

COURT OF APPEAL

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL

No: 500-09
C.S. No : 500-06-000580-114

LA CIE MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION BP CANADA,
APPELLANT – Respondent

v.

DIANE FITZSIMMONS,
RESPONDENT – Representative Plaintiff

NOTICE OF APPEAL
(articles 352 and ff. C.C.P.)
Appellant, dated February 25, 2016

LA CIE MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION BP CANADA (THE « APPELLANT »)
RESPECTFULLY SUBMITS THAT:

I. INTRODUCTION

1. On January 18, 2012, the parties entered into a class action settlement entitled Agreement of Compromise and Settlement, which was subsequently approved by the Honorable Justice Danielle Turcotte (the “**First instance judge**”) on October 5, 2012 (the “**Settlement**” and the “**Judgment Approving the Settlement**”, respectively).
2. The Settlement provides for a claims process through which class members can seek compensation, in kind or in money, to replace allegedly defective roof shingles manufactured by the Appellant. The value of the Settlement exceeds \$2.4 million, which is the amount paid by the Appellant for class members counsels legal fees, exclusive of any class members’ claim.

3. The class defined by the Settlement comprises all present and past owners (including legal persons with fewer than 50 employees) of buildings whose roofs contain or contained BP produced organic shingles in Quebec. If damages appeared after the Settlement, class members benefit from 150 days from the moment damages are discovered to file a claim through the claims process.
4. In its decision approving the Settlement, the First instance judge came to the conclusion, based on the Respondent's representations, that the claims process offered class members compensation similar to that which would have been available to them in Court under the applicable law. The only right foregone by class members upon executing the Settlement, thus, is the right to file a judicial claim for monies which could be recovered in their entirety via the Settlement's claim process, which Respondent acknowledged provides a faster and cheaper alternative to the judicial system.
5. As consideration for the foregoing, the Appellant obtained finality and certainty in respect of the number of class members opting out of the Settlement, without which it would not have entered into the Settlement, as is plain and obvious from paragraph 13.1 of the Settlement.
6. Class members had until September 19, 2012 to opt out. A list of the opt-outs then had to be provided by the Respondent within 7 days, such that the Appellant could be in a position to exercise its correlative right to terminate the Settlement in the subsequent 30 days, should the number of settlement class members opting out have reached a level that threatened to frustrate the essential purpose of the Settlement.
7. The Appellant could thus be confident that it had a full picture of the extent of the opt-outs, subject to the exceptional cases provided by article 1005 O.C.C.P. whereby a class member could opt out beyond the opt-out deadline if he could prove that it was impossible for him to act sooner.

8. On January 27, 2016 the First instance judge rendered a decision (the “**Judgment**”) granting in part Diane Fitzsimmons’ (the “**Respondent**”) Amended Motion for Directives in relation to the Settlement, dated October 15, 2015 (the “**Motion for Directives**”), the hearing of which lasted 1 day.
9. The Motion for Directives sought to vary the terms of the Settlement by way of a declaratory judgment that would radically alter the core of the *quid pro quo* between the parties. The Respondent indeed asked for a declaration that it was impossible for all class members whose alleged prejudice had not appeared by the opt-out deadline to opt out within the prescribed delay, such that these class members could automatically benefit from an extended opt-out deadline.
10. The First instance judge granted the relief sought and declared that such class members would benefit from an opt-out deadline set 150 days from the first appearance of damages, which would correspond to their deadline to file a claim (the “**Impugned conclusion**”).
11. The Impugned conclusion undermines the balance achieved through the Settlement by stripping it of its finality, by opening the floodgates of undetermined future opt-outs for years to come, and by voiding the only consideration received by the Appellant for settling. The impugned conclusion, *inter alia*, completely empties the Appellant’s right to terminate the Settlement upon receiving the list of opt-outs of its substance. Conversely, the Impugned conclusion provides no tangible benefit to class members; the claims process was characterized by the First Instance judge as offering class members benefits equivalent to those offered by the Court system.
12. Additionally, the Impugned conclusion is not supported by any evidence pertaining to the specific situation of any class member. As such, it is not possible to determine who the decision ultimately benefits and why it was allegedly impossible for such class member to opt out in time.

13. This appeal raises important and novel questions pertaining to the jurisdiction of the First instance judge to substantially modify an executed and approved settlement in the context of a class action, and to the notion of “impossibility to act” contained in article 1005 O.C.C.P. (576 C.C.P.), which has never been interpreted by our Courts.
14. The Appellant submits that the Impugned conclusion is vitiated by clear and overriding errors of law. The First instance judge erred in that she (a) exceeded her jurisdiction by modifying the Settlement, which she denatured by voiding the consideration received by Appellant (b) misidentified the facts relevant to the analysis of the impossibility of class members to opt out, and (c) confused impossibility to act in fact and in law in respect of the settlement notice and erroneously ruled, absent any specific evidence, that none of the class members could act.

II. PROCEDURAL CONTEXT

15. On September 30, 2011, Respondent filed a Motion to Authorize the Bringing of a Class Action and to Be Ascribed the Status of Representative (the “**Motion for Authorization**”). In the Motion for Authorization, the Respondent alleged that Appellant was liable for an alleged defect which caused the premature deterioration of the shingles it manufactured. Respondent consequently sued for the cost of repairing or replacing the damaged shingles.
16. On January 18, 2012, the Appellant and the Respondent executed the Settlement. The Settlement’s release is limited to damages to the Appellant’s organic shingles; class members reserved their rights in respect of personal injury and/or damage to building caused by the organic shingles (para. 15.1 of the Settlement).
17. On March 21, 2012, in the context of the Settlement, the Respondent filed a Motion for Permission to Amend the Motion to Authorize the Bringing of a Class

Action and to Be Ascribed the Status of Representative (the “**Motion to Amend**”), with the Appellant’s consent.

18. The same day, the Respondent filed a Motion to Authorize the Bringing of a Class Action and to Be Ascribed the Status of Representative for the Purpose of Approving the Notice to the Members for the Purpose of Approving a Settlement Agreement (the “**Motion for Authorization for the Purpose of Approving the Settlement**”), again with the Appellant’s consent, in which the Respondent recognized, at paragraph 10, that the Settlement is more advantageous to class members than the warranties already offered by the Appellant.
19. In a first judgment dated March 27, 2012, the First instance judge granted the Motion to Amend. The same day, the First instance judge granted the Motion for Authorization for the Purpose of Approving the Settlement (the “**Judgment on Authorization**”), in which it approved, at paragraphs 11 and 13, the form and content of the notice of the Settlement to class members.
20. On September 19, 2012, the Respondent filed a Motion to Approve the Settlement, in which she recognized that (i) the Settlement offered compensation similar to that provided for by the Civil Code of Quebec and the Consumer Protection Act (paragraph 31) and (ii) the Settlement provides an important additional benefit over the pursuit of individual actions in granting free legal assistance to class members, at the Appellant’s expense (paragraph 33).
21. In the Judgment Approving the Settlement, the First instance judge approved the Settlement and dismissed the objections raised by contesting class members. Addressing, in particular, contesting class members’ grievance that the Settlement is “difficult to understand”, the First instance judge recognized that the Settlement is clear, and noted the benefit to class members of having class counsels assist them for free (paragraphs 18 and 19 of the Judgment Approving the Settlement).

22. Subsequently addressing class contesting members' grievance that the Settlement is "limited only to compensation for defective shingles", the First instance judge found that the Settlement was fair and appropriate in that it effectively compensates class members for the entirety of the claims they could have brought forward in the context of an action (paragraphs 21 and 28 of the Judgment Approving the Settlement).

III. GROUNDS OF APPEAL

A. THE FIRST INSTANCE JUDGE EXCEEDED HER JURISDICTION BY MODIFYING THE TERMS OF THE SETTLEMENT

23. The Impugned conclusion fundamentally alters the rights of the parties under the Settlement by creating a right of right of opt-out for all class members whose prejudice first appeared after the opting out deadline. In so doing, it completely sets aside the mechanisms provided by paragraph 10 of the Settlement.
24. The Impugned conclusion thus far exceeds the courts supervisory power provided at paragraph 43 of the Judgment Approving the Settlement.
25. It is trite law that class action settlements are *res judicata* and cannot be appealed, such that the First instance judge was *functus officio* from revisiting the terms of the Settlement. The Judgment's final authority, should it be emphasized, applies to every class member as it does the Respondent.

- *Page c. Procureur Général du Canada*, AZ-00021082 (C.S., 1999)

26. In a recent decision, the Superior Court reiterated that the Court may not modify the terms of a Settlement in the class action context under the cover of the Court's residual power to supervise the Settlement's execution. The Court of Appeal agreed that there exists no legal basis that could serve to justify such a modification.

- *Coopérative d'habitation Village Cloverdale c. Société Canadienne d'hypothèques et de logement*, 2011 QCCS 2783 & 2012 QCCA 56, para. 28.

27. The Appellant respectfully submits that it is well-founded in asking the Court of Appeal to reverse the Impugned conclusion on this basis alone.

B. THE FIRST INSTANCE JUDGE MISIDENTIFIED THE FACTS RELEVANT TO THE ANALYSIS OF THE IMPOSSIBILITY OF CLASS MEMBERS TO OPT OUT

28. While the First instance judge is correct that the right to claim damages under the Settlement is premised on their manifestation, pursuant to s. 4.1 (e) of the Settlement, such that it would be impossible for class members to claim damages prior to their arising, she commits a reviewable error of law in finding that class members must first be in a position to file a claim under the Settlement in order to opt out (paras. 33, 34 and 35 of the Judgment).
29. Indeed, the exercise of these two rights is premised on the class members' knowledge of entirely distinct and unrelated facts. The manifestation of damages is irrelevant to the capacity to exercise the right to opt out under the Settlement. The only facts relevant to the latter under article 1005 O.C.C.P. are the existence and definition of a class affected by the Settlement, and of a deadline to opt out.
30. The First instance judge implicitly recognizes as much in stating that the notice of settlement is clear to the effect that class membership and right to claim are distinct (paragraph 33 of the Judgment).
31. It is uncontested that the information relevant to opting out was communicated in its entirety in the notice of the Settlement that was sent to class members, specifically in (i) the introduction and section 1 to 5, which establish that the Settlement has occurred; (ii) section 6, which contains the class definition; (iii) section 10, which reiterates that the Settlement settles all present and future, as well as known and unknown claims; and (iv) section 19, which provides the deadline for opting out.
32. The Appellant submits that it was not particularly difficult for a class member to understand that the Settlement concerned (i) allegedly defective BP organic roof shingles (ii) that it was binding on owners of buildings in Quebec whose roofs

contained such shingles and (iii) that if such shingles were defective or one day became defective, he would have to file a claim through the claims process and not through the Courts, unless he had opted-out by September 19, 2012.

C. THE FIRST INSTANCE JUDGE CONFUSED IMPOSSIBILITY TO ACT IN FACT AND IN LAW IN RESPECT OF THE SETTLEMENT NOTICE

33. The First instance judge also erroneously decided that class members reading the notice of settlement could reasonably believe that their shingles were exempt of defects, so that they had no reason to seek an exclusion from the class (paragraphs 36 and 37 of the Judgment).
34. First, the average class member would certainly understand that a denial of liability, which is customary in class action settlements, does not mean that the products for which the Settlement offers a claims process are (and will remain) exempt from any defect. The very existence of a claims process necessarily suggests the opposite. Any interpretation of the notice to the contrary is manifestly unreasonable and constitutes a dominant and overriding error of fact.
35. The above-mentioned remarks by the First instance judge concerning the alleged ignorance by class members of the legal consequences of the facts communicated in the notice of settlement further does not constitute “impossibility to act in fact”, but rather – and at best for class members – “impossibility to act in law”.
36. It is trite law that only “impossibility to act in fact” can excuse plaintiff who exceeded a delay to act. The Court of Appeal recently reiterated the distinction between the two.
 - *9103-4421 Québec inc. c. Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal*, 2016 QCCA 15 (“9103”), paras. 29-30.
37. In the case at hand, the Appellant never communicated erroneous information, and the First instance judge made no finding to that effect. In any event, the Respondent, let alone the first instance judge, could hardly have characterized

as faulty a notice of settlement agreed to by the Respondent and approved by the Court in the Judgment on Authorization.

38. In 9103, at paragraph 35, the Court of Appeal stressed the public policy rationale underlying the rule limiting the application of “impossibility to act” to matters of fact, emphasizing that to recognize “impossibility to act in law” would lead to the absurd result whereby those individuals who were vigilant and consulted legal counsels would be at a disadvantage compared to those who did not.
39. Considering that the Settlement was framed to allow class members to get free advice and assistance from class counsels, at the Appellant’s expense (in the amount of \$2.4 million), so as to facilitate the exercise of their rights (as appears from paragraph 7.1 of the Settlement, 33 of the Motion to Approve the Settlement and 19 of the Judgment Approving the Settlement), it is particularly unfair in this case to prejudice the Appellant on the basis of the alleged confusion of class members.
40. The First instance judge’s blanket statement at paragraph 37 of the Judgment was also made on the basis of a single and vague allegation contained in paragraph 19 of the Motion for Directives concerning unnamed class members. The only evidence on record in support of that allegation is an affidavit signed by a lawyer who formerly practiced in the firm of the Respondent’s counsel and which, for all intent and purposes, amounts to hearsay.
41. The last line of paragraph 37 of the Judgment suggests that the First instance judge palliated the evidentiary gap by deciding on the issue of “impossibility to act” as a matter of general principle.
42. It is well established, however, that “impossibility to act”, both as a matter of prescription and procedure, is an eminently factual finding, which requires evidence personal to the party invoking it.

- J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, La responsabilité civile, Vol. 1, 8th edition, Éditions Yvons Blais, Cowansville, 2014, p. 1169.

43. The Appellant submits that, in the circumstances, the allegation and evidence did not support a finding of “impossibility to act” for a single class member. To find, by inference, that an entire undefined group could not act, in the circumstances, amounts to an overriding and dominant error.
44. Lastly, at paragraphs 42 to 44 of the Judgment, the First instance judge found the Appellant foreclosed from contesting the application of “impossibility to act” because it consented to the Motion to Approve the Settlement. It is manifest that consent to the application of a rule does not imply consent to its application to a specific set of yet undefined fact; to hold otherwise is a clear denial of justice.

IV. CONCLUSION

45. The Appellant respectfully submits that the Judgment is vitiated by numerous errors of law and facts that need to be corrected by this Court.

FOR THESE REASONS, APPELLANT ASKS THE COURT OF APPEAL TO:

GRANT its appeal;

SET ASIDE the following conclusions contained in the Judgment:

[72] DÉCLARE que le délai pour s'exclure du recours collectif est de 150 jours à compter de la première manifestation d'un préjudice;

[73] ORDONNE à l'intimée de corriger les informations disponibles aux membres en conséquence;

THE WHOLE WITH COSTS, including the costs in appeal.

MONTREAL, February 25, 2016

(s) McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Copie conforme / True Copy

McCarthy Tétrault LLP
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., LLP

MCCARTHY TÉTRAULT LLP

Lawyers for APPELLANT / Respondent
2500 - 1000 De La Gauchetière St. W.
Montreal, QC H3B 0A2

Tel. : (514) 397-5638

Fax: (514) 875-6246

fgiroux@mccarthy.ca

notification@mccarthy.ca

NOTICE FOLLOWING THE CIVIL PRACTICE REGULATION

Within 10 days after notification, the respondent, the intervenors and the impleaded parties must file a representation statement giving the name and contact information of the lawyer representing them or, if they are not represented, a statement indicating as much. If an application for leave to appeal is attached to the notice of appeal, the intervenors and the impleaded parties are only required to file such a statement within 10 days after the judgment granting leave or after the date the judge takes note of the filing of the notice of appeal (Article 358, para. 2 *C.C.P.*).

If a party fails to file a representation by counsel (*or a non-representation statement*), it shall be precluded from filing any other pleading in the file. The appeal shall be conducted in the absence of such party. The Clerk is not obliged to notify any notice to such party. If the statement is filed after the expiry of the time limit, the Clerk may accept the filing subject to conditions that the Clerk may determine (Article 30 *Civil Practice Regulation*).

The parties shall notify their proceedings (*including briefs and memoranda*) to the appellant and to the other parties who have filed a representation (*or non-representation statement*) (Article 25, para. 1 *Civil Practice Regulation*).

COURT OF APPEAL

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL

No: 500-09
C.S. No : 500-06-000580-114

LA CIE MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION BP CANADA,

APPELLANT – Respondent

v.

DIANE FITZSIMMONS,

RESPONDENT – Representative Plaintiff

LIST OF ANNEXES (in support of our Notice of Appeal)

ANNEX 1	Judgment rendered by the Honorable Justice Danielle Turcotte on January 27, 2016;
----------------	---

MONTREAL, February 25, 2016

(s) McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Copie conforme / True Copy


McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., LLP

MCCARTHY TÉTRAULT LLP
Lawyers for APPELLANT / Respondent
2500 - 1000 De La Gauchetière St. W.
Montreal, QC H3B 0A2
Tel. : (514) 397-5638
Fax: (514) 875-6246
fgiroux@mccarthy.ca
notification@mccarthy.ca

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000580-114

DATE : Le 27 janvier 2016

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE DANIELLE TURCOTTE, J.C.S.

DIANE FITZSIMMONS

Requérante

c.

LA CIE MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION BP CANADA

Intimée

J U G E M E N T

INTRODUCTION

[1] Ce litige concerne un recours collectif relatif à des problèmes d'usure prématurée de bardeaux de toiture fabriqués par la Cie de Matériaux de Construction BP Canada (« BP »).

[2] Le 27 mars 2012, le Tribunal accueille la requête en autorisation d'exercer le recours collectif et attribue à la requérante le statut de représentante des membres aux fins de l'approbation d'une entente de règlement. Le Tribunal ordonne aussi la publication de l'avis aux membres et valide la forme, de même que le contenu des formulaires d'exclusion. Tous les propriétaires d'un quelconque bâtiment dont le toit

contient des bardeaux BP sont membres du groupe¹ et bénéficient du règlement proposé, à moins de s'exclure du recours collectif au plus tard le 19 septembre 2012.

[3] Le Tribunal entérine l'entente de règlement le 5 octobre 2012.

[4] L'entente expose que les membres doivent présenter leur réclamation à BP dans les 150 jours de l'apparition d'un dommage à leur toiture. BP juge de leur admissibilité sous réserve d'un droit de révision par un tiers indépendant en cas de refus.

[5] De plus, l'entente prévoit que le Tribunal exercera un rôle de supervision en cas de différends ou controverses en rapport avec la mise en œuvre, l'administration, l'exécution ou l'interprétation des termes du règlement².

[6] C'est ce qui amène de nouveau les parties à la Cour. La requérante soutient que des divergences d'interprétation au niveau du délai d'exclusion constituent un déni de justice pour certains membres. Elle requiert aussi que des directives soient données à BP dans le cadre de l'administration des réclamations des membres.

[7] Avant toute chose, il faut déterminer si des différends existent. BP affirme qu'il n'en est rien mais que, le cas échéant, il appartient à la Cour supérieure de l'Ontario d'en disposer.

[8] Au terme de son analyse, le Tribunal conclut que la requérante a raison de s'adresser à cette Cour puisqu'elle est compétente pour intervenir en la matière. En outre, les questions soumises constituent des difficultés qui justifient que le Tribunal exerce son rôle de supervision, conformément à ce qui est prévu à l'entente³.

L'ANALYSE

1. L'existence de différends

[9] La requérante allègue que certains membres qui n'avaient découvert aucune défectuosité à leurs bardeaux au 19 septembre 2012, mais qui en ont constaté ultérieurement, devraient avoir soit le droit de se prévaloir de l'entente, ou soit le droit de s'exclure du recours, et ce, à compter de la manifestation de la défectuosité.

[10] Pour sa part, BP soutient que faute de s'être exclus du recours collectif au plus tard le 19 septembre 2012, les membres ont seulement le droit de bénéficier du règlement puisque le délai d'exclusion est échu.

[11] Cette divergence d'interprétation est à l'origine de la suspension de l'audition au mérite des poursuites individuelles intentées en 2014 par des membres devant la Cour du Québec, en division des petites créances.

[12] BP a soulevé l'irrecevabilité de ces actions en raison du fait que les demandeurs, en ces instances, ont omis de s'exclure du recours collectif avant la date ultime. BP

¹ Article 3.2 de l'entente.

² Article 16.6 de l'entente.

³ Article 16.6 de l'entente.

plaide que le règlement intervenu s'applique à toute personne visée par le recours collectif, nonobstant l'absence d'apparition d'un préjudice en temps opportun pour s'en exclure.

[13] De son côté, la requérante affirme que le délai d'exclusion ne peut courir qu'à compter de l'existence d'un dommage. Avant cela, l'absence de préjudice empêche le membre d'agir, de sorte qu'il ne pouvait ni bénéficier de l'entente ni s'exclure du recours.

[14] Dans un deuxième temps, la requérante énumère quelques exemples ayant suscité des frustrations de la part des membres. Ces cas ont trait à l'urgence de procéder à des travaux avant d'obtenir une réponse définitive de la part de BP, à la ~~nécessité de fournir une facture et aux délais de traitement des réclamations.~~

[15] La requérante rapporte aussi la situation d'un membre qui avait égaré sa facture originale. L'inspecteur mandaté par BP pour examiner la toiture a conclu que celle-ci est composée de bardeaux qui ne sont pas de marque BP. La réclamation du membre a donc été rejetée. Toutefois, ce membre a ultérieurement retracé sa facture qui démontre que sa toiture est construite avec des bardeaux BP. Cette dernière aurait néanmoins refusé de revenir sur sa décision, même si elle s'avérait erronée.

[16] La requérante reproche à BP son manque de souplesse dans le traitement des réclamations.

[17] Le Tribunal conclut que toutes ces situations sont des différends ou controverses en rapport avec la mise en œuvre, l'administration, l'exécution, ou l'interprétation de l'entente au sens de son paragraphe 16.6 qui autorise le juge responsable du recours collectif à intervenir.

[18] En ce cas, BP argumente que l'entente édicte que seule la Cour supérieure de l'Ontario est compétente pour trancher ces controverses.

[19] Il faut nécessairement évacuer ce point avant de passer aux autres questions.

2. La compétence du Tribunal

[20] Le raisonnement de BP prend appui sur la première partie de l'article 16.6 de l'entente :

16.6 Nonobstant ce qui précède, les Parties conviennent que tous les différends, toutes les réclamations, et toutes les controverses survenant en rapport avec la mise en œuvre, l'administration, l'exécution, ou l'interprétation des dispositions de la présente Entente, ou en conséquence de telle mise en œuvre, administration, exécution, ou interprétation, ou qui s'y rapportent (y compris toute action ou procédure demandant l'exécution de la présente Entente ou visant à obtenir des dommages-intérêts en conséquence d'une violation de l'Entente) seront finalement résolues par le Tribunal de l'Ontario ou, si le Tribunal de l'Ontario l'ordonne, par un arbitre nommé par le Tribunal de l'Ontario, étant entendu que les Parties se soumettent à la compétence du Tribunal de l'Ontario aux fins de la mise en œuvre, de l'administration, de l'exécution, ou de

l'interprétation du règlement décrit dans la présente Entente. Toutefois, les questions qui concernent spécifiquement les membres du Groupe du Québec et les membres du groupe américain seront décidées par le Tribunal du Québec et le Tribunal américain, selon le cas. (...)

(Nos soulignements)

[21] Toutefois, pour conclure que seule la Cour supérieure de l'Ontario a compétence, il faut ignorer la dernière phrase de la citation où il est mentionné que les questions qui concernent spécifiquement le groupe du Québec ou des États-Unis seront résolues respectivement par le Tribunal du Québec et le Tribunal américain.

[22] Il semble bien que les sujets sous étude touchent des membres du Québec et BP s'abstient de démontrer le contraire.

[23] Aussi, la position de BP est incompatible avec le contexte du chapitre dans lequel le paragraphe 16.6 s'inscrit. L'alinéa c) du paragraphe 16.1 de l'entente prévoit que les membres des groupes visés par le règlement (soit le groupe pancanadien, le groupe du Québec et le groupe américain⁴) sont réputés s'être soumis à la compétence du tribunal saisi du recours du groupe dont ils sont membres :

16.1 Les Membres des Groupes visés par le règlement, qui ne se sont pas exclus validement et en temps opportun des Groupes visés par le règlement, seront :

- (a) réputés être des membres des Groupes visés par le règlement, à toute fin prévue par la présente Entente;
- (b) liés par les dispositions de la présente Entente (y compris, notamment, par toute quittance);
- (c) réputés s'être soumis à la compétence du Tribunal saisi du recours du Groupe visé par le règlement dont ils sont membres; et
- (d) liés par toute procédure, toute ordonnance et tout jugement pouvant être émis subséquemment par le Tribunal dans le Recours concerné.

(Nos soulignements)

[24] En l'occurrence, c'est la Cour supérieure du Québec qui est le tribunal compétent pour le groupe du Québec⁵.

[25] L'entente stipule en son paragraphe 16.4 que chacun des tribunaux conservera sa compétence exclusive sur le recours intenté dans sa juridiction.

[26] Certes, le paragraphe 16.6 de l'entente énonce que « nonobstant ce qui précède » tous les différends seront résolus par le Tribunal de l'Ontario, mais les règles d'interprétation enseignent qu'il faut rechercher l'intention des parties et donner un sens à chacune des dispositions. Attribuer compétence seulement au tribunal ontarien reviendrait à vider de leur sens les autres dispositions discutées.

⁴ Voir paragraphes 2.49 et 2.50 de l'entente.

⁵ Voir paragraphes 2.38, 2.39 et 2.40 de l'entente.

[27] De plus, aux termes de sa requête pour approbation d'une entente de règlement⁶, présentée en septembre 2012, la requérante écrivait que le Tribunal continuerait à jouer un rôle d'arbitre pour régler les différends qui pourraient survenir conformément à l'article 16.6 de l'entente :

[24] De plus, cette Cour continuera à jouer un rôle pour les membres du Québec en agissant comme arbitre pour régler tout différend, toute réclamation et toute controverse pouvant survenir en rapport avec la mise en œuvre, l'administration, l'exécution ou l'interprétation des dispositions de l'entente, conformément à ce que prévoit l'article 16.6.

[25] Ce rôle sera d'autant plus important considérant, selon l'information obtenue de l'intimée, que la majorité ou à tout le moins une partie fort substantielle des réclamations en Amérique du Nord proviennent du Québec et que cette Cour est la seule pouvant offrir aux membres un service en français.

(Nos soulignements)

[28] Cette requête n'a fait l'objet d'aucune contestation de la part de BP. Seuls quelques membres ont fait valoir leur point de vue à l'encontre de celle-ci.

[29] Le jugement ayant fait droit à la requête a été rendu le 5 octobre 2012 et n'a pas été porté en appel. Il élimine toute ambiguïté à cet égard :

[43] DÉCLARE que pour les fins de l'administration de l'entente, cette Cour exercera un rôle de supervision pour les fins de la mise en œuvre, de la gestion et de l'application de l'entente, sujet aux termes et conditions prévus à l'article 16.6 de l'entente.

[44] AUTORISE toute partie, en tout temps et sur requête, avec avis aux autres parties, à demander au juge désigné au présent recours ou à son remplaçant, des directives ayant trait à la mise en œuvre ou à l'interprétation de l'entente de règlement.

(Nos soulignements)

[30] Le Tribunal conclut avoir compétence pour trancher les questions soulevées par la requérante, relativement à l'interprétation de l'entente.

3. Les membres dont les dommages sont apparus après le délai d'exclusion

[31] Le jugement faisant droit au recours collectif définit comme suit les membres qui en font partie :

Toutes les personnes physiques, ainsi que toutes les personnes morales de droit privé, sociétés de personnes et associations n'ayant pas plus de 50 personnes liées à elles par un contrat de travail, sur lesquelles elles exercent un contrôle ou une direction durant la période de 12 mois précédant le 28 septembre 2011, qui sont ou ont été propriétaires d'une maison, d'une résidence, d'un bâtiment, ou

⁶ Requête du 18 septembre 2012.

d'une autre construction située dans la province de Québec, dont le toit contient ou contenait des bardeaux organiques BP⁷.

(Nos soulignements)

[32] Il est exact d'affirmer que tout propriétaire d'une construction dont le toit contient des bardeaux de marque BP est membre du groupe. Il est tout aussi vrai que les membres du groupe sont liés par le règlement approuvé par le Tribunal. Mais un membre qui ne s'est pas exclu du recours collectif au 19 septembre 2012, peut toujours bénéficier d'un délai d'exclusion s'il était dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

[33] Le jugement autorise le recours collectif en date du 27 mars 2012. Cette décision approuve la forme et le contenu de l'avis aux membres. Le libellé de cet avis est clair : pour avoir droit à un dédommagement, il faut non seulement être membre du groupe mais aussi avoir subi un dommage⁸. L'avis énumère les types de dommages possibles affectant les bardeaux, à savoir « le pustulage, le *clawing*, la fissuration, le relèvement, le relèvement par temps froid, le bâillement et la délamination »⁹.

[34] L'avis aux membres indique que c'est seulement en cas d'apparition d'un tel signe de détérioration que ces derniers pourront formuler une réclamation auprès de BP, dans les 150 jours de la manifestation du problème¹⁰. C'est le fait de subir un préjudice qui est l'élément déclencheur de la demande de dédommagement.

[35] Il doit en être de même pour le délai d'exclusion. Ce délai ne peut courir avant l'apparition d'un vice. Avant cela, les membres sont dans l'impossibilité d'agir.

[36] Notamment, les affirmations de BP, reproduites dans l'avis aux membres¹¹, ont empêché des personnes de pouvoir raisonnablement soupçonner une défectuosité de leurs bardeaux puisque BP, non seulement ne se reconnaît responsable d'aucune faute, mais en plus, réitère la durabilité de ses bardeaux durant la période de garantie :

Le présent avis a pour but d'informer les Membres des Groupes du règlement proposé dans les actions en recours collectif indiquées ci-dessus, et des droits et options des membres des Groupes à l'égard du règlement proposé. (...) BP nie les allégations formulées dans les actions, mais a convenu de conclure le règlement proposé afin de déterminer avec certitude l'ampleur de ses obligations continues. Le règlement représente une résolution volontaire des réclamations. La Défenderesse n'admet aucune action fautive ou responsabilité. La Défenderesse affirme que les Bardeaux organiques BP sont exempts de tout

⁷ Voir article 3.2 de l'entente.

⁸ Voir l'avis aux membres, p. 5, section 9 : Qui a le droit à un dédommagement en vertu du règlement?

⁹ *Id.*

¹⁰ Voir par. 5.4 de l'entente.

¹¹ Voir l'avis aux membres, p. 3, section 3 : Quel est l'objet de la présente action en recours collectif? et section 5 : Pourquoi l'action en recours collectif fait-elle l'objet d'un règlement?

défaut et qu'ils dureront pendant toute la période de garantie, s'ils sont installés correctement¹².

(Nos soulignements)

[37] À la lecture de ce passage, le membre est en droit de penser que ses bardeaux sont exempts de tout vice de fabrication. On ne peut donc exiger d'un membre qu'il s'exclue d'un recours dont il ne peut même pas bénéficier puisqu'il n'a subi aucun dommage.

[38] Dans une récente décision, la Cour d'appel¹³ réitère que l'ignorance des faits résultant d'une information erronée du co-contractant peut constituer une impossibilité d'agir :

[32] Cette proposition des appelants ne trouve pas assise dans l'affaire *Oznaga* et ne peut être retenue. Elle confond l'ignorance des faits générateurs du droit résultant d'une information erronée fournie par le cocontractant et l'ignorance du droit qui peut être induite des propos tenus par le cocontractant. Seule la première peut, dans certaines circonstances particulières, constituer une impossibilité d'agir. La partie qui reçoit de son cocontractant des informations erronées quant à certains faits et qui n'est pas en mesure de savoir qu'ils sont erronés en prenant des mesures raisonnables pour les vérifier peut, en effet, être dans l'impossibilité d'agir. (..)

(Nos soulignements)

[39] Enfin, BP soutient que faute d'avoir respecté les prescriptions de l'article 1007 *C.p.c.*, tout membre est lié par l'entente et forclo de s'en exclure ultérieurement, tel que stipulé au paragraphe 3.4 de l'entente de règlement, où on peut lire que :

Sont exclues des Groupes visés par le règlement : a) toutes les personnes qui, en temps opportun, ont exercé leurs droits, en vertu de (...) l'article 1007 du Code de procédure civile du Québec (...).

[40] Rappelons que l'article 1007 *C.p.c.* expose ceci :

Un membre peut s'exclure du groupe en avisant le greffier de sa décision, par courrier recommandé ou certifié, avant l'expiration du délai d'exclusion.

Un membre qui s'exclut n'est lié par aucun jugement sur la demande du représentant.

[41] Toutefois, il faut également tenir compte de l'article 1005 *C.p.c.* qui prévoit qu'un membre peut encore s'exclure une fois le délai d'exclusion passé, s'il démontre qu'il a été dans l'impossibilité d'agir plus tôt :

Le jugement qui fait droit à la requête :

- a) décrit le groupe dont les membres seront liés par tout jugement;
- b) identifie les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent;

¹² Voir le préambule de l'avis aux membres, p. 1.

¹³ *9103-4421 Québec inc. c. Hôpital du Sacré-Cœur de Montréal*, 2016 QCCA 15.

c) ordonne la publication d'un avis aux membres.

Le jugement détermine également la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe; le délai d'exclusion ne peut être fixé à moins de trente jours ni à plus de six mois après la date de l'avis aux membres. Ce délai est de rigueur; néanmoins, le tribunal peut permettre au membre de s'exclure s'il démontre qu'il a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

(Nos soulignements)

[42] C'est le cas pour les membres dont le préjudice ne s'était pas encore manifesté au 19 septembre 2012. En outre, BP est forclos de soulever cet argument. Elle a consenti à la requête pour approbation de l'entente de règlement où il est écrit que « ~~les membres qui ont été dans l'impossibilité d'agir plus tôt~~ pourront aussi se prévaloir ~~des dispositions du code de procédure civile~~, afin de s'exclure du groupe, le cas échéant »¹⁴.

[43] Le jugement rendu sur cette requête énonce qu'un membre qui ne s'est pas exclu du groupe est lié par l'entente, sous réserve des articles 1005 et 1008 C.p.c.

[44] Si les circonstances le justifient, le membre peut démontrer avoir été dans l'impossibilité d'agir et demander au Tribunal de lui permettre de s'exclure du recours.

[45] Quoi qu'il en soit, le Tribunal conclut que le membre qui n'a pas constaté de lacunes à sa toiture avant le 19 septembre 2012, n'avait pas à s'exclure du recours collectif avant cette date. En pareille situation, le délai d'exclusion doit être le même que le délai imposé pour faire une réclamation, soit dans les 150 jours de la découverte du préjudice.

[46] Les membres peuvent, à compter du délai de 150 jours stipulé au paragraphe 5.4 de l'entente, non seulement s'en prévaloir, mais aussi s'exclure du recours collectif et choisir d'intenter un recours individuel devant le forum approprié, sans se faire opposer que le délai d'exclusion est expiré.

[47] BP devra modifier son site web et les informations qu'elle rend disponibles aux membres en conséquence.

4. L'administration des réclamations

[48] La requérante expose divers cas qu'elle juge problématiques. Elle demande au Tribunal de guider les parties dans cette controverse.

[49] BP réplique qu'il n'y a pas lieu de s'immiscer dans des détails relatifs à la gestion des réclamations et que cela équivaut à réécrire l'entente. BP soutient que l'entente est claire et que ce que l'on requiert du Tribunal consiste à la modifier, ce qui est proscrit. Cette Cour ne doit pas se transformer en tribunal d'appel des décisions de BP alors que l'entente stipule que celles-ci sont finales et sans appel¹⁵.

¹⁴ Voir par. 36 de la requête du 18 septembre 2012.

¹⁵ Voir par. 5.25 k) de l'entente.

[50] Le Tribunal n'adhère pas à cette proposition de BP. Comme on l'a vu plus haut, le jugement rendu le 5 octobre 2012 par la soussignée déclare que cette Cour exercera un rôle de supervision pour les fins de la mise en œuvre, de la gestion et de l'administration de l'entente. Le jugement autorise aussi les parties à s'adresser au Tribunal pour demander des directives par rapport à une interprétation controversée.

[51] Il faut donc analyser chacun des sujets pour déterminer s'il y a matière à intervention.

- Urgence de procéder aux réparations

[52] La requérante soutient que BP impose des délais qui sont préjudiciables aux membres et cite comme exemple le cas de Mme Andrée Fournier¹⁶ qui a dû faire refaire sa toiture avant d'obtenir une réponse de BP. Sa réclamation a été rejetée pour ce motif.

[53] En l'espèce, les avocats agissant pour ce membre mentionnent que Mme Fournier a fait une demande de révision le 3 juillet 2015 et que le tiers indépendant a omis de faire l'inspection de sa toiture dans un délai de 90 jours. Elle a dû faire refaire sa toiture avant l'automne et cela a constitué une fin de non-recevoir à sa réclamation.

[54] La version de BP quant au même évènement diffère. BP affirme avoir rendu sa décision le 3 juillet et n'avoir reçu la demande de révision que le 10 août, alors que l'entente stipule que la demande de révision doit être acheminée à l'intérieur d'un délai de 45 jours de la décision initiale¹⁷. La demande de révision aurait donc été reçue avec un jour de retard.

[55] En l'absence d'une audition, le Tribunal ne peut trancher puisqu'il faut d'abord décider de la crédibilité des parties. La preuve documentaire déposée à l'appui des prétentions de la requérante n'offre pas de réponse claire. Le dossier ne contient pas de copie de la décision de BP ni de la demande de révision du membre¹⁸.

[56] Si la situation demeure problématique, les parties sont invitées à soumettre leur différend au Tribunal, preuve à l'appui. L'audition permettra de voir si le membre a été négligent ou si sa situation était urgente au point de faire réparer sa toiture avant de recevoir l'aval de BP ou de voir si BP a exercé ses droits de manière excessive en rejetant une demande de révision qui est arrivée avec un jour de retard. BP a peut-être exercé ses droits de manière déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. Mais il faut entendre les deux parties pour être en mesure de le déterminer.

¹⁶ Voir R-5.

¹⁷ Article 5.25 c) de l'entente.

¹⁸ Voir pièce R-5.

- **Preuves de réclamation acceptables**

[57] La requérante soulève que BP est inflexible dans son évaluation des réclamations qui sont rejetées, en l'absence d'une facture à leur soutien. La requérante souhaite que le Tribunal détermine qu'une déclaration assermentée d'un couvreur attestant avoir installé des bardeaux BP sur la propriété du membre devrait être jugée suffisante comme preuve de réclamation.

[58] Toute personne qui veut se prévaloir de la garantie offerte par un manufacturier doit prouver qu'il s'agit bien d'un produit fabriqué par celui-ci. La meilleure preuve est nécessairement la facture. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'entente en son article 5.6 e) qui stipule que faute de fournir un tel document, la réclamation pourrait être refusée.

[59] Pour décider si une déclaration écrite d'un entrepreneur pourrait constituer une preuve suffisante, il faut tenir compte de l'article 2861 *C.c.Q.* qui énonce qu'en l'absence d'un écrit, une partie peut faire la preuve d'un acte juridique par tout moyen :

Lorsqu'il n'a pas été possible à une partie, pour une raison valable, de se ménager la preuve écrite d'un acte juridique, la preuve de cet acte peut être faite par tous moyens.

[60] Aux termes de l'entente, il revient à l'adjudicateur¹⁹, un tiers indépendant, de décider si les circonstances donnent ouverture à l'application de l'article 2861 *C.c.Q.* de sorte qu'une preuve documentaire fiable, autre qu'une facture, puisse être acceptée, tel que le prévoit de toute manière l'entente.

[61] Aussi, l'entente propose que si les problèmes ne sont pas réglés de façon appropriée, les parties peuvent demander au Tribunal de désigner un autre adjudicateur²⁰. Les éléments déposés au dossier ne permettent pas de tirer cette conclusion²¹, mais rien n'exclut la possibilité de s'adresser à la Cour en ce sens, ce que les parties sont invitées à faire, s'il y a lieu.

[62] Le Tribunal peut aussi exercer son rôle de supervision, en autant que la preuve soit faite. Dans ce cas, il faut que les parties fassent la preuve des faits donnant ouverture à leur prétention, auquel cas une audition s'avère nécessaire.

- **Rigueur dans l'application des délais**

[63] La requérante dépose un tableau par lequel elle souhaite démontrer que les délais prévus à l'entente ne sont pas respectés par BP, alors que celle-ci applique avec rigueur ceux qui sont imposés aux membres.

[64] Encore là, le Tribunal ne dispose pas, à ce stade-ci, de preuve suffisante pour statuer sur cette question.

¹⁹ Voir l'article 2.2 de l'entente.

²⁰ Article 5.32 de l'entente.

²¹ R-6.

[65] Si elles le souhaitent, les parties pourront présenter la preuve de difficultés précises, le cas échéant.

- **Manque de discernement**

[66] En dernier lieu, la requérante expose le cas de M. Jean Saint-Onge.

[67] Après avoir déposé sa réclamation, ce membre voit celle-ci refusée car il n'a pu fournir de preuve de pose contemporaine de bardeaux. Il a formulé une demande de révision qui a aussi été rejetée car l'inspecteur a déterminé que les bardeaux installés sur la toiture du membre ne sont pas de marque BP.

[68] Toutefois, ce membre a finalement retracé sa facture de réfection de toiture qui démontre qu'effectivement, ce sont des bardeaux BP qui ont été utilisés. Selon BP, c'est l'article 5.13 de l'entente qui s'applique, à savoir que si une réclamation est refusée, le membre doit attendre deux ans avant d'en soumettre une autre²².

[69] BP a tort. C'est en raison de sa propre erreur que la réclamation du membre a été rejetée. Les exigences de la bonne foi s'appliquent en toute matière et BP aurait dû reconsidérer la réclamation de ce membre à la lumière de cette nouvelle preuve.

[70] Il lui appartiendra de le faire dans un délai de 35 jours du présent jugement.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[71] **ACCUEILLE** en partie la requête pour directives de l'intimée;

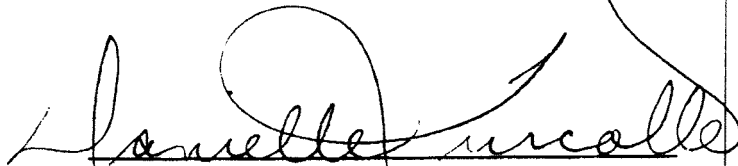
[72] **DÉCLARE** que le délai pour s'exclure du recours collectif est de 150 jours à compter de la première manifestation d'un préjudice;

[73] **ORDONNE** à l'intimée de corriger les informations disponibles aux membres en conséquence;

[74] **INVITE** les parties à identifier les différends qui devront être tranchés par le Tribunal afin qu'une date d'audition soit fixée pour entendre la preuve;

[75] **ORDONNE** à l'intimée de reconsidérer la réclamation de M. Jean Saint-Onge, dans les 35 jours de ce jugement;

[76] **AVEC DÉPENS.**



DANIELLE TURCOTTE, J.C.S.

²² Voir R-9.

N°:
S.C. N°: 500-06-000580-114

COURT OF APPEAL OF QUÉBEC
DISTRICT OF MONTRÉAL

**LA CIE MATÉRIAUX DE CONSTRUCTION
BP CANADA**

APPELLANT – Respondent

v.

DIANE FITZSIMMONS

RESPONDENT – Representative Plaintiff

**NOTICE OF APPEAL
(Article 352 C.C.P.)
Appellant, dated February 25, 2016**

Copy for McCarthy Tétrault

M^e François Giroux / 514-397-5638 / # 201655-481830
fgiroux@mccarthy.ca

BC0847
McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.
Avocats • Agents de brevets et marques de commerce
Barristers & Solicitors • Patent & Trade-mark Agents

Bureau 2500
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 0A2
Tél. : 514 397-4100
Télec. : 514 875-6246

The parties shall notify their proceedings, including briefs and memoranda) to the appellant and to the other parties who have produced a representation or non-representation statement. (Article 25, al. 1 of the Civil Practice Regulation).

If a party fails to produce a representation or a non-representation statement, it shall be precluded from filing any other pleading in the file. The appeal shall be conducted in the absence of such party. The Clerk is not obliged to notify any notice to such party. (Article 30 of the Civil Practice Regulation).

Within 10 days after notification, the respondent, the intervenors and the impleaded parties must file a representation statement giving the name and contact information of the lawyer representing them or, if they are not represented, a statement indicating as much. If an application for leave to appeal is attached to the notice of appeal, the intervenors and the impleaded parties are only required to file such a statement within 10 days after the judgment granting leave or after the date the judge takes note of the filing of the notice of appeal. (Article 358, al. 2 C.C.P.).