

COUR SUPÉRIEURE

[Action collective]

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-001130-216

DATE : Le 28 janvier 2022

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE SYLVAIN LUSSIER, J.C.S.

DR. OMID ZAHEDI NIAKI

Demandeur

c.

DESJARDINS TRUST INC.

DESJARDINS INVESTMENTS INC.

ET

FÉDÉRATION DES CAISSES DESJARDINS DU QUÉBEC

Défenderesses

JUGEMENT

(sur permission de déposer une preuve appropriée)

APERÇU

[1] Le demandeur Omid Niaki a signifié une « *Originating Application for Authorization to Institute a Class Action and to Obtain the Status of Representative* » pour être autorisé à intenter contre les défenderesses une action collective visant la compensation du préjudice qu'aurait subi les membres du groupe suivant :

All persons, wherever they reside, who held or hold units of the Desjardins Funds at any time from January 17, 2005 to the date that this motion is authorized.

[2] La période définissant le groupe proposé s'étire sur plus de 16 ans.

[3] L'expression *Desjardins Funds* est définie à la demande d'autorisation comme incluant trois *Underlying Funds*, soit le *First Equity Fund*, le *Growth Fund* et le *Second Equity Fund* – ainsi que 17 *Portfolio Funds*, soit des portefeuilles de fonds de catégorie Melodia ou Chorus II, incluant le portefeuille *Chorus II High Growth Portfolio* dont le Demandeur détiendrait des unités.

[4] Le demandeur allègue que les *Underlying Funds* auraient fait l'objet d'une gestion d'investissement indicielle cachée (« *Closet Indexing Strategy* »)¹ contrairement à des représentations quant aux objectifs d'investissement, stratégies et risques des *Underlying Funds*.

[5] L'action collective que le demandeur demande d'exercer est une action en restitution de prestation et en responsabilité civile contre les parties défenderesses afin de réparer le préjudice qui découlerait du bris par celles-ci de leurs obligations en vertu du *Code civil du Québec*, de la *Charte des droits et libertés de la personne*², de la *Loi sur les valeurs mobilières*³ du Québec et d'autres provinces canadiennes, et en ce qui concerne *Desjardins Trust Instruments*, ses obligations dans le cadre de l'exploitation d'un *Desjardins Fund*.

[6] Il réclame des dommages, incluant des dommages exemplaires.

[7] Le demandeur allègue⁴:

1. Qu'il a acheté des unités du *Portfolio Fund Chorus II High Growth Portfolio* approximativement en 2015 (« *on or about the year 2015* »), pour une somme de 5 434,35 \$, lequel détenait alors des unités du *Underlying Fund Growth Fund*;
2. Que le *Portfolio Fund Chorus II High Growth Portfolio* aurait été successivement renommé *Chorus II Dynamic Growth Portfolio* en novembre 2016 et *Chorus II Aggressive Growth Portfolio* en avril 2018 et aurait continué à détenir des unités du *Underlying Fund Growth Fund*;
3. Qu'au 9 février 2021, il détenait toujours des unités du *Portfolio Fund Chorus II Aggressive Growth Portfolio*.

[8] Les défenderesses veulent pouvoir plaider à l'autorisation que le recours est en partie prescrit et, par conséquent, restreindre éventuellement la portée du groupe.

¹ On pourra consulter à ce sujet *Turpin v TD Asset Management Inc.*, 2021 BCSC 1830 et *McCorquodale v RBC Global Asset Management Inc.*, 2021 BCSC 144.

² RLRQ c C-12.

³ RLRQ c V-1.1.

⁴ Aux paragraphes 89-95 de la Demande d'autorisation.

[9] À cette fin, elles demandent au tribunal la permission de déposer une preuve appropriée consistant en la documentation disponible publiquement depuis le 17 janvier 2005 qui permettait, selon elles, au demandeur et aux membres du groupe de connaître l'inventaire complet du portefeuille de placement des *Underlying Funds* (incluant la liste des titres ainsi que la juste valeur de chaque titre au sein du fond) au 30 septembre et au 31 mars de chaque année.

[10] Cette preuve est constituée des pièces D-1 à D-64, à savoir :

1. Les états financiers annuels audités des *Underlying Funds* du 30 septembre 2005 au 30 septembre 2020 (pièces D-1 à D-16). Ces rapports contiennent l'inventaire complet du portefeuille de placement des *Underlying Funds* au 30 septembre de chaque année;
2. Les états financiers intermédiaires des *Underlying Funds* du 31 mars 2005 au 31 mars 2020 (pièces D-16 à D-32). Ces rapports contiennent l'inventaire complet du portefeuille de placement des *Underlying Funds* au 31 mars de chaque année;
3. Les rapports annuels de la direction sur le rendement du Fonds des *Underlying Funds* du 30 septembre 2005 au 30 septembre 2020 (pièces D-33 à D-48). Ces rapports contiennent (i) le pourcentage de rendements composés annuels des *Underlying Funds* (après déduction des frais et dépenses) ainsi que (ii) le pourcentage de rendements composés annuels de l'indice composé S&P / TSX au 30 septembre de chaque année;
4. Les rapports intermédiaires de la direction sur le rendement du Fonds des *Underlying Funds* du 31 mars 2006 au 31 mars 2020 (pièces D-49 à D-63). Ces rapports contiennent (i) le pourcentage de rendements composés annuels des *Underlying Funds* (après déduction des frais et dépenses) ainsi que (ii) le pourcentage de rendements composés annuels de l'indice composé S&P / TSX au 31 mars de chaque année;
5. Les rapports mensuels des *Underlying Funds* pour la période du 30 septembre 2013 au 31 janvier 2021 (pièce D-64). Ces rapports fournissent sur une base mensuelle le pourcentage de rendements annuels composés des *Underlying Funds* ainsi qu'un graphique de l'évolution du rendement d'un montant de 10 000\$ investi dans les *Underlying Funds*.

[11] Cette preuve est complétée par le dépôt de la déclaration assermentée de Philippe Bégin, Directeur principal, Service et Opérations, Garde de valeurs et Comptabilité de Fonds chez Desjardins Gestion des opérations des produits de

placement inc., qui confirme l'authenticité et le contenu des pièces D-1 à D-64, ainsi que leur accessibilité aux détenteurs d'unités des *Underlying Funds* et des *Portfolio Funds*.

[12] Le demandeur s'oppose au dépôt de cette preuve.

QUESTION EN LITIGE

[13] Y-a-t'il lieu d'autoriser la preuve des défenderesses ?

ANALYSE

[14] Les parties s'entendent pour adopter comme grille d'analyse de la question l'exposé exhaustif des principes applicables récemment livré par le juge Donald Bisson dans l'affaire *Ward c. Procureur général du Canada*⁵:

« [17] Les demandes de preuve appropriée à l'étape de l'autorisation sont prévues à l'article 574 Cpc. La jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada nous enseigne quels sont les critères applicables :

- le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire afin d'autoriser une preuve pertinente et appropriée ainsi que la tenue d'un interrogatoire du représentant, dans le cadre du processus d'autorisation;
- une preuve n'est appropriée que si elle est pertinente et utile à la vérification des critères de l'article 575 Cpc. Le consentement de la partie demanderesse à une preuve suggérée par la défense ne suffit pas à en autoriser le dépôt;
- la preuve documentaire et l'interrogatoire proposés doivent respecter les principes de la conduite raisonnable et de la proportionnalité posés aux articles 18 et 19 Cpc;
- la vérification de la véracité des allégations de la demande relève du fond. Une partie défenderesse ne peut mettre en preuve des éléments qui relèvent de la nature d'un moyen de défense au mérite;
- le tribunal doit analyser la demande soumise à la lumière des enseignements récents de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel sur l'autorisation des actions collectives et qui favorisent une interprétation et une application libérales des critères d'autorisation;
- à ce stade, la finalité de la demande se limite au seuil fixé par la Cour suprême du Canada, soit la démonstration d'une cause défendable. Le tribunal doit se garder d'autoriser une preuve qui inclut davantage que ce qui est strictement nécessaire pour atteindre ce seuil;
- le tribunal doit se demander si la preuve requise l'aidera à déterminer si les critères

⁵ 2021 QCCS 109.

d'autorisation sont respectés ou si elle permettra plutôt de déterminer si le recours est fondé; dans cette dernière hypothèse, la preuve n'est pas recevable à ce stade;

- la prudence est de mise dans l'analyse d'une demande de permission de produire une preuve appropriée; il s'agit de choisir une voie mitoyenne entre la rigidité et la permissivité;
- il doit être démontré que la preuve demandée est appropriée et pertinente dans les circonstances spécifiques et les faits propres du dossier, notamment en regard des allégations et du contenu de la demande d'autorisation;
- le fardeau de convaincre le tribunal de l'utilité et du caractère approprié de la preuve repose sur la partie qui la demande;
- le tribunal ne doit pas laisser les parties produire une preuve volumineuse et ne doit en aucun cas examiner la preuve produite en profondeur comme s'il s'agissait d'évaluer le fond de l'affaire;
- le processus d'autorisation d'une action collective n'est pas, du point de vue de la preuve, une sorte de préenquête sur le fond. C'est un mécanisme de filtrage;
- l'admission de preuve appropriée doit être faite avec modération et être réservée à l'essentiel et l'indispensable. Or, l'essentiel et l'indispensable, du côté du demandeur, devraient normalement être assez sobres vu la présomption rattachée aux allégations de fait qu'énonce sa procédure. Il devrait en aller de même du côté de la défense, dont la preuve, vu la présomption attachée aux faits allégués, devrait être limitée à ce qui permet d'en établir sans conteste l'invraisemblance ou la fausseté. C'est là un « couloir étroit »;
- puisque le fardeau du demandeur à l'autorisation en est un de logique et non de preuve, il faut conséquemment éviter de laisser les parties passer de la logique à la preuve (prépondérante) et de faire ainsi un préprocès, ce qui n'est pas l'objet de la démarche d'autorisation;
- pour échapper à la perspective d'une action collective, la partie défenderesse souhaitera généralement présenter une preuve destinée à démontrer que l'action envisagée ne tient pas et, pour ce faire, elle pourrait bien forcer la note, sur le thème « abondance de biens ne nuit pas ». Le juge doit résister à cette propension, tout comme il doit se garder d'examiner sous toutes leurs coutures les éléments produits par l'une et l'autre des parties, au risque de transformer la nature d'un débat qui ne doit ni empiéter sur le fond, ni trancher celui-ci prématurément, ni porter sur les moyens de défense;
- à l'autorisation, le tribunal doit simplement porter un regard sommaire sur la preuve, qui devrait elle-même être d'une certaine frugalité;
- dans tous les cas, la preuve autorisée doit permettre d'évaluer les quatre critères que le juge de l'autorisation doit examiner et non le bien-fondé du dossier. Et si, par

malheur, le juge de l'autorisation se retrouve devant des faits contradictoires, il doit faire prévaloir le principe général qui est de tenir pour avérés ceux de la demande d'autorisation, sauf s'ils apparaissent invraisemblables ou manifestement inexacts;

- si l'on ne veut pas que les actions collectives accaparent une part indue des ressources judiciaires, ressources limitées, il serait donc utile, dans l'état actuel du droit, que l'on évite de faire au stade de l'autorisation ce qui, en réalité, appartient au fond.»

[15] Au départ, le caractère volumineux de la preuve proposée rebute et incite à vouloir la refuser.

[16] La preuve de ces états financiers est présentée dans son intégralité pour convaincre de son authenticité et de son intégrité. Par contre, seules quelques pages, sinon une seule page, de chacun de ces divers documents, est nécessaire à l'argument que veulent faire valoir les défenderesses.

[17] En effet, une seule page, parfois deux, de ces rapports concernent le fonds auquel le demandeur a souscrit.

[18] Ces pages ont en outre un caractère répétitif qui fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire d'analyser chacune d'elles. Il est compréhensible, pour les fins de l'argument visé, de vouloir toutes les déposer à des fins d'exhaustivité. Leur volume n'entraîne cependant pas une tâche sérieusement accrue.

[19] Selon les défenderesses, la documentation disponible publiquement depuis le 17 janvier 2005 permettait au demandeur et aux membres du groupe de comparer la performance des *Underlying Funds* à la performance de l'indice composé S&P / TSX et d'évaluer si la performance des *Underlying Funds* « *closely track[ed] the performance of the Benchmark* », comme il est allégué à la demande d'autorisation.

[20] De plus, toujours selon elles, la documentation disponible publiquement depuis le 17 janvier 2005 permettait au demandeur et aux membres du groupe de connaître l'inventaire complet du portefeuille de placement des *Underlying Funds* (incluant la liste des titres ainsi que la juste valeur de chaque titre au sein du fond) au 30 septembre et au 31 mars de chaque année. Le demandeur et les membres du groupe avaient donc toute l'information pour juger du caractère adéquat des investissements des *Underlying Funds*.

[21] À première vue, l'existence de cette preuve n'est pas controversée, et ne donne pas lieu, dans la mesure où l'on ne demande pas au juge d'autorisation de l'interpréter, à un débat quant à sa portée. Il n'y aurait donc pas nécessité de gymnastique intellectuelle, tel que le déplorait le juge Donald Bisson dans *Homsy c. Google*⁶, pour en apprécier l'utilité.

⁶ 2021 QCCS 4213.

[22] Il restera à débattre de son accessibilité par le demandeur et les membres du groupe. Ce débat doit-il se faire à cette étape-ci, à l'autorisation, ou au fond le cas échéant?

[23] Le demandeur est tenu d'établir une apparence de droit quant à son recours personnel⁷. Un recours clairement prescrit fait échouer l'autorisation⁸, même s'il est généralement de mise de renvoyer la détermination de cette question au juge du fond⁹. C'est à l'autorisation que cette question sera décidée.

[24] Les délais de prescription propres à un recours peuvent également permettre de circonscrire le groupe¹⁰.

[25] Dans ce contexte, la preuve proposée porte sur des éléments des paragraphes 2 et 4 de l'article 575 C.p.c. et pourrait aider à circonscrire le groupe.

[26] Les parties pourront débattre à l'autorisation du caractère convaincant de cette preuve pour ces mêmes fins.

[27] Il apparaît par contre plus conforme à la proportionnalité de ne verser au dossier que les pages pertinentes à l'argument, tel qu'elles ont été regroupées dans un document intitulé « Cahier simplifié de la preuve visée par la demande pour permission de produire une preuve appropriée », avec la déclaration assermentée de monsieur Bégin.

CONCLUSION

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[28] **ACCUEILLE** la Demande pour permission de déposer une preuve appropriée ;

[29] **AUTORISE** le dépôt d'un « Cahier simplifié de la preuve visée par la demande pour permission de produire une preuve appropriée », comprenant les pages pertinentes des pièces D1 à D-64, de même que de la déclaration assermentée de monsieur Bégin en date du 29 septembre 2021;

[30] **LE TOUT**, frais à suivre.

⁷ *Sofio c. c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820, par. 11 ; *Daigle c. Club de golf de Rosemère*, 2019 QCCS 5801, par. 14; *Ehouzou c. Manufacturers Life Insurance Company*, 2021 QCCA 1214, par. 45.

⁸ *Rousselet c. École polytechnique de Montréal*, 2013 QCCA 130, paragr. 23; *Tremblay c. Centre Hi-Fi Chicoutimi inc.*, 2021 QCCA 546, paragr. 34; *Marineau c. Bell Canada*, 2015 QCCA 1519, paragr. 6.

⁹ *Fortier c. Meubles Léon ltée*, 2014 QCCA 195, paragr. 137.

¹⁰ *Société AGIL OBNL c. Bell*, 2021 QCCS 365, paragr. 102 et suivants.

SYLVAIN LUSSIER, J.C.S.

Me Jean-Philippe Caron
Me Alessandra Esposito Chartrand
CALEX LEGAL INC.
Me John Archibald
Investigation Counsel
Me Paul Bates
BATES BARRISTERS

Avocats du demandeur

Me François David Paré
Me Caroline Bélair
Me Sophie Melchers
NORTON ROSE FULLBRIGHT CANADA S.E.N.C.R.L. s.r.l.
Avocats des défenderesses