

COUR SUPÉRIEURE

(Action collective)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000907-184

DATE : 30 novembre 2018

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE PIERRE-C. GAGNON, J.C.S.

KARINE LEVY

Demanderesse

c.

NISSAN CANADA INC.

Défenderesse

JUGEMENT SUR UNE DEMANDE DE POUVOIR PRODUIRE UNE PREUVE APPROPRIÉE

A. MISE EN CONTEXTE

[1] En vue du débat sur l'autorisation ou non de cette action collective, la défenderesse Nissan Canada inc. demande de pouvoir produire :

- la déclaration assermentée du 5 octobre 2018 par M. Forrest Smith (l'« Affidavit Smith »);
- l'Annexe 1 de cet affidavit, soit un extrait du *Point-in-Time Database Extract* de décembre 2016 (la « Banque de données »);
- l'Annexe 1A, soit la légende permettant de décoder la Banque de données;

- l'Annexe 2, soit le contrat de location par Mme Levy (un Nissan Rogue 2008).

[2] L'avocate de Nissan Canada, Me Weltrowska, insiste que cette preuve documentaire est appropriée dans un seul et unique but, soit d'établir que la demanderesse Karine Levy n'a pas de recours vraisemblable contre Nissan Canada, parce que les données de son dossier de crédit ne se trouvent nulle part dans la Banque de données illégalement obtenue (« *Stolen Records* ») et, qu'en conséquence, elle ne peut agir à titre de représentante du groupe.

[3] Par contre, une écoute attentive permet de discerner que Nissan Canada entend contester l'autorisation sur une autre base : il n'existerait aucun groupe de membres québécois susceptibles de bénéficier de l'action collective, compte tenu qu'une enquête subséquente (supervisée par M. Smith) permet de conclure que nul n'a fait un usage frauduleux de la Banque de données.

[4] L'avocat de Mme Levy, Me Assor, demande le rejet intégral de cette demande de Nissan Canada, qui ne correspond pas aux critères stricts de la jurisprudence.

[5] Me Assor affirme que de permettre la production, même d'une portion de l'Affidavit Smith, aurait des répercussions majeures sur la suite du dossier. En vertu du troisième alinéa de l'article 105 du *Code de procédure civile* (« C.p.c. »), Me Assor invoque son droit strict de procéder à un interrogatoire de l'affiant, qui serait devancé et suivi par des demandes de production de documents, concernant notamment :

- les communications entre Nissan et l'extorqueur (dont il sera question un peu plus loin);
- la nature, l'ampleur et les résultats de l'enquête subséquente supervisée par M. Smith.

[6] Me Assor ajoute que l'Affidavit Smith est en réalité un rapport d'expertise déguisé, ce qui lui donnerait le droit de se procurer et de produire un rapport de contre-expertise.

[7] Me Assor déplore que l'Affidavit Smith présente très sélectivement les circonstances où un extorqueur aurait obtenu la Banque de données, ce qui obligerait Me Assor à des vérifications élaborées pour identifier les faits que M. Smith a délibérément passés sous silence.

B. LE GROUPE VISÉ PAR LA DEMANDE D'AUTORISATION

[8] Selon l'*Amended application for authorization* du 22 juin 2018, le groupe de membres visé était :

All persons in Canada (subsidiarily in Quebec), whose personal and/or financial information was compromised, lost and/or stolen from Defendant

as a result of the data breach that occurred on or before December 11, 2017, or any other group(s) or sub-group(s) to be determined by the Court.

[9] Par modification en début d'audience du 29 novembre 2018, et notée au procès-verbal, le groupe visé a été reformulé comme suit :

All persons in Quebec whose personal and/or financial information was compromised, lost and/or stolen from Defendant as a result of the data breach that occurred on or before December 11, 2017, or any other group(s) or sub-group(s) to be determined by the Court.

[10] Me Assor n'a pas réagi autrement à l'Affidavit Smith. Il mentionne à l'audience du 29 novembre 2018 son projet de modifier éventuellement sa demande d'autorisation en vue de proposer un deuxième groupe de membres regroupant ceux qui, parmi les 920 000 clients qui auraient reçu la lettre d'avertissement de Nissan, ne comptent pas parmi les 278 450 clients dont les informations personnelles n'étaient pas contenues dans la Banque de données¹.

[11] Tel que présentement constitué, le Tribunal doit trancher en fonction du dossier, sans spéculer sur les modifications que les parties pourraient y apporter dans le futur².

C. RÉSUMÉ DE L’AFFIDAVIT SMITH

[12] M. Forrest Smith, employé au Tennessee par Nissan North America, à titre de *Chief Information Security Officer*, dit avoir dirigé l'équipe qui a fait enquête à la suite d'un incident qui a surgi le 11 décembre 2017.

[13] À cette date, une personne inconnue (l'« extorqueur/*extortionist* ») a réclamé un certain montant d'argent de Nissan, sans quoi il menaçait de rendre publiques des informations personnelles concernant des clients de Nissan. Il semblerait que l'extorqueur avait au départ accès légitime aux données en question.

[14] Nissan a immédiatement prévenu ses clients (dont Karine Levy) de la situation, et a immédiatement lancé son enquête.

[15] Le 22 décembre 2018, Nissan a établi que l'extorqueur avait eu accès à la Banque de données, c'est-à-dire au *Point-in-Time Database Extract* de décembre 2016, qui ne concerne pas tous les clients de Nissan, mais « seulement » 278 450 d'entre eux.

[16] Dans le cas de ces clients, la Banque de données contient :

¹ Il faudra éventuellement déterminer quelle proportion de ces personnes correspond aux résidents du Québec.

² *Letarte c. Bayer*, 2018 QCCS 873; *Ramacieri c. Bayer inc.*, 2015 QCCS 4881.

- leurs noms et leurs adresses;
- les numéros de leurs comptes chez Nissan (en partie);
- les notes attribuées à leurs dossiers de crédit (*credit score*);
- les modalités de paiement;
- les modèles des véhicules et leurs matricules d'identification (VIN).

[17] La Banque de données n'indique pas :

- les numéros d'assurance sociale des clients;
- d'informations sur leurs banques ou leurs cartes de crédit.

[18] Mme Karine Levy n'est pas parmi les 278 450 clients dont les informations personnelles se trouvaient dans la Banque de données. En effet, son bail se terminait le 7 juin 2012, de sorte que Mme Levy n'était plus l'une des 278 450 clients actifs.

[19] L'enquête de Nissan en est au point où, le 5 octobre 2018³, Nissan n'a décelé aucune utilisation frauduleuse de la Banque de données.

[20] Nissan a tout de même, par précaution, avisé tous ses 932 000 clients de la situation, notamment pour leur offrir des services de surveillance de leur dossier de crédit personnel.

[21] À ce stade, on peut remarquer que l'Affidavit Smith fournit un éclairage sur l'ensemble de l'évènement et de ses suites. Il comporte en outre plusieurs éclaircissements qui avantagent *a priori* la demanderesse (intervention malveillante, existence d'un groupe nord-américain de 278 450 personnes, etc.).

[22] Mais aussi, tel que le plaide Me Assor, l'Affidavit Smith comporte diverses zones ombragées susceptibles de nécessiter des vérifications additionnelles, telles :

- ce que l'on sait de l'extorqueur et de son droit d'accès aux données;
- ce qui est advenu de la demande d'extorsion;
- quelle méthodologie permet de valider la fiabilité de l'enquête dont M. Smith fait le compte-rendu;
- quelle est la validation du nombre de 278 450 personnes affectées.

³ Date de l'Affidavit Smith.

D. PRINCIPES DE DROIT APPLICABLES

[23] Parmi les autorités jurisprudentielles produites de part et d'autre, Me Assor insiste en particulier sur un jugement prononcé le 31 octobre 2018 par le juge soussigné dans *Pilon c. Banque Amex du Canada*⁴. Un mois plus tard, le résumé des règles applicables paraît encore d'actualité. Tel résumé est donc reproduit tel quel aux dix paragraphes qui suivent, avant d'y ajouter quelques précisions.

[24] Selon la Cour d'appel dans l'arrêt *Asselin*⁵, la preuve appropriée se situe à l'intérieur d'un « couloir étroit », et se limite à ce qui permet d'établir sans conteste que certaines allégations de la demande d'autorisation sont invraisemblables ou fausses.

[25] Dans l'arrêt *Écolait*⁶, la Cour d'appel précise que la preuve appropriée doit permettre d'évaluer les quatre critères de l'article 575 C.p.c.

[26] Cet arrêt permet à la Cour d'appel d'appuyer une position énoncée dans l'arrêt *Agostino*⁷ de 2012, soit que la production de déclarations sous serment par la défense doit se limiter à des questions neutres et objectives, par opposition à des questions controversées ou litigieuses. Autrement dit, il ne faut pas transformer le mécanisme de filtrage en pré-enquête sur le fond. Il faut choisir une voie mitoyenne entre rigidité et permissivité.

[27] Il n'y a pas lieu, au stade de l'autorisation, de résoudre toutes les contradictions dans les allégations de part et d'autre, car, sauf invraisemblances et inexactitudes démontrées, il faudra tenir les allégations de la demande d'autorisation pour avérées⁸.

[28] Une preuve appropriée fait appel à la modération, en s'en tenant à l'essentiel et à l'indispensable. Le débat ne doit pas aborder les moyens de défense et empiéter de la sorte sur le débat au fond⁹.

[29] Au moment de proposer une preuve appropriée, le fardeau de la preuve incombe à la défenderesse¹⁰.

[30] Il faut tenir compte des principes directeurs de la procédure civile, et notamment de celui qui vise à favoriser un débat loyal (article 20 C.p.c.).

⁴ 2018 QCCS 4645.

⁵ *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673.

⁶ *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait Itée*, 2016 QCCA 659, par. 37-38.

⁷ *Allstate du Canada c. Agostino*, 2012 QCCA 678, par. 35.

⁸ Arrêt *Écolait*, précité, note 6, par. 38.

⁹ *Li c. Equifax*, 2018 QCCS 1892.

¹⁰ *Option Consommateurs c. Samsung Electronics Canada Inc.*, 2017 QCCS 1751.

[31] Si la demande invoque, au soutien de ses allégations, un document incomplet ou erronément identifié, la tenue d'un débat loyer doit en principe permettre à la défense de produire le véritable document, dans son intégralité¹¹.

[32] Cette préoccupation est particulièrement cruciale quant à la théorie de la cause du représentant proposé qui, jusqu'au jugement d'autorisation, est la seule partie à une instance dirigée contre les défenderesses¹².

[33] Enfin, une preuve peut être appropriée quant aux faits permettant de vérifier si la Cour supérieure doit décliner compétence, en tout ou en partie¹³.

[34] Les particularités du présent dossier amènent à approfondir quelques éléments du résumé qui précède.

[35] Ainsi, dans l'affaire *Asselin*¹⁴, la Cour d'appel se penche sur un dossier où la juge de l'autorisation, croyant bien faire, a autorisé la production de part et d'autre de documents nombreux, volumineux et complexes. La Cour d'appel considère que, de la sorte, il y a eu « *glissement* »¹⁵.

[36] Selon la Cour d'appel, le droit de la défenderesse à une défense pleine et entière doit être modulé en respect du principe de proportionnalité, et « *donc être ramené à la mesure du domaine limité de la demande d'autorisation* »¹⁶.

[37] La preuve produite de part et d'autre en vue du débat sur l'autorisation doit l'être avec modération, en se limitant (tel que déjà énoncé) à l'essentiel et à l'indispensable¹⁷. En ce qui concerne la défenderesse, la preuve est censée se restreindre à ce qui permet d'établir l'in vraisemblance ou la fausseté des faits allégués dans la demande d'autorisation (autrement tenus pour avérés à ce stade)¹⁸.

[38] Le Tribunal considère que la Cour d'appel invite le juge d'autorisation à aménager, au stade de l'autorisation, un débat équitable mais limité autant que possible à l'essentiel.

¹¹ *Seigneur c. Netflix International*, 2018 QCCS 1275.

¹² *Shore c. Symantec Corporation*, 2018 QCCS 2062.

¹³ *Regroupement des cols bleus retraités et pré-retraités de Montréal c. Ville de Montréal*, 2018 QCCS 808.

¹⁴ Précité, note 5.

¹⁵ *Idem*, par. 36 et 37 notamment.

¹⁶ *Idem*, par. 36.

¹⁷ *Idem*, par. 38.

¹⁸ *Idem*.

[39] Le Tribunal considère également que le juge Bisson a bien résumé ce message de la Cour d'appel quand, dans le jugement de *Li c. Equifax Canada inc.*¹⁹, il écrit (au moment de résumer l'arrêt *Asselin*) :

[77] [...]

- Pour échapper à la perspective d'une action collective, la partie défenderesse souhaitera généralement présenter une preuve destinée à démontrer que l'action envisagée ne tient pas et, pour ce faire, elle pourrait bien forcer la note, sur le thème « abondance de biens ne nuit pas ». Le juge doit résister à cette propension, tout comme il doit se garder d'examiner sous toutes leurs coutures les éléments produits par l'une et l'autre des parties, au risque de transformer la nature d'un débat qui ne doit ni empiéter sur le fond, ni trancher celui-ci prématurément, ni porter sur les moyens de défense;

- À l'autorisation, le Tribunal doit simplement porter un regard sommaire sur la preuve, qui devrait elle-même être d'une certaine frugalité;

- Dans tous les cas, la preuve autorisée doit permettre d'évaluer les quatre critères que le juge de l'autorisation doit examiner et non le bien-fondé du dossier. Et si, par malheur, le juge de l'autorisation se retrouve devant des faits contradictoires, il doit faire prévaloir le principe général qui est de tenir pour avérés ceux de la demande d'autorisation, sauf s'ils apparaissent invraisemblables ou manifestement inexacts;

[...]

[soulignements du juge soussigné]

E. ANALYSE ET DÉCISION

[40] Dans l'état actuel des choses, il doit être permis à Nissan Canada de soulever que Mme Levy ne fait pas partie du groupe tel que redéfini à l'audience du 29 novembre 2018, et qu'il serait inapproprié de lui attribuer le statut de représentant des membres.

[41] À cette fin, le Tribunal autorise la production des documents et extraits de documents suivants :

a) quant à l'Affidavit Smith :

- l'identification de l'affiant avant le paragraphe 1;
- la portion de l'affidavit après le paragraphe 25 (le jurat);
- les paragraphes 11, 13, 18, 19 et 20 de l'affidavit;

¹⁹ Précité, note 9, par. 77.

b) l'Annexe 2, soit le bail conclu avec Mme Levy le 10 novembre 2008.

[42] Tous les autres éléments de l'Affidavit Smith devront au préalable avoir été caviardés.

[43] Toutes les autres demandes de Nissan Canada sont rejetées.

[44] Il ne résiste pas à l'analyse que le groupe serait inexistant parce que M. Smith considère qu'il n'y a pas eu d'utilisation frauduleuse de la Banque de données.

[45] Tel que l'allègue la demande d'autorisation, les parties qui ont reçu la lettre d'avertissement de Nissan²⁰ peuvent avoir subi préjudice de la situation, même si leurs données personnelles ne se trouvaient pas dans la Banque de données, et même s'il n'y a pas eu d'utilisation personnelle de leurs données personnelles.

[46] Ainsi, Mme Levy décrit les démarches entreprises pour bénéficier des services de surveillance de crédit, et les inconvénients alors encourus.

[47] En particulier, rien au dossier ne permet de supposer que Nissan Canada aurait écrit depuis à certains de ses clients pour mettre fin à l'alerte (et au besoin de vigilance par ces derniers).

[48] Il faut permettre la tenue d'un débat quant à savoir si un consommateur a droit à une indemnisation même quand il n'y a pas de preuve d'utilisation frauduleuse de ses données personnelles²¹.

[49] Les portions rejetées de l'Affidavit Smith énoncent d'éventuels moyens de défense de Nissan Canada. Elles abordent des questions controversées et litigieuses et non des questions neutres et objectives.

[50] Rien dans l'Affidavit Smith ne prétend que la demande d'autorisation allèguerait des faits invraisemblables ou inexacts, sauf quand Mme Levy est portée à croire qu'il y a eu accès non autorisé à ses données personnelles.

[51] Nissan Canada a tenu à verser au dossier ses prétentions qu'elle est la victime innocente d'un extorqueur et qu'elle a agi de son mieux pour limiter les inconvénients à ses clients.

[52] Ceci s'annonce intéressant au moment de débattre du fond mais n'affecte en rien le rôle du juge appelé à statuer sur une demande de produire une preuve appropriée.

²⁰ La pièce R-3 dans le cas de Mme Levy.

²¹ *Zuckerman c. Target Corporation*, 2017 QCCS 110.

[53] De même, le rôle de tel juge, analysé ci-haut, n'est pas de refuser catégoriquement la production de quelque élément de preuve parce que l'avocat de la demande annonce alors sa riposte par d'innombrables complications procédurales.

[54] À ce sujet, vu qu'une portion de l'Affidavit Smith peut être produite, et que Me Assor annonce alors son intention d'interroger l'affiant (article 105 C.p.c.), le Tribunal assujettit toute initiative en ce sens à son autorisation préalable des modalités.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

FOR THESE REASONS, THE COURT :

[55] **ACCUEILLE** en partie l'*Application for leave to adduce evidence*;

GRANTS in part the Application for leave to adduce evidence;

[56] **AUTORISE** la défenderesse Nissan Canada inc. à produire les documents suivants :

AUTHORIZES Defendant Nissan Canada Inc. to file the following documents:

a) quant à l'Affidavit Smith :

(a) Concerning the Smith Affidavit:

- l'identification de l'affiant avant le paragraphe 1;
- la portion de l'affidavit après le paragraphe 25 (le jurat);
- les paragraphes 11, 13, 18, 19 et 20 de l'affidavit;

- The identification of the affiant before paragraph 1;
- The portion of the affidavit after paragraph 25 (the jurat);
- Paragraphs 11, 13, 18, 19 and 20 of the affidavit;

b) l'Annexe 2, soit le bail conclu avec Mme Levy le 10 novembre 2008;

(b) Appendix 2, being the lease entered with Ms. Levy on November 10, 2008;

[57] **REJETTE** la demande de produire quelque autre document ou portion de document;

DISMISSES the request to file any other document or part of document;

[58] **ORDONNE** qu'au moment de sa production, le *Detailed sworn statement of Forrest Smith* ait été caviardé pour en effacer toute portion non autorisée;

ORDERS that, when the Detailed sworn statement of Forrest Smith is filed, any part not authorized be blacked out;

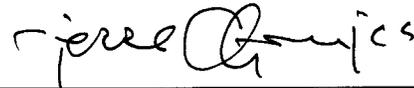
[59] **ORDONNE**, si la demanderesse désire procéder à l'interrogatoire de l'affiant Forrest Smith, qu'alors toutes les modalités de tel interrogatoire (incluant la demande de documents) soient

ORDERS that, if Plaintiff seeks to examine affiant Forrest Smith, then all modalities of said examination (including the request for documents) be approved beforehand by order of this Court;

approuvées à l'avance par ordonnance du Tribunal;

[60] **SANS FRAIS** de justice, vu le sort mitigé.

WITHOUT COSTS considering the mixed outcome of the application.



PIERRE-C. GAGNON, j.c.s.

Me David Assor
LEX GROUP INC.
Avocats pour la demanderesse

Me Margaret Weltrowska
Me Erica Shadeed
DENTONS CANADA
Avocats pour la défenderesse

Date d'audience : 29 novembre 2018