

CANADA

COUR D'APPEL

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

CAMILO BARATTO

PARTIE APPELANTE - Demandeur

No.C.A :

No.C.S: 500-06-000648

c.

MERCK CANADA INC.

-et-

MERCK FROSST CANADA & CIE

PARTIES INTIMÉES - Défenderesses

DÉCLARATION D'APPEL

(Article 352 C.p.c.)

Partie appelante

Datée du 20 janvier 2017

1. La partie appelante se pourvoit contre un jugement de la Cour supérieure du Québec rendu le 21 décembre 2016 par l'honorable Claude Dallaire siégeant dans le district de Montréal qui a rejeté une demande pour autorisation d'exercer une action collective. Une copie du jugement dont appel est annexée à la présente (**Annexe A**). L'audition en première instance a duré 2 jours.
2. En avril 2013, une demande d'autorisation d'exercer une action collective a été déposée par Camillo Baratto, dont la dernière version amendée a été signifiée le 21 octobre 2015 (**Annexe B**), afin qu'il soit autorisé à représenter le groupe suivant :

Toutes les personnes résidant au Québec à qui a été prescrit les médicaments Propecia et/ou Proscar avant le 18 novembre 2011 et qui ont consommé ces médicaments pour le traitement de la calvitie commune.
3. L'action collective allègue que les parties intimées ont directement ou indirectement commercialisé les médicaments Propecia et Proscar pour le

traitement de l'alopecie androgénogénétique, aussi connue comme la calvitie commune, et ont négligé d'informer les membres de certains effets indésirables persistants après la cessation de la prise de ces médicaments.

4. Les membres recherchent une compensation pour les dommages à la santé causés par la faute des parties intimées ainsi que des dommages punitifs.
5. L'audition sur la demande en autorisation d'exercer une action collective a eu lieu les 27 et 28 janvier 2016.
6. La demande d'autorisation a été rejetée par la juge Dallaire le 21 décembre 2016.
7. Avec égards, l'appelant estime que la juge de première instance a commis plusieurs erreurs déterminantes en faits et en droit ;

Le jugement dont appel

8. La juge Dallaire affirme au paragraphe 8 de son jugement qu'un recours similaire a fait l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême du Canada au moment où elle rend son jugement. Or, la Cour suprême avait déjà refusé, le 14 avril 2016, d'entendre le pourvoi de l'arrêt de la Cour d'appel¹ de la Colombie-Britannique qui avait confirmée le jugement du tribunal d'instance autorisant le recours.²
9. Dans son jugement du 21 décembre, la juge Dallaire a estimé que l'action collective ne peut être autorisée parce que les deux premiers critères de l'article 575 C.p.c. ne sont pas rencontrés.³
10. Quant au critère de 575(1) C.p.c., elle a jugé qu'il n'existe pas de questions susceptibles de faire avancer le recours des membres de manière utile suite à son analyse des faits particuliers de l'appelant.⁴

¹ *Miller v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2013 BCSC 544; *Miller v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2015 BCCA 353.

² *Merck Frosst Canada Ltée, et al. c. Michael Miller*, CSC. n°36668, 14 avril 2016.

³ Jugement dont appel, par. 112.

⁴ Jugement dont appel, par. 115.

11. Selon la juge d'instance, le critère de 575(1) C.p.c. ne peut par ailleurs être satisfait si le demandeur ne démontre pas qu'une utilisation raisonnable des ressources judiciaires résultera de l'action collective.⁵
12. La juge Dallaire a conclu que le critère de l'article 575(2) C.p.c. n'était pas rencontré au motif que le syllogisme proposé par le requérant est « boiteux »⁶ et n'est pas supporté par la preuve.⁷
13. Finalement, la juge Dallaire a jugé que la déclaration assermentée d'une médecin spécialisée en urologie et épidémiologie, Dre Stothers, et la déclaration assermentée d'une consultante en matières réglementaires de l'industrie pharmaceutique, madame Tomalin, peuvent valablement jouer un rôle dans son appréciation des critères à satisfaire en vertu de l'article 575 C.p.c. et du sérieux ou non du recours, malgré la position de l'appelant selon laquelle cette preuve ne devait pas être considérée au stade de l'autorisation.⁸ Tel qu'il appert tout au long du jugement dont appel, elle accorde un poids considérable à ces déclarations assermentées.

Énoncé des moyens d'appel

Premier motif d'appel : la juge d'instance a manifestement erré en concluant qu'il n'existe aucune question de droit et de fait identique, similaire ou connexe pouvant faire avancer le recours des membres de manière utile.

14. La juge Dallaire a manifestement erré en droit dans son interprétation du critère établi à l'article 575(1) C.p.c.
15. L'article 575(1) C.p.c. reprend ce qui était énoncé à l'article 1003 a) et n'a pas changé le droit applicable à ce critère d'autorisation.
16. La jurisprudence sur le premier critère d'autorisation de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec est bien établie à l'effet que le seuil nécessaire afin d'établir l'existence de questions communes est peu élevé et que ce seuil est atteint même s'il n'existe qu'une seule question

⁵ Jugement dont appel, par. 137.

⁶ Jugement dont appel, par. 149.

⁷ Jugement dont appel, par. 146.

⁸ Jugement dont appel, par. 110 et procès-verbal d'audience du 27 janvier 2016.

de droit commune, connexe ou similaire, pour autant que cette question ne soit pas insignifiante pour le sort du recours.

17. La conclusion de la juge Dallaire selon laquelle le premier critère n'est pas satisfait, notamment car l'action collective ne résulterait pas en une utilisation raisonnable des ressources judiciaires⁹ revient à ajouter dans l'analyse du critère de 575(1) la question de l'opportunité du recours, ce qui modifie sans aucune assise l'état du droit ;
18. Son interprétation du critère établi à l'article 575(1) C.p.c. étant erronée, la juge Dallaire n'a manifestement pas appliqué au présent dossier les enseignements de cette Cour et de la Cour suprême du Canada quant aux critères applicables au stade de l'autorisation.
19. La juge Dallaire a de plus manifestement erré en droit et en fait en considérant qu'il n'existe aucune question susceptible de faire avancer le recours des membres de manière utile en l'espèce.
20. Les questions proposées étaient les suivantes :
 - a) Quels sont les risques à la santé associés ou causés par l'usage de Propecia et Proscar?
 - b) L'usage de Propecia et Proscar peut-il causer des problèmes physiques, psychologiques et/ou sexuels?
 - c) Les intimées ont-elles adéquatement et suffisamment avisé les membres du groupe des risques à la santé associés à l'usage de Propecia et Proscar?
 - d) Les intimées connaissaient-elles ou auraient-elles dû connaître les risques associés à l'usage de Propecia et Proscar?
 - e) Les intimées ont-elles manqué à leurs obligations de mener des essais cliniques adéquats avant et après la vente de Propecia et Proscar?
 - f) Les intimées ont-elles commis une faute engageant leur responsabilité civile?
 - g) Quelle est la nature et la portée des droits des membres du groupe et des obligations des intimées qui découlent de la *Loi sur la protection du consommateur* ?

⁹ Jugement dont appel, par. 137.

- h) Les intimées sont-elles tenues de payer des dommages punitifs aux membres du groupe?
- i) Les membres du groupe peuvent-ils demander le recouvrement collectif de leurs dommages?
21. Il est manifeste que la résolution de ces questions permettra de faire avancer de façon significative le recours des membres.
22. La juge Dallaire a conclu que l'action collective ne pourrait pas viser le Propecia parce que l'appelant « n'a consommé aucun des deux [médicaments visés par le recours], à proprement parler, n'ayant jamais mis un comprimé de Propecia dans sa bouche, n'ayant pas pris du Proscar pour traiter l'une ou l'autre des problématiques de santé pour lesquelles ce médicament est en marché, et n'ayant pas ingéré ce médicament de la manière indiquée par le fabricant ».¹⁰
23. La juge a commis une erreur manifeste en jugeant que le demandeur ne pouvait pas représenter les utilisateurs du Propecia parce qu'il n'en avait pas lui-même consommé. Malgré qu'elle mentionne que tant Proscar que Propecia sont composés par la même molécule active, la finastéride, elle n'en tient ultimement pas compte. Elle n'a pas non plus tenu compte de l'allégation selon laquelle les intimés savaient que Proscar était utilisé couramment pour le traitement de la calvitie.
24. Rien n'empêche le demandeur de représenter adéquatement les utilisateurs de Propecia parce que c'est la même molécule qui est en cause et aussi parce qu'en droit, la juge d'instance aurait dû tenir compte des enseignements récents de la Cour suprême du Canada dans *Banque de Montréal c. Marcotte* qui établissent que l'intérêt pour agir d'un représentant à l'encontre de multiples défendeurs où il n'aurait pas de cause directe d'action contre chacun d'eux doit être appréciée sous l'angle de l'intérêt commun du groupe proposé.¹¹
25. Les questions liées à la posologie et à la responsabilité du fabricant dans un cas où le médicament consommé fait l'objet d'une prescription par des

¹⁰ Jugement dont appel, par. 116-117.

¹¹ *Banque de Montréal c. Marcotte*, [2014] 2 RCS 725, 2014 CSC 55, par. 42.

médecins pour le traitement d'une condition différente à la connaissance du fabricant sont par ailleurs manifestement des questions pour le mérite.

26. La juge Dallaire a de plus manifestement erré en acceptant à l'étape de l'autorisation l'opinion du Dr Strothers pour conclure qu'il existe trop de facteurs individuels qui peuvent expliquer la dysfonction érectile et que l'action collective serait donc inutile suite à son analyse des faits particuliers de monsieur Baratto¹² :

[121] La preuve médicale objective fournie par Dre Stothers nous informe que la dysfonction érectile « (...) *is a symptom of many underlying causes and diseases* », qu'il existe 9 causes médicales communes la causant et 8 facteurs psychologiques susceptibles d'intervenir dans l'établissement d'un tel diagnostic, de sorte que l'action collective serait tout compte fait inutile.

[références omises]

27. Non seulement la détermination de la juge d'instance est prématurée, mais il est aussi évident qu'un recours collectif peut être exercé même si le dommage allégué peut avoir plusieurs causes. C'est après avoir entendu toute la preuve que le juge décidera si la responsabilité peut être établie sur une base collective ou si les réclamations des membres doivent être traitées individuellement.

Deuxième motif d'appel: la juge d'instance a manifestement erré en concluant que les faits allégués ne justifient pas les conclusions recherchées.

28. La juge Dallaire a manifestement erré en droit dans son interprétation du critère établi à l'article 575(2) C.p.c.
29. Ce critère a pour but de filtrer les recours qui, à leur face même, paraissent frivoles ou manifestement mal fondés. Le requérant n'a qu'à démontrer une cause défendable *prima facie*, tel que le reconnaît par ailleurs la juge Dallaire.¹³

¹² Jugement dont appel, par. 115.

¹³ Jugement dont appel, par. 140.

30. La juge Dallaire a aussi rappelé que les allégations doivent être tenues pour avérées lors de l'analyse du deuxième critère d'autorisation.
31. Toutefois, contrairement aux principes qu'elle a rappelés, elle a exigé un seuil de preuve beaucoup plus élevé que celui requis au stade de l'autorisation.
32. Cette erreur de la part de la juge Dallaire est rendue manifeste par les paragraphes 148 et 180 à 187 de son jugement.
33. La juge Dallaire a par ailleurs erré en accordant un poids considérable aux déclarations assermentées de la Dre Stothers et de madame Tomalin produites par les intimées lors de son évaluation du deuxième critère d'autorisation. Ces déclarations, qui expriment en grande partie des opinions, n'étaient pas pertinentes à l'étape de l'autorisation d'une action collective, à moins que cette étape ne soit transformée au procès au mérite.
34. La Dre Stothers est une médecin spécialisée en urologie et épidémiologie et madame Tomalin est une consultante en matières réglementaires de l'industrie pharmaceutique. Leurs déclarations assermentées expriment de nombreuses opinions et s'apparentent manifestement à des expertises.
35. La preuve d'experts n'est pas la norme au stade de l'autorisation en ce qu'elle imposerait un fardeau excessif au requérant et contournerait ainsi l'intention du législateur de simplifier la demande d'autorisation.
36. La juge Dallaire a manifestement erré lorsqu'elle a conclu que les déclarations assermentées peuvent valablement jouer un rôle dans son appréciation des critères à satisfaire à l'étape de l'autorisation.¹⁴
37. Cette erreur conduit la juge Dallaire à commettre une erreur additionnelle, soit d'apprécier le mérite des études scientifiques produites au soutien de la demande en autorisation à la lumière des opinions contenues dans les déclarations assermentées produites par les intimées et donc de plonger dans le débat qui devra être fait seulement à l'étape du mérite, sans avoir le bénéfice de la preuve d'expert en demande et des contre-

¹⁴ Jugement dont appel, par. 110.

interrogatoires. La lecture des paragraphes 214 à 216 du jugement dont appel illustre l'erreur de la juge d'instance:

[214] Même si l'autorisation n'est pas le forum pour débattre *in extenso* de la preuve par expert, il faut quand même voir si les allégations de Baratto et la preuve sommaire qu'il présente suffisent à entreprendre tout un débat sur le sujet.

[215] Or, les constats techniques de Dre Stothers sur la constitution des documents produits par Baratto nous convainquent que d'autoriser ce recours transformerait le Tribunal en véritable laboratoire judiciaire, alors que tel n'est pas notre rôle, puisque le recours actuel ne nous offre pas de choisir entre 2 thèses médicales, l'une étant pro Proscar et l'autre contre.

[216] Il ne reste donc que les spéculations du requérant et d'un groupe d'individus qui ont des symptômes similaires et qui relient tous ces désagréments au Proscar ou au Propecia pour fonder ce recours, ce que nous considérons insuffisant pour autoriser une action collective.

38. Dans son évaluation de ce deuxième critère, la juge Dallaire s'attaque aussi à la crédibilité du demandeur¹⁵, sans jamais l'avoir entendu, en raison d'une erreur d'écriture qui a été corrigée lorsqu'elle a été remarquée, comme expliquée par le représentant lors de son interrogatoire et de son historique médical.
39. À cette occasion la juge d'instance fait état des antécédents médicaux du requérant sans aucune nécessité pour appuyer ses conclusions, alors qu'il était convenu à cette étape que son dossier médical devait demeurer confidentiel, ayant par ailleurs été produit sous scellé.¹⁶
40. L'appelant a clairement démontré une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable. La conclusion de la juge à l'effet contraire est manifestement erronée.
41. Rappelons qu'une action collective quasi identique a été autorisée en Colombie-Britannique, après que la Cour suprême du Canada ait refusé d'entendre le pourvoi des intimés.

¹⁵ Et à celle de ses procureurs.

¹⁶ Jugement dont appel, par. 34 et 178.

Conclusions recherchées

42. La partie appelante demandera à la Cour d'appel de :

ACCUEILLIR l'appel ;

INFIRMER le jugement de première instance ;

ACCUEILLIR la *Requête ré-amendée en autorisation d'exercer un recours collectif et pour obtenir le statut de représentant (2015-09-28)* ;

AUTORISER l'exercice du recours collectif ;

Avis de la présente déclaration d'appel est donné au greffe de la Cour supérieure du Québec du district de Montréal et à :

Me Claude Marseille

Me Ariane Bisailon

Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l.

1 Place Ville Marie, Bureau 3000

Montréal (QC) H3B 4N8

Procureurs des intimées

Montréal, le 20 janvier 2017

TRUDEL JOHNSTON & LESPÉRANCE
Avocats de l'appelant

TRUDEL JOHNSTON & LESPÉRANCE

Me Philippe Trudel

Me Gabrielle Gagné

750, Côte de la Place d'Armes, bureau 90

Montréal (Québec) H2Y 2X8

Téléphone : 514 871-8385

Télécopieur : 514 871-8800

Courriels : philippe@tjl.quebec et gabrielle@tjl.quebec