Valeurs mobilières et actions collectives : l'autorisation préalable à l'autorisation d'une action collective

9 février 2018

Auteur

Laurence Bich-Carrière

Associée, Avocate

Toute personne qui désire intenter une action en dommages-intérêts relativement à des dommages subis sur le marché secondaire des valeurs mobilières doit démontrer que son action est intentée de bonne foi et présente une possibilité raisonnable de succès (art. 225.4 *Lvm*). Au Québec[1], comme ailleurs au Canada[2], aucune divulgation préalable de preuve ne peut être obtenue de la partie adverse dans le cadre de cette démonstration. La procédure prescrite par la *Lvm* suffit, et il n'est pas utile d'invoquer le Code de procédure civile à titre supplétif.

La personne qui entend exercer une telle action en dommages par voie d'action collective doit en outre – et, logiquement, de façon postérieure – démontrer qu'elle satisfait les critères d'autorisation de l'action collective (art. 575 Cpc). La Cour ne se prononce pas explicitement sur le droit à la divulgation préalable de la preuve à cet égard.

Par ailleurs, cette personne, comme toute personne ayant subi un dommage, dispose d'un droit d'action direct contre l'assureur de l'auteur de son préjudice (art. 2501 CcQ). Elle peut donc, sans égard ni à la matière (le marché secondaire) ni au véhicule procédural (l'action collective) de son recours, obtenir les documents nécessaires à l'exercice de ce droit d'action, en l'occurrence, le contrat d'assurance.

Dans son récent arrêt *Amaya inc. c. Derome*, 2018 QCCA 120, la Cour d'appel se prononce sur l'interaction entre la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c.V-1.1 (Lvm) et les règles propres à l'action collective dans le cadre de demandes de divulgation préalable de documents formulées par des investisseurs contre un émetteur public. Résumé d'une décision attendue.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Le cadre particulier de la *Lvm*

La *Lvm* encadre la disponibilité des recours relatifs aux marchés financiers. Bien que de tels recours puissent être introduits individuellement, l'action collective est perçue comme un véhicule de choix [traduction] «?puisque les émetteurs inscrits comptent bon nombre d'investisseurs se trouvant dans des circonstances semblables et, s'il y a un problème, ils se regrouperont vraisemblablement de manière à se prévaloir des avantages de l'action collective?»[3]. Le caractère collectif de telles réclamations n'est toutefois pas une condition nécessaire à leur recevabilité suivant la *Lvm*.

En ce qui concerne les recours visant le marché secondaire, l'article 225.4 *Lvm* impose à tout investisseur, qu'il agisse personnellement ou à titre de représentant d'un groupe envisagé, d'obtenir une autorisation préalable de la cour avant d'intenter son action. Cette restriction a été dictée par une volonté législative – par ailleurs partagée entre les différentes législatures canadiennes[4] – de préserver la confiance du public dans les marchés boursiers[5], mais également de protéger les émetteurs publics contre des recours introduits par opportunisme, dans l'espoir d'obtenir un règlement plutôt que pour obtenir l'indemnisation d'un préjudice réel[6]. À ce compte, l'investisseur qui se dit floué devra démontrer au tribunal auquel l'autorisation est demandée que le recours entrepris l'est «?de bonne foi et qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause?» (art. 225.4 al. 3 *Lvm*). Cette démonstration devrait survenir aussi tôt que possible, afin que les ressources judiciaires ne soient engagées que pour des débats méritoires.

Interaction avec l'action collective

Si le recours prend en outre la forme d'une action collective, l'investisseur devra par la suite démontrer que le recours envisagé satisfait les critères de l'autorisation d'une action collective (art. 575 Cpc), fardeau dont la légèreté est acquise, s'agissant simplement de démontrer, quant au fond, que les «?faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées?» (art. 575[3] Cpc)[7].

Non seulement la *Lvm* et le *Cpc* posent-ils des fardeaux distincts, mais l'autorisation qu'ils commandent intervient à des moments distincts dans la logique du recours : l'autorisation requise par l'article 225.4 *Lvm* doit, en toute logique, précéder celle imposée par l'article 575 Cpc, bien que rien n'empêche qu'un seul jugement dispose des deux questions[8].

Ces distinctions posées, il ressort que toute demande visant à permettre à un investisseur de satisfaire le fardeau de l'article 225.4 *Lvm* doit être analysée selon les règles que pose cette disposition et non celles propres à l'action collective[9]. Le jugement dont appel n'est donc pas un [traduction] « jugement préalable autorisant une action collective », mais bien un [traduction] « jugement préalable autorisant un recours en vertu de la Loi sur les valeurs mobilières »[10]. Partant, il doit être contrôlé suivant les prescriptions et l'esprit de cette loi[11].

Le jugement dont appel

En l'espèce, le juge de première instance avait fait droit à une demande de divulgation documentaire, s'appuyant sur les principes généraux de la procédure civile québécoise, au premier chef, le devoir de collaboration des parties (art. 20 Cpc)[12]. Il parvenait ainsi à une solution unique dans le paysage juridique canadien[13].

Après avoir conclu que le jugement dont appel, rendu en cours d'instance, dépassait largement le cadre de la conférence de gestion dans laquelle il avait été prononcé pour trancher une question de

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

principe[14], et que les critères d'autorisation applicables, soient ceux de l'article 31 al. 2 Cpc, étaient satisfaits[15], la Cour d'appel devait s'interroger sur le bien-fondé de la décision du juge de première instance de recourir aux principes généraux de la procédure civile québécoise pour trancher les demandes de divulgation documentaire qui lui avaient été soumises.

S'il est vrai que les principes généraux du Code de procédure civile peuvent suppléer aux silences des autres lois[16], encore faut-il qu'un tel silence existe. Or, selon la Cour d'appel, lorsque l'on considère les raisons d'être et l'historique de l'article 225.4 *Lvm,* notamment son objectif d'écarter aussi tôt que possible les recours opportunistes[17] et l'uniformité des dispositions en la matière au Canada[18],on ne peut considérer qu'un tel silence existe. Au contraire, les juges chargés d'autoriser de tels recours doivent, afin d'éviter de court-circuiter l'exigence de l'autorisation préalable, les recherches à l'aveuglette et les mini-procès, obliger les demandeurs à satisfaire eux-mêmes leur fardeau[19]. Ni la combinaison des articles 20 et 221 Cpc ni le cadre particulier de l'action collective ne peuvent fléchir cet interdit[20].

La demande documentaire visant à permettre aux investisseurs de satisfaire le fardeau préalable imposé par l'article 225.4 *Lvm* aurait donc dû être rejetée. Par contre, celle visant l'obtention de contrats d'assurance ne relevait pas du cadre particulier de l'article 225.4 *Lvm.* Par conséquent, la Cour d'appel n'intervient pas dans l'ordonnance du juge de première instance, qui a estimé qu'elle était justifiée dans la mesure où elle permettait d'identifier des parties potentielles au litige, au regard du principe de collaboration (art. 20 Cpc), mais surtout du principe développé de longue date voulant que le tiers souhaitant exercer son droit d'action contre l'assureur de l'auteur de son préjudice puisse obtenir tous les documents nécessaires à l'exercice utile de ce droit (art. 2501 CcQ)[21]. L'arrêt ne se prononce pas directement sur la possibilité pour la demande d'obtenir «la présentation d'une preuve appropriée» au sens de l'article 574 al. 3 Cpc – un type de demande traditionnellement tenu comme devant relever de la contestation, c'est-à-dire être le fait de la défense – dans la mesure où les allégations de la demande d'autorisation d'une action collective doivent, à ce stade, être tenues pour avérées[22].

En bref

L'article 225.4 *Lvm* est la manifestation québécoise d'une volonté commune des législateurs canadiens de créer un filtre en matière de recours touchant le marché secondaire, afin de préserver la confiance des investisseurs et de décourager les poursuites frivoles. Par conséquent, aucune demande de divulgation préalable visant à satisfaire le critère de l'autorisation posé par l'article 225.4 *Lvm* nedevrait être accordée, ni dans un contexte d'action collective ni autrement. Par contre, la demande de divulgation qui a un autre objet que celui-là –celle cherchant à attraire un assureur au dossier par exemple– sera évaluée selon les règles ordinaires de la procédure civile québécoise.

---

1. *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada inc.*, [2015] 2 RCS 106, 2015 CSC 18
2. *Banque canadienne impériale de commerce c. Green*, [2015] 3 RCS 801, 2015 CSC 60
3. Par. 52
4. Par. 97
5. Par. 84
6. Par. 49 et 84; suivant notamment *Theratechnologies Inc. c. 121851 Canada inc.*, [2015] 2 RCS 106, 2015 CSC 18 ou *Banque canadienne impériale de commerce c. Green*, [2015] 3 RCS 801, 2015 CSC 60
7. Par. 50
8. Par. 20, 46 et 54
9. Par. 45
10. Par. 42, 45 et 55

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

11. Par. 55
12. *Derome c. Amaya inc.*, 2017 QCCS 44, par. 79 *et s.*
13. Par. 36; comparer : *Mask v. Silvercorp Metals Inc.*, 2016 ONCA 641 et *Mask v. Silvercorp Metals Inc.*, 2014 ONSC 4161 - permission d'appeler refusée : *Mask v. Silvercorp Metals, Inc.*, 2014 ONSC 464 (Ont. Div. Ct); *Bayens v. Kinross Gold Corp.*, 2013 ONSC 6864; *Silver v. Imax*, (2009) 66 B.L.R. (4th) 222, *leave to appeal ref'd*, *Silver v. Imax,* 2011 ONSC 1035 (Ont. Div. Ct)
14. Par. 66 *et s.*, la permission d'appeler avait été déférée à une formation de la cour : *Amaya inc. c. Derome*, 2017 QCCA 335.
15. Par. 73 à 79
16. Par. 100 *et s.*, citant l'alinéa 3 de la disposition préliminaire du *Code de procédure civile,* RLRQ, c. C-25.01 voulant qu'«?Enfin, le Code s'interprète et s'applique comme un ensemble, dans le respect de la tradition civiliste. Les règles qu'il énonce s'interprètent à la lumière de ses dispositions particulières ou de celles de la loi et, dans les matières qui font l'objet de ses dispositions, il supplée au silence des autres lois si le contexte le permet.?»
17. Par. 49 et 84
18. Par. 9 et 97
19. Par. 9 et 93
20. Par. 106 et 107
21. *Collège d'enseignement général et professionnel de Jonquière (CÉGEP) c. Champagne*, 1996 CanLII 4413 (CA)
22. *Benizri c. Canada Post Corporation*, 2016 QCCS 454, par. 6

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.