



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

SOMMAIRE

Mot du directeur

Didier Lluelles

L'émancipation du représentant à l'action collective :
anecdotes, mascottes et litotes

Laurence Bich-Carrière

Le droit, un objet? Essai d'ontologie juridique

Patrick Garon-Sayegh

L'exploitation minière artisanale en République
démocratique du Congo : quelle contribution des
coopératives minières à son attractivité?

Christian Loseka Mitambo
Mwene Rukakiza

Les juges français en tant qu'agents efficaces du
développement social

Rhondda Waterworth

LES PAGES DU CRDP

Éléments de réflexion à propos d'une définition du droit
des ressources naturelles

Hugo Tremblay

LA LETTRE DE FRANCE

La responsabilité morale de la France dans la tragédie
vietnamienne, enjeu du procès français de l'Agent orange

Kouroch Bellis



L'émancipation du représentant à l'action collective : anecdotes, mascottes et litotes

*Laurence BICH-CARRIÈRE**

**Emancipating the Class Action Representative:
Anecdotes and Understatements**

**La emancipación del representante en la acción colectiva:
anécdotas, fetiches y litotes**

**A emancipação do representante na ação coletiva:
anedotas, mascotes e litotes**

集体诉讼中代表资格的解除：轶事、吉祥物和委婉修辞

Résumé

Lorsqu'il autorise une action collective, le tribunal désigne un « représentant » qu'il estime en mesure d'assurer une « représentation adéquate des membres ». Dans cette mesure, le représentant est indispensable. Les dispositions des articles 571 à 604 du *Code de procédure civile*,

Abstract

The representative is essential to the class action since no class action may be authorized unless the court assigns as “representative” a person it considers “in a position to properly represent the class members.” Articles 571 to 604 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01,

* © MMXXIV. Laurence Bich-Carrière. L'auteure, associée chez Lavery, de Billy SENCRL et chercheuse périodique au Groupe de réflexion en droit privé et au Groupe sur les humanités juridiques, tient à les remercier pour leur organisation du cycle de conférences Émancip(ens)e ou Émanci(pense) ou Émancip(e)nse, sans lequel le présent article n'aurait pas été rédigé (sans parler de la ténacité des organisatrices). Elle remercie également madame Emmy Raymond pour la confection de certains tableaux de travail, ses collègues Marie-Nancy Paquet, Myriam Brixi et Dominique Vallières pour leur participation à de nombreux échanges ainsi que ses relecteurs rigoureux et anonymes. La conférence a été prononcée le 13 janvier 2023. La recherche est à jour au 13 août 2023 et les hyperliens, fonctionnels au 13 juin 2024.

RLRQ, c. C-25.01, qui définissent le régime de l'action collective au Québec, sont d'ailleurs émaillées de références à ce «représentant». Pourtant, la charge réelle de sa fonction est, à l'examen, bien légère. Il agit sans mandat. Il n'est pas forcément membre du groupe qu'il représente. Il n'a pas à être le meilleur ni à présenter une situation type. Il n'est pas toujours assidu.

Quelles sont alors ses caractéristiques essentielles? Partage-t-il des traits avec les représentants du droit privé? Est-il nécessaire dans le régime québécois moderne, utile ou, à l'inverse, dépassé? Si le *Code de procédure civile* indique *qui* le représentant à l'action collective représente – ce sont les membres qui composent le groupe –, le présent article souhaite amorcer une réflexion sur ce *que* ce représentant représente.

Resumen

Cuando se autoriza una demanda colectiva, el tribunal selecciona un «representante» que considere capaz de garantizar una «representación adecuada de los miembros». Con este objetivo, el representante es indispensable. Lo dispuesto en los artículos 571 a 604 del Código de Procedimiento Civil de Quebec, (*Code de procédure civile*, RLRQ c. C-25.01), que definen el régimen de acción colectiva en Quebec, también está salpicado de referencias a este «representante». Sin embargo, la carga real de su función es, al examinarla bien, muy ligera. Actúa sin orden judicial. No es necesariamente miembro del grupo que representa. No tiene por qué ser el mejor ni presentar una situación típica. No siempre es diligente.

¿Cuáles son entonces sus características esenciales? ¿Qué rasgos comparte con

which outline the class action regime in Quebec, are peppered with references to this “representative.” Yet the case law often appears to alleviate whatever functions these provisions may ascribe to the class representative. Class representatives do not act pursuant to a mandate. They are not necessarily members of the class they represent. They do not have to be ideal or present a claim typical of this class. They are not always assiduous.

What then do they share with the representatives of private law? What are their essential characteristics? Are they vital, relevant or obsolete? The law is clear that class representatives represent class members; this article seeks to explore the ambiguity in *what* they stand for.

Resumo

O representante é essencial para a ação coletiva, já que nenhuma ação coletiva pode ser autorizada a menos que o tribunal designe como “representante” uma pessoa que considera “em condição para representar devidamente os membros.” Os artigos 571 a 604 do *Código de Processo Civil*, CQLR, c. C-25.01, que tratam do regime de ações coletivas no Quebec, estão recheados de referências a esse “representante.” No entanto, a praxe forense parece aliviar as funções que essas disposições possam atribuir ao representante dos membros. Os representantes não agem segundo um mandato. Eles não são necessariamente membro do grupo que eles representam. Não precisam ser os melhores ou apresentar uma demanda típica desse grupo. Eles não são sempre assíduos.

los representantes del derecho privado? ¿Es necesario, útil o, por el contrario, obsoleto en el régimen moderno de Quebec? Si bien el Código de Procedimiento Civil indica *a quién* representa el representante en la acción colectiva – a los miembros que integran el grupo –, este artículo quiere entablar una reflexión sobre lo *que* el representante representa.

Quais são, então, suas características essenciais? Que traços compartilham com os representantes do direito privado? Essa figura é necessária no regime quebequense moderno, útil ou, ao contrário, ultrapassada? Se o *Código de processo civil* indica *quem* o representante na ação coletiva representa – estes são os membros que compõem o grupo –, o presente artigo deseja iniciar uma reflexão sobre o *que* este representante representa.

摘要

当法院受理集体诉讼时，法院必须指定一名它认为能够确保“充分代表成员”的“代表”。从这个意义上说，代表是不可或缺的。《民事诉讼法典》(RLRQ c. C-25.01)第571至604条规定了魁北克的集体诉讼制度，其中不乏对该“代表”的提及。然而，研究可见，其实际工作负担很轻。在没有委托的情况下行事。其不必是所代表集体的成员。其不必是最好的，也不一定符合某种典型情况。其并不总是勤勉行事。

那么，该代表的核心特征是什么？它与私法上的代理人有哪些共同特征？在现代魁北克法律体系中，它是必要的、有用的还是相反、过时的？如果说《民事诉讼法典》规定了集体诉讼中的代表所代表的对象——构成集体的成员们，那本文试图探讨的是该代表具体代表的内容。

Plan de l'article

I. Contexte	9
A. Quelques définitions	9
B. Les critères de l'autorisation	12
C. Une action collective en trois étapes	15
1. L'étape de l'autorisation (et des avis)	15
2. L'étape du fond	17
3. L'étape du recouvrement	19
4. L'« étape » de la transaction	19
D. Le représentant	20
II. Exténuation	22
A. Le représentant n'a pas besoin d'être adéquat	22
B. Le représentant n'a pas à être représentatif	24
C. Le représentant n'a pas (toujours) une cause directe ou de lien de droit avec l'ensemble des défendeurs	26
D. Le représentant n'est pas mandataire des membres	28
E. Le représentant n'est pas (nécessairement) membre du groupe	33
1. Le défaut d'intérêt temporisé	33
2. Le cas de l'article 571 al. 3 du <i>Code de procédure civile</i> (art 1048 aC.p.c.): le représentant associatif	34
F. Le représentant n'a pas à être vivant	41
G. Le représentant n'est pas obligé de (le) rester	42
1. Le remplacement du représentant proposé	43
2. Le remplacement du représentant désigné	44

H. Le représentant n'a pas à être le porte-parole des membres (ni même à parler)	49
1. Le représentant n'a pas à identifier d'autres membres	49
2. Le représentant n'a pas à être présent au déroulement de l'instance	51
I. Le représentant n'a pas à entreprendre ni à soutenir ses procédures.....	52
1. Le représentant n'a pas à être l'initiateur du dossier.....	52
2. Le représentant n'a pas à être indépendant (de fortune, entre autres)	55
J. Le représentant n'est pas le décideur ultime	60
III. Pistes de réflexion	62

I. Contexte

Le représentant est essentiel à l'action collective puisque celle-ci ne peut être autorisée sans que le tribunal attribue ce titre à une personne qu'il estime en mesure d'assurer une « représentation adéquate des membres » du groupe au bénéfice duquel elle est exercée et qui seront liés par le jugement qui en disposera. Le « représentant » est mentionné trente et une fois dans les articles 571 à 604 du *Code de procédure civile*¹, qui définissent le régime de l'action collective au Québec, et ce, à tous les stades. Et pourtant, à l'analyse, on exige bien peu de lui, au point où l'on peut se demander – et on le fera – où se situe l'intérêt de la figure.

Après les propositions de contexte nécessaires pour voir la trame dans laquelle évolue le représentant à l'action collective au Québec (I), on considérera le rôle que la loi lui donne – ou plutôt, s'agissant de litotes, de celui qu'elle ne lui donne pas – (II), et ce, afin d'en dégager l'essence, s'il en est (III).

A. Quelques définitions

Pour l'intelligence de l'ensemble, il convient de poser quelques bases². L'action collective, d'abord, est définie comme une voie de droit – c'est-à-dire un moyen de procédure, qui, en principe, ne devrait avoir aucune incidence sur les règles de fond³ –, par laquelle une personne – le **représentant** – peut agir en demande – c'est-à-dire, initier des procédures judiciaires

¹ *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (ci-après « C.p.c. »).

² Qui connaît le régime de l'action collective sur le bout des doigts pourra se rendre directement à la partie II.

³ C'était l'intention annoncée du projet de loi: QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission permanente de la justice, 3^e sess., 31^e légis., 7 mars 1978, p. B-318 I (Pierre Marois, ministre de la Justice) (ci-après « QUÉBEC, *Débats*, CPJ »). Assurément, les tribunaux l'affirment souvent: *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, [1990] R.D.J. 500, 507 (C.A.) (ci-après « *Tremaine* »); *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 17 (ci-après « *Bisaillon* »); *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 106-107; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 52; *Gagnon c. Amazon.com inc.*, 2019 QCCA 1166, par. 22 et suiv. (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 19 mars 2020, n° 38842); *Chandler c. Volkswagen Aktiengesellschaft*, 2022 QCCA 272, par. 45-46. La pratique permet de s'interroger fortement sur la justesse de l'énoncé de principe: Shaun E. FINN, *L'action collective au Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 91; Soraya AMRANI MEKKI, « L'action collective québécoise: regard (envieux) d'un processualiste français », (2016) 68-2 *R.I.D.C.* 341, 354-355; Pierre-Claude LAFOND, *Libres*

– pour le compte d'un **groupe** – en anglais *the class* –, formé d'autres, les **membres**, qui prétendent à une cause similaire ou qui souhaitent faire trancher des questions suffisamment semblables ou connexes pour qu'il y ait une économie d'échelle à procéder collectivement.

La définition n'a pas changé depuis l'introduction de cette voie particulière en droit québécois en 1978⁴, sinon qu'à l'époque, il était question de « recours collectif », expression à laquelle « action collective » a été substituée à la faveur de la réforme de la procédure civile de 2016⁵.

Il s'agit d'une exception à la règle selon laquelle nul ne peut plaider pour autrui⁶, envers du droit fondamental de chacun à être entendu dans

propos sur la pratique de l'action collective, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020 p. 199-204; Daniel JUTRAS, « Préface » dans P.-C. LAFOND, *id.*, p. ix.

⁴ La *Loi sur le recours collectif*, L.Q. 1978, c. 8, devenue L.R.Q., c. R-2.1, introduisant dans le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-2 (ci-après « aC.p.c. »), les articles 999 à 1051 aC.p.c. formant son Livre IX, est entrée en vigueur le 19 janvier 1979.

⁵ Voir QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires de la ministre de la Justice. Code de procédure civile, chapitre C-25.01*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 417 (ci-après « CM »); comp. Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 216 (l'« action » est la faculté de saisir les tribunaux, alors que le « recours » est la voie de droit pour le faire: « l'action reste fondamentalement individuelle, le recours seul – c'est-à-dire la manière de l'exercer – est collectif »); QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La révision de la procédure civile. Une nouvelle culture judiciaire*, rapport du Comité de révision de la procédure civile, présidé par Denis FERLAND, Québec, Éditeur officiel, juillet 2001, p. 200-201 [RAPPORT FERLAND] (il est jugé inutile de changer un terme ancré dans l'usage); Louis BEAUDOIN, *Les mots du droit*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 56, s.v. « class action »; Jean-Claude GÉMAR, « Affaire Dame Action c. Sieur Recours. Cette action vaut-elle un recours? », (2009) 6-3 *L'Actualité langagière* 34, et S. AMRANI MEKKI, *préc.*, note 3, 344-345.

⁶ *Centrale des syndicats du Québec c. Allen*, 2016 QCCA 1878, par. 17; *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, [2019] 2 R.C.S. 831, par. 197 (ci-après « *Oratoire* »); *Benamor c. Air Canada*, 2020 QCCA 1597, par. 118 (ci-après « *Benamor* »); S. E. FINN, *préc.*, note 3, p. 62. D'ailleurs, les Commissaires à la refonte du Code de procédure civile s'étaient opposés à son introduction dès 1965, précisément à ce motif: QUÉBEC, ASSEMBLÉE LÉGISLATIVE, *Bill 20 – Code de procédure civile*, Québec, Roch-Lefebvre, 1964, notes des commissaires sur le projet d'article 55, p. 13a. Sur l'évolution de la position du Barreau, voir Micheline AUDETTE-FILION, « La mise en œuvre judiciaire du recours collectif: questions et hypothèses », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Cours de la formation permanente n° 38, 1978-1979*, Montréal, Barreau du Québec, 1978, p. 4, p. 8 et suiv.

sa propre cause⁷. En effet, les membres du groupe seront liés par les jugements à intervenir, et ce, même s'ils n'ont pas activement participé au processus, et même s'ils ignoraient que leurs droits fussent en cause⁸ (art. 2848 al. 2 C.c.Q., art. 591 al. 1 C.p.c.)⁹.

L'exception est justifiée parce qu'elle est vue comme servant la fonction sociale du droit (lire: elle dénonce ou décourage, si elle ne sanctionne, des comportements répréhensibles qui seraient autrement passés sous silence ou impunis), l'accès à la justice (comprendre: l'accès au juge et à l'effectivité ou à la reconnaissance des droits) et l'économie des ressources judiciaires (fédérant des petites causes, elle évite la multiplication des actions individuelles et des décisions contradictoires)¹⁰. Malgré ce caractère d'exception, elle ne commande pas une interprétation restrictive¹¹. L'exercice doit toutefois en être autorisé et, dans ce cadre, la qualité de représentant attribuée (art. 574 al. 1, 575, 576 C.p.c.).

Inscrit par la loi dans le droit procédural québécois dans un objectif de protection du consommateur et d'accès à la justice¹², proche de l'aide

⁷ Art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.) et art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

⁸ Les exceptions sont plus que limitées: voir *Cie de matériaux de construction BP Canada c. Fitzsimmons*, 2017 QCCA 1329; voir aussi *Robillard c. Arsenault*, 2017 QCCA 750, par. 40 (ci-après «*Robillard c. Arsenault*»).

⁹ Voir *Bell Canada c. Marineau*, 2019 QCCA 1889; *Whirlpool Canada c. Gaudette*, 2018 QCCA 1206, par. 21 et suiv. (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 8 août 2019, n° 38341) (ci-après «*Whirlpool c. Gaudette*»); *Tremblay c. Centre Hi-Fi Chicoutimi (9246-9352 Québec inc.)*, 2021 QCCA 546, par. 22 et suiv. (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 17 mars 2022, n° 39685) (ci-après «*Tremblay c. Centre Hi-Fi Chicoutimi*»).

¹⁰ *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 27-29; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, [2014] 1 R.C.S. 3, par. 1 (ci-après «*Vivendi*»); *Oratoire*, préc., note 6, par. 6, 60, 197; *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, [2020] 3 R.C.S. 298, par. 201 (ci-après *Desjardins c. Asselin*); voir aussi *G.M. (Canada) c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72, 99-102.

¹¹ *Tremaine*, préc., note 3, voir aussi *Comité d'environnement de La Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, par. 29; *Bisaillon*, préc., note 3, par. 16; *Oratoire*, préc., note 6, par. 8.

¹² Voir gén. QUÉBEC, *Débats*, CPJ, préc., note 3 (7-9 mars et 1^{er} juin 1978); QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 3^e sess., 31^e légis., 16 mai 1978 (ci-après «QUÉBEC, ASS. NAT.»).

juridique à certains égards¹³, le régime québécois de l'action collective, pionnier au Canada¹⁴, a puisé dans les codifications américaines¹⁵ d'un redressement issu plutôt de l'*equity*¹⁶, souvent pour s'en inspirer, parfois pour s'en distinguer¹⁷. Aujourd'hui, tous les ressorts canadiens sont dotés d'une loi sur l'action collective, qui, comme au Québec, se déploie au bénéfice d'un groupe présentant des caractères communs, sous la houlette d'un représentant, et qui doit être autorisée. Les critères de cette autorisation judiciaire préalable, toutefois, peuvent différer.

B. Les critères de l'autorisation

Au Québec, une action collective sera autorisée si le tribunal estime que les quatre critères énoncés par l'article 575 C.p.c. sont satisfaits¹⁸. À ce stade, le tribunal est saisi du récit d'une seule personne, celle qui demande à représenter le groupe¹⁹, qui devra établir (sans ordre particulier) que :

¹³ Sur ce rapprochement, voir QUÉBEC, *Débats*, CPJ, *id.* (7-9 mars 1978); M. AUDETTE-FILION, préc., note 6, p. 33-34; Marie-José LONGTIN, « L'État et le recours collectif », *Cours de la formation permanente n° 38, 1978-1979*, Montréal, Barreau du Québec, 1978, p. 55, aux p. 83-84; P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 338.

¹⁴ RAPPORT FERLAND, préc. note 5, p. 198.

¹⁵ Particulièrement la règle 23 des règles fédérales américaines (*Federal Rules of Civil Procedure*, r. 23, 39 F.R.D. 98 (1966)) et les articles 901 à 909 des règles de pratiques de l'État de New York (*NY Civ. Prac. Law*, art. 901-909 (NY Sess. Law 1975)). Le texte tel qu'il existait alors est reproduit en annexe à Hubert REID, « La mise en œuvre judiciaire du recours collectif : questions et hypothèses », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Cours de la formation permanente n° 38, 1978-1979*, Montréal, Barreau du Québec, 1978, p. 128, aux p. 158 et suiv. Voir aussi les commentaires de Manon BAUMIER, « Le recours collectif au Québec et aux États-Unis », (1987) 18-4 R.G.D. 775.

¹⁶ Voir Stephen C. YEAZELL, « Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action », (1977) 77 C.L.Rev. 866; Stephen C. YEAZELL, « From Group Litigation to Class Action (part I) », (1980) 27 U.C.L.A.L.Rev. 554; Stephen C. YEAZELL, « From Group Litigation to Class Action (part II) », (1980) 27 U.C.L.A.L.Rev. 1067; H. Patrick GLENN, « À propos de la maxime "nul ne plaide par procureur" », (1988) 87-1 Rev. trim. dr. civ. 59, 69-70, nos 18-19; Pierre-Claude LAFOND, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », (1998-99) 29 R.D.U.S. 3; S. E. FINN, préc., note 3, p. 45 et 109-119.

¹⁷ Parfois pour s'en inspirer, parfois pour s'en distinguer : voir généralement H. REID, préc., note 15, p. 131; Mario BOUCHARD, « L'autorisation d'exercer le recours collectif », (1980) 21 C. de D. 855; M. BAUMIER, préc., note 15, 787-780; P.-C. LAFOND, *id.*, et S. E. FINN, *id.*, p. 26.

¹⁸ Ces critères sont à peu près identiques à ceux de l'article 1003 aC.p.c. (1978-2015).

¹⁹ *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2012 QCCA 1287, par. 88 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 17 janvier 2013, n° 34994).

- **575(1)**: « les demandes des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes », c'est-à-dire qu'il existe au moins une question dont la détermination collective est susceptible de faire avancer le litige, ou les causes individuelles des membres, rien n'étant dit du caractère commun de la réponse envisagée²⁰;
- **575(2)**: « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées », c'est-à-dire que, si ces faits étaient prouvés, le récit se tiendrait en droit; le fardeau de la demande est un fardeau « réduit »²¹, un « simple fardeau de “démonstration” »²², de logique plutôt que prépondérance²³, car les faits de la demande d'autorisation sont tenus pour avérés²⁴; on parle souvent du critère du « syllogisme juridique »²⁵;
- **575(3)**: « la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des règles sur le mandat d'ester en justice pour le compte d'autrui ou sur la jonction d'instance », c'est-à-dire qu'il existe un groupe, dont les membres partagent certaines caractéristiques pertinentes au syllogisme juridique, mais dont la nature, la composition ou la taille s'accommode mal de l'individualisme des voies procédurales usuelles²⁶; le fardeau sera généralement satisfait pour « [l]es demandes visant un grand nombre de personnes dont l'identité n'est

²⁰ *Tessier c. Economical, compagnie mutuelle d'assurance*, 2023 QCCA 688, par. 26 (ci-après « *Tessier* »), s'appuyant notamment sur *Vivendi*, préc., note 10, par. 50 et *Desjardins c. Asselin*, préc., note 10, par. 84-85; voir aussi H. P. GLENN, préc., note 16, p. 71, n° 21.

²¹ *Autorité des marchés financiers c. Weynant*, 2023 QCCA 122, par. 17 (ci-après « *Weynant* »).

²² *Oratoire*, préc., note 6, par. 58; voir aussi *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600, par. 65 (ci-après « *Infineon* »); *Tessier*, préc., note 20, par. 30.

²³ *Oratoire*, id., par. 58; *Infineon*, id., par. 65, 67; *Vivendi*, préc., note 10, par. 37.

²⁴ *Infineon*, id., par. 67; *Boudreau c. Procureur général du Québec*, 2022 QCCA 655, par. 46 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 30 mars 2023, n° 40311) (ci-après « *Boudreau* »).

²⁵ Sur l'évolution du critère, voir Shaun E. FINN, « L'historique trouble et le futur incertain du critère de la “cause défendable” : chronique sur le paragraphe 575(2) du Code de procédure civile », *Repères*, août 2022, EYB2022REP3502 (La Référence).

²⁶ Ce critère a déjà empêché les recours contractuels de procéder sur une base collective – puisque l'on connaît en principe l'identité de son cocontractant –, mais il a été réduit à peau de chagrin : comp. *Nault c. Canadian Consumer Co. Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 553, p. 557 [*Nault*], et *Banque de Montréal c. Marcotte*, [2014] 2 R.C.S. 725, par. 43 (ci-après « *Marcotte*, CSC ») (voir aussi *infra*, note 91). Voir également P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 178-182.

pas facilement déterminée»²⁷, le représentant, qui fait en principe partie du groupe, n'a pas à identifier un nombre minimal de membres²⁸, mais il doit fournir au tribunal un « minimum d'information sur le groupe », suffisant pour permettre d'en tirer une définition objective, ni circulaire ni imprécise, bref qui permette à chacun de savoir s'il est ou non membre du groupe proposé²⁹;

- **575(4)** : « le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres » ; c'est le critère qui sera exploré dans les pages qui suivent.

Ces critères sont cumulatifs mais aussi exhaustifs, c'est-à-dire que ce sont les seuls dont doit tenir compte le tribunal saisi d'une demande d'autorisation d'exercer une action collective³⁰. D'autres ressorts connaissent d'autres critères, mais c'est une erreur de droit pour le juge québécois que d'ajouter à ces quatre balises législatives. Ainsi, ni le principe de proportionnalité (art. 18, 19 C.p.c.) ni l'intérêt de la justice (art. 9 C.p.c.) ne constituent un cinquième critère, bien que l'un ou l'autre puisse informer la lecture de chacun des quatre critères législatifs³¹. Le droit québécois n'exige pas non plus que l'action collective constitue le « meilleur moyen » de procédure disponible (par opposition à une injonction ou une demande de jugement déclaratoire, sauf en droit public³²) – la *preferability* des ressorts de common law – ou que, en présence de demandes d'autorisation concurrentes, il faille débattre pour identifier laquelle « pourrait le mieux faire

²⁷ *Lambert (Gestion Peggy) c. Écolait ltée*, 2016 QCCA 659, par. 53-65 (ci-après « *Lambert (Gestion Peggy)* ») ; *Godin c. Aréna des Canadiens inc.*, 2020 QCCA 1291, par. 121 et suiv. ; *Tessier*, préc., note 20, par. 28, s'appuyant notamment sur *Apple Canada inc. c. Badaoui*, 2021 QCCA 432, par. 28 et suiv. (et particulièrement par. 28-30) (ci-après « *Badaoui* »).

²⁸ Ainsi, des actions collectives ont pu être autorisées dont on découvrirait plus tard qu'elles l'avaient été au bénéfice d'un groupe minuscule : *Renaud c. Groupe CRH Canada inc.*, 2016 QCCA 693 (six membres ; jugement d'autorisation annulé).

²⁹ *Del Guidice c. Honda Canada inc.*, 2007 QCCA 922, par. 33-34, 49 ; *Lambert (Gestion Peggy)*, préc., note 27, par. 60 ; *Levy c. Nissan Canada inc.*, 2021 QCCA 682, par. 39 (ci-après « *Levy* ») ; *Boudreau*, préc., note 24 ; *Beaulieu c. Facebook inc.*, 2022 QCCA 1736, par. 64 et suiv. (ci-après « *Beaulieu* »).

³⁰ *Vivendi*, préc., note 10, par. 66-67.

³¹ *Vivendi*, *id.*, par. 64 et suiv. ; *Union des consommateurs c. Air Canada*, 2014 QCCA 523, par. 43 (ci-après « *Union des consommateurs c. Air Canada* ») ; *D'Amico c. Procureure générale du Québec*, 2019 QCCA 1922, par. 42-43 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 14 mai 2020, n° 39013) (ci-après « *D'Amico* »).

³² *D'Amico*, *id.*, par. 42 ; *Tessier*, préc., note 20, par. 28.

avancer les demandes des membres du groupe d'une manière efficace et rentable»³³ (la *carriage motion* de certains ressorts de common law). Au Québec, plutôt, si plusieurs demandes d'autorisation sont déposées visant des groupes qui se chevauchent en tout ou en partie, la première aura la préséance de principe (*first to file* ou règle du premier qui dépose)³⁴.

C. Une action collective procède en trois étapes³⁵

1. L'étape de l'autorisation (et des avis)

L'action collective ne peut être exercée de plein droit. On l'a dit, elle est soumise à l'autorisation du tribunal. À ce stade préalable, il n'y a qu'un représentant proposé et un groupe putatif³⁶. L'audience sert essentiellement à cadrer la suite des choses, c'est-à-dire à définir la cause d'action, les questions en litige et, surtout, le groupe au bénéfice duquel l'action est autorisée, suivant les critères que l'on vient d'évoquer. L'article 576 C.p.c. est précisément en ce sens. La Cour suprême parle souvent d'un mécanisme de filtrage³⁷, rappelant sans ambages le caractère généreux de l'exercice :

Je propose donc de m'en tenir à l'état actuel du droit suivant les arrêts *Infineon*, *Vivendi* et *Oratoire*[³⁸]. Comme nous le savons, l'autorisation d'un recours collectif au Québec nécessite l'atteinte d'un seuil peu élevé.³⁹

Disons-le d'emblée, ce n'est pas un tamis d'orpailleur; le filtre ressemble plutôt aux mailles d'un filet de hockey⁴⁰. La recherche empirique

³³ Selon la formulation de l'article 13.1(4) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c 6 (en anglais: « would best advance the claims of the class members in an efficient and cost-effective manner »).

³⁴ *Hotte c. Servier Canada inc.*, [1999] R.J.Q. 259 (C.A.) (ci-après « *Hotte* »); *Schmidt c. Johnson & Johnson inc.*, 2012 QCCA 2132; *Badamshin c. Option Consommateurs*, 2017 QCCA 95 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 6 juillet 2017, n° 37521).

³⁵ *Robillard c. Arsenault*, préc., note 8, par. 21.

³⁶ *Id.*, par. 32.

³⁷ *Société canadienne des postes c. Lépine*, [2009] 1 R.C.S. 549, par. 53 (ci-après « *Lépine* »); *Vivendi*, préc., note 10, par. 4, 28, 37, 70, 71; *Desjardins c. Asselin*, préc., note 10, par. 25, 53, 54, 219.

³⁸ *Infineon*, préc., note 22, par. 59; *Vivendi*, *id.*, par. 37 et 54; *Oratoire*, préc., note 6, par. 7-8.

³⁹ *Desjardins c. Asselin*, préc., note 10, par. 27.

⁴⁰ Soit environ 1 po². Certains avocats de la défense suggéreraient peut-être que ce sont les mailles d'un filet de soccer (4 po²), mais voir *infra*, note 41.

suggère néanmoins qu'un tiers des actions collectives ne franchiront pas le cap de l'autorisation⁴¹.

L'action collective peut être autorisée au bénéfice du groupe décrit à la procédure ou selon un groupe remanié en fonction de la satisfaction des critères (art. 576 C.p.c.)⁴². De « proposé » qu'il était, le représentant est « désigné » tel par le jugement d'autorisation (art. 576 C.p.c.).

En théorie, le jugement qui autorise une action collective se prononce aussi sur les avis à envoyer aux membres putatifs pour les en informer (art. 586 al. 2 C.p.c.). En pratique, le contenu et le mode de distribution des avis font généralement l'objet d'un jugement distinct. Le nom du représentant doit y figurer (art. 579 al. 1(3) C.p.c.). Ces avis « jou[en]t un rôle indispensable pour permettre aux membres de connaître les effets sur eux du jugement d'autorisation [...], des droits qu'il leur confère »⁴³, mais également des droits qu'il est susceptible de leur retirer, vu l'effet de la chose jugée qui sera opposable aux membres du groupe. À cet égard, le Québec est un système de désinscription (*opt-out*), c'est-à-dire que les personnes

⁴¹ Eleni YIANNAKIS et Noah BOUDREAU, « Paradise Lost? Rethinking Quebec's Reputation as a Haven for Class Actions », (2014) 9-2 *Rev. can. rec. coll.* 387, 395 (37 % entre 2000 et 2013); Véronica AIMAR, « L'autorisation de l'action collective : raisons d'être, application et changements à venir », (2018) 13-1 *Rev. can. rec. coll.* 73, 81 (36 % entre 2013 et mars 2017); Catherine PICHÉ, « Tout ce qu'on ne vous a jamais dit sur l'étape d'autorisation dans l'action collective », (2018) 77 *R. du B.* 525, 540-541 (36,78 % entre 1993 et 2017); Catherine PICHÉ, *L'action collective : ses succès et ses défis*, Montréal, Éditions Thémis, 2019, p. 59 (moins de 40 % d'échec). Voir également les rapports du Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC), tous disponibles en ligne (<<https://faac.justice.gouv.qc.ca/actualites-et-publications/publications>>) : FAAC, *Rapport annuel 2020-2021*, Québec, 2021, p. 43; FAAC, *Rapport annuel 2021-2022*, Québec, 2022, p. 36; FAAC, *Rapport annuel 2022-2023*, Québec, 2023, p. 33 (ci-après respectivement « RAPPORT FAAC, 2021, 2022 et 2023 »).

⁴² Encore que ce pouvoir de remaniement doive être exercé avec modération : Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 152; *Lallier c. Volkswagen Canada inc.*, 2007 QCCA 920, par. 17-18; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299, par. 136-137 (ci-après « *Sibiga* »); *Baratto c. Merck Canada inc.*, 2018 QCCA 1240, par. 79 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 28 mars 2019, n° 38338) (ci-après « *Baratto* »); *Chevrette c. FCA Canada inc.*, 2022 QCCS 1709, par. 94 (appel accueilli sans que ce point précis ait été porté en appel, *Banque de Montréal c. Chevrette*, 2022 QCCA 1159, note 3).

⁴³ *Lépine*, préc., note 37, par. 42; voir également *M.G. c. Association Selwyn House*, 2008 QCCS 3695, par. 67 (ci-après « *M.G. c. Selwyn* »), ou *Mihoubi c. Priceline.com*, 2022 QCCS 1255, par. 6-10 et *infra*, § II.D.

qui souhaitent se retirer du groupe doivent poser un geste auprès du greffe de la Cour supérieure, dans le délai imparti (art. 580 al. 1 C.p.c.). Celles qui ne font rien seront liées (art. 2848 C.c.Q. ; art. 591 C.p.c.)⁴⁴. Ironiquement, le système de l'exclusion dévoile l'identité des personnes qui *ne sont pas* membres car elles seules doivent se dénoncer.

La passivité anonyme des membres du groupe s'en trouve consacrée, dans l'ombre du représentant⁴⁵.

2. L'étape du fond

Une demande introductive d'instance doit être déposée dans les trois mois du jugement d'autorisation⁴⁶. Elle cheminera vers le fond, procédant – dit-on⁴⁷ – comme un litige ordinaire, avec les adaptations nécessaires. Assurément, une fois autorisée, elle prend la forme « demandeur c. défendeur ».

Le *demandeur* c'est le représentant et non le groupe⁴⁸, dont les membres disposent d'un droit d'intervention limité (art. 583 al. 2, 586 et 588 al. 3 C.p.c.). Ainsi :

⁴⁴ En pratique, il existe une difficulté réelle à rejoindre les membres du groupe : les défendeurs n'ont pas nécessairement leurs coordonnées (et lorsqu'ils les ont, elles ne sont pas nécessairement à jour), les campagnes postales sont coûteuses, les filtres anti-spam sont rétifs aux envois massifs, la presse écrite n'est plus le « média de référence » sans que Facebook ne soit devenu un média de confiance ou encore, il arrive que des membres s'excluent croyant s'inscrire. Depuis 2004, la Cour supérieure tient un registre central des actions collectives (art. 1050.2 aC.p.c., art. 573 C.p.c.), où doivent être déposés, notamment « les demandes d'autorisation et les demandes introductives d'instance, les actes de procédure produits en cours d'instance et les avis aux membres ».

⁴⁵ S. E. FINN, préc., note 3, p. 117 et suiv. ; Mathieu CHAREST-BEAUDRY et Frédéric WILSON, « Développements jurisprudentiels récents en droit de l'action collective », dans S.F.P.B.Q., vol. 441, *Colloque national sur l'action collective. Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis (2018)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 195, à la p. 219.

⁴⁶ Je ne peux m'empêcher de remarquer ici qu'alors que l'article 1011 aC.p.c. faisait activement porter ce devoir au représentant (« Le représentant forme sa demande selon les règles ordinaires [...] »), l'article 583 C.p.c. emploie la voix passive (« La demande introductive de l'instance est déposée au greffe dans les trois mois de l'autorisation [...] »), n'accordant nommément au représentant que le pouvoir de remédier à un éventuel défaut (al. 3).

⁴⁷ *Supra*, note 3.

⁴⁸ Certains avocats de la demande ont pour pratique d'ajouter le groupe en en-tête des procédures. La pratique a certainement l'intérêt d'une référence rapide à ce groupe

Tous les membres sont égaux et bénéficient des mêmes droits. Tous (sauf, bien sûr, le représentant et l'intervenant) profitent de l'anonymat relatif du recours collectif, ils n'ont pas à s'impliquer dans les procédures jusqu'à l'étape du recouvrement (lorsque le jugement prévoit la liquidation individuelle des réclamations ou la distribution d'un montant à chacun des membres), ils n'ont pas à en supporter les coûts (en argent, en temps et en énergie) et, enfin, ils n'ont pas à retenir les services d'un avocat, et ce, tout en disposant d'un droit à l'indemnité de réparation en cas de succès.⁴⁹

Cela étant, la jurisprudence considère que l'action collective, une fois autorisée, dépasse le seul intérêt du représentant, qu'elle subordonne à celui des membres⁵⁰. C'est dans leur intérêt que le tribunal statuera sur les incidents, y compris des demandes de modification, de révision ou d'annulation du jugement d'autorisation (art. 588 C.p.c.). Le tribunal peut également redéfinir le groupe, même avant le jugement sur le fond⁵¹.

dont l'intérêt des membres est prépondérant. Elle nous semble toutefois susceptible de suggérer que le groupe est une partie à proprement parler (il ne l'est pas, pas davantage que chacun de ses membres individuellement, encore qu'on leur reconnaisse dans certains contextes le statut de « quasi-partie » et qu'on puisse distinguer les membres qui ont pris contact avec les avocats de la demande avec les autres demeurés anonymes) et de suggérer une relation directe entre l'avocat du représentant et le groupe (que la jurisprudence n'établit pas fermement). C'est un tout autre sujet, mais comp. *Comartin c. Bordet*, [1984] C.S. 584, p. 3 du texte intégral; P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 340-341; *Société des loteries du Québec c. Brochu*, 2006 QCCA 1117, par. 15-17, 21; *Filion c. Québec (Procureure générale)*, 2015 QCCA 352, par. 48 (ci-après « *Filion* »); *Belley c. TD Auto Finance*, 2018 QCCA 1727, par. 30 (ci-après « *Belley c. TD* »); *Engler-Stringer c. Ville de Montréal*, 2019 QCCS 1404, par. 37-40 (ci-après « *Engler-Stringer* »); P.-C. LAFOND, préc., note 3, p. 92; Maxime NASR et Victoria SANS CARTIER, « I'm gonna make him an offer he can't refuse: les limites aux communications avec les membres », dans S.F.P.B.Q., vol. 520, *Colloque national sur l'action collective* (2022), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 125; *Masson c. Telus Mobilité*, 2021 QCCA 726 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 17 février 2022, n° 39778) (ci-après « *Masson c. Telus* »); *Gaudette c. Whirlpool Canada*, 2022 QCCA 787, par. 10 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 8 août 2019, n° 38341) (ci-après « *Gaudette c. Whirlpool* »); *Option Consommateurs c. Samsung Electronics Canada Inc.*, 2023 QCCS 2388, par. 36-39.

⁴⁹ *Filion*, id., par. 32.

⁵⁰ *Chamberland-Pépin c. Société des casinos du Québec*, 2021 QCCS 1341, par. 117 (ci-après « *Chamberland-Pépin*, C.S. ») (permission d'appeler rejetée, *Société des casinos du Québec inc. c. Chamberland-Pépin*, 2021 QCCA 674) (ci-après « *Chamberland-Pépin*, C.A. ») (ensemble, ci-après « *Chamberland-Pépin* »); Yves LAUZON et Anne-Julie ASSELIN, « Annotations sous l'article 589 », dans Luc CHAMBERLAND (dir.), *Le grand collectif. Code de procédure civile*, vol. 2, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2022, p. 3030.

⁵¹ *Sibiga*, préc., note 42, par. 136.

3. L'étape du recouvrement

Enfin, s'il y a jugement favorable à la demande sur le fond, il faudra considérer la troisième étape, celle du *recouvrement*, c'est-à-dire la manière de transmettre les bénéfices aux membres du groupe. En principe ce recouvrement est collectif (art. 595 al. 1 C.p.c.) et c'est au représentant qu'il revient de donner des instructions d'exécution à l'huissier s'il y a lieu (art. 595 al. 3 C.p.c.).

Si la preuve ne permet pas d'établir d'une façon suffisamment précise le montant total des réclamations, le recouvrement sera plutôt individuel. À ce stade, chaque membre devient une partie à qui il incombe d'agir pour lui-même et de présenter sa réclamation s'il le souhaite⁵².

4. L'« étape » de la transaction

Par ailleurs, une transaction peut intervenir à tout moment de l'instance, pourvu qu'elle soit autorisée par le tribunal. Elle ne pourra l'être avant qu'un avis n'ait été donné aux membres (art. 590 al. 1 C.p.c.). La mise en œuvre d'une transaction approuvée est traitée à l'instar d'un jugement favorable.

Comme en matière civile ordinaire, la majorité des dossiers ne se rendent pas au fond : la plupart des actions collectives se règlent à l'amiable⁵³. Sans constituer une étape à proprement parler, il s'agit d'une donnée incontournable de la pratique de l'action collective au Québec.

C'est dans ce cadre qu'il convient d'examiner le rôle ou les fonctions du représentant.

⁵² Voir *Filion*, préc., note 48, par. 32, et Catherine PICHÉ, « Le recouvrement et l'indemnisation des membres dans l'action collective », (2016) 94 *R. du B. can.* 171 ; *Masson c. Telus*, préc., note 48, par. 11, et *Option Consommateurs c. Samsung Electronics Canada Inc.*, 2023 QCCA 19.

⁵³ P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 35 (82 % entre 1979 et 2004) ; C. PICHÉ, 2019, préc., note 41, p. 57-66 (données 1993-2017) ; RAPPORT FAAC 2021, préc., note 41, p. 32 ; RAPPORT FAAC 2022, préc., note 41, p. 34 ; RAPPORT FAAC 2023, préc., note 41, p. 31.

D. Le représentant

À l'étape de l'autorisation, le législateur exige du tribunal qu'il considère que « le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres » (art. 575(4) C.p.c.). Le législateur n'a pas jugé opportun d'expliquer *comment* le représentant devait assurer cette « représentation adéquate », laissant ce soin à la jurisprudence et à la doctrine.

Entre 1979 et 2004, le représentant devait souscrire une déclaration sous serment au soutien de sa demande d'autorisation, qui ouvrait la voie à son interrogatoire⁵⁴. L'exigence a été abolie en 2004, avec celle de fournir une liste des membres connus⁵⁵.

En 2013, la Cour suprême reprend la rationalisation proposée par Pierre-Claude Lafond dès 1996 voulant que la représentation adéquate s'évalue à l'aune de trois facteurs : « l'intérêt à poursuivre [...], la compétence [...] et l'absence de conflit avec les membres du groupe »⁵⁶. La formulation est depuis devenue « classique »⁵⁷.

En pratique, le seuil québécois est « peu élevé »⁵⁸. La Cour suprême est explicite : « Aucun représentant proposé ne devrait être exclu, à moins que ses intérêts ou sa compétence ne soient tels qu'il serait impossible que l'affaire survive équitablement »⁵⁹, car faire tomber une action collective sur la seule faiblesse de son représentant paraît être une mesure « trop radicale

⁵⁴ Leur longueur sans doute fait dire à Pierre-Claude Lafond, en 2006, qu'être représentant demande du « courage » (P.-C. LAFOND, *id.*, p. 97). Il y aurait lieu de préciser que la contestation écrite était permise encore peu de temps auparavant (voir l'article 1002 al. 2 aC.p.c. (1978-2004)) et qu'elle aussi pouvait être « appuyée d'affidavits détaillés », le tout « donn[an]t lieu à de multiples interrogatoires de part et d'autre » (RAPPORT FERLAND, préc. note 5, p. 203-204). La contestation de la demande d'autorisation n'est depuis qu'orale, bien que le défendeur puisse obtenir l'autorisation de présenter une preuve dite appropriée (voir aujourd'hui l'article 574 al. 3 C.p.c.).

⁵⁵ *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 57, art. 150; l'article 58c) du *Règlement de procédure civile de la Cour supérieure*, R.R.Q., 1981, c. C-25, r. 8, a été aboli en 2004.

⁵⁶ P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 419, cité dans *Infineon*, préc., note 22, par. 149.

⁵⁷ *Tenzer c. Huawei Technologies Canada Co. Ltd.*, 2020 QCCA 633, par. 31 (ci-après « *Tenzer* »).

⁵⁸ *Infineon*, préc., note 22, par. 59, 66, 72, 94, 124, 147; le plus bas au Canada : C. PICHÉ, 2019, préc., note 41, p. 101.

⁵⁹ *Infineon*, *id.*, par. 149, cité textuellement dans 59 jugements rapportés.

qui porterait préjudice aux membres absents»⁶⁰ – et ce, même si à ce stade, il n'y a pas de groupe à proprement parler. Il n'empêche : du tiers des demandes qui ne franchissent pas le cap de l'autorisation, environ 40 % échouent faute de représentant adéquat⁶¹.

Quant aux actions qui sont autorisées, le législateur n'impose pas au représentant de soumettre son caractère représentatif à des contrôles périodiques au fil de l'instance⁶². En fait, si l'on considère la jurisprudence, tant au stade de l'autorisation que par la suite, force est de conclure que c'est plutôt par la négative que l'on appréhende le représentant. En effet, dans l'état actuel de la jurisprudence, il appert que le représentant n'a pas

- A. à être idéal;
- B. à être représentatif;
- C. à avoir une cause directe contre tous ses défendeurs;
- D. à obtenir de mandat des membres;
- E. à être membre du groupe;
- F. à être vivant;
- G. à rester représentant jusqu'à la fin de l'instance;
- H. à être présent;
- I. à entreprendre ses procédures;
- J. le dernier mot.

Voilà qui fait perdre beaucoup de stature à un personnage qu'on présente comme une figure de proue. J'explore ces litotes sans ordre particulier. Certaines valent surtout pour le stade de l'autorisation, d'autres plutôt pour le fond. Leur longueur est inégale. La division entre elles est imparfaite et n'est pas sans présenter une certaine porosité : après tout, il s'agit toujours de la même personne, ou à tout le moins du même personnage⁶³.

⁶⁰ P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 423, cité dans *Infineon*, *id.*, par. 150 ; pour des illustrations de cette réticence voir : *infra*, note 195.

⁶¹ C. PICHÉ, 2018, préc., note 41, 549, étant entendu que certains critères se recourent (notamment ceux des articles 575(2) et (4) puisque la validité du syllogisme s'analyse à partir de la cause d'action du représentant proposé) et que les tribunaux ne se prononcent pas toujours sur tous les critères, qui ne sont du reste pas toujours contestés.

⁶² Comp. André NADEAU, « Les justiciables », dans BARREAU DU QUÉBEC, *Cours de la formation permanente* n° 38, 1978-1979, Montréal, Barreau du Québec, 1978, p. 99, à la p. 103.

⁶³ Encore que certains se prêtent à l'exercice à répétition : comp. *Amram c. Wacoal Canada inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000675-138 et *Amram c. Rogers Communication inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-001144-217 ; *Bellerose c. Véhicules Tesla Canada*, C.S.

II. Exténuation

A. Le représentant n'a pas besoin d'être adéquat

On s'objectera à cette première litote : tout de même, il est écrit noir sur blanc à l'article 575(4) C.p.c. que le représentant proposé doit être « en mesure d'assurer une représentation adéquante ». L'article 1003(d) aC.p.c. était identique.

En français, « adéquat » signifie « *parfaitement* approprié, ce qui convient exactement », du latin *ad equare*, « rendre égal à »⁶⁴. Or, de jurisprudence constante, le représentant n'a pas à être « le meilleur »⁶⁵, « un super représentant »⁶⁶, « idéal »⁶⁷, « parfait »⁶⁸. Même, depuis l'appel à la mansuétude de l'arrêt *Infineon*⁶⁹, « [l]e critère est devenu minimaliste »⁷⁰, l'élitisme

Montréal, n° 500-06-001080-205 et *Bellerose c. Véhicules Tesla Canada*, C.S. Montréal, n° 500-06-001069-208 ou *Zuckerman c. Target Corporation Inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000686-143 et *Zuckerman c. MGM Resorts International*, C.S. Montréal, n° 500-06-001078-209. Cela étant, avoir agi (même avec succès) comme représentant dans un dossier n'est pas suffisant pour se faire reconnaître la même qualité dans un autre : *Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.*, 2006 QCCS 118, par. 168, conf. par *Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.*, 2008 QCCA 949, par. 43-63 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 4 déc. 2008, n° 32756) (ci-après « *Novopharm, CA* »).

⁶⁴ CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, *Trésor de la langue française informatisé* (2004), s.v. « adéquat », en ligne : <<http://atilf.atilf.fr/>> (ci-après « TRÉSOR »); voir aussi H. REID, préc., note 15, p. 150-151.

⁶⁵ *Greene c. Vacances air transat inc.*, 1995 CanLII 4718 (QC C.A.); *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, 2017 QCCA 199, par. 57 (ci-après « *Copibec, CA* »).

⁶⁶ *Cohen c. Option Consommateurs*, 2017 QCCA 94, par. 14 (ci-après « *Cohen c. Option consommateurs* »); Noël c. *Énergie éolienne des Moulins*, 2021 QCCS 2127, par. 12 (permission d'appel refusée et appel rejeté, Noël c. *Énergie éolienne des Moulins*, 2023 QCCA 206). Sur le « super requérant », voir *Jasmin c. Société des alcools du Québec*, 2015 QCCA 36, par. 4 (ci-après « *Jasmin* »).

⁶⁷ *Sibiga*, préc., note 42, par. 108; *Baulne c. Bélanger*, 2020 QCCS 1745, par. 37 (ci-après « *Baulne* »); J.B. c. *Sœurs Grises de Montréal*, 2022 QCCS 964, par. 100.

⁶⁸ *Krantz c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 2143, par. 191; *Sibiga*, préc., note 42, par. 108; *Tenzer*, préc., note 57, par. 30; *Asselin c. Desjardins*, 2022 QCCS 4279, par. 46 et note 26 (ci-après « *Asselin c. Desjardins* »).

⁶⁹ Voir *supra*, note 58 : *Infineon*, préc., note 22, par. 149, cité textuellement dans 59 jugements rapportés.

⁷⁰ *Lévesque c. Vidéotron*, s.e.n.c., 2015 QCCA 205, par. 23 (ci-après « *Lévesque c. Vidéotron* »).

n'étant pas de mise si l'action collective doit être un outil d'accès à la justice⁷¹.

Les (juri)linguistes auront flairé l'eau dans le gaz : l'adjectif « adéquat » est un faux ami de l'adjectif « *adequate* »⁷². Si « adéquat » et « *adequate* » furent un jour synonymes, le terme anglais a pris, vers le début du XX^e siècle, le sens un peu désobligeant qu'on lui connaît aujourd'hui de « *sufficient for a specific need or requirement; good enough* »⁷³. C'est dans ce sens que la législation américaine emploie le terme et c'est vraisemblablement sous l'influence de cette terminologie que le législateur québécois a employé « adéquat » et « *adequate* » en 1978⁷⁴, à l'instar des autres législateurs canadiens.

Curieusement, avec la réforme de 2016, l'adverbe « *adequately* » a disparu de la version anglaise, remplacé par « *properly* », un terme qui correspond davantage au sens correct de « adéquat » mais non au sens que lui a donné la jurisprudence, comme on le verra à travers les sections qui suivent.

Les critères d'analyse n'ayant pas changé avec le vocabulaire, c'est le sens anglais qui l'emporte et le représentant n'a pas à être parfait. D'ailleurs, certaines actions collectives devront nécessairement être entreprises pour un groupe dont on qualifierait difficilement les membres de « citoyens modèles » : ainsi en est-il des affaires relatives aux conditions de détention carcérales⁷⁵, ou alléguant qu'un produit cause une dépendance telle qu'il a pu acculer les membres à la perte d'autonomie financière, au crime ou à l'automutilation⁷⁶. Pourvu évidemment que le représentant proposé détienne

⁷¹ Jasmin, préc., note 66, par. 43.

⁷² CANADA, BUREAU DE LA TRADUCTION, « adéquat, ate / adéquatement, adéquation », dans *Juridictionnaire*, en ligne : <<https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra>>.

⁷³ BRITANNICA DIGITAL LEARNING, « *adequate* », dans *Merriam-Webster Unabridged*, en ligne : <<https://unabridged.merriam-webster.com/>>.

⁷⁴ M. BOUCHARD, préc., note 17, 936.

⁷⁵ *Léonard c. Québec (Procureure générale)*, 2014 QCCS 4952, par. 79-81 (fouilles à nu) (ci-après « *Léonard* »); voir également *Brazeau v. Canada (Attorney General)*, n° CV-15-53262500-CP (C.S. Ont.); *Reddock v. Canada (Attorney General)*, n° CV-17-570771-00CP (C.S. Ont.); *Gallone c. Procureur général du Canada*, C.S. Montréal, n° 500-06-000781-167 (isolement carcéral).

⁷⁶ Selon la cause d'action présentée dans *Société des loteries du Québec c. Brochu*, C.S. Québec, n° 200-06-000017-015; voir *Otsuka Pharmaceutical Company Limited c.*

un intérêt personnel, comprenne minimalement sa cause et qu'il ne présente pas de réel conflit d'intérêts, il sera « adéquat » (encore que, comme on le verra, ce troisième critère a tendance à se fondre dans les deux autres⁷⁷).

Bref, le représentant dit « adéquat » n'a pas à l'être au sens propre ; il n'a même pas à être représentatif.

B. Le représentant n'a pas à être représentatif

Contrairement à ce que son nom de « représentant » suggère, le représentant, au Québec du moins, n'est pas nécessairement « représentatif », c'est-à-dire, selon le sens commun du terme, qu'il n'a pas à « constitue[r] un modèle, [...] [être] typique d'une classe, d'une catégorie »⁷⁸.

Ainsi, le représentant n'est pas obligatoirement « caractéristique »⁷⁹ ou « prototypique »⁸⁰. Le législateur québécois n'a pas retenu le critère de *typicality* du droit américain⁸¹.

Diverses raisons expliquent cette position. Parmi les plus pragmatiques, il semble difficile d'exiger d'une personne qu'elle représente la « moyenne » d'un groupe dont, au stade de l'autorisation du moins, elle ignore la portée (sinon que sa composition « rend peu pratique l'applica-

Pohoresky, 2022 QCCA 1230 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 25 mai 2023, n° 40452) (ci-après « *Pohoresky* ») (dépendance au jeu accrue par un médicament ; une substitution de représentant a eu lieu avant l'autorisation dans ce dossier, avec un effet sur la compétence de tribunaux québécois à se saisir du dossier).

⁷⁷ *Infra*, § II.2.

⁷⁸ TRÉSOR, préc., note 64, s.v. « représentatif » ; comp. *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 (ci-après « *Hôpital St-Ferdinand* »), par. 40 (citant avec approbation le juge de première instance).

⁷⁹ *Guilbert c. Vacances sans Frontière ltée*, 1991 CanLII 2869, par. 9 (QC C.A.).

⁸⁰ H. REID, préc., note 15, p. 151. Ou « typique » : *Postras c. Concession A25*, 2021 QCCA 1182, par. 79 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 3 mars 2022, n° 39860) ; *Patterson c. Ticketmaster Canada Holdings*, 2022 QCCS 1998, par. 128 ; *Ward c. Procureur général du Canada*, 2023 QCCS 793, par. 202 (ci-après « *Ward* »).

⁸¹ *General Motors du Canada ltée c. Billette*, 2009 QCCA 2476, par. 36 ; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2012 QCCA 1396, par. 43-46 (conf. à cet égard par *Marcotte*, C.S.C., préc., note 26) ; c'est à dessein que le législateur québécois s'en est écarté : M. BOUCHARD, préc., note 17, 943 ; se trouvant ainsi dans une situation distincte de celle des autres provinces canadiennes par la suite : *Sibiga*, préc., note 42, par. 108.

tion des règles du mandat ou de la jonction d'instance »), à plus forte raison s'il est loisible au tribunal de remodeler ce groupe (art. 576 C.p.c.). En outre, on sait que les questions soulevées doivent être communes, au moins en partie, mais pas nécessairement les réponses⁸². Encore, il est sans doute des situations où le représentant proposé présente une situation « anormalement grave » par rapport à celle des membres du groupe, qui occasionne ses démarches personnelles auprès d'un avocat et suggère l'existence d'un réel préjudice là où, pour la plupart des gens, il n'y aurait qu'un irritant⁸³.

Un paradoxe toutefois demeure : si l'on n'exige pas du représentant qu'il présente une cause modèle, le fait est qu'au stade de l'autorisation, il présente la *seule* cause dont le tribunal soit saisi et, dans cette mesure, c'est effectivement à l'aune de son dossier qu'est évalué le syllogisme du paragraphe 572(2) C.p.c. Là où existe un décalage entre le groupe proposé et la cause du représentant proposé, il est possible que le tribunal remodele ou module un groupe à la portée de l'intérêt du représentant proposé⁸⁴, mais non l'inverse, car alors l'action collective proposée tomberait, faute de représentant⁸⁵. Bref, qu'il puisse exister *des membres du groupe* qui bénéficient d'une voie de droit valide ne dispense pas le *représentant* de démontrer que c'est, à première vue, son cas.

Un éventuel décalage, évidemment, peut créer des discordances, par exemple, au niveau de la réparation recherchée. Ainsi, à supposer un dossier de fausses représentations à l'achat, une majorité de membres pourrait souhaiter l'annulation du contrat là où le représentant, lui, préférerait une diminution du prix de vente⁸⁶. On peut également envisager – cas de figure qui n'est pas inhabituel en matière de cartel – des divergences d'intérêts entre les consommateurs et les grossistes acheteurs du même produit⁸⁷.

⁸² *Supra*, note 20.

⁸³ Voir *Caron c. Fraternité provinciale des ouvriers en électricité, section locale 1676*, 2016 QCCS 25, par. 119 (ci-après « *Caron* »); *Sofio c. Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM)*, 2015 QCCA 1820, par. 10 et 20-21 (ci-après « *Sofio* »); *Champagne c. Subaru Canada inc.*, 2018 QCCA 1554, par. 20-22 (ci-après « *Champagne c. Subaru* »).

⁸⁴ *Supra*, note 41.

⁸⁵ *Sofio*, préc., note 83, par. 10; *Champagne c. Subaru*, préc., note 83, par. 22; *Dumlao c. Fido Solutions inc.*, 2023 QCCS 546, par. 36.

⁸⁶ Voir également les exemples donnés par P.-C. LAFOND, préc., note 3, p. 120.

⁸⁷ *Infineon*, préc., note 22, par. 149-154; *Option Consommateurs c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 QCCS 1155, par. 87 et suiv. (permission d'appeler refusée, *Kawasaki Kisen Kaisha Ltd. c. Option consommateurs*, 2019 QCCA 1139; autorisation d'appel

Hors le droit de la consommation, un représentant qui n'est pas citoyen d'une municipalité ayant autorisé l'activité polluante d'une entreprise sur son territoire pourrait vouloir poursuivre tant la municipalité que l'entreprise, alors que les membres du groupe sur le territoire municipal pourraient, pour éviter une augmentation de leurs taxes foncières, préférer que les efforts soient concentrés contre l'entreprise⁸⁸.

Sur ces derniers cas de figure, la Cour suprême a déjà tranché : ce sont là de simples conflits *potentiels*⁸⁹. Comme leurs conséquences ne se matérialiseront peut-être jamais – par exemple, s'il y a un règlement –, ce ne sont pas de ces situations telles qu'il est « impossible que l'affaire survive équitablement »⁹⁰. Il faut botter en touche.

C. Le représentant n'a pas (toujours) une cause directe ou de lien de droit avec l'ensemble des défendeurs

Par ailleurs, alors que l'existence d'un lien de droit entre un demandeur et son éventuel défendeur est nécessaire dans une action en justice ordinaire, l'action collective admet que le représentant proposé n'entretienne pas un lien de droit avec chacun de plusieurs défendeurs qu'il souhaite poursuivre en bloc.

Sous réserve de ce que l'on dira plus loin sur les associations (et qui n'est pas une mince réserve⁹¹), un lien de droit demeure nécessaire entre le représentant proposé et le défendeur à l'action collective envisagée. La proposition cesse d'être vraie toutefois lorsque *plusieurs* défendeurs sont en cause, comme c'est le cas dans les actions collectives dites « sectorielles » ou d'« industrie ».

Si, par hypothèse, un représentant prétend que *toutes* les institutions financières ayant des établissements au Québec imposent à leurs clients des frais de conversion sans les divulguer, sa preuve au stade de l'autorisation sera-t-elle vraiment différente selon qu'il poursuive une banque ou qu'il les

refusée, C.S.C., 27 février 2020, n° 38813); comp. *Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. c. Société Financière Manuvie*, 2011 QCCS 3446, par. 119.

⁸⁸ *Néron c. Chicoutimi*, C.S. Chicoutimi, n° 150-05-000385-809, 27 novembre 1990, j. Jean Moisan.

⁸⁹ *Infineon*, préc., note 22, par. 150-151

⁹⁰ *Id.*, par. 149.

⁹¹ *Infra*, § II.E.

poursuive toutes? *A fortiori* si la non-divulgarion se constate à la lecture même des contrats dont il aurait joint les gabarits en pièces à sa demande pour autorisation d'exercer une action collective? La Cour suprême a fini par consacrer l'idée que « [r]ien dans la nature du recours collectif ou dans les critères d'autorisation prévus à l'art. 1003 [aC.p.c.; auj. art. 575 C.p.c.] n'exige une cause d'action directe par le représentant contre chaque défendeur ou un lien de droit entre eux », y compris en matière contractuelle⁹². La question est simplement celle de savoir si le représentant qui n'a pas de lien de droit avec certains défendeurs est capable de représenter adéquatement les membres qui, eux, en ont un⁹³, s'il n'est même préférable pour l'économie des ressources judiciaires de procéder ainsi⁹⁴.

Ainsi, au stade de l'autorisation, le représentant doit démontrer sa cause d'action contre l'une de ses défenderesses (puisque c'est à partir du syllogisme qu'il propose pour lui-même qu'est évalué le critère du paragraphe 575(2) C.p.c.), et la validité du syllogisme à l'égard de toutes⁹⁵, mais non une cause d'action *personnelle* à l'encontre de chacune de plusieurs défenderesses à qui il reproche une pratique identique (ou à tout le moins suffisamment similaire pour qu'une détermination commune permette de faire avancer le dossier).

En pratique, cela signifie que M. Léveillé a été autorisé à poursuivre une centaine de défendeurs relativement à la « pratique alléguée de certains professionnels de la santé de réclamer des frais accessoires (médicaments et agents anesthésiques au-delà de leur prix coûtant) aux services assurés,

⁹² Marcotte, C.S.C., préc., note 26, par. 43; voir aussi *Comité provincial des malades c. C.H.S.L.D. (Centre hospitalier soins longue durée) Christ-Roi*, 1998 CanLII 12059, par. 42 (QC C.S.); *Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades*, 2007 QCCA 1068; *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2007 QCCA 694, par. 21-22; comp. *Supra*, note 26.

⁹³ Marcotte, C.S.C., *id.*, par. 45; Baratto, préc., note 42, par. 74-75.

⁹⁴ Marcotte, C.S.C., *id.*, par. 32, 47. On me permettra de souligner que la Cour suprême parle d'économie des ressources « judiciaires » : le nombre d'impliqués accroit souvent les délais de traitement de tels dossiers et oblige parfois les défendeurs à des contorsions pour se défendre face à la demande sans éventer leurs secrets d'affaires à leurs codéfendeurs, qui sont souvent leurs concurrents.

⁹⁵ Marcotte, C.S.C., *id.*, par 44; *Labranche c. Énergie éolienne des Moulins, s.e.c.*, 2016 QCCS 1479, par. 67-69 (permissions d'appeler refusées, *Énergie éolienne des Moulins, s.e.c. c. Labranche*, 2016 QCCA 1879).

pour des soins dispensés en clinique médicale ou optométrie privée»⁹⁶. Reste à voir si M. Bernier de Laval, qui n'a acheté qu'une voiture à Brossard, peut tenter de poursuivre 220 concessionnaires à travers le Québec pour une violation alléguée des règles d'affichage de prix prescrites par l'article 224c) de la *Loi sur la protection du consommateur*⁹⁷ ou si 26 compagnies pharmaceutiques peuvent être poursuivies dans une seule procédure pour 166 produits commercialisés sur 25 ans⁹⁸.

D. Le représentant n'est pas mandataire des membres

Le représentant à une action collective ne saurait évidemment être le détenteur d'un mandat conventionnel, c'est-à-dire du contrat défini comme celui « par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer » (art. 2130 C.c.Q.). Le représentant ne connaît pas les membres du groupe (qui peuvent eux-mêmes s'ignorer), qui ne peuvent donc manifester leur volonté à son égard (art. 1378, 1385 C.c.Q.)⁹⁹. La difficulté d'obtenir un mandat est l'une des conditions d'ouverture de l'action collective (art. 575(3) C.p.c.)¹⁰⁰ et c'est précisément parce qu'il n'est pas possible d'informer chacun des membres de la nébuleuse du groupe de manière directe et de s'informer de leur volonté individuelle que les avis aux membres jouent un rôle d'information « indispensable » (à quelque stade que ce soit, art. 579, 581, 590, 591 C.p.c.)¹⁰¹.

Encore, au contraire du mandat, le représentant est tout aussi lié que les membres (comp. art. 2157 C.c.Q.), il ne leur est pas étranger, il n'est pas

⁹⁶ *Groupe Vision New Look inc. c. Léveillé*, 2018 QCCA 819, par. 1 (ci-après « Léveillé »).

⁹⁷ *Loi sur la protection du consommateur*, c. P-40.1. Voir les dossiers *Massicotte c. 9050-8391 Québec inc.*, C.S. Longueuil, n° 505-06-000026-216, *Gervais c. Complexe de l'Auto Park Avenue inc.*, C.S. Longueuil, n° 505-06-000027-214, *Bernier c. 8422274 Canada inc.*, C.S. Longueuil, n° 505-06-000028-212 et *Valiquette c. 4058569 Canada inc.*, C.S. Longueuil, n° 505-06-000029-228. L'audience d'autorisation n'a pas encore eu lieu.

⁹⁸ *Bourassa c. Abbott Laboratories Limited*, C.S. Montréal, n° 500-06-001004-197 (dit « dossier des opioïdes »). L'audience d'autorisation n'a pas encore eu lieu.

⁹⁹ Comp. P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 251 et 340; voir aussi: *Lehouillier-Dumas c. Facebook inc.*, 2021 QCCS 1809, par. 8; *Mireault c. Loblaw inc.*, 2022 QCCS 31, par. 5; *Lebeau c. Syngenta*, 2022 QCCS 2831, par. 7.

¹⁰⁰ Voir aussi *Azoulay c. Staples Canada*, 2021 QCCS 3783, par. 10-12.

¹⁰¹ *Lépine*, préc., note 37, par. 42.

qu'une courroie de transmission de l'acte judiciaire, il est l'un des bénéficiaires de cet acte (sauf pour l'exception discutée plus bas¹⁰²). Qui plus est (comme on le verra, *infra* § II.J), plusieurs des gestes que peut poser le mandataire de sa seule initiative ne sont pas aussi simplement ouverts au représentant.

Certes, le mot « mandat » s'entend dans un sens un peu plus large de « tout pouvoir de représentant conféré à une personne »¹⁰³. Il peut être alors autant conventionnel que légal ou judiciaire. Certains ont suggéré que, là où la volonté du mandant est absente, il serait préférable de parler d'« habilitation »¹⁰⁴.

Quoi qu'il en soit, le législateur dispose sans aucune ambiguïté, que :

571. L'action collective est le moyen de procédure qui permet à une personne d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres d'un groupe dont elle fait partie et de le représenter.

571. A class action is a procedural means enabling a person who is a member of a class of persons to sue, without a mandate, on behalf of all the members of the class and to represent the class.

Il n'empêche que, malgré cette proscription légale, la jurisprudence présente très souvent le rôle du représentant comme celui d'un mandataire :

[La décision de la Cour est fondée sur] la règle suivant laquelle la procédure d'autorisation du recours collectif vise la reconnaissance en faveur d'une personne, le représentant, d'un mandat judiciaire l'autorisant à agir pour des inconnus qui peuvent faire valoir une cause d'action semblable à la sienne. Puisque ce mécanisme d'attribution du statut de mandataire ne crée aucun droit substantif et est purement procédural, il a conclu qu'un requérant ne sera reconnu comme représentant des membres du recours collectif contre un défendeur que s'il démontre un intérêt juridique et une cause d'action contre ce défendeur.¹⁰⁵

¹⁰² *Infra*, § II.E.

¹⁰³ CENTRE DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, s.v. « mandat² ».

¹⁰⁴ Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 43, n. 159 et p. 273-274, note 672, et les auteurs cités à ces deux notes.

¹⁰⁵ *Novopharm, C.A.*, préc., note 63, par. 45, cité dans *Union de consommateurs c. Bell Canada*, 2008 QCCS 4673 ou *Brown c. Roy*, 2010 QCCS 3657.

Plusieurs décisions ont autorisé l'interrogatoire d'une personne sollicitant le mandat d'en représenter d'autres et de gérer un recours collectif pour vérifier sa capacité à ce faire.¹⁰⁶

Il est opportun de rappeler que le jugement d'autorisation de l'action collective confère le mandat de représenter les membres du Groupe au représentant et non à son avocat.¹⁰⁷

C'est au représentant que le jugement d'autorisation confère le mandat de représenter les membres du groupe et non à son avocat.¹⁰⁸

La composition du groupe est porteuse de conséquences, en ce que « l'action collective constitue une exception à la règle selon laquelle nul ne peut plaider pour autrui ». L'auteur Pierre-Claude Lafond souligne d'ailleurs l'importance et le caractère inusité du mandat judiciaire confié au représentant.¹⁰⁹

[soulignements ajoutés]

Il arrive également que les avocats de la demande, pour marquer le rôle particulier de la personne qui s'engage, la prient de signer une « lettre d'acceptation du mandat de représentant »¹¹⁰.

On précisera qu'il y a bel et bien un mandat dans toute action collective : celui que le représentant confie à ses avocats (art. 87(2) C.p.c.), qui est sans doute susceptible d'expliquer certains glissements. Dans l'affaire

¹⁰⁶ *Option Consommateurs c. British Airways, p.l.c.*, 2010 QCCS 6020, par. 58 (requêtes pour permission d'appeler rejetées, *British Airways, p.l.c. c. Option Consommateurs*, 2010 QCCA 1134).

¹⁰⁷ *Barnett c. Engler-Stringer*, 2018 QCCS 4236, par. 17.

¹⁰⁸ *Deraspe c. Zinc électrolytique du Canada ltée*, 2018 QCCA 256, par. 39 (ci-après « *Deraspe* »), passage cité *in extenso* dans *Preisler-Banoon c. AirBnb Ireland*, 2018 QCCS 2151, par. 17 (caractère adéquat du représentant proposé); *Labranche c. Énergie éolienne des Moulins*, 2018 QCCS 3366, par. 33 (refus de la demande de substitution d'avocat en l'absence de démonstration qu'elle est dans l'intérêt des membres); *Dupont-Rachiele c. Société de transport de Montréal*, 2019 QCCS 1941, par. 84; requête pour être relevé du constat de caducité rejeté: *Dupont-Rachiele c. Société de transport de Montréal*, 2020 QCCA 30, par. 3 (ci-après « *Dupont-Rachiele, C.S. et C.A.* ») (caractère adéquat de la représentante proposée); *P.H. c. Procureur général du Canada*, 2020 QCCS 4795, par. 67 (ci-après « *P.H.* ») (demande d'anonymat du représentant proposé); *Asselin c. Desjardins*, préc., note 68 (demande de substitution du représentant désigné par ses avocats).

¹⁰⁹ *Benamor*, préc., note 6, par. 118, citant P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 44-45 (qui n'emploie pas à cet endroit l'expression « mandat judiciaire », indiquant plutôt que « cette absence de mandat formel [...] rend la responsabilité du tribunal d'autant plus grande »).

¹¹⁰ *M.L. c. Guillot*, 2022 QCCS 2673, par. 7 (ci-après « *M.L.* »).

Deraspe, où il est question de savoir si le représentant qui fait affaire avec une avocate quérulente est lui-même quérulent, la Cour d'appel écrit :

C'est au représentant que le jugement d'autorisation confère **le mandat** de représenter les membres du groupe et non à son avocat. C'est le représentant qui donne **un mandat** à l'avocat et non l'inverse. Le client est responsable des actes posés par son mandataire (art. 2160 C.c.Q.). Il n'y a aucune preuve que l'avocate a agi en dehors de son mandat.¹¹¹

[soulignements et caractères gras ajoutés]

D'une phrase à l'autre, ce n'est plus du même mandataire dont il est question.

L'avocat est le mandataire de son client, le représentant, et il doit veiller à son meilleur intérêt (art. 2100 et 2138 C.c.Q.); le représentant n'est pas le mandataire des membres et s'il doit assurer leur « représentation adéquate » (art. 575(4) C.p.c.), la vigie des intérêts des membres absents revient plutôt au tribunal¹¹². Difficile alors de voir des poupées gigognes et d'affirmer que l'avocat du représentant est celui du groupe, ou des membres qui le composent :

L'avocat reçoit pour seul mandat de représenter le représentant du groupe, qui lui-même agit sans mandat de la part des membres du groupe. L'avocat du représentant ne peut donc avoir de mandat des membres du groupe.¹¹³

¹¹¹ *Deraspe*, préc., note 108, par. 39.

¹¹² *Robillard c. Arsenault*, préc., note 8, par. 47; *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2018 QCCA 305, par. 8, ci-après « *Option consommateurs c. Amex* »; *Abihisira c. Johnston*, 2019 QCCA 657, par. 84 (ci-après « *Abihisira* »); *FCA Canada inc. c. Garage Poirier & Poirier inc.*, 2019 QCCA 2213, par. 69 (ci-après « *FCA c. Garage Poirier* »); voir aussi Ginette PICHÉ, « Un premier rôle pour le juge », dans Alain PRUJINER et Jacqueline ROY (dir.), *Les recours collectifs en Ontario et au Québec. Actes de la première conférence Yves-Pratte*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 141, aux p. 149-150.

¹¹³ Voir *BGA inc. c. Telus Mobilité*, 2021 QCCS 700, par. 37-38 (permission d'appeler rejetée, *Masson c. Telus*, préc., note 48); voir aussi *Spieser c. Procureur général du Canada*, 2021 QCCS 5848, par. 62, où, accueillant une demande d'approbation d'honoraires des avocats de la demande, le tribunal « DÉCLARE que le mandat conclu entre la demanderesse, représentante du groupe, et ses avocats lie tous les membres du groupe pour le compte desquels l'action collective a été menée ». Voir enfin, *supra*, note 47.

Comment qualifier alors le rôle du représentant ? L'affaire *Deraspe*, encore, ose :

Le représentant est le **fiduciaire** des intérêts des membres absents. M. Deraspe a été désigné représentant par la Cour supérieure en fonction de sa capacité à gérer convenablement le recours.¹¹⁴

Le « fiduciaire » ici n'est évidemment pas celui de l'article 1278 du *Code civil du Québec*, soit la personne qui « a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire », puisque l'action collective n'a pas de patrimoine, et n'est pas constitutive d'une fiducie. Faut-il donner au terme, sous l'influence de l'anglais *fiduciary*, les couleurs de la bonne foi et de la loyauté, à l'instar des obligations des mandataires ou des administrateurs du bien d'autrui¹¹⁵ ? Le mandat est exclu. Quant à l'administration du bien d'autrui, il semble excessif de qualifier la créance éventuelle envers le défendeur de « bien »¹¹⁶ et, surtout, le représentant ordinairement n'est pas « autrui » par rapport au groupe¹¹⁷. Même en limitant le sens de « fiduciaire » à son étymologie de « confiance », il ne peut s'agir d'une confiance personnelle, gagnée et bâtie sur une relation puisque le représentant et les membres n'échangent généralement pas, mais au mieux d'une confiance « institutionnelle », du respect de la *fin* poursuivie par l'action en justice ?

¹¹⁴ *Deraspe*, préc., note 108, par. 39, passage cité dans les décisions mentionnées à la note 107, mais également dans *Engler-Stringer*, préc., note 48, par. 37-39 (contestation par un membre d'une transaction homologuée) ; *Baulne*, préc., note 67, par. 17 (demande de substitution de représentante), cette dernière étant elle-même citée dans *Dulude c. Ville de Varennes*, 2021 QCCS 2170, par. 46 (demande de permission d'appeler refusée, *Dulude c. Ville de Varennes*, 2021 QCCA 1666) (demande de substitution de représentant par les membres du groupe et demande de substitution d'avocat par la représentante) (ci-après « *Dulude*, 2021, C.S. et C.A. ») et *Fortier c. Uber Canada inc.*, 2023 QCCS 1796, par. 13 (substitution de représentant) (ci-après « *Fortier c. Uber* »).

¹¹⁵ Voir *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429 ; CENTRE DE DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, préc., note 103, s.v. « fiduciaire » ; Mario NACCARATO, « Fiduciaire », (2005) 107-2 R. du N. 357, 360-363 ; Lionel SMITH, « Loyalty », (2020) 66-1 R.D. McGill 121 ; CANADA, BUREAU DE LA TRADUCTION, « fiduciaire / fiducial, ale / fiducialement / fiduciant, ante / fiducie / quasi fiducial, ale / quasi-fiducial(ale) », *Termium*, en ligne : <https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_q&page=9zgO9gp311-Y.html>.

¹¹⁶ Encore qu'il soit question, dans *Engler-Stringer*, préc., note 48, par. 40, de la « pleine capacité » de la représentante à l'égard de la transaction ayant mis fin à l'action collective, qui fait échec à la contestation qu'un membre fait de cette transaction après son approbation.

¹¹⁷ S. AMRANI MEKKI, préc., note 3, 347.

Mais alors, est-il réellement question de droits? N'est-il pas plutôt question d'intérêts, voire d'un intérêt unique attribué au groupe comme ensemble? Et alors, pourquoi obliger le représentant à être membre du groupe?

E. Le représentant n'est pas (nécessairement) membre du groupe

Parmi les conditions d'autorisation d'une action collective, l'article 575(4) C.p.c. pose que «le membre auquel [le tribunal] entend attribuer le statut de représentant [doit être] en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres». On serait tenté d'affirmer qu'une personne qui n'est pas membre du groupe ne peut dès lors en être le représentant. C'est le principe, en effet. Malgré le texte, il souffre toutefois deux exceptions. D'une part, la cause d'action du représentant proposé au stade de l'autorisation s'analyse *prima facie*. Il est donc possible qu'il *paraisse* avoir un droit alors qu'en fait, après un entier débat, le tribunal viendra à la conclusion qu'il n'en a pas vraiment (§ 1). D'autre part, et de manière plus significative conceptuellement, le législateur accorde expressément le droit à certains tiers d'intenter des actions collectives au bénéfice d'un groupe dont ils ne sont pas membres (art. 571 al. 3 C.p.c.) (§ 2).

1. Le défaut d'intérêt temporisé

Mais comment un représentant proposé peut-il n'être pas membre du groupe alors que la mesure où la validité du syllogisme proposé s'évalue par rapport à son droit d'action? La difficulté naît du caractère fragmentaire de la preuve disponible au stade de l'autorisation et des moyens de contestation limités de la défense (art. 574 al. 3 C.p.c.), dont il peut résulter que le défaut d'intérêt du représentant ne s'avère que tardivement (cas de figure distinct de celui du représentant dont la créance personnelle s'éteint après l'autorisation traité plus bas¹¹⁸).

Si le représentant proposé n'a *évidemment* pas de droit d'action, par exemple, s'il est *manifestement* prescrit, l'action collective ne sera pas autorisée¹¹⁹. Toutefois, si la preuve ne permet pas de l'affirmer avec certitude à

¹¹⁸ *Infra*, § II.G.

¹¹⁹ *Marineau c. Bell Canada*, 2015 QCCA 1519; *Tremblay c. Centre Hi-Fi Chicoutimi*, préc., note 9; *Boudreau*, préc., note 24; voir aussi *Turgeon c. Pharmacie Francis Gince inc.*, 2023 QCCA 971.

ce stade préliminaire, l'action collective pourra être autorisée et le demeurera même s'il devient apparent au fil de l'enquête, voire au procès, que le droit du représentant était effectivement prescrit¹²⁰. Advenant que l'action collective soit bien fondée sur le fond, ce représentant n'obtiendra aucun des bénéfices conférés aux membres du groupe dont il aura défendu les intérêts puisque, en vérité, il n'était pas membre¹²¹.

Le défendeur grincera sans doute des dents à l'idée d'avoir gain de cause sur le fond pour l'exacte raison pour laquelle il cherchait à court-circuiter le dossier plus tôt, mais cette difficulté n'est pas propre à l'action collective: même en matière ordinaire, il arrive que le moyen soulevé en vain par voie préliminaire soit accueilli après l'audience sur le fond. Tel est le tribut du droit d'être pleinement entendu¹²².

2. Le cas de l'article 571 al. 3 du *Code de procédure civile* (art. 1048 aC.p.c.): le représentant associatif

Par ailleurs, le législateur permet en toutes lettres à des entités qui ne sont pas des membres d'être désignées comme représentantes, aux deux conditions du troisième alinéa de l'article 571 C.p.c.:

571. [al. 3] Une personne morale de droit privé, une société ou une asso-ciation ou un autre groupement sans personnalité juridique peut, même sans être membre d'un groupe, demander à représenter celui-ci si l'administrateur, l'associé ou le

571. [para. 3] A legal person established for a private interest, a partnership or an association or another group not endowed with juridical personality may, even without being a member of a class, ask to represent the class if the

¹²⁰ *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319, par. 13-16, 21, 66 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 15 nov. 2007, n^{os} 31755 et 31756); *Marcotte*, C.S.C., préc., note 26, par. 35; *Dion c. Compagnie de services de financement automobile Primus Canada*, 2015 QCCA 333, par. 95 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 24 sept. 2015, n^o 36392) (ci-après «*Dion c. Primus*»); *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, par. 1061; *Molima c. Hydro-Québec*, 2023 QCCS 2080 (ci-après «*Molima*»).

¹²¹ *Dion c. Primus*, *id.*, par. 95; *Baulne*, préc., note 67, par. 37. Considérer toutefois les effets que cette incertitude peut avoir sur l'autorisation d'une action collective à l'encontre de plusieurs: *Benjamin c. Crédit VW Canada inc.*, 2022 QCCA 1383, par. 36-76 (ci-après «*Benjamin*, C.A.») (infirmant *Benjamin c. Crédit VW Canada inc.*, 2020 QCCS 392 (ci-après «*Benjamin*, C.S.»)).

¹²² Voir les commentaires dans *Weynant*, préc., note 21, par. 24; comp. *Uber Technologies Inc. c. Heller*, [2020] 2 R.C.S. 118, par. 34.

membre désigné par cette entité est membre du groupe pour le compte duquel celle-ci entend exercer une action collective et si l'intérêt de la personne ainsi désignée est lié aux objets pour lesquels l'entité a été constituée.

director, partner or member designated by that entity is a member of the class on behalf of which the entity is seeking to institute a class action, and the designee's interest is related to the purposes for which the entity was constituted.

[soulignements ajoutés]

Cette disposition a fait couler beaucoup d'encre, et ce, depuis son adoption¹²³. Deux précisions s'imposent d'emblée. D'abord, la qualité de membre du groupe n'est plus, aujourd'hui, réservée aux seules personnes physiques¹²⁴. Si elle l'était en 1979, à compter de 2004, le législateur a permis à des personnes morales de droit privé¹²⁵, voire à des sociétés ou des associations non personnifiées, d'être membres, pourvu qu'elles comptent moins de cinquante personnes¹²⁶, restriction numérique qui n'a pas été reprise par la refonte de 2016¹²⁷. Après tout, le droit commun ne module ni la faute ni la causalité ni le préjudice en fonction de la taille ou de la nature juridique de la victime, et une pratique fautive ne cesse pas de l'être parce qu'elle nuit à une multinationale plutôt qu'à un orphelin¹²⁸.

¹²³ Longuement débattu en commission parlementaire, l'article 1048 aC.p.c. est également la disposition la plus modifiée du Livre IX sur le recours collectif adopté en 1978. Il a été modifié par L.Q. 1982, c. 37 (art. 23), L.Q. 1982, c. 26 (art. 290), L.Q. 1992, c. 57 (art. 417), L.Q. 2002, c. 7 (art. 156) et L.Q. 2002, c. 54 (art. 10), avant de prendre son actuelle forme à l'article 571 al. 3 C.p.c., qui combine également certains aspects de l'article 999 aC.p.c.

¹²⁴ À moins bien sûr que le redressement recherché ne soit réservé à des personnes physiques : *Langevin c. Bouchard*, 2010 QCCS 3417, permission d'appeler refusée, *Langevin c. Bouchard*, 2010 QCCA 1635 (cause d'action en injonction mue sous l'article 19.3 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, réservée aux personnes physiques; refus de substituer un représentant personne morale à un représentant personne physique puisque pour cette raison).

¹²⁵ Divers exemples : *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (Copibec) c. Université Laval*, 2016 QCCS 900 (appel accueilli par *Copibec*, CA, préc., note 65); *Primo Bedding Company Inc. c. Air Canada*, 2019 QCCS 3333; *Télébec c. 9238-0831 Québec inc. (Caféier-Boustifo)*, 2020 QCCA 1720; comp., pour la situation à l'origine, H. REID, préc., note 15, p. 134.

¹²⁶ Voir les modifications apportées à l'article 999 aC.p.c. par la *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7, art. 149.

¹²⁷ CM, préc., note 5, p. 416.

¹²⁸ Voir déjà en 1978 : QUÉBEC, *Débats*, CPJ, préc., note 3, 8 mars 1978, p. B-357 I (Serge Fontaine, député de Nicolet-Yamaska).

Cela étant, il n'y a pas nécessairement homothétie entre le membre et le représentant. Le législateur aurait pu élargir la notion de membre comme il l'a fait à l'article 571 al. 1 C.p.c. sans pour autant étendre le bassin de représentants potentiels. Il aurait à l'inverse pu limiter le rôle de représentant à certains types de membres, par exemple, les personnes physiques résidant au Québec¹²⁹. Or, ce n'est pas la voie retenue. Au contraire, l'article 571 al. 3 C.p.c. permet à n'importe quel membre au sens de l'alinéa 2 d'être représentant et, au surplus, permet à certaines entités d'agir comme représentant *sans être elles-mêmes des membres du groupe*. En effet, l'entité qui se voit accorder la qualité de représentant suivant l'article 571 al. 3 C.p.c. ne devient pas membre du groupe pour autant¹³⁰, et elle ne le pourrait pas, puisqu'elle n'est pas personnellement titulaire de la cause d'action autorisée¹³¹.

Le rôle des entités représentatives – les associations de consommateurs au premier chef¹³² –, a été largement discuté lors des débats de 1978 présidant à l'adoption de l'article 1048 aC.p.c. (auj. art. 571 C.p.c.). Certaines associations, d'abord, ont fait valoir que leur conférer la possibilité d'agir en justice avait le bénéfice de la transparence, mettant au jour la fiction des actions individuelles déposées en série au nom de consommateurs mais qu'elles pilotaient en vérité, permettant de ce fait une gestion plus efficace¹³³. De la lecture des débats à l'Assemblée nationale, nul ne remet en question la compétence ou l'utilité d'organismes ayant développé une expertise en

¹²⁹ Le représentant n'a pas à être québécois, en application des règles ordinaires du Livre X du *Code civil du Québec*. Ainsi, si les défenderesses sont au Québec, elles devraient pouvoir y être poursuivies. Voir *Pohoresky*, préc., note 76.

¹³⁰ Marie AUDREN, « L'article 1048 C.p.c. : une disposition d'exception », dans S.F.P.B.Q., vol. 232, *Développements récents sur les recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 133, à la p. 137; voir aussi M. BOUCHARD, préc., note 17, 893.

¹³¹ *Labelle c. Agence de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux – région de Montréal*, 2011 QCCA 334, par. 59 (ci-après « *Labelle* »); *Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, par. 54 (ci-après « *Option consommateurs c. Bell* »).

¹³² Certains ont d'ailleurs fait remarquer que l'entier projet de loi semblait tourné vers les consommateurs, sans que la voie de procédure soit pourtant limitée à cette matière : QUÉBEC, *Débats*, CPJ, préc., note 3, 8 mars 1978, p. B-358 I et II (Pierre Morin, Chambre de commerce de la province de Québec).

¹³³ QUÉBEC, *Débats*, CPJ, *id.*, 7 mars 1978, p. B-268 II (Jacques Vignola, pour l'Association des consommateurs du Canada (Québec)); *id.*, p. B-277 II (Pierre Marois, ministre de la Justice); *id.*, 9 mars 1978, p. B-398 (Philippe Edmonston, Association pour la protection des automobilistes).

matière de consommation. Ce qu'on évoque, c'est plutôt la crainte que ces entités, par leur spécialisation justement, ne « diminu[e]nt l'initiative qu'on souhaite voir prendre par les consommateurs eux-mêmes »¹³⁴ ou alors que les fins pour lesquelles elles ont été créées ne soient détournées. Plusieurs exemples sont évoqués : les copropriétaires contrôlant un syndicat de copropriété qui déposent au nom de ce syndicat une action en justice dont l'objectif réel est d'épuiser financièrement un copropriétaire dissident, éludant ainsi leur responsabilité personnelle pour un tel abus¹³⁵, des créanciers qui instituent ensemble des procédures contre une société proche de l'insolvabilité de manière à améliorer leur rang¹³⁶, voire la naissance d'entreprises qui « vont se spécialiser dans le commerce du recours collectif »¹³⁷.

Au final, le législateur autorisera les personnes morales et les associations de salariés, puis les coopératives à agir comme représentant¹³⁸, en imposant deux conditions¹³⁹, encore applicables à ce jour, et sans leur conférer la qualité de membre pour autant¹⁴⁰.

¹³⁴ QUÉBEC, *Débats*, CPJ, *id.*, 7 mars 1978, p. B-272 I (Michel Clair, député de Drummond); voir aussi P.-C. LAFOND, *préc.*, note 5, p. 374.

¹³⁵ QUÉBEC, *Débats*, CPJ, *id.*, 7 mars 1978, p. B-269 II et B-270 I (Nicolle Forget, Association des consommateurs du Canada (Québec)) et B-288 I (Viateur Bergeron, bâtonnier du Québec).

¹³⁶ Comp. QUÉBEC, *Débats*, CPJ, *id.*, 7 mars 1978, p. B-291 II (Georges Dessaulles, pour l'Association des banquiers du Canada).

¹³⁷ QUÉBEC, *Débats*, CPJ, *id.*, 7 mars 1978, p. B-288 I (Serge Fontaine, député de Nicolet-Yamaska et Viateur Bergeron, bâtonnier du Québec); voir aussi *id.*, 7 mars 1978, p. B-274 I (Viateur Bergeron, bâtonnier du Québec).

¹³⁸ Voir H. REID, *préc.*, note 15, p. 133-134. L'ajout des coopératives permet aux Associations coopératives d'économie familiales (désormais Option consommateurs) d'agir à ce titre : *Association coopérative d'économie familiale (ACEF) du nord de Montréal*, 1992 CanLII 3272 (QC C.A.); *ACEF-Centre c. Bristol-Myers Squibb Company*, 1995 CanLII 3721 (QC C.S.); *Option Consommateurs (Association coopérative d'économie familiale du Centre de Montréal) c. Bell Mobilité*, 2007 QCCS 3515.

¹³⁹ QUÉBEC, *Débats*, CPJ, *préc.*, note 3, 7 mars et 1^{er} juin 1978, p. B-3911 (Pierre Marois, ministre de la Justice).

¹⁴⁰ Dans sa première lecture, le projet de loi 39 (*Loi sur le recours collectif*, projet de loi n° 39 (présentation – 1^{er} décembre 1977), 2^e sess., 31^e légis. (Qc)) le prévoyait (« La corporation dont un des membres ou actionnaires est membre d'un groupe peut demander pour elle le statut de représentant; elle est alors réputée être un membre de ce groupe et posséder le recours personnel de son membre ou actionnaire qu'elle désigne. »).

D'abord, l'entité qui souhaite agir à titre de représentante doit compter dans ses rangs une personne (physique ou morale, ce n'est pas dit¹⁴¹) qui, elle, est membre du groupe proposé. Aux fins de l'analyse des questions communes et du syllogisme, ce sera en quelque sorte, l'intérêt juridique de ce membre, souvent qualifié de « personne désignée » aux en-têtes de procédure¹⁴², qui « remplace » celui qui fait défaut à l'entité¹⁴³. Cela étant, que la personne dont l'histoire sert à l'étude du syllogisme soit ou non membre de l'entité qui cherche à être désignée comme représentante ne bonifie en rien cette histoire. Le législateur n'exige pas de cette personne une implication active auprès de l'association et la jurisprudence a estimé que l'adhésion de la personne désignée pouvait être postérieure à la naissance de sa cause d'action¹⁴⁴, pourvu qu'elle soit antérieure au dépôt des procédures¹⁴⁵. Enfin, si le présent de l'indicatif employé à l'alinéa 3 de l'article 571 C.p.c. suggère un devoir de demeurer membre au fil de l'instance, il est peu probable que le défaut d'acquitter ses cotisations soit un motif d'annulation de l'autorisation¹⁴⁶. Dès lors, la condition de « double communauté »¹⁴⁷ selon laquelle un membre de l'entité qui se propose comme représentant doit

¹⁴¹ Le législateur exige que « l'administrateur, l'associé ou le membre désigné » d'« [u]ne personne morale de droit privé, une société ou une association ou un autre groupement sans personnalité juridique » soit membre du groupe; or si l'administrateur d'une personne morale est nécessairement une personne physique (art. 108 de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1), ce n'est pas nécessairement le cas des personnes qui s'associent ni des membres de « groupement sans personnalité juridique »: le Conseil canadien du commerce de détail comme la Fédération des syndicats comptent en leurs rangs – parmi leurs membres – des personnes morales. *Contra* M. AUDREN, préc., note 130, p. 148, qui estime qu'une « compagnie à but lucratif ou une société ne peut avoir de membres ».

¹⁴² Par exemple, *Option consommateurs c. Bell*, préc., note 130, (où Michel Labrecque est « personne désignée »); *Union des consommateurs c. Air Canada*, 2012 QCCS 4091 et *Union des consommateurs c. Air Canada*, préc., note 31 (Michael Silas est requérant en première instance mais personne désignée en appel); *Option Consommateurs c. LG Chem Ltd.*, 2017 QCCS 6365 (Patrick Dumoulin est personne désignée) (ci-après « *Option consommateurs c. LG* »).

¹⁴³ *Option consommateurs c. Bell*, id., par. 54; *Labelle*, préc., note 131, par. 59; *Option Consommateurs c. Merck & Co. inc.*, 2013 QCCA 57, par. 25-28.

¹⁴⁴ *Association pour la protection automobile c. Banque de la Nouvelle-Écosse*, 2019 QCCS 1566, par. 129; M. BOUCHARD, préc., note 17, 895, suggérerait l'inverse.

¹⁴⁵ *Lorrain c. Pétro-Canada*, 2011 QCCS 4803, par. 273-274 (désistement d'appel partiel et appel rejeté, *Lorrain c. Pétro-Canada*, 2012 QCCA 1407; autorisation d'appel refusée, C.S.C., 19 sept. 2013, n° 35335) (ci-après « *Lorrain c. Pétro-Canada* »).

¹⁴⁶ Voir *infra*, § II.G.

¹⁴⁷ Voir M. AUDREN, préc., note 130, p. 138.

également être membre de cette entité paraît franchement formaliste. Sans compter que l'entité s'adjoindra parfois le membre désigné à titre de coreprésentant¹⁴⁸ !

La seconde condition de l'article 571 al. 3 C.p.c. est celle d'un lien entre l'intérêt (juridique) de ce « double membre » et les objets pour lesquels l'entité a été constituée. C'est ainsi, typiquement, que des syndicats poursuivront des employeurs pour les salaires impayés¹⁴⁹, laissant aux associations de consommateurs le soin de patrouiller l'application de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁵⁰. Le lien est encore plus direct (voire, procède de la démocratie directe) lorsqu'une association est créée aux seules fins d'instituer une action collective, typiquement, une association de quartier pour des troubles de voisinage¹⁵¹. Cette condition veut éviter qu'une entité ne détourne l'action collective pour promouvoir ses intérêts propres plutôt que ceux des membres du groupe proposé¹⁵². Le garde-fou paraît bien modeste lorsque l'on sait qu'« il n'est pas nécessaire que sa mission soit en lien avec tous les membres possibles du groupe, mais plutôt que l'intérêt

¹⁴⁸ Par exemple, *Association des amis du Patro Lokal de St-Hyacinthe c. Trudel*, 2017 QCCS 3965, où l'Association et Joël Cosperec sont codemandeurs (ci-après « *Patro Lokal c. Trudel* »); *Association pour la protection automobile (APA) c. Banque de Montréal*, 2021 QCCA 676 (l'APA et Cathy Meilleurs sont désignés comme coreprésentants); cela peut éviter certaines difficultés: *Copibec*, CA, préc., note 65, par. 114.

¹⁴⁹ Par exemple, *FTQ-Construction c. N. Turenne Brique et pierre inc.*, 2022 QCCA 1014 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 25 mai 2023, n° 40385); *Boivin c. Québec (Procureur général)*, J.E. 82-922 (C.A.).

¹⁵⁰ RLRQ, c. P-40.1. Un coup d'œil rapide aux rapports annuels du FAAC montre que les associations sont particulièrement présentes dans les demandes de financement des catégories « consommation » et « environnement »: voir RAPPORT FAAC 2021, préc., note 41, p. 25-28; RAPPORT FAAC 2022, préc., note 41, p. 29-31; RAPPORT FAAC 2023, préc., note 41, p. 27-29.

¹⁵¹ Par exemple, *Comité d'environnement de Ville-Émard (CEVE) c. Domfer Poudres métalliques ltée*, 2006 QCCA 1394; *Comité des citoyens inondés de Rosemont c. Ville de Montréal*, 2020 QCCA 696.

¹⁵² M. AUDREN, préc., note 130, p. 139, citant *Handicap-Vie-Dignité c. Hôpital St-Charles-Borromée*, J.E. 2000-31 (C.S.), p. 18 (le tribunal indique que, si les craintes de la défenderesse que les représentantes fassent avancer leur cause au détriment de celle des membres s'avèrent, elles seront remplacées); *Lavoie c. Corporation municipale de Saint-Mathieu de Belœil*, 2002 CanLII 270 (QC C.S.), par. 142 et suiv., conf. par 2003 CanLII 72046 (QC C.A.) (de l'avis du tribunal, il ne s'agit pas véritablement d'une action en dommages-intérêts mue par la représentante, mais plutôt d'une tentative du président d'une association de quartier d'obtenir, par le truchement d'une action collective qu'il contrôle en vérité, la fermeture de l'aéroport défendeur).

du membre qu'elle désigne soit en lien avec sa mission »¹⁵³. Autrement dit, *un* lien entre l'intérêt d'*un* des membres et celui de l'association suffit. Dès lors, l'« intérêt collectif » de l'entité représentative ne correspond pas nécessairement à la mise en commun des intérêts individuels des membres du groupe, sans pour autant que naisse un « nouvel intérêt » transcendant ou parfaitement transversal à celui des membres.

Bref, les deux conditions d'ouverture de l'exception de l'article 571 al. 3 C.p.c. semblent assez faciles à satisfaire. De fait, en pratique (ou dans la pratique), les associations occupent une belle place parmi les représentants sans que la crainte qu'elles en viennent à remplacer les représentants personnes physiques ne se soit avérée¹⁵⁴.

Au plan théorique, cette faculté que le législateur confère à des entités de faire reconnaître un droit qu'elles n'ont pas est loin d'être anodine. Certes, l'entité est tenue de désigner un de ses membres pour incarner une cause d'action « défendable », mais cela implique que *représenter* le groupe et *illustrer* le syllogisme proposé aux fins d'autorisation sont deux fonctions distinctes. L'exception législative constitue également un accroc à la règle voulant que l'action collective doive être mue par un de ses membres. Or, s'il n'est pas de l'essence de l'action collective qu'un titulaire de droit en soit le moteur, ne s'éloigne-t-on pas de la logique *demandeur c. défendeur* pour s'approcher d'une action d'intérêt public¹⁵⁵, en plus diffus sans doute ? Et « la ligne séparant l'individu mécontent de l'État est ainsi brouillée »¹⁵⁶.

¹⁵³ *Union des consommateurs c. Air Canada*, préc., note 31, par. 41, s'appuyant sur *Infinion*, préc., note 22, par. 153. Mais encore faut-il que ce lien existe : *Labelle*, préc., note 131, par. 62-68 ; *Lorrain c. Pétro-Canada*, préc., note 145, par. 93-99.

¹⁵⁴ En 2000, 87 % des actions collectives étaient instituées par des personnes physiques (RAPPORT FERLAND, préc., note 5, p. 198). Des 67 demandes d'aide financière au FAAC pour l'année 2022-2023, 12 étaient pour des actions mues par une association et deux, par des personnes morales, ce qui signifie que plus de 80 % d'entre elles avaient pour représentant une personne physique (RAPPORT FAAC 2023, préc., note 41, p. 24-26).

¹⁵⁵ M. BOUCHARD, préc., note 17, 868 et suiv. ; P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 228 et suiv. ; P.-C. LAFOND, préc., note 41, p. 13 ; *Lépine*, préc., note 37, par. 42 ; Shaun E. FINN et Sarah E. REID, *Class Actions in Quebec*, Toronto, Carswell, 2014, p. 7 ou S. E. FINN, préc., note 3, p. 117 et suiv.

¹⁵⁶ S. E. FINN, *id.*, p. 45 ; voir aussi p. 106-107 ; comp. H. REID, préc., note 15, p. 135 et P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 104-106.

F. Le représentant n'a pas à être vivant

Devant un seuil « minimaliste », les cyniques disent parfois du représentant qu'il « n'a qu'à respirer »¹⁵⁷. Et pourtant, le représentant n'a pas à être vivant. Ou plus exactement, le fait que la cause d'action soit celle d'un défunt ne suffit pas à déjouer une action collective, ni au stade de l'autorisation, ni après.

D'abord, un certain nombre d'actions collectives ont été entreprises au nom du liquidateur d'une succession (qui, il est vrai, mêlent souvent sa qualité personnelle, celle de liquidateur et celle d'héritier), parce que la réclamation des membres découle d'un événement mortifère¹⁵⁸. Les victimes directes ne sont plus vivantes, mais c'est toujours de leur préjudice qu'il s'agit et donc de leur cause d'action, en supposant bien entendu la transmissibilité de la créance aux héritiers¹⁵⁹.

Ensuite, il arrive qu'un représentant dûment autorisé meure en cours d'instance. Les séances de spiritisme n'étant pas encore au programme de formation professionnelle du Barreau du Québec, force est d'admettre qu'un mort peut difficilement convenir avec son avocat de la bonne marche

¹⁵⁷ Pour une variation sur le thème, voir : François-David PARÉ, Maya ANGENOT et Francesca TADDEO, « Avoir un pouls ne suffit plus : regard nouveau sur le critère de représentation adéquate en action collective », dans S.F.P.B.Q., vol. 480, *Colloque national sur l'action collective. Développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, p. 35.

¹⁵⁸ Voir : *Gélinas c. Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST)*, 2022 QCCS 2961, ou les demandes d'autorisation dans *Morfonios (Succession de Sarlis) c. Vigé Santé ltée*, 2021 QCCS 2489, par. 1 ; *Succession de Maquet c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Sainte-Dorothée*, 2022 QCCS 3617, ou *Succession de Schneider c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Herron inc.*, 2022 QCCS 1554. Dans la mesure où le législateur confère à un liquidateur le droit d'agir en justice en cette qualité (art. 87(6) C.p.c.), on peut concevoir qu'une action collective soit entreprise au nom d'une succession, plutôt qu'à celui de chacun des héritiers individuellement, par exemple, pour obtenir réparation d'une faute ayant causé la mort de l'auteur. Par analogie, les curateurs (*Hôpital St-Ferdinand*, préc., note 78) et les tuteurs (*Epic Games Canada c. F.N.*, 2023 QCCA 275) sont admis à agir en justice au nom d'autrui et ont pu le faire à titre de représentant à une action collective sans soulever trop de questions. Il en est de même des personnes morales, *supra*, § II.E.2.

¹⁵⁹ Voir *Lavigueur c. Association de bienfaisance et de retraite des policiers et policières de la ville de Montréal*, 2003 CanLII 33406 (QC C.S.) (le liquidateur n'a pas l'intérêt pour faire annuler une entente conclue entre le syndicat et l'employeur du défunt).

du dossier¹⁶⁰. Une substitution de représentant est alors possible¹⁶¹, mais rien n'interdit au liquidateur de la succession de reprendre l'instance (art. 98 C.p.c.), sinon l'intérêt des héritiers, les règles habituelles de l'administration du bien d'autrui et la nature du dossier (art. 360, 1309 C.c.Q.). Sans doute le jeu n'en vaut-il pas la chandelle dans des dossiers de consommation où les quelques dollars espérés d'un dénouement favorable sont susceptibles de retarder la distribution aux héritiers de plusieurs années, mais on peut facilement imaginer des dossiers où l'importance des sommes réclamées ou des principes mobilisés ou l'aboutissement prochain de la mise en œuvre d'un règlement justifient l'implication d'un liquidateur¹⁶².

La mort est un « événement futur et certain dont seule l'échéance comporte une incertitude »¹⁶³. Difficile d'en tenir rigueur au représentant. Il paraîtrait injuste pour les membres du groupe de perdre leurs droits sans que personne ne soit en faute.

Cela étant, même bien vivant, le représentant n'est pas obligé de rester membre tout au long de l'action collective.

G. Le représentant n'est pas obligé de (le) rester

Il est rare, en matière ordinaire, qu'un demandeur, agissant en sa qualité personnelle, demande à être substitué par autrui. On peut même penser qu'il s'ensuivrait d'une telle demande de modification une demande entièrement nouvelle, de sorte que la modification devrait être refusée¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Voir toutefois *Major c. Wainberg*, 2016 QCCS 902, par. 10 (« D'ailleurs, ce n'est qu'après notification de la Demande, soit après le 23 février 2016, que le Cabinet Merchant a appris le décès de M. Wainberg [le 8 décembre 2015], et ce, même si des écrits ont été envoyés en janvier et février 2016 par le Cabinet Merchant, en principe, au nom de M. Wainberg. »), et P.-C. LAFOND, préc., note 3, p. 63-64 (rapportant une anecdote du même acabit).

¹⁶¹ A.B. c. *Frères des Écoles chrétiennes du Canada francophone*, 2023 QCCS 1189.

¹⁶² *Solkin (Succession de Solkin) c. Procureur général du Canada*, 2021 QCCS 571, par. 4-6 ou *Paris c. Lafrance*, C.S. Montréal, n° 500-06-000440-087, devenu *Succession de Paris c. Lafrance* vers 2021, ou encore *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2014 QCCA 944, par. 19, 49, 58-59 (décès du représentant Blais); comp. *Corporation Mount Real (Syndic de)*, 2012 QCCS 2796 (appel rejeté sur requête, *Schwartz Levitsky Feldman, sencl. c. Corporation Mount Real*, 2013 QCCA 96) (syndic d'une faillite autorisé à financer une action collective).

¹⁶³ *Follows c. Follows*, 2012 QCCA 1128, par. 55.

¹⁶⁴ Voir en ce sens, *Bantey c. Maron*, [1976] C.A. 701, 702; il ne s'agit pas ici d'une rectification (ou du mécanisme distinct de la reprise d'instance).

Il n'en est pas ainsi en matière d'action collective où le remplacement du représentant n'est pas un motif de rejet, ni avant (§ 1) ni après l'autorisation (§ 2).

1. Le remplacement du représentant proposé

La personne qui se propose d'agir à titre de représentant peut, avant même qu'il ne soit statué sur sa demande d'autorisation d'exercer une action collective, se retirer, sans pour autant y faire échec, pourvu que la demande de « retrait » respecte les règles applicables aux demandes de modification¹⁶⁵.

Si cette position surprend dans la mesure où, au stade de l'autorisation, il n'y a pas de groupe, mais seulement la demande de celui qui se propose comme représentant proposé, elle illustre bien que, dès ce stade, le représentant agit dans une capacité qui le dépasse. Cette proposition est probablement plus explicite dans les décisions relatives à la litispendance ou à la chose jugée en matière d'action collective, où l'on explique que, au stade de l'autorisation, l'identité de partie, nécessaire à la règle des trois identités, repose sur l'identité juridique et non l'identité physique¹⁶⁶. Entre, d'une part, la personne qui demandait à se voir attribuer la qualité de représentant au moment où la demande d'autorisation d'exercer une action collective a été déposée, mais qui ne le souhaite plus et, d'autre part, celle qui, désormais, souhaite agir à ce titre, il y a continuité dans la qualité de « partie »¹⁶⁷. Comme l'explique la Cour d'appel :

À cette étape de la demande d'autorisation, les requérants n'ont pas le statut de représentant du groupe. C'est précisément cette reconnaissance qu'ils recherchent. C'est cependant en leur qualité de membre d'un groupe qu'ils formulent leur requête (1002 et 999 C.p.c.). Cette qualité de « membre d'un groupe » constitue leur véritable identité juridique. Conclure autrement permettrait à chaque membre d'un groupe de présenter sa propre requête sans qu'on puisse lui opposer la litispendance ou la chose jugée pour les requêtes ou les jugements

¹⁶⁵ Par exemple, *Croteau c. Société de transport de Montréal (STM)*, 2017 QCCS 4634 (ci-après « *Croteau c. STM* »); *Cohen c. Option Consommateurs*, préc., note 66; *Rivard c. Cook Medical Incorporated*, 2023 QCCS 330; *Appleton c. Pfizer inc.*, 2023 QCCS 642.

¹⁶⁶ *Hotte*, préc., note 34, s'appuyant sur *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, 374, 410-411.

¹⁶⁷ *Lepage Forbes c. Procureur général du Québec*, 2017 QCCS 1572.

obtenus par les autres membres du groupe. Je conclus donc à l'identité des parties.¹⁶⁸

Voilà d'ailleurs pourquoi la modification est rétroactive¹⁶⁹.

Diverses raisons peuvent expliquer la nécessité d'une substitution à un stade si peu avancé des procédures. Des faits peuvent survenir ou être portés à la connaissance des avocats de la demande qui nient au représentant le droit qu'il pensait avoir¹⁷⁰. Jouant de stratégie, on a pu donner le rôle au premier venu et, grâce à la publicité générée par l'annonce du dépôt d'une action collective sur un sujet d'actualité, trouver un représentant plus adéquat ou plus proche du groupe envisagé¹⁷¹.

Bref, avant l'autorisation, l'action n'appartient pas à la *personne* qui se propose comme représentant mais à chacun des *membres du groupe* qui se proposerait d'agir à ce titre.

2. Le remplacement du représentant désigné

Une fois autorisée, l'action collective appartient au groupe : le remplacement du représentant demeure envisageable. De fait, l'article 589 du *Code de procédure civile* prévoit trois situations¹⁷² : le représentant dont la créance s'éteint (il est réputé conserver son intérêt, al. 1), celui qui souhaite renoncer à son statut (il ne peut le faire « sans l'autorisation du tribunal, laquelle ne peut être donnée que si le tribunal est en mesure d'attribuer le statut de représentant à un autre membre », al. 1) et celui que rejettent les membres du groupe (« [l]orsque le représentant n'est plus en mesure d'assurer la représentation adéquate des membres, [...] un membre peut demander au tribunal de lui être substitué ou proposer un autre membre », al. 2). Il

¹⁶⁸ Hotte, préc., note 34, repris avec approbation dans *FCA c. Garage Poirier*, préc., note 112, par. 65 et *Abadie c. Subaru Canada inc.*, 2021 QCCA 1598 (ci-après « *Abadie* »).

¹⁶⁹ *Fortier c. Purdue Pharma*, 2008 QCCS 1803, par. 21-24; *Option Consommateurs c. LG*, préc., note 142, par. 54; *FCA c. Garage Poirier*, préc., note 112, par. 59.

¹⁷⁰ Par exemple, *Guindon c. Bayer inc.*, 2017 QCCS 329; encore que dans ces cas, les avocats de la demande chercheront souvent à ajouter un second représentant proposé (qui lui seul satisfera le critère du paragraphe 575(4) C.p.c. : *Benjamin*, C.S., préc., note 121, par. 6, et *Benjamin*, C.A., préc., note 121, *Boudreau*, préc., note 24); cela peut également valoir pour le « membre désigné » par une association de l'article 571 al. 3 C.p.c. (voir *Union des consommateurs c. Sirius XM Canada Holdings Inc.*, 2019 QCCS 4801, par. 7).

¹⁷¹ Voir P.-C. LAFOND, préc., note 3, p. 155-157 et 164.

¹⁷² Auparavant réparties sur les trois articles 1015, 1023 et 1024 aC.p.c.

faut aussi considérer un éventuel pouvoir du tribunal d'ordonner d'office la substitution d'un représentant.

Le premier cas est assez simple et vise à éviter que le représentant ne soit « désintéressé de sa fonction par une offre de règlement généreuse pour sa situation personnelle, au détriment de la poursuite de l'action collective »¹⁷³. On peut s'étonner que la cause d'action personnelle si essentielle au stade de l'autorisation¹⁷⁴ cesse de l'être aussitôt l'action collective autorisée¹⁷⁵. C'est sans doute qu'à partir de ce moment, le groupe, putatif qu'il était, est né¹⁷⁶.

Les deux autres cas de figure sont considérés comme des modifications d'une action collective autorisée et doivent en conséquence faire l'objet d'une demande de permission. Le représentant ne pourra donc pas renoncer à son rôle si ce n'est dans l'intérêt des membres¹⁷⁷.

¹⁷³ À l'origine, cette disposition avait été adoptée pour contrer la tactique américaine consistant à faire tomber un recours autorisé en désintéressant le représentant, pour un prix exorbitant certes, mais assurément moins élevé que la valeur totale d'une éventuelle condamnation (M. BOUCHARD, préc., note 17, 874-875, et Y. LAUZON et A.-J. ASSELIN, préc., note 50, p. 3029). La disposition trouve application de manière plus banale dans les recours institués contre plusieurs défendeurs dont l'un voudrait régler, sans arrière-pensée, et qui se trouverait à être le cocontractant du représentant ; il serait contraire à l'intérêt des membres du sous-groupe formé de membres cocontractants de ce même défendeur de refuser un règlement raisonnable et contraire à l'intérêt des membres des autres sous-groupes de l'accepter si cela devait faire tomber l'entier recours ; par la fiction d'un intérêt continu, l'article 589 C.p.c. permet à la fois le règlement avec le représentant et la poursuite de l'action collective au surplus. Certes, sa substitution pourrait alors être demandée (*infra*, § II.G), mais en lui-même, le désintéressement acquis est réputé sans incidence sur la qualité de représentant conférée par le jugement autorisateur : v.a. *Apple Canada Inc. c. St-Germain*, 2010 QCCA 1376, par. 37, 102 (ci-après « *Apple c. St-Germain* »).

¹⁷⁴ *Nadeau c. Mercedes-Benz Canada inc.*, 2017 QCCA 470 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 21 sept. 2017, n° 37576).

¹⁷⁵ M. BOUCHARD, préc., note 17, 875 : « [C]ette façon de procéder ne crée pas un intérêt, mais empêche celui qui existe de disparaître, ce qui comporterait des conséquences qui dépasseraient largement le cadre du seul recours personnel du représentant. »

¹⁷⁶ *Id.*

¹⁷⁷ *Chamberland-Pépin, C.S.*, préc., note 50, par. 117 ; Y. LAUZON et A.-J. ASSELIN, préc., note 50, p. 3030.

Les motifs d'accorder une substitution sont variés et plus ou moins précis : état de santé¹⁷⁸, manque de motivation¹⁷⁹, de disponibilité¹⁸⁰, de force¹⁸¹, désir de s'effacer et de retourner à l'anonymat¹⁸², survenance d'un conflit d'intérêts perçu¹⁸³ et les énigmatiques « raisons personnelles »¹⁸⁴. En principe, les tribunaux exigent que soit administrée une « preuve concluante »¹⁸⁵, en pratique, il est difficile de juger s'ils se satisfont à moins ou s'ils sont, selon le cas, prudents¹⁸⁶, pudiques, ou simplement très succincts¹⁸⁷.

Souvent pragmatiques, ces situations où la substitution est accordée offrent généralement moins d'éclairage sur le rôle du représentant que celles où le tribunal *refuse* la substitution. Dans une affaire récente, le tribunal a conclu que le cheminement diligent du dossier et l'intérêt du groupe l'emportaient sur l'inconfort personnel de la représentante ou sa volonté de se retirer, refusant une substitution qui aurait retardé une instance très avancée¹⁸⁸. Une autre affaire a rappelé que, l'action n'appartenant pas aux avocats de la demande, ils ne peuvent demander la substitution du représentant

¹⁷⁸ *Conseil pour la protection des malades c. CHSLD Manoir Trinité*, 2012 QCCS 2802.

¹⁷⁹ *Robitaille c. Mazda Canada inc.*, C.S. Québec, n° 200-06-000108-087, 18 sept. 2013, j. Jacques Viens.

¹⁸⁰ *Fortier c. Uber*, préc., note 114, par. 6, 17.

¹⁸¹ *Y. c. Servites de Marie de Québec*, 2021 QCCS 2712.

¹⁸² *Tanguay c. Québec (Procureur général)*, 2003 CanLII 75265, par. 39 (QC C.S.).

¹⁸³ *Fortier c. Uber*, préc., note 114, par. 17.

¹⁸⁴ *Croteau c. STM*, préc., note 165.

¹⁸⁵ *Asselin c. Desjardins*, préc., note 68, par. 37, citant Y. LAUZON et A.-J. ASSELIN, préc., note 50, p. 2987.

¹⁸⁶ En matière de secret professionnel, par exemple : dans *M.L.*, préc., note 110, le représentant demandait à être remplacé, expliquant qu'il se trouvait dans une situation singulière, distincte de celle des autres membres, qui l'avait mené à une divergence de vues avec les avocats de la demande telle que « pour ne pas nuire aux autres membres du groupe », il préférerait se retirer ; eu égard au secret professionnel, le tribunal ne commente pas la nature de la divergence.

¹⁸⁷ Par exemple, *Dufour c. Fédération des inventeurs du Québec*, 2021 QCCS 956, par. 2, ou *A.B. c. Corporation épiscopale catholique romaine de Saint-Hyacinthe*, 2023 QCCS 1694, par. 14-17.

¹⁸⁸ *Baulne*, préc., note 67 : la représentante, qui a été interrogée en 2018 et sur le dossier médical de laquelle trois des six expertises au dossier sont fondées, demande, en 2020 – alors que le dossier est presque en état –, à être remplacée, invoquant son stress et des pertes de mémoire (par. 24).

avec qui ils connaissent un conflit sans démontrer en quoi ce représentant n'est plus adéquat pour assumer son rôle¹⁸⁹.

Par contre, lorsqu'il est allégué que le représentant n'est plus adéquat (par des membres ou par ses anciens avocats), la demande de substitution de représentant sera d'ordinaire traitée en priorité par rapport à d'autres demandes connexes. Ainsi, la demande de membres du groupe qui s'interrogent sur la capacité du représentant à assurer leur représentation adéquate doit être tranchée avant une demande en substitution d'avocat présentée par le représentant contesté¹⁹⁰. De la même manière, dans une affaire où les parties avaient découvert, après l'autorisation, que le représentant s'était fabriqué un droit d'action, le tribunal, saisi à la fois d'une demande de substitution présentée par les avocats de la demande et d'une demande d'annulation de l'autorisation présentée par les avocats de la défense, a estimé préférable de trancher la première (pour l'accueillir), reléguant la seconde au rang de moyen préliminaire non commun à une majorité des membres (et donc, la rejetant)¹⁹¹. Reste à voir comment il y aurait

¹⁸⁹ *Asselin c. Desjardins*, préc., note 68 (trois cabinets agissaient en demande; après l'autorisation, le représentant mandate l'un d'eux dans une tout autre affaire; rapidement, ce cabinet cesse d'occuper dans cet autre dossier et demande, dans le dossier de l'action collective, que le représentant soit remplacé car « plusieurs faits qui, jumelés [à son] comportement procédural [...], "ont mené à un bris du lien de confiance qui excède son dossier personnel et entache sa qualité de représentant dans la présente action collective" » (par. 13); secret professionnel obligeant, aucune illustration de ce « comportement procédural » indigne n'est donnée (par. 17). La membre proposée comme substitut n'a aucun reproche à formuler à l'égard du représentant désigné par le jugement d'autorisation (par. 20), qui pour sa part « entend [...] continuer la cause qu'il pilote depuis plus de onze ans » (par. 19), quoiqu'il convienne de la rupture du lien de confiance avec l'une des études; en l'absence de motif objectif – autre que l'opinion de ses avocats – le tribunal estime que c'est plutôt à ces avocats qu'il revient de cesser d'occuper (par. 38), puisque la cause d'action est celle des membres et non la leur (par. 39-42)); voir aussi *Fortier c. Meubles Léon ltée*, 2014 QCCA 195, par. 151-152 (où le tribunal, autorisant une préposée des avocats de la demande à agir à titre de représentant, les avait mis en garde qu'un éventuel conflit leur faisait porter le risque à eux plus qu'à elle).

¹⁹⁰ *A fortiori* quand la contestation a notamment pour motif un manquement de transparence quant à cette question de changement d'avocat : *Dulude*, 2021, C.S., préc., note 114 (permission d'appeler rejetée, *Dulude*, 2021, C.A., préc., note 114); au final, le tribunal a estimé la représentante inadéquate et ordonné son remplacement : *Dulude c. Ville de Varennes*, 2022 QCCS 152 (permission d'appeler refusée, *Dulude c. Riendeau*, 2022 QCCA 475) (ensemble, ci-après « *Dulude*, 2022 »).

¹⁹¹ *Chamberland-Pépin*, préc., note 50; v.a. *Molima*, préc., note 120, par. 58-60 (déclarations frisant le mensonger).

lieu de traiter des demandes concurrentes pour approbation d'une transaction et désaveu d'avocat.

De ces décisions qui ont pu en désarçonner certains¹⁹², deux constats semblent se dégager. D'abord, en cas de conflits, l'intérêt du représentant prime sur la volonté de ses avocats, tout autant que celui des membres du groupe prime sur celle du représentant. Cette hiérarchie explique sans doute que, si le tribunal se refuse à « piger dans le groupe » pour remplacer d'office le représentant inadéquat¹⁹³, là où aucun candidat à la substitution n'est immédiatement disponible, il accordera un délai à tout membre du groupe qui souhaiterait agir en cette qualité pour se manifester¹⁹⁴.

Ensuite, il faut comprendre que, une fois l'autorisation accordée, le représentant a déjà joué son rôle d'illustration de la cause d'action alléguée; au-delà de cette limite, c'est l'intérêt des membres à ce que l'affaire connaisse un dénouement qui l'emporte sur l'identité, l'intérêt démontré ou le désir d'un individu donné d'agir comme représentant (encore qu'il en faille un, vu l'exigence de l'article 575(4) C.p.c.) pour le groupe « dont les membres seront liés par le jugement » (art. 576 C.p.c.)¹⁹⁵.

On pourrait en conclure que le représentant, au contraire du capitaine d'un navire, est autorisé à le quitter au milieu du voyage – ou alors, que le représentant n'est pas le capitaine.

¹⁹² L'un des avocats qu'aurait voulu retenir la représentante dégoûtée dans l'affaire *Dulude* (préc., note 190) s'est exprimé sur son expérience: David BOURGOIN, « Le représentant, pistes de réflexion », dans S.F.P.B.Q., vol. 544, *Colloque national sur l'action collective* (2023), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2023, p. 201, aux p. 201-208. Les avocats qui plaident d'ordinaire en défense trouveront sans doute plus choquant qu'une action collective autorisée sur un mensonge puisse être rescapée par l'intervention d'un tiers providentiel, voire s'étant providentiellement aperçu qu'une situation qui lui faisait jusque-là simplement hausser les épaules lui causait à la réflexion un préjudice indemnisable.

¹⁹³ *Asselin c. Desjardins*, préc., note 68, par. 31.

¹⁹⁴ *Labranche c. Énergie éolienne des Moulins*, 2020 QCCS 2812, par. 55-60 (permission d'appeler rejetée, *Labranche c. Énergie éolienne des Moulins*, 2020 QCCA 1515); représentants proposés en reprise d'instance ultérieurement jugés inadéquats: *Noël c. Énergie éolienne des Moulins*, préc., note 66, et *Hébert c. 149667 Canada inc. (Centre Hi-Fi)*, 2023 QCCS 1679, par. 14-22 (ci-après « *Hébert* »).

¹⁹⁵ *Badaoui*, préc., note 28, par. 68 et *supra*, § II.G.20.

H. Le représentant n'a pas à être le porte-parole des membres (ni même à parler)

Certes, les procédures portent le nom du représentant, qui doit aussi figurer dans les avis aux membres (art. 586(3) C.p.c.), mais la loi n'exige pas – ou plus –, une participation active de sa part, ni face au public en général (§ 1) ni dans le cadre de l'avancement du dossier (§ 2).

1. Le représentant n'a pas à identifier d'autres membres

Avant l'autorisation, on ne saurait évidemment imposer au représentant proposé d'identifier précisément tous les membres du groupe envisagé. Il n'est toutefois même pas requis de lui qu'il identifie *des* membres à ce stade¹⁹⁶.

Avant 2004, le représentant proposé devait au moins fournir une liste de personnes se qualifiant selon lui à titre de membres selon la définition du groupe mise de l'avant dans la demande d'autorisation. Cette exigence a été abolie en 2004¹⁹⁷ et il n'est généralement pas requis du représentant qu'il « fa[sse] une enquête raisonnable qui lui aurait permis d'établir une estimation du nombre de personnes lésées [ou qu'il] cherch[e] à identifier d'autres abonnés dans la même situation que la sienne », « minimalisme » obligeant¹⁹⁸.

Ce qu'il doit faire c'est établir l'existence d'un groupe *prima facie*, ce qui n'est pas tout à fait la même chose (art. 575(3) C.p.c.)¹⁹⁹. Bien sûr, connaître des membres aide à démontrer « qu'un certain nombre de personnes estiment pouvoir faire partie du groupe proposé et même d'identifier certaines de leurs caractéristiques »²⁰⁰. Toutefois, la jurisprudence est claire : les tentatives d'un représentant pour rejoindre des personnes qui seraient dans la même situation que lui sont accueillies favorablement comme illustration

¹⁹⁶ P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 99; voir Caron, préc., note 83, par. 119.

¹⁹⁷ *Supra*, note 54.

¹⁹⁸ *Lévesque c. Vidéotron*, préc., note 70, par. 27; voir aussi par. 21-22.

¹⁹⁹ *Union des consommateurs c. Magasins Best Buy ltée*, 2018 QCCA 445, par. 77-79 (autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 2 mai 2019, n° 38117); *Badaoui*, préc., note 28, par. 20, 46, 49, 60; *Charbonneau c. Location Claireview*, 2022 QCCA 659, par. 10 (ci-après « *Charbonneau* »); *Ward*, préc., note 80, par. 188-192.

²⁰⁰ *Lévesque c. Vidéotron*, préc., note 70, par. 26.

de son intérêt sincère dans la cause²⁰¹, mais leur absence n'est « pas pertinente [...] pour statuer sur leur statut de représentants »²⁰². Plus précisément,

le niveau de recherche que doit effectuer un requérant dépend essentiellement de la nature du recours qu'il entend entreprendre et de ses caractéristiques. Si, de toute évidence, il y a un nombre important de consommateurs qui se retrouvent dans une situation identique, il devient moins utile de tenter de les identifier. Il est alors permis de tirer certaines inférences de la situation.²⁰³

Par ailleurs, certaines matières se prêtent mal à la sollicitation des membres putatifs par le représentant proposé. Il en est ainsi des dossiers touchant à la dignité des personnes, où, par sa nature, le préjudice risque d'être amplifié par des communications à froid²⁰⁴, mais également des dossiers dans lesquels il existe une relation contractuelle en cours entre le défendeur et les membres envisagés²⁰⁵. En outre, il peut arriver qu'un représentant disposé à remuer ciel et terre pour trouver des membres ne soit pas en mesure de le faire simplement parce que la cause d'action suppose que les membres ignorent avoir été victimes de la pratique reprochée²⁰⁶.

Du reste, la loi impose seulement la publication d'avis, à certains moments précis et là où le tribunal l'estime nécessaire²⁰⁷. Le représentant

²⁰¹ Léveillé, préc., note 96, par. 1.

²⁰² D'Amico, préc., note 31, par. 26; *Derome c. U-Haul Co. (Canada) ltée*, 2022 QCCS 4306, par. 29-31.

²⁰³ *Lévesque c. Vidéotron*, préc., note 70, par. 27; voir aussi, par. 28; *Louisméus c. Compagnie d'assurance-vie Manufacturers (Financière Manuvie)*, 2017 QCCS 3614, par. 99.

²⁰⁴ *A c. Frères du Sacré-Cœur*, 2017 QCCS 34, par. 71 et 79 (agressions sexuelles); *Oratoire*, préc., note 6, par. 32 (victimes d'abus sexuels); *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Commission scolaire de Montréal*, 2021 QCCA 481, par. 5 (discrimination fondée sur l'état de santé); *Gordon-Kawapit c. Procureur général du Québec*, 2022 QCCS 1003, par. 16 (« victime [...] d'un crime contre la personne commis au Nunavik, n'a pas été soutenue par l'État et ses représentants afin de bénéficier du régime d'indemnisation public prévu à la *Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels* »).

²⁰⁵ Voir *Dorval c. Industrielle Alliance, assurances et services financiers inc.*, 2018 QCCS 3306 (rendue après l'autorisation, mais maintenant pareille objection du défendeur à l'immixtion des avocats de la demande dans ses relations contractuelles en cours).

²⁰⁶ *Infineon*, préc., note 22, par. 148-154 (les consommateurs ignorent souvent la composition des produits qu'ils achètent); *Levy*, préc., note 29 (conservation inadéquate de renseignements personnels); *Beaulieu*, préc., note 29, par. 86 (non-diffusion de certains contenus à certains utilisateurs en raison de leur âge).

²⁰⁷ Art. 576, 579, 581, 590, 591 C.p.c.; *Robillard c. Arsenault*, préc., note 8, par. 23.

n'a donc pas besoin de faire des déclarations publiques, d'entreprendre des campagnes d'information continue, d'accorder des entrevues ou d'alimenter des réseaux sociaux. Il n'a pas à être disponible pour les membres : on exige seulement que son nom soit connu (art. 579 al. 1 (3) C.p.c.)²⁰⁸.

Des actions collectives ont ainsi été autorisées où le représentant ne connaissait aucune autre personne dans sa situation (sans qu'on puisse le supposer seul à l'être...)²⁰⁹.

2. Le représentant n'a pas à être présent dans le déroulement de l'instance

Le représentant n'est pas obligé d'être présent à l'audience d'autorisation, ou à quelque audience que ce soit, ni même en conférence de règlement à l'amiable. Il l'est même rarement²¹⁰.

Depuis 2004, le tribunal peut autoriser ou non son interrogatoire au stade de l'autorisation, à titre de « preuve appropriée » au sens de l'article 574 al. 3 du *Code de procédure civile*²¹¹. Or, à cet égard, le « couloir [est] assez étroit »²¹² : la permission peut n'être pas accordée ou l'interrogatoire être permis par écrit. Après l'autorisation, alors que le représentant devient une partie, il pourra être interrogé selon les règles ordinaires, mais aucun autre membre du groupe ne le pourra à moins d'une autorisation expresse du

²⁰⁸ Et encore, si le représentant n'est souvent désigné que par des initiales dans des dossiers relatifs à des abus sexuels, physiques et psychologiques (par exemple, *M.G. c. Selwyn*, préc., note 43; *M.L.*, préc., note 110, *A.B. c. Clercs de Saint-Viateur du Canada*, 2023 QCCA 527 (ci-après « *AB c. CSV* ») ou *Association pour l'accès à l'avortement*, Re, 2002 CanLII 63780 (QC C.A.) (membre désigné)), ce n'est pas un automatisme : *P.H.*, préc., note 108 (demande d'anonymat refusée); suivre aussi *Centre d'amitié autochtone de Val-d'Or c. Procureur général du Québec*, 2022 QCCS 2089 (permission d'appeler accordée, *Procureur général du Québec c. Centre d'amitié autochtone de Val-d'Or*, 2022 QCCA 1203).

²⁰⁹ Par exemple, *Boulet c. LoyaltyOne, Co. (Programme de récompense Air Miles)*, 2019 QCCS 3371 (permission d'appeler rejetée, *LoyaltyOne Co. c. Boulet*, 2019 QCCA 2120) (ci-après « *Boulet, C.S. et C.A.* »); *Charbonneau*, préc., note 199, par. 10.

²¹⁰ *P.-C. LAFOND*, préc., note 3, p. 65; *Jasmin*, préc., note 66, par. 43; cela n'est toutefois pas une panacée : *Prince c. Avis Budget Group Inc.*, 2016 QCCS 3770, par. 140 (ci-après « *Prince* »).

²¹¹ *Piro c. Novopharm Ltd*, 2004 CanLII 13549 (QC C.S.), par. 15-17; *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437, par. 26-28 (autorisations d'appel refusées, C.S.C., 25 août 2005, n^{os} 30922 et 30923); *Infineon*, préc., note 22, par. 66.

²¹² *Allstate du Canada, compagnie d'assurances c. Agostino*, 2012 QCCA 678, par. 36.

tribunal (art. 587 C.p.c.)²¹³. Par ailleurs, même au procès, il est bien possible que le représentant ne soit pas interrogé à nouveau et que l'on se contente de produire son interrogatoire préalable²¹⁴, augmenté des témoignages d'autres membres choisis²¹⁵. Enfin, s'il y a règlement, comme c'est le cas dans la majorité des dossiers²¹⁶, le représentant pourrait n'être jamais interrogé.

Bref, s'il existe des représentants assidus, investis et disponibles, cela n'est pas requis. En fait, non seulement n'ont-ils pas à se faire les chantres du dossier, ils n'ont même pas à en être les idéateurs.

I. Le représentant n'a pas à entreprendre ni à soutenir ses procédures

La géométrie de l'action collective est singulière, où le représentant, pourtant demandeur, présente une figure diminuée, dans l'ombre de l'intérêt des membres, et parfois aussi dans celle de ses avocats. Car ces derniers sont souvent les fers de lance des dossiers, qu'il s'agisse de recueillir les faits, de recruter le représentant puis de déposer des procédures (§ 1) ou d'investir les ressources nécessaires pour les mener à bien (§ 2).

1. Le représentant n'a pas à être l'initiateur du dossier

Le fait qu'une action collective ait été entreprise à l'initiative des avocats de la demande n'est pas un obstacle dirimant à son autorisation²¹⁷. Comme l'exprime un jugement (d'une époque où l'on requerrait un peu plus d'implication du représentant) :

²¹³ Par exemple, *Association pour la protection automobile (APA) c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2022 QCCS 935.

²¹⁴ Par exemple, *Roulx c. 2763923 Canada inc. (Centre Hi-Fi)*, 2023 QCCS 1120, par. 117-141 (ci-après « *Roulx* ») et *Guindon c. Brick Warehouse*, 2023 QCCS 1119, par. 121 (appels rejetés sur requête en rejet, *Guindon c. Brick Warehouse*, 2023 QCCA 1104; autorisation d'appel pendante : C.S.C., n° 40981) (ci-après « *Guindon, CA* »).

²¹⁵ Voir les commentaires dans *Baulne*, préc., note 67, par. 36.

²¹⁶ *Supra*, note 53.

²¹⁷ *Sibiga*, préc., note 42, par. 102; voir plus tôt : *Plouffe c. Télécâble de Québec*, C.S. Québec, n° 200-06-000003-791, 17 avril 1979, j. Gaston Desjardins, p. 4 : « La prétendue sollicitation de la part d'un avocat doit être écartée comme critère servant à établir le caractère de représentativité d'un représentant s'il est par ailleurs "en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres". »

[L]a question visant à déterminer qui, de l'avocat ou de la requérante ou de son membre désigné a eu l'idée originale du recours collectif n'est pas une question qui doit préoccuper le Tribunal saisi de la demande d'autorisation. [...] Le « sérieux de la réflexion ou du processus décisionnel » préalables à l'institution de la requête en autorisation et auxquels se livre la requérante ou le membre désigné n'ont aucun impact sur leur qualité ou leur capacité respectives. C'est là un faux débat. Une longue enquête, une profonde réflexion, une analyse détaillée, peuvent déboucher sur un recours collectif mal fondé introduit par un requérant qui n'a aucune capacité ou qualité pour agir. De même, un recours collectif peut être accueilli lors même que la partie requérante n'a fait que constater des faits simples et évidents, sans analyse, ni enquête, ni réflexion. Ou bien le recours doit être autorisé, ou bien il ne doit pas l'être. Cela n'a rien à voir avec qui a dit ou suggéré quoi à qui ! Si les avocats agissent en contravention de leurs obligations déontologiques, ils en répondront devant le Barreau.²¹⁸

Évidemment, les procédures ne doivent pas être prises à son insu²¹⁹. La jurisprudence ne l'oblige toutefois pas à les avoir lues et révisées *en détail*

²¹⁸ *Union des Consommateurs c. Billette*, 2003 CanLII 22818 (QC C.S.), par. 21 (ci-après « *Billette* »). Sur les questions éthiques ou déontologiques de la situation des avocats de la demande, se rapporter à une littérature foisonnante : QUÉBEC, *Débats*, CPJ, préc., note 3, 7 mars 1978, extraits cités, *supra*, notes 135-138 ; ONTARIO, LAW REFORM COMMISSION, *Report on Class Actions*, Toronto, Éd. off., 1982, p. 201 ; Nancy J. MOORE, « Who Should Regulate Class Action Lawyers? », (2003) *U. Ill. L. Rev.* 1477 ; Michael CARABASH, « Ethical Conduct for Class Counsel in Ontario », (2006) 3 *Rev. can. rec. coll.* 617 ; Warren K. WINKLER et Sharon D. MATTHEWS, « Caught In a Trap – Ethical Considerations for the Plaintiff's Lawyer in Class Proceedings », dans *5th Annual Symposium on Class Action*, 11 avril 2008, en ligne : <<https://www.ontariocourts.ca/coa/about-the-court/archives/caught/>> ; Paul PERELL, « Class Proceedings and Lawyers' Conflicts of Interest », (2009) 35 *Advocates'Q* 202 ; Jasminka KALAJDZIC, « Self-Interest, Public Interest and the Interests of the Absent Client: Legal Ethics and Class Action Praxis », (2011) 49 *O.H.L.J.* 1 ; Frank IACOBUCCI, « What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », (2011), 53 *Sup Ct LR* (2d) 17, 21 ; Nancy J. MOORE, « Who will Regulate Class Action Lawyers? », (2013) 44 *Loy. U. Chi. L.J.* 577 ; Jean-Philippe GROLEAU et Guillaume X. CHARLEBOIS, « Les honoraires en demande en matière d'actions collectives : comment éviter de jouer à l'apprenti sorcier en vue de moduler le comportement des avocats », dans S.F.P.B.Q., vol. 455, *Colloque national sur l'action collective : développements récents au Québec, au Canada et aux États-Unis* (2019), Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 167 ; P.-C. LAFOND, préc., note 3, p. 101-122 et 251-259.

²¹⁹ *Prince*, préc., note 210, par. 138.

avant leur dépôt²²⁰. Il suffit qu'il comprenne l'exercice auquel il se prête²²¹. Assurément, cela s'éloigne du demandeur ordinaire. Mais voilà, l'action collective est *extraordinaire* à ce chapitre. Du côté des aspirations, si l'on admet que l'avocat a un rôle à jouer dans la cité²²², il est sans doute bien placé pour repérer des situations illégales ou autrement répréhensibles sur le plan juridique : c'est après tout l'un des objectifs de l'action collective que d'entraîner la modification des comportements de manière à favoriser une adhésion à la loi²²³. Si la situation identifiée est réellement préjudiciable, la recherche d'un représentant relèvera presque de l'application du droit aux faits.

Terre à terre, l'arrêt *Sibiga* rappelle par ailleurs que :

Where the personal stake of a consumer representative is small [...] it is often unrealistic to insist upon a consumer-initiated class action.²²⁴

et ce, d'autant plus que le droit québécois ne lui permet pas d'être rémunéré pour son rôle de représentant (art. 593 C.p.c.)²²⁵, alors qu'il pourrait devoir supporter les frais de justice en cas de défaite (art. 340 al. 1 C.p.c.).

²²⁰ Il doit toutefois les avoir lues : *Cantin c. Ameublements Tanguay inc.*, 2016 QCCS 4546, par. 194 (ci-après « *Cantin*, C.S. ») (appel et permissions d'appeler rejetés, *Ameublements Tanguay inc. c. Cantin*, 2017 QCCA 1330; autorisations de pourvoi rejetées, C.S.C., 31 mai 2018, n^{os} 37823 et 37824); *Benizri c. Canada Post Corporation*, 2017 QCCS 908, par. 61.

²²¹ *Lanoie c. Versant Charlevoix inc. (Chalets du versant)*, 2017 QCCS 2691, par. 61 (appel rejeté, *Lanoie c. Versant Charlevoix inc.*, 2017 QCCA 1733); *Noël c. Énergie éolienne des Moulins*, C.A., préc., note 66, par. 52.

²²² P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 523 : « La vocation d'« entrepreneur » des avocats œuvrant en matière de recours collectifs est trop souvent négligée dans la littérature juridique. Dans bien des cas, l'âme dirigeante d'une telle procédure n'est nul autre que le procureur au dossier. Plusieurs recours collectifs québécois sont le fruit de l'initiative d'avocats soucieux de participer à la justice sociale pour certains, ou de satisfaire leurs ambitions, pour d'autres. »

²²³ *Supra*, § I.A.

²²⁴ *Sibiga*, préc., note 42, par. 102.

²²⁵ *Attar c. Fonds d'aide aux actions collectives*, 2020 QCCA 1121 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 11 mars 2021, n^o 39373); comp. *Redublo v. CarePartners*, 2022 ONSC 1398, par. 109 et *Doucet v. The Royal Winnipeg Ballet*, 2023 ONSC 2323, par. 48. Pour une critique de cette vision qui décourage l'implication personnelle du représentant, voir : C. PICHÉ, 2019, préc., note 41, p. 258-268.

Cela étant, le législateur n'impose pas non plus à la personne qui se propose d'être représentant (ou que l'on propose comme représentant) d'être indépendant de fortune.

2. Le représentant n'a pas à être indépendant (de fortune, entre autres)

Le représentant acquitte rarement lui-même les honoraires de ses avocats, qui sont généralement conditionnels²²⁶. En droit de la consommation particulièrement, les dédommagements espérés sont souvent de faible valeur pour les membres – d'où leur désintérêt à poursuivre individuellement qui fait l'intérêt de la procédure collective –, alors que l'avocat peut espérer tirer 20 %, 25 % ou 30 % de leur total²²⁷.

Dans plusieurs ressorts américains, les tribunaux examinent les ressources financières du représentant, notamment pour éviter le risque d'un règlement au rabais²²⁸ et pareillement, la capacité des avocats de la demande à assumer des procédures judiciaires de longue haleine²²⁹. Le législateur de 1978 n'a sans doute pas jugé utile d'en faire un critère supplémentaire, que ce soit en raison du mécanisme subventionnaire du Fonds d'aide aux actions collectives (FAAC)²³⁰ ou précisément parce qu'il

²²⁶ Encore que le législateur n'exclut pas que cela se produise et permet alors qu'il en soit indemnisé « à même le montant du recouvrement collectif ou avant le paiement des réclamations individuelles » : art. 593 al. 3 C.p.c.

²²⁷ *Pellemans c. Lacroix*, 2011 QCCS 1345, par. 57 (« les conventions d'honoraires prévoyant un pourcentage de 20 % à 25 % du résultat obtenu semblent être généralement la norme »); J.-P. GROLEAU et G. CHARLEBOIS, préc., note 218, p. 190; *Mihoubi c. Priceline.com*, 2023 QCCS 1842, par. 69; A.B. c. CSV, préc., note 208, par. 58.

²²⁸ Voir *supra*, § II.G.

²²⁹ En fait, comme il n'existe pas de barreau spécialisé exclusif de l'action collective, la compétence des avocats de la demande n'est pas évaluée par les tribunaux au stade de l'autorisation (malgré les interrogations de M. BOUCHARD, préc., note 17, 939 ou de P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 424). L'expérience des avocats est toutefois un des facteurs usuels dans l'approbation d'un règlement: par exemple, A.B. c. CSV, préc., note 208, par. 34.

²³⁰ Premier en son genre, le FAAC est décrit en présentation du projet de loi comme le mécanisme « qui permettra de rendre le recours accessible à ceux qui n'en ont pas les moyens », sans qu'il soit besoin de recourir aux fondations privées: QUÉBEC, ASS. NAT., préc., note 12, 16 mai 1978, p. 1475 (Pierre Marois, ministre de la Justice); voir aussi M. BOUCHARD, *id.*, 937. Selon ses plus récentes données, le FAAC finance aujourd'hui environ 40 % des actions collectives instituées (RAPPORT FAAC 2023, préc., note 41, p. 30); voir, pour son financement, *Loi sur le Fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ, c. F-3.2.0.1.1, *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide aux actions*

voyait pour l'action collective le même public que celui des petites créances²³¹.

Y a-t-il quelque chose à tirer de cet écart significatif entre le retour espéré par le représentant (égal à celui de n'importe quel autre membre) et par ses avocats respectivement pour extraire la « substantifique moelle » (s'il en est) de la personne du représentant ? La jurisprudence, on s'en souvient, ne voit pas la « présence d'une simple possibilité de conflit » comme un obstacle à la satisfaction du critère du paragraphe 575(4) du *Code de procédure civile*²³². Seuls y feront échec « les représentants demandeurs [qui] omettent de divulguer des faits importants ou intentent le recours dans le seul but d'obtenir des gains personnels »²³³.

Le représentant proposé n'a pas à être indépendant de fortune, mais il doit être indépendant d'esprit, c'est-à-dire qu'il doit être motivé par l'obtention du redressement recherché pour le groupe (dont il fait normalement partie). Pour un auteur, « [s]a capacité, [s]a motivation et [s]a sincérité [...] constituent les uniques facteurs importants à considérer »²³⁴. Si la jurisprudence ne requiert pas du représentant des connaissances supérieures à celles de ses avocats ou des experts qu'il pourrait retenir²³⁵, elle le tient néanmoins à une compréhension globale de sa cause²³⁶ et à la capacité à donner certaines instructions à ses avocats²³⁷, dont il semble désormais entendu qu'ils exécuteront « plusieurs des tâches qui relèvent en principe du rôle du représentant », avec la responsabilité qui en découle²³⁸.

collectives, RLRQ, c. F-3.2.0.1.1, r. 2, et ses très instructifs rapports annuels, ainsi que Yves LAUZON et Pierre-Jérôme BOUCHARD, « L'évolution du financement des actions collectives et la place des financiers de litige dans l'univers du droit de la consommation au Québec : perspective pratique », dans Laurence BICH-CARRIÈRE et Geneviève SAUMIER (dir.), *Les 50 ans de la Loi sur la protection du consommateur et l'évolution du droit de la consommation*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2023, p. 81, aux p. 83 et 85.

²³¹ QUÉBEC, *Débats*, CPJ, préc., note 3, 7 mars 1978, p. B-262 I (Fernand Lalonde, député de Marguerite-Bourgeoys) et p. B-283-284 (Viateur Bergeron, bâtonnier du Québec).

²³² *Supra*, § II.B.

²³³ *Infineon*, préc., note 22, par. 150.

²³⁴ P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 100.

²³⁵ Voir *Léonard*, préc., note 75, par. 91-93.

²³⁶ Noël c. *Énergie éolienne des Moulins*, C.A., préc., note 66, par. 46-52; *Tessier*, préc., note 20, par. 29.

²³⁷ *Lanoie c. Versant Charlevoix inc.*, 2017 QCCA 1733, par. 2; comp. *Ramacieri c. Hébert*, 2021 QCTP 62.

²³⁸ *Léonard*, préc., note 75, par. 93; *Roulx*, préc., note 214, par. 316 (appel principal rejeté sur requête et désistement d'appel incident); voir aussi *Tessier*, préc., note 20, par. 29.

Ainsi, quelles que soient les raisons pour lesquelles on n'exige pas du représentant proposé qu'il soit l'initiateur du dossier, il ne peut pour autant être « une marionnette »²³⁹ ou « un pantin »²⁴⁰, « à la solde de ses avocats »²⁴¹, « à [leur] entière merci »²⁴² ou « à l[eur] remorque »²⁴³, qu'un prête-nom²⁴⁴, un « spectateur »²⁴⁵, une « présence passive »²⁴⁶, un « figurant »²⁴⁷, un « homme de paille » [...], un pion [...], un poteau ou une plante verte »²⁴⁸.

Autrement dit, s'il est entendu que les avocats assistent et conseillent le représentant (comme ils le feraient pour n'importe quel client), ce dernier doit être capable d'un *minimum* de distance : le critère de compétence exige qu'il comprenne suffisamment l'affaire pour pouvoir agir dans le meilleur intérêt des membres, y compris, au besoin, en désavouant des avocats dont les conseils ne seraient plus adéquats²⁴⁹.

²³⁹ *Lévesque c. Vidéotron*, préc., note 70, par. 45 (« marionnette pour le compte d'un tiers »); *Robillard c. Arsenault*, 2015 QCCS 3984, par. 9 (« agi[r] "en marionnette" ») et 27 (« représentants marionnettes »).

²⁴⁰ *Deraspe*, préc., note 108, par. 40 (« un pantin manipulé par son avocat »); *Cantin*, C.S., préc., note 220, par. 196 (« pantin à la solde du cabinet d'avocats »); Jean Wegman BURNS, « Decorative Figureheads: Eliminating Class Representatives in Class Actions », (1990) 42-1 *Hastings L.J.* 165, 190 (« solicited puppet of the class lawyer »).

²⁴¹ *Cantin*, C.S., *id.*, par. 196 (« pantin à la solde du cabinet d'avocats »); *Sibiga*, préc., note 42, par. 150 (« à la solde »).

²⁴² P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 420.

²⁴³ M.-J. LONGTIN, préc., note 13, p. 55 (« aveuglement à la remorque de son procureur »); *Deslauriers c. Ordre des ingénieurs du Québec*, 1986 CanLII 3864, par. 15 (QC C.A.) (« sans être aveuglement à la remorque de son procureur »); *Teixeira c. Tetra Vision Inc.*, 1999 CanLII 11888, par. 88 (QC C.S.) (« à la remorque de son procureur »); *Forgues c. Laporte, Racine & Associés inc.*, 2000 CanLII 19141, par. 116 (QC C.S.) (« à la remorque de leurs procureurs »); *Billette*, préc., note 218, par. 21 (« à la remorque de leurs procureurs »); *Deraspe*, préc., note 108, par. 4 (« à la remorque aveugle de son procureur »).

²⁴⁴ *Patenaude c. Montréal (Ville de)*, 2012 QCCS 2402, par. 76 (« prêter son nom »); *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2014 QCCS 3235, par. 150 (« paraître et prêter son nom ») (ci-après « *Sibiga*, C.S. »); *Prince*, préc., note 210, par. 142 (« a tout simplement accepté de prêter son nom et son concours aux procureurs »).

²⁴⁵ *Deraspe*, préc., note 108, par. 40 (« un simple spectateur passif »).

²⁴⁶ *Sibiga*, C.S., préc., note 244, par. 148 (« simple présence passive »).

²⁴⁷ *Sibiga*, C.S., *id.*, par. 140 (« au-delà de la simple figuration »); *Deraspe*, préc., note 108, par. 38 (« un simple figurant »); *Baulne*, préc., note 67, par. 17 (« un simple figurant »).

²⁴⁸ P.-C. LAFOND, préc., note 3, p. 63.

²⁴⁹ *Sibiga*, préc., note 42, par. 103; *Deraspe*, préc., note 108, par. 40; *Tessier*, préc., note 20, par. 29.

Évidemment, puisqu'il est tenu d'agir dans le meilleur intérêt des membres du groupe, le représentant ne peut pas placer son intérêt individuel au-dessus du leur. D'ailleurs, la qualité de représentant sera refusée à la personne qui cherche à détourner la finalité de la procédure à son propre profit²⁵⁰.

En pratique, la proximité entre un représentant et son avocat fait plus souvent sourciller les avocats des défendeurs que les tribunaux. Entretenir un lien familial ou d'amitié avec l'avocat de la demande n'est pas absolument fatal à la personne qui sollicite le statut de représentant, mais il s'agira parfois d'un indice d'un manque d'indépendance ou du fait, justement, que le représentant n'est qu'un panneau de foire en trompe-l'œil. Des frères²⁵¹, un beau-frère²⁵², une sœur²⁵³ et un oncle²⁵⁴ ont été écartés dès l'étape de l'autorisation parce que les juges d'autorisation percevaient des fantoches ou des fripons agissant dans un but de gain personnel. En revanche, une épouse²⁵⁵ et des amis²⁵⁶ ont été jugés dignes de la fonction et aptes à assurer le rôle de représentant. Même les employés des cabinets d'avocats ne sont

²⁵⁰ Les débats législatifs témoignent d'une préoccupation que les associations de représentants ne soient instrumentalisées (*supra*, notes 134-136), mais voir, en matière de valeurs mobilières: *Kerr c. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 331 («stratégie in terrorem») ou *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, [2015] 3 R.C.S. 801, par. 67 («poursuites opportunistes et dénuées de fondement»).

²⁵¹ *Bourgoin c. Bell Canada inc.*, 2007 QCCS 6087, par. 34-44, 51-52; *Lorrain c. Pétro-Canada*, préc., note 145, par. 280.

²⁵² *Harvey c. Vidéotron*, 2019 QCCS 2994 (la demande d'autorisation est rejetée sur le critère du paragraphe 575(2) C.p.c.), conf. par *Harvey c. Vidéotron*, 2021 QCCA 1183.

²⁵³ *Dupont-Rachiele, C.S.*, préc., note 108, par. 88; requête pour être relevé du constat de caducité rejetée, *Dupont-Rachiele, C.A.*, préc., note 108, par. 3.

²⁵⁴ *Benizri c. Canada Post Corporation*, 2017 QCCS 908, par. 58-66.

²⁵⁵ *Boulet, C.S.*, préc., note 2089 par. 59 (permission d'appeler rejetée, *Boulet, C.A.*, préc., note 209, par. 16-18): il s'agissait de l'épouse de l'avocat-conseil qui avait renoncé à réclamer des honoraires non sans que l'avocat *ad litem* suggère qu'«il aimerait éventuellement trouver une façon de compenser M^e Pigeon pour son travail dans le dossier puisque cela ne serait que juste» (par. 49).

²⁵⁶ *Bergeron c. LoyaltyOne, Co. (Programme de récompense Air Miles)*, motifs joints avec ceux de *Boulet, C.S.*, *id.*, par. 61; *Option Consommateurs c. 2642-0398 Québec inc. (Autoplateau Location)*, 2021 QCCS 1988, par. 87; *Touré c. Groupe BMTC inc. (Brault & Martineau inc.)*, 2023 QCCS 1126, par. 129.

pas automatiquement exclus par leur lien de préposition²⁵⁷ (mais ils le sont généralement)²⁵⁸.

Au demeurant, les avocats du défendeur ne seront pas toujours en mesure de connaître ce lien de proximité avant l'autorisation, particulièrement lorsque l'interrogatoire n'a pas été permis (ou sollicité)²⁵⁹. L'évolution des dossiers révèle parfois des surprises : le représentant recruté par une amie avocate agissant alors en demande perdra-t-il son entrain lorsque cette amie, changeant de camp, se joindra au cabinet qui assure (par d'autres avocats évidemment) la défense dans le même dossier²⁶⁰ ? Le représentant, étudiant en droit devenu avocat au sein du cabinet qui le représente, sera-t-il en mesure de distinguer le temps investi en l'une et l'autre qualités²⁶¹ ?

Bref, le représentant serait-il, pour ainsi dire, fongible ?

The representative plaintiff does play a very important role in class actions, but, truth be told, the faraway greater responsibility to fairly and adequately

²⁵⁷ *Tremblay c. Ameublements Tanguay inc.*, 2011 QCCS 3078, par. 127 (« Étant donné les conclusions auxquelles le Tribunal arrive relativement aux autres critères de l'article 1003 C.p.c., il n'est pas nécessaire qu'il se prononce sur la qualité du représentant. ») est infirmé notamment sur ce point dans *Fortier c. Meubles Léon ltée*, 2014 QCCA 195, par. 152 (« La possibilité d'un conflit d'intérêts est réelle (ex. insatisfaction des membres du groupe dans le travail des avocats qui les représentent, alors que leur représentante est une préposée de ces derniers). La conséquence, si le conflit d'intérêts se concrétise, n'est pas nécessairement le remplacement de la représentante si, par ailleurs, celle-ci remplit bien son rôle. Il faut plutôt envisager la substitution des avocats, qui ont ainsi placé ou accepté de placer la requérante dans une situation précaire. ») En l'espèce, il y a eu substitution de représentant.

²⁵⁸ *George c. Québec (Procureur général)*, 2004 CanLII 8979, par. 39 (QC C.S.) (« le requérant, étant avocat et membre du bureau d'avocats le représentant dans la demande du recours collectif [et donc], n'a pas l'indépendance nécessaire pour agir comme représentant du groupe »), conf. par *George c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCA 1204; *Lemieux c. Marinacci*, 2023 QCCS 1519, par. 207 (« M. Idsinga est présentement technicien juridique pour le compte du présent avocat en demande (Pièce I VDM-11); en soi, ceci est suffisant pour le disqualifier à titre de représentant. En étant à l'emploi de l'avocat en demande, il est en conflit d'intérêt[s]. »); comp. *Boulerice c. Bell Canada*, 2008 QCCS 249, par. 71-74 (l'avocat-conseil au dossier avait fait partie de la même étude que le requérant « pour environ deux semaines » avant le dépôt des procédures; pas de conflit).

²⁵⁹ *Chamberland-Pépin*, C.S., préc., note 50, par. 25 et 164 et suiv.

²⁶⁰ *Fortier c. Uber*, préc., note 114, par. 11 (demande de substitution, accordée).

²⁶¹ Voir *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, [2005] 3 R.C.S. 530 et *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 6 (de l'avis du tribunal, non).

represent the interests of the class by vigorously and capably prosecuting the action falls on class counsel. In some cases, truth be told, a representative plaintiff is a fungible, because there will be many potential candidates to be a plaintiff seeking compensation for a mass wrongdoing. Sometimes a proposed class action is the pure invention of class counsel and sometimes the proposed class action is class counsel's opportunistic response to a disaster, a product recall, a corrective disclosure, or a regulator's discovery of a conspiracy. While there is an air of ambulance chasing, there is also an air of class counsel being the champion for access to justice for the many victims of a mass wrongdoing [...].²⁶²

Et qui alors est responsable de la cohérence de l'intérêt du groupe ou d'assurer une communauté d'intérêts entre le représentant et les membres?

J. Le représentant n'est pas le décideur ultime

D'ordinaire, c'est le demandeur qui décide d'instituer des procédures, qui choisit son avocat, qui l'instruit et qui détermine où se situe son meilleur intérêt. Il peut faire les aveux qui lui semblent pertinents.

Il n'en est pas ainsi en matière d'action collective. Certes, c'est le représentant qui choisit son avocat et qui peut en changer (et non l'inverse²⁶³). Toutefois, comme on l'a vu, le représentant n'a souvent pas l'initiative du dossier²⁶⁴, dont il ne comprend pas toujours le fin détail²⁶⁵, avec l'incidence que cela peut avoir sur la détermination de l'endroit où se situe le meilleur intérêt des membres²⁶⁶. Après l'autorisation, ses aveux ne lieront pas les membres si le tribunal estime qu'ils leur portent préjudice (art. 585 al. 2 C.p.c.; voir aussi 589 al. 3 C.p.c.)²⁶⁷.

Mais il y a plus. Ordinairement, les litiges peuvent être réglés à l'amiable : le législateur, même, l'encourage (préambule, art. 1-7 C.p.c.). Une partie peut également se désister (art. 213 C.p.c.), renoncer aux droits qu'elle tient d'un jugement, en tout ou en partie (art. 333 C.p.c.) et modifier ses procé-

²⁶² Voir *Sondhi v. Deloitte Management Services LP*, 2018 ONSC 271, par. 56.

²⁶³ *Dulude*, 2022, préc., note 190; *Asselin c. Desjardins*, préc., note 68.

²⁶⁴ *Supra*, § II.1.

²⁶⁵ *Supra*, § II.A et II.2.

²⁶⁶ Voir : Catherine PICHÉ, « “The doors to justice are open, but how do I get in?” : Experiencing access to justice as a class action member », dans Steven KOHM et al. (dir.), *The Annual Review of Interdisciplinary Justice Research*, Winnipeg, Centre for Interdisciplinary Justice Studies, 2019, p. 277, à la p. 297.

²⁶⁷ Avant l'autorisation, voir *Benjamin*, C.A., préc., note 121, par. 36.

dures comme bon lui semble (l'approbation du tribunal n'étant requise qu'en cas d'opposition de la partie adverse : art. 206 C.p.c.).

À nouveau, rien de tel en action collective. Le législateur assujettit explicitement la survenance de tout règlement à l'approbation du tribunal (art. 590 C.c.Q.), mais également la modification, le désistement ou la renonciation à des droits (art. 585 C.c.Q.). Après l'autorisation, cela s'explique : la modification de la demande introductive d'instance ne saurait avoir pour effet d'ajouter une cause d'action sans qu'elle ait passé le filtre de l'article 575 du *Code de procédure civile*²⁶⁸ ; de même, le désistement ou la renonciation à un droit issu du jugement affecte le groupe entier²⁶⁹. La jurisprudence reconnaît toutefois également des degrés de contrôle au stade de l'autorisation, qui prennent ancrage à la fois dans le devoir du tribunal de s'assurer que les membres putatifs du groupe ne perdent pas leurs droits et dans sa mission de protéger l'intégrité du système judiciaire²⁷⁰. Même la convention d'honoraires que le représentant a signée avec son avocat est sujette à la révision du tribunal puisque ce dernier doit approuver les honoraires²⁷¹.

D'une certaine manière, le représentant est dans une forme de tutelle : inapte à prendre soin de son dossier, c'est son avocat qui, *de facto*, en contrôle le déroulement, inapte à prendre soin du groupe, c'est le tribunal qui, *de jure*, s'assure de l'intérêt des membres. Cela semble bien paradoxal pour une personne dont le titre évoque la capacité à *agir pour autrui*.

Cette subordination du représentant à l'autorité constante du tribunal illustre de manière saisissante le décalage de l'action collective et le modèle ordinaire du litige, où une partie (et son avocat) et une autre partie (et son avocat) s'affrontent devant un juge neutre, qui ne statue que sur leurs droits²⁷².

²⁶⁸ Pellemans c. Lacroix, 2009 QCCS 1530, par. 25 ; Abadie, préc., note 168, par. 9.

²⁶⁹ *Supra*, notes 6-9.

²⁷⁰ Tookalook c. Procureur général du Canada, 2023 QCCS 109, par. 14, et la jurisprudence y citée (modification) ; École communautaire Belz c. Bernard, 2021 QCCA 905 (désistement) ; voir aussi Deschênes c. Johnson & Johnson, 2022 QCCS 4565, par. 24(7) (désistement).

²⁷¹ Apple Canada Inc. c. St-Germain, préc., note 173, par. 36 ; Option Consommateurs c. Amex, préc., note 112 ; A.B. c. CSV, préc., note 208, par. 50-51.

²⁷² Voir H. Patrick GLENN, « Class Actions in Ontario and Québec », (1984) 62-3 R. du B. can. 247, 271-272 ; P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 44-56 et p. 274-278 ; S. E. FINN, préc., note 3, p. 48, 59, 80-88 ; S. AMRANI MEKKI, préc., note 3, 353 ; comp. les commentaires de G. PICHÉ, préc., note 112, à la p. 159.

La loi ne demande pas au juge saisi d'une action collective d'être neutre, au moins sur le plan processuel. Dans ce cadre, elle lui demande de veiller aux intérêts des membres absents²⁷³. Certains ont pu affirmer que « [l']intérêt collectif élève le juge au rang de gardien et se place lui-même au sommet des enjeux de la poursuite civile »²⁷⁴. Bien sûr, le juge doit toujours tenir compte « du meilleur intérêt de la justice » (art. 9 al. 3 C.p.c.). L'action collective toutefois ne mobilise pas, à proprement parler, cet intérêt public qu'est celui de la justice; elle meut plutôt une collectivité d'intérêts privés, ceux de membres du public constituant un groupe²⁷⁵. Cette collectivité n'est pas une personne (ni d'ailleurs un patrimoine), mais bien plusieurs, et l'intérêt qu'elle recouvre ne correspond pas nécessairement à la somme des intérêts individuels des membres qui la composent, qui ne sont pas nécessairement, du reste, parfaitement alignés²⁷⁶.

III. (Pistes de) réflexion

Pivot de l'action collective, le représentant²⁷⁷? Voilà qui est discutable. Il peut être écarté. Ses décisions sont soumises à l'approbation de la Cour. Il ne mène pas le bal. Certes, au stade de l'autorisation, le tribunal est saisi de son histoire, mais même à cette étape préliminaire, il peut être remplacé et, si son défaut d'intérêt seul a emporté le refus de l'autorisation, une nouvelle demande d'autorisation peut être déposée²⁷⁸. Il fait dès lors figure d'anecdote.

²⁷³ *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Corporation Nortel Networks*, 2007 QCCA 1208, par. 32 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 21 fév. 2008, n° 32348); *Option Consommateurs c. Amex*, préc., note 112, par. 61 et 84; *Abihisira*, préc., note 112, par. 41.

²⁷⁴ P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 45, cité avec approbation dans *M.G. c. Selwyn*, préc., note 43, et voir *supra*, note 111.

²⁷⁵ S. C. YEAZELL, 1980 II, préc., note 16; H. P. GLENN, préc., note 16, 72, n° 22; J. W. BURNS, préc., note 240, p. 180; P.-C. LAFOND, préc., note 16; S. E. FINN, préc., note 3, p. 45 et 109-119.

²⁷⁶ *Supra*, II.B. et note 190.

²⁷⁷ Catherine PICHÉ, *Perspectives de réforme de l'action collective au Québec. Rapport préparé à l'attention du ministère de la Justice du Québec – septembre 2019*, p. 20, en ligne : <<https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/4628952>> (« La représentation adéquate est au cœur de l'action collective ou représentative, et sert à la légitimer. ») (ci-après « RAPPORT PICHÉ »), et C. PICHÉ, 2019, préc., note 41, p. 102 (« La représentation par un membre adéquat est au cœur-même de la légitimation de l'action collective et des dérogations nombreuses qu'elle impose au droit privé. »).

²⁷⁸ *Whirlpool c. Gaudette*, préc., note 9; *Hébert*, préc., note 194.

Après l'autorisation, son intérêt ne prime pas celui du groupe et, en règle générale, lui ou un autre, c'est bonnet blanc et blanc bonnet. C'est d'ailleurs rarement par son nom qu'est désigné le dossier, qu'on lui préfère le nom du défendeur (« l'action collective contre Alcoa »²⁷⁹, « le recours contre les écoles privées »²⁸⁰, etc.) ou la matière (« le dossier des opioïdes »²⁸¹, « le dossier de la poussière rouge »²⁸², etc.). Les cyniques diraient que c'est, au mieux, une sorte de mascotte.

Revenons à ce que *représenter* veut dire. Dans le dictionnaire, ce verbe a deux sens. Dans un premier sens, la représentation est la manifestation concrète d'une idée, c'est « rendre présent par son existence, par sa propre présence »²⁸³. C'est exactement son rôle à l'étape de l'autorisation, celui d'un spécimen. Dans un autre sens, « représenter » est une idée, c'est « faire apparaître à l'esprit par l'effet d'une analogie réelle ou supposée ». Le terme a alors pour synonymes « figurer » et « symboliser »²⁸⁴. Entendre: le représentant est un raccourci, commode parce qu'incarné, pour le *groupe* et ses membres.

²⁷⁹ RADIO-CANADA, « 1600 réclamations déposées dans l'action collective contre Alcoa à Baie-Comeau », 15 mars 2023, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1963571/reclamation-action-alcoa-aluminerie-comeau>> ; comp. *Regroupement des citoyens du quartier Saint-Georges inc. c. Alcoa Canada ltée*, C.S. Montréal, n° 655-06-000001-055.

²⁸⁰ RADIO-CANADA, « Le recours collectif contre les écoles privées du Grand Montréal perd de l'ampleur », 18 février 2022, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1863315/services-non-rendus-etablissements-enseignements-privés-pandémie>> ; comp. *Bernard c. Collège Charles-Lemoyne de Longueuil*, C.S. Longueuil, n° 505-06-000023-205.

²⁸¹ RADIO-CANADA, « La Cour suprême entendra des entreprises sur le recouvrement des coûts liés aux opioïdes », 9 novembre 2022, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/2025558/cour-supreme-action-collective-opioides>> (« La Cour suprême du Canada a accepté d'entendre l'appel de quatre entreprises du secteur pharmaceutique qui tentent d'empêcher le gouvernement de la Colombie-Britannique d'intenter une action collective dans le dossier des opioïdes. ») ; comp. *Sandoz Canada Inc. v. British Columbia*, 2023 BCCA 306 (autorisation d'appel pendante, C.S.C., n° 40864).

²⁸² Louis GAGNÉ, « Québec accusé de laxisme dans le dossier de la poussière rouge », *Radio-Canada*, 19 mars 2023, en ligne : <<https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1964186/poussiere-rouge-maizerets-quebec-qualite-air-ministere-environnement-port>> ; Vincent DESBIENS, « La saga judiciaire de la poussière rouge n'ira pas en Cour suprême », *Le Journal de Montréal*, 25 juillet 2023, en ligne : <<https://www.journaldemontreal.com/2023/07/25/la-saga-judiciaire-de-la-poussiere-rouge-nira-pas-en-cour-supreme>> ; comp. *Lalande c. Compagnie d'arrimage de Québec ltée*, C.S. Québec, n° 200-06-000169-139 ; C.A. Québec, n° 200-09-010224-209.

²⁸³ TRÉSOR, préc., note 64, s.v. « représenter ».

²⁸⁴ *Id.*

Ce faisant – et c’est le reproche que je lui fais –, il crée un rapport de projection masquant. Masquant quoi ? Masquant que l’action collective constitue non seulement une dérogation au principe voulant que nul ne peut plaider pour autrui, mais également à l’idée que toute personne peut être entendue dans sa propre cause. Masquant que, plus on se détache des faits, plus on présume et que, « plus il faut [...] le présumer, et plus on légifère »²⁸⁵. Masquant encore un malaise face aux conséquences de ces dérogations sur l’effet relatif de la chose jugée et le rôle traditionnel des tribunaux. Au final, le représentant-mascotte trahit une incapacité à se défaire du paradigme de l’action personnelle mue de façon également contradictoire. C’est la question de l’intérêt pour agir qui se trouve escamotée, et avec elle la réflexion sur ce que signifie l’accès à la justice pour des sujets de droit.

L’intérêt du représentant n’est pas nécessairement congru avec l’intérêt des membres et d’ailleurs, comment est-on passé des intérêts de chacun des membres à leur intérêt – au singulier –, dont le tribunal est le gardien ? Ces intérêts sont-ils coordonnés, juxtaposés, subsumés, confondus ? Y a-t-il création d’une substance nouvelle avec une matière appartenant à autrui ?

C’est ici qu’il convient de considérer la notion d’émancipation, qui, après tout, vaut son titre au présent article. Mais, de l’action collective et du représentant, qui est émancipé, qui est émancipant ? S’agit-il d’émanciper le représentant par rapport à l’action collective ou d’émanciper l’action collective de la figure du représentant ? Et comment ? Considérant l’état actuel de la jurisprudence, la réponse revient sans doute au législateur, mais que l’on me permette de placer le représentant devant quatre pistes.

1. Une solution évidente consisterait à en faire porter davantage au représentant²⁸⁶. Le rôle du représentant est étriqué, qu’on lui donne des habits neufs. Plusieurs représentants s’en sont montrés capables, qui, sans être militants ou doctes, sont bienveillants, scrupuleux : ils vont au-delà du

²⁸⁵ H. P. GLENN, préc., note 16, p. 71, n° 22.

²⁸⁶ Certains l’ont appelé de leurs vœux : Claude MARSEILLE, « Le danger d’abaisser le seuil d’autorisation en matière d’actions collectives — Perspectives d’un avocat de la défense », dans Catherine PICHÉ (dir.), *L’effet de l’action collective*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2018, p. 247, aux p. 252-253 ; *Whirlpool c. Gaudette*, préc., note 9 ; P.-C. LAFOND, préc., note 3, p. 65 ; Maxime NASR, Éric PRÉFONTAINE, Marjorie BOYER et Josy-Ann THERRIEN, « La crise de la quarantaine de la procédure d’autorisation », dans S.F.P.B.Q., préc., note 157, p. 151, à la p. 184 (interrogatoire) ; RAPPORT PICHÉ, préc., note 277, p. 20 (généralement).

« minimalisme » requis. Assurément, le législateur s'est éloigné d'une réforme à l'autre, notamment en retirant l'exigence de la déclaration sous serment, ou en subordonnant l'interrogatoire du représentant à l'autorisation du tribunal²⁸⁷.

Il existe toutefois d'autres manières de raffermir le rôle du représentant, même seulement au stade de l'autorisation. Ainsi, s'il ne présente pas de lien de droit avec l'ensemble de ses défendeurs, le représentant proposé pourrait devoir identifier quelques personnes prétendant au même préjudice que lui. Il en résulterait peut-être des actions collectives plus concentrées, de gestion plus fluide. Autre exemple, dans les matières qui ne relèvent pas de l'intégrité de la personne, le représentant pourrait être tenu de démontrer qu'il n'a pas obtenu satisfaction auprès de son défendeur après des démarches minimales : appel au service à la clientèle, échanges avec le numéro 1-800 en cas de rappel, plainte auprès du Protecteur du citoyen, voire mise en demeure. Cela sera plus proche des exhortations législatives à la coopération et à la prévention du litige. Et qui sait si cela ne pourrait pas aussi atténuer certains effets fâcheux de la règle du premier qui dépose.

Au plan symbolique, on gagnerait sûrement à rappeler que « [d]époser un acte de procédure devant un tribunal judiciaire est un geste grave et empreint de solennité, qui engage l'intégrité de celui qui en prend l'initiative »²⁸⁸ (ou qui la laisse être prise en son nom). Le représentant qui s'engagerait à des conditions ainsi rehaussées ferait honneur au rôle de *demandeur* qu'il porte une fois l'action collective autorisée.

2. Une deuxième voie d'émancipation consisterait à mettre en évidence que l'on statue sur l'intérêt de membres absents et anonymes dont l'agentivité n'est aucunement sollicitée.

D'une part, la qualité de représentant (ou de demandeur) pourrait être limitée à des personnes spécifiques, tenues pour mieux placées pour entreprendre et mener à bien ces procédures de grande envergure. C'est l'approche qu'a retenue la directive européenne relative aux actions représentatives²⁸⁹,

²⁸⁷ Voir P.-C. LAFOND, 2006, préc., note 42, p. 96-97 ; *Infineon*, préc., note 22, par. 66 ; *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7 (art. 150).

²⁸⁸ *El-Hachem c. Décary*, 2012 QCCA 2071, par. 10.

²⁸⁹ UNION EUROPÉENNE, *Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts*

qui n'accorde la qualité de représentant qu'à des « entités qualifiées »²⁹⁰ et la refuse aux individus dont les droits individuels seraient pourtant en cause s'ils agissaient personnellement, et ce, fussent-ils les fondateurs de ces associations d'intérêts.

D'aucuns ont parlé des avantages « incomparables » des associations, eu égard à leur pouvoir médiatique ou à la mobilisation de leurs membres²⁹¹. On peut aussi croire que l'expertise et les règles de gouvernance des associations permettront d'éviter certaines difficultés déontologiques posées par le modèle actuel en assurant un contrepois décisionnel à l'avocat²⁹². En outre, sous réserve d'éventuelles balises législatives, rien ne limite les matières pour lesquelles une entité représentative peut être créée : le droit de la consommation, de la concurrence, de la sécurité des produits et le droit de l'environnement (au sens large) s'y prêtent peut-être bien, mais des actions collectives mues par des associations ont été autorisées au Québec en matière de logement²⁹³, de Chartes²⁹⁴ ou d'agressions contre la personne²⁹⁵.

Dans son état actuel, le droit québécois permet à des entités sans droit d'action personnel d'ester en justice à titre de représentant, sans pour autant

collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE, J.O.U.E., 4 déc. 2012, p. L 409/1 (ci-après « DAR »).

²⁹⁰ Les « entités qualifiées » transfrontières sont nécessairement des personnes morales à caractère non lucratif; elles doivent justifier un an d'activité publique dans le domaine en cause et ses objectifs statutaires doivent démontrer un intérêt légitime; elles doivent être solvables, indépendantes et transparentes (art. 4(3) DAR). Pour les entités qualifiées nationales, chaque État est libre d'ajouter ou de retirer des critères, pourvu que ces exigences nationales restent compatibles avec celles de la DAR (art. 4(4) DAR), par exemple, augmenter la période d'activité (ce qui sera moins propice à la formation d'association *ad hoc* découlant d'un événement précis), préciser la part de financement admissible du demandeur par le défendeur (5 % en Allemagne) ou exiger un nombre minimal de membres ou de cotisants. Voir : *Actions représentatives 2022-2023*, document de référence préparé par CONSUMERPRO pour la Commission européenne, Luxembourg, décembre 2022, en ligne : <https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/consumerpro_redress_LU_2022.pdf>.

²⁹¹ P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 96.

²⁹² *Union des consommateurs c. Air Canada*, préc., note 31, par. 83.

²⁹³ Par exemple, *Regroupement des comités logement et associations de locataires du Québec c. Société d'habitation du Québec*, 2011 QCCS 6115.

²⁹⁴ Par exemple, *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4694.

²⁹⁵ Par exemple, *Patro Lokal c. Trudel*, préc., note 148.

en faire le modèle de référence. Comme on l'a vu, elles sont présentes, mais pas majoritaires à se voir attribuer le rôle de représentant. On se souviendra que les débats de 1978 rappelaient l'importance de l'initiative privée dans le choix des actions en justice, dans l'idée que les consommateurs sont parfois mieux à même que les institutions publiques ou privées de reconnaître les effets abusifs de certaines pratiques de commerce²⁹⁶. On se souviendra aussi que dans l'état actuel du droit québécois, il est possible que les objets de l'entité représentative ne coïncident qu'avec celui d'un des membres²⁹⁷.

Pour faire reposer le régime de l'action collective sur les seules épaules d'entités, il faudrait s'interroger sur leur qualité pour agir, préférablement par rapport aux catégories existantes du droit privé, à commencer par celle de « partie » et d'« autrui », et sur leur intérêt. Exerceraient-elles un droit d'action « en propre » ou « pour les membres » ? Quelles sont les conséquences de ce choix sur les droits des membres ? Quelle part de convergence sera nécessaire entre leurs intérêts et la cause d'action *envisagée* ? Certains types de redressement doivent-ils être écartés de leur champ d'action ? Comment répartir les bénéfices d'une éventuelle condamnation à une réparation financière entre l'association et ses membres²⁹⁸ ?

Ce qui est certain – et qui a le mérite de la clarté –, c'est que le modèle de l'« entité qualifiée » met en lumière le fait que l'action collective est souvent un recours d'anonymes sur les droits desquels le tribunal se trouve à statuer, sans qu'ils n'interviennent nécessairement de manière agitive.

3. Tout à l'inverse, des auteurs suggèrent de reconnaître cette absence d'agentivité et de charger un troisième joueur d'assurer la préservation de l'intérêt du groupe. La logique ne serait plus binaire, mais tripartite. Comme l'avocat de l'enfant, le contrôleur en matière de faillite, un avocat ferait au tribunal des représentations indépendantes sur tout sujet d'intérêt pour les membres²⁹⁹, ou seulement en cas de règlement³⁰⁰. Si la proposition a ceci d'intéressant qu'elle permettrait de restituer le tribunal à sa position plus

²⁹⁶ *Supra*, note 134.

²⁹⁷ *Supra*, § II.E.2.

²⁹⁸ Voir à ce sujet C. PICHÉ, 2019, préc., note 41, p. 261-263.

²⁹⁹ J. W. BURNS, préc., note 240, p. 195 (*class controller*) et Jill E. FISCH, « Class Action Reform, *Qui Tam*, and the Role of the Plaintiff », (1997) 60 *L & CP* 167, 178-179.

³⁰⁰ W. WINKLER et S. MATTHEWS, préc., note 218.

habituelle qui consiste à trancher entre des prétentions sans surveiller activement le processus, elle présente toutefois certains inconvénients, à commencer par un encombrement des rôles (si l'on me passe l'expression).

La rémunération du contrôleur est ici une question brûlante. Bien sûr, pour éviter une ponction supplémentaire dans les indemnités aux membres, la fonction pourrait être institutionnalisée, par exemple, en modifiant la mission du FAAC³⁰¹. Il y a plus que ces considérations pécuniaires en jeu toutefois. Le contrôleur, sans doute, développera une certaine expertise, des barèmes, des grilles d'analyse, pourra comparer les procédures, les conventions de financement ou d'honoraires, les exclusions, les transactions. Mais quel sera son rapport au groupe? N'est-il pas un peu paternaliste? Comme *amicus curiae*, n'est-il pas en marge du principe de contradiction³⁰²? Et si, usurpant le rôle que l'on souhaiterait que le représentant tiennne, il sonde les membres du groupe, n'a-t-on pas simplement déplacé un problème pour perpétuer la fiction qu'il existe une «partie demanderesse»?

4. À ce compte, la quatrième voie paraît plus simple, qui consisterait simplement à ne plus désigner de représentant. Si elle n'est pas incompatible avec l'abolition du stade de l'autorisation³⁰³, il s'agit bien d'une proposition distincte. En reconnaissant que la figure du représentant n'est qu'un

³⁰¹ Dont la jurisprudence remarque qu'il se prononce parfois au-delà de l'intérêt que lui attribue la loi: *Option Consommateurs c. Union canadienne*, 2012 QCCS 7154, par. 66; *Union des consommateurs c. Telus Communications inc.*, 2021 QCCS 2681, par. 29 et suiv.

³⁰² Voir l'article 17 C.p.c. et *Daunais c. Honda Canada inc.*, 2022 QCCS 2485, par. 86-87.

³⁰³ Suggéré par exemple dans *Charles c. Boiron Canada inc.*, 2016 QCCA 1716, par. 73 (autorisation d'appel refusée, C.S.C., 4 mai 2017, n° 37366); *Copibec, C.A.*, préc., note 65, par. 136 ou RAPPORT PICHÉ, préc., note 277, p. 66-69. L'Australie ne connaît pas de «stade de l'autorisation», permettant en tout temps aux défendeurs de demander la «décertification» de l'action collective; la commission de réforme du droit n'a pas retenu la proposition: AUSTRALIA, LAW REFORM COMMISSION, *Integrity, Fairness and Efficiency – An Inquiry into Class Action Proceedings and Third-Party Litigation Funders. Final Report*, ALRC Report 134, décembre 2018, p. 101-102, en ligne: <https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/alrc_report_134_webaccess_2.pdf>; à l'inverse, l'Ontario a rejeté une proposition d'abolition du stade de l'autorisation, optant plutôt pour un renforcement des critères: ONTARIO, LAW REFORM COMMISSION, *Class Actions: Objectives, Experiences and Reforms: Final Report*, Toronto, juillet 2019), en ligne: <<https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2019/07/LCO-Class-Actions-Report-FINAL-July-17-2019.pdf>>, et *Smarter and Stronger Justice Act*, L.O. 2020, c. 11. Voir: M. NASR *et al.*, préc., note 286.

paravent, l'analyse pourra se préciser sur ce qui est réellement en débat, soit les intérêts du groupe, et ce, tant au stade de l'autorisation que sur le fond.

Afin d'assurer à l'action envisagée un caractère concret, on pourrait substituer l'exigence de présenter au tribunal *un* cas par celui de présenter *un certain nombre* de cas, sept, quinze, cent. Il ne s'agit pas ici d'un tour de passe-passe, et de remplacer le représentant par une poignée de membres, c'est plutôt l'idée de mettre l'accent sur le groupe. L'action collective n'est pas qu'un litige individuel multiplié par le nombre de membres, elle avance comme un litige de groupe, voire avec le groupe comme unité de référence³⁰⁴, avec des difficultés qui lui sont propres et qui diffèrent de celles d'un litige bilatéral, ou d'une juxtaposition de tels litiges.

L'obligation de présenter un certain nombre de cas semblables est susceptible d'éviter d'ériger des anomalies en règle, d'assurer l'existence d'un groupe, de diluer d'éventuelles particularités du représentant actuel et de faire ressortir des situations récurrentes dont il pourrait être opportun de faire des questions communes plus tôt que tard³⁰⁵. Elle permettrait de réfléchir différemment aux questions financières, qu'il s'agisse du financement par les tiers ou de l'importance relative de la convention d'honoraires, et encore de rendre moins oblique le rapport entre les avocats de la demande et le groupe³⁰⁶. La proposition est moins radicale qu'il n'y paraît : en pratique, c'est peut-être celle qui modifie le moins les pratiques actuelles, sinon pour les recentrer sur les éléments véritablement collectifs, puisque le tribunal saisi devra tout de même se poser la question de l'existence d'un groupe bien défini, d'un syllogisme juridique³⁰⁷, de questions communes et de leur rapport à d'éventuelles questions individuelles en bénéficiant

³⁰⁴ A. NADEAU, préc., note 62, p. 104, suggère dès 1978 qu'il est en vérité de l'« unité de base du recours [collectif] ».

³⁰⁵ J. W. BURNS, préc., note 240, 195.

³⁰⁶ Comp. P.-C. LAFOND, préc., note 5, p. 423; Catherine PICHÉ, *Le règlement à l'amiable de l'action collective*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 103; M. NASR et V. SANSCARTIER, préc., note 48; P.-C. LAFOND, préc., note 3, p. 92; *Filion*, préc., note 48, par. 48; *Belley c. TD Auto*, préc., note 47; *Gaudette c. Whirlpool*, préc., note 47, par. 10; *Option Consommateurs c. Samsung Electronics Canada Inc.*, préc., note 48, par. 36-39, 50.

³⁰⁷ Des recherches empiriques suggèrent que 70 % des recours qui ne sont pas autorisés échouent faute de satisfaire l'exercice de logique requis par le paragraphe 575(2) C.p.c. : C. PICHÉ, 2018, préc., note 41, 550.

d'exemples incarnés. Identifier clairement les opérateurs et les intérêts permettrait sinon d'éviter une diminution des droits individuels des membres du groupe dans une fiction collective, au moins de choisir une telle voie en toute connaissance de cause³⁰⁸. Comme le droit québécois a admis qu'il peut exister des patrimoines sans titulaire, il admettrait qu'il existe des recours sur intérêts plutôt que sur droits.

*
* *

Au théâtre, on appelle « arlésienne » un personnage qu'on ne voit jamais³⁰⁹. Le représentant n'est pas une arlésienne : si son rôle est minimal, il demeure inscrit en haut des procédures, brandi à l'autorisation et son apport *relatif* continue d'animer la jurisprudence. Pourtant, s'il y a un acteur essentiel à l'intrigue, à mettre à l'avant-scène, ce n'est pas le représentant, c'est plutôt le groupe. Au final, c'est peut-être de son émancipation à lui qu'il faut se préoccuper.

³⁰⁸ Voir à ce sujet : John C. COFFEE Jr., « Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation », (2000) 100 *C.L.Rev.* 370.

³⁰⁹ Comme Protopopov dans *Les Trois Sœurs* de Tchekhov (1901), la femme de Columbo ou Bob Sacamano dans la série *Seinfeld*.