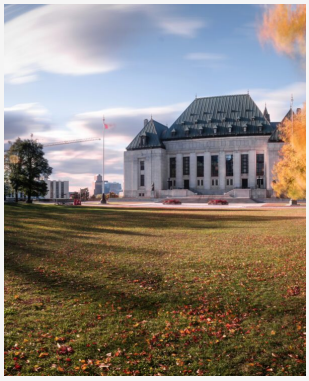
OSLER

Le long au revoir à la renonciation : la CSC rejette la renonciation au recours délictuel et élargit la requête en radiation

28 JUILLET 2020 15 MIN DE LECTURE



Expertises Connexes

- Actions collectives
- Litiges en droit des sociétés et en droit commercial

Auteur: Mary Paterson

Dans l'affaire *Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock* (2020 CSC 19), la Cour suprême a radié toutes les demandes sous-tendant une action collective proposée portant sur la fraude et la dépendance au jeu. L'affaire *Société des loteries de l'Atlantique* renforce la capacité des défendeurs à écarter les demandes d'action collective au stade de la requête en radiation. La Cour a également souligné un possible changement par rapport à la jurisprudence existante en matière de violation de contrat, ce qui peut être important compte tenu de l'incertitude économique actuelle à laquelle les parties sont confrontées.

Éléments important à retenir :

- **Renonciation au recours délictuel** – Les neuf juges de la Cour suprême ont tous conclu que la « renonciation au recours délictuel » n'est pas une cause d'action indépendante. La renonciation au recours délictuel est généralement considérée comme une réparation (voir ci-dessous), mais les demandeurs ont proposé d'en faire une cause d'action distincte — il s'agissait essentiellement d'une demande qui s'apparente à une négligence fondée sur les actes fautifs et les gains du défendeur plutôt que sur les pertes du demandeur. Ce point de vue a été rejeté de façon concluante.
- **Restitution des gains illicites** – La Cour suprême a également affirmé que la restitution des gains illicites (anciennement appelé renonciation au recours délictuel) est une forme de réparation qui peut être accordée pour d'autres causes d'action, telles que la responsabilité délictuelle ou la violation de contrat. Dans le cas de la restitution des gains illicites, le demandeur renonce à l'indemnisation de ses propres pertes, mais réclame plutôt au défendeur tout profit que ce dernier a tiré d'une conduite fautive. La majorité des cinq juges a conclu que les demandeurs n'avaient pas droit à la restitution des gains illicites dans cette affaire.
- **Violation de contrat** – Les juges majoritaires ont radié la demande des demandeurs fondée sur la violation de contrat, même si tous les éléments de cette cause d'action étaient établis, car ils ont conclu que seuls des dommages-intérêts symboliques étaient

disponibles pour les demandeurs. Cette position impose pour les demandeurs d'établir une nouvelle exigence pour pouvoir faire valoir une demande fondée sur la violation de contrat — un changement par rapport au droit des contrats antérieur.

- **Requêtes en radiation** – En comparaison avec certaines affaires récentes de la Cour suprême, l'affaire *Société des loteries de l'Atlantique* adopte un seuil plus élevé auquel les demandeurs doivent satisfaire en ce qui concerne les requêtes en radiation. Le seuil d'« aucune cause d'action raisonnable » était auparavant dépassé lorsque tous les éléments d'une cause d'action étaient établis ; cependant, le terme « raisonnable » semble désormais avoir un sens plus large, permettant à la Cour de radier des demandes même lorsque tous les éléments d'une cause d'action bien établie ont été invoqués. Cette définition élargie des requêtes en radiation est une bonne nouvelle pour les défendeurs qui cherchent à faire rejeter des demandes à un stade préliminaire de la procédure.

Contexte

Le défendeur, la Société des loteries de l'Atlantique (SLA), est une société constituée par les gouvernements des quatre provinces de l'Atlantique pour fournir des activités de jeu au public au nom de la Couronne. Les demandeurs ont intenté cette demande d'action collective proposée au nom des consommateurs qui avaient utilisé des terminaux de loterie vidéo (TLV) exploités par la SLA.

Un TLV est un appareil de jeu électronique. De nombreux jeux de hasard sont disponibles par l'intermédiaire d'un TLV, le plus souvent un jeu inspiré des machines à sous traditionnelles ; l'écran affiche trois rouleaux ou plus de symboles qui semblent tourner lorsqu'ils sont activés. Le joueur appuie sur un bouton *stop*, après quoi les rouleaux s'arrêtent de tourner et il gagne si la machine « aligne » les symboles correspondants sur les rouleaux lorsque la rotation s'arrête. Cependant, la probabilité de gagner un jeu donné est établie par un logiciel au sein du TLV. En d'autres termes, les demandeurs affirment que peu importe le moment où le bouton *stop* est enfoncé, le résultat est prédéterminé.[1]

Les demandeurs ont allégué que les TLV représentent de manière trompeuse la probabilité de gagner, et que la SLA a fait de fausses déclarations concernant les dangers liés au fait de jouer avec des TLV. Les demandeurs ont cherché à faire certifier une action collective en invoquant, entre autres, la « renonciation au recours délictuel » (comme nouvelle cause d'action), la violation de contrat et l'enrichissement sans cause. Il est important de noter que les demandeurs ont demandé la restitution des gains illicites de la SLA plutôt qu'une indemnisation pour les dommages subis par le groupe.

Les demandeurs ont demandé la certification de l'action collective proposée. Par ailleurs, la SLA a déposé une requête en radiation des demandes des demandeurs. Les deux requêtes ont été traitées ensemble en appel. Les demandeurs ont eu gain de cause en première instance et en appel, et les demandes ont été certifiées pour être traitées comme une action collective.

Le juge Brown, s'exprimant au nom d'une majorité de cinq juges de la Cour suprême, a radié toutes les demandes au motif qu'elles ne révélaient aucune cause d'action raisonnable et a refusé la certification. Le juge Karakatsanis, qui s'exprimait au nom de quatre juges étant fortement dissidents, aurait radié la demande de renonciation au recours délictuel, mais confirmé la certification pour violation de contrat et enrichissement sans cause.

Renonciation au recours délictuel

La « renonciation au recours délictuel » est un terme archaïque qui décrit le cas où un demandeur renonce à l'indemnisation des dommages qu'il a subis, mais cherche plutôt à obtenir la restitution des gains que le défendeur a obtenus par une conduite fautive.

La renonciation au recours délictuel était généralement seulement considérée comme une réparation — c'est-à-dire une forme d'indemnisation qui peut être disponible une fois que le demandeur a établi que le défendeur a commis un acte fautif (voir la discussion ci-dessous). Toutefois, certains tribunaux se sont demandé si la renonciation au recours délictuel pouvait à elle seule être une cause d'action. Les demandeurs ont présenté ici une demande inédite, proposant que la renonciation au recours délictuel soit reconnue comme une cause d'action apparentée à une négligence fondée sur un acte fautif du demandeur et le gain qu'il en retire, plutôt que sur l'acte fautif du demandeur et la perte qui en résulte pour le demandeur.

Les neuf juges de la Cour suprême ont tous fermement mis cette question au placard : la renonciation au recours délictuel n'est pas une cause d'action indépendante. Les demandeurs ne peuvent fabriquer une demande « de toutes pièces » en alléguant simplement qu'un défendeur a eu une conduite fautive et en réclamant ensuite les profits sans plaider aucune autre cause d'action. Tant les juges majoritaires que les juges dissidents ont radié la demande de renonciation au recours délictuel des demandeurs.

Restitution des gains illicites

Alors que la Cour suprême a conclu de façon définitive que la renonciation au recours délictuel n'était pas une cause d'action indépendante, la Cour a également affirmé que la restitution des gains illicites est possible dans certaines circonstances exceptionnelles.

Les dommages-intérêts pour perte et l'indemnisation pour la perte de profit escompté constituent les modes de réparation traditionnels en matière délictuelle ou contractuelle. En matière délictuelle, les dommages-intérêts pour perte mettent le demandeur dans la même position que si le défendeur n'avait pas commis le délit. En matière contractuelle, les dommages-intérêts pour la perte de profit escompté mettent le demandeur dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le cocontractant avait respecté ses obligations contractuelles.

Le juge Brown, au nom des juges majoritaires, a fait une distinction entre deux autres types de réparation pécuniaire fondés sur le gain réalisé par le demandeur plutôt que sur la perte du demandeur :

- **Restitution** : une réparation fondée sur les gains réalisés pour enrichissement sans cause. La restitution indemnise un demandeur pour sa perte lorsque, en raison de la conduite fautive du défendeur, ce dernier a obtenu un profit correspondant.
- **Restitution des gains illicites** : une réparation fondée sur les gains réalisés pour différentes causes d'action. La restitution des gains illicites empêche le défendeur de tirer profit d'une conduite fautive en transférant les profits du défendeur au demandeur, même si le demandeur n'a pas subi une perte correspondante.

Les juges majoritaires ont insisté sur le fait que la restitution de gains illicites est une « réparation exceptionnelle » qui ne peut être accordée que dans la mesure où, « à tout le moins, les autres réparations ne conviennent pas ». La possibilité d'accorder cette réparation doit être évaluée en fonction du contexte. Bien que les juges majoritaires aient estimé que

les « intérêts légitimes protégés par une réparation fondée sur les gains réalisés doivent ressembler à ceux qui ont été protégés par le passé », le juge Brown n'a pas précisé ce qui caractérise ces intérêts ni quels principes doivent permettre de décider s'il est possible d'accorder une restitution de gains illicites dans de nouvelles circonstances.[2] C'est aux futurs tribunaux qu'il appartiendra d'évaluer quand la restitution des gains illicites est une réparation appropriée.

Les juges majoritaires ont conclu que la restitution des gains illicites ne pouvait pas être accordée aux demandeurs dans la présente affaire.

Violation de contrat

Le rôle des dommages-intérêts contractuels est de mettre le demandeur dans la même position que si le contrat avait été exécuté, comme il a déjà été mentionné plus haut. Cependant, la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs dans l'affaire *Loterie de l'Atlantique* ne visait que des dommages-intérêts non compensatoires : ils demandaient la restitution des gains illicites, des dommages-intérêts punitifs et des dommages-intérêts symboliques plutôt qu'une indemnisation pour perte.

Les juges majoritaires de la Cour suprême ont radié la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs uniquement en raison du type de dommages-intérêts réclamés. Le juge Brown a conclu que la restitution des gains illicites et les dommages-intérêts punitifs ne pouvaient pas être accordés dans la présente affaire, et que les dommages-intérêts symboliques n'étaient pas suffisants pour étayer une demande fondée sur la violation de contrat.

Cette conclusion est surprenante, car, selon les théories générales du droit des contrats — et selon la norme précédente des requêtes en radiation — le type de dommages-intérêts réclamés n'aurait pas dû avoir d'incidence sur la possibilité de poursuivre la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs. Historiquement, les demandeurs n'avaient pas à prouver qu'ils avaient subi un préjudice pour invoquer une violation de contrat. Pour survivre à une requête en radiation, les demandeurs n'avaient qu'à plaider l'existence d'un contrat et la violation de celui-ci par le défendeur.

Cependant, en radiant la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs dans l'affaire *Loterie de l'Atlantique*, les juges majoritaires de la Cour suprême ont semblé adopter une approche contraire. Le juge Brown a conclu qu'aucune « cause d'action *raisonnable* » (souligné dans l'arrêt) pour violation de contrat ne pouvait exister dans le cadre d'une simple demande de dommages-intérêts symboliques — en d'autres termes, la réparation elle-même est devenue un élément constitutif de la cause d'action. Bien que l'incidence de cette décision reste à définir, il est possible d'interpréter le jugement majoritaire comme le fait que la Cour suprême rende la preuve de la perte un élément nécessaire dans le cadre d'une demande fondée sur la violation de contrat. Cela peut représenter une évolution positive pour les défendeurs dans le cadre de poursuites pour violation de contrat.

Plus particulièrement, en cette période de grande incertitude économique, le juge Brown a choisi, en remarque incidente, d'adopter la théorie de l'inexécution rentable — une doctrine dont l'acceptation en droit canadien est incertaine.[3] « L'inexécution rentable » adopte le point de vue selon lequel une partie peut volontairement violer un contrat et choisir de payer des dommages-intérêts si elle subit une perte économique plus importante en respectant ses obligations. En revanche, à quelques exceptions près, la jurisprudence canadienne a généralement considéré qu'un secteur commercial fonctionnel requiert l'assurance que les parties satisferont à leurs obligations contractuelles librement consenties. En effet, cette

confiance est un pilier fondamental de la liberté contractuelle.

L'acceptation plus large d'une violation efficace peut avoir des incidences négatives relativement à la prévisibilité de l'environnement commercial, en particulier dans le contexte de la pandémie de la COVID-19, qui a bouleversé de nombreuses hypothèses concernant l'efficacité économique. Les parties doivent examiner attentivement les clauses de dommages-intérêts prédéterminés pour s'assurer qu'elles sont correctement protégées en cas de violation de contrat par un cocontractant.

Requêtes en radiation

Comme il a été mentionné précédemment, l'affaire *Loterie de l'Atlantique* est arrivée devant la Cour suprême au moyen d'une requête en radiation. Dans le cadre d'une requête en radiation, la cour examinera si la demande du demandeur doit faire l'objet d'un procès ou si elle doit être radiée (retirée) des actes de procédure au motif qu'elle ne révèle « aucune cause d'action raisonnable ». Pour les besoins d'une requête en radiation, tous les faits allégués par le demandeur sont présumés vrais et aucune preuve n'est prise en compte.

Dans l'affaire *Loterie de l'Atlantique*, les juges majoritaires ont adopté une norme plus élevée concernant les requêtes en radiation par rapport à celle observée dans les affaires précédentes, poursuivant ainsi le processus en vigueur depuis quelques années et visant à relever la barre.[4]

Auparavant, la norme adoptée par la Cour suprême était de savoir si une demande ne révélait « aucune possibilité raisonnable d'être accueillie ». Pour une cause d'action bien établie comme une violation de contrat, cette norme était généralement satisfaite lorsque le demandeur plaidait tous les éléments requis pour établir la cause d'action. Toutefois, comme indiqué ci-dessus, la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs a satisfait à cette norme. Néanmoins, le juge Brown a adopté une définition élargie du terme « raisonnable » pour radier la demande pour violation de contrat introduite par les demandeurs en se fondant uniquement sur les réparations disponibles.

La façon dont les parties doivent comprendre l'accent mis par le juge Brown sur le terme « raisonnable » dans l'expression « aucune cause d'action *raisonnable* » n'est pas totalement claire, et les justiciables doivent attendre l'interprétation qui va être faite de cette norme par les tribunaux d'instance inférieure. Si une cause d'action est bien établie et que toutes les conditions de la cause d'action sont remplies, sur quel fondement un tribunal peut-il radier une demande?

Néanmoins, il s'agit sans aucun doute d'une norme plus élevée que celle utilisée par la Cour dans les affaires récentes — en particulier dans la récente décision *Nevsun Resources c. Araya*,[5] dans laquelle la Cour a refusé de radier une demande inédite, mais l'a plutôt renvoyée pour être jugée sur le fondement d'un dossier de preuve complet.

Malgré les tensions observées dans la récente jurisprudence de la Cour suprême, la norme établie pour les requêtes en radiation dans l'affaire *Loterie de l'Atlantique* est une bonne nouvelle pour les demandeurs qui cherchent à faire échouer des demandes à un stade peu avancé de la procédure. L'affaire *Loterie de l'Atlantique* démontre que même des causes d'actions bien établies peuvent désormais être contestées dans le cadre de requêtes en radiation.

[1] Déclaration auprès de la Cour, paragraphe 21 ; *Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2018 NLCA 71 au paragraphe 95.

[2] Voir *Loterie de l'Atlantique* aux paragraphes 56 à 58.

[3] Loterie de l'Atlantique au paragraphe 56.

[4] voir Gerard Kennedy et Mary Angela Rowe, *Tanudjaja v Canada (Attorney General) : Distinguishing Injusticiability and Deference on Motions to Strike* (2015) 44 Adv Q 391.

[5] 2020 SCC 5.