

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000629-127

DATE : 20 février 2014

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE MARIE GAUDREAU, J.C.S.

EMILY CUNNING, membre désignée

Requérante

c.

FITFLOP LIMITED

Intimée

**JUGEMENT SUR LA REQUÊTE AMENDÉE EN AUTORISATION
POUR EXERCER UN RECOURS COLLECTIF (ART. 1002 C.P.C.)**

I. INTRODUCTION

[1] Y a-t-il lieu d'accorder la permission à la requérante, Emily Cunning (ci-après « Cunning »)¹, d'intenter au nom des membres qu'elle représente un recours collectif

¹ L'utilisation des noms de famille dans le cadre du présent jugement vise à alléger le texte et non à faire preuve de familiarité ou de mépris à l'endroit des personnes concernées.

afin d'obtenir des dommages et une injonction suite à son achat d'une paire de souliers Fitflop² qu'elle aurait effectué sous de fausses représentations ?

[2] En effet, Cunning soutient que l'intimée, Fitflop Limited (ci-après « Fitflop »), dont le siège social est en Angleterre, n'a pas rempli sa promesse lors de la fabrication desdits souliers, soit : « Get a workout *while* your *Walk* »³.

II. LES PRINCIPAUX FAITS ET PROCÉDURES

A. Contexte général

[3] Le Tribunal est saisi de la requête de Cunning introduite le 19 octobre 2012 suite à l'achat par elle, au printemps 2012, d'une paire de souliers Fitflop.

[4] Ladite requête est signifiée en même temps que 12 pièces, soit **R-1** à **R-11**.

[5] Suite au jugement rectifié de cette Cour rendu le 16 mai 2013, permettant l'interrogatoire hors cour de Cunning et la production de nouvelles pièces par Fitflop, Cunning fut interrogée le 9 juillet 2013 par le procureur de Fitflop.

[6] À cette occasion, elle explique dans quelles circonstances elle apprend l'existence de recours collectifs contre Reebok :

« A- Originally, I bought it. I wore it for a long time, probably all summer. It was fine. It seemed like it was working in the beginning.

Then, I started seeing things about how the... this particular kind of shoe with the, like... not... well, the wobbleboard, and the Reebok, and the Skechers, the different kind of shoes were, you know, not working, I guess, or they were misleading people. And then I started looking things up online, found some stuff, found the lawsuit for Reebok. And then... I knew that Jeff was doing stuff with Reebok, and then I contacted him ».⁴

[Je souligne]

[7] Fitflop dépose, suite au jugement rectifié de cette Cour du 16 mai 2013, l'affidavit de la Docteure Kim Lilley (ci-après « Lilley ») daté du 10 juillet 2013.

[8] Le 13 septembre 2013, le procureur de Cunning fait signifier une requête pour permission d'amender la requête en autorisation, ce qui lui est accordé le jour de l'audition de la présente requête en autorisation.

² Les souliers Fitflop sont définis au paragraphe 2 de la requête amendée comme étant toutes les sandales, bottes, souliers, etc. pour hommes et femmes fabriqués par Fitflop Limited avec la technologie « Microwobbleboard™ Technology ».

³ Pièce **R-1**.

⁴ Interrogatoire d'Emily Cunning, p. 6 et 7.

[9] L'amendement vise l'ajout des paragraphes :

- i) 70.1 à 70.3 en lien avec certaines démarches effectuées par Cuning; et,
- ii) 31.1 et 31.2, eu égard à la production d'une nouvelle pièce découverte par Cuning depuis son interrogatoire hors cour, soit la production de la pièce **R-12** intitulée : « Copy of the scientific study published in Clinical Biomechanics, conducted by K.E. Burgess and P.A. Swinton, entitled "Do Fitflops™ increase lowerlimb muscle activity ?" » :

« 31.1 In another recent scientific study published in Clinical Biomechanics, conducted by K.E. Burgess and P.A. Swinton, entitled "Do Fitflops™ increase lowerlimb muscle activity?", researchers compared the muscle activity of women wearing Fitflops to those wearing regular flipflops and to those barefoot when participating in different tasks to simulate daily living activities, the whole as appears more fully from a copy of the study, produced herein as Exhibit R-12;

31.2 The following conclusions were drawn from the study:

"In conclusion the results presented here indicate that there are no differences in lower limb muscle activity during simulated activities of daily living between Fitflops™ and flip flop and barefoot control conditions in a healthy recreationally active female population. It is possible that the Fitflops™ did not induce the level of instability required to increase the activity in these larger lower leg muscles, however it is still possible that wearing Fitflops™ could increase activity in smaller stabilising muscles not monitored here, therefore this needs to be investigated. However, it is unclear how this would make any major change to energy expenditure which would have an impact on health. Based on the current study's results the use of Fitflops™ is questioned as a means of increasing muscle activity of the medial gastrocnemius, biceps femoris, rectus femoris and gluteus maximus during activities of daily living in a healthy recreationally active female population"; »⁵

[10] Cuning demande l'autorisation d'exercer un recours collectif au nom de :

- « ● All residents in Canada who have purchased Fitflop Footwear, or any other group to be determined by the Court.

Alternately (or as a subclass)

- All residents in Quebec who have purchased Fitflop Footwear, or any other group to be determined by the Court. »⁶

⁵ Requête amendée, p. 11 et 12.

⁶ Requête amendée, p.1, par. 1.

[11] Elle soumet que les principales questions de fait et de droit qui doivent être traitées collectivement sont les suivantes :

« A) Did the Respondent engage in unfair, false, misleading, or deceptive acts or practices regarding the marketing and sale of its FitFlop Footwear?

B) Is the Respondent liable to the class members for reimbursement of the purchase price of the FitFlop Footwear as a result of its misconduct?

C) Should an injunctive remedy be ordered to prohibit the Respondent from continuing to perpetrate its unfair, false, misleading, and/or deceptive conduct?

D) Is the Respondent responsible to pay compensatory and/or punitive damages to class members and in what amount? »⁷

B. Preuve documentaire

[12] Il est utile de référer aux paragraphes suivants de la requête en autorisation amendée en parallèle avec les pièces déposées à leur soutien :

Paragraphe de la requête amendée	Pièces
<p>« 28. In a recent study entitled "THE PHYSIOLOGIC AND ELECTROMYOGRAPHIC RESPONSES TO WALKING IN REGULAR ATHLETIC SHOES VERSUS "FITNESS SHOES" by John P. Porcari, Ph.D., John Greany, Ph.D., Stephanie Tepper, B.S., Brian Edmonson, B.S., Carl Foster, Ph.D. from the Departments of Physical Therapy and Exercise and Sport Science, University of Wisconsin-La Crosse it states:</p> <p>"The "clinical" studies supporting the benefits of these shoes have all been non-peer reviewed and internally funded. A review of these studies finds that they generally had small sample sizes, lacked adequate research control, and had questionable or no statistical analyses.</p> <p>...</p> <p>Because there seems to be unsubstantiated claims about the benefits of walking in fitness shoes, the purpose of this study was two fold: First was to evaluate the exercise responses</p>	<p>R-5</p> <p>Copy of the study entitled « The Physiological and Electromyographic Responses to Walking in Regular Athletic Shoes Versus "Fitness Shoes" »</p>

⁷ Requête amendée, p. 18, par. 73.

<p>(heart rate, oxygen consumption, caloric expenditure, and ratings of perceived exertion) to walking in regular athletic shoes compared to fitness shoes. The second was to evaluate muscle activation (via electromyography) when walking in regular athletic shoes compared to fitness shoes. This investigation was conducted as two separate studies using two separate groups of subjects.</p> <p>...</p> <p>There was no significant difference in EMG levels in the gastrocnemius, rectus femoris, biceps femoris, gluteus maximus, erector spinae, or rectus abdominus between the four types of shoes. It can be seen that EMG activity was generally higher at the higher workloads (i.e., 3.0/0% grade vs. 3.5 mph/0% grade vs. 3.5 mph/5% grade), as expected.</p> <p>...</p> <p>The results of this study found no evidence that walking in fitness shoes had any positive effect on exercise heart rate, oxygen consumption, or caloric expenditure compared to walking in a regular running shoe.</p> <p>Based upon the results of this study, wearing so-called fitness shoes will have no beneficial effect on exercise intensity or caloric expenditure compared to wearing a regular running shoe. Additionally, there is no evidence that wearing shoes with an unstable sole design will improve muscle strength and tone more than wearing a regular running shoe.”</p> <p>The whole as appears more fully from a copy of said scientific study, produced herein as Exhibit R-5; »</p>	
<p>« 31. A USA Today article stated in part:</p> <p>“A growing number of doctors are warning that toning shoes don’t deliver on their marketing promises and could cause injuries by, among other things, changing a person’s gait, or way of walking.</p>	<p>R-7</p> <p>Copy of the USA Today article entitled « A revolutionary sneaker, or</p>

<p>Claims that Toning Shoes can significantly contribute to person's fitness are "utter nonsense."</p> <p>The whole as appears more fully from a copy of the article entitled "A revolutionary sneaker, or overhyped gimmick?" dated June 20, 2010, produced herein as Exhibit R-7;</p> <p>31.1 In another recent scientific study published in Clinical Biomechanics, conducted by K.E. Burgess and P.A. Swinton, entitled " Do Fitflops™ increase lowerlimb muscle activity?", researchers compared the muscle activity of women wearing Fitflops to those wearing regular flipflops and to those barefoot when participating in different tasks to simulate daily living activities, the whole as appears more fully from a copy of the study, produced herein as Exhibit R-12;</p> <p>31.2 The following conclusions were drawn from the study:</p> <p style="padding-left: 40px;">"In conclusion the results presented here indicate that there are no differences in lower limb muscle activity during simulated activities of daily living between Fitflops™ and flip flop and barefoot control conditions in a healthy recreationally active female population. It is possible that the Fitflops™ did not induce the level of instability required to increase the activity in these larger lower leg muscles, however it is still possible that wearing Fitflops™ could increase activity in smaller stabilising muscles not monitored here, therefore this needs to be investigated. However, it is unclear how this would make any major change to energy expenditure which would have an impact on health. Based on the current study's results the use of Fitflops™ is questioned as a means of increasing muscle activity of the medial gastrocnemius, biceps femoris, rectus femoris and gluteus maximus during activities of daily living in a healthy recreationally active female population"; »</p>	<p>overhyped gimmick? » dated June 20th 2010</p>
<p>« 32. The Respondent's representations are deceptive. In fact, many notable physicians and podiatrists will not endorse FitFlop Footwear. For example, the</p>	<p>R-8 Copy of the</p>

<p>president of the American Academy of Podiatric Sports Medicine stated that toning shoes pose “major risks, especially for adults. Creating instability, on adults especially is not a good thing,” the whole as appears more fully from a copy of the article entitled “Can EasyTone, FitFlops, TrimTreads or other shoes tone your body?” dated August 24, 2010, produced herein as Exhibit R-8;»</p>	<p>Central New York Life article entitled « Can EasyTone, Fitflops, TrimTreads or other shoes tone your body » dated August 24th 2010</p>
<p>« 33. Not only does FitFlop Footwear not provide the benefits as claimed, they have significant drawbacks which FitFlop has omitted from its advertising. Specifically, because FitFlop Footwear is designed to constantly challenge the user’s balance, they are unsuitable for users with flat feet, or those who have pre-existing difficulties maintaining their balance. Additionally, consumers who are more prone to injury in areas that are responsible for maintaining balance (such as the hamstring or ankle) will exacerbate that risk by using FitFlop Footwear;»</p>	<p>R-9</p> <p>Copy of the study entitled « Unstable Shoe Construction and Reduction of Pain in Osteoarthritis Patients » written by Benno M. Nigg and al. and published by the peer-reviewed journal Medicine & Science in Sports & Exercise in 2006</p>

C. Prétentions de Cunning

[13] Elle soumet qu’elle est une personne représentative des membres au Québec et du reste du Canada qui auraient acheté des chaussures Fitflop car, dès lors, ils sont victimes de fausses représentations.

[14] Elle demande qu’elle-même et les membres potentiels soient remboursés du prix d’achat et qu’une injonction soit prononcée afin d’ordonner à Fitflop de cesser ses représentations fautives⁸ :

[15] Elle soumet qu’une étude scientifique indépendante⁹ a vérifié et conclu récemment qu’aucun des bénéfices promis par Fitflop ne s’est réalisé et qu’il n’y a aucun bénéfice supplémentaire à un soulier athlétique ou de marche.

⁸ Requête amendée, par. 4.

⁹ Pièce R-12, Clinical Biomechanics, « Do Fifflops™ increase lower limb muscle activity ? ».

[16] Plus spécifiquement, les reproches qu'elle adresse à Fitflop se retrouvent aux paragraphes 3, 4, 5 et 6 de sa requête en autorisation :

« 3. Petitioner contends that the Respondent marketed and sold FitFlop Footwear through the use of false or misleading advertisements and representations regarding their ability to provide significant health benefits by altering +users' gait, without any further changes in a consumer's diet or exercise routine;

4. Specifically, the Respondent has represented that wearing FitFlop Footwear will lead to numerous health benefits and that purchasers will:

- a. Reduce lower back strain;
- b. Reduce hip joint stress;
- c. Reduce ankle joint stress;
- d. Reduce knee joint stress;
- e. Reduce foot pressure concentration;
- f. Reduce cellulite and slim and tone thighs;
- g. Increase quadriceps muscle activation (up to 16%);
- h. Increase calf muscle activation (up to 11%);
- i. Increase bottom muscle activity (up to 30%);
- j. Increase hamstring muscle activation (up to 16%);
- k. Improve core muscle strength;
- l. Improve muscle tone;
- m. Encourage better posture and stronger muscles;
- n. Burn calories;
- o. Strengthen and tone muscles in the feet, legs, buttocks, stomach and back;
- p. Increase leg muscle activity and circulation;

5. In fact, virtually all independent scientific studies have verified that none of the benefits promised by the Respondent are actually realized by the consumer and that there is no evidence to support the claims that FitFlop Footwear

products provide any health benefits whatsoever compared to regular athletic and walking shoes;

6. By reason of these actions and omissions, the Respondent induced consumers into purchasing FitFlop Footwear products that do not live up to their promised results, thereby causing Petitioners and the members of the class to suffer economic damages and physical injuries, which they are entitled to claim; »

[17] De façon générale, elle soumet que :

- i) Fitflop a formulé des représentations fausses et trompeuses quant aux bienfaits de ses chaussures.
- ii) Fitflop a chargé une prime en raison de ces bienfaits.
- iii) Fitflop a mis sur le marché un produit dangereux.

D. Prétentions de Fitflop

[18] Le procureur de Fitflop plaide que la requête amendée pour autorisation ne précise aucune théorie de responsabilité, que Cuning n'a subi aucun préjudice corporel et qu'elle n'identifie aucun membre putatif du groupe qui aurait subi tel préjudice.

[19] Elle soumet que les articles¹⁰ auxquels Cuning se réfère pour soutenir les reproches qu'elle a vis-à-vis le produit vendu par Fitflop visent d'autres compagnies qui n'ont rien à voir avec le recours collectif envisagé.

[20] Elle dépose l'affidavit de Lilley, coordonnatrice de recherche et de développement chez Fitflop, daté du 10 juillet 2013, dans lequel il est établi que :

- « i) de la recherche se fait quant aux technologies existantes et futures de Fitflop, incluant de la recherche académique effectuée par des tiers (para. 4 de l'affidavit);
- ii) les chaussures mises sur le marché par Fitflop ne sont pas assimilables à celles de Reebok, Skechers ou New Balance; (para. 9 de l'affidavit)
- iii) contrairement à Reebok et Skechers, Fitflop n'a jamais été poursuivie par la Federal Trade Commission aux États-Unis. (para. 13 de l'affidavit) »

E. Droit applicable

[21] Dans sa requête initiale en autorisation, Cuning ne décrit pas le cadre légal en vertu duquel les dommages et son recours en injonction sont demandés.

¹⁰ Pièces R-6 et R-7, voir le paragraphe 12 du présent jugement.

[22] Elle précise par lettre au Tribunal, le 12 février 2013, que son recours est basé sur les dispositions législatives suivantes, soit :

- a) Les articles 40, 219, 228, 239, 253 et 272 de la *Loi sur la protection du consommateur*¹¹ québécoise (ci-après « L.P.C. ») :

« 40. Un bien ou un service fourni doit être conforme à la description qui en est faite dans le contrat.

...

219. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur.

...

228. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important.

...

239. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit :

a) déformer le sens d'une information, d'une opinion ou d'un témoignage ;

b) s'appuyer sur une donnée ou une analyse présenté faussement comme scientifique,

...

253. Lorsqu'un commerçant, un fabricant ou un publicitaire se livre en cas de vente, de location ou de construction d'un immeuble à une pratique interdite ou, dans les autres cas, à une pratique interdite visée aux paragraphes a et b de l'article 220, a, b, c, d, e et g de l'article 221, d, e et f de l'article 222, c de l'article 224, a et b de l'article 225 et aux articles 227, 228, 229, 237 et 239, il y a présomption que, si le consommateur avait eu connaissance de cette pratique, il n'aurait pas contracté ou n'aurait pas donné un prix si élevé.

...

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire

¹¹ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas:

- a) l'exécution de l'obligation;
- b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant;
- c) la réduction de son obligation;
- d) la résiliation du contrat;
- e) la résolution du contrat; ou
- f) la nullité du contrat,

sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs. »

- b) Les articles 1401, 1402 et 1407 du *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. ») :

« 1401. L'erreur d'une partie, provoquée par le dol de l'autre partie ou à la connaissance de celle-ci, vicie le consentement dans tous les cas où, sans cela, la partie n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes.

Le dol peut résulter du silence ou d'une réticence.

1402. La crainte d'un préjudice sérieux pouvant porter atteinte à la personne ou aux biens de l'une des parties vicie le consentement donné par elle, lorsque cette crainte est provoquée par la violence ou la menace de l'autre partie ou à sa connaissance.

Le préjudice appréhendé peut aussi se rapporter à une autre personne ou à ses biens et il s'apprécie suivant les circonstances.

...

1407. Celui dont le consentement est vicié a le droit de demander la nullité du contrat; en cas d'erreur provoquée par le dol, de crainte ou de lésion, il peut demander, outre la nullité, des dommages-intérêts ou encore, s'il préfère que le contrat soit maintenu, demander une réduction de son obligation équivalente aux dommages-intérêts qu'il eût été justifié de réclamer. »

- c) Les articles 36 et 52 de la *Loi sur la concurrence*¹² (ci-après « L.R.C ») :

« 36. (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi, peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

(2) Dans toute action intentée contre une personne en vertu du paragraphe (1), les procès-verbaux relatifs aux procédures engagées devant tout tribunal qui a déclaré cette personne coupable d'une infraction visée à la partie VI ou l'a déclarée coupable du défaut d'obtempérer à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, ou qui l'a punie pour ce défaut, constituent, sauf preuve contraire, la preuve que la personne contre laquelle l'action est intentée a eu un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI ou n'a pas obtempéré à une ordonnance rendue en vertu de la présente loi par le Tribunal ou par un autre tribunal, selon le cas, et toute preuve fournie lors de ces procédures quant à l'effet de ces actes ou omissions sur la personne qui intente l'action constitue une preuve de cet effet dans l'action.

(3) La Cour fédérale a compétence sur les actions prévues au paragraphe (1).

(4) Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date du comportement en question,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

¹² *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34.

b) dans le cas de celles qui sont fondées sur le défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance du Tribunal ou d'un autre tribunal, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date où a eu lieu la contravention à l'ordonnance du Tribunal ou de l'autre tribunal,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite.

...

52. (1) Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

(1.1) Il est entendu qu'il n'est pas nécessaire, afin d'établir qu'il y a eu infraction au paragraphe (1), de prouver :

a) qu'une personne a été trompée ou induite en erreur;

b) qu'une personne faisant partie du public à qui les indications ont été données se trouvait au Canada;

c) que les indications ont été données à un endroit auquel le public avait accès.

(1.2) Il est entendu que, dans le présent article et dans les articles 52.1, 74.01 et 74.02, la mention de donner des indications vaut mention de permettre que des indications soient données.

(2) Pour l'application du présent article, sauf le paragraphe (2.1), sont réputées n'être données au public que par la personne de qui elles proviennent les indications qui, selon le cas :

a) apparaissent sur un article mis en vente ou exposé pour la vente, ou sur son emballage;

b) apparaissent soit sur quelque chose qui est fixé à un article mis en vente ou exposé pour la vente ou à son emballage ou qui y est inséré ou joint, soit sur quelque chose qui sert de support à l'article pour l'étalage ou la vente;

c) apparaissent à un étalage d'un magasin ou d'un autre point de vente;

d) sont données, au cours d'opérations de vente en magasin, par démarchage ou par téléphone, à un utilisateur éventuel;

e) se trouvent dans ou sur quelque chose qui est vendu, envoyé, livré ou transmis au public ou mis à sa disposition de quelque manière que ce soit.

(2.1) Dans le cas où la personne visée au paragraphe (2) est à l'étranger, les indications visées aux alinéas (2)a), b), c) ou e) sont réputées, pour l'application du paragraphe (1), être données au public par la personne qui importe au Canada l'article, la chose ou l'instrument d'étalage visé à l'alinéa correspondant.

(3) Sous réserve du paragraphe (2), quiconque, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, fournit à un grossiste, détaillant ou autre distributeur d'un produit de la documentation ou autre chose contenant des indications du genre mentionné au paragraphe (1) est réputé avoir donné ces indications au public.

(4) Dans toute poursuite intentée en vertu du présent article, pour déterminer si les indications sont fausses ou trompeuses sur un point important il faut tenir compte de l'impression générale qu'elles donnent ainsi que de leur sens littéral.

(5) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :

a) par mise en accusation, l'amende que le tribunal estime indiquée et un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou l'une de ces peines;

b) par procédure sommaire, une amende maximale de 200 000 \$ et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines.

(6) Le présent article s'applique au fait de donner des indications constituant, au sens de la partie VII.1, un comportement susceptible d'examen.

(7) Il ne peut être intenté de poursuite en vertu du présent article contre une personne contre laquelle une ordonnance est demandée aux termes de la partie VII.1, si les faits qui seraient allégués au soutien de la poursuite sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux qui l'ont été au soutien de la demande. »

III. OBJECTION SOUS RÉSERVE

[23] Lors de l'audition de la requête amendée en autorisation d'un recours collectif, le procureur de Fitflop s'est objecté au dépôt par le procureur de Cunning d'un avis annonçant un règlement hors cour d'une poursuite intentée aux États-Unis par Barbara Glaberson contre Fitflop¹³.

[24] L'objection est basée sur l'inadmissibilité en preuve d'un document qui annonce que les parties négocient, et ce, de façon confidentielle.

[25] Pendant le délibéré, soit le 9 janvier 2014, le procureur de Cunning fait parvenir par lettre au Tribunal une demande de remplacer la cote de la pièce **R-14** par **R-14A** et d'ajouter la pièce **R-14B**, soit le règlement américain intervenu entre Arianna Rosales, Charlice Arnold et Fitflop approuvé par la Cour fédérale de la Californie, de 5 300 000,00 \$, le 13 décembre 2013.

[26] Le procureur de Cunning ajoute que ce règlement est public, accessible « online ». Le procureur de Fitflop répond qu'il s'agit d'un règlement intervenu sans préjudice ni admission dans un régime de droit tout à fait différent.

[27] De l'avis du Tribunal, il s'agit de pièces admissibles au niveau du fardeau de *démonstration*, au stade de l'autorisation, sans que le Tribunal ne se prononce nécessairement sur la valeur probante quant à la responsabilité ou quelque faute commise par Fitflop.

[28] Comme l'affirme la Juge Dominique Bélanger dans l'affaire Ultramar¹⁴, sans se prononcer sur la valeur probante, le Tribunal doit tenir compte que ce règlement impliquant Fitflop aux États-Unis existe sans nécessairement que cela prouve quoique ce soit dans le présent cas.

IV. ANALYSE DES CONDITIONS D'AUTORISATION

A. Article 1003 a) du Code de procédure civile

[29] Les questions soulevées sont-elles identiques, similaires ou connexes ?

[30] L'article 1003 a) du *Code de procédure civile* précise qu'un recours collectif ne peut être autorisé que si le Tribunal conclut que les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes.

[31] La Juge Dominique Bélanger s'exprime ainsi :

¹³ Pièce **R-14A**.

¹⁴ *Association pour la protection automobile c. Ultramar Itée*, 2012 QCCS 4199.

« [3] Une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif est un mécanisme de filtrage et de vérification visant à s'assurer que le recours proposé est sérieux, parce que basé sur un syllogisme juridique solide, lui-même basé sur les faits allégués. La demande doit aussi démontrer que l'action collective est appropriée, car les questions sont identiques, similaires ou connexes.

[4] Au stade de l'autorisation du recours collectif, les faits doivent être tenus pour avérés. »¹⁵

[32] Selon la Cour suprême¹⁶, la seule présence d'une question de droit ou de fait identique, connexe ou similaire suffit pour satisfaire au critère énoncé à l'article 1003 a) du *Code de procédure civile*, ce qui est le cas dans la présente affaire.

B. Article 1003 b) du Code de procédure civile

[33] L'article 1003 b) du *Code de procédure civile* spécifie qu'un recours collectif peut être autorisé que si les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées.

[34] Depuis l'audition de la présente requête en autorisation, la Cour suprême s'est prononcée à nouveau sur l'étendue de l'analyse du critère énoncé ci-haut dans l'affaire *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*¹⁷.

[35] Ainsi, le Tribunal doit déceler dans la preuve soumise une apparence sérieuse de droit ou une cause défendable :

« [37] L'étape de l'autorisation permet l'exercice d'une fonction de filtrage des requêtes, pour éviter que les parties défenderesses doivent se défendre au fond contre des réclamations insoutenables : *Infineon Technologies AG c. Option Consommateurs*, 2013 CSC 59, par. 59 et 61. Par contre, la loi n'impose pas au requérant un fardeau onéreux au stade de l'autorisation; il doit uniquement démontrer l'existence d'une « apparence sérieuse de droit », d'une « cause défendable » : *Infineon*, par. 61-67; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 23. En conséquence, le juge doit simplement déterminer si le requérant a démontré que les quatre critères énoncés à l'art. 1003 *C.p.c.* sont respectés. Dans l'affirmative, le recours collectif est autorisé. La Cour supérieure procède ensuite à l'examen du fond du litige. Ainsi, lorsqu'il vérifie si les critères de l'art. 1003 sont respectés au stade de l'autorisation, le juge tranche une question procédurale. Il ne doit pas se pencher sur le fond du litige, étape qui s'ouvre seulement après l'octroi de la requête en autorisation : *Infineon*, par. 68; *Marcotte*, par. 22. »¹⁸

[Je souligne]

¹⁵ *Association pour la protection automobile c. Ultramar Itée*, 2012 QCCS 4199., p. 15.

¹⁶ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*, p. 24-25.

[36] Il en résulte que le requérant au stade de l'autorisation a un fardeau allégé : établir qu'il a une cause défendable.

[37] Est-ce le cas en l'espèce ?

[38] Comme l'indique la Cour d'appel du Québec :

« [88] L'examen de la requête à la lumière de cette condition constitue en quelque sorte un mécanisme de filtrage et de vérification. Il s'agit d'écarter les recours frivoles ou manifestement mal fondés. L'examen se fait à partir de la cause d'action du membre désigné, en l'occurrence madame Raphaël. Les faits allégués dans la requête sont tenus pour avérés; le juge doit toutefois prendre en considération les pièces produites au dossier et tenir compte des interrogatoires versés au dossier. Lorsque plusieurs causes d'actions distinctes sont alléguées, l'examen de la qualité des syllogismes juridiques se fait séparément afin de déterminer si la personne désignée présente une apparence de droit à l'égard de chacun. Au stade de l'autorisation, le fardeau du requérant n'en est pas un de preuve prépondérante; il lui suffit de faire la démonstration d'un syllogisme juridique qui mènera, si prouvé, à une condamnation. Son fardeau en est donc un de logique et non de preuve. »¹⁹

[39] Quoique le syllogisme développé par Cuning n'est pas sans défaut, le Tribunal estime qu'à ce stade, elle s'est déchargée de son fardeau de preuve.

C. Classe nationale - Article 1003 c) du Code de procédure civile

[40] Cuning plaide qu'il serait approprié en l'espèce que le groupe autorisé ait une portée nationale (art. 1002 C.p.c.), c'est-à-dire que l'autorisation vise les résidents du Québec ainsi que tous les non-résidents.

[41] Notons qu'il n'y a pas de données dans le présent cas permettant d'entrevoir l'ampleur du groupe projeté.

[42] Fitflop n'a pas de siège social ni même une place d'affaires dans la province de Québec.

[43] Le Tribunal estime pour les raisons suivantes qu'il n'y a pas de motifs en l'espèce pour autoriser un recours collectif national, soit une action personnelle à caractère patrimonial en vertu de l'article 3148 du *Code civil du Québec* :

« 3148. Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants:

1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;

¹⁹ *Option Consommateurs c. Merck & Co. inc.*, 2013 QCCA 57.

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec;

3° Une faute a été commise au Québec, un préjudice y a été subi, un fait dommageable s'y est produit ou l'une des obligations découlant d'un contrat devait y être exécutée;

4° Les parties, par convention, leur ont soumis les litiges nés ou à naître entre elles à l'occasion d'un rapport de droit déterminé;

5° Le défendeur a reconnu leur compétence. »

[44] L'alinéa 1° et 2° ne s'appliquent pas car Fitflop n'a ni domicile ni établissement au Québec de même que l'aliéna 4° car il n'existe aucune convention entre les parties.

[45] Cunning ne peut alléguer une faute commise au Québec en ce qui concerne les membres des autres provinces.

[46] La fausse publicité et les fausses représentations dont les non-résidents auraient été « victimes » ont dû être pratiquées ailleurs qu'au Québec. Il n'y a donc aucune faute commise au Québec envers des non-résidents.

[47] Toute la jurisprudence citée par le procureur de Cunning qui a permis l'exercice de classe nationale implique un siège social au Québec, y compris celle rendue par le Juge Benoît Émery dans l'affaire *Amram c. Rogers Communication inc. et al.*²⁰

[48] La question juridictionnelle doit être tranchée en vertu du droit applicable au Québec.

[49] Même le Juge Cullity de la Cour supérieure de l'Ontario reconnaît des divergences entre le régime juridique québécois et celui de l'Ontario :

« [37] The more difficult cases -- of which this is one -- are those in which the claims of the non-resident class members are based entirely on material facts that occurred outside Ontario. In such a case, the only connecting factor between Ontario, on the one hand, and such members and their claims, on the other, may be that they have claims against the same defendants and that these raise the same common issues as the claims of class members resident in Ontario over whom -- and whose claims against the defendants -- the court has jurisdiction.

...

[43] The reasoning in the last three cases I have mentioned does not fit happily with that of the courts of Québec and Saskatchewan in *HSBC Bank Canada v.*

²⁰ *Amram c. Rogers Communications inc. et al.*, EYB 2012-212865 (C.S.), (inscription en appel, C.A., 27-08-2012, n° 500-09-022958-128).

Hocking, 2006 QCCS 330 (CanLII), [2006] J.Q. no. 507, [2006] R.J.Q. 804 (S.C.) and Englund v. Pfizer Canada Inc., 2006 SKQB 6 (CanLII), [2006] S.J. No. 9, [2006] 7 W.W.R. 128 (Q.B.), respectively. »²¹

[50] Donc, les membres du groupe national proposé n'entrent pas dans le cadre de l'article 3148 du *Code civil du Québec*.

[51] Il n'existe aucune assise juridictionnelle pour fonder la compétence de la Cour supérieure vis-à-vis des membres non-résidents. La doctrine du « wait and see » n'est pas suffisante pour établir une telle compétence.

[52] La décision de la Cour d'appel dans l'arrêt Bell²², cité par le procureur de Cuning, ne visait qu'une seule autre province, soit l'Ontario :

« [118] En l'espèce, la compétence des tribunaux du Québec ne pose pas de problème à première vue puisque l'intimée a son domicile au Québec (article 3148, premier alinéa, C.c.Q.).

[119] Par ailleurs, la question de savoir si un recours collectif peut être fondé sur plusieurs régimes juridiques différents ne semble pas encore avoir reçu de réponse définitive, ni au Québec ni ailleurs au Canada. L'auteur Stephen Hamilton décrit ainsi la difficulté que peut poser l'autorisation d'un recours collectif fondé sur le droit de différentes provinces :

The expansion of a class is limited, in the terms used by the legislator and the courts, by the commonality of the issues and/or the preferability of the procedure. As the class gets bigger, the risks that the issues will not be sufficiently common and the class proceedings no longer preferable, increase. This is particularly true when the class expand across a provincial border. The law governing the individual claims of members resident in another provincial border will likely be different, and this may become a significant problem, particularly if the cause of action is statutory and there are substantial different provinces' statutory regimes.

The legal issues will therefore be less common or sometime not common at all.²³ »²⁴

²¹ *Mccutcheon c. Cash Store Inc.*, 2006 CanLII 15754 (ON SC).

²² *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287.

²³ Stephen Hamilton, «The Future of the National Class Action in Canada», Annual Review of Civil Litigation, Toronto, Thomson Carswell, 2007, pp. 398-399; voir également Glenn M. Zakaib and Tim Pinos, «Multi-Jurisdictional Class Actions and the National Class Debate», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, Développements récents en recours collectifs, vol. 278, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 208; voir également *Société canadienne des postes c. Lépine*, [2009] 1 R.C.S. 549, 2009 CSC 16, par. 56-57 et *Brito c. Pfizer Canada inc.*, *Pfizer Canada et Procureur général du Québec*, [2008] R.J.Q. 1420 (C.S.), 2008 QCCS 2231.

²⁴ *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287.

[53] Comme l'affirme la Cour d'appel dans l'affaire *Hocking c. Haziza*²⁵ :

« [151] Or, c'est précisément ce qui paraît survenir en l'espèce : en autorisant un recours collectif sans même se poser la question de savoir s'il existe entre tous et chacun des membres du groupe visé (en l'espèce, les Canadiens ayant eu certains rapports contractuels avec HSBC) et le for saisi (celui de l'Ontario) un lien réel et substantiel sur le fond, le jugement ontarien qui est au cœur du litige fait apparemment en sorte de rendre applicable à tous les non-résidents de l'Ontario, et notamment aux Québécois, non seulement la procédure de reconnaissance applicable aux recours collectifs en Ontario, mais surtout le droit substantif de cette province : voilà en effet que par ce jugement ontarien dont on demande la reconnaissance au Québec, les droits des justiciables québécois ayant contracté au Québec, avec une succursale québécoise de HSBC, un contrat hypothécaire relatif à une propriété située au Québec se trouveraient déterminés par le droit ontarien, alors qu'aucun lien de quelque sorte ne les rattache à celui-ci²⁶. Ne peut-on croire qu'il y a là une atteinte directe au principe constitutionnel de territorialité²⁷ »²⁸

[54] Aux fins d'établir une classe nationale, il est trop simple d'affirmer : « If you bought, you're a member because it did not work for you ».

[55] Par ailleurs, l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba transmis par le procureur de Cuning pendant le délibéré²⁹ ne règle pas la question juridictionnelle à résoudre en vertu du régime québécois de droit international privé codifié au Québec.

[56] En conséquence, le recours autorisé visera les résidents du Québec seulement.

D. Article 1003 d) du Code de procédure civile

[57] L'article 1003 d) du *Code de procédure civile* édicte que le membre auquel le Tribunal entend attribuer le statut de représentant doit être en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

²⁵ *Hocking c. Haziza*, 2008 QCCA 800.

²⁶ Ce qui aurait pu être le cas si, par exemple, les parties avaient choisi d'assujettir leur contrat aux lois ontariennes, à supposer qu'un tel choix eût pu être valide.

²⁷ *Contra* : Janet WALKER, « Recognizing Multijurisdictional Class Action Judgments within Canada : Key Questions - Suggested Answers, dans *Class Actions Seminar for Judges*, Osgoode Professional Development Centre, 9 avril 2008. L'auteure est d'avis que «there is simply no credible challenge to be made to the basic jurisdiction of Canadian courts to certify multijurisdiction class actions» (p. 7), la restriction territoriale issue de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1967* visant les compétences législatives des provinces et non les compétences judiciaires. Peut-être ce point de vue est-il bien fondé, mais, *a priori*, il semble ignorer le fait que, dans l'exercice de leur compétence, un tribunal ne peut pas donner au droit substantiel du for une portée extraterritoriale, ce qui risque d'être le cas en matière de recours collectif visant un groupe national ou transprovincial, comme l'illustre la présente affaire.

²⁸ *Hocking c. Haziza*, 2008 QCCA 800.

²⁹ *Meeking c. Cash Store Inc. et al.*, 2013 MBCA 81 (MB C.A.).

[58] Au paragraphe 70.1 de la requête amendée en autorisation pour exercer un recours collectif, Cunning dépose une liste de 31 personnes³⁰ considérées comme membres potentielles.

[59] Encore une fois, le critère pour obtenir ce statut n'est pas très élevé. La qualité du représentant répond à un standard somme toute peu exigeant.

[60] En l'espèce, Cunning a un intérêt pour agir, est habilitée pour le faire et n'est pas en conflit d'intérêts ce qui n'exclut pas que son procureur puisse jouer un rôle actif.

[61] Elle a été interrogée hors cour et a assisté aux audiences.

[62] Le Tribunal rappelle qu'à ce stade, les allégations contenues aux paragraphes 63 à 70.3 de la requête amendée sont tenues pour avérées.

V. CONCLUSIONS

[63] **VU** les allégués de la requête amendée et la preuve documentaire;

[64] **CONSIDÉRANT** le fardeau requis au stade de l'autorisation;

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[65] **ACCUEILLE** la requête en autorisation amendée pour exercer un recours collectif par Emily Cunning;

[66] **AUTORISE** l'exercice du recours collectif sous la forme d'une requête en dommages et injonction;

[67] **ATTRIBUE** à Emily Cunning le statut de représentante des membres faisant partie du groupe décrit comme suit : toutes les personnes résidant au Québec qui ont acheté des chaussures Fitflop;

[68] **IDENTIFIE** les principales questions de faits et de droit collectivement traitées comme étant les suivantes :

- A) Est-ce que l'intimée s'est engagée dans des actes ou des pratiques injustes, fautifs, mensongers ou trompeurs concernant la commercialisation et la vente de ses chaussures Fitflop ?
- B) L'intimée est-elle sujette envers les membres du groupe au remboursement du prix d'achat de leurs chaussures Fitflop suite à sa faute ?

³⁰ Pièce **R-13** sous scellée.

- C) Un recours en injonction devrait-il être ordonné afin d'interdire à l'intimée de continuer à perpétuer son comportement injuste, fautif, trompeur et/ou mensonger ?
- D) L'intimée devrait-elle payer des dommages compensatoires et/ou punitifs aux membres du groupe et pour quel montant ?

[69] **IDENTIFIE** comme suit les conclusions recherchées qui se rattachent aux principales questions déjà identifiées :

ACCUEILLIR le recours collectif de la requérante et de chacun des membres du groupe;

ORDONNER à l'intimée de cesser toute conduite injuste, fautive, trompeuse et/ou mensongère;

DÉCLARER l'intimée responsable des dommages subis par la requérante et chacun des membres du groupe;

CONDAMNER l'intimée à rembourser à chacun des membres du groupe une somme déterminée en compensation des dommages subis, et ORDONNER le recouvrement collectif de ses sommes;

CONDAMNER l'intimée à rembourser à chacun des membres du groupe des droits punitifs, et ORDONNER le recouvrement collectif de ses sommes;

CONDAMNER l'intimée à payer les intérêts et indemnités additionnels sur les sommes mentionnées ci-dessus conformément à la Loi, à compter de la date de signification de la requête en autorisation du recours collectif;

ORDONNER à l'intimée de déposer au bureau du Tribunal, la totalité des sommes faisant partie du recouvrement collectif, le tout avec intérêts et frais;

ORDONNER que les réclamations de chacun des membres du groupe soient l'objet de liquidation collective si la preuve le permet et, en alternance, par liquidation individuelle;

CONDAMNER l'intimée à supporter les frais de la présente requête, incluant les frais d'experts et d'avis;

RENDRE toute ordonnance que cette Cour détermine et qui est dans l'intérêt des membres du groupe;

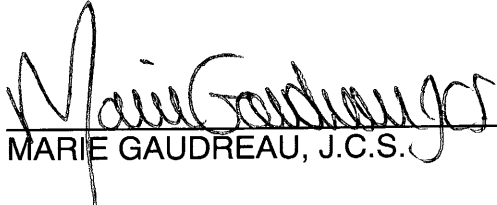
[70] **DÉCLARE** que tous les membres du groupe qui n'ont pas demandé leur exclusion soient liés par tout jugement à être rendu dans le présent recours collectif selon les conditions prévues par la Loi;

[71] **FIXE** le délai d'exclusion à 30 jours à compter de la date de la publication de l'avis aux membres, date à laquelle les membres du groupe qui n'ont pas exercé leurs moyens d'exclusion seront liés par tout jugement rendu aux présentes;

[72] **ORDONNE** la publication d'un avis aux membres du groupe dans le quotidien La Presse, conformément à l'article 1006 du *Code de procédure civile*, dans les soixante (60) jours suivants le présent jugement;

[73] **ORDONNE** que ledit avis soit disponible sur le site internet de l'intimée par un lien intitulé « Notice to FitFlop Footwear owners »;

[74] **LE TOUT**, frais à suivre.


MARIE GAUDREAU, J.C.S.

M^e Jeffrey Orenstein et M^e Andrea Grass
CONSUMER LAW GROUP INC.
Procureurs de la requérante

M^e Jean Lortie et M^e Shaun Finn
McCARTHY TÉTRAULT S.E.N.C.R.L.
Procureurs de l'intimée

Dates d'audition : 23 et 24 septembre 2013
Autorités et notes supplémentaires reçues des
procureurs des parties : du 9 au 17 janvier 2014