

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-026579-177
(500-06-000648-135)

DATE : 26 juillet 2018

**CORAM : LES HONORABLES GENEVIÈVE MARCOTTE, J.C.A.
MARK SCHRAGER, J.C.A.
MARIE-JOSÉE HOGUE, J.C.A.**

CAMILO BARATTO
APPELANT — requérant

c.

**MERCK CANADA INC.
MERCK FROSST CANADA & CIE**
INTIMÉES — intimées

ARRÊT

[1] L'appelant se pourvoit contre un jugement du 21 décembre 2016 de la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Claude Dallaire), rejetant sa demande pour être autorisé à exercer une action collective à l'encontre des intimées.

[2] Pour les motifs de la juge Hogue, auxquels souscrivent les juges Marcotte et Schrager, **LA COUR** :

[3] **ACCUEILLE** l'appel, avec les frais de justice;

[4] **INFIRME** le jugement de première instance et procédant à prononcer le jugement qui aurait dû être rendu;

[5] **AUTORISE** l'exercice de l'action collective contre les intimées;

[6] **ACCORDE** à M. Camilo Baratto le statut de représentant aux fins d'exercer une action collective pour le compte du groupe suivant :

Toutes les personnes résidant au Québec auxquelles ont été prescrits les médicaments Propecia et/ou Proscar pour le traitement de la calvitie commune avant le 18 novembre 2011 et qui ont développé au moins une des conditions suivantes, laquelle a persisté à la suite de la cessation d'usage :

- Dysfonction sexuelle;
- Baisse de libido;
- Dysfonction érectile;
- Troubles éjaculatoires;
- Volume diminué d'éjaculat;
- Rétrécissement des parties génitales;
- Gynécomastie;
- Douleurs aux testicules;
- Anhédonie et difficulté à atteindre un orgasme, ou;
- Dépression.

[7] **IDENTIFIE** comme suit les principales questions de fait et de droit qui devront être traitées collectivement :

- a. Est-ce que les risques à la santé suivants sont associés ou causés par l'usage de Propecia ou de Proscar :
 - Dysfonction sexuelle;
 - Baisse de libido;
 - Dysfonction érectile;
 - Troubles éjaculatoires;
 - Volume diminué d'éjaculat;
 - Rétrécissement des parties génitales;
 - Gynécomastie;

- Douleurs aux testicules;
 - Anhédonie et difficulté à atteindre un orgasme, ou;
 - Dépression.
- b. Le cas échéant, ces risques peuvent-ils persister après la cessation d'usage?
- c. Les intimées ont-elles adéquatement et suffisamment avisé les membres du groupe de ces risques et du risque qu'ils persistent après la cessation d'usage?
- 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?

[8] **IDENTIFIE** comme suit les conclusions recherchées dans l'action collective au fond :

- a) **ACCUEILLIR** l'action en recours collectif de votre requérant et de chacun des membres du groupe qu'il représente;
- b) **CONDAMNER** les intimées, conjointement et solidairement, à payer au requérant une somme d'au moins 100 000 \$, sauf à parfaire, en compensation des dommages physiques, psychologiques et moraux subis, ainsi que pour les coûts des soins passés et futurs, le tout avec intérêts au taux légal plus l'indemnité additionnelle depuis l'assignation;
- c) **CONDAMNER** les intimées, conjointement et solidairement, à payer à chacun des autres membres du groupe une somme à déterminer en compensation des dommages physiques, psychologiques et moraux subis, ainsi que pour la perte de revenus et les coûts des soins passés et futurs, le tout avec intérêts au taux légal plus l'indemnité additionnelle depuis l'assignation;
- d) **CONDAMNER** les intimées, conjointement et solidairement, à payer à chacun des membres du groupe une somme de 10 000 \$, sauf à parfaire, à titre de dommages punitifs, le tout avec intérêts au taux légal plus l'indemnité additionnelle depuis l'assignation;
- e) **ORDONNER** le recouvrement collectif des réclamations des membres du groupe pour les dommages non pécuniaires si la preuve le permet;

- f) **ORDONNER** le recouvrement collectif des réclamations des membres du groupe pour les dommages punitifs;
- g) **ORDONNER** le recouvrement collectif des réclamations des membres du groupe pour les dommages pécuniaires si la preuve le permet et subsidiairement, ordonner le recouvrement individuel des réclamations des membres du groupe;
- h) **LE TOUT** avec dépens, y compris les frais d'avis et d'experts;

DÉCLARER qu'à moins d'exclusion, les membres du groupe seront liés par tout jugement à intervenir sur le recours collectif de la manière prévue par la loi;

FIXER le délai d'exclusion à 30 jours à compter de la publication d'un avis ordonné par la Cour, délai à l'expiration duquel les membres du groupe qui ne se seront pas prévalus des moyens d'exclusion seront liés par tout jugement à intervenir;

ORDONNER la publication d'un avis aux membres, une fois, dans les quotidiens suivants, soit La Presse et The Gazette et/ou tout autre journal tel qu'ordonné par la cour;

ORDONNER la publication dudit avis, en anglais et en français, sur le site Internet des intimées et le site Internet des procureurs du requérant;

FIXER à 30 jours du jugement final à intervenir sur la présente requête le délai prévu pour la publication de l'avis aux membres;

RÉFÉRER le dossier au juge en chef pour détermination du district dans lequel le recours collectif devra être exercé et désignation du juge pour l'entendre;

ORDONNER au greffier de cette Cour, pour le cas où le recours devait être exercé dans un autre district, de transmettre le dossier, dès décision du juge en chef, au greffier de cet autre district;

LE TOUT avec dépens, incluant les frais d'avis.

[9] **DÉTERMINE** que l'action collective sera introduite dans le district de Montréal, sous réserve du changement susceptible de résulter d'une décision que le juge en chef de la Cour supérieure pourrait prendre à cet égard en vertu de l'article 572 2^e al. *C.p.c.*;

[10] **DÉFÈRE** le dossier au juge en chef de la Cour supérieure pour la désignation de la juge ou du juge qui sera chargé de la gestion de l'instance;

[11] **DÉFÈRE** à la juge ou au juge gestionnaire ainsi désigné les questions de la publication de l'avis aux membres, des modalités de celui-ci et du délai d'exclusion.



GENEVIÈVE MARCOTTE, J.C.A.



MARK SCHRAGER, J.C.A.



MARIE-JOSÉE HOGUE, J.C.A.

Me Gabrielle Gagné
Me Bruce Johnston
TRUDEL JOHNSTON & LESPÉRANCE
Pour l'appelant

Me Claude Marseille
Me Ariane Bisailon
BLAKE, CASSELS & GRAYDON
Pour les intimées

Date d'audience : 23 janvier 2018

MOTIFS DE LA JUGE HOGUE

[12] Le pourvoi porte sur les conditions d'autorisation de l'action collective, plus précisément sur le critère des questions communes et sur celui de l'apparence de droit (article 575(1) et (2) *C.p.c.*).

[13] Pour les raisons qui suivent, j'estime que l'appel doit être accueilli. La juge a imposé un fardeau trop lourd à l'appelant en soupesant la force probante de la preuve qu'il a offerte à la lumière de celle offerte par les intimées, comme le ferait un juge saisi du mérite de l'action collective. Cette erreur justifie l'intervention de la Cour.

LE CONTEXTE

[14] Les intimées Merck Canada Inc. et Merck Frosst Canada & Cie (collectivement « Merck ») commercialisent deux médicaments appelés Proscar® et Propecia®. Ils sont tous deux disponibles sur ordonnance d'un médecin. Le premier est approuvé pour le traitement de l'hypertrophie bénigne de la prostate alors que le second l'est pour le traitement de la calvitie commune chez les hommes. Bien que ces deux médicaments soient commercialisés sous deux noms différents et soient destinés à traiter des problèmes distincts, ils contiennent le même ingrédient actif, le finastéride, mais en quantité différente. Le Proscar est commercialisé sous forme de comprimés contenant 5 mg de finastéride alors que le Propecia l'est sous forme de comprimés en contenant 1 mg. Toute proportion gardée, le premier est toutefois moins coûteux que le second.

[15] L'appelant (« M. Baratto »), affirme avoir commencé à prendre du Proscar pour traiter sa calvitie le ou vers le 5 octobre 2008.

[16] Puisqu'il prend le Proscar, destiné au traitement de l'hypertrophie de la prostate, il coupe les comprimés en 4 pour obtenir des doses de 1,25 mg de finastéride, ce qui se rapproche de la dose contenue dans un comprimé de Propecia.

[17] Il cesse le traitement un mois après l'avoir débuté, puisque, dit-il, il commence à ressentir des effets secondaires indésirables, tels une baisse de libido, des troubles éjaculatoires et érectiles, des douleurs aux testicules, de l'anxiété et des symptômes de dépression.

[18] À ce jour, il affirme encore souffrir de certains de ces effets secondaires et il en attribue la cause à la finastéride.

[19] Il allègue que Merck a manqué à son devoir d'information en ne divulguant pas de façon convenable les risques liés à la consommation de ces deux médicaments. En effet, bien que les monographies des produits fassent mention explicitement des effets

secondaires dont il dit souffrir, il allègue qu'elles n'indiquaient pas, à l'époque pertinente, que ces effets peuvent persister après l'arrêt du traitement.

[20] M. Baratto a modifié à quelques reprises sa version des faits, notamment quant à la période pendant laquelle il aurait consommé du Proscar. Il affirme maintenant en avoir consommé pendant 30 jours plutôt que pendant un an, tel que cela était allégué initialement, et attribue l'affirmation initiale à une erreur.

[21] Il soutient également que des rapports d'effets indésirables ainsi que des communications scientifiques établissent que la finastéride provoque des effets indésirables persistants chez certains patients et qu'ainsi Merck le savait ou aurait dû le savoir. De plus, ajoute-t-il, au moment où il commence à prendre de la finastéride, Merck ou certaines de ses sociétés affiliées ont déjà été appelées par les autorités à modifier la monographie du produit utilisée dans certains pays pour y mentionner que des effets indésirables persistant à la suite de l'arrêt du traitement ont été rapportés. Or, des modifications semblables n'ont été apportées aux monographies utilisées au Canada qu'à compter de 2011. Il soutient donc que Merck n'a pas informé adéquatement les consommateurs québécois des effets secondaires persistants possibles.

[22] Il reproche également à Merck de ne pas avoir mené d'études sérieuses avant de mettre ces deux produits sur le marché.

[23] Au soutien de ses allégations, il produit essentiellement les monographies distribuées par Merck, des études scientifiques ainsi que des extraits de deux sites web consacrés aux effets de la finastéride. Ces sites sont essentiellement des forums où les personnes ayant consommé de la finastéride peuvent faire état de leur expérience et ils ne semblent pas avoir une grande valeur scientifique.

[24] De son côté, Merck l'interroge sur ses allégations et obtient ses dossiers médical, pharmaceutique et psychologique ainsi que certains questionnaires qu'il a remplis lors de sa participation à diverses études. Elle produit la transcription de cet interrogatoire, ces dossiers et ces questionnaires au soutien de sa contestation. Elle dépose également deux déclarations assermentées. La première émane de Mme Anne Tomalin, consultante en matières réglementaires, alors que la seconde est signée par la Dre Lynn Stothers, médecin spécialisée en urologie et épidémiologie.

[25] Mme Tomalin y explique le processus d'approbation des produits par Santé Canada et les changements apportés aux monographies par Merck au fil du temps.

[26] Dre Stothers, pour sa part, fait une analyse du dossier médical de M. Baratto, en fait ressortir les éléments qui lui paraissent pertinents aux symptômes dont il se plaint et expose les diverses causes pouvant contribuer notamment à la dysfonction érectile. L'objectif poursuivi semble être double : démontrer que l'appelant a souffert de certains des problèmes dont il se plaint avant même de consommer le médicament et que ceux-ci peuvent être causés par autre chose que le Proscar. Elle fournit également moult

informations sur la méthodologie utilisée par les auteurs des études qu'il a déposées afin de les discréditer.

[27] M. Baratto, qui ne s'est pas objecté au dépôt de ces déclarations assermentées, a soutenu qu'elles n'étaient pas pertinentes aux fins de la demande d'autorisation.

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[28] La juge de première instance refuse d'accorder l'autorisation demandée, concluant dans un jugement motivé que les critères d'autorisation pour l'exercice d'une action collective édictés aux paragraphes 575 (1) et (2) *C.p.c.* ne sont pas satisfaits.

[29] Elle estime d'abord que le recours envisagé ne soulève pas de questions de droit et de fait identiques, similaires ou connexes. À ce sujet, elle conclut que le groupe proposé, c'est-à-dire « toutes les personnes résidant au Québec à qui a été prescrit et qui ont consommé les médicaments Propecia et/ou Proscar pour le traitement de la calvitie commune » est beaucoup trop large et n'a pas de lien rationnel avec la trame factuelle proposée.

[30] Elle retient que l'élément central du recours que souhaite exercer M. Baratto est la persistance des effets secondaires alors que le groupe visé par la demande inclut aussi les personnes n'ayant souffert d'effets indésirables que de façon passagère, pendant le traitement.

[31] La juge apprécie ensuite la preuve offerte.

[32] Quoiqu'elle se mette en garde de ne pas considérer les opinions que peuvent exprimer Mme Tomalin et Dre Stothers, elle semble néanmoins accorder beaucoup de poids à ce qu'elles affirment.

[33] Elle estime d'abord que la preuve sommaire « révèle trop de circonstances particulières susceptibles de varier d'un membre à l'autre pour que l'exercice collectif soit utile ».

[34] Elle souligne ensuite que l'appelant n'a jamais acheté ni consommé de Propecia et qu'il ne peut donc être titulaire d'un droit contre Merck en relation avec ce produit. De plus, ayant altéré le Proscar qu'il a consommé en le coupant en 4 et l'ayant utilisé pour une fin autre que celle pour laquelle il est mis en marché, elle estime qu'il ne peut prétendre avoir respecté les recommandations de Merck. Elle souligne également qu'aucun médecin n'a posé de diagnostic quant aux effets secondaires qu'il allègue ressentir. Finalement, elle doute que la consommation du médicament pendant une aussi courte période puisse avoir causé les problèmes dont il se plaint.

[35] Elle infère alors de l'ensemble de ces constats que les chances de succès du recours sont grandement diminuées.

[36] Finalement, quoique M. Baratto n'ait pas témoigné devant elle, la juge évalue sa crédibilité et l'estime diminuée par son affirmation initiale voulant qu'il ait consommé le Proscar pendant un an et par le fait que ses dossiers médical, pharmacologique et psychologique suggèrent qu'il a pu connaître des ennuis de santé similaires à ceux dont il se plaint avant même de le consommer.

[37] Elle conclut par ailleurs que les critères prévus aux paragraphes 575(3) et (4) *C.p.c.* sont satisfaits, c'est-à-dire que la composition du groupe rend difficile l'application des articles 59 ou 67 et que le membre qui demande de se voir attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate.

La position de l'appelant

[38] L'appelant soutient que la juge a erré en droit dans son analyse du syllogisme juridique qu'il présente dans la requête en autorisation. En tenant pour avérés les faits allégués, elle devait, selon lui, accorder l'autorisation sollicitée puisque ceux-ci révèlent une cause d'action valable.

[39] Il rappelle que le fardeau imposé au stade de l'autorisation en est un « de démonstration sommaire et non de persuasion » et qu'il ne nécessite qu'un « examen du caractère soutenable du syllogisme »¹. La juge aurait dérogé à ces principes en lui imposant un fardeau trop élevé à ce stade du recours.

La position des intimés

[40] Quant à Merck, elle avance que la juge a eu raison de lui permettre de réfuter les allégations de la requête par le biais notamment des deux déclarations assermentées et par des extraits des dossiers de M. Baratto. Elle pouvait, dit-elle, en tenir compte dans son analyse. Merck s'appuie sur une jurisprudence qui, selon elle, permet, notamment en matière pharmaceutique, de ne pas tenir pour avérés les faits allégués par un requérant lorsque son dossier médical les contredit.

[41] La juge, ajoute Merck, pouvait aussi considérer les multiples versions de l'appelant dans son appréciation de sa crédibilité et du sérieux du recours envisagé.

[42] Selon Merck, la juge a joué son rôle correctement et ne devait pas faire abstraction de la preuve déposée démontrant l'absence de mérite de certains des faits allégués par l'appelant.

¹ *Infineon Technologies AG c. Options consommateurs*, 2013 CSC 59, paragr. 65-66.

ANALYSE

[43] La demande d'autorisation pour exercer une action collective est, rappelons-le, une procédure de filtrage et de vérification du mérite du recours envisagé². À cette étape, le rôle du juge est de vérifier si les conditions énoncées à l'article 575 *C.p.c.* sont satisfaites :

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.

575. The court authorizes the class action and appoints the class member it designates as representative plaintiff if it is of the opinion that

(1) the claims of the members of the class raise identical, similar or related issues of law or fact;

(2) the facts alleged appear to justify the conclusions sought;

(3) the composition of the class makes it difficult or impracticable to apply the rules for mandates to take part in judicial proceedings on behalf of others or for consolidation of proceedings; and

(4) the class member appointed as representative plaintiff is in a position to properly represent the class members.

[44] Cette étape permet de filtrer les demandes afin d'éviter que les intimés aient à se défendre au fond contre des réclamations insoutenables. Le requérant n'a qu'un fardeau de démonstration et non de preuve³. Il doit démontrer l'existence d'une « apparence sérieuse de droit », d'une « cause défendable »⁴.

² *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, paragr. 59; *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, paragr. 37; *Pharmascience inc. c. Option consommateurs*, 2005 QCCA 437, paragr. 24.

³ *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, paragr. 59 et 61.

⁴ *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, paragr.37.

[45] Les quatre critères énoncés à l'article 575 *C.p.c.* (anciennement, 1003 *C.p.c.*) sont cumulatifs. L'autorisation demandée sera refusée dès lors que l'un d'eux n'est pas satisfait. Si, au contraire, ils sont tous respectés, l'action collective est autorisée⁵.

[46] Ma collègue la juge Bich rappelait dernièrement, dans un arrêt fort détaillé, que les plus récents arrêts de la Cour suprême préconisent en cette matière « une approche souple, libérale et généreuse des conditions en question [...] »⁶.

[47] Le juge, à cette étape, bénéficie d'une discrétion, qu'il doit toutefois exercer en respectant le cadre établi par la loi et par la jurisprudence.

[48] À cet égard, il est utile de rappeler qu'il ne doit pas, à ce stade, se pencher sur le fond du litige⁷ et qu'il doit prendre les faits pour avérés, sauf s'ils apparaissent invraisemblables ou manifestement inexacts⁸.

[49] La Cour, par ailleurs, doit faire preuve de déférence lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi à l'encontre d'un jugement autorisant ou refusant l'exercice d'une action collective et n'intervenir qu'en présence d'une erreur de droit. Mon collègue, le juge Kasirer, dans l'arrêt *Sibiga*, le rappelle :

[33] The respondents are right to say that, barring an error of law, this Court owes deference to the motion judge's decision, given the inherently discretionary character of his findings relating to the criteria for authorization set forth in article 1003 C.C.P.

[34] While the compass for appellate intervention is indeed limited, so too is the role of the motion judge. In clear terms, particularly since its decision in *Infineon*, the Supreme Court has repeatedly emphasized that the judge's function at the authorization stage is only one of filtering out untenable claims. The Court stressed that the law does not impose an onerous burden on the person seeking authorization. "He or she need only establish a 'prima facie case' or an 'arguable case'", wrote LeBel and Wagner JJ. in *Vivendi*, specifying that a motion judge "must not deal with the merits of the case, as they are to be considered only after the motion for authorization is granted."

[35] Since *Infineon*, our Court has consistently relied upon this standard, invoking it when authorization has been wrongly denied because too high a burden was imposed.⁹

⁵ *Option Consommateurs c. Merck & Co. Inc.*, 2013 QCCA 57, paragr. 29.

⁶ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673, paragr. 29 – Requête pour autorisation de se pourvoir à la Cour suprême 37898, déposée le 2017-12-28.

⁷ *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, paragr.37.

⁸ *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait Itée*, 2016 QCCA 659, paragr. 38.

⁹ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299.

[50] Évaluons donc les moyens avancés par l'appelant à la lumière de ces principes.

Les faits allégués justifient-ils les conclusions recherchées?

[51] Un requérant, à ce stade, doit présenter une cause soutenable, c'est-à-dire ayant une chance de réussite. Il n'a pas à établir une possibilité raisonnable ou réaliste de succès »¹⁰. Cette condition est satisfaite dès lors que les faits allégués dans sa requête justifient, *prima facie*, les conclusions recherchées et qu'ainsi, il démontre avoir une cause défendable. Il n'a pas à faire la preuve complète de ce qu'il allègue et peut se limiter à présenter en preuve « l'essentiel et l'indispensable ». Un intimé, par ailleurs, n'est autorisé à présenter que ce qui permet « d'[.]établir sans conteste l'in vraisemblance ou la fausseté » de faits qu'énonce la procédure¹¹. Ainsi, le débat qui doit avoir lieu au stade de l'autorisation n'est pas un débat sur le fond de l'affaire.

[52] Avec égards pour la juge de première instance, je suis d'avis qu'elle s'est écartée de cette règle. Elle a imposé un trop lourd fardeau à l'appelant et a pris position sur le débat scientifique que soulève le recours envisagé.

[53] En considérant la preuve contradictoire offerte de part et d'autre, en l'appréciant et en en tirant des conclusions défavorables à l'appelant, elle a outrepassé le rôle qui est le sien à ce stade. Elle écrit d'ailleurs « qu'en l'absence de preuve contraire sur les aspects techniques du processus réglementaire et sur les généralités médicales et pharmacologiques présentées, la preuve contenue dans les déclarations de Mme Tomalin et de la Dre Stothers peut valablement jouer un rôle dans notre appréciation des critères à satisfaire et du sérieux ou non du recours » et ajoute plus loin que « si les faits sont contredits par la preuve, il ne faut pas fermer les yeux ». Ces affirmations sont, à mon avis, inexactes puisque la preuve à laquelle elle réfère, et qu'elle considère, ne sera pertinente qu'au mérite, où elle fera vraisemblablement l'objet d'un débat vigoureux.

[54] Dans la foulée, elle critique d'abord sévèrement l'appelant pour avoir initialement allégué avoir consommé de la finastéride pendant un an pour ensuite reconnaître n'en avoir consommé que pendant 30 jours et elle conclut que cette courte période de consommation rend sa thèse invraisemblable.

[55] En l'absence d'une preuve scientifique complète qui, par ailleurs, ne serait pas recevable à ce stade, elle ne devait pas déterminer si les effets secondaires allégués peuvent avoir été causés par la prise du médicament pendant une courte période. Sa conclusion, dans les circonstances, tient de la spéculation et revient à imposer au requérant, dès le stade de l'autorisation, le fardeau de preuve qui sera le sien au fond.

¹⁰ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673, paragr. 29 – Requête pour autorisation de se pourvoir à la Cour suprême 37898, déposée le 2017-12-28.

¹¹ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673, paragr. 38.

[56] Elle retient aussi qu'il n'a pas consommé le Proscar à la fréquence et à la dose recommandée par le fabricant et qu'ainsi il ne peut lui reprocher les effets indésirables dont il se plaint.

[57] Merck soutient qu'elle a eu raison de conclure ainsi puisque l'utilisation d'un produit d'une façon non conforme à l'usage prescrit par le fabricant empêche un recours subséquent. Elle appuie cette affirmation sur la décision *Gévry c. Arrosage Jean-Guy Tremblay inc.*¹² dans laquelle un pesticide a été utilisé sur du gazon alors que les instructions du fabricant indiquaient qu'il ne devait pas l'être.

[58] Avec égards, la situation est ici fort différente. Quoique Merck commercialise la même molécule sous deux noms différents et pour des fins différentes, il demeure qu'il s'agit de la même molécule. Les deux produits contiennent le même ingrédient actif pour lequel Merck a obtenu de Santé Canada deux autorisations de mise en marché distinctes.

[59] La preuve ne révèle pas que Merck proscrive d'utiliser l'un pour traiter le problème que l'autre est destiné à traiter.

[60] La requête, au contraire, allègue que certains professionnels de la santé prescrivent le Proscar pour le traitement de la calvitie en demandant à l'utilisateur de le couper. La preuve permettra éventuellement de déterminer si Merck connaissait cette pratique et, dans l'affirmative, ce qu'elle en a dit. Elle devrait aussi permettre de déterminer si les risques engendrés par la consommation de comprimés de Proscar « coupés » sont différents de ceux engendrés par la prise de comprimés de Propecia.

[61] Bref, cette question de la façon dont l'appelant a consommé le médicament devra être tranchée par le juge du fond et il était prématuré pour le juge, au stade de l'autorisation, d'en tirer des inférences qui lui sont défavorables. Elle a ici aussi empiété sur le travail qui devra être fait par le juge du fond.

[62] Finalement, la juge estime que l'allégation voulant que Merck ait été au courant du risque que les effets du médicament persistent après l'arrêt du traitement ne constitue qu'une simple opinion et non un fait devant être tenu pour avéré¹³. Pourtant, l'appelant allègue expressément que Merck a modifié les mises en garde en lien avec la finastéride dès 2008, en Suisse, afin d'y inclure une possible persistance des effets secondaires. Ce fait, qui n'est pas une opinion, devait être tenu pour avéré et il est suffisant, à ce stade, pour appuyer la présomption de connaissance alléguée par l'appelant.

[63] La juge devait se limiter à le constater et elle ne pouvait se fonder sur l'expertise de Mme Tomalin portant sur les monographies pour rejeter le bien-fondé de ce reproche. Cette analyse était prématurée et relève également du juge du fond.

¹² *Gévry c. Arrosage Jean-Guy Tremblay inc.*, 2015 QCCS 1655.

¹³ *Baratto c. Merck Canada inc.*, 2016 QCCS 6664, paragr. 186.

[64] Merck soutient toutefois qu'il n'y a pas lieu de tenir les faits pour avérés lorsqu'ils sont manifestement contredits par le dossier médical du requérant, ce qui, selon elle, serait le cas en l'espèce.

[65] Je ne puis retenir sa proposition. Bien qu'il existe un certain courant permettant l'usage du dossier médical pour réfuter les allégations contenues dans une requête en autorisation, il faut qu'il soit incontestable que la cause des dommages invoqués par le requérant ne puisse être attribuée à l'intimé pour que cela permette de refuser l'autorisation demandée¹⁴. Ce n'est pas le cas ici.

[66] À la lumière des faits énoncés par l'appelant dans sa demande d'autoriser l'exercice d'une action collective, je suis d'avis que le syllogisme qu'il propose répond au critère de la cause soutenable. En effet, M. Barrato a consommé le médicament et dit ressentir certains effets secondaires de façon persistante depuis. Sa prétention est soutenue par une certaine preuve et il reviendra au juge saisi du fond de l'affaire d'en évaluer la force probante.

[67] Le doute qui peut être entretenu quant au sérieux de certaines des études qu'il dépose n'affecte pas, à ce stade, la qualité de ce syllogisme. Il est possible qu'elles soient entièrement écartées par le juge du fond mais il n'y a pas lieu de le faire au stade de l'autorisation.

[68] J'estime donc, ceci dit avec égards, que la juge a adopté une approche erronée qui l'a menée à conclure que les faits allégués ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées.

[69] Il reste maintenant à déterminer si elle a eu raison de conclure que le recours envisagé ne soulève pas de questions de droit et de fait identique, similaire ou connexe pouvant faire avancer le recours des membres de manière utile (575(1) *C.p.c.*) puisque les conditions sont cumulatives.

Le recours soulève-t-il des questions identiques, similaires ou connexes?

[70] Les tribunaux québécois ont appliqué le critère de la communauté de questions de l'ancien alinéa 1003a) *C.p.c.* (maintenant 575(1) *C.p.c.*) de façon souple. Les juges de la Cour suprême LeBel et Wagner le reconnaissent et l'approuvent dans *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*¹⁵ :

[56] Dans le cas spécifique du critère de la communauté de questions, la Cour d'appel du Québec a constamment favorisé une définition large des conditions

¹⁴ Voir notamment : *F. L. c. Astrazeneca Pharmaceuticals p.l.c.*, 2010 QCCS 470. Dans ce dossier, le demandeur allègue que son diabète a été causé par un médicament du défendeur alors qu'il était déjà diabétique lorsqu'il a commencé à prendre le médicament. Cette contradiction est manifeste.

¹⁵ *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, paragr. 54.

permettant de satisfaire à l'al. 1003a). Elle a posé les assises de cette approche dans l'arrêt *Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan ltée*, 1990 CanLII 3338 (QC CA), [1990] R.J.Q. 655, où elle s'est exprimée en ces termes :

[TRADUCTION] Toutefois, l'alinéa 1003a n'exige pas que *toutes* les questions de droit ou de fait soulevées par les réclamations des membres soient identiques, similaires ou connexes. Il n'exige même pas que ces questions soient en majorité identiques, similaires ou connexes. D'après le texte de cette disposition, il suffit que les réclamations des membres soulèvent certaines questions de droit ou de fait suffisamment similaires ou suffisamment connexes pour justifier un recours collectif.¹⁶

[Soulignements ajoutés]

[71] J'estime dans le présent cas que le recours soulève des questions identiques, similaires ou connexes même s'il existe certaines différences entre les membres du groupe, notamment quant au produit consommé. Le recours permettra en effet de déterminer, à tout le moins, si les médicaments peuvent causer les effets secondaires allégués et, dans l'affirmative, si ceux-ci peuvent persister après la cessation du traitement, si Merck le savait ou devait le savoir et si elle en a adéquatement informé les utilisateurs.

[72] Comme le rappelait ma collègue la juge Bich dans l'arrêt *Asselin*, il sera toujours possible que des mesures et des modalités soient mises en place au stade des mesures de réparation afin de tenir compte des différences qu'il pourrait y avoir entre les membres de l'action collective¹⁷.

[73] Quant au statut de l'appelant comme représentant, la juge en vient à la conclusion qu'au mieux, M. Barrato pourrait être le représentant du groupe ayant consommé du Proscar mais pas de celui ayant consommé du Propecia, puisqu' il n'a jamais pris ce médicament.

[74] J'estime, ceci dit avec égards, qu'elle omet de tenir compte du principe de proportionnalité que la Cour suprême rappelle dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Marcotte*¹⁸:

[45] Autrement dit, le juge saisi de la requête en autorisation a l'obligation de tenir compte de la proportionnalité — équilibre entre les parties, bonne foi, etc. — pour déterminer si le représentant proposé peut assurer une représentation adéquate,

¹⁶ *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, paragr. 56.

¹⁷ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673, paragr. 156.

¹⁸ *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, paragr. 45.

ou si le groupe compte suffisamment de membres dotés d'une cause personnelle d'action contre chacun des défendeurs.

[75] Ce principe a notamment permis d'établir que le représentant n'a pas besoin d'avoir une cause directe contre chaque défendeur¹⁹. Selon moi, il n'a pas non plus à avoir consommé chacun des produits lorsque, comme ici, il allègue que les produits comportent la même molécule qui est à la source des effets secondaires dont il se plaint.

[76] À la lumière du principe de proportionnalité et du fait que le groupe proposé exclut déjà les patients qui ont consommé de la finastéride pour traiter l'hypertrophie de la prostate, je suis d'avis que la similarité du recours des personnes ayant pris du Proscar et de celui des personnes ayant pris du Propecia pour traiter leur calvitie justifie d'octroyer le statut de représentant à l'appelant pour les deux affaires.

[77] J'estime toutefois, comme le soutient Merck et comme l'a reconnu la juge, que le groupe proposé à l'origine est beaucoup trop large.

[78] Ce groupe incluait les utilisateurs dont les effets secondaires n'ont pas persisté à la suite de l'arrêt du traitement. Or, leur situation est étrangère aux reproches qui sont formulés par l'appelant et qui sont à la base du recours envisagé.

[79] À ce sujet, il me semble utile de rappeler qu'il n'incombe pas au tribunal saisi d'une demande d'autorisation de circonscrire le groupe de façon à ce que le recours puisse être autorisé et que la juge a eu raison de ne pas le faire²⁰.

[80] Devant nous, c'est toutefois l'appelant qui propose de modifier la définition du groupe pour qu'elle se lise dorénavant :

Toutes les personnes résidant au Québec à qui ont été prescrits les médicaments Propecia et/ou Proscar pour le traitement de la calvitie commune avant le 18 novembre 2011 et qui ont développé au moins une des conditions suivantes, laquelle a persisté suite à la cessation d'usage :

- Dysfonction sexuelle;
- Baisse de libido;
- Dysfonction érectile;
- Troubles éjaculatoires;
- Volume diminué d'éjaculat;

¹⁹ *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, paragr. 43.

²⁰ *Citoyens pour une qualité de vie/Citizens for a Quality of Life c. Aéroports de Montréal*, 2007 QCCA 1274, paragr. 107-108.

- Rétrécissement des parties génitales;
- Gynécomastie;
- Douleurs aux testicules;
- Anhédonie et difficulté à atteindre un orgasme, ou;
- Dépression.

[81] J'estime cette nouvelle définition convenable pour l'instant.

[82] Il propose également de modifier les questions communes en les reformulant ainsi :

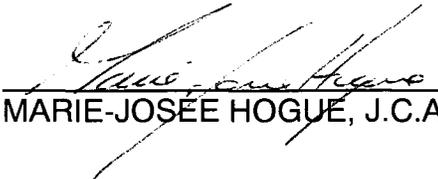
- a. Est-ce que les risques à la santé suivants sont associés ou causés par l'usage de Propecia ou Proscar :
 - Dysfonction sexuelle;
 - Baisse de libido;
 - Dysfonction érectile;
 - Troubles éjaculatoires;
 - Volume diminué d'éjaculat;
 - Rétrécissement des parties génitales;
 - Gynécomastie;
 - Douleurs aux testicules;
 - Anhédonie et difficulté à atteindre un orgasme, ou;
 - Dépression.
- b. Le cas échéant, ces risques peuvent-ils persister après la cessation d'usage?
- c. Les intimées ont-elles adéquatement et suffisamment avisé les membres du groupe de ces risques et du risque qu'ils persistent après la cessation d'usage?
- 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?

[83] Ces questions modifiées cadrent beaucoup mieux avec les conclusions recherchées par l'appelant et les intimées ne s'y opposent pas.

[84] Je suis donc d'avis que la Cour devrait accepter les modifications proposées tant quant à la définition du groupe que quant aux questions communes posées et devrait permettre au recours d'aller de l'avant, en modifiant toutefois très légèrement les conclusions recherchées puisque le requérant est membre du groupe au bénéfice desquels une condamnation en dommages est demandée et que des conclusions en dommages en sa faveur sont redondantes.

[85] Je suggère donc que l'appel soit accueilli et que l'autorisation demandée soit accordée avec les frais de justice.


MARIE-JOSÉE HOGUE, J.C.A.