

COUR SUPÉRIEURE
(Actions collectives)

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000821-161

DATE : LE 6 DÉCEMBRE 2018

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE GÉRARD DUGRÉ, J.C.S.

PIERRE MARTEL
Demandeur

c.

MERCK CANADA INC.
SCHERING-PLOUGH CANADA INC.
DAIICHI SANKYO COMPANY, LTD.
Défenderesses

JUGEMENT

(sur demande pour permission de produire une preuve appropriée et
pour interroger le demandeur hors Cour - #006)

I

[1] Le tribunal est saisi par les défenderesses Merck Canada inc. et Schering-Plough Canada inc. d'une demande pour permission de produire une preuve appropriée et pour interroger le demandeur hors Cour¹.

[2] Cette demande s'inscrit dans le contexte d'une demande d'autorisation d'exercer une action collective intentée par le demandeur.

¹ Fondée sur l'art. 574 C.p.c., séq. #006 au plumitif

II

[3] Cette demande vise essentiellement un groupe de personnes ayant ingéré les médicaments Olmetec® et/ou Olmetec Plus® (les « médicaments »).

[4] Quant au fondement de son action personnelle, le demandeur allègue notamment qu'au début de l'année 2011, il se serait fait prescrire l'Olmetec Plus par son médecin pour traiter un problème d'hypertension et l'aurait utilisé pendant environ cinq ans jusqu'au début de l'année 2016. Après quelques mois d'utilisation, il allègue avoir commencé à souffrir de crampes au bas de l'abdomen le forçant à se précipiter à la salle de bain environ une fois par semaine. À la fin de 2015, il consulte un médecin qui procède à une colonoscopie et exprime l'avis que son système digestif n'a rien d'anormal.

[5] Outre cette preuve – qui ne concerne que le demandeur –, ce dernier prétend que chaque membre du groupe proposé a subi des dommages en raison de la consommation de ces médicaments, lesquels auraient été évités, n'eût été le prétendu défaut des défenderesses d'informer les membres et leurs médecins des risques associés à leur consommation.

[6] Dans le cadre de cette demande d'autorisation, Merck et Schering-Plough (les « deux défenderesses ») demandent la permission de produire une preuve appropriée et d'interroger le demandeur hors Cour.

[7] Plus précisément, elles demandent l'autorisation de produire les éléments de preuve suivants : (a) une déclaration sous serment de Mme Anne Tomalin, spécialiste en affaires réglementaires dans le domaine pharmaceutique et les documents auxquels elle réfère dans celui-ci, soit les monographies des médicaments et des autres antagonistes des récepteurs de l'angiotensine pour la période pertinente et les lignes directrices de Santé Canada sur le contenu d'une monographie de produit; et (b) les statistiques de prescriptions des médicaments au Canada de juillet 2012 à décembre 2016, compilées par un tiers indépendant et reconnu en la matière, la société QuintilesIMS.

[8] Selon les deux défenderesses, la déclaration de Mme Tomalin vise à expliquer au tribunal saisi de la demande d'autorisation le cadre réglementaire applicable à l'approbation par Santé Canada d'un médicament et de sa monographie pour qu'il puisse être mis en marché au pays, le contenu de la monographie d'un médicament, le processus de pharmacovigilance mis en place, les renseignements et avertissements inclus dans les monographies des médicaments et des autres antagonistes des récepteurs de l'angiotensine (les « ARA ») et les interventions possibles par Santé Canada suite à l'identification d'un effet indésirable possible ou confirmé.

[9] Elles soutiennent que ces informations ne prêtent pas à controverse et permettront au tribunal de comprendre le contexte et la mise en marché des deux

médicaments au Canada ainsi que constater des renseignements et avertissements transmis par les deux défenderesses à leur égard aux professionnels de la santé et aux utilisateurs.

[10] Quant aux statistiques de prescription des médicaments, ces deux défenderesses soutiennent que ces données sont pertinentes, notamment à l'analyse de l'existence et de la taille du groupe proposé ainsi qu'à la question de savoir si le demandeur présente une cause défendable.

[11] Dans leur demande, les deux défenderesses réfèrent aussi à la demande présentée par la défenderesse Daiichi Sankyo Company (« Daiichi ») pour obtenir l'autorisation de produire une preuve appropriée, en l'occurrence, les déclarations assermentées d'un gastro-entérologue et d'un cardiologue, laquelle demande est tranchée par jugement distinct rendu simultanément au présent jugement.

[12] Les deux défenderesses affirment que n'eût été cette demande de Daiichi, elles auraient elles-mêmes demandé l'autorisation de présenter une preuve semblable.

[13] Elles demandent en outre d'interroger hors Cour le demandeur sur les sujets suivants :

« a) Questions communes (art. 575(1°) C.p.c.) :

- i) le processus suivi et les critères retenus par le demandeur pour établir la liste des troubles gastro-intestinaux énumérés au paragraphe 6 de la demande d'autorisation;
- ii) le processus qu'il a suivi pour identifier les questions communes qu'il propose et leur fondement;
- iii) le fondement de ses allégations relatives aux informations que les défenderesses ont transmises aux membres relativement aux risques liés aux médicaments et la décision que ceux-ci auraient prise en ce sens;
- iv) les prétendus effets indésirables formant la base du recours, autant pour lui que pour les membres.

b) Apparence de droit et droit d'action personnel du demandeur (art. 575(2°) C.p.c.) :

- i) son utilisation du médicament Olmetec Plus et de tout autre ARA, le cas échéant;
- ii) les renseignements qui lui ont été fournis au sujet des médicaments et/ou des ARA avant et pendant son utilisation de ce ou ces médicaments ou dont il a pris connaissance, incluant tous documents et renseignements fournis verbalement par tout médecin, pharmacien ou autre professionnel de la santé;

- iii)* les effets secondaires allégués, y compris l'entéropathie associée à la sprue, la diarrhée chronique, la déshydratation, la perte de poids et les douleurs abdominales et gastro-intestinales;
 - iv)* tout diagnostic reçu, s'il en est, quant à ces symptômes et leur cause et le ou les traitements prescrits ou reçus;
 - v)* ses dossiers médicaux et pharmaceutiques documentant ce qui précède;
 - vi)* le fondement sur lequel il s'appuie pour affirmer que, si la monographie des Médicaments avait inclus un avertissement au sujet des symptômes gastro-intestinaux allégués, les membres du groupe n'auraient jamais consommé les Médicaments et leurs médecins respectifs ne les auraient jamais prescrits.

- c) Groupe proposé (art. 574 et 575(3°) C.p.c.) :
 - i)* les autres membres, s'il en est, que le demandeur connaît, a identifié ou contacté et, le cas échéant, le contexte de ces échanges;
 - ii)* les documents consultés, s'il en est, afin d'établir l'existence, la taille et la composition du groupe de personnes qui partageraient sa condition alléguée (l'entéropathie apparentée à la sprue) au Québec et dans le reste du Canada;
 - iii)* les personnes qui se seraient inscrites sur le site Internet de ses procureurs pour participer à l'action collective proposée, les symptômes allégués par chacun et tout suivi effectué, le cas échéant.

- d) Capacité du demandeur de représenter adéquatement les membres du groupe (art. 575(4°) C.p.c.) :
 - i)* les démarches qu'il a entreprises et l'enquête qu'il a menée pour déterminer la taille et la composition du groupe, les questions communes proposées et le bien-fondé de l'action;
 - ii)* les recherches menées au sujet des médicaments et des ARA;
 - iii)* les démarches qu'il a entreprises afin d'identifier et de contacter d'autres membres du groupe proposé et les résultats de ces efforts, le cas échéant;
 - iv)* tout conflit d'intérêts opposant le demandeur à d'autres membres du groupe proposé;
 - v)* son rôle dans la préparation de la demande d'autorisation. »

[14] Les deux défenderesses demandent aussi qu'il soit ordonné au demandeur de leur transmettre les documents suivants dans un délai de 30 jours suivant le jugement à intervenir sur leur demande, tant pour les fins de cet interrogatoire, que des déclarations sous serment de ses experts, que de l'audition de la demande d'autorisation :

- « a) Ses dossiers médicaux, pharmaceutiques et de consultation ayant trait :
- i) à son hypertension, pour le traitement de laquelle on lui a prescrit le médicament Olmetec Plus, incluant sans s'y restreindre tous tels dossiers ayant trait : aux médicaments, incluant Olmetec et Olmetec Plus, qui lui ont été prescrits et qu'il a consommés afin de traiter cette condition; ainsi qu'à tous les tests, bilans et autres suivis réalisés afin de surveiller l'évolution de cette condition et la traiter, de même que tout diagnostic rendu à cet égard;
 - ii) aux symptômes allégués aux paragraphes 40 à 44 de la demande d'autorisation, y compris sans s'y restreindre tous les symptômes de crampes et douleurs abdominales et gastro-intestinales, diarrhée chronique ou entéropathie apparentée à la sprue, déshydratation et perte de poids, incluant tous tests, suivis, bilans, diagnostics, traitements, chirurgies et médicaments prescrits, effectués, prévus ou planifiés à cet égard;
- b) toute preuve documentaire invoquée par le demandeur permettant de déterminer le nombre de membres potentiels du groupe, y compris la liste des personnes qui se sont inscrites auprès de ses procureurs, par le biais du site Internet de ces derniers ou autrement, indiquant leur nombre, les symptômes allégués par chacun et leur ville de résidence, ainsi que tous formulaires d'inscription correspondants, sans toutefois inclure d'information nominative. »

[15] Lors de l'instruction de cette demande, le procureur du demandeur a consenti à certaines conclusions de la demande des deux défenderesses, et les parties ont avisé le tribunal d'une entente quant à certaines modalités. Toutefois, le demandeur continue de contester vivement la demande de produire une déclaration sous serment de Mme Tomalin, la production par Daiichi des déclarations sous serment décrites précédemment, toute preuve documentaire invoquée par le demandeur permettant de déterminer le nombre de membres potentiels du groupe, la demande d'interroger le demandeur hors Cour sur les questions communes, sur la cause défendable et le recours personnel du demandeur en ce qui concerne le fondement sur lequel il s'appuie pour affirmer que, si la monographie des deux médicaments avait inclus un avertissement au sujet des symptômes gastro-intestinaux allégués, les membres du groupe n'auraient jamais consommé ces deux médicaments et leurs médecins respectifs ne les auraient jamais prescrits. Quant au groupe proposé et à la capacité du demandeur de représenter adéquatement les membres du groupe, le demandeur conteste la demande d'interrogatoire quant aux démarches qu'il a entreprises, les recherches menées au sujet des deux médicaments, ses démarches afin d'identifier et de contacter d'autres membres du groupe proposé et son rôle dans la préparation de la demande d'autorisation.

III

[16] Afin d'étayer leurs demandes, les deux défenderesses avancent les arguments suivants.

[17] Elles soutiennent que pour décider de la demande d'autorisation, le tribunal doit analyser les allégations du demandeur à la lumière des critères énoncés aux art. 574 et 575 C.p.c. Or, les défenderesses ont droit à une défense pleine et entière à cet égard.

[18] Pour obtenir l'autorisation qu'il requiert, le demandeur doit établir, notamment, que sa demande et celle de chacun des membres du groupe proposé soulèvent des questions de fait ou de droit identiques, similaires ou connexes; que les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées, autant pour lui-même que pour chacun des membres du groupe proposé; qu'il existe un véritable groupe en l'instance et que sa composition 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'instances; et qu'il est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

[19] À cette fin, les deux défenderesses soutiennent que le demandeur doit présenter les faits de manière juste et précise et produire une preuve pour appuyer ses allégations, et non se borner à des allégations vagues qui ne sont appuyées d'aucune preuve. De plus, les allégations qui ne consistent qu'en des hypothèses ou des opinions ou qui sont contredites par la preuve documentaire au dossier, ne sauraient être tenues pour avérées.

[20] Le demandeur place sa condition médicale au cœur du débat soulevé par la demande d'autorisation. Malgré cela, il ne fournit pas ses dossiers médicaux pertinents, et ce, malgré une entente expresse avec les procureurs de Merck à cet effet et malgré les nombreux rappels effectués par ces derniers à compter du 20 avril 2017. Compte tenu des reproches que le demandeur formule à l'endroit des défenderesses en l'instance, les informations qu'il aurait reçues de son médecin traitant lorsqu'il s'est fait prescrire le médicament Olmetec Plus sont un élément central de sa demande d'autorisation. Or, celle-ci est silencieuse à ce sujet.

[21] Le demandeur cite certains articles et études sur lesquels il s'appuie pour prétendre que les symptômes gastro-intestinaux allégués à la demande d'autorisation seraient associés ou causés par les deux médicaments. Ces articles et études, de nature très technique, requièrent, selon les défenderesses, des explications pour que leur contenu, leur portée et leurs conclusions puissent être compris aux fins de l'audition de la demande d'autorisation.

[22] Enfin, le demandeur prétend que les défenderesses auraient manqué à leurs obligations dans le processus d'approbation et de mise en marché de ces

médicaments, notamment qu'elles n'auraient prétendument pas mené les études requises pour s'assurer de leur innocuité. Or, ces allégations purement gratuites ne sont – selon elles – appuyées d'aucune preuve.

[23] Les deux défenderesses soumettent que la demande de permission de produire une preuve appropriée est suffisamment circonscrite et précise pour permettre d'offrir l'éclairage nécessaire à l'analyse des critères d'autorisation sans empiéter sur le rôle du juge qui entendra le fond de l'action collective, dans l'éventualité où elle serait autorisée. De plus, la preuve que les défenderesses souhaitent produire au dossier, l'interrogatoire hors Cour du demandeur et la divulgation de la preuve du demandeur ne sont pas seulement appropriés, mais nécessaires aux fins de l'instruction de la demande d'autorisation de l'action collective en l'espèce.

[24] Pour sa part, le demandeur conteste en partie ces demandes. Premièrement, selon lui, le tribunal ne doit pas confondre l'action intentée une fois autorisée et la procédure pour obtenir cette autorisation.

[25] Deuxièmement, les deux défenderesses ont le fardeau de convaincre le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'autoriser la production de la preuve appropriée et pour interroger le demandeur hors Cour au stade de l'autorisation.

[26] Troisièmement, puisque les allégations énoncées dans la demande d'autorisation doivent être tenues pour avérées, une demande d'interrogatoire ne sera appropriée que si les allégations sont vagues, incomplètes ou qu'elles ne permettent pas de comprendre minimalement le recours.

[27] Quatrièmement, l'affidavit (déclaration sous serment) de Mme Tomalin devrait être refusé parce qu'il dépasse la portée de l'autorisation et n'a aucune pertinence quant aux quatre critères requis à cette étape.

[28] Cinquièmement, en ce qui concerne la demande de documents, des demandes semblables ont déjà été rejetées par les tribunaux.

[29] Enfin, en ce qui concerne la demande d'interroger le demandeur hors Cour, le demandeur la conteste en partie parce qu'elle dépasse, selon lui, la portée des quatre critères sur lesquels devra se pencher le tribunal pour accueillir ou refuser l'autorisation d'exercer son action collective.

IV

[30] Une seule question est en litige : est-ce que la demande des deux défenderesses pour permission de produire une preuve appropriée et pour interroger le demandeur hors Cour devrait être accueillie en l'espèce?

[31] On a déjà souligné que le demandeur ne conteste qu'en partie les conclusions réclamées par les deux défenderesses.

V

[32] Dans leur demande, les deux défenderesses expliquent qu'elles comprennent que la défenderesse Daiichi présentera, elle aussi, une demande pour obtenir l'autorisation de produire une preuve appropriée, en l'occurrence, les déclarations assermentées d'un gastroentérologue et d'un cardiologue. Effectivement, Daiichi a présenté une telle demande qui a été entendue en même temps que celle des deux défenderesses; elle est tranchée ce jour dans un jugement distinct.

[33] Les deux défenderesses affirment que n'eût été cette demande de Daiichi, elles auraient elles-mêmes demandé l'autorisation de présenter une preuve semblable. Toutefois, pour éviter, selon elles, une duplication inutile et conformément au principe de la proportionnalité, les deux défenderesses ont décidé de ne pas présenter de demande au même effet. Elles déclarent appuyer la demande de Daiichi à cet égard et incorporent celle-ci à leur présente demande comme si elle y était intégralement « réitérée » (demande des deux défenderesses, par. 24).

[34] En conséquence, elles réclament la conclusion suivante dans leur demande :

ACCUEILLIR la demande de permission de produire une preuve appropriée de la défenderesse Daiichi Sankyo Company, Ltd. et PERMETTRE la production des déclarations sous serment qui y sont décrites, portant sur les sujets identifiés aux paragraphes 21 et 22 de la demande;

[35] Après analyse, le tribunal conclut que cette demande particulière des deux défenderesses est sans fondement et doit être rejetée. Premièrement, les deux défenderesses plaident pour autrui, à savoir la défenderesse Daiichi. Deuxièmement, la rédaction de cette procédure gigogne n'est pas conforme à l'art. 99 C.p.c. non plus que cette conclusion réclamée par les deux défenderesses (*Kruger inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11, 1986 CanLII 3788 (QC CA), par. 13 : « Cette rédaction de procédures gigognes qui s'emboîtent les unes dans les autres n'est pas conforme aux règles du *Code de procédure civile* » (motifs du juge LeBel, pour la Cour)).

[36] Cette conclusion réclamée par les deux défenderesses est en conséquence rejetée.

VI

[37] Il importe maintenant de se pencher sur le sens et la portée des termes « le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée » de l'art. 574 al. 3 C.p.c., lequel est ainsi libellé :

574. [...]

La demande d'autorisation ne peut être contestée qu'oralement et le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée.

574. [...]

An application for authorization may only be contested orally, and the court may allow relevant evidence to be submitted.

[38] La meilleure façon de déterminer le sens précis et la véritable portée de ces termes est de procéder à l'interprétation téléologique de cette disposition législative, comme le commande d'ailleurs les principes d'interprétation des lois et les articles 41 et 41.1 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ., c. I-16.

[39] Comme le souligne le juge Brown pour la majorité, dans *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2017] 2 R.C.S. 188, 2017 CSC 56, au par. 26 :

[26] Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, et *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). L'interprétation des lois du Québec est aussi régie par les art. 41 et 41.1 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ., c. I-16 :

41. Toute disposition d'une loi est réputée avoir pour objet de reconnaître des droits, d'imposer des obligations ou de favoriser l'exercice des droits, ou encore de remédier à quelque abus ou de procurer quelque avantage.

Une telle loi reçoit une interprétation large, libérale, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions suivant leurs véritables sens, esprit et fin.

41.1. Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet.

[40] En conséquence, le tribunal analysera le texte, le contexte, l'objet et le but ainsi que l'historique de cette disposition législative afin d'interpréter les termes de ce 3^e alinéa.

i) Le texte

[41] D'emblée, il importe de souligner que les termes « le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée » sont neutres en ce sens que tant le demandeur d'autorisation que le défendeur peuvent demander la permission de présenter une preuve appropriée au stade de la demande d'autorisation d'exercer l'action collective.

[42] Le législateur utilise le terme « peut ». En principe, ce terme signifie qu'il confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal, discrétion que le tribunal doit exercer judiciairement. Toutefois, dans certaines circonstances, le terme « peut » peut prendre le sens de « doit ». C'est ce que rappelait la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Montana et al. c. Les développements du Saguenay Ltée et al.*, [1977] 1 R.C.S. 32, p. 38, et la Cour d'appel dans *Droit de la famille – 17739*, 2017 QCCA 629, par. 60. Or, en l'espèce, le tribunal est d'avis que le terme « peut » associé aux termes « permettre la présentation d'une preuve appropriée » signifie « doit » lorsqu'une preuve appropriée existe et que l'une des parties désire la présenter.

[43] En effet, la présentation d'une preuve appropriée est régie par le principe de justice naturelle *audi alteram partem* – principe d'ordre public – puisque la présentation d'une preuve appropriée relève du droit d'être entendu, lequel comporte le droit de faire valoir ses moyens et implique nécessairement celui de présenter une preuve (art. 17 C.p.c.; *Robillard v. Commission Hydro-Electrique du Québec*, [1954] S.C.R. 695, 699; *Syndicat canadien de la fonction publique c. Gravel*, 1997 CanLII 22586 (QC CS), [1998] R.J.D.T. 56, par. 19).

[44] En ce qui concerne le terme « preuve », il englobe les documents, la déclaration sous serment et le témoignage puisqu'ils sont tous des moyens de preuve².

[45] Le terme « appropriée » n'est pas défini, et son sens ordinaire est le suivant : « Qui convient, qui est propre. > adapté, adéquat, assorti, conforme, convenable, PLAIS. idoine, pertinent [...] »³.

[46] Le tribunal retient essentiellement de cette définition les termes « adapté » et « pertinent ». En effet, tout mot énoncé dans une loi prend la couleur de son contexte. Or, dans le contexte d'une demande d'autorisation d'exercer une action collective, le processus est essentiellement sommaire, en principe les *faits* (et non leur qualification) sont tenus pour avérés et le fardeau du demandeur est de démontrer que le recours devrait être autorisé à suivre son cours comme action collective parce qu'il présente une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable.

² Voir l'art. 105 C.p.c. et l'art. 2811 C.c.Q.

³ Paul ROBERT, *Le Petit Robert*, sous la dir. de Josette REY-DEBOVE et Alain REY, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2019, p. 124.

[47] À l'étape de l'autorisation, les faits allégués dans la demande du demandeur sont tenus pour avérés. Toutefois, les allégations de fait ne peuvent être vagues, générales ou imprécises. Il importe aussi de préciser que les faits sont tenus pour avérés à l'étape de l'instruction de la demande d'autorisation. Or, en l'espèce, le tribunal ne siège pas encore à cette étape.

[48] À ce stade, tout examen du fond du litige du litige doit être laissé au juge du procès où la procédure appropriée pourra être suivie pour présenter la preuve et l'apprécier selon la norme de la prépondérance des probabilités (*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600, 2013 CSC 59, par. 65-68, 125; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, [2014] 1 R.C.S. 3, 2014 CSC 1, par. 37).

[49] Enfin, il convient de souligner que le terme « appropriée » est différent du mot « nécessaire », soit celui utilisé à l'art. 52 al. 2 C.p.c. Il faut donc conclure que le législateur a voulu attribuer un sens différent à chacune de ces dispositions. Or, le terme « appropriée » revêt un sens plus large que le mot « nécessaire ».

[50] En conséquence, le terme « appropriée » signifie « sommaire », « pertinente » et « adaptée ».

[51] Ces éléments du texte de l'art. 574 al. 3 étant précisés, il convient maintenant de se pencher sur le contexte de cette disposition législative.

ii) Le contexte

[52] En l'espèce, le contexte est circonscrit par le fait qu'il s'agit d'une demande d'autorisation d'exercer une action collective. Or, l'action collective demeure un véhicule procédural qui ne modifie ni ne crée des droits substantiels (*Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19, par. 17).

[53] La première étape de l'action collective, la demande d'autorisation, constitue un mécanisme de filtrage ayant une utilité certaine. Il permet de déterminer si le recours du demandeur devrait se poursuivre comme action collective (art. 583 et suiv. C.p.c.) ou s'il devrait plutôt cheminer en tant que demande en justice individuelle (art. 141 et suiv. C.p.c.). À cette étape, la procédure s'intéresse à la forme que revêt l'action pour déterminer s'il convient de procéder par action collective (*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600, 2013 CSC 59, par. 65). Le fardeau du demandeur en est un de démonstration des quatre critères d'autorisation. Certes, il ne s'agit pas de se pencher sur le mérite du recours – quoique le demandeur doit tout de même démontrer une cause défendable –, mais ce mécanisme n'a rien de symbolique.

[54] D'ailleurs, il suffit de rappeler, à titre d'analogie, la cause *Engle* décidée par les tribunaux de l'état de la Floride pour se convaincre de l'importance du mécanisme

d'autorisation. Dans cette affaire, le tribunal de première instance avait autorisé le recours collectif et les compagnies de tabac avaient ensuite été condamnées au mérite à payer plus de 145 milliards de dollars. Par la suite toutefois, ce verdict a été infirmé par la Cour d'appel et par la Cour suprême de l'État de la Floride, notamment, pour le motif que ce recours n'aurait jamais dû être autorisé comme recours collectif vu la disparité entre les recours individuels des membres quant au lien de causalité et au partage de responsabilité⁴.

[55] Le législateur utilise à un seul autre endroit dans le *Code de procédure civile* des termes similaires. Il s'agit de l'art. 154 al. 2 qui prévoit : « La présentation et la contestation des moyens préliminaires se font oralement, mais le tribunal peut autoriser les parties à apporter la preuve appropriée ». Toutefois, puisque la contestation des moyens préliminaires diffère substantiellement de la présentation et de la contestation d'une demande d'autorisation d'exercer une action collective, le tribunal est d'avis qu'il est raisonnable d'interpréter et de limiter la portée des termes du 3^e al. de l'art. 574 C.p.c. au contexte d'une demande d'autorisation d'exercer une action collective.

[56] Ainsi, la preuve appropriée visée par le 3^e al. de 574 C.p.c. doit être essentiellement sommaire et surtout pertinente et adaptée à l'objet de l'action collective dont l'autorisation est sollicitée.

[57] Or, le concept de pertinence varie selon le contexte. L'obligation de pertinence permet d'écarter d'emblée les « éléments inutiles pour établir l'existence des droits invoqués » (*Pétrolière Impériale c. Jacques*, [2014] 3 RCS 287, 2014 CSC 66, par. 31; art. 2857 C.c.Q.). Toutefois, dans le contexte d'une demande d'autorisation, la pertinence a nécessairement un sens étroit et se limite à déterminer, de façon sommaire, si les quatre conditions énoncées à l'art. 575 C.p.c. sont satisfaites. Ainsi, il faut distinguer la preuve pertinente au stade de la demande d'autorisation de la preuve pertinente à l'examen du fond du litige une fois l'action collective autorisée.

[58] Un autre élément du contexte s'ajoute à l'analyse des termes « preuve appropriée ». En effet, puisqu'il s'agit d'une question de preuve, le principe directeur de la proportionnalité entre en jeu. En effet, le *Code de procédure civile* exige expressément que « les moyens de preuve choisis sont, eu égard aux coûts et au temps exigé, proportionnés à la nature et à la complexité de l'affaire et à la finalité de la demande » (art. 18 al. 1 C.p.c.). Ce principe, même s'il ne constitue pas une condition additionnelle à celles prévues à l'art. 575 C.p.c., peut avoir pour effet de limiter le sens et la portée des termes « preuve appropriée ». Tout dépend de l'objet de la demande d'autorisation.

⁴ *Liggett Group, Inc. v. Engle*, 853 So. 2d 434 (Fla. 3d DCA 2003); *Engle v. Liggett Group, Inc.*, 945 So. 2d 1246 (Fla. 2006), cert. rejeté, 128 S.Ct. 96 (U.S. 2007).

[59] Même si la Cour suprême du Canada a grandement allégé le fardeau de démonstration du demandeur au stade de la demande d'autorisation, un constat fondamental demeure : la partie qui fait face à une demande d'autorisation d'exercer une action collective a le droit de la contester et, pour ce faire, le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée. Il faut en effet reconnaître qu'une fois l'action collective autorisée, un défendeur à une action collective pourra devoir encourir des dizaines, des centaines de milliers, voire des millions, de dollars pour se défendre. Or, même s'il obtient le rejet de l'action, ses dépenses encourues constitueront pour lui un préjudice irréparable. Il s'agit donc d'un élément important du contexte nécessaire à la détermination du sens et de la portée des termes « preuve appropriée ».

[60] Partant, la preuve ne sera appropriée que dans la mesure où elle est proportionnée. Ainsi, une action collective dont l'objet est considérable pourrait justifier, au stade de l'autorisation, une preuve appropriée différente d'un autre recours dont les enjeux sont relativement moins importants.

iii) L'objet et le but

[61] Le but évident de permettre au tribunal d'autoriser la présentation d'une preuve appropriée au stade de la demande d'autorisation est de lui permettre de trancher d'une façon éclairée – mais sommaire –, la demande qui lui est soumise de façon à éviter d'autoriser une action collective qui ne rencontre pas les conditions prescrites par le législateur. Ainsi, toute preuve appropriée doit donc être nécessairement liée aux conditions énoncées à l'art. 575 C.p.c.

iv) L'historique

[62] À compter du 1er janvier 2003, le législateur a modifié le 2e alinéa de l'art. 1002 a.C.p.c.⁵. Ces modifications ont aboli l'exigence d'appuyer d'un affidavit la demande d'autorisation, a limité la contestation de celle-ci à une contestation orale et a assujéti à l'autorisation d'un juge la présentation d'une preuve appropriée à l'étape de l'autorisation. Ces restrictions imposées par le législateur ont été interprétées comme sévères et elles ont en outre permis de conclure qu'un demandeur, au stade de l'autorisation, n'a qu'à établir une cause défendable (*Infineon*, par. 65-66). Malgré ces modifications, force est de constater que le législateur a tout de même conféré au tribunal le pouvoir d'autoriser la présentation d'une preuve appropriée. Il faut donc donner plein effet à cette volonté clairement exprimée par ce dernier puisqu'il ne parle jamais pour ne rien dire.

⁵ L.Q. 2002, ch. 7, art. 150.

[63] Enfin, les termes « le tribunal peut permettre la présentation d'une preuve appropriée » que l'on retrouve maintenant énoncés à l'art. 574 al. 3 C.p.c. sont à toutes fins pratiques identique aux termes de l'art. 1002 al. 2 a.C.p.c., modifié à compter de 2003, qui prévoyait « [e]lle ne peut être contestée qu'oralement et le juge peut permettre la présentation d'une preuve appropriée ». Ainsi, les sept propositions énoncées en juin 2006 par le juge Gascon, alors à la Cour supérieure, dans *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2006 QCCS 6290, par. 20, sont toujours d'actualité⁶.

* * *

[64] En somme, la preuve sera appropriée au sens de l'art. 574 al. 3 C.p.c. – et devra donc en principe être autorisée – si elle est (1) pertinente au sens strict; (2) sommaire; (3) adaptée; (4) proportionnée; et (5) en lien avec les quatre critères énoncés à l'art. 575 C.p.c. Bref, cette preuve sera appropriée si elle est utile au tribunal pour trancher la question de savoir si le recours du demandeur devrait se poursuivre comme action collective ou en tant que demande en justice individuelle.

VII

[65] Il importe maintenant d'appliquer ces principes aux demandes des deux défenderesses.

[66] Pour trancher les demandes des deux défenderesses à la lumière du sens et de la portée des termes « preuve appropriée », le tribunal a analysé l'ensemble de la jurisprudence sur cette question, et plus particulièrement les 34 autorités citées par les deux défenderesses et les 19 citées par le demandeur. Les parties n'ont en effet ménagé aucun effort pour démontrer le bien-fondé de leur position respective.

[67] Après avoir analysé l'ensemble du dossier et les autorités soumises par les parties, le tribunal est d'avis de faire droit, en partie, à la demande des deux défenderesses. Voici pourquoi.

[68] Le demandeur doit, au stade de l'autorisation, démontrer qu'il présente une cause défendable. Toutefois, les défenderesses ont tout de même le droit de faire valoir leurs moyens à l'encontre de cette demande d'autorisation. Évidemment, la ligne de démarcation entre la preuve qui est « appropriée » à l'étape de l'autorisation et celle qui est « appropriée » au stade du mérite est certes difficile à tracer. Mais elle doit l'être afin de ne pas « faire le procès avant le procès ». Tout est une question de contexte. Or, le contexte pharmaceutique est particulièrement complexe.

⁶ D'ailleurs citées avec approbation dans *Allstate du Canada, compagnie d'assurances c. Agostino*, 2012 QCCA 678, par. 31.

[69] Le tribunal est d'avis que la preuve que les deux défenderesses désirent être autorisées à produire est appropriée parce qu'essentiellement pertinente, sommaire, adaptée, proportionnée et en lien avec les quatre critères d'autorisation.

[70] En effet, la déclaration sous serment de Mme Tomalin est appropriée puisqu'elle vise à éclairer le tribunal quant au contexte spécialisé de l'action collective proposée et constitue une preuve visant à l'assister, au stade de l'autorisation, dans l'analyse de documents et de notions scientifiques et techniques. Quant aux monographies, elles sont appropriées pour analyser et appliquer concrètement les critères d'autorisation⁷. S'agissant des statistiques de prescriptions des deux médicaments de juillet 2012 à décembre 2016, ces données sont pertinentes, notamment, aux fins de l'existence et de la taille du groupe proposé ainsi qu'à la question de savoir si le demandeur présente une cause défendable. Enfin, en ce qui concerne l'interrogatoire hors Cour du demandeur, il est approprié dans les circonstances, parce que pertinent au sens strict, sommaire, adapté au contexte, proportionné et en lien avec les quatre critères d'autorisation.

VIII

[71] En somme, le tribunal est d'avis que les documents et l'interrogatoire proposés par les deux défenderesses constituent, en partie, une preuve appropriée au sens de l'art. 574 al. 3 C.p.c. – et doit donc être autorisée –, puisqu'elle est pertinente au sens strict, sommaire, adaptée, proportionnée et en lien avec les quatre critères énoncés à l'art. 575 C.p.c. Bref, cette preuve appropriée permettra au juge d'autorisation de trancher de façon éclairée la question de savoir si le recours du demandeur devrait se poursuivre comme action collective ou en tant que demande en justice individuelle.

[72] Enfin, le dispositif tient compte des admissions du demandeur et de l'entente de toutes les parties quant à certaines modalités, notamment quant à l'interrogatoire du demandeur.

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[73] **ACCUEILLE**, en partie, la demande pour permission de produire une preuve appropriée et d'interroger le demandeur hors Cour (#006);

[74] **PERMET** aux défenderesses Merck Canada Inc. et Schering-Plough Canada Inc. de produire :

⁷ Dans *Scalabrini c. Merck Canada inc.*, 2016 QCCS 2353, par. 14-19, 50, la juge Perrault, j.c.s., a autorisé la production de monographies pour les fins de l'audition de la demande d'autorisation d'intenter une action collective.

- a) une déclaration sous serment de Mme Anne Tomalin, spécialiste en affaires réglementaires dans le domaine pharmaceutique, et les documents auxquels elle réfère dans celui-ci, incluant les monographies des médicaments et des autres ARA pour la période pertinente et les lignes directrices de Santé Canada sur le contenu d'une monographie de produit, cette déclaration sous serment portant sur :
- i) le cadre réglementaire applicable à l'approbation d'un médicament et de sa monographie par Santé Canada pour pouvoir être mis en marché au pays;
 - ii) le contenu de la monographie d'un médicament, incluant le résultat des études cliniques qui ont dû être menées avant qu'il puisse être approuvé, leur fonction et leur analyse par le personnel spécialisé de Santé Canada;
 - iii) le processus de pharmacovigilance mis en place au Canada pour faire le suivi des effets indésirables d'un médicament après sa mise en marché;
 - iv) les renseignements et avertissements inclus dans les monographies des Médicaments en cause; et
 - v) les interventions ou sanctions auxquelles Santé Canada peut avoir recours suite à l'identification d'un effet indésirable associé à l'utilisation d'un médicament, après sa mise en marché, et toute mesure prise en l'espèce;
- b) les statistiques de prescriptions des Médicaments au Canada de juillet 2012 à décembre 2016, compilées par un tiers indépendant et reconnu en la matière, la société QuintilesIMS;

[75] **ORDONNE** au demandeur de communiquer les documents suivants aux procureurs des défenderesses, dans les 3 mois suivant le présent jugement;

- a) Ses dossiers médicaux, pharmaceutiques et de consultation ayant trait :
- i) à son hypertension, pour le traitement de laquelle on lui a prescrit le médicament Olmetec Plus, incluant sans s'y restreindre tous tels dossiers ayant trait : aux médicaments, incluant Olmetec et Olmetec Plus, qui lui ont été prescrits et qu'il a consommés afin de traiter cette condition; ainsi qu'à tous les tests, bilans et autres suivis réalisés afin de surveiller l'évolution de cette condition et la traiter, de même que tout diagnostic rendu à cet égard;
 - ii) aux symptômes allégués aux paragraphes 40 à 44 de la demande d'autorisation, y compris sans s'y restreindre tous les symptômes de

crampes et douleurs abdominales et gastro-intestinales, diarrhée chronique ou entéropathie apparentée à la sprue, déshydratation et perte de poids, incluant tous tests, suivis, bilans, diagnostics, traitements, chirurgies et médicaments prescrits, effectués, prévus ou planifiés à cet égard;

- b) toute preuve documentaire invoquée par le demandeur permettant de déterminer le nombre de membres potentiels du groupe, y compris une version caviardée de la liste des personnes qui se sont inscrites auprès de ses procureurs, par le biais du site Internet de ces derniers ou autrement, indiquant pour chaque personne, les informations suivantes (non caviardées) : le prénom, la ville et province de résidence, les dommages allégués et les commentaires (le cas échéant);

[76] **PERMET** aux trois défenderesses d'interroger le demandeur hors Cour, pour une durée maximale de deux heures trente minutes, sur les sujets suivants dans les 60 jours suivant la communication des documents mentionnés au paragraphe précédent :

- a) Questions communes (art. 575(1°) C.p.c.) :
 - i) le processus suivi et les critères retenus par le demandeur pour établir la liste des troubles gastro-intestinaux énumérés au paragraphe 6 de la demande d'autorisation;
 - ii) le processus qu'il a suivi pour identifier les questions communes qu'il propose et leur fondement;
 - iii) le fondement de ses allégations relatives aux informations que les défenderesses ont transmises aux membres relativement aux risques liés aux médicaments et la décision que ceux-ci auraient prise en ce sens;
 - iv) les prétendus effets indésirables formant la base du recours, autant pour lui que pour les membres;
- b) Apparence de droit et droit d'action personnel du demandeur (art. 575(2°) C.p.c.) :
 - i) son utilisation du médicament Olmetec Plus et de tout autre ARA, le cas échéant;
 - ii) les renseignements qui lui ont été fournis au sujet des médicaments et/ou des ARA avant et pendant son utilisation de ce ou ces médicaments ou dont il a pris connaissance, incluant tous documents

- et renseignements fournis verbalement par tout médecin, pharmacien ou autre professionnel de la santé;
- iii) les effets secondaires allégués, y compris l'entéropathie associée à la sprue, la diarrhée chronique, la déshydratation, la perte de poids et les douleurs abdominales et gastro-intestinales;
 - iv) tout diagnostic reçu, s'il en est, quant à ces symptômes et leur cause et le ou les traitements prescrits ou reçus;
 - v) ses dossiers médicaux et pharmaceutiques documentant ce qui précède;
 - vi) le fondement sur lequel il s'appuie pour affirmer que, si la monographie des Médicaments avait inclus un avertissement au sujet des symptômes gastro-intestinaux allégués, les membres du groupe n'auraient jamais consommé les Médicaments et leurs médecins respectifs ne les auraient jamais prescrits;
- c) Groupe proposé (art. 574 et 575(3°) C.p.c.) :
- i) les autres membres, s'il en est, que le demandeur connaît, a identifié ou contacté et, le cas échéant, le contexte de ces échanges;
 - ii) les documents consultés, s'il en est, afin d'établir l'existence, la taille et la composition du groupe de personnes qui partageraient sa condition alléguée (l'entéropathie apparentée à la sprue) au Québec et dans le reste du Canada;
 - iii) les personnes qui se seraient inscrites sur le site Internet de ses procureurs pour participer à l'action collective proposée, les symptômes allégués par chacun et tout suivi effectué, le cas échéant;
- d) Capacité du demandeur de représenter adéquatement les membres du groupe (art. 575(4°) C.p.c.) :
- i) les démarches qu'il a entreprises et l'enquête qu'il a menée pour déterminer la taille et la composition du groupe, les questions communes proposées et le bien-fondé de l'action;
 - ii) les recherches menées au sujet des Médicaments et des ARA;
 - iii) les démarches qu'il a entreprises afin d'identifier et de contacter d'autres membres du groupe proposé et les résultats de ces efforts, le cas échéant;
 - iv) tout conflit d'intérêts opposant le demandeur à d'autres membres du groupe proposé;
 - v) son rôle dans la préparation de la demande d'autorisation;

[77] **LE TOUT**, frais de justice à suivre.


GERARD DUGRÉ, J.C.S.

M^e Jeff Orenstein
Consumer Law Group Inc.
Pour le demandeur

M^e Claude Marseille
M^e Ariane Bisailon
Blake, Cassels & Graydon, s.e.n.c.r.l./s.r.l.
Pour Merck Canada Inc. et Schering-Plough Canada Inc.

Me Martin Sheehan
Me Noah Boudreau
Fasken Martineau DuMoulin
Pour Daiichi Sankyo Company, Ltd.