

COUR SUPÉRIEURE
(Action collective)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000909-180

DATE : LE 9 JUILLET 2019

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE ANDRÉ PRÉVOST, J.C.S.

ANNIE MIDDLETON
Demanderesse

c.
MYLAN SPECIALTY L.P.
et
PFIZER CANADA INC.
Défenderesses

JUGEMENT
(Sur la demande d'autorisation d'exercer une action collective
et pour être représentante)

JP1827

[1] Mme Middleton demande à être autorisée à exercer une action collective suivant le rappel de deux lots de l'auto-injecteur EpiPen le 1^{er} avril 2017. Ce produit qui contient de l'épinéphrine est utilisé comme traitement d'urgence pour un choc anaphylactique.

[2] Le groupe visé par la demande d'autorisation est ainsi décrit (le Groupe) :

a) All persons in Canada who on or after November 2015, purchased or was injected with an EpiPen (0.3 mg epinephrine) auto-injector or EpiPen Jr. (0.15 mg epinephrine) auto-injector (collectively referred to as an "EpiPen") (the "User Class");

b) Spouses, children, grandchildren, parents, grandparents, brothers, sisters and guardians of the User Class who by reasons of their relationship with members of the User Class, are entitled to assert a claim (the "Family Class").

[3] Le recours qu'entend exercer Mme Middleton se fonde sur la responsabilité des défenderesses en tant que fabricant et distributeur de l'EpiPen ainsi que sur leur négligence pour ne pas s'être assurées de la disponibilité suffisante du produit pour pourvoir au remplacement des auto-injecteurs rappelés.

SURVOL DU DOSSIER

[4] La demande d'autorisation est accompagnée de quatre pièces (P-1 à P-4), comprenant la monographie et l'avis de rappel du produit.

[5] Autorisées à déposer une preuve appropriée¹, les défenderesses ont produit l'interrogatoire écrit de Mme Middleton, une déclaration sous serment de Melissa Frohloff², directrice générale assurance qualité chez Pfizer, ainsi que les pièces R-1 à R-4. Parmi celles-ci, on y retrouve un rapport de l'enquête effectuée par les défenderesses pour vérifier l'incidence du défaut noté sur deux auto-injecteurs qui sont à l'origine du rappel.

[6] Les faits révélés par ces documents sont les suivants.

Les parties

[7] Mme Middleton habite à St-Léon-LeGrand, petite municipalité située à proximité de Louiseville dans la MRC de Maskinongé.

[8] Mylan Specialty L.P. (Mylan) détient les droits exclusifs sur la marque EpiPen. Pfizer Canada inc. (Pfizer) est titulaire d'une licence pour la mise en marché et la distribution de ce produit au Canada, notamment.

¹ Jugement du 11 décembre 2018.

² La déclaration sous serment de Mme Frohloff, datée du 23 novembre 2018, accompagne la demande des défenderesses pour production d'une preuve appropriée.

L'auto-injecteur EpiPen

[9] L'auto-injecteur EpiPen contient un mélange d'ingrédients, principalement de l'épinéphrine³.

[10] Il vient en doses de 0,3 mg et aussi de 0,15 mg pour les enfants. Notons que la monographie de ce produit précise que la dose de 0,3 mg est destinée aux personnes ayant un poids de 30 kg ou plus, la dose de 0,15 mg étant destinée aux enfants d'un poids variant de 15 kg à 30 kg⁴.

[11] L'EpiPen est destiné au traitement d'urgence de l'anaphylaxie chez les personnes étant à risque d'une réaction allergique sévère ou qui ont une histoire de choc anaphylactique.

[12] Les directives aux consommateurs de ce produit (les Directives) précisent qu'il constitue un traitement d'urgence qui ne remplace d'aucune manière la nécessité de consulter un médecin⁵.

[13] L'EpiPen est vendu sous contrôle pharmaceutique sans la nécessité d'une ordonnance. Les Directives recommandent néanmoins aux utilisateurs d'effectuer les vérifications nécessaires sur leur état de santé auprès d'un médecin ou d'un pharmacien avant de se le procurer.

Le rappel de deux lots d'EpiPen au Canada

[14] Au début du mois de mars 2017, un avis d'alerte est émis par les défenderesses au sujet d'un lot d'EpiPen (le lot 5FA665) pour lequel deux plaintes ont été reçues concernant le mauvais fonctionnement du mécanisme d'injection, sans qu'il n'en résulte toutefois un préjudice pour la santé de leur utilisateur⁶. Il est décidé de procéder à un rappel de ce lot qui aurait été distribué au Japon, en Australie et en Europe.

[15] Comme les défenderesses ne peuvent exclure que la pièce défectueuse du mécanisme de l'auto-injecteur, fabriquée par un sous-traitant, ne se retrouve aussi dans un des lots distribués au Canada, elles décident de procéder à un rappel des lots 5GU763 (EpiPen 0,3 mg) et 5GR765 (EpiPen 0,15 mg) distribués au Canada entre les mois de novembre 2015 et mars 2016. Ce sont les auto-injecteurs visés par la présente demande d'autorisation.

[16] Le 31 mars 2017, Pfizer expédie un avis de rappel qui s'adresse, notamment, aux distributeurs et vendeurs d'auto-injecteurs⁷. Le lendemain, Santé Canada publie un avis

³ P-3.

⁴ *Id.*, p. 16.

⁵ *Id.*, p. 15.

⁶ R-3.

⁷ R-1.

général au même effet⁸. Notons que les produits du lot 5GU763 comportent une date de péremption en mai 2017 et les produits du lot 5GR765 en mars 2017.

[17] Ces avis de rappel indiquent clairement qu'aucun problème n'a été rapporté sur les auto-injecteurs vendus au Canada. Ils invitent les utilisateurs à contacter leur pharmacien pour obtenir un auto-injecteur de remplacement précisant qu'ils peuvent continuer à utiliser, dans l'intervalle, celui faisant l'objet du rappel.

[18] Une recherche effectuée par Pfizer remontant à août 2015, dans ses dossiers de plaintes, et au quatrième trimestre de 2009, dans ses rapports de non-conformité, ne démontre aucun autre cas similaire aux deux plaintes se rapportant au lot 5FA665⁹.

[19] Enfin, une inspection effectuée sur 1 239 142 tubes d'auto-injecteurs, répartis sur neuf lots différents, chez le sous-traitant qui les fabrique, n'a révélé aucun défaut de fabrication¹⁰.

Les faits se rapportant à Mme Middleton

[20] Mme Middleton souffre d'allergie à certains aliments, ainsi qu'au latex et aux aérosols. Elle a déjà été traitée en urgence pour une réaction allergique sévère.

[21] Son fils, Jean-Christophe, a lui aussi été diagnostiqué d'une allergie, aux piqûres d'abeilles. Il aurait reçu un traitement pour son allergie, bien qu'aucun détail ne soit précisé à cet égard.

[22] Leur état requiert l'usage de l'auto-injecteur EpiPen au besoin. Ainsi, deux auto-injecteurs ont été achetés à la Pharmacie Jean Coutu de Louiseville au mois de mai 2016. Ils font partie du lot 5GU763. Mme Middleton et son fils n'ont pas eu recours à leur utilisation.

[23] Le 17 avril 2017, au cours d'un bulletin de nouvelles télévisé, Mme Middleton apprend l'existence du rappel effectué par Pfizer.

[24] Elle se présente peu après à la Pharmacie Jean Coutu à Louiseville pour remplacer les auto-injecteurs qu'elle et son fils possèdent. Elle est alors informée qu'il y a rupture d'inventaire. Ce n'est qu'à la fin du mois de mai 2017, après deux visites supplémentaires à sa pharmacie ainsi que des démarches effectuées auprès d'autres pharmacies, qu'elle est en mesure de remplacer les auto-injecteurs EpiPen sans frais.

[25] Mme Middleton allègue avoir subi de l'anxiété du fait de posséder des auto-injecteurs possiblement défectueux et de ne pouvoir les remplacer pendant une période de plus d'un mois en raison de la rupture d'inventaire. Le degré d'anxiété subi par son fils

⁸ P-4.

⁹ R-2.

¹⁰ *Id.*

a été encore plus important du fait qu'il souffre du syndrome Gilles de la Tourette et que ces événements se sont déroulés pendant la saison où s'activent les abeilles.

[26] Son pharmacien a refusé de lui communiquer le nom d'autres personnes s'étant trouvées dans la même situation qu'elle, invoquant le secret professionnel.

ANALYSE

[27] Reprenons d'abord les principes s'appliquant à une demande d'autorisation.

Les principes applicables à la demande d'autorisation

[28] L'article 575 du *Code de procédure civile* (C.p.c.) énonce les conditions que doit respecter toute personne qui désire être autorisée à exercer une action collective :

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.

[29] L'exercice auquel le Tribunal est convié en est un de filtrage dont l'objectif est de se satisfaire de l'existence d'une cause défendable. Les conditions de l'article 575 C.p.c. doivent être appliquées de manière souple, libérale et généreuse afin de faciliter l'exercice de l'action collective comme moyen d'atteindre le double objectif de la dissuasion et de l'indemnisation des victimes¹¹.

[30] Dans un arrêt récent, la Cour d'appel reprend les grandes lignes tracées par la jurisprudence des dernières années sur cette question¹² :

[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 preuve. Il doit démontrer l'existence d'une « apparence sérieuse de droit », d'une « cause défendable ».

¹¹ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, paragr. 7-8; *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673, paragr. 29-30 (en appel).

¹² *Baratto c. Merck Canada inc.*, 2018 QCCA 1240.

[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 autorisée.

[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 [...] ».

[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 litige et qu'il doit prendre les faits pour avérés, sauf s'ils apparaissent invraisemblables ou manifestement inexacts.

[références omises]

[31] Rappelons que le principe de la proportionnalité édicté par l'article 18 *C.p.c.*¹³ est appliqué par le Tribunal dans son évaluation de chacune des conditions de l'article 575 *C.p.c.* Il ne constitue cependant pas une cinquième condition à l'exercice d'une action collective¹⁴.

[32] Enfin, il faut garder à l'esprit qu'avant le jugement d'autorisation, le recours n'existe pas sur une base collective¹⁵. C'est donc à la lumière du recours individuel de la partie demanderesse qu'il sera déterminé si les conditions de l'article 575 *C.p.c.* sont satisfaites¹⁶.

[33] Appliquons ces principes à la situation en cause.

¹³ 18. Les parties à une instance doivent respecter le principe de proportionnalité et s'assurer que leurs démarches, les actes de procédure, y compris le choix de contester oralement ou par écrit, et les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande.

Les juges doivent faire de même dans la gestion de chacune des instances qui leur sont confiées, et ce, quelle que soit l'étape à laquelle ils interviennent. Les mesures et les actes qu'ils ordonnent ou autorisent doivent l'être dans le respect de ce principe, tout en tenant compte de la bonne administration de la justice.

¹⁴ *Vivendi Canada c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, paragr. 66.

¹⁵ *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, paragr. 109.

¹⁶ *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820, paragr. 10.

Les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées

(art. 575 (2) C.p.c.)

[34] Le recours que Mme Middleton entend exercer soulève la responsabilité des défenderesses à trois niveaux¹⁷ :

- a) les défauts cachés : les auto-injecteurs rappelés seraient affectés d'un défaut de fabrication et, en conséquence, seraient impropres à l'usage auquel ils sont destinés;
- b) la négligence : elle aurait été encourue à trois étapes :
 - i) d'abord, en ne prenant pas les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des auto-injecteurs, sachant ou devant savoir qu'ils pourraient ne pas fonctionner adéquatement;
 - ii) ensuite, en n'agissant pas de manière diligente lorsque les défauts ont été découverts; et
 - iii) enfin, en ne s'assurant pas de la disponibilité suffisante d'auto-injecteurs de remplacement lors du rappel;
- c. les fausses représentations : les défenderesses auraient fausement représenté que les auto-injecteurs étaient sécuritaires, efficaces et propres à l'usage auquel ils sont destinés, sachant que les membres du Groupe s'y fieraient.

[35] Les dispositions suivantes du *Code civil du Québec* (C.c.Q.) et de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.p.c.)¹⁸ sont pertinentes aux arguments soulevés par Mme Middleton :

• **C.c.Q.** :

1726. Le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien et ses accessoires sont, lors de la vente, exempts de vices cachés qui le rendent impropre à l'usage auquel on le destine ou qui diminuent tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus.

Il n'est, cependant, pas tenu de garantir le vice caché connu de l'acheteur ni le vice apparent; est apparent le vice qui peut être constaté par un acheteur prudent et diligent sans avoir besoin de recourir à un expert.

¹⁷ Demande d'autorisation, paragr. 28 ainsi que 31 à 41.

¹⁸ LRLQ, c. P-41.1.

1729. En cas de vente par un vendeur professionnel, l'existence d'un vice au moment de la vente est présumée, lorsque le mauvais fonctionnement du bien ou sa détérioration survient prématurément par rapport à des biens identiques ou de même espèce; cette présomption est repoussée si le défaut est dû à une mauvaise utilisation du bien par l'acheteur.

1730. Sont également tenus à la garantie du vendeur, le fabricant, toute personne qui fait la distribution du bien sous son nom ou comme étant son bien et tout fournisseur du bien, notamment le grossiste et l'importateur.

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

1458. Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés.

Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice; ni elle ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables.

- **L.p.c.** :

37. Un bien qui fait l'objet d'un contrat doit être tel qu'il puisse servir à l'usage auquel il est normalement destiné.

38. Un bien qui fait l'objet d'un contrat doit être tel qu'il puisse servir à un usage normal pendant une durée raisonnable, eu égard à son prix, aux dispositions du contrat et aux conditions d'utilisation du bien.

53. Le consommateur qui a contracté avec un commerçant a le droit d'exercer directement contre le commerçant ou contre le fabricant un recours fondé sur un vice caché du bien qui a fait l'objet du contrat, sauf si le consommateur pouvait déceler ce vice par un examen ordinaire.

Il en est ainsi pour le défaut d'indications nécessaires à la protection de l'utilisateur contre un risque ou un danger dont il ne pouvait lui-même se rendre compte.

Ni le commerçant, ni le fabricant ne peuvent alléguer le fait qu'ils ignoraient ce vice ou ce défaut.

Le recours contre le fabricant peut être exercé par un consommateur acquéreur subséquent du bien.

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas:

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

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

[36] D'entrée de jeu, il convient de rappeler que bien qu'elles soient tenues pour avérées, les allégations de fait doivent être suffisantes et suffisamment précises pour appuyer le syllogisme proposé par la demande¹⁹. Cependant, le tribunal doit se prêter à une lecture contextuelle de la demande et non se limiter au texte même de la procédure²⁰. En conséquence, même des allégations vagues, générales et imprécises peuvent être suffisantes si la demande contient des faits concrets, précis ou palpables susceptibles d'établir l'existence d'une cause défendable²¹.

[37] Qu'en est-il ici?

[38] Premièrement, le dossier tel que constitué (qui inclut la demande d'autorisation, les pièces et la preuve appropriée permise) ne relève aucun fait confirmant ou laissant croire que les lots rappelés par les défenderesses sont affectés d'un quelconque vice de fabrication. Au contraire, tant les avis de rappel²² que le rapport d'enquête des

¹⁹ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, précité, note 11, paragr. 59; *Infineon Technologies AG c. Option Consommateurs*, 2013 CSC 59, paragr. 67 et 134.

²⁰ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, *id.*, paragr. 60.

²¹ *Id.*

²² P-4 et R-1.

défenderesses²³ confirment qu'aucun défaut de fabrication n'a été retrouvé dans les auto-injecteurs EpiPen distribués et vendus au Canada, les deux seuls cas d'auto-injecteurs défectueux provenant d'un lot distribué au Japon, en Australie et en Europe.

[39] Deuxièmement, rien ne laisse supposer que Mme Middleton ou son fils aient rencontré quelque problème avec l'utilisation de leurs auto-injecteurs EpiPen. Les allégations contenues au paragraphe 43 de la demande d'autorisation confirment plutôt qu'ils ne se sont jamais trouvés dans une situation qui en nécessitait l'utilisation.

[40] Troisièmement, l'avis de rappel de Pfizer du 31 mars 2017 (R-1) précise que le rappel est fait à titre préventif ("out of an abundance of caution") alors qu'aucun vice n'a été détecté sur les auto-injecteurs EpiPen des lots rappelés. L'avis émis par Santé Canada (P-4) confirme d'ailleurs que les auto-injecteurs rappelés peuvent continuer à être utilisés jusqu'à la réception d'un auto-injecteur de remplacement.

[41] Mme Middleton n'a donc aucune cause défendable fondée sur la responsabilité des défenderesses pour défaut caché. Incidemment, les faits dans *Hadida c. Nissan Canada inc.*²⁴, cause qu'invoque l'avocat de Mme Middleton à l'appui de ses prétentions, se distinguent nettement de ceux en l'espèce puisque le rappel effectué par Nissan se rapportait à des vices qui affectaient les véhicules rappelés.

[42] Les allégations de la demande d'autorisation se rapportant aux fausses représentations des défenderesses sont les suivantes :

36. The Defendants communicated the purported benefits of EpiPen with the intent that consumers, including the Plaintiff and members of the entire EpiPen Classes, would purchase and inject themselves with an EpiPen;

37. The Defendants misled the Plaintiff and members of the Class by and through statements made by the Defendants, their authorized agents, or sales representatives (or through doctors and pharmacists). These representations that EpiPen were safe, effective, and fit and proper for their intended use were made orally and in publications, package inserts, and other written materials to the health care community and the general public;

[43] Bref, les seules représentations mentionnées par Mme Middleton sont celles voulant que l'auto-injecteur EpiPen soit sécuritaire, efficace et propre à l'usage auquel il est destiné. Ces représentations se retrouvent dans la monographie de l'EpiPen (P-3). Il n'existe aucun autre élément au dossier à ce sujet pouvant permettre au Tribunal de tirer des inférences sur de prétendues fausses représentations.

[44] Rappelons que rien au dossier n'indique une défectuosité quelconque des auto-injecteurs visés par le rappel.

²³ R-2.

²⁴ 2019 QCCS 184.

[45] Le Tribunal ne peut non plus inférer du rappel des auto-injecteurs en cause qu'ils n'étaient pas sécuritaires, efficaces ou propres à l'usage auquel ils étaient destinés. Dans l'avis de rappel de Pfizer (R-1), non seulement précise-t-on que le rappel est à titre préventif, mais on y indique clairement que l'incidence du vice est extrêmement rare et que les tests et analyses effectués sur les lots d'auto-injecteurs potentiellement en cause n'ont révélé aucune déficience. L'avis de rappel de Santé Canada (P-4) va jusqu'à recommander l'utilisation des auto-injecteurs rappelés jusqu'à la réception de celui donné en remplacement.

[46] Mme Middleton n'a donc aucune cause défendable fondée sur la responsabilité des défenderesses pour fausses représentations.

[47] Reste la responsabilité fondée sur la négligence.

[48] D'entrée de jeu, le Tribunal écarte celle qui découlerait de l'absence de mesures nécessaires pour assurer la sécurité des auto-injecteurs, sachant ou devant savoir qu'ils pourraient ne pas fonctionner adéquatement. Il suffit de réitérer que rien au dossier ne permet d'inférer que les auto-injecteurs en cause sont affectés d'un quelconque vice.

[49] Il en est de même de la négligence des défenderesses qui n'auraient pas agi de manière diligente lorsque les défauts ont été découverts. Aucun fait ne soutient cette affirmation.

[50] En effet, le dossier ne révèle pas à quelle date les déficiences aux deux auto-injecteurs dans la région Europe/Japon/Australie ont été découvertes. Ce que l'on sait, toutefois, c'est que la décision de rappeler le lot en cause (5FA665) a été prise le 8 mars 2017²⁵. Bien que le rapport interne des défenderesses faisant état de cette décision rapporte que « *There is currently no statistical or physical evidence that suggests any other lots on the market contain units having powerpacks with similar defect* », le rappel des lots 5GU763 et 5GR765 au Canada s'effectue à titre préventif le 31 mars 2017.

[51] Le Tribunal ne peut inférer quelque négligence des défenderesses sur cette question.

[52] Il en est autrement de la négligence des défenderesses à assurer un inventaire adéquat pour remplacer les auto-injecteurs rappelés.

[53] En effet, les allégations de la demande d'autorisation et les réponses données par Mme Middleton dans son interrogatoire écrit indiquent clairement que malgré les démarches effectuées auprès de son pharmacien ainsi qu'à d'autres pharmacies, il lui a fallu plus d'un mois pour obtenir des auto-injecteurs EpiPen de remplacement, en raison de la non-disponibilité du produit.

²⁵ R-3.

[54] Dans ce contexte, le Tribunal ne peut écarter les déclarations précises de Mme Middleton sur la seule foi de l'allégation de Mme Frohloff voulant que « *As such, the impact of recalling these lots had a minimal impact on the availability of EpiPens on the Canadian market* ». La preuve apportée lors d'un éventuel procès précisera la situation dans un sens ou dans l'autre.

[55] L'anxiété décrite par Mme Middleton résultant de l'impossibilité de trouver un auto-injecteur de remplacement pendant plus d'un mois suivant le rappel du produit n'apparaît pas invraisemblable, même en considérant les assurances que comportent les avis de rappel.

[56] À cette étape, le Tribunal estime que Mme Middleton a une cause défendable sur ce point.

[57] Vu les conclusions qui précèdent, les dispositions de la L.p.c. qu'invoque Mme Middleton ne sont cependant pas applicables et, en conséquence, il n'existe aucun fondement à la réclamation de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs²⁶.

[58] Enfin, l'argument soulevé par les défenderesses voulant que l'action collective ne puisse être autorisée à l'égard du lot 5GR765 qui devenait périmé en mars 2017 ne peut être retenu à ce stade. En effet, le Tribunal ne dispose d'aucun renseignement sur la possibilité d'utiliser un auto-injecteur EpiPen, en toute sécurité, après sa date de péremption. Notons, toutefois, que les défenderesses ont néanmoins jugé opportun d'inclure ce lot dans son rappel effectué les 31 mars et 1^{er} avril 2017.

La demande des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes (art. 575 (1) C.p.c.)

[59] Les défenderesses invoquent l'étendue excessive du Groupe proposé et son absence de connexité avec les faits. Elles soulignent qu'il n'incombe pas au tribunal de le redéfinir.

[60] Dans l'arrêt récent de *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*²⁷, la Cour suprême confirme l'analyse qu'elle avait faite de ce critère dans l'arrêt *Vivendi*²⁸. Elle rappelle que pour établir l'existence de questions communes au stade de l'autorisation, il suffit de la présence d'une seule question de droit ou de fait identique, similaire ou connexe pourvu que son importance soit susceptible d'influencer le sort de l'action²⁹.

[61] Le délai pour se procurer un auto-injecteur EpiPen de remplacement en raison de la rupture d'inventaire est une question commune à l'ensemble du Groupe. La décision portant sur cette question est de nature à faire progresser l'action à l'égard de tous.

²⁶ Art. 1621 C.c.Q.

²⁷ Précité, note 11.

²⁸ *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, précité, note 14.

²⁹ *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, précité, note 11, paragr. 44.

[62] Par ailleurs, rien n'interdit au juge autorisateur de modifier la description du groupe pour l'ajuster aux conclusions auxquelles il en arrive s'il possède les informations suffisantes pour le faire. C'est d'ailleurs l'exercice auquel s'est prêtée la Cour d'appel dans *Fortier c. Meubles Léon Itée*³⁰, lorsqu'elle a reformulé la description du groupe pour la faire correspondre à une seule des trois questions sur lesquelles s'appuyait la demande.

[63] La condition prévue à l'article 575 (1) C.p.c. est donc ici satisfaite.

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 (art. 575 (3) C.p.c.)

[64] Pour l'essentiel, les défenderesses soutiennent que Mme Middleton n'a fait aucune démarche visant à identifier d'autres personnes (en plus de son fils) qui auraient subi des inconvénients semblables aux siens résultant du rappel des auto-injecteurs EpiPen. Il n'existerait donc aucun Groupe.

[65] Les éléments généralement considérés dans l'analyse de cette condition de l'article 575 C.p.c. sont les suivants³¹ :

- a. le nombre probable de membres;
- b. la situation géographique des membres; et
- c. les contraintes pratiques et juridiques inhérentes à l'utilisation du mandat et de la jonction des parties en comparaison avec l'action collective.

[66] Le rapport du 13 novembre 2017 de Pfizer à Santé Canada concernant le rappel des auto-injecteurs EpiPen en cause³² indique, notamment, que :

- a. 107 753 auto-injecteurs ont été distribués au Canada (67 844 du lot 5GU763 et 39 909 du lot 5GR765);
- b. 21 899 auto-injecteurs ont été retournés à Pfizer par les distributeurs du produit (grossistes, pharmacies et médecins) soit 16 721 du lot 5GU763 et 5 178 du lot 5GR765;
- c. les auto-injecteurs retournés à Pfizer ainsi que ceux que cette dernière avait en inventaire, totalisant 59 916, ont été détruits.

³⁰ 2014 QCCA 195, paragr. 154 à 156.

³¹ Yves LAUZON, *Le recours collectif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 38; *Brière c. Rogers Communications*, 2012 QCCS 2733, paragr. 72.

³² R-4.

[67] Le nombre de membres peut donc être valablement évalué à environ 21 899 correspondant au nombre d'auto-injecteurs retournés à Pfizer à la suite du rappel. Ce nombre pourrait être moindre vu la possibilité que parmi les auto-injecteurs retournés, certains n'aient pas été encore vendus à des utilisateurs. Quant aux auto-injecteurs vendus et non retournés, il peut être présumé à ce stade que les utilisateurs ne s'en sont pas inquiétés outre mesure.

[68] Il serait très difficile, voire pratiquement impossible, pour Mme Middleton d'obtenir un mandat des utilisateurs visés aux fins de l'exercice d'un recours contre les défenderesses. Aux contraintes géographiques s'ajoute le secret professionnel que pourraient lui opposer les pharmaciens à toute demande de communication visant à identifier ces utilisateurs. Elle a d'ailleurs essuyé un tel refus de son pharmacien.

[69] Dans ce contexte, le Tribunal considère que la condition de l'article 575 (3) C.p.c. est satisfaite.

Mme Middleton est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres (art. 575 (4) C.p.c.)

[70] Les défenderesses soutiennent que puisque Mme Middleton n'a pas de cause personnelle d'action, elle ne se qualifie pas à titre de représentante du Groupe. Compte tenu des conclusions du Tribunal quant à l'existence d'un recours personnel de Mme Middleton, cet argument ne peut être retenu.

[71] Les facteurs à considérer pour évaluer la représentation adéquate sont les suivants³³ :

- a. l'intérêt à poursuivre;
- b. la compétence du représentant; et
- c. l'absence de conflit avec les membres du groupe.

[72] Dans l'arrêt *Lévesque c. Vidéotron, s.e.n.c.*³⁴, commentant les démarches requises de la personne désirant se voir reconnaître le statut de représentant, la Cour d'appel indique :

[26] Il est exact de dire que, généralement, une personne qui veut se voir reconnaître le statut de représentant d'un groupe ne peut se contenter de présenter son seul dossier pour obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif. Elle doit effectuer certaines démarches qui lui permettront de démontrer qu'elle n'est pas seule dans sa situation et que plusieurs autres personnes démontrent

³³ Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996, p. 419; *Infineon Technologies AG*, précité, note 19, paragr. 149; *Lévesque c. Vidéotron, s.e.n.c.*, 2015 QCCA 205, paragr. 23.

³⁴ *Id.*

un intérêt à poursuivre. En bref, elle doit démontrer l'existence d'un véritable groupe. En effet, le juge saisi de la demande d'autorisation a besoin d'un minimum d'informations sur la taille et les caractéristiques essentielles du groupe visé pour évaluer le respect du paragraphe 1003c) C.p.c. De plus, il a souvent besoin de précisions pour évaluer l'insatisfaction des membres du groupe et la pertinence de recourir à l'action collective.

[27] Toutefois, le niveau de recherche que doit effectuer un requérant dépend essentiellement de la nature du recours qu'il entend entreprendre et de ses caractéristiques. Si, de toute évidence, il y a un nombre important de consommateurs qui se retrouvent dans une situation identique, il devient moins utile de tenter de les identifier. Il est alors permis de tirer certaines inférences de la situation.

[références omises] [le Tribunal souligne]

[73] En l'espèce, Mme Middleton a l'intérêt pour poursuivre, elle n'a aucun conflit avec les autres membres du Groupe et elle semble avoir les compétences nécessaires pour agir comme représentante. Ajoutons qu'elle a effectué des démarches auprès de son pharmacien pour obtenir le nom d'autres personnes dans sa situation mais qu'elle s'est vue opposer le secret professionnel de ce dernier.

[74] Elle satisfait aux conditions de l'article 575 (4) C.p.c.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

WHEREFORE, THE COURT :

[75] **ACCUEILLE** en partie la demande;

[75] **GRANTS** the Application in part;

[76] **AUTORISE** l'exercice de l'action collective suivante :

[76] **AUTHORIZES** the Plaintiff to commence the following class action:

Une action en dommages-intérêts contre les défenderesses Mylan Specialty L.P. et Pfizer Canada inc.

An action in damages against the Defendants Mylan Specialty L.P. and Pfizer Canada Inc.

[77] **ATTRIBUE** à Annie Middleton le statut de représentante aux fins d'exercer l'action collective pour le compte du groupe suivant :

[77] **ASCRIBES** to Annie Middleton the status of representative for the purpose of exercising the class action on behalf the following group:

Les personnes au Canada qui, le ou après le 31 mars 2017 possédaient, à titre d'éventuels utilisateurs, un auto-injecteur EpiPen des lots 5GU763 ou 5GR765, et/ou le gardien légal de ces personnes si elles sont mineures ou incaptes, et qui ont retourné leur auto-injecteur EpiPen à la suite du rappel des 31 mars et 1^{er} avril 2017 pour en obtenir un en remplacement.

All persons in Canada who, on or after March 31, 2017 possessed, for their potential individual use, an EpiPen auto-injector lot 5GU763 or lot 5GR765, and/or the legal guardian of those persons when minor or incapable, and who returned their auto-injector EpiPen as a result of the recall of March 31 and April 1, 2017 in return of a replacement.

[78] **IDENTIFIE** comme suit les principales questions de fait ou de droit qui seront tranchées de façon collective :

- a) Y a-t-il eu rupture d'inventaire d'auto-injecteurs EpiPen dans les points de vente pendant la période entourant le rappel des 31 mars et 1^{er} avril 2017?
- b) Les membres du Groupe ont-ils encouru des délais afin d'obtenir un auto-injecteur EpiPen de remplacement?
- c) Y a-t-il eu faute ou négligence des défenderesses dans l'approvisionnement d'auto-injecteurs EpiPen auprès de leurs distributeurs au cours de la période de rappel?
- d) Quels sont les dommages subis par les membres en raison du délai à remplacer leur auto-injecteur EpiPen?

[79] **IDENTIFIE** comme suit les conclusions qui s'y rattachent :

CONDAMNE les défendeurs à payer à chacun des membres

[78] **IDENTIFIES** the principal questions of fact and law to be treated collectively as the following:

- a) Was there a shortage of EpiPen auto-injectors at the distribution outlets during the period surrounding the recall of March 31 and April 1, 2017?
- b) Did the Group Members encounter delays in obtaining a replacement of their EpiPen auto-injector?
- c) Were the Defendants at fault or negligent in providing EpiPen auto-injectors to the distributors during the period surrounding the recall?
- d) What damages have been suffered by the Group Members resulting from the delay in obtaining EpiPen auto-injectors replacement?

[79] **IDENTIFIES** the conclusions sought as being:

CONDEMNS the Defendants to pay damages to every Group

du Groupe les dommages qui seront déterminés par le Tribunal, avec intérêt et l'indemnité additionnelle;

ORDONNE le recouvrement individuel des réclamations de chacun des membres du Groupe conformément aux articles 599 à 601 C.p.c.;

[80] **DÉCLARE** qu'à moins d'exclusion dans le délai prescrit, les membres seront liés par tout jugement à intervenir sur l'action collective de la manière prévue par la loi;

[81] **FIXE** le délai d'exclusion à soixante (60) jours après la date de publication de l'avis aux membres;

[82] **REPORTE** à une date à être déterminée par le Tribunal l'approbation de l'avis aux membres;

[83] **FRAIS DE JUSTICE À SUIVRE.**

Member in an amount to be determined by the Court, plus interest and the additional indemnity;

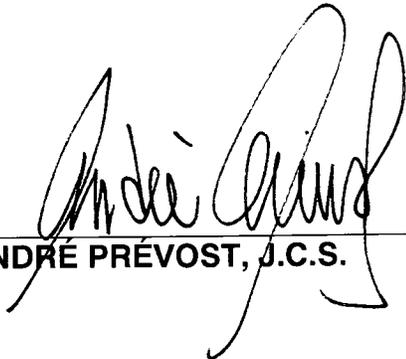
ORDERS the treatment of individual claims of each Group Member in accordance with Articles 599 to 601 C.C.P.;

[80] **DECLARES** that all Members of the Group who have not requested their exclusion from the Group within the prescribed delay will be bound by any judgment to be rendered on the class action as provided by law;

[81] **FIXES** the delay of exclusion at sixty (60) days from the date of the publication of the notice to the Members;

[82] **POSTPONES** the approval of the notice to Members at a date to be determined by the Court;

[83] **LEGAL COSTS TO FOLLOW.**



ANDRÉ PRÉVOST, J.C.S.

Me Erik Lowe
Merchant Law Group
Pour la demanderesse

Me François-David Paré
Me Claudette van Zyl
Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., S.R.L.
Pour les défenderesses

Date d'audition : Le 2 mai 2019
Délibéré suspendu jusqu'au 21 mai 2019 après réception des commentaires des
procureurs