

COURT OF APPEAL

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
REGISTRY OF MONTREAL

No: 500-09-024118-135
(500-06-000493-094)

DATE: March 11, 2015

CORAM: THE HONOURABLE NICOLE DUVAL HESLER, C.J.Q.
PAUL VÉZINA, J.A.
MARTIN VAUCLAIR, J.A.

SYLVAIN LAMBERT
APPELLANT – Petitioner

v.

WHIRLPOOL CANADA LP
and
WHIRLPOOL CANADA INC.
and
WHIRLPOOL CORPORATION
RESPONDENTS – Respondents

JUDGMENT

[1] On appeal from a judgment of the Superior Court, District of Montreal (the Honourable Danièle Mayrand), rendered on November 19, 2013, which refused to authorize a class action against the respondent Whirlpool, a manufacturer of washing machines and other appliances.

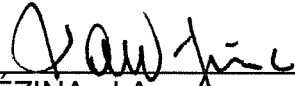
[2] For the reasons of the Chief Justice, with which Vauclair J.A., concurs, **THE COURT:**

[3] **DISMISSES** the appeal, with costs.

[4] For his part and for other reasons, Vézina J.A. would have authorized the class action and would have allowed the appeal.



NICOLE DUVAL HESLER, C.J.Q.



PAUL VEZINA, J.A.



MARTIN VAUCLAIR, J.A.

Mtre Jeffrey Orenstein
Mtre Andrea Grass
CONSUMER LAW GROUP INC.
For appellant

Mtre Laurent Nahmiash
Mtre Anthony Franceschini
DENTONS CANADA LLP
For respondents

Date of hearing: December 1 & 2, 2014

REASONS OF DUVAL HESLER, C.J.Q.

[5] This is an appeal from the refusal to authorize a class action against the respondent Whirlpool, a manufacturer of washing machines and other appliances.

[6] Mr. Lambert bought a Whirlpool front-loading washing machine in April 2004. In 2005, he began to notice foul odours emanating from the machine and complained to the respondent, who advised him to contact the retailer. The latter provided maintenance instructions and sold him a five-year extended warranty.

[7] On 21 December 2009, the Consumer Law Group, through an initial proposed representative, acting as petitioner, launched a class action against the respondent patterned after similar class actions in other jurisdictions.¹ The appellant replaced that initial proposed representative on February 14, 2013, after being approached by counsel to that end.

[8] The motion judge enjoys a significant amount of discretion at the authorization stage. Indeed, deciding whether the cumulative conditions of art. 1003 *C.C.P.* are met entails a certain measure of factual appreciation or assessment. An appellate tribunal may review this decision if the motion judge clearly misapprehended the allegations or the elements of evidence in the record in regard to the criteria of art. 1003 *C.C.P.*, or committed an error of law. Such is the position set out by the Supreme Court of Canada in *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*:²

[34] The Quebec Court of Appeal, mindful of the importance of the motion judge's discretion with respect to the criteria set out in art. 1003 *C.C.P.*, has stated on many occasions that its power to intervene in this regard is limited and that it must show deference to the motion judge's decision. It will therefore intervene in an appeal from a decision on a motion for authorization to institute a class action only if the motion judge erred in law or if the judge's assessment with respect to the criteria of art. 1003 *C.C.P.* is clearly wrong [...]. (emphasis added)

¹ *Glazer et al. v. Whirlpool Corp.*, 722 F.3d 838 (6th Cir. 2013) (certification affirmed), leave to appeal to Supreme Court refused, 134 S. Ct. 1277; *Arora v. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657 (refusal to certify the action confirmed); *Glazer et al. v. Whirlpool Corp.*, jury verdict in favour of Whirlpool, case no. 1.:08-WP-6500, United States District Court, Northern District of Ohio Eastern Division, Oct. 30, 2014.

² 2014 SCC 1 [references omitted, emphasis added]. See also *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, paras. 45-46; *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2010 QCCA 351, para. 23; *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, paras. 25-26.

[9] Indeed, this Court defers to the authorizing judge's assessment of the case put forward in a proposed class action at the stage of authorization. The following excerpt from the decision in *Bouchard c. Agropur Coopérative* is but one of many instances of such restraint.³

[42] [TRANSLATION] [T]he language of 1003 *C.C.P.* refers in many instances to the judge's appreciation. The latter merits deference and this Court will only intervene when it is patently unfounded or when an error of law vitiates the underlying analysis.

[10] Before delving into the substance of the analysis performed by the motion judge here, it is worthwhile to outline one important consideration regarding her role as authorizing judge.

[11] The motion judge filters frivolous actions at the authorization stage. In doing so, she furthers the administration of justice by weeding out untenable claims, sparing unnecessary procedures for the group, the representative, the defendant and the judicial system. The Supreme Court recently explained this objective in *Infinion Technologies AG v. Option consommateurs*:⁴

[61] At this stage, the court's role is merely to filter out frivolous motions and grant those that meet the evidentiary and legal threshold requirements of art. 1003. The objective is not to impose an onerous burden on the applicant, but merely to ensure that parties are not being subjected unnecessarily to litigation in which they must defend against untenable claims. The Court of Appeal described the threshold requirement as follows: "*le fardeau en est un de démonstration et non de preuve*" or, in English, [TRANSLATION] "the burden is one of demonstration and not of proof" [...].

[12] This goal – curbing unnecessary or unmeritorious litigation – informs the analysis of each criteria listed at art. 1003 *C.C.P.* It is particularly relevant when determining whether the alleged facts seem to justify the conclusions sought, per art. 1003(b) *C.C.P.* While the applicant is only held to a burden of demonstration, the claims are nevertheless subject to a screening standard and the motion judge may take a contextual approach to assess whether an action is bound to fail. She may entertain questions of law if the success of the action is contingent on their determination.⁵ In *Trudel c. Banque Toronto-Dominion*, this Court confirmed the dismissal of an authorization to institute a class action, commenting that the trial judge was bound to interpret the law at the source of the action.⁶

³ 2006 QCCA 1342.

⁴ 2013 SCC 59 [references omitted].

⁵ Sean Finn, *Recours singulier et collectif : redéfinir le recours collectif comme procédure particulière* (Cowansville: Yvon Blais, 2011), p. 167.

⁶ *Trudel c. Banque Toronto-Dominion*, 2007 QCCA 413.

[3] [TRANSLATION] This matter is a pure question of interpretation. The trial judge took the facts as averred and concluded that the legislative provisions could not support the plaintiff's interpretation [...]. Exercising her discretionary power, the judge not only could, but had to interpret the law.

[13] In the case at bar, the motion judge accurately grasped her function as set out above. Paragraphs 40 and 41 of her reasons state that the aim of the authorization process is to eliminate frivolous actions. She also correctly described the burden resting on the petitioner as one of mere demonstration.

[14] In essence, the motion judge found that the appellant failed to meet two requirements under art. 1003 *C.C.P.* She found that he had not the required personal interest in the proposed class action since his personal claim was prescribed and that he did not possess the qualifications required of a class representative.

[15] As for her analysis of prescription at paragraphs 44 to 60, I see no reason to intervene. Prescription of the personal claim of the proposed representative may not, in and of itself, be a sufficient bar to the authorization of a class action in every case,⁷ but in this case, it is closely linked to the issue of the adequacy of the appellant as a class representative.

[16] Indeed, the appellant takes issue with the starting point of prescription, which, as the respondent submits, involves a factual determination.⁸ Prescription begins when the defect first manifests itself in a material fashion.⁹ The appellant essentially seeks to shift that moment from the emergence of foul odours which prompted his complaint to the respondent in 2005, to an internet search in August 2012 which drew his attention to the existence of class actions instituted in other jurisdictions in regard to the same or similar appliances.

[17] The motion judge described the prejudice suffered by the appellant, according to his Motion in authorization, as foul odours, followed by mildew and visible residue on the drum of the washing machine.¹⁰ She then relied on her assessment of the appellant's testimony to situate the first significant manifestation of the prejudice in 2005, one year after purchase, when odours became [TRANSLATION] "continuous and

⁷ See *Service aux marchands détaillants Itée (Household Finance) c. Option Consommateurs*, 2006 QCCA 1319.

⁸ *Ronis c. Pavillet*, 2010 QCCA 1535, para. 41 [Ronis].

⁹ *DSD International inc. c. Construction Gosselin-Tremblay inc.*, 2008 QCCA 2533, paras. 10-12; Jacques Deslauriers, *Vente, Louage, louage, contrat d'entreprise ou de service*, (Montreal: Wilson & Lafleur, 2013), no 607, p. 190.

¹⁰ Judgment under review, paras. 52-53; Re-Re-Amended Motion to Authorize the Bringing of a Class Action & to Ascribe the Status of Representative, September 19, 2013, Appellant's factum (hereafter "AF"), vol. 2, p. 222, para. 19.

repetitive”.¹¹ In fact, the appellant testified that he had always experienced odour problems with the machine.¹² Thus, the judgment *a quo* is error free on this point.¹³

[54] A tout le moins, dès le mois de mai 2005 et très certainement avant le 21 décembre 2006, date butoir de la prescription, les préjudices allégués se sont manifestés de façon certaine, précise et appréciable, tant suivant les allégations de la Requête qu'en vertu des deux interrogatoires du Requéérant.

[18] The motion judge was entitled to deny authorization of the class action based on inadequate representation pursuant to art. 1003(d) *C.C.P.* It is now trite law that the representative should (1) have a personal interest, (2) be sufficiently competent to represent the group and (3) divulge any conflict of interest.¹⁴

[19] In the case under study, the prescription of the appellant's action effectively terminated his personal interest in the matter. Again, although that may not suffice to dismiss the appeal, it is relevant to the assessment of his qualifications as class representative.

[20] The motion judge relied on her credibility findings and on her evaluation of the appellant's testimony to conclude that a lack of transparency hindered his ability to represent the interests of the group. While courts must be cautious not to set an elitist standard jeopardizing the access to justice that is so fundamental to class actions,¹⁵ the record amply supports the motion judge's findings in this case. As noted by the motion judge, the appellant's vague answers regarding the date of purchase of the washing machine and the manifestation of the prejudice, as well as his cursory efforts to locate the most basic documents,¹⁶ are such that the trial judge's conclusion is exempt from a palpable and overriding error:¹⁷

[72] Le Requéérant n'est pas transparent et ses déclarations frôlent le mensonge. Le deuxième contrat de service allégué dans sa requête et lors de ses interrogatoires vise non pas la laveuse en cause, mais une deuxième laveuse que lui ou son ex-conjointe a acquise avec d'autres électroménagers dont sa cuisinière Kenmore en 2009. Il est

¹¹ *Ibid.*, para. 52.

¹² *Ibid.*, p. 989.

¹³ Para. 54 of judgment *a quo*.

¹⁴ *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, paras. 149-150; *Union des consommateurs c. Air Canada*, 2014 QCCA 523, para. 82; *Contat c. General Motors du Canada ltée*, 2009 QCCA 1699, paras. 33-35; *Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, para. 54; *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, para. 109. See also *Perreault c. McNeil PDI inc.*, 2012 QCCA 713, para. 34.

¹⁵ *Guilbert c. Vacances Sans Frontière Ltée*, [1991] J.Q. no 860 (C.A.); *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, [2005] J.Q. no 607 (C.S.); *Hotte c. Servier Canada inc.* [2002] J.Q. no 176 (C.S.) Dalphond J. (as he then was), para. 39.

¹⁶ On the relevance of the representative's efforts for assessing the ability to lead the class action, see *Fortier c. Meubles Léon ltée*, 2014 QCCA 195, para. 148.

¹⁷ Para. 72 of judgment *a quo*.

étonnant que l'un ou l'autre, sa conjointe pestant sans cesse contre la laveuse, ait acheté la même laveuse frontale Whirlpool, quatre ans plus tard.

[21] This Court, like Courts in other jurisdiction, has held credibility and reliability issues to be relevant at the certification stage either to evaluate the status of the representative or its impact on another criterion.¹⁸ Simply put, a petitioner who is a manifestly unreliable witness may not be ascribed the status of representative.

[22] One can justifiably doubt the ability of an individual to adequately represent the interests of a group in a class action when that individual took no initiative in advancing a claim, has a claim which is at best prescribed, and whose conduct in the proceedings, at the authorization stage, raised credibility issues.

[23] For these reasons, I would dismiss the appeal, with costs.



NICOLE DUVAL HESLER, C.J.Q.

¹⁸ *Gagnon c. Nolitour inc.*, [1996] R.D.J. 113, paras 31-33 (C.A.Q.); *Cloud v. MTS Allstream Inc.*, 2013 MBQB 16, para. 22; *Lambert v. Guidant Corp.* (2009), 72 C.P.C. (6th) 120, para. 150 (Ont. S.C.), leave to appeal dismissed (2009), 82 C.P.C. (6th) 367 (Div. Ct); *Shaw v. BCE Inc.*, [2003] O.J. No. 5841, para. 25 (Ont. S.C.).

MOTIFS DU JUGE VÉZINA

[24] J'ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef. Avec égards, je ne partage pas son opinion.

[25] Les deux moyens d'appel de l'Appelant, qui représente le groupe, me paraissent fondés. La Juge a conclu prématurément à la prescription de son action individuelle et elle a trop exigé de lui pour déterminer s'il « est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres » (C.c.Q., art. 1003).

[26] Le premier moyen est important car la Juge revient sur « le problème de la prescription » dans son analyse du second moyen.

[27] Il est vrai que le problème de moisissure et de mauvaise odeur de la laveuse frontale est constaté dès 2005 alors que l'action collective est de 2009, plus de trois ans plus tard.

[28] Mais le point de départ de la prescription n'est pas le moment où un problème est décelé, mais le moment où la victime a connaissance d'un droit d'action en rapport avec ce problème. La personne opérée qui souffre d'une douleur persistante ne peut prendre action avant de savoir qu'elle est causée par l'oubli d'une pince chirurgicale dans son abdomen.

[29] Ici, le point de départ de la prescription est délicat à établir pour deux raisons. Le problème s'est manifesté de façon graduelle ou plutôt de façon récurrente et, d'autre part, l'Intimée, à qui l'Appelant s'adresse en 2005, l'assure que le problème résulte d'une faute de l'Appelant lui-même dans l'utilisation ou l'entretien de l'appareil.

[30] Quant à la première raison, voici les allégations de l'Appelant qui, à ce stade du procès, doivent être tenues pour avérées.

[31] En 2005, il communique avec les représentants de Sears pour se plaindre de l'odeur émanant de sa laveuse. Pour y remédier, Sears lui conseille d'acheter du détergent High Efficiency ainsi que des tablettes Affresh et de faire des cycles de nettoyage vides avec de l'eau de Javel. Ces recommandations fonctionnent et diminuent le problème éprouvé de temps à autre de 2005 à 2010. Cependant, en mai 2010, il contacte de nouveau Sears et demande l'envoi d'un technicien. Pendant l'intervention de celui-ci, il remarque la présence de moisissure sur le joint d'étanchéité de la porte de la laveuse. Comme le technicien change le joint, l'Appelant croit le problème identifié et définitivement réglé.

[32] Cependant en 2012, le problème d'odeur et de moisissure réapparaît et amène l'Appelant à faire une recherche plus approfondie. En consultant divers sites Internet, il constate que plusieurs autres personnes vivent le même problème d'odeur et de moisissure et l'attribuent à un vice de conception des laveuses frontales vendues par les Intimées.

[33] Bien sûr, la preuve n'est pas faite de ce vice de conception. L'Appelant devra le démontrer si l'action se poursuit. Mais les allégations de l'action et les documents produits à son soutien font voir que la prétention du groupe est sérieuse et plausible.

[34] Par ailleurs, même si l'Appelant est quelque peu désorganisé, comme la lecture de son interrogatoire préalable le fait voir, il ne faudrait pas confondre cet interrogatoire et la preuve qu'il pourra administrer lors de l'instruction sur le fond alors qu'il pourra apporter le témoignage de son épouse, citer à comparaître les représentants des Intimées et de Sears et élaborer sur les problèmes vécus aux diverses époques.

[35] Le problème de 2005 s'est révélé récurrent, c'est-à-dire qu'il est disparu pour réapparaître plus tard. Ce problème récurrent peut-il être considéré comme s'étant « manifesté graduellement » (C.c.Q., art. 2926)? Ce n'est pas évident, le juge du fond tranchera.

[36] Quant à la seconde raison, il faut s'arrêter au comportement des Intimées à l'égard de l'Appelant.

[37] Les documents au dossier établissent que les Intimées connaissaient elles-mêmes le problème dès 2005. Leur réaction est d'informer leurs clients que le problème est dû à un défaut d'entretien, lequel disparaîtra grâce à l'usage de divers produits. L'Appelant leur fait confiance et, de fait, le problème se fait oublier durant un bon moment.

[38] Sa réapparition plus tard fait comprendre que la cause du problème n'est pas un simple défaut d'entretien, mais qu'il y a quelque chose de plus grave. L'allégation d'un vice de conception paraît alors plausible.

[39] Dans ces circonstances, il me paraît quelque peu cynique et même spécieux de la part des Intimées de faire reproche à l'Appelant d'avoir cru au départ, en 2005, qu'il s'agissait d'un simple problème temporaire causé par son mauvais entretien de la laveuse, alors qu'elles ont tout fait pour l'en convaincre, et ce, malgré qu'elles savaient que le problème était répandu et de nature plus permanente.

[40] L'auteure Céline Gervais¹ explique que : « dans le cadre de la suspension pour impossibilité d'agir, le principe fondamental veut que la prescription soit suspendue si

¹ Céline GERVAIS, *La prescription*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 108.

l'ignorance des faits générateurs du droit du réclamant est causée par la faute de la partie adverse. »

[41] Il faudra donc prendre en compte le comportement des Intimées pour déterminer le point de départ du délai de prescription.

[42] Déclarer prescrite l'action personnelle de l'Appelant est prématuré. Seul le juge du fond aura tous les éléments pour trancher la question de la prescription.

[43] Le second moyen d'appel est de déterminer si l'Appelant peut « assurer une représentation adéquate » des membres du groupe.

[44] Ici, l'erreur dans le jugement résulte de l'oubli de faits incontestés.

[45] Il y a un problème d'odeur et de moisissure en rapport avec les laveuses frontales des Intimées.

[46] Ces laveuses ont été vendues en grand nombre et le problème n'est pas isolé, au contraire. Aux États-Unis, une « *class action* » a été autorisée.

[47] La cause du problème demeure à prouver. Mais à ce stade, le vice de conception allégué est présumé et cette présomption n'a rien de frivole.

[48] L'essentiel pour les membres du groupe est que leur action soit bien présentée et bien plaidée.

[49] La lecture de la demande introductive d'instance et l'ensemble des documents réunis à son soutien démontrent un travail professionnel.

[50] La plaidoirie en appel démontre que l'avocat connaît bien le dossier et qu'il est en mesure de représenter adéquatement le groupe.

[51] Il aurait mieux valu que le problème de prescription ne se pose pas et que le représentant soit plus déluré, mais ces obstacles ne doivent pas priver les membres du groupe de leur droit d'être entendus sur le fond du problème, à savoir si les laveuses des Intimées étaient mal conçues et si les acheteurs ont été floués.

[52] Un paragraphe du jugement m'étonne :

[70] Le Requérent n'avait aucun intérêt à prendre des procédures, il a d'ailleurs reconnu qu'il n'aurait pas entrepris de recours contre Whirlpool s'il avait été seul à le faire. [citation omise]

[53] On touche là à l'essentiel de l'institution des « recours collectifs », des actions de groupe.

[54] Personne ne va entreprendre une action contre une grande entreprise dans le but de récupérer plus ou moins cent dollars.

[55] Mais la situation prend une tout autre dimension lorsque le problème se révèle être celui de nombreuses autres personnes. Le combat judiciaire change de perspective.

[56] L'obtention de dommages-intérêts compensatoires et peut-être même punitifs permet de consacrer de l'énergie et des ressources et d'avoir recours à des experts pour un débat d'égal à égal.

[57] Certes, l'autorisation de l'action collective obligera les Intimées à se défendre et à encourir les frais d'un procès. Mais je n'y vois rien d'inéquitable. Le problème de moisissure dans leurs laveuses frontales est réel et justifie le débat judiciaire pour déterminer s'il serait dû à un vice de conception dont elles sont responsables.

[58] La Cour suprême rappelle, dans *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*², le rôle du tribunal à l'étape de l'autorisation d'une action collective :

[59] À l'étape de l'autorisation, le tribunal exerce un rôle de filtrage. Il doit simplement s'assurer que le requérant a satisfait aux critères de l'art. 1003 C.p.c., sans oublier le seuil de preuve peu élevé prescrit par cette disposition. La décision du tribunal saisi de la requête en autorisation est de nature procédurale puisqu'il doit décider si le recours collectif peut être autorisé à aller de l'avant.

[...]

[61] À la présente étape, le tribunal, dans sa fonction de filtrage, écarte simplement les demandes frivoles et autorise celles qui satisfont aux exigences relatives au seuil de preuve et au seuil légal prévus à l'art. 1003. Le but de cet examen n'est pas d'imposer un lourd fardeau au requérant, mais simplement de s'assurer que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables. La Cour d'appel a décrit l'exigence relative au seuil comme suit : « le fardeau en est un de démonstration et non de preuve » ou, en anglais, [TRADUCTION] « *the burden is one of demonstration and not of proof* » (*Pharmascience Inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, [2005] R.J.Q. 1367, par. 25; voir également *Martin c. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376 (CanLII), par. 32).

[...]

[65] [...] la procédure d'autorisation ne constitue pas un procès sur le fond, mais plutôt un mécanisme de filtrage. Le requérant n'est pas tenu de démontrer que

² 2017 CSC 59, [2013] 3 RCS 600.

sa demande sera probablement accueillie. De plus, son obligation de démontrer une « apparence sérieuse de droit », « *a good colour of right* » ou « *a prima facie case* » signifie que même si la demande peut, en fait, être ultimement rejetée, le recours devrait être autorisé à suivre son cours si le requérant présente une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable.

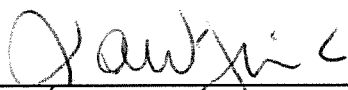
[...]

[68] Tout examen du fond du litige devrait être laissé à bon droit au juge du procès où la procédure appropriée pourra être suivie pour présenter la preuve et l'apprécier selon la norme de la prépondérance des probabilités.

[59] L'action n'est pas frivole. Le seuil est franchi.

[60] L'Appelant fait confiance aux avocats qui ont monté le dossier et sont déterminés à le mener à terme, au bénéfice du groupe. Sa confiance est bien placée. Si les avocats prennent trop de place dans la dynamique des actions collectives – ce que plusieurs appréhendent – c'est là un problème de politique générale qui ne peut être pris en considération pour trancher le cas particulier en l'espèce.

[61] À mon avis, l'action collective doit être autorisée. Aussi, j'accueillerais l'appel.



PAUL VÉZINA, J.A.