

## Prendre la tête du peloton

La technologie et la complexité expliquent l'émergence de contentieux à l'américaine au Canada

Par Joelle Gott, Ron Graham, Eric Khan, Bob Low et Dave Stewart

Le monde des recours collectifs est en plein bouleversement au Canada. Cela fait presque 20 ans que la *Loi sur les recours collectifs* du gouvernement fédéral est entrée en vigueur, et plus d'une décennie depuis que les tribunaux provinciaux, même ceux des provinces n'ayant pas leur propre loi en la matière, peuvent autoriser un recours collectif grâce à une décision de la Cour suprême du Canada. Ces phénomènes laissent entrevoir l'évolution inévitable vers des procédures en recours collectif à l'américaine au pays.

L'incidence directe pour les entreprises canadiennes, ayant ou non des activités aux États-Unis, est claire : les recours collectifs se multiplient dans toutes les régions du pays. Les organisations les considèrent comme des frais de fonctionnement nécessaires – au même titre que la souscription d'une assurance ou la mise en œuvre d'un plan de reprise des activités – et sont conscientes de la nécessité d'investir dès le départ dans des mesures de protection. Autrement, elles peuvent se voir exposées à un plus grand risque, tant sur le plan du résultat net que de leur réputation.

Plusieurs facteurs expliquent pourquoi l'émergence des recours collectifs a tant tardé au Canada. Il y a notamment les différences entre les styles américain et canadien de jugements, et le fait que cela prend en général des années aux avocats des plaignants pour réunir les fonds nécessaires afin de pouvoir engager ce genre de poursuites. Les recours collectifs commencent à prendre leur élan au Canada, un grand nombre d'avocats de plaignants ayant eu l'occasion de tâter le terrain.

« Selon notre expérience transfrontalière, les avocats de la demande chevronnés au Canada ont des relations étroites avec les principaux joueurs américains en recours collectifs, indique Eric Khan, qui dirige chez Deloitte le groupe spécialisé en recours collectifs. Cette réalité, associée aux modifications des lois provinciales sur les valeurs mobilières, a donné lieu à un afflux de recours collectifs au Canada. »

« C'est comme un jeu de dominos, précise Ron Graham, associé délégué qui s'occupe d'administration de recours et de prêts. Une fois que l'avocat des plaignants a le dessus sur un défendeur donné, d'autres défendeurs dans des secteurs similaires deviennent des proies faciles. »

Les spécialistes du droit s'intéressent particulièrement à ce qui sous-tend ces changements et à la manière de mieux se préparer pour aider les entreprises à s'orienter dans ce contexte de plus en plus complexe.

Même si le milieu du droit comprend bien les quatre principales étapes du cycle de vie d'un recours collectif – obtention des informations et des données nécessaires, certification de l'instance à titre de recours collectif, établissement de la responsabilité et calcul des dommages-intérêts et, enfin, administration des conditions du règlement ou des termes du jugement – la modification du traitement des recours collectifs au Canada ainsi que l'évolution rapide de la technologie et des processus de gestion augmentent le degré de complexité. Cela renforce l'importance de s'appuyer sur les meilleures pratiques, que ce soit pour représenter le demandeur ou le défendeur, et justifie l'obtention de l'aide d'un tiers, peu importe le camp dans lequel on se situe.



# Obtention d'informations et de données de qualité

Longtemps avant la certification d'un recours collectif, la qualité et l'organisation des données relatives au problème en cause constituent la clé du succès ou de l'échec du recours. Pour obtenir des données de qualité, il faut notamment :

- déterminer, obtenir et préserver les éléments de preuve;
- les examiner et les analyser;
- réaliser les entrevues nécessaires.

Il est essentiel de comprendre quelles sont les données pertinentes pour l'affaire et comment les extraire en toute sécurité des systèmes de l'organisation. En général, il existe deux grands types de renseignements commerciaux :

- **Des données structurées.** Cela comprend les relevés bancaires, les listes de clients, toutes données stockées sous une forme structurée, notamment dans une base de données, une feuille de calcul ou tout système et toute application de structures similaires.
- **Des données non structurées.** Cela comprend les courriels, les lettres, les messages instantanés ou tout autre contenu qui n'est autrement pas facilement structuré ou classé.

Quelle que soit leur forme, il est plus difficile d'obtenir les données nécessaires dans le cadre des recours collectifs en raison de la longue période qu'ils couvrent.

« Selon notre expérience, à mesure que l'on recule dans le temps, la difficulté de mettre ces données en correspondance devient exponentielle, souligne Dave Stewart, leader national de la pratique d'analytique et de juricomptabilité informatique de Deloitte. Certains de ces recours remontent à de nombreuses années. Entre-temps, l'entreprise est devenue plus complexe, et les systèmes et processus opérationnels ont probablement été mis à jour. »

La dépendance des entreprises à l'égard des systèmes électroniques donne lieu à de plus en plus de données stockées. La création accélérée de données représente un défi considérable à ce stade, car elle complique toute tentative de satisfaire aux exigences de conservation des documents. Il faut soigneusement évaluer les données pour n'extraire et ne préserver que celles qui concernent la cause.

Le support papier et les microfiches posent un autre problème, car l'extraction de données, même de base, peut être laborieuse. Les processus automatisés permettant de transformer la pile de papier en base de données interrogeable ont évolué. Ainsi, les spécialistes judiciaires peuvent déterminer les secteurs où l'on peut réduire le travail manuel.

## La complexité accrue n'est pas une excuse

Même si la complexité et les longues périodes d'examen peuvent augmenter le coût de la collecte des données se rapportant à un recours collectif et le travail qui y est associé, cela n'excuse pas nécessairement la non-conformité. Comme nous l'avons vu dans des décisions récentes, les tribunaux acceptent de moins en moins les affirmations de la défense selon lesquelles les dommages ne sont pas quantifiables.

« Dans un recours collectif, la cour ne se soucie pas de la manière dont vous avez géré votre entreprise au fil des ans, poursuit M. Stewart. Si la cour demande une analyse qualitative, il faut la produire, même si la tâche est complexe. Les entreprises ne peuvent se soustraire à la demande de la cour sous prétexte que cela leur coûte trop cher ou qu'il est trop difficile de réfuter les allégations du groupe demandeur. »

Il est essentiel de comprendre les processus opérationnels – comment les informations circulent dans les différents systèmes et processus, dans l'ensemble de l'entreprise et entre cette dernière et ses parties prenantes – pour réduire la complexité et déterminer les données pertinentes. Il est également fondamental d'obtenir les données à toutes les étapes du processus. Les avocats des plaignants peuvent soulever tout doute sur l'intégrité des données pour contester la validité des arguments présentés à la cour. Des expertises informatiques peuvent déterminer si l'on a falsifié les données, et les compétences en investigation informatique permettent de gérer diverses ordonnances de communication.

Les personnes sont également importantes, car elles sont souvent les seules ressources qui comprennent le mode d'interaction des différents systèmes.

### **Vers qui me tourner?**

« Il est souvent difficile de saisir le nombre et la diversité de systèmes et d'applications participant à l'enregistrement d'une opération, souligne M. Stewart. C'est pourquoi il est essentiel de faire appel au service informatique et à d'autres dirigeants de l'entreprise qui comprennent l'agencement de l'ensemble. »

Même si cela peut prendre beaucoup de temps, ce type de discipline est nécessaire pour comprendre où se trouvent les informations pertinentes. Le manque de transparence au stade précoce d'une cause peut affaiblir un argument juridique prédéterminé et se traduire par une accusation de spoliation si les données ne sont pas préservées conformément aux directives de la cour. C'est là que les spécialistes en examen judiciaire et en analyse de données s'avèrent utiles.

« Lorsque vous êtes à la recherche de spécialistes en examen judiciaire de données, retenez des personnes qui ont déjà mis en œuvre des solutions adaptées aux besoins des entreprises clientes et qui comprennent comment la mise en place de systèmes influe sur les processus opérationnels, conseille M. Stewart. En raison des longues périodes couvertes par de nombreux recours collectifs, on a souvent affaire à plusieurs systèmes non intégrés. Il est donc essentiel de savoir comment faire communiquer ces systèmes entre eux. »

« Vos activités consistent à gérer votre entreprise et non pas un recours collectif ou la défense à un tel recours, ajoute-t-il. Attribuer la tâche de gérer le recours collectif à des personnes qui excellent dans la gestion opérationnelle peut exposer l'entreprise à un risque inutile. »

En raison de l'évolution rapide de la technologie, la courbe prix-performance de l'investigation informatique, de l'analyse de données judiciaires et d'autres aspects essentiels de l'obtention de données évolue aussi rapidement. « La technologie actuelle utilisée pour contrôler vos informations évolue plus rapidement que prévu, soutient M. Stewart. Ce qui semblait impossible il y a quelques années est devenu une réalité. »

# Contestation de la certification de recours collectif

L'exception du Code civil du Québec, le système judiciaire exige que les cinq conditions suivantes soient réunies pour certifier un recours collectif : il faut qu'il y ait une cause d'action, un groupe identifiable, des questions communes, un représentant des demandeurs approprié et qu'il s'agisse du meilleur moyen. Même si les conditions à réunir pour qu'un tribunal certifie qu'il s'agit d'un recours collectif sont généralement acceptées dans toutes les provinces, le mode de contestation de la certification par les équipes de la défense est en voie de changer, en grande partie à cause de deux décisions.

En 2007, on a publié les décisions sur la certification des recours collectifs *Markson c. Banque MBNA Canada et Cassano c. La Banque Toronto-Dominion*. Par suite de ces décisions, les stratégies de défense ont évolué; on conteste maintenant les arguments des demandeurs en invoquant le meilleur moyen de régler les questions communes. Cela peut comprendre des mesures préventives comme des programmes d'indemnisation volontaires ou d'autres mécanismes similaires de règlement des différends que les tribunaux pourraient considérer comme de bonnes solutions de rechange aux recours collectifs. « Cependant, la magistrature canadienne a donné peu de directives sur le caractère acceptable des programmes de mesures correctives proactifs, comme on peut le constater dans les affaires *Hollick c. La ville de Toronto*, *Bittner c. Louisiana-Pacific Corp.* et *Pearson c. Inco Ltée*. Elle a aussi clairement fait ressortir des lacunes dans des affaires comme *Rumley c. Colombie-Britannique*, *Brimmer c. VIA Rail* et *Olson c. Behr Process* », souligne M. Khan.

Dans la lutte pour éviter la certification, les avocats peuvent faire appel à des conseillers externes pour mieux cerner le groupe, critiquer les méthodes d'évaluation des pertes proposées par les experts des demandeurs, et démontrer aux membres du groupe le caractère unique des calculs des pertes.

## Défense par attaque préventive

Devant la popularité croissante de l'invocation du meilleur moyen de régler les questions communes pour contester la certification, les avocats d'entreprises à la recherche de conseils pour établir un plan de règlement de rechange peuvent faire appel à des conseillers indépendants qui possèdent de l'expérience dans ce domaine.

« Un programme préétabli, comme un programme d'indemnisation volontaire, doit réunir trois conditions pour être considéré comme une solution de rechange adéquate à une procédure de recours collectif », selon M. Khan. Ces conditions sont les suivantes :

- Le processus de détermination des réclamations est transparent et cohérent.
- Les droits au règlement sont justes et raisonnables.
- Le mécanisme de règlement des différends est facilement accessible.

Les entreprises évaluent maintenant les risques respectivement associés à l'attente d'une poursuite éventuelle et à l'adoption d'une approche préventive. Les organisations qui prennent les devants en anticipant les poursuites éventuelles et en se préparant en conséquence peuvent atténuer le risque d'être exposées à une perte fiscale importante et de voir leur image de marque ternie.

« Il vaut vraiment la peine d'étudier les stratégies préventives, affirme M. Khan. Lorsqu'on s'y prend tôt, on peut maximiser les possibilités d'une issue favorable. »

« Certaines entreprises ne veulent pas de la notoriété publique associée au statut de défendeur dans un recours collectif, fait observer M. Graham. Les litiges à long terme peuvent peser sur l'exploitation. Même si elle n'est pas importante sur le plan financier, l'affaire peut être suffisamment délicate pour que vous ne vouliez pas voir le nom de votre entreprise traîné en cour pendant des années. »

En général, les défendeurs qui règlent les affaires de façon préventive arrivent à mieux contrôler le processus. L'adoption de mesures proactives telles qu'un programme d'indemnisation volontaire a aussi d'autres avantages, dont les suivants :

- permettre à la direction de se concentrer de nouveau sur les activités prioritaires génératrices de revenus;
- préserver l'investissement dans l'image de marque et la survaleur;
- maintenir ou accroître la loyauté et la satisfaction des employés;
- respecter les exigences en matière de gouvernance d'entreprise;
- réduire l'incitatif pécuniaire des avocats des plaignants;
- isoler les groupes touchés et fournir une solution immédiate;
- contester juridiquement le critère du meilleur moyen de régler les questions communes.



# Quantification des dommages

Une fois qu'on a avisé les défendeurs d'un recours collectif, ces derniers sont immédiatement tenus de sauvegarder les données. « Il ne faut pas les égarer, les modifier ou en perdre le contrôle autrement », souligne Joelle Gott, une associée déléguée de Deloitte qui possède une vaste expérience en quantification de dommages et qui a agi à titre de témoin expert pour les tribunaux. « La violation de cette exigence peut avoir de graves conséquences. » Or la gestion des données est un défi croissant, car les entreprises dépendent maintenant de systèmes technologiques complexes.

## Où sont mes données?

Aucune solution ne saisit parfaitement tout ce que vous cherchez parce que la plupart des systèmes d'information d'entreprise n'ont pas été conçus en fonction de l'éventualité d'un recours collectif. Ils ont plutôt été conçus pour soutenir les activités courantes de l'entreprise. En raison des périodes relativement longues couvertes par les actions en recours collectif, il faut obtenir les données de plusieurs systèmes, dont certains peuvent ne plus être opérationnels.

« Il vous faut comprendre ce qui est arrivé au sein de l'entreprise pour que votre cause soit crédible lorsqu'elle sera portée devant la cour », soutient Bob Low, qui possède plus de 25 ans d'expérience en services-conseils en cas de litige et en évaluation d'entreprises, au cours desquels il a collaboré à de nombreux recours collectifs. « On démontre sa crédibilité en trouvant un document comptable pour chaque opération. À défaut de cela, il vous faut trouver un autre moyen de la quantifier. Les données électroniques jouent un rôle important à cet égard, et vous aurez donc besoin de l'aide de spécialistes qui font couramment ce genre de travail. Les tribunaux ne voient pas d'un bon œil les défendeurs mal préparés. »

Une fois cerné et préservé, l'ensemble de données peut servir à calculer un montant de dommages-intérêts adéquat. L'analytique des données réduit le temps et les efforts nécessaires pour analyser chaque scénario et déterminer des dommages-intérêts appropriés pour tous les membres d'un groupe. Cela prend une machine immense pour transformer des ensembles de données et des données non structurées en un avantage concurrentiel.

Dans ce contexte, une analyse appropriée garantit que l'évaluation est juste. Grâce aux capacités informatiques de pointe qui existent aujourd'hui, les deux parties peuvent appliquer des méthodes d'analyse plus fines à l'ensemble de données. Cela aide les équipes de juricomptables à évaluer quels éléments des opérations sont excessifs et quels montants attribuer aux différents membres du groupe. En évitant des réclamations de dommages-intérêts excessives, tant les demandeurs que les défendeurs sont susceptibles de profiter de règlements conformes aux besoins de toutes les parties.

« Les organisations qui ont investi dans le matériel, les logiciels et la formation poussée du personnel afin d'effectuer ce genre d'analyses pour leurs clients ont un avantage considérable sur leurs concurrents, explique M. Low. Elles peuvent en effet réaliser en quelques minutes une tâche dont l'exécution requiert normalement plusieurs jours. »

Au moment où les demandeurs s'attendent de plus en plus à avoir accès aux données pertinentes des défendeurs, ces derniers n'ont pas d'autre choix que d'accroître leurs efforts pour déterminer et obtenir des informations qui peuvent les aider à se défendre dans le cadre d'actions en recours collectif. L'accès à un laboratoire d'informatique judiciaire/d'analytique des données s'impose comme une meilleure pratique pour l'analyse de données. Les avocats ont ainsi plus de souplesse dans l'évaluation des données, ce qui leur permet de mieux étoffer le dossier et d'augmenter leur crédibilité en cour.

## Quel est le montant au juste?

Il est essentiel de déterminer, d'analyser et de quantifier les dommages, processus qui devient de plus en plus complexe. À l'instar des avocats des plaignants, qui exploitent la récupération de données sur ordinateur pour calculer avec plus d'exactitude les dommages subis par les membres du groupe, les avocats d'entreprises doivent accroître leurs efforts pour produire des données convaincantes. Sinon, les réclamations des demandeurs pourraient aller de l'avant sans contestation, ce qui pourrait se traduire par des règlements encore plus importants et exposer l'organisation à un plus grand risque.

La quantification des dommages comporte généralement les étapes suivantes :

- modélisation des pertes et établissement de différents scénarios;
- estimation de la taille du groupe;
- définition du groupe et des sous-groupes;
- détermination de la période couverte;
- développement du modèle d'évaluation;
- calculs d'hypothèses pour évaluer la perte potentielle pour l'entreprise;
- prestation de conseils sur les incidences fiscales et les obligations d'information.

À la dernière étape d'évaluation des dommages, des tiers partenaires peuvent apporter un soutien additionnel en matière de litiges aux avocats, au cours des discussions de conciliation ou bien pendant le procès, la médiation ou l'arbitrage. Ils peuvent notamment aider les avocats à établir les questions d'examen et à étudier les expertises des parties adverses.

# Administration du groupe

L'administration est la dernière étape du cycle de vie d'une demande de recours collectif. Les tiers partenaires peuvent y fournir une vaste gamme de services de soutien aux avocats, dont les suivants :

- conception et mise en œuvre d'un régime d'indemnisation crédible et transparent;
- élaboration de protocoles et de procédures pour garantir la cohérence et l'exactitude;
- examen de l'admissibilité des demandeurs;
- obtention de lettres d'acceptation des demandeurs;
- détermination des montants d'indemnisation;
- versement des indemnisations aux demandeurs admissibles;
- suivi des recours en appel;
- communication périodique d'information.

À cette étape, on avise les demandeurs potentiellement admissibles; on leur offre aussi un moyen de présenter leur réclamation et d'obtenir les pièces justificatives et autres documents requis. Ce processus établit les attentes quant aux délais de réponse, aux processus de communication et aux documents que les intimés doivent fournir. Le libellé des formulaires doit tenir compte des utilisateurs visés. Ainsi, l'emploi d'un langage complexe donne souvent lieu à de faibles taux de réponse qui réduisent la crédibilité de l'administration du groupe, et donc de l'affaire. « Il faut prendre soin de bien choisir la période couverte, le mode de communication et les processus utilisés pour susciter une réponse, soutient M. Graham. C'est pourquoi il est judicieux de collaborer avec des spécialistes qui organisent régulièrement ce genre de processus. »

## Des différences entre les lois provinciales déterminent la stratégie nationale

Puisqu'il faut certifier les causes dans chaque province où un groupe est enregistré, les avocats des plaignants doivent déterminer les provinces à cibler en priorité. La province comptant le plus grand nombre de membres potentiels du groupe n'est pas nécessairement celle dont la population totale est la plus nombreuse. Le fait qu'une demande de recours collectif soit déposée dans plusieurs provinces donne davantage de poids à la poursuite. Les avocats d'entreprises doivent en être conscients afin de mieux planifier la contestation et la répartition de leurs ressources dans le cadre d'une poursuite intentée dans plusieurs provinces. Une meilleure analyse des données facilite presque toujours la planification aux deux parties, ce qui leur permet d'obtenir de meilleurs résultats.

« Plus on en sait sur le fonctionnement de l'entreprise et la nature du litige, mieux on peut définir les personnes visées, la manière de les joindre et les informations qu'il faudra recueillir au cours du processus, explique M. Graham. C'est la base d'une bonne administration des recours collectifs. »

## Plaider ou négocier?

La consultation de professionnels tout au long de ce processus permet aux avocats de positionner l'entreprise de façon optimale, que le litige soit porté devant la cour ou qu'il soit réglé par la négociation. En général, les tribunaux voient d'un meilleur œil les défendeurs qui sont bien préparés, qui ont cerné et évalué les données pertinentes, et qui ont accordé la priorité à un règlement satisfaisant le plus grand nombre possible de parties prenantes. Une meilleure crédibilité traduit une meilleure capacité organisationnelle, ce qui peut favoriser l'entreprise tout au long du processus.

Que l'on porte les affaires devant les tribunaux ou qu'il y ait négociation, la fréquence et l'incidence des demandes de recours collectif au Canada ne cesseront d'augmenter. Les avocats d'entreprises doivent se préparer et préparer leur organisation à un environnement où ils sont de plus en plus susceptibles de faire face à des recours collectifs. L'environnement informatique d'une entreprise doit pouvoir répondre à des demandes d'investigation informatique et de coopération plus complexes sans compromettre les activités courantes. En plus de la technologie comme telle, les entreprises doivent développer la capacité et les processus organisationnels pour évaluer les recours collectifs potentiels et déterminer les solutions optimales. Ainsi, jusqu'à tout récemment au Canada, il n'y avait pas lieu de faire preuve de la maturité nécessaire pour déterminer s'il vaut mieux attendre d'aller éventuellement devant les tribunaux ou de négocier un règlement de façon préventive.

L'ampleur et la complexité croissantes de ces causes indiquent clairement que les avocats d'entreprises ne devraient pas s'aventurer sur la voie des recours collectifs tout seuls. Les organisations faisant face à des poursuites similaires peuvent minimiser les risques, réduire les coûts et se concentrer sur leurs activités commerciales en collaborant avec des professionnels qui ont de l'expérience en ce qui concerne l'orientation de clients de tous les secteurs d'activité, ainsi que l'expertise nécessaire pour changer le cours des choses.

# Meilleurs de notre catégorie

Pour de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec :



## **Eric Khan**

Leader national  
Services liés aux recours collectifs  
416-601-4833  
ekhan@deloitte.ca



## **Alberta**

### **Theresa Reichert**

Associée  
780-421-3857  
treichert@deloitte.ca



## **Montréal**

### **Anne-Marie Lynda Boisvert**

Associée  
514-393-5971  
aboisvert@deloitte.ca



## **Vancouver**

### **Melinda McKie**

Associée  
604-640-3253  
mmckie@deloitte.ca

## **www.deloitte.ca**

Deloitte, l'un des cabinets de services professionnels les plus importants au Canada, offre des services dans les domaines de la certification, de la fiscalité, de la consultation et des conseils financiers. Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., société à responsabilité limitée constituée en vertu des lois de l'Ontario, est le cabinet membre canadien de Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

Deloitte désigne une ou plusieurs entités parmi Deloitte Touche Tohmatsu Limited, société fermée à responsabilité limitée par garanties du Royaume-Uni, ainsi que son réseau de cabinets membres dont chacun constitue une entité juridique distincte et indépendante. Pour obtenir une description détaillée de la structure juridique de Deloitte Touche Tohmatsu Limited et de ses sociétés membres, voir [www.deloitte.com/ca/apropos](http://www.deloitte.com/ca/apropos).

© Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l. et ses sociétés affiliées.

Conçu et produit par le Service de conception graphique de Deloitte, Canada. 13-3347