 120, par. 20.

² RLRQ, c. V-1.1.

22. This is acutely true when Bombardier claimed, in its 2018 Q2 MD&A, that the FCF Guidance would be attained without including the net proceeds of the Downsview Sale;

23. Accordingly, at all relevant times during the Class Period, Bombardier intentionally, falsely and misleadingly led investors to believe that it was "in line" to achiev[e] its FCF Guidance when, in fact, it was not. Bombardier failed to make timely disclosure of a material fact concerning its FCF Guidance, namely, that the FCF Guidance would inevitably be affected by the BT Issues. Bombardier knew, or should have known of this fact at the time of its Q2 MD&A;

(...)

25. Bombardier's internal controls were deficient at all relevant times during the Class Period since they failed to ensure that all material information was disseminated to the investing public and in a timely manner.

26. The Defendants made intentionally-false and misleading statements in the Impugned Documents regarding the FCF Guidance. As such, the Defendants breached their legal obligations and duties to disclose all relevant and material information to investors.

(...)

112. In summary, all of the BT Issues Bombardier claimed to have been the cause of its FCF Guidance reversal and the \$600 million shortfall in its FCF Guidance were known or should have been known by Bombardier when the 2018 Q2 MD&A was released. Accordingly, the Defendants misrepresented that the Company was "in line" with regard to its FCF Guidance in the 2018 Q2 MD&A. Furthermore, the Defendants misrepresented that the Company remained "in line" with the FCF Guidance even if it were to exclude the net proceeds from the Downsview Sale. Bombardier failed to make timely disclosure of a material fact concerning its FCF Guidance and the Company's actual FCF Guidance position was only revealed through the Corrective Disclosure;

4.7. Ce sont Bellemare et Di Bert qui ont certifié la « veracity and fair representation of all material facts presented » dans les *Filings* qui comprennent les états financiers trimestriels et annuels et les MD&A. À ce titre, ils savaient ou auraient dû savoir que les *Filings* contenaient de fausses représentation et malgré cela, ils en ont permis la distribution et la publication. Cela entraîne leur responsabilité personnelle.

[5] Selon Gauthier, les personnes ayant acquis des titres de Bombardier entre le 2 août et 18 novembre 2018 les ont achetés à une valeur trop élevée.

2. Jugements intérimaires sur le dépôt de preuve additionnelle et pour trancher des objections

[6] La juge Chantal Tremblay, alors qu'elle avait la gestion particulière de ce dossier, a eu à trancher une demande de Bombardier pour déposer une très volumineuse preuve additionnelle³. Notant le cadre particulier dans lequel s'inscrivent les demandes d'autorisation en vertu de l'article 225.4 *LVM*, elle permet le dépôt;

- 6.1. de trois déclarations sous serment d'ingénieurs de Bombardier Transport qui viennent expliquer les enjeux liés aux contrats Crossrail, LOTRAIN et NYCT. Ces déclarations ne sont pas pertinentes pour trancher les objections faisant l'objet de ce jugement;
- 6.2. des deux autres déclarations suivantes qui visent les enjeux de comptabilité : celle du directeur du contrôle et de la conformité mondiale de Bombardier, Carlo Genoni et celle du vice-président principal et chef de la direction financière de Bombardier, John Di Bert.

[7] La juge Tremblay explique qu'elle permet le dépôt de ces deux déclarations sous serment pour les raisons qui suivent :

[30] La déclaration de M. Genoni vise à apporter un éclairage quant aux procédures internes de Bombardier dans la préparation des états financiers et des projections. Elle vise plus particulièrement les mécanismes mis en place par Bombardier pour s'assurer de l'exactitude des données sur lesquelles les rapports trimestriels et les états financiers annuels sont établis incluant le processus de vérification des données par les vérificateurs externes.

[31] Enfin, la déclaration de M. Di Bert vise à apporter un éclairage sur les éléments suivants :

- a) la structure corporative générale et les activités de Bombardier et de ses unités d'affaires ;
- b) le contexte financier général dans lequel se trouvait Bombardier durant la période pertinente ;
- c) le cycle annuel de planification financière, y compris les processus suivis, la structure de soutien mise en place et les outils existants qui y sont afférents ;

³ *Gauthier c. Bombardier inc.*, 2019 QCCS 4555.

- d) le contexte de la prévision des FTD pour l'exercice 2018 ainsi que les mises à jour trimestrielles ;
- e) les changements vécus par Bombardier Transport dans le profil des commandes reçues.

[Soulignés du Tribunal]

[8] La déclaration sous serment de Di Bert compte 16 pages et s'étend sur 135 paragraphes. 15 pièces y sont jointes. Des renseignements très détaillés sont fournis, dans 12 sections coiffées entre autres des titres suivants : Overview of Bombardier's Organizational Structure and Operations; Bombardier's Turnaround Plan; The Complexity of Bombardier's Operations; Overview of Bombardier's Financial Planning Process, Financial Planning Cycle and the Establishment of Bombardier's Annual Guidance; Financial Planning and Analysis Group; 2018 Guidance; Publication of the Q1 Quarterly Results on May 3, 2018 and Finalization of the F1 Forecast; Publication of the Q2 2018 Quarterly Results on August 2, 2018 and Finalization of the F2 Forecast; Publication of the Q3 Quarterly Results on November 8, 2018 and Finalization of the F3 Forecast; No Violation of Any Applicable Securities Legislation Concerning the Corporation's 2018 FCF Guidance.

[9] Il est alors convenu que Genaro et Di Bert seront interrogés sur le contenu de leurs déclarations sous serment. Des demandes de préengagements importantes sont expédiées par les avocats du demandeur et les parties s'échangent plusieurs lettres à ce sujet. Plusieurs documents sont fournis par Bombardier, dont ceux qui font aujourd'hui l'objet du débat.

[10] Les défendeurs expliquent qu'ils transmettent ces documents dans une perspective de faire avancer le débat, mais sous réserve de leur objection que les demandes formulées par le demandeur dépassent très largement ce qui peut être demandé dans le cadre d'un contre-interrogatoire sur une déclaration sous serment, mené en vertu de l'article 105 C.p.c. et plus généralement au stade de l'autorisation.

[11] Au terme de ces échanges épistolaires, et avant la tenue de l'interrogatoire de Di Bert, un différend persiste quant à des demandes de documents additionnels formulés par le demandeur et auxquels les parties défenderesses s'opposent catégoriquement. Ce débat est à nouveau soumis à la juge Tremblay.

[12] La juge Tremblay accueille les trois objections qui lui sont soumises⁴. Elle précise :

[13] En l'espèce, il s'agit d'analyser et de sous-peser les documents recherchés à la lumière du droit du demandeur de vérifier la véracité des affirmations de M. Di Bert sans toutefois tomber dans le contexte d'un mini-procès.

⁴ Jugement du 6 octobre 2020, non rapporté.

(...)

[25] Le Tribunal est d'avis que les demandes de communication de documents, telles que formulées, sont exploratoires et ne visent pas uniquement à vérifier la véracité des affirmations de M. Di Bert.

(...)

[28] Lors de l'interrogatoire de M. Di Bert, si d'autres documents pertinents sont identifiés, des demandes d'engagement pourront alors être formulées et advenant des objections, le Tribunal analysera en ayant le bénéfice du témoignage déjà rendu par le témoin.

[13] L'interrogatoire de Di Bert va donc de l'avant le 21 janvier 2021. Dans ce contexte, des documents qui avaient au préalable été communiqués dans le cadre des échanges de lettres sont déposés comme pièces. Certaines questions sont posées à l'égard de ces documents. Entre autres, on retrouve les pièces suivantes :

- EX-JDB-1: Board of directors meeting slide presentation for 2018 Budget Review presented on December 12, 2007 (aujourd'hui pièce P-43);
- EX-JDB-2: Board of directors meeting 2018 F2 Forecast and quarterly summary, dated August 1, 2018 (aujourd'hui pièce P-45);
- EX-JDB-3: First quarterly report summary and 2018 F1 Forecast Presentation to Bombardier's Board of Directors, dated May 2, 2018 (aujourd'hui P-44)
- EX-JDB-4: Third Quarterly report summary 2018 F3 Forecast Presentation to Bombardier's Board of Directors dated November 7, 2018 (aujourd'hui pièce P-46);
- EX-JDB-6: "BT Business Review" dated September 27, 2018 (aujourd'hui pièce P-48);

[14] Aucune objection particulière n'est formulée lors de l'utilisation de ces pièces pendant l'interrogatoire. Cela étant, les défendeurs sont d'avis que les objections ont déjà été formulées au moment où les documents ont été transmis, et si Gauthier veut en faire usage, il doit y avoir débat.

[15] Le Tribunal convient qu'au niveau du principe, une telle façon de faire n'entraîne pas de renonciation à faire trancher les objections et que cette façon de faire fait preuve de proportionnalité et de célérité, conformément aux principes directeurs de la procédure civile. Cela étant, de façon concrète, le Tribunal est d'avis qu'en l'instance, les défendeurs ont renoncé à invoquer les objections quant aux pièces P-43 et P-45. En effet, lors du débat pour trancher les objections devant la juge Tremblay, ces pièces étaient cotées comme pièces P-2 et P-3. Or, la juge Tremblay a expressément référé à ces pièces dans son jugement en indiquant:

[27] Les pièces P-2 et P-3 qui réfèrent aux données consolidées concernant les TFD, aux provisions pour imprévus (« contingencies ») et aux tests de résistance (« stress test ») durant la période en litige, sont suffisantes pour permettre au demandeur de mener un interrogatoire intelligible de l'affiant, le cas échéant.

[16] À la lecture de cet extrait, il est clair que ces pièces pouvaient être utilisées et qu'une objection n'était de ce fait plus recevable. Bombardier est forclos à présent de s'objecter à leur utilisation ou à leur dépôt par la demanderesse. Au final, toutefois, cette question s'avère théorique puisque, tel que cela sera expliqué ci-dessous, le Tribunal, à la lumière de la déclaration sous serment de Di Bert et des principes applicables, rejette les objections des défendeurs quant aux pièces P-43 et P-45.

[17] Lors de l'interrogatoire, Di Bert souscrit à des engagements de fournir de l'information supplémentaire. Les défendeurs transmettent l'engagement #1 le « BOD Meeting : Third Quarterly Report Summary & 2017 F3 Forecast » qui deviendra la pièce P-49. Une objection est formulée au moment de la transmission, soulevant à nouveau le fait que cette demande de documents dépasse le cadre d'un interrogatoire mené en vertu de l'article 105 C.p.c.

[18] Éventuellement, Gauthier dépose ces pièces et cet engagement au soutien d'une demande modifiée sous les cotes P-43, P-44, P-45, P-46, P-48 et P-49. Les défendeurs contestent cette demande de modification et cela fait partie des questions que le Tribunal devra trancher dans des décisions futures. Le Tribunal et les parties conviennent que dans l'ordre des choses, il faut d'abord vider la question des objections et trancher si ces pièces peuvent être déposées.

[19] Aussi, lors de l'interrogatoire, 22 questions portant sur le document P-49 ont donné lieu à des objections. Au final cependant, seules les questions donnant lieu aux objections suivantes sont maintenues par les défendeurs et doivent être tranchées, soit: les objections 6.7, 6.8, 6.9, 6.15, 6.22.

3. Analyse

3.1 Les pièces P-43, P-44, P-45, P-46, P-48 et P-49

[20] Les défendeurs soulèvent principalement deux arguments pour s'objecter au dépôt de ces pièces : 1) les demandes ne visent pas la véracité des faits relatés dans la déclaration assermentée et 2) elles relèvent d'une préenquête inappropriée au stade de l'autorisation.

3.1.1 La portée de l'interrogatoire mené en vertu de l'article 105 C.p.c.

[21] Le 3^e alinéa de l'article 105 C.p.c. précise que l'interrogatoire d'une personne interrogée sur sa déclaration sous serment portent « sur les faits dont elle a attesté la

véracité ». Les défendeurs soulèvent une volumineuse jurisprudence qui établit que généralement⁵, et en particulier dans le cadre d'actions collectives⁶, un interrogatoire sur déclaration sous serment est circonscrit aux faits et aux éléments rapportés dans la déclaration sous serment et vise à en vérifier le caractère sérieux. Il ne peut servir à faire une preuve additionnelle⁷. Par ailleurs, lorsque des demandes sont formulées visant à obtenir des documents, ces demandes doivent se rattacher au texte de l'allégation et ne pas chercher à ratisser trop large, dans l'espoir que certains documents qui seront fournis contiennent des éléments utiles pour contredire la position du déclarant⁸.

[22] Or, en l'instance, le Tribunal estime que les demandes visant les pièces P-43, P-44, P-45, P-46, P-48 et P-49 n'excèdent pas les limites fixées par cette jurisprudence.

[23] D'abord, il faut relever que la déclaration sous serment de Di Bert se veut une défense tout englobante qui justifie les gestes posés par Bombardier, Di Bert et des employés ou des professionnels qui rendent des services et qui se rapportent à lui.

[24] Pour s'en convaincre, voici un résumé de certains éléments de défense compris dans la déclaration de Di Bert, dans l'ordre qu'ils apparaissent dans les différentes sections:

24.1. Overview of Bombardier's Organizational Structure and Operations: jusqu'au moment décrit dans la demande d'autorisation, Bombardier est composé de quatre Business Units dont chacun est dirigé, entre autres, par un président, un vice-président finance. Ces Business Units sont Bombardier Transport (« BT »), Bombardier Business Aircraft, Bombardier Aerostructures and Engineering Services et Bombardier Commercial Aircraft⁹.

24.2. Bombardier's Turnaround Plan : Di Bert explique qu'un *Turnaround Plan* est mis en place en 2015 sous la direction de Bellemare. Di Bert en présente les principaux jalons¹⁰. Ce *Turnaround Plan*, selon lui, a permis d'assurer une stabilité des liquidités de Bombardier. Di Bert explique que la première phase de ce *Turnaround Plan* se conclut par la certification du jet

⁵ *Foyer St-Antoine c. Lalancette*, 1978 CanLII 2249 (C.A.); *Cogeco radio télévision inc. c. Genex Communications inc.*, 2004 CanLII 46166 (C.S.); *153565 Canada inc. c. Granit Bussièrre inc.*, 2006 QCCS 3297; *Boulineau c. Mouhmouh*, 2018 QCCS 1923, par. 6 et 14.

⁶ *Patterson c. Ticketmaster Canada Holdings*, 2021 QCCS 4604, par. 48-51; *Hand c. Denso International America inc.*, 2021 QCCS 2306, par. 3 à 7; *Licari c. Johnson & Johnson inc.*, 2016 QCCS 4299, par. 10 à 12.

⁷ *153565 Canada inc. c. Granit Bussièrre inc.*, 2006 QCCS 3297, par. 13.

⁸ *Lacroix c. Société Asbestos Ltée*, 2002 CanLII 23775; *Cabba c. Polyval Coatings Inc.*, 2007 QCCS 409; *Dussault c. Comact inc.*, 2007 QCCS 2554; *Opsis Gestion d'infrastructures inc. c. GM Développement inc.*, 2013 QCCS 2036.

⁹ Déclaration sous serment de Di Bert, par. 10.

¹⁰ *Id.*, par. 18 et 19.

Global 7 500 en septembre 2018¹¹. Bombardier se lance ensuite dans la deuxième phase du plan lequel est « characterised by the restoring of financial performance through the lowering of the cost structure and capital investments while focusing on new products entering into service and executing on a strong backlog (confirmed orders) »¹². Ensuite, Bombardier pourra se lancer dans la troisième phase du *Turnaround Plan* «as Bombardier is able to generate sustainable positive cash flows» en cherchant des occasions pour “de-leverage its balance sheet through various options”¹³.

24.3. The Complexity of Bombardier’s Operations: Di Bert explique que les flux de trésorerie de Bombardier sont « volatile and difficult to predict from one quarter to another due to particular dynamics »¹⁴. Cela découle des opérations complexes d’un point de vue technologique, stratégique, logistique et financier des *Business Units* de Bombardier ¹⁵. De ce fait, selon lui, faire des prévisions de *FCF* pose des défis importants, notamment vu la présence de « large legacy contracts », de mesures prévues au *Turnaround Plan*, de la croissance, et du fait que les encaissements surviennent souvent dans les deux ou trois dernières semaines d’un trimestre et surtout dans les 3^e et 4^e trimestres. D’ailleurs, les projets de Bombardier Transport en particulier se déploient, sur plusieurs années, dans 200 villes à travers 70 pays. Les projets LOTRAIN, Crossrail et NYCT ne sont que trois projets parmi des centaines de projets. Finalement, les fluctuations des taux de conversion ajoutent à la difficulté d’établir le *FCF*¹⁶.

24.4. Overview of Bombardier’s Financial Planning Process, Financial Planning Cycle and the Establishment of Bombardier’s Annual Guidance: Di Bert explique ensuite que lorsqu’il est nommé par Bellemare à titre de CFO, il supervise le « design and implementation of internal controls, financial planning processes and contingency plans designed to achieve this Turnaround», qui visent en particulier à tenir compte des éléments complexes liés au *FCF*. Il indique ensuite que ces internal controls ont permis pendant 11 trimestres consécutifs de rencontrer les *FCF Market expectations*. Il explique ensuite comment le cycle annuel de planification financière de l’entreprise ¹⁷ se déploie. Il identifie les étapes clés suivantes : le 5 year Strategic Plan, la mise en place de key performance indicators dont le *FCF generation* pour les Business Units, la préparation du budget,

¹¹ *Id.*, par. 21.

¹² *Id.*, par. 22.

¹³ *Id.*, par. 23.

¹⁴ *Id.*, par. 26.

¹⁵ *Id.*, par. 25.

¹⁶ *Id.*, par. 27 à 32.

¹⁷ Du 1^{er} janvier au 31 décembre.

le preview fourni au 3^e trimestre, l'approbation du budget et du plan stratégique, la présentation du budget lors du Investor Day, la préparation sur une période de quatre semaines qui suit la fin du trimestre des états financiers trimestriels, la présentation de ces états financiers trimestriels et des MD&A qui l'accompagnent au conseil d'administration et leur dépôt auprès des autorités réglementaires, le même processus pour les états financiers annuels consolidés. En particulier, quant au Investor Day, Di Bert précise qu'un tel événement est typically tenu après l'adoption du budget, et que lors de cet événement, Bombardier «discloses its guidance for the upcoming fiscal year, which factors in risks and opportunities from the budget (i.e. additional contingencies), and provides color, including status of its business and longer-term prospects, as well as presentations by its various Business Units.

- 24.5. Financial Planning and Analysis Group : Di Bert explique ensuite la mise en place du Financial Planning & Analysis Group (FP&A). Il explique que « Concurrently with the preparation of the first, second and third quarter results and MD&As, the Business Units prepare an update, after each of the first three quarters of the year, of year-end projections which factor in risks and opportunities identified by the Business Units ». Il est d'avis que ces projections «incorporate the best and most recent information available and known to the Business Units at the time, and serve to confirm or update the Corporation's guidance ». Ces projections sont «scrutinized» par le FP&A.

[25] Di Bert indique qu'il prend « strong exception with the allegation made by the plaintiff at paragraph 25 which is gratuitous and without foundation »¹⁸. Il explique:

60. These various steps enable the Corporation to provide the market with an update as where the Corporation stands visa-vis its annual guidance. Forecast 1 (or F1) is finalized at the time of the publication fo the Q1 results (typically in early-May of a fiscal year). Forecast 2 (or F2) is finalized at the time of the publication of the Q2 results (typically in early-August of a fiscal year). The third and final Forecast (or F3), is finalized with the Q3 results, typically in early-November of a fiscal year.
61. At the time of the events described in the Motion, the FP&A Group was comprised of over 100 individuals, some of whom were based at the Bombardier's corporate headquarters in Montreal and vast majority embedded within each Business Unit. Each Business Unit had its own Director of FP&A and oversaw a dedicated Business Unit FP&A team.

¹⁸ *Id.*, par. 64.

62. The FP&A Directors of the Business Units have a dual reporting line: a solid line to the vp finance of their Business Units, and a dotted (functional) line to the Corporate Head of FP&A, who reports directly to me.
63. Bombardier's FP&A deploys best-in-class financial procedures and oversight.

[26] Ainsi, avant même de traiter des sections *G. 2018 Guidance*, *H. Publication of the Q1 2019 Quarterly Results on Many 3, 2018 and Finalization of the F1 Forecast*, *I. Publication of the Q1 2019 Quarterly Results on Many 3, 2018 and Finalization of the F1 Forecast* et *J. Publication of the Q1 2019 Quarterly Results on Many 3, 2018 and Finalization of the F1 Forecast*, on voit déjà le lien étroit entre les pièces sous objection et les paragraphes énonçant généralement le processus pour établir le FCF.

[27] Cela étant, à la lecture des sections G, H, I et L de la déclaration sous serment de Di Bert, il ressort sans équivoque que les documents qui étaient recherchés sont ciblés, circonscrits, et visent directement à tester la véracité des allégations de la déclaration de Di Bert. Ils se rattachent précisément à l'allégation. Le Tableau suivant fait la corrélation entre la description de la pièce et l'allégation à laquelle la pièce se rattache.

Pièce	Paragraphe de la déclaration sous serment
P-49: BOD Meeting: Third Quarterly Report Summary & 2017 F3 Forecast ».	46. At the Q3 Board meeting held in early-November, <u>a preview of the budget is presented to the Board</u> ;
P-43: Board of directors meeting slide presentation for 2018 Budget Review presented on December 12, 2007	47. In <u>December</u> of a given fiscal year and further to the completion of the exercise undertaken to prepare the upcoming fiscal's year's consolidated <u>annual budget</u> and 5 year Strategic Plan, <u>the Board is called upon to approve them</u> ; 69. As it concerns the 2018 fiscal year, <u>Bombardier's budget planning exercise was finalized on December 2017, date at which the Corporation's Board approved the annual consolidated budget for 2018 and Bombardier's annual guidance ("2018 Guidance")</u> ; 70. <u>Further to its approval by the Board, the 2018 Guidance was announced on December 14, 2017</u> and presented to the public at the December 14, 2017 Investor Day (Exhibit P-8, as summarized on pp. 11 and 14);
P-44: First quarterly report summary and 2018 F1 Forecast Presentation to Bombardier's Board of Directors, dated May 2, 2018;	52. (...) <u>the quarterly reports are presented to the Corporation's Audit Committee and Board</u> . 83. The work undertaken by the FP&A group in accordance with the process described above to finalize the F1 forecast

	took into account information known to the Corporation and its Business Units at the time, including as it pertained to the BT Issues.
<p>P-45: Board of directors meeting 2018 F2 Forecast and quarterly summary, dated August 1, 2018</p>	<p>85. As is always the case, throughout the F2 process, I oversaw the work of the Corporate Head of FP&A to finalize Bombardier's F2 forecast <i>in anticipation of its presentation to the Corporation's Board</i>;</p> <p>88. <u>On August 2018, I presented [...] the Q2 results and F2 Forecast to Bombardier's Board. I informed the Board that the Q2 results exceeded expectations and the 2018 FCF Guidance was reaffirmed. [...]</u></p> <p>89. It is worth emphasizing that the 2018 FCF Guidance had been reaffirmed even when the worse-case stress test scenario had been taken into account. This is true because even contemplating BT and the Corporation posting FCF performance significantly lower than their forecast, there were appropriate contingencies to support the 2018 FCF Guidance.</p> <p>94. The work undertaken by the FP&A group in accordance with the process described above to provide the F2 forecast took into account all of the information known to the Corporation and its Business Units at the time.</p> <p>95. For all the reasons described above, on August 2018, when Bombardier reaffirmed its 2018 FCF Guidance, there was no indication whatsoever that the Corporation's year-end FCF would be significantly lower than the number included in F2, that BT would experience a significant FCF shortfall in Q3 or that BT's financial projections had not taken into account all of the information known to it about its business, including the 3 projects. Furthermore, there was reasonable basis to reaffirm the 2018 FCF Guidance.</p>
<p>P-46: Third Quarterly report summary 2018 F3 Forecast Presentation to Bombardier's Board of Directors dated November 7, 2018;</p>	<p>98. <u>The BT FCF shortfall occurred in Q3 2018 was caused by events which occurred after August 2, 2018, mostly in the last weeks of Q3 2018, and which were unforeseen. The delays with the 3 Projects were all unexpected and foreseeable at the time of the finalization of the F2 2018 forecast and publication of the Q2 2018 results.</u></p> <p>99. It was only at the end of the first week of October 2018, following the accounting process described in this affidavit, that Bombardier was in a position to</p>

<p>P-48: "BT Business Review" dated September 27, 2018</p>	<p>know the exact amount of the FCF shortfall, relative to internal plan, for Q3 2018.</p> <p>102. <u>It is only in the fourth week of October, following a detailed review of all cash flows anticipated from all Business Units in Q4 2018, that Bombardier was in a position to determine that FCF generation in Q4 2018 would not suffice to make up for the Corporation's Q3 shortfall, relative to internal plan.</u> However, this did not yet allow for Bombardier to appreciate what impact, if any, this would have on Bombardier's consolidated 2018 FCF Guidance.</p> <p>103. <u>This impact on the 2018 FCF Guidance was assessed during the first week of November 2018 in the days preceding the November 6-7 Board meetings and release of the Q3 results.</u></p> <p>104. On November 6, 2018, I presented the Q3 results to the Finance and Risk Management Committee and the Board.</p> <p>105. <u>On November 7, 2018, I presented the Q3 2018 results to the Audit Committee and the Q3 2018 results and F3 forecast to the Board.</u></p>
--	---

[28] À la lecture du tableau, il est incontournable que les demandes de documents sont en lien directement avec l'allégué et visent à en tester la véracité. Nous ne sommes pas dans la catégorie des demandes de type exploratoire. Le Tribunal conclut donc que les demandes respectent les paramètres fixés par la jurisprudence dans le cadre d'interrogatoires menés en vertu de l'article 105 C.p.c.

3.1.2 La portée du débat et le niveau de preuve appropriée au stade de l'autorisation

[29] Le deuxième argument soulevé par Bombardier est lié à la nature du débat qui aura lieu au stade de l'autorisation. Les principes applicables au niveau des actions collectives gouvernées par le *Code civil du Québec* sont bien connus. Il suffit de citer l'extrait suivant du jugement de la Cour d'appel dans l'arrêt *Subway* pour le comprendre :

[51] Cette preuve doit en effet être essentielle, indispensable et limitée à ce qui permet de démontrer sans conteste que les faits allégués sont invraisemblables ou faux. Elle ne doit pas avoir pour effet de forcer la tenue d'un débat contradictoire sur une question de fond ou, dit autrement, entraîner la tenue d'un procès avant le procès.

[52] Si la preuve déposée est susceptible d'être éventuellement contredite par le requérant, le juge de l'autorisation doit faire preuve de prudence et ne pas tenir pour acquis qu'elle est vraie. Il doit se rappeler qu'il ne doit tenir pour avérés que les faits allégués par le requérant et non pas ceux allégués par l'intimé, même

lorsque la preuve produite par ce dernier démontre *prima facie* l'existence de ces faits.

[53] À ce stade, le fardeau du requérant en étant un de logique (également qualifié de fardeau de démonstration) et non de preuve, il n'a d'ailleurs pas à offrir une preuve prépondérante de ce qu'il avance, mais bien, tout au plus, une « certaine preuve » et n'a pas l'obligation de contester la preuve que l'intimé dépose, ni d'y répondre. D'ailleurs, il n'est souvent pas en mesure de le faire puisqu'il n'a pas toujours toute la preuve en main, une bonne partie de celle-ci pouvant être en possession de l'intimé.

[54] Bref, la preuve déposée par un intimé au soutien de sa contestation ne change pas le rôle du juge de l'autorisation qui peut, certes, trancher une pure question de droit et interpréter la loi pour déterminer si l'action collective projetée est frivole, mais qui ne peut, pour ce faire, apprécier la preuve comme s'il y avait eu un débat contradictoire ou encore présumer vraie celle déposée par l'intimé alors qu'elle est contestée ou simplement contestable.

[Références omises]

[30] Or, en matière de litiges en matière de valeurs mobilières, l'article 225.4 LVM commande un processus de filtrage plus robuste. Comme l'explique la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Theratechnologies*, l'intention du législateur en édictant l'article 225.4 LVM était de créer « un mécanisme de filtrage qui soit plus significatif dans le contexte des valeurs mobilières et qui fasse ainsi obstacle aux poursuites opportunistes coûteuses et aux demandes non fondées »¹⁹. Ce rôle de gardien des tribunaux les « oblige à procéder à un examen préliminaire de l'action ou de l'inaction en cause afin de déterminer s'il est possible de dire qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause »²⁰. Ce processus doit être « un mécanisme de filtrage dissuasif musclé »²¹.

[31] Cela pose donc des questions épineuses quant à la nature de preuve qui peut être déposée par les parties défenderesses et les pouvoirs de surveillance et de contrôle des tribunaux à cet égard. Notre collègue, le juge Thomas M. Davis, fait une revue exhaustive des enjeux soulevés dans ce contexte, des écoles de pensée et des réponses données par les tribunaux²².

[32] La Cour d'appel dans l'arrêt *Amaya* étudie en détail la philosophie législative qui sous-tend la section II portant sur le marché secondaire faisant partie du chapitre II portant sur les informations fausses et trompeuses²³. Le juge Kasirer, alors à la Cour d'appel, refuse de reconnaître au demandeur un droit de procéder à des demandes de communication de documents de nature exploratoire (*discovery*). Il rejette l'approche

¹⁹ *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106, par. 36.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*, par. 38.

²² *Miller c. Hexo Corp.*, 2022 QCCS 963, par. 22 à 32.

²³ *Amaya inc. c. Derome*, 2018 QCCA 120; 2018 autorisation rejetée dans *Pierre Derome, et al. c. Amaya Inc.*, et al., CanLII 73617 (CSC).

adoptée par le juge de première instance qui cherchait à assurer ce qu'il percevait comme une certaine mesure d'équité entre les parties dans le cadre de l'accès à l'information. Le juge Kasirer explique que le législateur n'avait délibérément pas l'intention de mettre en place une telle procédure lors de l'application du mécanisme de filtrage.

[83] Much of the motion judge's analysis of legislative intent relevant to the Act strikes me as helpful and I note that others, like him, have characterized the key feature of the overall legislative policy underlying secondary market statutory remedies as reflecting a "balance" between the interests of aggrieved shareholders and public issuers. I am of the view, however, that he wrongly interpreted section 225.4 as itself having a dual purpose of protecting the interests of both the plaintiff-shareholder and the issuer. Its purpose is to protect public issuers, innocent shareholders, the markets and the courts, but not plaintiff-shareholders.

[Soulignés du Tribunal]

[33] Le juge Kasirer est d'avis que « the playing field is not level, and should not be levelled »²⁴. L'équité procédurale (« fairness ») ne peut être invoquée pour justifier une demande de communication de documents exploratoire au stade de l'autorisation en vertu de l'art. 225.4 *LVM*. Le juge Kasirer rappelle qu'une approche favorisant la communication avait été proposée, mais que « the very rule the motion judge said was necessary in Quebec to create a fair debate at leave was rejected in the draft legislation proposed by the national CSA which served as a model across the country including, as I will note, Quebec »²⁵.

[34] Ainsi, indubitablement, n'eût été des déclarations sous serment déposées par les défendeurs, le demandeur n'aurait pas eu le droit de formuler les demandes de communication de documents. Toutefois, la déclaration de Di Bert change la donne. Au risque de redite, elle s'étend sur 16 pages et contient 135 paragraphes. Elle fait référence à 15 pièces. Comme le montre l'analyse ci-dessus, il s'agit d'une défense détaillée, précise, documentée et exhaustive de la pratique de Bombardier alors qu'elle a préparé et déposé ses documents financiers au cours de l'année financière 2018. Cette déclaration sous serment vise à défendre les prévisions de *FCF* et plus généralement faire la démonstration de la rigueur du processus de planification financière employée par Bombardier. Cela apparaît on ne peut plus clairement aux paragraphes 134 et 135 qui viennent conclure l'exposé de 133 paragraphes qui les précèdent :

133. At all material times relevant to the facts and circumstances alleged in the Motion, the work undertaken by the FP&A group in accordance with the process described above in this affidavit took into account all information known to the Corporation and its Business Units at the time.

²⁴ *Id.*, par. 95.

²⁵ *Id.*, par. 92.

134. Neither the Corporation, Alain Bellemare nor myself made false or misleading statements regarding the Corporation's 2018 FCF Guidance, nor did we fail to disclose all relevant and material information to investors.

[35] Les défendeurs avaient tout à fait le droit de bénéficier de la protection procédurale et d'un terrain de jeu qui penche en leur faveur tel que le prévoit la *LVM*, et tel que le consacre la Cour d'appel dans l'arrêt *Amaya*. Le demandeur aurait vécu et périt avec la preuve qu'il a apportée.

[36] Or, les défendeurs ont délibérément choisi de ne pas s'en remettre à ces règles et ont déposé une imposante preuve attaquant dans le menu détails les assises factuelles et légales de la demande d'autorisation. Une fois que les défendeurs se sont aventurés sur ce terrain, la situation ne peut plus s'évaluer à la lumière des principes établis dans l'arrêt *Amaya*. Empêcher le demandeur de démontrer le caractère faux ou invraisemblable de ces allégations serait alors faire très sérieusement accroc au respect du principe de contradiction.

[37] Ayant dit cela, il y a effectivement lieu de craindre que le dossier semble se diriger vers le type de débat étendu sur le fond du litige, le mini-procès, contre lesquels tribunaux et la Cour suprême du Canada en particulier dans l'arrêt *Theratechnologies* mettent en garde. Néanmoins, il serait inéquitable et contraire aux principes du droit d'être entendu qu'après le dépôt de déclarations très détaillées en défense, le Tribunal refuse aux demandeurs le droit de contester son contenu en ne permettant pas le dépôt de pièces qui émanent de Di Bert et Bombardier, lesquels pièces précèdent le dépôt des documents financiers en litige et qui ont été soumis au conseil d'administration de Bombardier dans le contexte expliqué dans la déclaration sous serment.

[38] Les objections relatives aux pièces P-43, P-44, P-45, P-46, P-48 et P-49 sont donc rejetées.

3.2 Les objections 6.7, 6.8, 6.9, 6.15, 6.22

[39] Les objections 6.7 et 6.8 cherchent à obtenir des précisions additionnelles sur la diapositive « 2018 EBIT to Free Cash Flow ». Or, selon la compréhension qu'en a le Tribunal, huit composantes reproduites dans ce diagramme à bandes permettent d'établir le montant de *FCF* à la somme de 200 M\$. Parmi ceux-ci se trouve la composante « EBIT before special items » et « contingency & other ». Or, le demandeur cherche à savoir ce que sont les « special items » et le « other ». Vu les principes énoncés ci-dessus, ces demandes de communication limitées sont autorisées. Toute demande additionnelle serait toutefois de l'ordre de l'exploration qui est proscrite.

[40] Dans la question donnant lieu à l'objection 6.9, le demandeur relève ce qu'il comprend être une incohérence dans le montant indiqué au titre de l'item « Contingency & other », au niveau du diagramme à bandes se trouvant à la p. 14 (2018 FCF Roadmap; Clear Path to Breakeven Goal), soit 275 M\$ et le montant apparaissant au titre de

« Contingency and & other » au tableau de la p. 15, soit 200 M\$. Il demande donc d'obtenir une explication pour cette différence et aux défendeurs « to indicate the methodology used if different ». Le Tribunal estime que cette demande est excessive. Il est clair à la lecture des deux tableaux que les valeurs sont différentes et cela suffit pour les fins du demandeur. Il n'y a pas lieu ici d'utiliser des demandes de type exploratoires pour bonifier la preuve du demandeur. Le Tribunal s'aventurerait là dans un territoire qui lui est interdit en permettant des demandes de type exploratoire.

[41] La question donnant lieu à l'objection 6.15 a trait au montant qui apparaît au titre du *FCF* dans le Third Quarterly Report 2018 F3 Forecast présenté au conseil d'administration le 7 novembre 2018 et qui est de -895M\$. Or, le demandeur cherche à savoir si ce montant exclut ou inclut le montant de la vente de Downsvew. Vu les allégués de la demande d'autorisation et vu celles de la déclaration de Di Bert, le Tribunal estime que cette objection est sans fondement. Cela étant, le Tribunal estime que la question donnant lieu à l'objection 6.22 cherchant à savoir « why Bombardier had contemplated selling Downsvew » est excessive, car de nature exploratoire, et l'objection est donc accueillie.

Commentaires finaux sur la confidentialité

[42] Lorsque la juge Tremblay permet le dépôt des déclarations sous serment de Genone et de Di Bert, elle ne les assujettit à aucune mesure de confidentialité.

[43] Les parties ont traité de façon confidentielle les pièces P-43 à P-49 ainsi que l'interrogatoire. Le Tribunal est saisi d'une demande pour prononcer des mesures de confidentialité qu'il entendra tranchera dans les mois à venir. À ce moment, il déterminera les mesures de confidentialité à imposer quant aux pièces P-43 à P-49. Il en va de même pour la confidentialité des notes sténographiques de Di Bert, pièce P-42.

[44] D'ici là, la partie demanderesse convient d'en maintenir la confidentialité et le Tribunal en prend acte. Cela ne préjuge en rien la question à savoir si des mesures de confidentialité sont requises et l'étendue de ces mesures. Le Tribunal rappelle que, dans la foulée de l'arrêt *Sherman (Succession) c. Donovan*²⁶, une preuve doit être présentée afin d'obtenir toute ordonnance de confidentialité.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

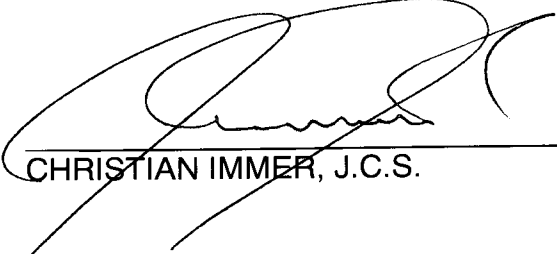
[45] **REJETTE** les objections quant aux pièces P-43, P-44, P-45, P-46, P-48 et P-49 et les objections 6.7, 6.8 et 6.15;

[46] **ACCUEILLE** les objections 6.9 et 6.22;

²⁶ 2021 CSC 25.

[47] **PREND ACTE** de l'engagement du demandeur et de toute personne mandatée ou dont il a retenu les services pour les fins du présent litige, de maintenir la confidentialité des pièces et de l'interrogatoire y afférent, et ce jusqu'à ce que le Tribunal se soit prononcé sur les demandes de mesures de confidentialité et lui **ORDONNE** de s'y conformer;

[48] **LE TOUT**, frais de justice à suivre.



CHRISTIAN IMMER, J.C.S.

Me Elizabeth Meloche
Me Shawn Faguy
FAGUY & CIE, AVOCATS INC.
Avocats du demandeur

Me Jean Bertrand
Me François-David Paré
Me Francesca Taddeo
Me Giacomo Marchisio
NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA S.E.N.C.R.L., S.R.L., AVOCATS
Avocats du défendeur

Date d'audience : 21 avril 2022