

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000864-179

DATE : 8 décembre 2022

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE DONALD BISSON J.C.S. (JB4644)

JACQUELINE DESCHÊNES
Demanderesse

c.
JOHNSON & JOHNSON
JOHNSON & JOHNSON MEDICAL COMPANIES
JOHNSON & JOHNSON
JOHNSON & JOHNSON INTERNATIONAL
ETHICON INC.
Défenderesses

JUGEMENT

(sur demande de permission de se désister - Action collective relative aux dispositifs de mailles pour hernies Johnson & Johnson)

Table des matières

1.	Introduction : Contexte et question en litige	2
2.	Historique procédural et faits non contestés	2
3.	L'entente confidentielle conditionnelle et les procédures entreprises	3
4.	Arguments de la demanderesse et des défenderesses	6
5.	Le droit applicable	9
6.	Décision	17
	POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :	19

1. INTRODUCTION : CONTEXTE ET QUESTION EN LITIGE

[1] La demanderesse Jacqueline Deschênes requiert la permission du Tribunal afin de se désister entièrement de sa *Demande pour obtenir l'autorisation d'exercer une action collective et obtenir le statut de représentante* (la « Demande en autorisation ») en raison de la conclusion d'une entente confidentielle entre les parties, conditionnelle à l'obtention de désistements devant les tribunaux de plusieurs provinces, dont le Québec.

[2] La *Demande pour obtenir la permission de se désister* est présentée en vertu de l'article 585 du *Code de procédure civile* (« Cpc ») et elle est accompagnée de la déclaration assermentée de Me Erika Provencher en date du 11 novembre 2022 et des Pièces R-1 à R-3. La Pièce R-2 est la déclaration assermentée de la demanderesse en date du 11 novembre 2022.

[3] Les défenderesses consentent à cette demande. Le Fonds d'aide aux actions collectives (le « Fonds ») conteste et en demande le rejet, au motif que l'entente entre les parties est une transaction qui doit être approuvée par le Tribunal en vertu de l'article 590 Cpc. Les parties ne contestent pas formellement l'intérêt du Fonds à faire les représentations qu'il a faites.

[4] Le Tribunal doit donc décider si l'entente confidentielle peut donner lieu à une demande pour permission de se désister, ou sinon si elle ne correspond pas plutôt à une transaction à être approuvée par le Tribunal. Si l'entente confidentielle peut donner lieu à une demande pour permission de se désister, la permission doit-elle être accordée?

2. HISTORIQUE PROCÉDURAL ET FAITS NON CONTESTÉS¹

[5] Le 2 juin 2017, la demanderesse dépose la Demande en autorisation, qui vise à permettre l'exercice d'une action collective contre les défenderesses au nom d'elle-même et des membres des groupes suivants :

Tous les résidents du Québec à qui on a implanté des produits de maille PHYSIOMESH fabriqués, commercialisés, distribués et/ou vendus en tout ou en partie par les Défenderesses et qui ont subi des dommages des suites de l'implantation de ces produits de maille.

et

Toutes les personnes physiques résidant au Québec qui ont subi un dommage en conséquence de l'implantation à l'une des personnes visées au paragraphe précédent d'un produit de maille PHYSIOMESH, notamment leur conjoint, leur père, mère et autres ascendants, leurs enfants, leurs autres parents, leurs mandataires légaux, leurs autres proches et/ou leur succession. »

(ci-après les « Membres putatifs »)

¹ Ces faits proviennent des déclarations assermentées au dossier.

[6] Le groupe est un groupe de résidents québécois.

[7] La Demande en autorisation reproche aux défenderesses d'avoir fabriqué, distribué et vendu des dispositifs comportant des risques sérieux pour la santé, soit des dispositifs de mailles pour hernies visant à réparer les hernies de la paroi abdominale.

[8] Des recours similaires ont également été entrepris de façon parallèle en Ontario, en Colombie-Britannique et en Saskatchewan.

[9] Le 5 janvier 2017, le Tribunal² a autorisé la suspension de la Demande en autorisation jusqu'à ce qu'un jugement soit rendu sur la certification du recours ontarien et que toutes les procédures s'y rapportant soient complétées.

[10] En sus des différentes actions collectives intentées au Canada contre les défenderesses, des actions collectives ont également été intentées contre divers autres manufacturiers de dispositifs de mailles pour hernies.

[11] Depuis l'introduction des nombreux recours relatifs aux dispositifs de mailles pour hernies au Québec et au Canada, des articles et reportages ont été diffusés afin de rejoindre le plus grand nombre de Membres putatifs possible.

[12] En date de novembre 2022, soit plus de cinq ans après le dépôt de la Demande en autorisation, les divers avocats des groupes au Canada ont été contactés par environ 3 100 Membres putatifs à travers le Canada concernant les dispositifs de mailles pour hernies, tous manufacturiers confondus.

[13] Après l'obtention des protocoles opératoires et autres dossiers connexes pertinents, 52 Membres putatifs à travers le Canada ayant reçu un dispositif de mailles pour hernies des défenderesses se sont manifestés.

3. L'ENTENTE CONFIDENTIELLE CONDITIONNELLE ET LES PROCÉDURES ENTREPRISES

[14] En parallèle au déroulement des procédures, les parties ont entamé des négociations afin de tenter de régler les actions collectives entreprises. Toutefois, les négociations n'ont pu conduire à un règlement des actions collectives.

[15] Cependant, les négociations ont finalement mené à une entente confidentielle. Le Tribunal n'a pas eu copie de cette entente. Le Tribunal ne connaît de cette entente que ce qui apparaît aux déclarations assermentées produites au soutien de *Demande pour obtenir la permission de se désister* et de ce que l'avocate de la demanderesse a indiqué oralement lors de l'audition.

² *Deschênes c. Johnson & Johnson inc.*, 2017 QCCS 6264.

[16] Voici ce qui a été soumis par écrit et oralement au Tribunal quant à cette entente confidentielle conditionnelle :

- 1) L'entente est conditionnelle à ce que des désistements interviennent dans le cadre des actions collectives entreprises au Canada, soit celles au Québec, en Ontario, en Colombie-Britannique et en Saskatchewan;
- 2) L'entente confidentielle conditionnelle prévoit que les réclamations des membres connus des avocats du groupe (les « Membres connus ») seront réglées à l'amiable, sur la base de réclamations individuelles, à même le montant global négocié. Le montant global négocié n'a pas été dévoilé au Tribunal;
- 3) En date de la présente, 52 Membres connus étaient admissibles à l'obtention d'une indemnité immédiate (ci-après les « Membres connus admissibles »), dont une seule personne au Québec, soit la demanderesse elle-même;
- 4) L'entente de règlement confidentielle prévoit que les indemnités provenant du montant global négocié seront allouées proportionnellement aux dommages subis par les Membres connus admissibles et seront versées en échange de la signature de quittances de leur part et des assureurs de soins de santé provinciaux en faveur des défenderesses;
- 5) Par l'entente confidentielle conditionnelle, les défenderesses s'engagent également à tenter de régler les réclamations de « Réclamants futurs », à savoir des Membres putatifs qui n'étaient pas connus des avocats du groupe, pendant une période de 180 jours qui débutera à la date du jugement à intervenir sur la *Demande pour obtenir la permission de se désister*, toujours au moyen d'un montant global;
- 6) L'entente confidentielle conditionnelle prévoit que le désistement demandé ne prendra effet que 90 jours suivant la date de publication de l'avis de désistement;
- 7) L'entente confidentielle conditionnelle prévoit que le délai de prescription sera suspendu jusqu'à 90 jours suivant la date de publication de l'avis de désistement, permettant ainsi aux Membres putatifs désirant entreprendre un recours sans bénéficier du processus de règlement de le faire, s'il reste encore du temps à courir;
- 8) Les parties se sont entendues sur le texte d'un avis de désistement destiné aux Membres putatifs (en français et en anglais) (Pièce R-3);
- 9) L'objectif de l'avis de désistement est notamment d'informer les Membres putatifs :
 - Du jugement à être rendu sur la présente demande;
 - De la façon d'obtenir de plus amples informations sur le désistement et ses effets;
 - Du fait que le délai de prescription recommencera à courir, le cas échéant, 90 jours suivant la date de publication de l'avis de désistement;

- De la possibilité de tenter de régler avec les défenderesses pendant une certaine période.

10) Les parties se sont également entendues pour que cet avis de désistement soit publié conformément au plan de diffusion suivant :

- L'avis de désistement sera transmis, par courriel ou par la poste, par les avocats du groupe, à toute personne qui les aura contactés à propos des actions collectives ou qui s'est inscrite sur les sites Internet des avocats du groupe afin de recevoir des mises à jour ou à toute personne qui pourrait avoir une réclamation contre les défenderesses, y compris toute personne ayant reçu l'implantation d'un dispositif de mailles d'un fabricant inconnu. Lorsque la personne résidera au Québec (ou si elle en fait expressément la demande), l'avis de désistement sera transmis en anglais et en français;

- L'avis de désistement sera affiché par les avocats du groupe, en français et en anglais, sur leurs sites Internet;

- L'avis de désistement sera transmis, par courriel ou par la poste, par les avocats du groupe, à tous les avocats connus des avocats du groupe qui représentent des réclamants dans des dossiers de dispositifs de mailles pour hernies connus des avocats du groupe;

- L'avis de désistement sera publié une fois, en anglais, dans le Globe and Mail, édition nationale;

- L'avis de désistement sera publié une fois, en français, dans Le Journal de Montréal;

- L'avis de désistement sera publié une fois, en anglais, dans le Regina Leader Post;

- L'avis de désistement sera publié une fois, en anglais, dans le Vancouver Sun;

- L'avis de désistement sera transmis par les avocats du groupe à toute personne qui en fera la demande;

11) De cette façon, un avis sera transmis directement à tous les Membres connus et diffusé aux autres Membres putatifs à travers le Canada;

12) L'avis de désistement sera également inscrit au Registre des actions collectives;

13) L'avis de désistement vise à encourager les Membres putatifs à contacter les avocats des groupes afin de recevoir de plus amples informations sur le désistement des actions collectives, les délais de prescription, la période de règlement, sur leurs droits et sur la façon de les faire valoir;

14) Le bureau d'avocat de la demanderesse n'a pas reçu d'indemnité pour ses honoraires (ceci a été mentionné oralement par l'avocate de la demanderesse).

[17] Voici ce qu'en dit la demanderesse aux paragraphes 2, 3 et 6 à 12 de sa déclaration assermentée du 11 novembre 2022 :

2. Je suis membre du groupe décrit dans le cadre des procédures puisque j'ai eu l'implantation d'un dispositif de mailles pour hernies des défenderesses;
3. Plus précisément, le 24 septembre 2013, par chirurgie laparoscopique, j'ai eu l'implantation d'un dispositif de mailles pour hernies de marque Physiomesh des défenderesses;
6. J'ai été informée que mes avocats avaient entrepris des discussions de règlement avec les avocats des défenderesses afin de parvenir à régler l'action collective, ce qui n'a pu être le cas;
7. Toutefois, les négociations ont conduit une entente qui me permettrait, ainsi qu'à tous les autres membres du groupes connus, soit 52, d'obtenir une indemnité;
8. Il m'a également été expliqué que cette entente confidentielle était conditionnelle à ce que des désistements de toutes les actions collectives entreprises au Canada interviennent;
9. J'ai été informée que, le 8 août 2022, le désistement a été autorisé en Ontario et que les formalités ont également été entreprises en Saskatchewan et en Colombie- Britannique;
10. Dans le cadre de l'entente confidentielle conditionnelle conclue, on m'a attribué un montant approximatif et je suis en accord avec ce montant;
11. En contrepartie de la somme que je pourrais recevoir des défenderesses, je suis avisée que je devrai signer une quittance et que je ne pourrai pas divulguer les termes et conditions de l'entente confidentielle conditionnelle;
12. Considérant ce qui précède, j'ai donné instructions aux avocats Siskinds, Desmeules, Avocats d'entreprendre les procédures nécessaires afin d'obtenir l'autorisation du tribunal pour se désister de l'action collective entreprise;

[18] Le 22 août 2022, après avoir pris connaissance de la documentation écrite qui lui a été soumise, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a autorisé le désistement du recours ontarien³. Les démarches nécessaires au dépôt des désistements ont également été effectuées en Colombie-Britannique et en Saskatchewan, sans qu'une autorisation ne soit nécessaire dans ces juridictions. À la suite de cela, la présente *Demande pour obtenir la permission de se désister* a été déposée.

4. ARGUMENTS DE LA DEMANDERESSE ET DES DÉFENDERESSES

[19] La demanderesse et les défenderesses argumentent ceci pour soutenir que l'entente confidentielle n'est pas une transaction et que le désistement doit être approuvé :

- a) Bien qu'une entente confidentielle conditionnelle soit intervenue, la présente demande n'est pas une demande d'approbation d'une transaction en action collective.

³ Voir le jugement, Pièce R-1.

Ainsi, ce sur quoi le Tribunal doit se pencher est l'opportunité d'accorder ou non le désistement recherché et non la teneur de l'entente confidentielle conditionnelle;

b) En l'espèce, la demanderesse a donné l'instruction à ses avocats de requérir l'autorisation du Tribunal afin de se désister de sa Demande en autorisation, comme il appert de la déclaration assermentée de la demanderesse (Pièce R-2);

c) Les défenderesses consentent au désistement sans frais de la Demande en autorisation;

d) En l'espèce, les critères prévus du désistement au paragraphe 8 de l'arrêt *École communautaire Belz c. Bernard*⁴ sont rencontrés :

[8] Son rôle, plaident-ils, se limite à deux choses : 1) s'assurer que le désistement ne cause pas de préjudice aux membres putatifs du groupe envisagé et 2) qu'il ne porte pas atteinte à l'intégrité du système de justice. Au-delà de cette analyse, le juge n'a pas à décider si le désistement est opportun, et, ainsi, n'a pas à évaluer la suffisance des raisons qui le motivent. La décision de se désister préalablement à l'autorisation, ajoutent-ils, appartient au requérant et à son avocat.

e) Les Membres putatifs ne s'exposent à aucun préjudice si le désistement est autorisé par le Tribunal;

f) Le désistement recherché ne porte pas atteinte à l'intégrité du système de justice;

g) L'entente confidentielle conditionnelle et le désistement permettront un règlement immédiat de toutes les réclamations des 52 Membres connus admissibles;

h) L'entente confidentielle conditionnelle prévoit un mécanisme de préservation des droits des autres Membres connus et de règlement des réclamations, le cas échéant, de Réclamants futurs;

i) Au surplus, l'avis de désistement qui sera publié permettra aux autres Membres putatifs d'être avisés du désistement des actions collectives, mais également des paramètres et des délais à respecter afin de préserver leurs droits et recours, le cas échéant;

j) L'entente confidentielle conditionnelle prévoit la suspension du délai de prescription, permettant ainsi aux autres Membres putatifs désirant entreprendre un recours individuel sans bénéficier du processus de réclamations, de le faire, s'il reste encore du temps à courir;

k) Dans les circonstances, le désistement dont l'autorisation est demandée est non préjudiciable aux Membres putatifs;

l) La mise en vigueur de l'entente confidentielle étant conditionnelle au désistement de la Demande en autorisation, il est dans l'intérêt des Membres connus et des Réclamants futurs que la demanderesse soit autorisée à se désister afin de lui permettre d'en bénéficier;

⁴ 2021 QCCA 905.

m) Le jugement à être obtenu sur la présente demande est la dernière étape pour permettre aux Membres connus admissibles d'obtenir le paiement des montants qui leur ont été offerts et qu'ils ont acceptés;

n) Dans la mesure où le désistement recherché était accordé, l'action collective cessera d'exister rétroactivement, en vertu de l'article 213 Cpc :

213. Le demandeur qui se désiste en totalité de sa demande en justice met fin à l'instance dès que l'acte de désistement est notifié aux autres parties et déposé au greffe. Le désistement remet les choses en état; il a effet immédiatement s'il est fait devant le tribunal en présence des parties. Les frais de justice sont à la charge du demandeur, sous réserve d'une entente convenue entre les parties ou d'une décision du tribunal.

o) Il n'y aura donc pas de prélèvement possible par le Fonds en vertu du *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*⁵.

p) De toute manière, considérant le montant global négocié et la structure de l'entente confidentielle conditionnelle, aucun reliquat ne pourra subsister;

q) Ainsi, bien que le Fonds ait été informé de l'existence de l'entente confidentielle conditionnelle et qu'une copie de courtoisie de la présente demande et des pièces à son soutien lui ait été transmise, rien n'obligeait à le faire;

r) En effet, il ne s'agit ni de l'approbation d'une transaction, ni de l'approbation des honoraires en vertu de l'article 590 Cpc;

s) Par le passé des demandes de désistement dans des contextes similaires ont été accordées. Voir par exemple, dans le cadre des actions collectives pour des mailles transvaginales :

- *Sharon Rosemary McKee et Hans McKee c. Covidien & als.*, C.S. no 200-06-000173-149, 4 mars 2018, j. Soldevilla (non rapporté);

- *Jo-Anne Marie Gallant et Dave Hugues c. Johnson & Johnson & als.*, C.S. no 200-06-000153-125, 26 mai 2020, j. Soldvilla (non rapporté);

- *Rose-Marie Arsenault et Jean-Paul Sauriol c. Bard Canada Inc.*, C.S. no 200-06-000164-130, 9 janvier 2017, j. Soldevilla (rapporté à R.A. c. *Bard Canada inc.*, 2017 QCCS 857).

t) On ne saurait forcer la demanderesse à poursuivre une action collective si une autre voie lui apparaît plus favorable, pour elle-même et pour les Membres putatifs;

u) En l'espèce, la voie du désistement lui confère, ainsi qu'aux Membres connus, la certitude d'obtenir une indemnité rapidement;

⁵ RLRQ, c. F-3.2.0.1.1, r. 2.

v) La demanderesse est donc d'avis qu'il est dans l'intérêt de la justice que le désistement demandé soit accordé. Les défenderesses l'appuient.

[20] Le FAAC conteste ces arguments au motif que l'entente entre les parties est une transaction qui doit être approuvée par le Tribunal en vertu de l'article 590 Cpc.

5. LE DROIT APPLICABLE

[21] Dans la décision *Union des consommateurs c. Telus Communications inc.*⁶, le Tribunal expose l'état du droit applicable, qu'il convient de reproduire au complet avec toutes les références car intégralement pertinent ici :

[15] Les règles sont différentes s'il s'agit d'un désistement ou d'une transaction.

2.1.1 Le désistement

[16] L'article 585 Cpc se lit ainsi :

585. Le représentant doit être autorisé par le tribunal pour modifier un acte de procédure, se désister de la demande ou d'un acte de procédure ou renoncer aux droits résultant d'un jugement. Le tribunal peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires pour protéger les droits des membres.

L'aveu fait par le représentant lie les membres, sauf si le tribunal considère que cet aveu leur cause un préjudice.

[17] Malgré la disparition de l'ancien article 1010.1 dans le Cpc, la Cour supérieure a décidé qu'un désistement qui survient avant l'autorisation doit être autorisé par le tribunal étant donné l'obligation de ce dernier à veiller sur l'intérêt des membres potentiels⁷. La Cour supérieure avait également décidé de façon générale que, avant d'autoriser le désistement : 1) le tribunal doit s'enquérir des motifs réels à l'origine de la demande, aucun critère strict ou finalisé n'ayant encore été développé par la jurisprudence; et 2) le tribunal doit aussi décider si la publication d'un avis informant les membres du désistement est requise.

[18] Dans l'arrêt *École communautaire Belz c. Bernard*⁸ rendu le 1^{er} juin 2021, la Cour d'appel a indiqué qu'elle ne tranchait pas la question de savoir si l'autorisation du tribunal est requise pour un désistement qui survient avant l'autorisation d'exercer une action collective. Cependant, en tenant pour acquis que la permission est requise, la Cour d'appel vient préciser ainsi les conditions reliées à l'approbation d'un désistement⁹ :

[8] Son rôle [du juge de la Cour supérieure saisi de la demande d'Approbation du désistement], plaident-ils, se limite à deux choses : 1) s'assurer que le désistement ne cause pas de préjudice aux membres putatifs du groupe envisagé et 2) qu'il ne porte pas atteinte à l'intégrité du système de justice. Au-delà de cette analyse, le juge n'a pas à décider si le désistement est opportun, et, ainsi, n'a pas

⁶ 2021 QCCS 2681, par. 15 à 27.

⁷ Voir entre autres : *Krimed c. Uber Technologies inc.*, 2016 QCCS 2768, par. 29 à 31.

⁸ Précité, note 4, par. 11.

⁹ Par. 8, 9, 11 et 15 à 28.

à évaluer la suffisance des raisons qui le motivent. La décision de se désister préalablement à l'autorisation, ajoutent-ils, appartient au requérant et à son avocat.

[9] La Cour est d'accord.

[...]

[11] Que cette obligation trouve sa source dans l'une ou l'autre des dispositions importe peu puisque, quoi qu'il en soit, le juge, à ce stade, a essentiellement pour mission de protéger les membres putatifs du groupe envisagé et l'intégrité du système judiciaire. Cela étant, les appelants postulant que les intimés devaient obtenir l'autorisation du tribunal pour se désister de leur demande d'autorisation et personne ne contestant leur pourvoi, la Cour est d'avis qu'il n'y a pas lieu qu'elle tranche la question de savoir si cette autorisation est ou non nécessaire. Elle tiendra donc pour acquis qu'elle l'est et s'intéressera plutôt au rôle du juge appelé à autoriser un tel désistement.

[...]

[15] Pour reprendre les mots de la juge Savard (dont c'était alors le titre) : *tant que l'action n'est pas autorisée, il n'y a encore que des membres putatifs, au sein d'un groupe non défini, qui ignorent bien souvent l'existence de la demande vu l'absence de publication entourant son dépôt [...]. Dans un tel contexte, on peut s'interroger sur les remèdes à la disposition du juge au regard d'une demande de désistement. S'il est difficile d'envisager qu'il pourra forcer le demandeur à poursuivre la demande, il l'est tout autant de concevoir qu'il pourrait devoir se mettre à la recherche d'un membre putatif disposé à prendre la relève, présumant même qu'il puisse le substituer au demandeur. On pourrait également soutenir que, selon l'article 2908 C.c.Q., le désistement à l'étape de l'autorisation mettrait fin à la suspension de la prescription, de sorte que celle-ci reprendrait là où elle avait cessé, sans préjudice pour les membres putatifs.*

[16] Cela dit, il est possible que certains membres putatifs aient eu connaissance de la demande d'autorisation d'exercer l'action collective et aient choisi de ne pas introduire leur propre recours, sachant qu'ils bénéficieraient du jugement à être rendu au terme de celle-ci. Le juge doit donc s'assurer qu'ils seront informés du désistement et, s'il y a lieu, qu'ils bénéficieront d'un délai suffisant pour introduire leur recours s'ils le souhaitent. Le cas échéant, il peut imposer au requérant de prendre les mesures propres à informer les membres putatifs du désistement à intervenir et prévoir que le désistement ne sera produit qu'à l'expiration du délai qu'il fixera puisque c'est à compter de ce moment que la prescription recommencera à courir.

[17] Dans ce contexte, le juge doit donc être autorisé à exiger des parties les informations qu'il estime nécessaires pour s'assurer que les membres putatifs ne perdent pas leurs droits et pour déterminer les mesures devant être prises à cette fin.

[18] Ayant également, et en tout temps, pour mission de protéger l'intégrité du système judiciaire, il doit aussi s'assurer que le désistement ne portera pas atteinte à cette intégrité.

[19] Est-ce à dire qu'il peut exiger toutes les informations qu'il désire, incluant les raisons justifiant le désistement? La Cour ne le croit pas.

[20] Le juge doit jouer son rôle à la lumière du principe voulant que les parties, dans la mesure où elles respectent les principes, les objectifs et les règles de la procédure et des délais établis, ont la maîtrise de leur dossier.

[21] Ainsi, tant et aussi longtemps qu'il n'a pas de raison de croire que la décision du requérant de se désister peut porter atteinte à l'intégrité du système de justice ou aux intérêts des membres putatifs, il n'a pas à s'immiscer dans celle-ci et n'a pas à vérifier les raisons qui la sous-tendent. L'opportunité de se désister d'une demande d'autorisation est une décision qui appartient au requérant.

[22] La Cour reconnaît qu'il peut être difficile de tracer la ligne entre les informations qui peuvent être nécessaires pour s'assurer que le désistement ne porte pas atteinte à l'intégrité du système judiciaire et celles qui relèvent plutôt de l'opportunité de ce désistement, mais cet exercice s'impose de façon à atteindre le délicat équilibre qui existe entre le devoir du juge et les droits des parties.

[23] Les situations où un désistement portera atteinte à l'intégrité du système judiciaire devraient d'ailleurs être rares. On peut certes considérer que le fait pour le requérant ou ses avocats de recevoir une contrepartie en échange du désistement constituerait un tel cas de figure, mais comme on le voit en l'espèce, le requérant s'empressera généralement de rassurer le tribunal à cet égard. À défaut pour le requérant de le faire d'emblée, il s'agit certainement d'une information que le juge peut demander puisqu'elle est essentielle à l'exercice de son rôle de gardien de l'intégrité du système judiciaire.

[24] D'autres circonstances pourraient porter atteinte à l'intégrité du système de justice, mais elles sont plus difficiles à identifier dans l'abstrait.

[25] Il appartient donc au juge qui est appelé à autoriser le désistement et qui a des raisons de croire à l'existence de telles circonstances d'exprimer ses craintes, puis de permettre au requérant de les apaiser en lui fournissant les informations nécessaires.

[26] Il ne peut toutefois exiger du requérant, comme prérequis à l'octroi de l'autorisation demandée, qu'il justifie sa décision de se désister. Il y aura peut-être des circonstances où vouloir connaître ces motifs sera justifié, mais ce ne sera que lorsque ceux-ci seront susceptibles d'avoir un impact sur l'intérêt des membres putatifs ou l'intégrité du système judiciaire et le juge devra alors l'expliquer.

[27] Les raisons à la source d'une décision de se désister d'une demande d'autorisation d'exercer une action collective, que ce soit totalement ou partiellement, peuvent être de divers ordres (stratégique, financier, juridique) et il est possible qu'un requérant ne souhaite pas, pour des motifs légitimes, les dévoiler même si elles lui sont demandées. Il est, par surcroît, envisageable que ces informations, en certaines circonstances, puissent être protégées par le secret professionnel ou par le privilège relatif au litige.

[28] L'autorisation recherchée, en l'absence de motifs valables de croire que le désistement peut porter atteinte à l'intégrité du système de justice ou aux intérêts des membres putatifs, ne doit donc pas être assujettie à ce que ces raisons soient dévoilées et le juge de première instance a commis une erreur en exigeant de les connaître sans expliquer en quoi elles étaient nécessaires.

[19] Le Tribunal note que, dans le cas d'un désistement, il n'y a pas d'avis préalable aux membres, les informant de la tenue d'une audience sur le désistement projeté et de la possibilité d'y faire des représentations. Il n'y a pas non plus obligation de participation formelle du Fonds ni obligation de le mettre en cause. La Cour d'appel n'aborde pas ces deux éléments dans sa décision récente du 1^{er} juin 2021.

[20] Le Tribunal doit donc s'assurer que le désistement ne cause pas de préjudice aux membres putatifs du groupe envisagé et qu'il ne porte pas atteinte à l'intégrité du système de justice. Au-delà de cette analyse, le Tribunal n'a pas à décider si le désistement est opportun. Cependant, comme indiqué plus haut, le Tribunal doit aussi décider si la publication d'un avis informant les membres du désistement est requise.

2.1.2 La transaction formelle

[21] Quant à la transaction formelle, en vertu de l'article 590 Cpc, toute transaction, acceptation d'offres réelles ou acquiescement ne sont valables que s'ils sont approuvés par le tribunal, suivant la publication d'un avis préalable informant les membres d'une demande d'approbation et de la possibilité de faire des représentations. Cette disposition est d'ordre public¹⁰ et se lit ainsi :

590. La transaction, l'acceptation d'offres réelles ou l'acquiescement ne sont valables que s'ils sont approuvés par le tribunal. Cette approbation ne peut être accordée à moins qu'un avis n'ait été donné aux membres.

Dans le cas d'une transaction, l'avis mentionne que celle-ci sera soumise à l'approbation du tribunal à la date et au lieu qui y sont indiqués; il précise la nature de la transaction et le mode d'exécution prévu ainsi que la procédure que suivront les membres pour prouver leur réclamation. L'avis informe aussi les membres qu'ils peuvent faire valoir au tribunal leurs prétentions sur la transaction proposée et sur la disposition du reliquat, le cas échéant. Le jugement qui approuve la transaction détermine, s'il y a lieu, les modalités de son exécution.

[22] Des critères spécifiques guident l'appréciation du tribunal saisi d'une demande d'approbation d'une transaction, notamment en raison de la particularité du véhicule procédural que représente l'action collective, c'est-à-dire la représentation d'autrui sans mandat. De multiples décisions en font état, dont la récente *Schneider (Succession de Schneider) c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Herron inc.*¹¹ :

[27] En vertu de l'article 590 Cpc, le Tribunal doit approuver l'Entente de règlement si elle est juste, raisonnable et équitable, et si elle répond aux meilleurs intérêts, non seulement du représentant, mais de l'ensemble des membres du groupe qui seront liés par l'entente.

[28] Les critères devant guider le tribunal dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation d'une entente intervenue entre les parties sont les suivants :

¹⁰ Voir la décision sur procès-verbal *Amram c. Rogers communication inc. et al.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000575-114, 7 juillet 2020, j. Emery, p. 5.

¹¹ 2021 QCCS 1808, par. 27 et 28.

- Les probabilités de succès du recours;
- Le coût anticipé et la durée probable du litige;
- L'importance et la nature de la preuve administrée;
- Les modalités, les termes et les conditions de la transaction;
- L'accord du représentant;
- La nature et le nombre d'objections à la transaction;
- Le nombre d'exclusions;
- La recommandation des avocats et leur expérience;
- La bonne foi des parties et l'absence de collusion; et
- La recommandation d'une tierce personne neutre.

[23] En vertu de l'article 58 du *Règlement de la Cour supérieure du Québec en matière civile*¹², toute demande d'approbation d'une transaction doit être signifiée au Fonds avec avis de sa présentation. Cet article se lit ainsi :

58. Transaction. Une transaction soumise à l'approbation du tribunal indique le montant des sommes qui seront remboursées au Fonds d'aide aux actions collectives, si ce dernier a attribué une aide financière au représentant, en application de l'article 30 de la Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives (chapitre F-3.2.0.1.1). Toute demande d'approbation est signifiée au Fonds d'aide aux actions collectives, avec avis de sa présentation.

[24] Les articles 593 alinéa 3 Cpc et 32 de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*¹³ confèrent au Fonds le droit d'être entendu sur toute question en lien avec les honoraires des avocats du groupe, que le dossier soit financé ou non¹⁴. Ces articles se lisent ainsi :

593. Le tribunal peut accorder une indemnité au représentant pour le paiement de ses débours de même qu'un montant pour le paiement des frais de justice et des honoraires de son avocat, le tout payable à même le montant du recouvrement collectif ou avant le paiement des réclamations individuelles.

Il s'assure, en tenant compte de l'intérêt des membres du groupe, que les honoraires de l'avocat du représentant sont raisonnables; autrement, il peut les fixer au montant qu'il indique.

Il entend, avant de se prononcer sur les frais de justice et les honoraires, le Fonds d'aide aux actions collectives que celui-ci ait ou non attribué une aide au représentant. Le tribunal prend en compte le fait que le Fonds ait garanti le paiement de tout ou partie des frais de justice ou des honoraires.

32. Le Fonds dépose au greffe de la Cour supérieure du district dans lequel l'action collective est exercée, le dispositif de la décision qui attribue l'aide.

¹² RLRQ, c. C-25.01, r. 0.2.1.

¹³ RLRQ, c. F-3.2.0.1.1.

¹⁴ *Marcil c. Commission scolaire de la Jonquière*, 2018 QCCS 3836, par. 134.

Le tribunal doit entendre le Fonds avant de décider du paiement des frais de justice, déterminer les honoraires du procureur du représentant ou approuver une transaction sur les frais, les frais de justice ou les honoraires.

[25] Dans le cadre de l'approbation d'une transaction, le *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*¹⁵ est d'ordre public et établit des règles impératives¹⁶. Autrement dit, s'il y a reliquat en matière de recouvrement collectif ou s'il y a liquidation individuelle, le pourcentage dû au Fonds doit être respecté.

[26] On notera que le Fonds n'a cependant pas intérêt à faire des représentations sur tous les aspects d'une transaction, comme l'a décidé récemment la Cour supérieure dans la décision *Zouzout c. Canada Dry Mott's inc.*¹⁷ et comme plus anciennement la Cour d'appel et la Cour supérieure¹⁸. L'intérêt juridique du Fonds est en effet limité : 1) au remboursement de l'aide financière accordée; 2) aux frais de justice et aux honoraires des avocats de la demande; 3) au reliquat en matière de recouvrement collectif¹⁹ et à l'application du *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions collectives*; et 4) à tout autre élément portant sur le respect de la *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*.

[27] Cependant, quelle que soit la source d'un problème potentiel visant une transaction projetée, même si le Fonds en est la source, le tribunal doit²⁰ se renseigner et éventuellement intervenir d'office lorsqu'il apprend le problème, sans faire la sourde oreille.

[22] Une décision récente, l'affaire *Azoulay*²¹, reprend les mêmes principes, en ajoutant²² qu'aux termes de l'article 2631 du *Code civil du Québec*, la transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques. Une transaction requiert donc les éléments suivants :

- Un objectif de mettre fin à un litige existant ou d'éviter un litige anticipé entre les parties;
- Des concessions ou des réserves réciproques; et
- Une entente sur les éléments essentiels qui n'est pas contraire à l'ordre public.

¹⁵ RLRQ, c. F-3.2.0.1.1, r. 2.

¹⁶ *Option consommateurs c. Banque Nationale du Canada*, 2015 QCCS 4380, par. 61 à 63.

¹⁷ 2021 QCCS 1815, par. 57 à 70. Cette décision parle également du « timing » des représentations faites par le Fonds au tribunal.

¹⁸ *Fonds d'aide aux recours collectifs c. Option Consommateurs*, 2006 QCCA 441, par. 35 à 40; *Dessis c. Cash Store Financial Services inc.*, 2016 QCCS 4545, par. 26 à 32.

¹⁹ Et pas à tous les aspects du reliquat, voir les deux décisions citées à la note précédente.

²⁰ *Handicap-Vie-Dignité c. Résidence St-Charles-Borromée, CHSLD Centre-ville de Montréal*, 2018 QCCS 2159, par. 56.

²¹ *Azoulay c. Staples Canada*, 2021 QCCS 3783.

²² Aux par. 14,15 et 17.

[23] Par ailleurs, la transaction a entre les parties l'effet de la chose jugée. Une fois homologuée, elle est susceptible d'exécution.

[24] Aux paragraphes 18 à 40, la décision *Azoulay* revient également sur certaines nuances abordées précédemment, mais mieux expliquées et auxquelles le Tribunal ajoute certains éléments :

La transaction :

- 1) **Une fois qu'une action collective est autorisée**, toute transaction est sujette à l'approbation du Tribunal. Cette approbation n'est accordée qu'après l'envoi d'avis aux membres les informant de la nature de l'action collective, des dispositions générales de la transaction proposée et des options qui leur sont offertes quant au règlement;
- 2) **Cependant, tant que l'action collective n'est pas autorisée**, un membre potentiel conserve le droit de s'exclure et de conclure une transaction individuelle avec la partie défenderesse²³.
- 3) Lorsqu'une transaction survient avant autorisation et que les parties désirent que celle-ci lie tous les membres du groupe, il y a lieu d'autoriser d'abord le recours pour fin de règlement et de procéder ensuite à l'approbation de la transaction;
- 4) En théorie, on peut concevoir qu'aucune autorisation ne serait requise pour une transaction qui ne lierait pas l'ensemble des membres, mais uniquement certains membres, en application du principe selon lequel un membre potentiel conserve le droit de s'exclure et de conclure une transaction individuelle avec la partie défenderesse. Il y aurait cependant lieu de voir combien de membres sont visés en relation avec le nombre de membres potentiels dans le groupe, afin que la partie défenderesse ne vienne pas indirectement régler de facto avec une majorité de membres sans obtenir l'autorisation du Tribunal. Tout est une question de nombres et de proportion;

Le désistement :

- 5) De son côté, le désistement met également fin à l'instance²⁴, mais contrairement à la transaction, le désistement est un acte unilatéral qui ne requiert pas le consentement des autres parties à l'instance. Le désistement prend effet dès qu'il a été notifié aux parties et déposé au greffe. Le désistement remet les choses en état, soit telles qu'elles étaient avant la demande en justice. Dans le cadre d'une action collective, la procédure diffère aussi selon que le désistement survienne après l'autorisation ou avant :

²³ *Trottier c. Canadian Malartic Mine*, 2018 QCCA 1075, par. 47.

²⁴ Art. 213 Cpc.

6) **Une fois le recours autorisé**, l'article 585 Cpc impose au représentant l'obligation d'obtenir la permission du Tribunal pour se désister de la demande. Le Tribunal peut imposer les conditions qu'il estime nécessaires pour protéger les droits des membres, incluant l'envoi d'avis, comme expliqué précédemment;

7) **Si le recours n'est pas autorisé**, la nécessité d'une permission du Tribunal pour se désister d'une demande d'autorisation demeure incertaine, puisque la Cour d'appel a décidé qu'il n'était pas nécessaire de répondre à cette question²⁵. Tel qu'expliqué précédemment, la Cour supérieure a décidé de façon majoritaire qu'un désistement qui survient avant l'autorisation doit être autorisé par le Tribunal étant donné l'obligation de ce dernier à veiller sur l'intérêt des membres potentiels;

8) La Cour d'appel a néanmoins énoncé quelques principes importants. Tant que l'action n'est pas autorisée, il n'y a encore que des membres potentiels au sein d'un groupe non défini, lesquels ignorent bien souvent l'existence de la demande vu l'absence de publication entourant son dépôt. « Dans un tel contexte, on peut s'interroger sur les remèdes à la disposition du juge au regard d'une demande de désistement. S'il est difficile d'envisager que le tribunal pourra forcer le demandeur à poursuivre la demande, il l'est tout autant de concevoir qu'il pourrait devoir se mettre à la recherche d'un membre putatif disposé à prendre la relève, présumant même qu'il puisse le substituer au demandeur. »²⁶;

9) D'autre part, la Cour d'appel confirme que le tribunal a également, au stade préautorisation, la « mission de protéger les membres putatifs du groupe envisagé et l'intégrité du système judiciaire »²⁷. Pour ce faire, il peut imposer des mesures pour s'assurer que les membres putatifs soient informés du désistement à intervenir afin, s'il y a lieu, qu'ils bénéficient d'un délai suffisant pour tenter leur propre recours s'ils le souhaitent²⁸. Il doit aussi s'assurer que le désistement ne portera pas atteinte à l'intégrité du système judiciaire. Cela pourrait être le cas, par exemple, si le requérant ou ses avocats recevaient une contrepartie en échange du désistement²⁹;

10) Par ailleurs, tant et aussi longtemps que le tribunal « n'a pas de raison de croire que la décision du requérant de se désister peut porter atteinte à l'intégrité du système de justice ou aux intérêts des membres putatifs, il n'a pas à s'immiscer dans celle-ci et n'a pas à vérifier les raisons qui la sous-tendent. L'opportunité de se désister d'une demande d'autorisation est une décision qui appartient au requérant. »³⁰;

²⁵ *École communautaire Belz c. Bernard*, précité, note 4, par. 11.

²⁶ Par. 15.

²⁷ Par. 11.

²⁸ Par. 16.

²⁹ Par. 23.

³⁰ Par. 21.

11) En somme, le tribunal appelé à statuer sur une demande de désistement d'une demande d'autorisation d'une action collective n'a pas à scruter ou à remettre en cause les motifs qui ont mené à la décision de s'en désister.

12) Si le tribunal constate que le désistement ne met pas en péril l'intégrité du système judiciaire, il doit permettre le désistement tout en mettant en place des mesures pour protéger l'intérêt des membres potentiels. Souvent, ces mesures se limiteront à s'assurer que les membres potentiels sont avisés du désistement.

[25] Qu'en est-il ici?

6. DÉCISION

[26] Le Tribunal débute par indiquer que le Fonds a ici un intérêt à faire les représentations qu'il a faites sur la nature de l'entente confidentielle. En effet, le Fonds argumente qu'il y a transaction formelle, de sorte que si c'était le cas, le Fonds aurait alors automatiquement intérêt à être entendu sur les sujets que la loi lui attribue, identifiés plus haut dans la citation.

[27] Le Tribunal est d'avis ici que les arguments des parties ne peuvent être retenus et que la position du Fonds est la bonne, vu les faits particuliers du présent dossier. Voici pourquoi. L'entente confidentielle est une transaction, en fonction de la preuve présentée.

[28] **Premièrement**, et contrairement au cas dans la décision *Union des consommateurs c. Telus Communications inc.*³¹, la demanderesse a conclu une entente avec les défenderesses par laquelle elle reçoit un montant d'argent et elle signe une quittance en retour. Il y a un échange de contreparties, soit un paiement contre une quittance. Cela est un élément majeur.

[29] **Deuxièmement**, ni la demanderesse ni ses avocats n'ont indiqué au Tribunal qu'il ne valait plus la peine que la demande en autorisation ne procède plus, faute de l'inexistence réellement prouvée d'un groupe ou faute de cause d'action.

[30] **Troisièmement**, il ne s'agit pas d'un cas, comme dans la décision *Azoulay*, où tous les membres du groupe avaient été indemnisés à 100% sans quittance et qu'il ne reste à toutes fins pratiques rien à régler.

[31] **Quatrièmement**, on sait que 3 100 Membres putatifs à travers le Canada ont contacté les avocats des défenderesses quant aux dispositifs de mailles pour hernies, tous manufacturiers confondus. Après obtention des protocoles opératoires et autres dossiers connexes pertinents, 52 Membres putatifs à travers le Canada ayant reçu un dispositif de mailles pour hernies des défenderesses se sont manifestés, dont une seule personne au Québec, la demanderesse. Or, il n'y a pas eu de preuve ici qui démontrerait ce que les défenderesses ou la demanderesse ou leurs avocats ont fait pour tenter de

³¹ Précité, note 6.

rejoindre des membres potentiels au Québec, que ce soit des avis, des publications diverses, des médias sociaux. Il n'y a pas eu de preuve non plus de l'existence de reportages sur la question des mailles pour hernies ou de couverture médiatique ou sur les réseaux sociaux. La mention « des articles et reportages ont été diffusés » est nettement insuffisante.

[32] Autrement dit, le Tribunal ne peut simplement accepter la proposition suivante des parties : seule une personne au Québec s'est manifestée auprès de nous, alors donc il n'y a personne d'autre. Pour obtenir un désistement, il faut présenter une preuve bien plus étoffée sur les démarches de localisation des membres, qu'elle vienne de la défense ou de la demande. Sinon, il est trop facile de simplement laisser le temps s'écouler, ne rien faire et ensuite dire qu'il n'y a plus personne.

[33] C'est ainsi que le Tribunal est en désaccord avec les trois décisions suivantes, citées par les parties :

- *Sharon Rosemary McKee et Hans McKee c. Covidien & als.*, C.S. no 200-06-000173-149, 4 mars 2018, j. Soldevilla (non rapporté);
- *Jo-Anne Marie Gallant et Dave Hugues c. Johnson & Johnson & als.*, C.S.no 200-06-000153-125, 26 mai 2020, j. Soldvilla (non rapporté);
- *Rose-Marie Arsenault et Jean-Paul Sauriol c. Bard Canada Inc.*, C.S. no 200-06-000164-130, 9 janvier 2017, j. Soldevilla (rapporté à *R.A. c. Bard Canada inc.*, 2017 QCCS 857).

[34] Ces trois décisions acceptent sans preuve probante ce que les parties mentionnent quant à l'inexistence d'un groupe. Le Tribunal est en désaccord, avec égards. Le Tribunal note que ces trois décisions ne semblent jamais avoir été citées nulle part comme précédent quelconque.

[35] **Cinquièmement**, le processus d'avis de désistement que les parties soumettent est une garantie insuffisante, car AVANT tout cela il doit y avoir tentative de rejoindre les membres potentiels, afin que les parties puissent savoir qu'il n'existe presque pas d'autres membres et qu'elles puissent ensuite demander un désistement pour cette raison (en faisant la preuve).

[36] **Sixièmement**, la possibilité que les membres qui se manifesteraient suite aux avis puisse régler avec les défenderesses moyennant quittance ou puisse déposer une nouvelle procédure est, avec respect, un peu absurde. Si ces membres règlent avec une quittance, il y a transaction. Et pourquoi déposer une procédure future alors que la demande en autorisation existe maintenant? Par ailleurs, le Tribunal ne connaîtra jamais le nombre de membres qui se manifesteront après la publication d'un avis de désistement. S'il y a des dizaines ou des centaines, personne ne pourra superviser le contenu de leur transaction.

[37] **Septièmement**, le simple fait que l'entente soit confidentielle est en soi un problème. Les défenderesses veulent indemniser la demanderesse et toute autre personne

qui se manifestera. Peut-être cela représentera-t-il en bout de piste 100% des membres potentiels du groupe? Dans un tel cas, il s'agit d'une transaction sur laquelle le Tribunal doit porter son regard.

[38] Donc, le Tribunal conclut que l'entente confidentielle est ici une transaction, selon la preuve présentée. Un désistement est donc impossible, avec ou sans conditions ou garanties.

[39] Les parties ont cependant le droit de s'adresser de nouveau au Tribunal si elles désirent présenter une preuve détaillée et probante des éléments requis aux fins d'un désistement.

[40] Compte tenu que le Fonds gagne mais n'est pas formellement une partie au dossier, le Tribunal n'octroie aucuns frais de justice à personne.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[41] **REJETTE** la *Demande pour obtenir la permission de se désister*;

[42] **LE TOUT**, sans frais de justice.



L'HONORABLE DONALD BISSON, J.C.S.

M^e Erika Provencher
SISKINDS, DESMEULES, AVOCATS S.E.N.C.R.L.
Avocate de la demanderesse

M^e Robert Torralbo et M^e Simon Jun Seida
BLAKE, CASSELS & GRAYDON S.E.N.C.R.L.
Avocats des défenderesses

M^e Nathalie Guilbert
FONDS D'AIDE AUX ACTIONS COLLECTIVES
Avocate du Fonds d'aide aux actions collectives

Date d'audience : 5 décembre 2022