

COUR SUPÉRIEURE

[Action collective]

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-001130-216

DATE : Le 5 septembre 2024

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE SYLVAIN LUSSIER, J.C.S.

DR. OMID ZAHEDI NIAKI

Demandeur

c.

DESJARDINS TRUST INC.

DESJARDINS INVESTMENTS INC.

ET

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC

Défenderesses

JUGEMENT

(Sur demande d'exercer une action collective)

APERÇU

[1] Le Tribunal est saisi par Dr. Omid Zahedi Niaki d'une demande en autorisation d'exercer une action collective contre Fiducie Desjardins inc.¹, Fédération des caisses Desjardins du Québec² et Desjardins Société de placement inc.³, au bénéfice du groupe suivant :

"All persons, wherever they reside, who held or hold units of the *Desjardins Funds* at any time from January 17, 2005, to the date that this motion is authorized."

¹ « Fiducie ».

² « Fédération ».

³ « Placement ».

"Toute personne, peu importe son lieu de résidence, qui détenait ou détient, à tout moment avant la conclusion du litige relatif aux questions communes soulevées en l'instance, des parts, titres ou actions d'un *Desjardins Fund*."

[2] Les membres du groupe sont ou étaient détenteurs de parts des « *Desjardins Funds* » bénéficiaires de ces fiducies.

[3] La demande d'autorisation comprend une liste de 33 termes ou expressions définis, jugés essentiels à une compréhension de la portée de l'action collective proposée⁴.

[4] En particulier, « *Benchmark* », ou « *Indice* », est défini comme étant le *S&P TSX Composite Index*.

[5] L'expression *Desjardins Funds* désigne collectivement :

a) les *Underlying Funds*, eux-mêmes définis au paragr. 16 (gg) comme signifiant les trois fonds mutuels suivants :

- le *First Equity Fund* défini au paragr. 16 (p), soit le Fonds Desjardins Actions canadiennes / *Desjardins Canadian Equity Fund*;
- le *Growth Fund* défini au paragr. 16 (q), soit le Fonds Desjardins Actions canadiennes croissance / *Desjardins Canadian Equity Growth Fund* et
- le *Second Equity Fund* défini au paragr. 16 (dd), soit le Fonds Desjardins Actions canadiennes / *Desjardins Canadian Equity Fund*⁵;

Et

b) les *Portfolio Funds* définis au paragr. 16 (bb) de la Demande d'autorisation comme signifiant tout fonds mutuel de Desjardins détenant ou ayant détenu au moins une unité de l'un ou l'autre des trois *Underlying Funds* à quelque moment depuis le 17 janvier 2005.

[6] Le demandeur énumère dix-sept *Portfolio Funds* parmi ceux visés par l'expression *Portfolio Funds*.

[7] Le demandeur détient 372,573 parts du « *Chorus II Aggressive Growth Portfolio* », un des « *Portfolio Funds* ».

[8] Le demandeur allègue que les *Desjardins Funds* sont des fiducies régies par les termes d'un acte de fiducie (*D.O.T.*), soumises aux lois du Québec⁶.

⁴ Paragr. 16.

⁵ Il s'agit d'un seul fonds dont le nom a évolué, à la suite de fusions avec d'autres fonds (Paragr. 34).

⁶ Paragr. 31.

[9] Chaque *Desjardins Fund* serait un « fonds de participation » et un « placement collectif » au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières*.⁷

[10] Fiducie est fiduciaire de chacun des *Desjardins Funds* depuis janvier 2005 et la Fédération des Caisses Desjardins les a administrés jusqu'au 1^{er} janvier 2012, date à compter de laquelle Placements les a administrés.

[11] Aux termes des actes de fiducie, Fiducie Desjardins est propriétaire des actifs de chacun des *Desjardins Funds* qu'elle détient au bénéfice des détenteurs de parts de ces *Funds*.

[12] Aux termes des actes de fiducie, Fiducie Desjardins devait exercer ses devoirs et pouvoirs avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt des détenteurs de parts, avec prudence et diligence.

[13] Selon le demandeur, les défenderesses auraient fait des représentations dans les prospectus pertinents qui auraient « *created the impression, and lead investors to reasonably expect, that the Respondents actively managed the Underlying Funds with the goal of achieving performance that exceeded the performance of the [S&P TSX Composite Index] Benchmark* »⁸.

[14] Le demandeur définit cette « *impression* » d'une gestion active comme ayant pour objectif de battre l'Indice comme la « *Active Management Representation* »⁹.

[15] Selon le demandeur, contrairement à l'*Active Management Representation* des défenderesses, les *Underlying Funds* auraient plutôt fait l'objet d'une stratégie de gestion dite *Closet Indexing Strategy*¹⁰ –définie comme « *an investment strategy designed to closely track the performance of the Benchmark* »—au cours de la *Class Period* de 17 ans.

[16] Toujours selon la demande, la performance des *Underlying Funds* n'avait aucune chance raisonnable de battre la performance de l'Indice¹¹ après paiement des frais à Fédération et à Placement, gestionnaires successifs des *Underlying Funds*.

[17] La performance des *Underlying Funds* aurait suivi de près celle de l'Indice et n'aurait pas battu l'Indice pendant la *Class Period*, après déduction des frais de gestion applicables¹².

[18] Par conséquent, des frais de gestion et de transactions déraisonnables, injustifiés et exagérés (« *unreasonable, improper and unjustified Excess Management Fees* » et

⁷ RLRQ c V-1.1, la « LVM ».

⁸ "L'Indice"; paragr. 82.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Parfois décrite en français comme de « l'indexation de placard ».

¹¹ « *exceed the performance of the Benchmark* », paragr. 84.

¹² Paragr. 12 et 68.

« *Excess Trading Costs* ») auraient été encourus par les *Desjardins Funds*, au détriment des détenteurs de parts, membres du Groupe¹³.

[19] Le demandeur reproche aux défenderesses, dans une formulation typique des recours intentés dans les juridictions de *common law* :

- a) Paying and receiving the Excess Management Fees out of the assets of the *Desjardins Funds*;
- b) Failing to preserve the property of the *Desjardins Funds*;
- c) Failing to maximize the value of the units of the *Desjardins Funds*;
- d) Paying the Excess Management Fees for no purpose;
- e) Incurring the Excess Trading Costs for no purpose;
- f) Failing to ensure that the *Underlying Funds* were managed in a manner consistent with their stated investment objective and strategies as expressed in the Simplified Prospectuses;
- g) In Desjardins Trust's capacity as trustee of the *Desjardins Funds*, failing to ascertain the nature of the management services being provided by Caisses Desjardins and Desjardins Investments, as manager of the *Underlying Funds*, to the Class Members and to ascribe a reasonable value to those services, to ensure that the assets of the *Desjardins Funds* were being used for proper purposes and in a reasonable amount;
- h) Making the Active Management Representation, which was false or materially misleading to Class Members;
- i) Failing to disclose the use of the Closet Indexing Strategy to Class Members;
- j) Failing to comply with the *Securities Act* (and if necessary the Other Canadian Securities Legislation) and its subsidiary instruments and regulations;
- k) Failing to create and make available to Class Members a series of units of the *Desjardins Funds* that carried no Excess Management Fees;
- l) Failing to advise, permit or cause Class Members to re designate or reclassify their units of the *Desjardins Funds* into a series of units that carries no Excess

¹³ Paragr. 70 et 71.

Management Fees;

- m) In the case of Desjardins Trust, as trustee of each of the *Desjardins Funds*, acting in a conflict of interest by negotiating management fees and paying the Excess Management Fees to affiliated, non-arm's length entities, namely Caisses Desjardins and Desjardins Investments;
- n) Failing to pay or accept a management fee reduced by the amount of the Excess Management Fees and distributing (rebating) that amount to the Class Members as a "management fee distribution";
- o) Failing to waive payment of the Excess Management Fees; and
- p) Desjardins Trust, as trustee of the *Underlying Funds*, failing to adequately supervise Caisses Desjardins and Desjardins Investments, as manager of the *Underlying Funds*, and failing to prevent or rectify the manager's misconduct as particularized herein, in breach of the manager's standard of care set out in the Desjardins Trust Instruments, the Management Agreements, sections 159.1, 150, and 159.3 of the *Securities Act* (and, if necessary, the Other Canadian Securities Legislation,) and section 2.1 of NI 81-107;

[20] Le demandeur veut donc être autorisé à intenter une action en répétition de l'indu (*restitution*) ou en dommages permettant aux membres du Groupe d'être remis dans l'état où ils se seraient trouvés si les défenderesses n'avaient pas retranché les *Excess Management Fees* et *Excess Trading Costs* des patrimoines des *Desjardins Funds*.

[21] Il demande également au Tribunal d'autoriser une demande de dommages punitifs, tant en vertu de l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁴ que de l'article 269.2 de la *LVM*.

[22] Selon les défenderesses, l'action collective proposée ne fait la démonstration, même *prima facie*, d'aucune cause défendable¹⁵:

- a) fondée sur une *Active Management Representation* qui n'a aucune assise factuelle, non plus que sur la *Closet Indexing Strategy* dont la mise en œuvre alléguée est contredite par la preuve documentaire fiable au dossier du Tribunal;
- b) à la répétition de l'indu, aucune des conditions d'ouverture à un tel recours faisant l'objet même d'une allégation;
- c) à des dommages punitifs en vertu de la *Charte*, en l'absence d'atteinte à un droit protégé par la *Charte* et en raison de l'absence de substrat factuel quant au caractère illicite et intentionnel de l'atteinte; et
- d) à des dommages punitifs en vertu de l'article 269.2 de la *LVM*.

¹⁴ RLRQ c C-12, la « Charte ».

¹⁵ Paragr. 11 de leur Plan d'argumentation.

[23] Les défenderesses contestent en outre le point de départ de la réclamation du groupe, en soulevant la prescription du recours¹⁶ pour des « pertes » encourues plus de trois ans et quelques mois avant l'institution de la demande en autorisation.

QUESTION EN LITIGE

[24] L'action collective devrait-elle être autorisée?

[25] Pour les motifs qui suivent, l'action collective ne sera pas autorisée.

ANALYSE

A. Principes généraux

[26] L'autorisation d'exercer une action collective est accordée si chacun des quatre critères de l'article 575 C.p.c. est rempli. Cet article prévoit :

575. Le tribunal autorise l'exercice de l'action collective et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que :

1. les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
2. les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
3. la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance;
4. le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

[27] La Cour suprême et la Cour d'appel ont écrit abondamment au sujet des critères d'autorisation et les enseignements à tirer de ces jugements sont notamment résumés dans les arrêts *Infineon*¹⁷, *Vivendi*¹⁸, *Oratoire Saint-Joseph*,¹⁹ et *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*.²⁰

[28] Au nom de la majorité, le juge Kasirer reprend, dans *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, ce qu'il faut en retenir :

¹⁶ Article 2925 C.c.Q..

¹⁷ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59.

¹⁸ *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1.

¹⁹ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35.

²⁰ 2020 CSC 30.

[27] Je propose donc de m'en tenir à l'état actuel du droit suivant les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire*. Comme nous le savons, l'autorisation d'un recours collectif au Québec nécessite l'atteinte d'un seuil peu élevé. Une fois les quatre conditions énoncées à l'art. 1003 de l'ancien C.p.c. (maintenant l'art. 575 du nouveau C.p.c.) satisfaites, la juge d'autorisation doit autoriser le recours collectif; elle ne bénéficie d'aucune discrétion résiduelle lui permettant de refuser l'autorisation au prétexte que, malgré l'atteinte de ces quatre conditions, le recours ne serait pas le véhicule « le plus adéquat » (voir *Vivendi*, par. 67). Les questions de droit peuvent être résolues par un ou une juge d'autorisation lorsque le sort de l'action projetée en dépend, mais ce choix relève généralement de la discrétion du tribunal (voir *Oratoire*, par. 55). Ceci témoigne de la vocation de l'étape de l'autorisation du recours collectif : exercer une fonction de filtrage pour écarter les demandes frivoles, sans plus (voir *Oratoire*, par. 56, citant notamment *Infineon*, par. 61, 125 et 150). Enfin, il n'y a aucune exigence au Québec que les questions communes soient prépondérantes par rapport aux questions individuelles (voir *Vivendi*, par. 56-57). Au contraire, une seule question commune suffit si elle fait progresser le litige de façon non négligeable. Il n'est pas nécessaire que celle-ci soit déterminante pour le sort du litige (voir *Vivendi*, par. 58; *Oratoire*, par. 15).

[29] Il est acquis que l'action collective vise tant l'indemnisation des victimes que la dissuasion de comportements répréhensibles. Ses principaux avantages demeurent « l'économie de ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements »²¹.

[30] À ces fins, une approche souple, libérale et généreuse, afin de faciliter l'exercice de l'action collective, doit être adoptée.

[31] Il appartient au demandeur de démontrer que les critères de l'article 575 C.p.c. sont remplis. Son fardeau en est un de démonstration et non de preuve²².

[32] Il suffit pour le demandeur de présenter une cause ayant une apparence sérieuse de droit, c'est-à-dire une cause ayant une chance de réussite, sans nécessiter pour lui d'établir une possibilité raisonnable de succès²³. Le mécanisme de filtrage ne doit empêcher que les « demandes frivoles »²⁴.

[33] Les faits allégués dans la demande d'autorisation sont tenus pour avérés à moins qu'une preuve non contredite ne démontre qu'ils sont faux. Les faits allégués par la défense ne sont pas tenus pour avérés s'ils sont susceptibles d'être éventuellement contredits par le demandeur.²⁵

²¹ *Hollick c. Toronto (Ville de)*, 2001 CSC 68, paragr. 27.

²² *Durand c. Subway Franchise Systems of Canada*, 2020 QCCA 1647, paragr. 53.

²³ *Daigle c. Club de golf de Rosemère*, 2019 QCCS 5801, paragr. 17.

²⁴ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, paragr. 25 et 27.

²⁵ *Durand c. Subway Franchise Systems of Canada*, 2020 QCCA 1647, par.52

[34] Cependant, les faits allégués ne peuvent être vagues et imprécis²⁶.

[35] Le demandeur doit alléguer des faits suffisants permettant de soutenir la reconnaissance du droit revendiqué :²⁷

[69] Le juge autorisateur doit adopter, il est vrai, une démarche analytique souple, mais encore faut-il que les allégations de la requête ne participent pas uniquement de généralités. En effet, plus l'allégation est générale, moins les faits ressortent, et plus on court le risque de se rapprocher davantage de l'opinion. Bref, les allégations de fait doivent être suffisamment précises de manière à soutenir efficacement la reconnaissance du droit revendiqué et ainsi permettre au juge autorisateur d'en apprécier la suffisance

[36] Ces considérations ont été reprises par le juge Brown dans l'arrêt *Oratoire St-Joseph*:

[59] En outre, à l'étape de l'autorisation, les faits allégués dans la demande sont tenus pour avérés, pourvu que les allégations de fait soient suffisamment précises : Sibiga, par. 52; Infineon, par. 67; Harmegnies, par. 44; Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture inc., 2007 QCCA 565, [2007] R.J.Q. 859, par. 32; Charles, par. 43; Toure, par. 38; Fortier, par. 69. Lorsque des allégations de fait sont « vagues », « générales » ou « imprécises », elles se rapprochent nécessairement davantage de l'opinion ou de l'hypothèse, et elles peuvent donc difficilement être tenues pour avérées; elles doivent alors absolument « être accompagnées d'une certaine preuve afin d'établir une cause défendable » : Infineon, par. 134. De fait, l'arrêt Infineon suggère fortement au par. 134 (sinon explicitement, du moins implicitement) que de « simples allégations » — bien qu'« insuffisantes pour satisfaire à la condition préliminaire d'établir une cause défendable » (je souligne) — peuvent être complétées par une « certaine preuve » qui — « aussi limitée qu'elle puisse être » — doit accompagner la demande « afin d'établir une cause défendable »²⁸.

(Le Tribunal souligne les passages autres « qu'insuffisantes »)

²⁶ Infineon Technologies AG c. Option consommateurs, 2013 CSC 59, paragr. 67 ; Harmegnies c. Toyota Canada inc., 2008 QCCA 380.

²⁷ Fortier c. Meubles Léon Itée, 2014 QCCA 195; Labelle c. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux - région de Montréal, 2011 QCCA 334, paragr. 59 et 60, juge Gagnon.

²⁸ Voir également Toure c. Brault & Martineau inc., 2014 QCCA 1577, par. 38-3 et Ehouzou c. Manufacturers Life Insurance Company, 2021 QCCA 1214, permission d'en appeler à la Cour suprême refusée, 2022 CanLII 21671 (CSC), paragr. 40 et 41.

[37] La Cour d'appel vient de rappeler l'exigence d'une « certaine preuve » quand les allégations sont vagues et imprécises, ou ne font qu'affirmer une conclusion sans l'appuyer sur des éléments factuels précis ²⁹:

[11] The Appellant has no personal knowledge of the facts. After explaining what DRAM is, how it is used in the industry and how it is manufactured, and after describing the Respondents' control over the market, he alleges that the DRAM industry is conducive to conspiracy and discusses the price variation of DRAM over the class period. He does not mention any elements that would suggest the existence of an agreement between the parties, but rather asserts that the conspiracy was effected "through statements to investors and the industry" and "public statements", without, however, referring to such statements. Those filed by the Respondents do not support such allegations. The Appellant relies on information gathered from various sources, including similar class actions filed in the United States, which have since been dismissed, citing graphs and data whose origin is unknown. Unlike other cases in which a conspiracy was alleged, the Respondents were not indicted, found guilty or fined for any contravention of competition laws. The Appellant only refers to an investigation which took place in China, but fails to elaborate on the nature and results of such investigation. The judge noted that some exhibits even contradict the allegations in the Application.

[38] Comme l'écrivait la juge Nicole Tremblay dans l'affaire *Bourdeau c. Société des alcools du Québec* ³⁰:

[64] La cause doit être défendable sur deux éléments : des faits et une certaine preuve.

[65] Tous ces allégués s'avèrent non soutenus par une certaine preuve et contredits par les propos de Bourdeau ou par le contenu de la déclaration sous serment de Nault et de l'annexe 1 du site Internet de la SAQ.

[66] Les opinions personnelles de Bourdeau ou son impression ne tiennent pas la route pour permettre l'introduction du recours.

[67] Toutes les allégations élaguées relèvent de soupçons, d'insinuations ou de pures spéculations sans assise.

(Le Tribunal souligne)

[39] La Cour d'appel vient tout récemment de confirmer dans l'arrêt *Tessier c. Economical, Compagnie mutuelle d'assurance et al.* ³¹ qu'une action collective ne doit pas

²⁹ *Hazan c. Micron Technology Inc.*, 2023 QCCA 132.

³⁰ 2018 QCCS 3120, confirmée par *Bourdeau c. Société des alcools du Québec*, 2020 QCCA 1553; permission d'en appeler à la Cour suprême rejetée, 2021 CanLII 61405 (CSC).

³¹ 2023 QCCA 688.

être autorisée lorsqu'elle repose sur un échafaudage d'hypothèses, de conjectures, voire même de spéculations, qui ne sont pas appuyées d'une « certaine preuve ». Cette cause concernait l'impact du versement de ristournes par les compagnies d'assurance à certains entrepreneurs accrédités auprès d'elles :

[43] L'appelant, en effet, n'a pas réussi à établir de lien véritable entre l'existence de ces programmes de ristournes dont les assurés ne sont pas informés et les inférences qu'il en tire, inférences qui relèvent en réalité du postulat, c'est-à-dire d'une proposition qu'il demande au tribunal d'admettre sans qu'elle soit démontrée (le seuil de cette démonstration, en matière d'autorisation d'une action collective, étant celui du défendable et non celui du prépondérant). En raison de ces ristournes, soutient-il en effet, les intimées se trouveraient à réduire subrepticement la couverture d'assurance et l'indemnité réelle versée ou versable aux assurés, qui paieraient en conséquence une prime excessive et inappropriée pour une couverture qui n'est pas celle qu'on leur a garantie. Or, la demande d'autorisation, sauf à l'affirmer, ne contient rien qui serait de nature à expliquer, même sommairement, comment ou dans quelle mesure les ristournes peuvent avoir un tel effet. C'est ce qu'avance l'appelant, mais ses prétentions, quoiqu'exprimées à répétition et en termes vigoureux, demeurent vagues et imprécises et elles ne peuvent pas être tenues pour avérées, du moins pas sans une « certaine preuve », comme l'indique la Cour suprême dans L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.

(Le Tribunal souligne)

[40] La Cour d'appel a également récemment clarifié cette notion « d'une certaine preuve ». Dans l'arrêt *Homsy c Google*³², les juges Yves-Marie Morissette et Stéphane Sansfaçon se sont exprimés sur la question. Le premier écrit, après avoir revu l'exigence à la lumière de l'arrêt *Oratoire St-Joseph* :

[23] Je paraphrase : ainsi donc, si les faits allégués sont suffisamment clairs, précis et spécifiques, la partie en demande est dispensée de fournir une « certaine preuve » au soutien de ce qu'elle allègue. Voilà qui à mon avis constitue une nouvelle atténuation des exigences préalables à l'obtention d'une autorisation. C'est néanmoins l'état actuel du droit positif.

[25] La question de savoir si des allégations sont vagues, générales ou imprécises au point de pouvoir difficilement être tenues pour avérées me semble être une question de fait. Il en résulterait normalement que, sur un point de ce genre, une erreur ne serait révisable en appel qu'à condition d'être manifeste et déterminante. Toutefois, en l'occurrence, j'estime que le juge de première instance, en particulier aux paragraphes 21 et 22 de ses motifs, s'est mépris sur la portée de l'arrêt *Oratoire Saint-Joseph* et que ce dont il a tenu rigueur à l'appelant ne lui était pas opposable aux termes de cet arrêt. Il s'agit ici d'un cas limite mais, après avoir hésité quelque peu, je préfère me rallier à

³² 2023 QCCA 1220.

l'opinion de mon collègue le juge Sansfaçon et trancher le pourvoi comme il le suggère.

[41] Quant au juge Sansfaçon, il écrit :

[28] En l'espèce, les faits allégués permettant à l'appelant de supporter une cause défendable devaient être tenus pour avérés à moins qu'ils soient vagues, généraux ou imprécis, auxquels cas la cause d'action s'apparenterait plus à une hypothèse ou à une opinion, ce qui impliquerait que l'appelant présente une « certaine preuve » afin de soutenir ses prétentions.

[29] En l'espèce, les faits allégués dans la demande en autorisation sont suffisamment précis pour qu'ils puissent être tenus pour avérés.

[42] Il s'agira donc de décider si les faits allégués sont vagues et imprécis au point de requérir « une certaine preuve », « absolument », comme l'écrit le juge Brown.

[43] De plus, le Tribunal ne peut pas tenir compte de ce qui est allégué dans un plan d'argumentation en l'absence d'assise factuelle dans la demande³³. Les opinions, les hypothèses, et l'argumentation ne constituent pas des faits allégués et ne lient aucunement le Tribunal.

[44] Enfin, le juge d'autorisation doit s'abstenir de trancher le fond de l'affaire en appréciant les faits. S'il s'agit d'une pure question de droit, le Tribunal a la discrétion, et non l'obligation, de la trancher :

« Les questions de droit peuvent être résolues par un ou une juge d'autorisation lorsque le sort de l'action projetée en dépend, mais ce choix relève généralement de la discrétion du tribunal.³⁴ »

[45] La Cour d'appel nous rappelait récemment, sous la plume du juge Frédéric Bachand³⁵:

[16] As the Supreme Court made clear in *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal and Asselin*, the role of a motion judge on an application for authorization to institute a class action is very limited. His or her task is not to "make [...] determination[s] as to the merits in law of the conclusions in light of the facts being alleged", but rather to "filter out frivolous claims, and nothing more". This explains why, in order to clear the hurdle set by article 575(2) C.C.P., "[t]he applicant need establish only a mere 'possibility' of

³³ *Li c. Equifax inc.*, 2019 QCCS 4340, para. 21 et 41.

³⁴ *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, paragr. 27; *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, paragr. 55 : *Benamor c. Air Canada*, 2020 QCCA 1597, paragr. 42 et 48.

³⁵ *Davies c. Air Canada*, 2022 QCCA 1551.

succeeding on the merits, as not even a 'realistic' or 'reasonable' possibility is required".

(Références omises)

[46] Qu'en est-il en l'instance?

[47] Les défenderesses concèdent que les critères 1, 3 et 4 sont remplis dans notre dossier. Il ne reste donc que le critère de l'apparence de droit.

B. Apparence de droit

a) Les dommages pécuniaires

[48] Au paragraphe 82, le demandeur, faisant état d'une simple « impression », allègue une représentation dans les prospectus P-12, P-13 et P-14 suivant laquelle les défenderesses gèreraient les *Underlying Funds* de manière active avec pour objectif d'atteindre une performance excédant la performance de l'Indice, soit le *S&P TSX Composite Index*³⁶. À cet égard, le prospectus P-12³⁷ révèle quel est l'objectif de Desjardins Funds :

Desjardins Canadian Small Cap Equity Fund

What Does the Fund Invest in?

Investment Objective

The objective of this Fund is long-term capital appreciation. It invests primarily in shares of small-capitalization Canadian corporations.

Any modification of the fundamental objective must be approved by the unitholders by a majority vote at a meeting called for this purpose.

Investment Strategies

The management of this Fund is assigned to an advisor who favours a growth management style, based on a bottom-up approach. The advisor focuses first on the intrinsic quality of the security and the situation of the issuing company, and then the economic environment in which the company operates. Particular attention is paid to firms that demonstrate strong growth in terms of revenue and profits, and that occupy an enviable competitive position in their sector of

³⁶ « *Active Management Representation* ».

³⁷ Page 65.

activity. A high profit retention rate (little or no payment of dividends) as well as a low debt ratio are also very desirable characteristics.

The Fund may make authorized derivatives transactions for hedging and non-hedging purposes. The Fund may use derivatives, such as stock index futures on the Russell 2000, rather than direct investments to reduce transaction costs, achieve greater liquidity and create effective exposure to US Small Cap Stocks.

In addition, the Fund may also use derivatives, such as currency forwards or futures contracts to reduce risks associated with currency fluctuations.

Derivatives will not be used to create a portfolio with leverage or to create exposure not permitted by the Fund's investment guidelines, and cash equivalents will be held to fully support all futures positions.

In the event of materially adverse market conditions, the advisors reserve the right to depart from the investment strategy to concentrate investments in sheltered securities such as Canadian money market instruments.

The Fund may invest in foreign property up to the foreign property limit under the Tax Act (currently 30%).

[49] On remarquera d'entrée de jeu qu'il n'est nullement question du *S&P TSX Composite Index* dans cette citation. Il n'est pas non plus question « d'*active management* ».

[50] Selon le demandeur, donc:

[82] The object, effect, and common import of the representations about the *Underlying Funds'* investment objectives, strategies and associated risks in the Simplified Prospectuses including those set out above, in conjunction with the Respondents' omission of the material facts in respect of the Closet Indexing Strategy and its associated risks, created the impression, and lead investors including the Applicant and other Class Members to reasonably expect, that the Respondents actively managed the *Underlying Funds* with the goal of achieving performance that exceeded the performance of the Benchmark (collectively, the "**Active Management Representation**");

[51] Les « *Investment Strategies* », dont des extraits sont cités ci-haut et reproduits au paragr. 80 de la demande d'autorisation, réfèrent à la sélection de titres par un gestionnaire et ne contiennent aucune référence à un objectif d'atteinte d'une quelconque performance du fonds en comparaison avec celle de l'Indice.

[52] Dans le prospectus relatif au *Chorus II Aggressive Growth Portfolio*³⁸, dont le demandeur détient des parts, on peut lire, relativement au type de gestion envisagée :

³⁸ Pièce P-14, p. 320.

The portfolio manager chooses and actively manages the Portfolio's holdings, including the securities of underlying and exchange-traded funds. It will determine what percentage of the Portfolio's assets will be invested in each security, while ensuring compliance with the Portfolio's investment objective based on several criteria, including the following:

- positioning on the interest-rate curve;
- management style diversification;
- geographical diversification;
- market capitalization diversification;
- taxation.

The portfolio manager rebalances the Portfolio's asset allocation as needed and makes the necessary adjustments based on economic and financial forecasts and conditions, all the while respecting the asset allocation limits described above. The portfolio manager may adopt an investment approach that focuses on the tactical allocation of up to a 15% portion of the Portfolio's assets. The goal of this approach is to benefit from short-term developments in perspectives and trends in yields, volatility and correlations between the main asset classes. Based on the recommendations of Lazard Asset Management LLC, the portfolio will be adjusted from time to time in order to capture or mitigate the impacts of short-term trends.

As at the date hereof, the portfolio manager invests almost all of the Portfolio's assets in underlying funds. Changes to the proportion of the Portfolio's assets that are invested in a security or underlying fund, as well as the addition or removal of any underlying fund, will be carried out when the portfolio manager believes that such changes are advisable to improve the performance of the Portfolio. Such changes may be made at any time without notice to the unitholders.

(Le Tribunal souligne)

[53] Il n'y est pas question d'*Index* ou de *Benchmark*.

[54] Les seules pages des prospectus introduits en preuve par le demandeur lui-même qui sont pertinentes aux trois *Underlying Funds*³⁹ ne contiennent aucune représentation d'un objectif d'atteinte d'une quelconque performance du fonds en comparaison avec celle d'un indice de référence, ni de l'Indice.

[55] Cette rubrique, dans chacun des trois prospectus, ne contient qu'une seule référence à l'Indice.

³⁹ Pour le *First Equity Fund* : voir P-12, pp. 61-63 (ou pp. 63-65 du pdf); pour le *Growth Fund* : voir P-13, p. 14 (ou p. 37 du pdf); pour le *Second Equity Fund* : voir P-14, pp. 140-143 (mêmes pages dans le pdf).

[56] Dans les prospectus P-12 (*First Equity Fund*) et P-13 (*Growth Fund*), la seule référence à l'Indice est la suivante « *The [fund manager / Portfolio Subadvisors] control[s] the variations with respect to the sectorial distribution of the Index* », laquelle évoque des différences entre le poids relatif de chaque secteur dans ces *Underlying Funds* par rapport à leur poids relatif dans l'Indice.

[57] Dans le prospectus P-14 (*Second Equity Fund*), la seule référence à l'Indice est la suivante « *the sector weightings of the Fund will be comparable to those of the S&P/TSX Composite Index* ».

[58] Les pièces invoquées par le demandeur vont à l'encontre de ses prétentions. En effet, Le prospectus P-12 (*First Equity Fund*) comprend une rubrique « *Overall Past Performance* »⁴⁰ illustrant comment la valeur d'un investissement hypothétique de 10 000\$ dans ce fonds aurait fluctué depuis le 9 janvier 2004 et fournissant des informations quant à la valeur du même investissement hypothétique de 10 000\$ dans l'Indice pour la même période.

[59] Il y apparaît clairement que la valeur de l'investissement hypothétique de 10 000\$ dans le *First Equity Fund* au 31 décembre 2004 était de 10 662\$, soit moins que la valeur de 11 226\$ si le 10 000\$ hypothétique avait été investi dans l'Indice.

[60] L'affirmation d'une impression n'est pas une allégation qui doit être tenue pour avérée aux fins de l'autorisation. Ce sont certainement ces affirmations qui nécessitent « absolument » une certaine preuve. Or, la preuve contredit l'affirmation et l'impression. Comme l'écrivait la Cour d'appel dans l'arrêt *Ehouzou*⁴¹, sous la plume du juge Mark Schrager :

[40] Although the applicant only has a burden of demonstration at this stage, he must allege the facts that are relevant to his case and file the supporting evidence.⁴²

[41] The judge will consider the allegations on their face, unless they are contradicted by other facts, are otherwise deemed untruthful or are too vague.⁴³ Furthermore, the judge will not consider allegations that are mere speculation or reflect an opinion.⁴⁴

[61] La pièce centrale de la théorie de la cause du demandeur est l'existence d'une stratégie de « *closet indexing* ». Il s'agit, tel que défini au paragr. 16 j) de la demande en

⁴⁰ P. 63 (ou p. 65 du pdf) de P-12.

⁴¹ *Ehouzou c. Manufacturers Life Insurance Company*, 2021 QCCA 1214.

⁴² Article 574(2) C.C.P. *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, para. 134; *Labelle v. Agence de développement des réseaux locaux de services de santé et de services sociaux – région de Montréal*, 2011 QCCA 334, paras. 59-60.

⁴³ *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, para. 67.

⁴⁴ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.*, 2019 SCC 35, para. 59; *Karras v. Société des loteries du Québec*, 2019 QCCA 813, para. 28, citing *Option Consommateurs v. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, para. 38.

autorisation, d'une « *investment strategy designed to closely track the performance of the Benchmark* ».

[62] C'est la mise en œuvre de cette stratégie qui rendrait fausse et trompeuse la représentation voulant que les *Funds* font l'objet d'un « *Active Management* » :

[83] As a result of the Closet Indexing Strategy, the Active Management Representation was at all material times false and misleading because the objective of the Closet Indexing Strategy - to closely track the performance of the Benchmark - was at all material times inconsistent with *true* active management, which has the goal of exceeding the performance of the Benchmark;

[63] Par conséquent, les *Funds* n'avaient aucune chance de performer mieux que l'Indice :

[84] Because of the Respondents' Closet Indexing Strategy, the Underlying Funds had no reasonable prospect of outperforming, or otherwise had a substantial risk of not outperforming, and in fact did not and have not outperformed, the Benchmark after accounting for the fees paid to Caisses Desjardins and Desjardins Investments for their purported active management of the Underlying Funds;

[64] Pour étayer cette prétention, il faut alléguer les faits permettant d'affirmer que les défenderesses pratiquent un *closet indexing strategy*.

[65] Les « allégations » se retrouvent aux paragraphes 12, 68 et 84, précité, de la demande d'autorisation :

[12] The performance (before management fees) of the Underlying Funds closely tracked the Benchmark and, as a result, the Underlying Funds did not outperform the Benchmark after accounting for management fees;

[68] As a result of the Closet Indexing Strategy, the performance of the Underlying Funds during the Class Period closely tracked the Benchmark (before management fees) and did not outperform the Benchmark once accounting for management fees, as depicted in the following charts:

[66] Les tableaux en question prétendent illustrer la performance de certains fonds en alignant les tracés de « *Funds before fees* », d' « *Exchange Trading Funds before fees* » et du « *Declared Index* ».

[67] Les défenderesses notent⁴⁵ que l'on ne sait pas :

- qui est l'auteur de ces graphiques,
- sur quelles données ces graphiques s'appuient,
- à quelle « *Performance* » l'axe vertical des graphiques fait référence,

⁴⁵ Au paragr. 51 de leur Plan d'argumentation.

- soit rendement annuel, rendement bi-annuel, rendement trimestriel, rendement consolidé depuis la création du fonds ou autre,
- ce que représentent les niveaux 0.0 à 3.5 de l'axe vertical des graphiques,
- quels « *Fees* » (terme non défini) ont été pris en compte aux fins des lignes noires des graphiques intitulées « *Fund Before Fees* » et « *Fund After Fees* », selon le cas,
- quel.s « *ETF* » s (*exchange trading fund*) est.sont représenté.s par les lignes jaunes des graphiques, et
- quels « *Fees* » ont été pris en compte aux fins des lignes jaunes des graphiques intitulées « *ETF Before Fees* » ou « *ETF After Fees* », selon le cas;
- et qu'aucune des données sous-jacentes ne sont au dossier de la Cour.

[68] Le demandeur soutient dans son Plan d'argumentation⁴⁶, mais non dans sa demande en autorisation, que les données « *were prepared using publicly available data* ». Mais on ne sait pas quelles sont ces sources.

[69] Il s'agit d'un cas où « une certaine preuve » est nécessaire, mais est par ailleurs absente.

[70] Le jugement du juge Donald Bisson dans l'affaire *Hazan c. Micron Technology inc.*⁴⁷ est applicable à notre dossier. Il note :

[48] Donc, de l'avis du Tribunal, si l'on combine les paragraphes 80 à 139 de l'arrêt *Infineon Technologies AG c. Options consommateurs* et les paragraphes 59 à 61, 64 et 68 de l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, les allégations suivantes sans aucun autre élément de preuve ne sont pas suffisantes en matière de complot et sont soit des allégations imprécises, vagues ou générales ou des hypothèses :

- Les parties défenderesses se sont entendues pour restreindre la concurrence ou ont participé à un complot pour restreindre la concurrence;
- Le complot a gonflé artificiellement les prix d'un bien;
- Les acheteurs directs et indirects ont payé trop cher le bien en raison de ce complot.

[49] Autrement dit, alléguer seulement ces éléments sans rien d'autre ne constitue pas une démonstration acceptable en matière de complot. Toute la jurisprudence québécoise récente est exactement au même effet.⁴⁸ Toutes les autorités ont interprété

⁴⁶ Au paragr. 96.

⁴⁷ 2021 QCCS 2710.

⁴⁸ *Option Consommateurs c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, précité, note 18; *Roy c. JTEKT Corporation*, 2020 QCCS 2239; *Govan c. Loblaw Companies Limited*, 2019 QCCS 5469; *Option Consommateurs c. LG Chem Ltd.*, 2017 QCCS 3569 (demande de permission d'appel refusée : *Panasonic Corporation c. Option consommateurs*, 2017 QCCA 1442); *Option*

l'arrêt Infineon Technologies AG c. Options consommateurs comme le fait ici le Tribunal. On voit même que des décisions antérieures de 2009 et de 2012 avaient la même interprétation.

[71] La Cour d'appel a confirmé son jugement en ces termes ⁴⁹:

[10] Having said that, he then examined the supporting evidence since, as the Supreme Court stated in Infineon, "mere assertions are insufficient without some form of factual underpinning", thus requiring that general and imprecise allegations be "accompanied by some evidence to form an arguable case".

(...)

[12] After considering all these elements at face value, the judge mentioned that "[z]éro fois zéro donne zéro" and concluded as follows:

[64] Bref, de l'avis du Tribunal, si on fait abstraction de ces éléments de preuve qui ne démontrent rien, il ne reste essentiellement rien dans la Demande d'autorisation pour démontrer la faute. Il reste seulement des allégations générales qui ne peuvent tenir sans preuve. Le demandeur n'a pas démontré d'entente entre les défenderesses pour restreindre la production de la DRAM.

[13] In the absence of any evidence of such an agreement, the judge rightly concluded that the Appellant had failed to present an arguable case to support the claim that the Respondents are liable for compensatory or punitive damages to the members of the group under article 1457 C.C.Q., under the Competition Act or even under the Consumer Protection Act.

[72] En l'instance, non seulement les « allégations » ne sont que des affirmations sans fondement étayé, mais elles sont même contredites par les pièces déposées en demande :

- La pièce P-8 (p. 3) démontre qu'en date du 31 mars 2010, le Growth Fund affichait un rendement de 8,52% alors que l'Indice avait un rendement inférieur de 7,12%, soit une différence de 1,4%;
- La pièce P-18 (p. 4) démontre qu'en date du 30 septembre 2014, le Growth Fund²³ affichait un rendement de 17,99% alors que l'Indice avait un rendement supérieur de 20,38%, soit une différence de 2,4%;

Consommateurs c. Minebea Co. Ltd., 2016 QCCS 3698; *Association pour la protection automobile c. Ultramar ltée*, 2012 QCCS 4199; et *Jacques c. Petro-Canada*, 2009 QCCS 5603.

⁴⁹ 2023 QCCA 132, voir paragr. 37 ci-haut.

- La pièce P-9 (p. 3) démontre qu'en date du 31 mars 2018, le Growth Fund affichait un rendement de -1,05% alors que l'Indice avait un rendement supérieur de -0,27%, soit une différence de 0,78%.

[73] De plus, la preuve déposée en défense avec l'autorisation du Tribunal établit le contraire des prétentions de la demande :

[74] La performance des *Underlying Funds*, après déduction des frais de gestion, d'exploitation et d'opérations, était différente de celle de l'Indice à de nombreux moments durant la période de 17 ans visée par l'action collective proposée et, pour certaines années, supérieure à celle de l'Indice.

[75] Les défenderesses illustrent leur propos avec la preuve déposée⁵⁰ :

- Au 30 septembre 2008, le *First Equity Fund* avait un rendement de -21,43% alors que l'Indice avait un rendement supérieur de -14,40%, soit une différence de plus de 7%;
- Au 30 septembre 2009, le *First Equity Fund* avait un rendement de 2,11% alors que l'Indice avait un rendement inférieur de 0,51%, soit une différence de plus de 1,6% ou environ $\frac{1}{4}$ du rendement du *First Equity Fund*;
- Au 30 septembre 2011, le *Growth Fund* affichait un rendement de -7,35% alors que l'Indice affichait un rendement supérieur de -3,55%, soit une différence de près de 4%;
- Au 30 septembre 2012, le *Growth Fund* affichait un rendement de 9,63% alors que l'Indice affichait un rendement inférieur de 9,17%, soit une différence de 0,46%;
- Au 30 septembre 2013, le *Growth Fund* affichait un rendement de 8,82% alors que l'Indice affichait un rendement inférieur de 7,12%, soit une différence de 1,7%;
- Au 30 septembre 2015, le *Growth Fund* affichait un rendement de -6,80% alors que l'Indice avait un rendement inférieur de -8,38%, soit une différence de plus de 1,5%;
- Au 30 septembre 2016, le *Growth Fund* affichait un rendement de 9,55% alors que l'Indice avait un rendement supérieur de 14,21%, soit une différence de plus de 4,6%;
- Au 30 septembre 2017, le *Second Equity Fund*²² affichait un rendement de 2,18% alors que l'Indice avait un rendement supérieur de 9,18%, soit une différence de 7%.

⁵⁰ Rapports annuels de la direction sur le rendement du Fonds, pp. 55, 56, 59, 62, 63, 65, 66 et 67.

[76] Or, le Tribunal n'est pas requis de tenir pour avérés les faits manifestement faux ou mal fondés. En l'instance, la preuve déposée par la défense n'a pas été contredite et il ne s'agit donc pas d'un cas où cette preuve devra être appréciée par le juge du fond.

[77] De plus, la preuve appropriée ainsi que les pièces P-8, P-9 et P-18 établissent que les *Underlying Funds* détenaient des valeurs qui ne font pas partie de l'Indice, à savoir des titres de marchés monétaires, des actions américaines et des actions étrangères/internationales et des fiducies de revenu.

[78] Selon la période, ces valeurs qui faisaient partie des *Underlying Funds* mais pas de l'Indice représentaient souvent autour de 10% de la valeur des *Underlying Funds*, allant même jusqu'à plus de 13% de la valeur⁵¹.

[79] La détention par les *Underlying Funds* de valeurs qui ne font pas partie de l'Indice et leur poids non négligeable dans les *Underlying Funds* est irréconciliable avec la mise en œuvre d'une *Closet Indexing Strategy* par les défenderesses, qui calqueraient secrètement l'Indice.

[80] Le Tribunal estime que les prétentions de la demande quant à l'existence d'un *closet indexing strategy* sont contredites par la preuve déposée en défense et même en demande, et ne peuvent être tenues pour avérées.

[81] La théorie de la cause du demandeur est la suivante : le paiement des frais de gestion excessifs a réduit la valeur des actifs des *Desjardins Funds*, réduisant ainsi la valeur des parts détenues par les bénéficiaires. Il en demande le remboursement ainsi que la perte de valeur des parts en découlant. Mais les frais ne sont excessifs que dans la mesure où il y a eu fausse représentation quant à un *active management* et utilisation d'une *closet indexing strategy*.

[82] Le Tribunal note que les conclusions recherchées sont plutôt vagues quant aux dommages pécuniaires réclamés : « *restitute to Class Members, amounts to be determined by the Court based on the evidence at trial* » ; « *material damages in amounts to be determined by the Court based on the evidence at trial* »⁵².

[83] La restitution demandée ressemble à une demande pour enrichissement sans cause. Or contrairement aux exigences de l'article 1493 C.c.Q., l'enrichissement a une cause, soit les contrats prévoyant les frais de gestion. Il n'y a pas non plus lieu à répétition de l'indu, puisqu'il n'y a pas eu de paiement fait par erreur. (Article 1491 C.c.Q.)

[84] Le fondement du recours est contractuel, basé sur de fausses représentations.

⁵¹ États financiers annuels audités au 30 septembre, pp. 6, 9-27; États financiers intermédiaires au 30 mars, pp. 29-30, 32-50; Rapports mensuels, pp. 90-14; Pièces P-8/6, P-9/7 et P-18/10.

⁵² Paragr. 128 c) et d).

[85] Les reproches fait aux défenderesses quant à la facturation de frais excessifs, de manque de transparence et de diligence découlent tous de la fausse représentation quant à la gestion active et à l'existence d'une *closet indexing strategy*. Dans la mesure où le Tribunal estime que ces fondements n'ont pas été minimalement établis, il est inutile d'analyser ces reproches.

[86] Il ne s'agit pas ici de décider du fond de l'affaire, ce qui n'est pas le rôle du Tribunal, mais de se satisfaire que les allégations, et non pas les affirmations, permettent de tenir un débat.

[87] Le Tribunal conclut que le demandeur n'a pas allégué de faits justifiant les conclusions recherchées. Il s'est contenté d'affirmations et d'opinions. Ce n'est pas suffisant pour remplir le critère, peu exigeant, de l'article 575 (2) *C.p.c.*

[88] En Colombie-Britannique, le juge Gordon S. Funt a été confronté à une situation similaire dans les dossiers de Gibbs contre HSBC Global Asset Management (Canada) Limited.

[89] Par trois fois, il a jugé que les allégations de la demande de certification prétendant établir l'existence d'une *closet indexing strategy* étaient insuffisantes⁵³.

C. Les dommages punitifs

1. En vertu de la Charte

[90] Si l'action avait été autorisée, le Tribunal n'aurait pas autorisé, sur la base des allégations au dossier, que les questions en litige et les conclusions portent sur des dommages punitifs, que ce soit en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁴ ou de la *LVM*.

[91] Un recours en dommages punitifs, basé sur l'article 49 de la *Charte*, doit établir une atteinte illicite et intentionnelle à un droit garanti par celle-ci. En l'espèce, il s'agit du droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, garantis par l'article 6.

[92] La faute reprochée en est une de surfacturation qui, si elle était prouvée, donnerait lieu à une condamnation à des dommages-intérêts. En l'espèce, le demandeur

⁵³ *Gibbs v. HSBC Global Asset Management (Canada) Limited*, 2022 BCSC 1291; *Gibbs v HSBC Global Asset Management (Canada) Limited*, 2023 BCSC 1152; *Gibbs v HSBC Global Asset Management (Canada) Limited*, 2024 BCSC 324. Ce fut également le cas dans l'affaire *Pope v Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2022 BCSC 1857. Dans *McCorquodale v RBC Global Asset Management Inc.*, 2021 BCSC 144, l'action fut certifiée. Elle fut rejetée au fond dans *Turpin v TD Asset Management Inc.*, 2022 BCSC 1083, après avoir été certifiée de consentement.

⁵⁴ RLRQ c C-12.

n'est pas « dépourvu » ou « dépossédé » de ses biens parce qu'il a payé trop cher pour certains services.

[93] Des dommages punitifs peuvent être octroyés en cas d'atteinte à la jouissance paisible du droit de propriété :⁵⁵

[24] Le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition protégé par l'article 6 de la Charte québécoise réfère tant aux biens dont la personne physique ou morale est propriétaire qu'à ceux dont elle peut revendiquer la possession légale ou un droit d'usage. Qu'on envisage la notion de bien sous l'angle du sens usuel du mot, soit une chose matérielle susceptible d'appropriation ou un droit faisant partie du patrimoine, ou en ayant recours aux notions de meubles et immeubles du Code civil du Québec (art. 1851 C.c.Q.), la réponse est la même : la personne privée par une autre de la jouissance paisible d'un bien sur lequel elle possède un droit, à titre de propriétaire, de locataire ou à un autre titre, par une conduite qui démontre chez l'auteur de la faute une intention de nuire ou de la mauvaise foi est en droit de réclamer des dommages punitifs en invoquant l'application des articles 6 et 49 de la Charte québécoise. Tel est le cas en l'espèce.

(Références omises)

[94] Dans cette affaire, la preuve révélait une volonté arrêtée du propriétaire d'empêcher la jouissance paisible des lieux par son locataire.

[95] Il en a été de même dans l'affaire *Location Les Développements Iberville Ltée c. Advantech Advanced Microwave Technologies inc.*⁵⁶. La Cour d'appel nous rappelle que l'octroi de dommages punitifs en vertu de l'article 6 de la *Charte* est assez rare :

[12] Il est acquis qu'il est plutôt rare qu'une violation de l'article 6 de la Charte donne lieu à une condamnation pour dommages punitifs. L'intention de porter atteinte au droit à la jouissance paisible des biens de la personne doit ressortir de la preuve.

[96] Dans cette cause, cette intention avait été démontrée par la preuve que le propriétaire avait coupé l'électricité, arrêté les ascenseurs et rendu inopérantes les cartes d'accès, compromettant ainsi le déménagement prévu et empêchant l'accès aux lieux loués et aux équipements informatiques appartenant aux locataires. Le juge avait retenu que les représentants du propriétaire avaient imposé comme condition pour permettre le déménagement des équipements informatiques que les locataires reconnaissent son droit de propriété sur le mobilier de bureau.

[97] Le dénominateur commun des causes octroyant des dommages punitifs pour atteinte au droit à la jouissance paisible de ses biens est justement la privation de la

⁵⁵ *Investissements Historia inc. c. Gervais Harding et Associés Design inc.*, 2006 QCCA 560.

⁵⁶ 2018 QCCA 1606. Voir aussi *Moreau c. Gravel*, 2018 QCCA 1641.

jouissance du bien, résultant d'une frustration par le propriétaire, ou par le vol ou le détournement de la propriété du demandeur⁵⁷.

[98] Dans l'affaire *Association pour la protection automobile c. Ultramar ltée*,⁵⁸ la juge Dominique Bélanger, alors à la Cour supérieure, a refusé d'autoriser la conclusion d'une action collective visant l'octroi de dommages punitifs, parce qu'elle estimait que, dans le cadre d'une réclamation pour remboursement d'un prix surpayé, il n'y avait aucune atteinte à un « bien » au sens de l'article 6.

[99] Le demandeur alléguait avoir payé trop cher pour de l'essence en raison d'un cartel de fixation des prix de l'essence par les défenderesses. Le demandeur cherchait notamment à récupérer la différence entre le prix effectivement payé pour l'essence et le prix qu'il aurait payé si le marché avait été non manipulé.

[100] Dans l'affaire *Ébénisterie classique inc. c. Superior Energy Management Gas, l.p.*⁵⁹, le juge André Wery a jugé qu'un contrat d'énergie entre Ébénisterie et Superior Energy (visant à remplacer un contrat entre Ébénisterie et Gaz Métro) était nul au motif que le consentement d'Ébénisterie était vicié. Le prix fixé pour l'énergie au terme de ce contrat était surélevé par rapport au prix qu'Ébénisterie aurait payé au terme du contrat qu'elle avait antérieurement avec Gaz Métro.

[101] Même si le fait d'avoir payé trop cher le prix de son énergie avait affecté le « fond de roulement » d'Ébénisterie, il n'en résultait pas pour autant une atteinte à ses « biens » au sens de l'article 6 de la *Charte*. Il s'agissait ici d'une simple créance envers Superior Energy et non d'une atteinte aux « biens » d'Ébénisterie. Le juge Wery a souligné que de conclure autrement aurait pour effet de faire bénéficier toutes les créances d'argent de la protection conférée par la *Charte* et de banaliser les droits qui y sont conférés par l'article 6 de la *Charte*.

[102] En outre, il faut établir que l'atteinte est illicite et intentionnelle. Il ne suffit pas de l'affirmer. Il faut l'établir, conformément aux enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*⁶⁰, où, sous la plume de la juge Claire L'Heureux-Dubé, elle dit :

121. En conséquence, il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l'art. 49 de la *Charte* lorsque l'auteur de l'atteinte illicite a un état d'esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s'il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l'intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. Ainsi,

⁵⁷ *Markarian c. Marchés mondiaux CIBC inc.*, 2006 QCCS 3314 ; *Lussier c. Transports F. Lussier inc.*, 2021 QCCS 158.

⁵⁸ 2012 QCCS 4199, paragr. 73 et 74.

⁵⁹ 2015 QCCS 2067.

⁶⁰ [1996] 3 RCS 211.

l'insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère.

[103] Aucune allégation ne soutient une intention de cette nature chez les défenderesses.

2. En vertu de la LVM

[104] Le Demandeur réclame des dommages punitifs en vertu de l'article 269.2 de la *LVM*.

[105] L'article 269.2 de la *LVM* fait partie du Chapitre III intitulé « Autres attributions de l'Autorité et du Tribunal administratif des marchés financiers » du Titre IX intitulé « Mesures d'application de la Loi » qui se lit comme suit:

269.2 Lorsqu'elle estime que l'intérêt public le justifie, l'Autorité peut demander au tribunal de déclarer qu'une personne a fait défaut de respecter une obligation prévue par la présente loi ou un règlement, et de condamner cette personne à payer des dommages-intérêts à raison du préjudice ainsi causé à autrui.

Le tribunal peut également attribuer des dommages-intérêts punitifs, ou ordonner à cette personne de rembourser le profit réalisé en conséquence du défaut.

[106] Cette demande judiciaire n'est disponible qu'à l'Autorité des marchés financiers lorsqu'elle estime que l'intérêt public le justifie.

[107] Les sanctions civiles sont quant à elles prévues au Titre VIII de la *LVM*, lequel prévoit les règles applicables à des actions en dommages-intérêts. Aucun des articles du Titre VIII ne permet la réclamation de dommages-intérêts punitifs.

[108] Or, en vertu de l'article 1621 C.c.Q., la loi doit prévoir l'attribution de dommages-intérêts punitifs pour que l'on puisse en accorder. Ce n'est donc pas le cas dans notre dossier.

D. La description du groupe

[109] Si l'action avait été autorisée, le Tribunal n'aurait pas restreint la portée géographique du groupe. Les défenderesses ont leur siège social au Québec. Conformément à l'article 3148 (1) C.c.Q., les tribunaux québécois ont compétence à leur égard, sans qu'il soit nécessaire qu'un contrat avec elle soit intervenu au Québec ou y soit exécuté, ou qu'elles y aient posé des gestes fautifs.

[110] Cependant, en l'absence de toute mention du droit des autres provinces, seul le droit québécois régirait l'action collective.

[111] Toutefois, le Tribunal aurait restreint la durée visée par la description du groupe, pour faire remonter la prescription à trois ans⁶¹ avant l'institution de la demande, plus la période COVID appropriée⁶², soit au 24 août 2017.

[112] Le point de départ de la prescription est le moment où le demandeur connaît, ou est raisonnablement en mesure de connaître, les éléments constitutifs de son action, soit la faute, le préjudice et le lien causal qui les relie⁶³.

[113] Certes, les tribunaux sont invités à remettre les questions de prescription au juge du fond. Il existe cependant une jurisprudence constante établissant que si la question est claire, elle peut être tranchée à l'étape de l'autorisation ou de l'irrecevabilité⁶⁴.

[114] Pour invoquer la suspension de la prescription, il faut alléguer l'impossibilité d'agir plus tôt: article 2904 C.c.Q.⁶⁵.

[115] Comme l'écrivait la juge Chantal Corriveau dans *9085-4886 Québec inc. c. Bank of Montreal*⁶⁶:

[126] Selon la jurisprudence, et tel que réitéré récemment par la Cour d'appel dans *Asselin c. Desjardins cabinet de services financiers*⁶⁷ la question de prescription en lien avec les moyens de défense est une question qui doit être référée au juge de mérite;

[127] Cependant en l'absence de quelle qu'explication justifiant la référence à l'année 2001 comme point de départ de la période visée par le groupe, le Tribunal ne peut la retenir aveuglément. Le recours tel qu'autorisé vise une cause d'action fondée sur la Loi de la concurrence et l'article 1457 CCQ. L'article 36 (4) de la Loi établit une prescription de 2 ans alors que le Code civil prévoit une prescription de 3 ans. En conséquence, le Tribunal retiendra la date du 10 décembre 2007, soit trois ans avant l'institution du recours initial;

[116] En l'instance, à aucun endroit l'impossibilité d'agir n'est-elle alléguée. En plaidoirie orale, il a été question de « difficultés » à découvrir l'existence d'une *closet indexing strategy*, sans que celles-ci soient dévoilées. Au risque de se répéter, ce n'est

⁶¹ Article 2925 C.c.Q..

⁶² (2020) 152 G.O. II, 3607B.

⁶³ Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers et Benoît Moore, *La responsabilité civile. Volume 1 : principes généraux*, 9^{ème} édition, 2020, parag.1-1321.

⁶⁴ *Fortier c. Meubles Léon ltée*, 2014 QCCA 195, par. 137; *Rousselet c. Corporation de l'École polytechnique*, 2013 QCCA 13, paragr. 12.

⁶⁵ **2904.** La prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres.

⁶⁶ 2018 QCCS 3730.

⁶⁷ 2017 QCCA 1673.

pas en plaidoirie que les allégations doivent être faites. De toutes façons, l'affirmation est contredite par une autre affirmation, également faite en plaidoirie, selon laquelle les tableaux illustrant la stratégie ont été élaborés à l'aide de *publicly available data*.

[117] Ce qui est en preuve, ce sont les états financiers déposés par les défenderesses, qui sont publiquement disponibles depuis le début de la période visée, et qui contiennent les renseignements dont a besoin le demandeur pour établir ses prétentions.

[118] Le dossier ne contient aucune allégation permettant d'établir que la prescription du recours proposé par le demandeur a été suspendue.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[119] **REJETTE** la demande du demandeur Omid Zahedi Niaki d'exercer une action collective;

[120] **LE TOUT**, avec les frais.

SYLVAIN LUSSIER, J.C.S.

Me Jean-Philippe Caron
Me Alessandra Esposito-Chartrand
CALEX LEGAL INC.

Me John Archibald
Investigation Counsel
Me Paul Bates
BATES BARRISTERS
Avocats du demandeur

Me Sophie Melchers
Me François David Paré
Me Caroline Bélair
Me Pierre Olivier Brodeur
NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Avocats des défenderesses

