

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

No: 500-06-001028-196

DATE : 10 août 2020

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE THOMAS M. DAVIS, J.C.S.

CHRISTOPHER OUELLET

Demandeur

c.

LASIK M.D. INC.

et

L.M.D. GMA L.P.

et

DR MOUNIR BASHOUR

et

VALHALLA & CAMELOT ENTERPRISES INC.

Défendeurs

JUGEMENT SUR UNE DEMANDE DE MODIFIER LA DEMANDE D'AUTORISATION

L'APERÇU

[1] Le 15 novembre 2019, le demandeur, monsieur Christopher Ouellet (**M. Ouellet**), dépose une demande afin d'obtenir l'autorisation d'exercer une action collective contre les défendeurs ainsi que le statut de représentant des groupes suivants :

« Class:

All persons who have received laser vision correction surgery at Lasik MD.

Corneal Neuralgia Subclass:

All persons who have developed corneal neuralgia after receiving laser vision correction surgery at Lasik MD. »

[2] Le 13 janvier 2020, une conférence de gestion a lieu par voie de conférence téléphonique. Lors de cette conférence, l'avocat du demandeur soulève la possibilité d'effectuer une modification à la demande d'autorisation et le Tribunal s'exprime comme suit :

Tout amendement envisagé par le demandeur sera produit au **plus tard le 31 janvier 2020**, et ce, sous réserve de la possibilité du demandeur de demander d'autres modifications à sa demande d'autorisation, à la suite de toute décision du Tribunal relativement à la preuve appropriée que les défendeurs peuvent produire.

[3] Le soussigné ajoute que de prime abord, il semble qu'une telle demande de modification de la demande d'autorisation exige la permission du Tribunal. Le même jour, on fixe l'audience sur la demande d'autorisation au 16 juin 2020.

[4] Le 6 mars 2020, Lasik M.D. inc. (**Lasik**) produit une demande pour permission de présenter une preuve appropriée, dont une déclaration sous serment d'un représentant de la société. Un projet comportant les paragraphes proposés est soumis au Tribunal et communiqué aux avocats de la classe.

[5] Le D^r Mounir Bashour (**D^r Bashour**) produit une demande semblable, accompagnée d'un projet de la déclaration sous serment qu'il désire produire.

[6] Le 15 mai 2020, le Tribunal prononce un jugement ayant trait à ces demandes et autorise la production d'une déclaration sous serment très circonscrite du D^r Bashour et une du représentant de Lasik qui reprend essentiellement les mêmes éléments du projet communiqué par Lasik. La production de certains documents est également autorisée, tous des documents communiqués avec la demande pour permission de présenter une preuve appropriée.

[7] Notamment, le jugement refuse la production des procédures judiciaires déposées par M^{me} Gwendoline Prudhomme à la Cour suprême de la Colombie-Britannique (no. VLC-S-S-187829).

[8] Le 26 mai 2020, M. Ouellet produit une demande d'autorisation modifiée où il ajoute de nouveaux éléments factuels et de nouvelles assises juridiques pour son action. Les défendeurs s'opposent à certaines des modifications proposées.

[9] Le Tribunal aura également à considérer l'admissibilité d'un document que M. Ouellet présente, comme un rapport d'expert, préparé par un psychologue, le D^r Morris Waxler (**D^r Waxler**), car les défendeurs s'opposent à sa production.

1. LES MODIFICATIONS PROPOSÉES

[10] Pour une bonne compréhension du différend entre les parties concernant les modifications recherchées, le Tribunal reproduira celles qui sont contestées :

8. On June 13, 2014, Applicant consulted Lasik MD because he wanted to get lasik surgery (he did not like wearing glasses). Before his first consultation, Applicant reviewed and relied on advertising from Lasik MD which stated that:

- Lasik is the safest elective medical procedure;
- Risks are small, minor, and easily treatable;
- Complications are "extremely rare" and range from 1 in 50,000 to 1 in 100,000;
- Lasik patients "say they feel little or no pain";

14. On January 26, 2015, the Applicant underwent the lasik surgery performed by Dr. Bashour, as appears from Exhibit P-5. On the date of the surgery, and prior to undergoing the surgery, the Applicant viewed some advertising on a screen in the Lasik MD clinic bearing the Lasik MD brand and stating "complications following LASIK are extremely rare, minor and treatable". He was then given and signed the consent form (Exhibit P-7). There was no consultation with Dr. Bashour before the surgery, and Dr. Bashour did not disclose or discuss the risk of "corneal neuralgia", chronic postoperative pain or chronic regional pain syndrome;

73. The recourses of the Class members raise identical, similar or related questions of fact or law, namely:

d) Is the responsibility of any of the Defendants engaged in view of the Quebec Civil Code [...], the Quebec Charter, Quebec's Consumer Protection Act, CQLR c P-40.1, or the Competition Act, RSC 1985, c C-34?

88. Consequently, the Defendants have breached several obligations imposed on them by legislation in Quebec and Canada, including:

- c) The Competition Act, including s. 74 concerning deceptive marketing practices;
- d) The Quebec Consumer Protection Act, including ss. 53, 219, and 228.

[11] La modification à la conclusion 4d), également contestée, est rédigée de la façon suivante :

4. **IDENTIFY** the principle questions of fact and law to be treated collectively as the following:

d) Is the responsibility of any of the Defendants engaged in view of the *Quebec Civil Code* [...], the Quebec Charter, Quebec's Consumer Protection Act, CQLR c P-40.1, or the *Competition Act*, RSC 1985, c C-34

[12] Lasik demande au Tribunal de rejeter les modifications se trouvant aux paragraphes 8, 14, 73d), 88c), et 88d), ainsi que la conclusion 4d).

[13] À son tour, le D^r Bashour estime que les modifications aux paragraphes 73d), 88c) et 88d) et à la conclusion 4d) doivent être refusées.

2. LES QUESTIONS EN LITIGE

2.1 La position des défendeurs

[14] Lasik affirme que de permettre les modifications proposées irait à l'encontre du contrat judiciaire. Elle ajoute que celles-ci donnent lieu à une demande entièrement nouvelle, sans rapport avec la demande initiale. L'intérêt de la justice et des membres putatifs de la classe mène au refus des modifications demandées.

[15] Quant au rapport d'expertise, on soulève également son dépôt tardif. Lasik remet aussi en question les qualifications d'expert du D^r Waxler, car il est notoire qu'il est contre les interventions chirurgicales oculaires par la méthode au laser. On met en doute sa partialité. De surcroît, Lasik met de l'avant que, par le contenu du rapport, il est évident que le D^r Waxler usurpe le rôle du Tribunal.

[16] Le D^r Bashour fait appel à des moyens semblables et soutient que le recours à la *Loi sur la protection du consommateur*¹ de même que la *Loi sur la concurrence*² déclenchera un débat qui ne respecte pas les principes de proportionnalité. De plus, ces deux lois sont inapplicables au D^r Bashour et sa société de gestion. Il abonde dans le même sens que Lasik stipulant que de permettre ces modifications donnera lieu à un débat qui est entièrement nouveau.

2.2 La position de M. Ouellet

[17] Pour M. Ouellet, les modifications ne sont pas tardives, car il se place au moment du jugement du Tribunal sur la production de la preuve appropriée du 15 mai

¹ RLRQ, c. P-40.1.

² L.R.C. 1985, c. C-34.

2020. Il ajoute qu'il ne pouvait pas anticiper les modifications qui seraient nécessaires avant de prendre connaissance de ce jugement.

[18] M. Ouellet stipule que de permettre la modification est la règle et qu'une demande de modification n'est refusée qu'exceptionnellement.

[19] Il nie que les références à la *Loi sur la protection du consommateur* ou à la *Loi sur la concurrence* donnent lieu à une demande entièrement nouvelle. M. Ouellet souligne que le Tribunal est compétent pour modifier les questions communes, même dans le cadre du jugement sur la demande d'autorisation.

[20] Quant au rapport du Dr Waxler, on soutient qu'il ne serait pas approprié de le rejeter d'emblée, à ce stade. Qu'on mette en doute ses qualifications ou sa partialité, ce questionnement doit se faire au mérite. Aux fins de l'audience sur la demande d'autorisation, peu importe que l'on accepte ou non ultérieurement le document offert à titre de rapport d'expert, le Tribunal doit permettre sa production comme étant un élément de preuve permettant d'analyser si les critères de l'article 575 C.p.c. sont satisfaits.

2.3 Les procédures de M^{me} Prudhomme

[21] Par son jugement du 15 mai 2020, le Tribunal refuse la production de ces procédures. Néanmoins, M. Ouellet fait référence à ces procédures et à l'expérience de M^{me} Prudhomme avec Lasik dans une des modifications proposées, qui n'est pas contestée par les défendeurs. Dans les circonstances, les défendeurs demandent au Tribunal de revoir sa position et de permettre la production des procédures de M^{me} Prudhomme. Si le Tribunal permet au demandeur de référer aux procédures de M^{me} Prudhomme, il est essentiel qu'elles fassent partie du dossier.

3. DISCUSSION

3.1 Les procédures de M^{me} Prudhomme

[22] Commençons avec l'opportunité de permettre maintenant la production des procédures produites par M^{me} Prudhomme en Colombie-Britannique. Vu la modification de la demande d'autorisation qui réfère directement à ces procédures, le Tribunal estime qu'il y a lieu qu'elles soient produites.

3.2 Les modifications

[23] Les principes qui gouvernent la modification d'une procédure se trouvent à l'article 206 C.p.c. Ces principes sont généralement applicables en matière d'action collective, et ce, même à l'étape de la demande d'autorisation.

[24] Par contre, dans la division de Montréal, la gestion des actions collectives est confiée à une équipe restreinte. Au moins en partie, une des tâches confiées aux juges de cette équipe est de s'assurer que les actions collectives procèdent avec célérité. Ainsi, il peut y avoir des situations qui se portent au refus d'une modification proposée. Certaines de ces situations sont colligées par le juge Gagnon dans *Desaunettes c. Réseau de transport métropolitain (Exo)* :

[40] C'est toujours dans ce même esprit, manifesté bien avant 2018, que la Cour supérieure a statué que :

- le/la juge gestionnaire d'une action collective doit s'assurer que les modifications proposées avant autorisation sont pertinents à l'analyse des conditions énumérées à l'article 575 C.p.c.;
- le/la juge gestionnaire doit refuser une modification qui retarde indûment le déroulement de l'instance et qui est, de ce fait, contraire aux intérêts de la justice;
- le/la juge gestionnaire doit refuser un chambardement de la demande d'autorisation qui ne lui a pas été annoncé ponctuellement dans le cours des conférences de gestion.³

(Références omises)

[25] En décidant d'autoriser ou non une modification, le Tribunal doit également tenir compte du contrat judiciaire convenu entre les parties. La Cour d'appel explique ce rôle dans l'affaire *Alidzaeva c. Alipoor*, où la juge Marcotte, siégeant comme juge unique, s'exprime ainsi :

[7] It is a well established principle that a party's right to amend must be decided in light of the judicial contract of the parties and the rules of proportionality. The Petitioner fails to show that the trial judge exercised his discretionary power in an improper or abusive manner, in circumstances, that would justify granting leave to appeal.⁴

(Références omises)

[26] Par contre, il faut se demander si les mêmes principes s'appliquent en matière d'action collective. Le juge Gagnon considère cette question dans *Gagnon c. Intervet Canada Corp.*, en ces termes :

[18] La tardiveté n'est pas en soi un motif valable d'opposition à la modification, à moins de compromettre les droits d'une partie à l'instance.

³ 2019 QCCS 1984.

⁴ 2015 QCCA 1767.

[19] La jurisprudence de la Cour d'appel comporte par contre un courant qui tient compte du caractère dilatoire et perturbateur de certaines modifications.

[20] Ainsi, la modification peut être refusée face à un manque de diligence mal justifié qui transgresse le contrat judiciaire en place, surtout s'il en résulte un déséquilibre des droits procéduraux des parties.

[...]

[21] La modification peut être refusée s'il est démontré qu'elle survient dans un but purement dilatoire.

[...]

[23] Les pouvoirs et devoirs accrus du tribunal de veiller au bon déroulement de l'instance (articles 9 et 19 C.p.c.), influent sur sa discrétion de refuser une modification contraire au contrat judiciaire.

[...]

[26] Le 1^{er} mai 2019 est entrée en vigueur une mise à jour des *Directives de la Cour supérieure pour le district de Montréal*, dont la suivante :

231. Sauf si les circonstances le justifient, la demande d'autorisation d'exercer une action collective est entendue dans l'année suivant son dépôt.

[27] Cette directive n'entend pas contrecarrer les règles du *Code de procédure civile* et notamment les principes directeurs de la procédure.⁵

(Références omises)

[27] Après avoir reconnu que le but de la directive, et le remaniement de la Chambre des actions collectives de la division de Montréal sont de permettre à cette Cour de statuer plus rapidement sur les demandes d'autorisation d'actions collectives, le juge Gagnon ajoute :

[31] Cet objectif est mis en échec quand une partie modifie ses actes de procédure tardivement. Le temps consacré à aménager une remise mine l'efficacité judiciaire.⁶

[28] À son tour, le juge Lussier discute de la modification en matière d'action collective dans l'affaire *Charbonneau c. Location Claireview*⁷, comme suit :

⁵ 2020 QCCS 1591.

⁶ *Id.*

⁷ 2020 QCCS 1883.

[15] Au paragraphe 2.5, Charbonneau ajoute un motif de reproche à sa demande. Il allègue en effet que Claireview a violé l'article 254 LPC en ne transférant pas le montant du dépôt versé au moment de la demande d'achat du véhicule automobile dans un compte en fiducie. Selon Claireview, il s'agirait d'une demande entièrement nouvelle, au sens de l'article 206 C.p.c.

[16] Relisons d'abord cet article :

206. Les parties peuvent, avant le jugement, retirer un acte de procédure ou le modifier sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation du tribunal. Elles peuvent le faire si cela ne retarde pas le déroulement de l'instance ou n'est pas contraire aux intérêts de la justice; cependant, s'agissant d'une modification, il ne doit pas en résulter une demande entièrement nouvelle sans rapport avec la demande initiale.

[17] Il ne suffit donc pas que la demande soit « entièrement nouvelle ». Il faut de plus qu'elle soit « sans rapport avec la demande initiale ».

[18] Quant au terme « entièrement », le juge Lukasz Garnosik écrit :

[24] L'utilisation de l'adverbe entièrement par le législateur à l'article 206 C.p.c. doit avoir un sens. Ce mot a comme synonymes intégralement, complètement, à 100%, absolument. En conséquence, la conclusion qui s'impose est qu'il suffit d'un point de rattachement à la demande originelle afin qu'il ne puisse s'agir d'une demande entièrement nouvelle et afin qu'elle soit permise à titre de modification de la procédure.

[19] En l'espèce, il s'agit d'un moyen de droit additionnel, basé sur les faits déjà allégués. La demande n'est donc pas « sans rapport avec la demande initiale ». Dans ce sens, elle n'est pas non plus « entièrement nouvelle ».

(Référence omise)

[29] Mais, il n'est pas sans intérêt que le juge Lussier fait référence à un jugement antérieur dans le même dossier où il avait refusé une modification de la façon suivante :

[26] Le tribunal conclut qu'il est important de bien définir le contrat à étudier dans le cadre de l'action collective proposée. Certains reproches peuvent être adressés à certains contrats sans l'être à d'autres.

[27] Le tribunal est d'avis que seul le type de contrat signé par Monsieur Charbonneau, soit un contrat de location avec option d'achat, est devant la cour.

[...]

[30] Même si ce sont des contrats qui se ressemblent, ils sont régis par des dispositions différentes de la *LPC* et l'ajout de contrats différents constitue, pour les fins de ce recours, une cause entièrement nouvelle juridiquement.⁸

[30] Qu'en est-il dans le présent dossier ?

[31] Pour le Tribunal, il est évident que le demandeur n'a pas respecté le contrat judiciaire convenu le 13 janvier 2020. Les modifications devaient être annoncées pour le 31 janvier 2020. Ce n'était qu'exceptionnellement que d'autres modifications pouvaient être proposées en demande. De surcroît, la permission accordée le 13 janvier 2020 de proposer d'autres modifications après le 31 janvier visait nécessairement des modifications requises pour répliquer à la preuve appropriée que le Tribunal pourrait autoriser dans son jugement à venir sur la question. Autrement, la date limite du 31 janvier pour les modifications perdrait tout son sens.

[32] Or, il est manifeste que toutes les modifications communiquées le 26 mai 2020 comportent des éléments factuels qui devaient être à la connaissance de M. Ouellet au 31 janvier 2020. Aucune des modifications ne s'adresse spécifiquement à un élément de preuve permis par le Tribunal dans son jugement du 15 mai 2020. M. Ouellet aurait dû communiquer les modifications qu'il désire maintenant faire accepter, avant le 31 janvier 2020.

[33] Mais, est-ce que son défaut de le faire mène au refus par le Tribunal des modifications proposées?

[34] Bien que le Tribunal ne cautionne pas les agissements de M. Ouellet, loin de là, il estime qu'il doit également regarder l'effet de la demande tardive de modifier la demande d'autorisation sur le déroulement de l'instance.

[35] Rappelons que la demande d'autorisation devait procéder le 16 juin 2020. Avec le jugement du 15 mai sur la preuve appropriée, il demeurerait réaliste de croire que cette audience pourrait avoir lieu, car le contenu des déclarations sous serment et les documents dont la production était autorisée étaient essentiellement connus depuis le début mars.

[36] Le Tribunal a autorisé un interrogatoire du représentant de Lasik pour une durée de 20 minutes seulement. L'interrogatoire se limitait à des questions sur un paragraphe et qui n'auraient pas d'incidence sur les modifications demandées.

[37] La déclaration sous serment fut notifiée le 4 juin 2020.

[38] Or, avec une certaine volonté, l'interrogatoire aurait pu être fait dans un délai permettant à l'audience du 16 juin de procéder, n'eût été les modifications signifiées à la fin du mois de mai.

⁸ *Charbonneau c. Location Claireview*, 2019 QCCS 4196.

[39] Mais, avec les modifications, le Tribunal reçoit un courriel de M^e Zukran où il indique :

Regarding the authorization hearing currently scheduled for June 16-17, the parties are of the view that it may be prudent to reschedule the hearing given the current situation. If the Court agrees, perhaps the June 16 date can be preserved to discuss/debate the amendments (we would be prepared to proceed by conference call and argument plans).

[40] À son tour, M^e Martineau répond le 2 juin 2020 ainsi :

Nous sommes d'accord avec la proposition de Me Zukran de consacrer l'audition du 16 juin au débats sur les modifications et de fixer ensuite de nouvelles dates pour le débat sur l'autorisation. Ceci permettra aux parties de connaître l'étendue des allégations permises et les questions en litige, ainsi que de compléter l'interrogatoire hors cour déjà autorisé.

[41] On ne précise pas le sens des mots « *given the current situation* », mais le Tribunal estime qu'on réfère au moins en partie aux inconvénients causés à la gestion et le suivi des dossiers judiciaires résultant de la COVID-19. Dans le contexte de la pandémie, il est peu certain que l'audience sur la demande d'autorisation aurait pu procéder comme prévue le 16 juin 2020.

[42] Par contre, l'effet possible de la COVID-19 ne met pas fin au débat sur les conséquences de la tardiveté des modifications. À l'instar de Lasik, le Tribunal estime que M. Ouellet a fait défaut de respecter le contrat judiciaire et que ce genre de comportement est à proscrire. Même si dans les circonstances du présent dossier, cela avait été difficile de procéder en juin, comme prévu, par leur nature les modifications proposées ajoutent assurément un délai supplémentaire au déroulement de l'instance, car elles changent sa nature.

[43] Ce n'est pas pour rien que Lasik demande une conclusion subsidiaire dans son plan d'argumentation :

58. Si malgré ce qui précède le tribunal permet les modifications recherchées et le dépôt de l'expertise, les défenderesses souhaitent alors bénéficier de 90 jours additionnels pour produire une nouvelle demande pour permission de présenter une preuve appropriée tenant compte du jugement qui sera rendu.

[44] La jurisprudence enseigne que les modifications peuvent être refusées si elles changent la nature de l'action et résultent d'une demande qui est entièrement nouvelle, n'ayant pas de rapport avec la demande initiale, ou retarderont indûment le déroulement de l'action à cause de leur portée.

[45] Pour des raisons qui suivent, le Tribunal conclut que c'est le cas dans le présent dossier. Les modifications amènent également des questions de proportionnalité et de

prescription et conséquemment, l'intérêt fondamental des membres putatifs de la classe doit également être considéré.

[46] Voici la description de son droit d'action que M. Ouellet indique dans sa demande d'autorisation, avant les modifications proposées :

51. The Defendants failed in their legal obligation to adequately inform Applicant of the serious health risks and dangers associated to lasik eye surgery;

52. Had Applicant been informed and aware of the risk of corneal neuralgia and the true dangers associated to lasik eye surgery, he would have never undergone this procedure;

53. The Applicant was entitled to expect, and rightly expected, that the Defendants guarantee the quality and safety of the products and services that they advertise, sell and perform;⁹

[47] M. Ouellet présente également une réclamation en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* telle que rédigée en partie ci-bas :

57. Not only did the Defendants violate the law by failing to inform the Applicant of an important fact (i.e. the risks of developing corneal neuralgia), they intentionally continued performing lasik eye surgeries in Canada without informing other Class Members of this risk, and this despite the increase in the number of cases reported to Dr. Bashour and to Lasik MD over the last few years;

58. This type of conduct triggers a s. 1 Charter violation, because the Applicant's personal security has been compromised as a result of the Defendants' gross and intentional negligence, giving rise to a claim in punitive damages under s. 49;

[48] Et sous la rubrique des questions en litige, on voit :

73. The recourses of the Class members raise identical, similar or related questions of fact or law, namely:

- a) Did the Defendants adequately inform their patients about the risks of lasik surgery in general?
- b) Did the Defendants adequately inform their patients about the risks of corneal neuralgia?

⁹ Voir aussi le par. 62 en relation avec les questions communes :

62. All Class members have a common interest both in proving that Lasik MD failed to adequately inform them about the true risks associated to its lasik surgery and in maximizing the aggregate of the damages cause to them by the Defendants;

- c) Did the Defendants conceal their knowledge of the risk of corneal neuralgia and, if so, until when?
- d) Is the responsibility of any of the Defendants engaged in view of the *Quebec Civil Code* or *Quebec Charter*?

[49] On peut y voir deux causes d'action, soit un manque d'information de Lasik et du D^r Bashour ayant pour effet de vicier le consentement de M. Ouellet et qui constitue également un défaut de leur part d'avoir respecté son intégrité physique, permettant au Tribunal d'appliquer les dispositions de la Charte.

[50] En revanche, on n'y trouve aucun droit d'action basé sur la publicité trompeuse, que ce soit en vertu de la *Loi sur la protection du consommateur* ou la *Loi sur la concurrence*, ou que M. Ouellet ait décidé de subir l'intervention en raison d'une quelconque publicité. Un bref regard sur les faits allégués pour expliquer la décision de M. Ouellet de subir l'intervention permet ce constat :

8. On June 13, 2014, Applicant consulted Lasik MD because he wanted to get lasik surgery (he did not like wearing glasses);

[...]

10. During his first consultation on June 13, 2014, Lasik MD told him that he has big pupils and it is probable that he develops halos and starbursts (especially at night). He was also told that he would have dry eyes for about 3 to 6 months. He signed a consent form and was provided with a "Lasik Information Booklet" from Lasik MD similar to the 2016 version communicated herewith as Exhibit P-6 (Applicant was given the 2015 version and consents in advance to Lasik MD filing same as appropriate evidence);

[51] Le Tribunal note que M. Ouellet n'allègue pas qu'il fût influencé par la publicité de Lasik ni par le feuillet d'information. Il ne confirme même pas l'avoir lu.

[52] Les seules allégations en lien avec la publicité de Lasik dans la demande initiale ont trait à une photographie que M. Ouellet prend d'un écran dans la salle d'attente lors d'une consultation postérieure qui survient le 16 novembre 2016.

[53] Et, les allégations portant sur le site Web réfèrent à une capture d'écran de septembre 2018.

[54] Même la modification demandée au paragraphe 14 de la demande d'autorisation se limite à de l'information reçue la journée de l'intervention. L'essence même de l'allégation est que la fausseté de l'information que M. Ouellet a vue sur l'écran a vicié son consentement.

[55] Bref, on tente maintenant de modifier un dossier, qui se présentait comme un portant sur un vice de consentement, en un dossier de protection du consommateur.

Une telle modification n'a pas de connexité avec la demande initiale ni avec les faits soulevés dans la demande initiale.

[56] Si ces modifications sont permises, l'approche à prendre par les défendeurs devra sûrement être réévaluée. De surcroît, cela engendra des délais additionnels, qui seraient encore plus longs vu le défaut de M. Ouellet de respecter le contrat judiciaire.

[57] Mais il y a plus. L'ajout d'allégations en lien avec la *Loi sur la protection du consommateur* et la *Loi sur la concurrence* ouvrira un tout autre débat, soit l'applicabilité de ces lois à des professionnels. Est-ce qu'ils sont des commerçants? Dans l'arrêt *Brousseau c. Laboratoires Abbott limitée*, sous la plume du juge Ruel, la Cour d'appel dit :

[66] Dans ce contexte précis, à mon avis, ces professionnels de la santé n'agissent pas comme des commerçants au sens de la *Loi sur la protection du consommateur*. La vente de médicaments sur ordonnance par un pharmacien ne constitue donc pas un contrat de consommation entraînant la responsabilité du fabricant, en application de l'article 53 de la *Loi sur la protection du consommateur*.¹⁰

[58] Évidemment, le Tribunal n'a pas à trancher cette question à ce stade, mais ces propos de la Cour d'appel démontrent qu'on peut douter de l'applicabilité de ces lois aux défendeurs. Un recours fondé sur ces lois engendrera un tout nouveau débat, dont le résultat est fort incertain. On peut mettre en doute l'intérêt des autres membres dans un tel débat, qui va allonger les délais et augmenter les coûts.

[59] Et supposons que ces lois s'appliquent à l'un ou l'autre des défendeurs; la question de la prescription prend un pied d'égalité avec celle de l'intérêt des membres, car les modifications proposées font référence à de la publicité consultée une première fois, avant le 13 juin 2014, date de la première consultation, et le 26 juin 2015, date de l'intervention. S'il s'agit d'une fausse publicité, le recours de M. Ouellet la contestant est prescrit.

[60] De plus, ses allégations se limitent à ce qu'il a constaté personnellement à Montréal et rien n'indique que les autres membres du groupe proposé, répartis à travers le Canada, ont vu cette information apparaissant sur un tel écran ni consulté les pages Web alléguées. Leurs droits potentiels seront entachés par la prescription du recours de M. Ouellet sous les lois qu'il veut maintenant alléguer.

[61] Finalement sur cette question, dans l'arrêt récent *9261-2738 Québec inc. c. Succession de Nadeau*, la Cour d'appel confirme que le juge d'instance ne commet pas d'erreur s'il refuse une modification dont le recours est prescrit¹¹.

¹⁰ 2019 QCCA 801.

¹¹ 2020 QCCA 732.

[62] Regardons maintenant les paragraphes contestés. Le Tribunal permettra les modifications demandées aux paragraphes 8 et 14. Elles apportent une information complémentaire à celles déjà alléguées relativement au processus entrepris par M. Ouellet pour arriver à l'intervention qu'il subit en juin 2015. À la limite, ces faits forment une partie du *corpus* d'information que possédait M. Ouellet au moment de son consentement à l'intervention. Ils permettent au Tribunal de mieux connaître le contexte du recours.

[63] En revanche, les modifications aux paragraphes 73d), 88c), et 88d), ainsi qu'à la conclusion 4d) seront refusées, car elles changent la nature de l'action, posent un problème de prescription et de l'applicabilité des lois alléguées aux professionnels, et causeront des délais additionnels importants. Les intérêts des membres de la classe ne seront pas servis en permettant ces modifications.

3.3 Le rapport du D^r Morris Waxler

[64] Il existe de nombreux facteurs qui militent contre le dépôt du rapport du D^r Waxler.

[65] Premièrement, encore une fois avec ce rapport, M. Ouellet fait défaut de respecter le contrat judiciaire. Quand les parties se réunissent par conférence téléphonique le 13 janvier 2020, et ce, pour discuter des prochaines étapes dans le dossier, il n'y a aucune mention de la possibilité de produire des rapports d'experts.

[66] C'est curieux que l'on dépose le rapport du D^r Waxler plusieurs semaines après cette conférence de gestion, car la demande d'autorisation fait référence à cette personne comme suit :

47. On November 14, 2019, CBS News published an article titled "*LASIK eye surgery should be taken off market, former FDA adviser says*", which includes the following, Applicant communicating **Exhibit P-14**:

[...]

"Essentially we ignored the data on vision distortions that persisted for years," said Morris Waxier, a retired FDA adviser who voted to approve LASIK. He now says that vote was a mistake.

"I re-examined the documentation ... and I said, 'Wow this is not good,'" Waxier said.

Waxier said his own analysis of **industry data shows complication rates between 10 and 30%**. In 2011, he petitioned the FDA to issue a voluntary recall of LASIK. Three years later, the agency denied that request and now tells CBS News it "has not found any new safety concerns associated with LASIK devices."

[67] La pièce offerte dit également :

Waxler said he thinks LASIK should "absolutely" be taken off the market. "There's nothing wrong with a person's eyes who goes to get Lasik," he said. "They have healthy eyes. They could go and get a pair of glasses."

[68] Or, cette pièce démontre qu'au moment de préparer la demande d'autorisation, M. Ouellet connaissait déjà les pensées du D^r Waxler sur la chirurgie au laser. Le dossier ne permet pas de savoir quand le D^r Waxler a été contacté pour la première fois, mais le Tribunal répète que si l'on avait l'intention de produire un rapport d'expertise, on devait aviser le Tribunal et les défendeurs lors de la conférence de gestion en janvier 2020. Même si au moment de la conférence de gestion, on n'avait pas encore déterminé si on allait produire un rapport d'expertise, il aurait été de mise de communiquer avec le Tribunal dès cette détermination afin que le Tribunal puisse établir les étapes à suivre et les délais à respecter pour le dépôt d'un tel rapport.

[69] Outre le fait que la possibilité d'un rapport d'expert n'a pas été communiquée en temps opportun, son dépôt maintenant va nécessairement retarder l'audience sur la demande d'autorisation, car le Tribunal va devoir déterminer s'il y a lieu de permettre aux défendeurs de produire d'autres preuves à la lumière du rapport.

[70] Par ailleurs, ce n'est pas seulement la communication tardive du rapport qui pose problème. La partialité, la qualification scientifique du D^r Waxler et la méthodologie qu'il utilise font également réfléchir le Tribunal quant à l'opportunité de permettre la production de son rapport.

[71] Premièrement, la partialité. On peut se fier uniquement aux extraits de la pièce P-14, produite par M. Ouellet, pour apposer un gros point d'interrogation sur la partialité du D^r Waxler. Ses mots sont limpides; il croit que la chirurgie au laser ne devrait pas être permise.

[72] Le profil de son compte Twitter offre le commentaire suivant :

Former FDA scientist-manager who approved LASIK, I oppose LASIK because it has caused an epidemic of pain and suffering. I represent LASIK-injured patients.¹²

[73] Le Tribunal s'interroge également sur sa compétence pour témoigner à titre d'expert en relation avec la chirurgie au laser de Lasik. Le D^r Waxler est psychologue et non pas médecin. Malgré cela, on lui demande son opinion sur :

You requested my opinion on the complications of LASIK in your correspondence: the likelihood and prevalence of complications following LASIK surgery, including what those complications include, instances of the various

¹² Argumentation des défenderesses Lasik M.D. inc. et L.M.D. GMA L.P. concernant la demande visant à modifier la demande d'autorisation, par.44.

complications, and when they were known; whether Corneal Neuropathic Pain ("CNP") is generally recognized in the scientific literature as a known complication of LASIK surgery, and if yes, when it was recognized as such; the likelihood and prevalence of CNP as a complication following LASIK surgery. I focus on three categories of chronic corneal complications; weakness, distortion, and neuropathy.¹³

[74] Et, il exprime son opinion en ces termes :

LASIK surgery causes Corneal Neuropathic Pain in customers who had healthy corneas before surgery. LASIK induced (iatrogenic) CNP is chronic with a complication rate of 0.2% to more than 30.0%. Some LASIK patients experience angina-like chronic pain, day and night, whereas others experience migraine-levels of chronic pain, while others have persistent photosensitivity and an enduring "dry" feel to their corneas. Chronic neuropathic pain may be reduced in some cases of CNP but is intractable in some cases. CNP cannot be cured, the cut nerves cannot be mended, only mitigated. Therefore, defining an acceptable rate of iatrogenic intractable pain is ethically challenging.¹⁴

[75] De l'avis du Tribunal, on lui demande de fournir une opinion médicale, ce qu'il fait. Malheureusement, à titre de psychologue, il n'a pas la compétence scientifique pour exprimer cette opinion.

[76] Par ailleurs, même si le D^r Waxler s'annonce comme ayant une certaine expertise dans le domaine de la vision¹⁵, cela ne change pas l'opinion du Tribunal à cet égard. Une expertise sur le « *quantitative measurement of what humans see and hear* » ne permet pas au D^r Waxler de fournir une opinion qui relève manifestement du domaine médical.

[77] Bien sûr, son avis va au-delà des questions médicales, car le D^r Waxler procède aussi à fournir son opinion sur le « *Psychological Impact on potential LASIK Customers of LASIK documents* » : de la manière suivante :

From my review of the enclosed documentation, it is my opinion that Lasik MD provides: a Webpage that recruits as many customers as possible for clinical evaluation; [...]¹⁶

¹³ Rapport du D^r Waxler du 3 juin 2020, p. 2.

¹⁴ *Id.*, p. 20.

¹⁵ Il se décrit ainsi : *I have a Ph.D. in Psychology (Experimental) from the University of Maryland, vision and hearing psychophysics, that is, the quantitative measurement of what humans see and hear, and in the neuroanatomy and neurophysiology of the eye and the vision system of the brain. In addition, I learned behavior techniques to train monkeys and pigeons to show us what they perceive and remember. In addition, I was educated in the principles of cognitive, motivational, and social psychology, extending my education to become a skillful mediator of workplace conflicts.* (page 1).

¹⁶ *Id.*, p.6.

[78] Ensuite, il analyse le site Web : “ *The Webpage^{xc} appears to be designed to induce a potential customer to make a clinic appointment...*”¹⁷, le feuillet d’information et formulaire de consentement.

[79] Avec égards, ses commentaires n’offrent pas de conclusion scientifique susceptible d’aider le Tribunal. Il relate essentiellement ce que les documents ne disent pas au client; on y trouve essentiellement des arguments. Le Tribunal n’a pas besoin du D^r Waxler pour faire cela. Les avocats de M. Ouellet devront être amplement capables.

[80] Peut-être plus important aux fins du présent exercice, on ne trouve pas dans les qualifications du D^r Waxler, lesquelles de ses compétences ou expériences le qualifient pour faire une analyse psychologique de ces documents. Sur son curriculum vitae, à titre d’expérience depuis 2008, il expose :

Morris Waxler provides consulting services on FDA regulatory strategies, tactics and processes to developers and manufacturers of medical devices and combination products.¹⁸

[81] On est loin de “l’analyse psychologique” dans laquelle il s’embarque dans son rapport. Mais M. Ouellet affirme qu’il a quand même une expérience pertinente, soit celle-ci :

**1996 - 2000 BRANCH CHIEF, CENTER FOR DEVICES AND
RADIOLOGICAL HEALTH (CDRH), FDA**

*Managed a team of scientists in the evaluation of approximately one thousand medical device applications each year. Built consensus on key engineering and clinical criteria needed for marketing approval of lasers for refractive surgery. [...]*¹⁹

[82] Or, même si cette expérience était récente, elle ne donnerait pas au D^r Waxler les qualifications requises pour exprimer ni une opinion médicale sur la chirurgie au laser ni une opinion psychologique sur les différents documents que Lasik fournit à ses clients potentiels.

[83] La méthodologie scientifique dont il se sert pour son analyse scientifique n’est pas stipulée non plus.

[84] Complétons la discussion du rapport du D^r Waxler avec ceci. De l’avis du Tribunal, il usurpe le rôle du Tribunal lorsqu’il dit « *The information materials about LASIK surgery are misleading and incomplete.* » ou « *The process in its entirety, from website to surgery, did not adequately disclose the risks to customers:*” et “*Therefore,*

¹⁷ *Id.*, p. 7.

¹⁸ *Id.*, p. 27.

¹⁹ *Id.*, p. 28.

customers were unable to make an autonomous and knowledgeable consent to have LASIK surgery."²⁰ Il s'agit là des déterminations relevant du Tribunal.

[85] Mais, M. Ouellet affirme que le rapport du D^r Waxler ne doit pas être rejeté à ce stade, mais uniquement après un voir-dire lors de l'audience au mérite. Subsidiairement, il plaide que le Tribunal peut accepter le dépôt du document à cette étape, à titre de document scientifique. Qu'en est-il?

[86] Dans l'arrêt *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*²¹ la Cour suprême du Canada précise qu'il serait relativement rare que le rapport d'expert soit exclu avant l'audience à cause de la partialité de l'expert :

[49] Ce critère n'est pas particulièrement exigeant, et il sera probablement très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Par exemple, c'est la nature et le degré de l'intérêt ou des rapports qu'a l'expert avec l'instance ou une partie qui importent, et non leur simple existence : un intérêt ou un rapport quelconque ne rend pas d'emblée la preuve de l'expert proposé inadmissible. Dans la plupart des cas, l'existence d'une simple relation d'emploi entre l'expert et la partie qui le cite n'emporte pas l'inadmissibilité de la preuve. En revanche, un intérêt financier direct dans l'issue du litige suscite des préoccupations. Il en va ainsi des liens familiaux étroits avec une partie et des situations où l'expert proposé s'expose à une responsabilité professionnelle si le tribunal ne retient pas son opinion. De même, l'expert qui, dans sa déposition ou d'une autre manière, se fait le défenseur d'une partie ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Je tiens à souligner que la décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.²²

(Le Tribunal souligne)

[87] Quant à la partialité, elle s'exprime ainsi :

[45] Conformément à ce qui me semble le courant prédominant dans la jurisprudence canadienne, je suis d'avis que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert joue au regard tant de l'admissibilité de son témoignage que de la valeur du témoignage, s'il est admis. Cette façon de voir

²⁰ *Id.*, p. 20.

²¹ 2015 CSC 23.

²² *Id.*

semble s'accorder davantage avec l'économie générale de notre droit en ce qui concerne les témoignages d'experts et l'importance que notre jurisprudence accorde au rôle de gardien exercé par les juges de première instance. Le juge Binnie cerne bien l'optique canadienne dans l'arrêt *J.-L.J.* : « La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité » (par. 28).

[88] Au Québec, dans l'arrêt *Cardinal c. Bonnaud*²³ la Cour d'appel reconnaît l'utilité de l'arrêt *White Burgess* tout en soulignant que la question de l'admissibilité d'un rapport d'expert doit être traitée en regard aux stipulations du *Code de procédure civile*. Il est utile de considérer tant les mots de la juge Roy que ceux de la juge Gagné.

[89] D'abord la juge Roy :

[33] Avec respect pour l'opinion contraire, je ne suis pas prête à affirmer qu'en toutes circonstances, l'admissibilité d'un rapport d'expert puisse être décidée de manière préliminaire. L'introduction du nouveau *Code de procédure civile* se veut certainement un incitatif à limiter les coûts et les délais inutiles, mais je crains que d'exiger, dans tous les cas, une décision judiciaire sur l'admissibilité d'une preuve au stade préliminaire n'entraîne l'effet inverse. Il faut également éviter de morceler l'audition d'un procès. Par exemple, en raison de l'article 228 *C.p.c.*, la plupart des objections soulevées lors d'interrogatoires au préalable sont maintenant déferées au juge du fond. Je crois qu'il est suffisant de conclure ici que, si une partie a connaissance qu'un rapport est irrégulier, partial ou comporte une erreur grave, elle devrait en saisir le tribunal sans délai. Mais il y a des cas où le juge du fond sera mieux placé pour statuer; je pense ici particulièrement aux critères de pertinence et de nécessité, critères qui ne sont pas spécifiquement énumérés à l'article 241 *C.p.c.* Parfois, la distinction entre l'admissibilité et la valeur probante peut être tenue et, dans un tel cas, il est possible qu'un juge saisi d'une requête sur l'article 241 *C.p.c.* choisisse de déferer la question au juge du fond. Quoi qu'il en soit, la juge était ici justifiée, au stade préliminaire, d'évaluer l'admissibilité en preuve du rapport et de statuer sur les motifs invoqués au soutien de son rejet.²⁴

(Le Tribunal souligne)

[90] Et la juge Gagné :

[60] Voyons maintenant comment l'article 241 *C.p.c.* — qui parle d'irrégularité, d'erreur grave et de partialité — s'inscrit dans le cadre d'analyse qui régit l'admissibilité de la preuve d'expert établi par l'arrêt *Mohan*.

²³ 2018 QCCA 1357.

²⁴ *Id.*

[61] Ce cadre d'analyse comporte deux volets. D'abord celui des critères d'admissibilité : 1) la pertinence; 2) la nécessité d'aider le juge des faits; 3) l'absence de toute règle d'exclusion et 4) la qualification suffisante de l'expert. S'ajoute à ces critères un second volet qui consiste en une analyse coût-bénéfices que la Cour suprême résume ainsi dans l'arrêt *White Burgess* :

L'arrêt *Mohan* insiste par ailleurs sur le rôle important du juge du procès pour déterminer si une preuve d'expert par ailleurs admissible devrait être exclue parce que sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable — un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant d'exclure une preuve à l'issue d'une analyse coût-bénéfices. Il s'agit du second volet de la structure, mis en évidence par la jurisprudence ultérieure.

[...]

[64] Bref, selon l'article 241 *C.p.c.*, un rapport d'expertise qui ne satisfait pas à l'un ou l'autre des critères de l'arrêt *Mohan* doit être rejeté pour cause d'irrégularité et, si c'est l'indépendance et/ou l'impartialité de l'expert qui est en cause, pour cause de partialité.²⁵

(Références omises)

[91] Comment appliquer ces enseignements à l'étape de la demande d'autorisation d'une action collective ?

[92] Premièrement, puisque les actions collectives, au moins dans la division de Montréal, sont dirigées par le même juge à l'étape de l'autorisation, ce juge gestionnaire est bien placé pour statuer sur l'admissibilité d'un rapport d'expert, et ce, même avant l'audience sur la demande d'autorisation. En revanche, il est exact qu'il peut être dans l'intérêt de la justice que les demandes préliminaires soient traitées lors de cette audience, mais dans le cas d'un rapport d'expert de la nature de celui préparé par le D^r Waxler, il peut s'avérer approprié de décider de son admissibilité à une étape préliminaire.

[93] Le Tribunal conclut ainsi, car une partie de son rôle est de veiller à l'intérêt des membres. Si, manifestement, un rapport ne satisfait pas aux critères de l'arrêt *Mohan*, repris par la juge Gagné dans l'arrêt *Cardinal*, pourquoi permettre à celui-ci de demeurer au dossier? Sa production peut entraîner une demande de la défense de produire son propre rapport, ou d'autres preuves, ce qui retardera le déroulement du dossier et possiblement, engendrera des coûts additionnels en demande, qui pourront éventuellement avoir un impact sur le recouvrement des membres de la classe, advenant que l'action soit accueillie.

[94] Ajoutons que le dépôt tardif du rapport Waxler a déjà augmenté les frais du dossier.

²⁵ *Id.*

[95] En somme, le Tribunal a déjà signalé que le D^r Waxler est atteint de partialité voulant que la chirurgie au laser Lasik soit interdite. Plus important encore, son rapport ne permet pas de comprendre qu'il a les qualifications nécessaires pour exprimer une opinion sur les questions dont il discute et, enfin, il se permet de donner son avis sur les questions qui relèvent du Tribunal.

[96] Peut-on l'accepter comme simple document à l'appui de la demande d'autorisation? Le Tribunal estime que cela serait inapproprié.

[97] On est loin d'un article scientifique du genre qu'on voit souvent à l'appui des demandes d'autorisation. Le D^r Waxler a parlé à M. Ouellet et a rédigé son rapport pour commenter spécifiquement la situation de ce dernier. En plus, la position « scientifique » du D^r Waxler est déjà au dossier.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[98] **ACCUEILLE** en partie l'opposition des défendeurs aux modifications demandées;

[99] **REFUSE** les modifications demandées aux paragraphes 73d), 88c), et 88d), ainsi qu'à la conclusion 4d);

[100] **REFUSE** le dépôt du rapport de Morris Waxler;

[101] **PERMET** aux défendeurs de produire les procédures judiciaires déposées par M^{me} Gwendoline Prudhomme à la Cour suprême de la Colombie-Britannique (no. VLC-S-S-187829);

[102] **FRAIS DE JUSTICE** à suivre le sort de litige.



THOMAS M. DAVIS, J.C.S.

M^e Joey Zurkan
LPC AVOCAT INC.
M^e Anthony Leoni
RICE HARBUT ELLIOT LLP
Avocats du demandeur

M^e Yves Martineau
M^e Frédéric Paré
STIKEMAN ELLIOTT LLP
Avocats des défenderesses Lasik M.D. et L.M.D. GMA L.P.

M^e Karine Joizil

M^e Maude St-Georges

MCCARTHY TÉTRAULT

Avocats des défendeurs D^r Mounir Bashour et Valhalla & Camelot Enterprises inc.

Date d'audience : 16 juin 2020

TABLE DES MATIÈRES

L'APERÇU.....	1
1. Les modifications proposées.....	3
2. les questions en litige.....	4
2.1 La position des défendeurs.....	4
2.2 La position de M. Ouellet.....	4
2.3 Les procédures de M ^{me} Prudhomme.....	5
3. Discussion.....	5
3.1 Les procédures de M ^{me} Prudhomme.....	5
3.2 Les modifications.....	5
3.3 Le rapport de D ^r Morris Waxler.....	14
TABLE DES MATIÈRES.....	23