

**AIC Limited** *Appellant*

v.

**Dennis Fischer, Sheila Snyder,  
Lawrence Dykun, Ray Shugar  
and Wayne Dzeoba** *Respondents*

- and -

**CI Mutual Funds Inc.** *Appellant*

v.

**Dennis Fischer, Sheila Snyder,  
Lawrence Dykun, Ray Shugar  
and Wayne Dzeoba** *Respondents*

**INDEXED AS: AIC LIMITED v. FISCHER**

**2013 SCC 69**

File No.: 34738.

2013: April 18; 2013: December 12.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Civil procedure — Class actions — Certification — Market timing — Investors suing mutual fund managers for breaching fiduciary duties to investors and negligence for failing to curb market timing activities — Investors seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether proposed investor class action meets preferability requirement for certification given settlement payments made to investors following proceedings conducted by Ontario Securities Commission — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d).*

A group of mutual fund managers were the subject of an investigation conducted by the Ontario Securities Commission (“OSC”) into “market timing”, a practice which was alleged to have caused long-term investors

**AIC Limitée** *Appelante*

c.

**Dennis Fischer, Sheila Snyder,  
Lawrence Dykun, Ray Shugar  
et Wayne Dzeoba** *Intimés*

- et -

**CI Mutual Funds Inc.** *Appelante*

c.

**Dennis Fischer, Sheila Snyder,  
Lawrence Dykun, Ray Shugar  
et Wayne Dzeoba** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : AIC LIMITÉE c. FISCHER**

**2013 CSC 69**

N° du greffe : 34738.

2013 : 18 avril; 2013 : 12 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO**

*Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Arbitrage sur la valeur liquidative — Action intentée par des investisseurs contre des gestionnaires de fonds pour manquement à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs et négligence pour avoir omis de prendre des mesures en vue de restreindre les arbitrages — Motion en vue de faire certifier que l’instance est un recours collectif présentée par les investisseurs en vertu de la loi provinciale sur les recours collectifs — Le recours collectif projeté satisfait-il au critère de certification du meilleur moyen, compte tenu de l’indemnité versée aux investisseurs par suite de l’instance intentée par la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d).*

Un groupe de gestionnaires de fonds mutuels étaient visés par une enquête menée par la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») sur l’« arbitrage sur la valeur liquidative », une pratique

to suffer losses in the value of their investments. The fund managers ultimately entered into agreements with the OSC that paid investors millions in settlement. The settlement agreements anticipated and did not preclude the possibility of civil proceedings against the mutual fund managers. Following the settlement agreements, the investors applied to certify a class action against the fund managers relating to the same market timing conduct. The motion judge found that a class action was not a preferable procedure and denied certification. The Divisional Court reversed the motion judge and granted certification. The Court of Appeal upheld the Divisional Court's result.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The appeal focuses on one branch of the statutory requirement for certification, the requirement that “a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues”: *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1)(d). The question is whether the proposed class proceeding, as compared to the non-litigation OSC proceedings, is preferable from the point of view of providing access to justice. It is clear that the preferability requirement is broad enough to take into account all reasonably available means of resolving the class members' claims including avenues of redress other than court actions. In assessing preferability, the court must look at the common issues in the context of the action as a whole. However, the court cannot engage in a detailed assessment of the merits or likely outcome of the class action or any alternatives to it. The party seeking certification of a class action must show some basis in fact for each of the certification requirements.

The preferability inquiry has to be conducted through the lens of the three principal goals of class actions, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice, but the ultimate question is whether other available means of resolving the claim are preferable, not if a class action would fully achieve those goals. Access to justice is an important goal of class proceedings. Within the proper scope of the certification process, both substantive and procedural aspects must be assessed in determining whether a class action is the preferable procedure. A class action will serve the goal of access to justice if: (1) there are access to justice

qui aurait fait baisser la valeur des placements d'investisseurs à long terme. Les gestionnaires de fonds ont fini par conclure des ententes de règlement avec la CVMO en exécution desquelles ils ont versé des millions de dollars aux investisseurs. Les ententes envisageaient la possibilité de poursuites civiles contre les gestionnaires de fonds mutuels; elles n'y faisaient pas obstacle. Postérieurement aux ententes de règlement, les investisseurs ont demandé la certification d'un recours collectif visant les gestionnaires de fonds et reposant sur les mêmes actes d'arbitrage sur la valeur liquidative. Le juge saisi de la motion a conclu que le recours collectif n'était pas le meilleur moyen et a refusé de le certifier. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision et accordé la certification. La Cour d'appel a confirmé la conclusion de la Cour divisionnaire.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi porte sur l'un des critères de certification établis par la loi, à savoir « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes » (*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1)d)). La question est celle de savoir si le recours collectif projeté constitue un meilleur moyen de régler les questions en cause, dans l'optique de l'accès à la justice, que l'instance non judiciaire devant la CVMO. Il est clair que le critère du meilleur moyen est assez large pour englober tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, notamment les voies de droit autres que les poursuites judiciaires. Dans l'analyse relative au meilleur moyen, le tribunal doit considérer les questions communes dans le contexte général de l'action. Or, le tribunal ne saurait à cette étape procéder à l'appréciation détaillée du bien-fondé du recours collectif ou des autres voies de droit ou de leur issue probable. Il incombe à la partie qui cherche à faire certifier un recours collectif d'établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions de certification.

L'analyse relative au meilleur moyen s'effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice, mais la question à laquelle il faut ultimement répondre est celle de savoir s'il existe des moyens préférables de régler les demandes, non pas si le recours collectif projeté réalisera pleinement ces objectifs. L'accès à la justice est assurément un objectif important du recours collectif. Dans la mesure permise à l'étape de la certification, l'analyse servant à déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen doit porter à la fois sur le fond et sur la

concerns that a class action could address; and (2) these concerns remain even when alternative avenues of redress are considered. To determine whether both of these elements are present, it may be helpful to address a series of questions. These questions must not be considered in isolation or in a specific order, but should inform the overall comparative analysis.

The first question is: what are the barriers to access to justice? There are two potential barriers to access to justice in this case. First, an economic barrier arises from the nature of the claim. The individual claims are not large enough to support viable individual actions. The second barrier is related to the first. As a result of the nature of the claim, there is potentially no access to a fair process, geared towards protecting the rights of class members, to seek a resolution of the common issues for what could potentially be a class of over a million members. Thus, traditional litigation cannot achieve either the substantive or the procedural dimensions of access to justice in a case such as this. Although generally the most common barrier to access to justice is an economic one; they can also be psychological or social in nature. A common procedural barrier is that there is no other procedure available to afford meaningful redress.

The second question is: what is the potential of the class proceedings to address those barriers? This analysis is not made in isolation, but within the comparative analysis, for the purpose of assessing the class proceedings' potential to address the access to justice concerns in comparison to the alternative procedure's ability to do so. Even though a class action is a procedural tool, achieving substantive results is one of its underlying goals. Consideration of its capacity to overcome barriers to access to justice should take account of both the procedural and substantive dimensions of access to justice. In this case, the proposed class action addresses both barriers. It has the potential to make it economically feasible to advance on behalf of the class a group of individual claims that would otherwise not be economically feasible to pursue in the courts and it provides class members with a fair process to resolve their claims.

The third question is: what are the alternatives to class proceedings? The motions court must look at all

forme. Le recours collectif permet de réaliser l'objectif d'accès à la justice si (1) il existe des préoccupations à ce sujet auxquelles ce type d'action peut remédier et (2) ces préoccupations subsistent lorsque d'autres voies de droit sont envisagées. Pour établir si ces deux conditions sont remplies, il peut être utile de poser une série de questions. Elles ne sauraient être examinées isolément, ni dans un certain ordre, mais elles devraient éclairer une analyse comparative globale.

La première question est la suivante : quels sont les obstacles à l'accès à la justice? Deux obstacles potentiels à l'accès à la justice se dressent en l'espèce. Le premier, d'ordre financier, est lié à la nature de la demande. Le montant des demandes individuelles est trop modeste pour qu'un recours individuel soit viable. Le deuxième obstacle est lié au premier. La nature de la demande est telle qu'il n'existe peut-être pas d'autre moyen équitable de permettre aux membres du groupe d'exercer leurs droits et de mener au règlement des questions communes d'un groupe pouvant compter plus d'un million de membres. Ainsi, dans un tel cas, l'action en justice classique ne sert pas l'accès à la justice, ni du point de vue substantiel, ni du point de vue procédural. Si, en règle générale, l'obstacle à l'accès à la justice le plus fréquent est d'ordre financier, il peut également être d'ordre psychologique ou social. L'impossibilité d'exercer tout autre recours qui permettrait d'obtenir une véritable réparation constitue un obstacle d'ordre procédural fréquent.

La deuxième question est la suivante : dans quelle mesure le recours collectif permet-il d'éliminer ces obstacles? Cette analyse ne s'effectue pas en vase clos, mais s'inscrit dans l'analyse comparative et vise à confronter le recours collectif aux autres moyens, eu égard à leur capacité respective de répondre aux préoccupations en matière d'accès à la justice. Bien qu'il s'agisse d'un instrument de procédure, le recours collectif a, entre autres, pour objet sous-jacent de procurer des résultats positifs quant au fond. Dans l'évaluation de la capacité de ce type de recours d'aplanir les obstacles à l'accès à la justice, il faut prendre en compte la dimension procédurale et la dimension substantielle de la notion d'accès. En l'espèce, le recours collectif proposé élimine ces deux obstacles. Il permet à un groupe de faire valoir un ensemble de demandes individuelles qu'il serait autrement impossible pour des raisons d'ordre financier de soumettre aux tribunaux et il fournit aux membres du groupe une voie de droit équitable.

La troisième question est la suivante : quels autres moyens y a-t-il? Le tribunal saisi de la motion doit

the alternatives globally in order to determine to what extent they address the barriers to access to justice posed by the particular claim. There is no realistic litigation alternative in this case. The only alternative procedure that was advanced is the OSC proceedings and settlement agreements, the results of which are already known.

The fourth question is: to what extent do the alternatives address the relevant barriers to access to justice? The question is whether the alternative has the potential to provide effective redress for the substance of the claims and to do so in a manner that accords suitable procedural rights.

The last question is: how do the two proceedings compare? In comparing the two proceedings, the motions court must determine whether, on the record before it, the class action has been shown to be the preferable procedure to address the specific procedural and substantive access to justice concerns in a case. The court must also, to the extent possible within the proper scope of the certification hearing, consider the costs as well as the benefits of the proposed class proceeding in relation to those of the proposed alternative procedure.

In answering the last two questions in this case, investor participation in the process leading to compensation is an important factor to consider and one that weighs heavily in favour of finding that the class proceeding meets the preferability requirement in this case. The regulatory nature of, and the limited participation rights for investors in the OSC proceedings, coupled with the absence of information about how the OSC staff assessed investor compensation support the conclusion that significant procedural access to justice concerns remain which the proposed class action can address. Moreover, the focus and nature of the OSC process reinforce the concerns about whether substantial access to justice was achieved. The substantive outcome of the OSC proceedings cannot be dismissed as irrelevant to the question of whether the OSC proceedings addressed the access to justice barrier that is present in this case or whether the way in which it did so suggests that the class proceeding is not the preferred alternative.

However, the substantive outcome of the OSC proceedings and their impact on the preferability analysis must be examined through the appropriate evidentiary lens. In the rather unusual circumstances of this case, where the OSC proceedings have run their course and the results of those proceedings are known, the comparative analysis cannot ignore the question of whether a cost-benefit analysis supports the contention that the proposed

examiner de façon globale les autres moyens et déterminer s'ils permettent d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice que soulève la demande. Il n'existe pas d'autre solution judiciaire réaliste en l'espèce. La seule autre voie de droit évoquée est l'instance devant la CVMO et les règlements intervenus, dont l'issue est connue.

La quatrième question est la suivante : dans quelle mesure les autres moyens permettent-ils d'aplanir les obstacles à l'accès à la justice? Il s'agit de déterminer si l'autre moyen permettra de régler utilement les demandes quant au fond tout en assurant la possibilité d'exercer des droits procéduraux adéquats.

La dernière question est la suivante : quel est le résultat de la comparaison des deux instances? Dans l'exercice de comparaison, le tribunal saisi de la motion doit déterminer, au vu de la preuve, s'il a été démontré que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les préoccupations relatives à l'accès à la justice, sur le plan de la procédure et sur le plan du fond. Il doit aussi, sans outrepasser le cadre de l'audience sur la certification, comparer les coûts et les avantages du recours collectif projeté à ceux de l'autre moyen proposé.

En réponse aux deux dernières questions en l'espèce, il faut mentionner que la participation des investisseurs à la procédure menant à l'indemnisation constitue un facteur important, qui milite fortement en faveur de la conclusion que le recours collectif satisfait au critère du meilleur moyen en l'espèce. La nature réglementaire de l'instance devant la CVMO et les droits de participation limités qu'elle offrait aux investisseurs, conjugués à l'absence d'information sur les calculs effectués par son personnel en vue de l'indemnisation des investisseurs, étayaient la conclusion qu'il subsiste d'importants obstacles à l'accès à la justice sur le plan procédural auxquels le recours collectif peut remédier. Par ailleurs, l'objet et la nature de la procédure devant la CVMO accentuent les préoccupations en matière d'accès à la justice sur le plan du fond. On ne peut conclure que l'issue concrète de cette instance ne joue pas pour déterminer si cette voie de droit a permis de lever l'obstacle à l'accès à la justice en l'espèce ou s'il en ressort que le recours collectif n'est pas le meilleur moyen.

Toutefois, l'issue concrète de l'instance devant la CVMO et son effet sur l'analyse relative au meilleur moyen doivent être examinés à la lumière des normes de preuve applicables. Les circonstances de l'espèce sont plutôt inhabituelles, car l'issue de l'instance devant la CVMO est connue. L'analyse comparative doit donc aborder la question de savoir si l'examen des coûts et des avantages étaye la thèse selon laquelle le recours

class proceeding is the preferable way to address the claims here. The record in this case, which shows in detail the results of the completed proposed alternative proceedings, also shows that substantive access to justice concerns still remain. Further, there is no reason to believe that potential additional recovery would be consumed by the costs of the proceedings. The investors provided an appropriate basis to support the view that the class action proceeding would overcome access to justice barriers that subsisted after the completion of the OSC proceedings and that a cost-benefit analysis supported the conclusion that the class proceedings were the preferable proceeding for the investors to pursue their claims. The motion judge in this case erred in principle in his analysis and this justified appellate intervention in his exercise of discretion to refuse certification. The correct legal principles support the decision to certify the proposed class action.

#### Cases Cited

**Applied:** *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; **referred to:** *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (2004); *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389; *Pearson v. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641; *Halabi v. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 535, aff'd (2004), 70 O.R. (3d) 182; *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. vi; *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xiv.

#### Statutes and Regulations Cited

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50.  
*Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 5(1).  
*Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C. app., r. 23(b)(3).

collectif est le meilleur moyen de régler les réclamations. La preuve présente l'issue de l'autre voie de droit en détail et révèle qu'il subsiste des préoccupations relatives à l'accès à la justice quant au fond. En outre, il n'y a aucune raison de croire que les coûts du recours annuleraient le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être accordés. Les investisseurs ont bien étayé l'opinion que le recours collectif permettrait d'écartier les obstacles à l'accès à la justice subsistant après l'instance devant la CVMO et qu'à la lumière d'un examen des coûts et des avantages, il s'agit du meilleur moyen de faire valoir les demandes des investisseurs. L'analyse du juge saisi de la motion est entachée d'erreurs de principe. En conséquence, la révision en appel de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la certification est justifiée. Les bons principes juridiques applicables étayaient la décision de certifier le recours collectif projeté.

#### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; **arrêts mentionnés :** *Klay c. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (2004); *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Webb c. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389; *Pearson c. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641; *Halabi c. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *1176560 Ontario Ltd. c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002), 62 O.R. (3d) 535, conf. par (2004), 70 O.R. (3d) 182; *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, autorisation d'appel refusée, [2003] 2 R.C.S. vi; *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132; *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xiv.

#### Lois et règlements cités

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50.  
*Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C. app., règle 23(b)(3).

*Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127.

### Authors Cited

- Cullity, Maurice. “Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of ‘Some Basis in Fact’” (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407.
- Good, Mathew. “Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions” (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185.
- Iacobucci, Frank. “What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?”, in Jasminka Kalajdzic, ed., *Accessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011, 17.
- Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto: The Committee, 1990.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*, vol. I. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.
- Rubenstein, William B. *Newberg on Class Actions*, 5th ed. Eagan, Minn.: West, 2011 (WL, CLASSACT, updated June 2013).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O., Epstein J.A. and Pardu J. (*ad hoc*)), 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, 287 O.A.C. 148, 346 D.L.R. (4th) 598, 15 C.P.C. (7th) 81, [2012] O.J. No. 343 (QL), 2012 CarswellOnt 635, affirming a decision of Molloy, Swinton and Herman JJ., 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615, 276 O.A.C. 84, 6 C.P.C. (7th) 139, [2011] O.J. No. 562 (QL), 2011 CarswellOnt 800, setting aside in part a decision of Perell J., 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205, [2010] O.J. No. 112 (QL), 2010 CarswellOnt 135. Appeal dismissed.

*James D. G. Douglas, David Di Paolo and Margot Finley*, for the appellant AIC Limited.

*Benjamin Zarnett, Jessica Kimmel and Melanie Ouanounou*, for the appellant CI Mutual Funds Inc.

- Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1).
- Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 127.

### Doctrine et autres documents cités

- Cullity, Maurice. « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of “Some Basis in Fact” » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407.
- Good, Mathew. « Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification : Exploring the Goals of Canadian Class Actions » (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185.
- Iacobucci, Frank. « What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », in Jasminka Kalajdzic, ed., *Accessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2011, 17.
- Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto : The Committee, 1990.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*, vol. I. Toronto : Ministry of the Attorney General, 1982.
- Rubenstein, William B. *Newberg on Class Actions*, 5th ed. Eagan, Minn. : West, 2011 (WL, CLASSACT, updated June 2013).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Winkler, la juge Epstein et la juge Pardu (*ad hoc*)), 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, 287 O.A.C. 148, 346 D.L.R. (4th) 598, 15 C.P.C. (7th) 81, [2012] O.J. No. 343 (QL), 2012 CarswellOnt 635, qui a confirmé une décision des juges Molloy, Swinton et Herman, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615, 276 O.A.C. 84, 6 C.P.C. (7th) 139, [2011] O.J. No. 562 (QL), 2011 CarswellOnt 800, qui avait infirmé en partie une décision du juge Perell, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205, [2010] O.J. No. 112 (QL), 2010 CarswellOnt 135. Pourvoi rejeté.

*James D. G. Douglas, David Di Paolo et Margot Finley*, pour l’appelante AIC Limitée.

*Benjamin Zarnett, Jessica Kimmel et Melanie Ouanounou*, pour l’appelante CI Mutual Funds Inc.

*Allan C. Hutchinson, Peter R. Jervis, Joel P. Rochon and Remissa Hirji, for the respondents.*

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

### I. Overview

[1] In order to have a proposed class action certified, the plaintiff must show that there is some basis in fact to conclude that a class proceeding would be the preferable procedure for resolution of the common issues raised in the action: *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (“CPA”), s. 5(1)(d). The main question on appeal in this proposed investor class action is whether it meets this preferability requirement given that settlement payments were made to investors following proceedings conducted by the Ontario Securities Commission (“OSC”).

[2] The issue is a thorny one: each of the three levels of court in the proceedings leading to this appeal adopted significantly different approaches. The motion judge found that a class action was not a preferable procedure and denied certification. Given the OSC’s restitutionary mandate, he held that it was not for the court to second-guess the access to justice provided to investors through the settlements or to give much weight to the difference between the mandate and processes of the OSC compared to the courts. The Divisional Court reversed the motion judge and granted certification. Its analysis focused on the level of recovery in the regulatory proceeding as compared to the quantum of damages claimed in the class action. The comparison led the court to conclude that substantial recovery could still be achieved by way of the class action. The OSC proceedings could therefore not be preferable to the proposed class action. The Court of Appeal upheld the Divisional Court’s result, but for substantially different reasons. The Court of Appeal focused on comparing the class members’ procedural rights in class proceedings with the regulatory nature and limited participatory rights of investors in the OSC proceedings. As the Court of Appeal put it, the

*Allan C. Hutchinson, Peter R. Jervis, Joel P. Rochon et Remissa Hirji, pour les intimés.*

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Aperçu

[1] Pour faire certifier un recours collectif, le demandeur doit établir un certain fondement factuel permettant de conclure qu’il s’agit du meilleur moyen de régler les questions communes en cause (*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6 (« LRC »), al. 5(1)d)). La principale question que pose le présent pourvoi est celle de savoir si, compte tenu de l’indemnité versée aux investisseurs par suite de l’instance introduite devant la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO »), le recours collectif projeté satisfait au critère du meilleur moyen.

[2] La question est épineuse; les trois juridictions qui se sont prononcées ont tenu des raisonnements très différents. Le juge saisi de la motion a conclu que le recours collectif n’était pas le meilleur moyen de régler les questions communes et il a refusé de le certifier. Selon lui, vu le mandat de la CVMO en matière de restitution, il n’était pas loisible au tribunal de remettre en question l’accès à la justice que représentent pour les investisseurs les règlements intervenus ou d’attacher beaucoup d’importance aux éléments qui distinguent le mandat et la procédure de la CVMO de ceux d’une cour de justice. La Cour divisionnaire a infirmé cette décision et accordé la certification. Son analyse a comparé le montant de l’indemnité versée à l’issue de la procédure réglementaire à celui des dommages-intérêts réclamés dans le cadre du recours collectif. Cette comparaison l’a amenée à conclure que ce dernier pouvait encore permettre le recouvrement d’une somme substantielle. Par conséquent, l’instance devant la CVMO ne pouvait se révéler préférable au recours collectif projeté. La Cour d’appel a confirmé cette conclusion, mais pour des motifs sensiblement différents. Son raisonnement procédait d’une comparaison entre les

preferable procedure inquiry must “focus on the underlying purpose and nature of the alternative proceeding as compared with the class proceeding. . . . The *CPA* mandates that this must be a procedural discussion”: 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, at para. 79.

[3] The focus of this appeal is on the question of whether the proposed class proceeding, as compared to the OSC proceedings, is preferable from the point of view of providing access to justice. The case provides an opportunity for this Court to elaborate the analytical approach to this question under the *CPA*, building on the Court’s judgment in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158.

[4] I agree with the Divisional Court and the Court of Appeal that the motion judge erred in principle in his analysis and that this justified appellate intervention in his exercise of discretion to refuse certification. As I see it, the correct legal principles support those courts’ decision to certify the proposed class action. I would therefore dismiss the appeal. However, for reasons that I will develop, I also conclude that the preferability analysis is not solely focused on procedural considerations but must, within the proper scope of the certification process, consider both substantive and procedural aspects.

## II. Facts and Proceedings

### A. *Overview of the Facts*

[5] The appellants are two of the mutual fund managers who were the subject of an investigation conducted by the OSC into “market timing”, a practice which was alleged to have caused long-term investors to suffer losses in the value of their

droits procéduraux dont jouissent les membres d’un groupe ayant intenté un recours collectif, d’une part, et la nature réglementaire d’une instance devant la CVMO ainsi que les droits de participation limités qu’elle offre aux investisseurs, d’autre part. Comme la Cour d’appel l’indique, l’analyse visant à déterminer le meilleur moyen doit [TRADUCTION] « s’attacher à la nature et à l’objectif sous-jacents de l’autre voie de droit et les comparer à ceux du recours collectif. [. . .] La *LRC* exige qu’un tel examen englobe l’aspect procédural » (2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498, par. 79).

[3] La principale question qui se pose en l’espèce est de savoir si le recours collectif projeté constitue un meilleur moyen de régler les questions en cause, dans l’optique de l’accès à la justice, que l’instance devant la CVMO. Le présent pourvoi fournit à notre Cour l’occasion d’approfondir la démarche analytique que commande cette question intéressant la *LRC* et qu’elle a empruntée dans l’arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158.

[4] Je conviens avec la Cour divisionnaire et la Cour d’appel que l’analyse du juge saisi de la motion est entachée d’erreurs de principe. En conséquence, la révision en appel de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser la certification est justifiée. À mon avis, les bons principes juridiques applicables étayent la décision de ces cours de certifier le recours collectif projeté. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi. Toutefois, pour les motifs que j’expose plus loin, je suis également d’avis que l’analyse relative au meilleur moyen ne saurait être uniquement axée sur des considérations d’ordre procédural et qu’elle doit tenir compte également de considérations de fond, dans la mesure permise à l’étape de la certification.

## II. Faits et historique judiciaire

### A. *Aperçu des faits*

[5] Les appelantes sont deux gestionnaires de fonds mutuels visés par l’enquête de la CVMO sur l’« arbitrage sur la valeur liquidative », une pratique qui aurait fait baisser la valeur des placements d’investisseurs à long terme. L’enquête de la



investments. The OSC probe focused on whether the fund managers had taken reasonable steps to protect the funds from harm that could arise from frequent trading market timing, rather than on the “market timers” whose activities directly caused harm to the fund. The fund managers ultimately entered into settlement agreements with the OSC. The appellants AIC Limited and CI Mutual Funds Inc. paid respectively \$58.8 million and \$49.3 million to their investors as a result of those agreements: motion decision, at para. 94. The settlement agreements anticipated and did not preclude the possibility of civil proceedings against the appellants. The investors who received payments from the appellants are more or less the same people who would ultimately form the class in this proposed class action against the appellants.

[6] Following the settlement agreements, the respondents applied to certify a class action against the fund managers relating to the same market timing conduct. The action alleged, among other things, that the managers had breached their fiduciary duty to investors and had been negligent by failing to take steps to curb market timing activities. (Although the proposed class action originally named five fund managers as defendants, the claims against three of them have settled so that the appellants in this Court are the only remaining defendants.)

B. *Decision on Certification Motion: Ontario Superior Court of Justice, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205 (Perell J.)*

[7] The judge identified the common issues raised by the proposed class proceeding as being whether the defendants (including the appellants in this Court) had fiduciary duties or duties of care to the proposed class members, and if so whether they had breached those duties. It was common ground on the certification motion that the OSC proceedings and settlement agreements did not bar the claims advanced in the action.

CVMO cherchait à déterminer si les gestionnaires de fonds avaient pris des mesures raisonnables contre le préjudice pouvant résulter de fréquents arbitrages sur la valeur liquidative. Elle ne portait pas sur les auteurs des opérations, dont les actions avaient directement causé le préjudice aux fonds. Les gestionnaires de fonds ont fini par conclure des ententes de règlement avec la CVMO. En exécution de ces ententes, les appelantes, AIC Limitée et CI Mutual Funds Inc. ont respectivement versé 58,8 et 49,3 millions de dollars à leurs investisseurs (décision relative à la motion, par. 94). Les ententes envisageaient la possibilité de poursuites civiles contre les appelantes; elles n’y faisaient pas obstacle. Le groupe de demandeurs participant au recours collectif projeté contre les appelantes serait en gros formé des investisseurs à qui une indemnité avait été versée.

[6] Postérieurement aux ententes de règlement, les intimés ont demandé la certification d’un recours collectif visant les gestionnaires de fonds et reposant sur les mêmes actes d’arbitrage sur la valeur liquidative. Dans le cadre du recours, les intimés avançaient notamment que les gestionnaires avaient manqué à leur obligation fiduciaire envers les investisseurs et avaient fait preuve de négligence en ne prenant pas de mesure pour restreindre les arbitrages. (Le recours collectif projeté visait initialement cinq gestionnaires de fonds, mais trois d’entre eux ont conclu un règlement de sorte que les appelantes demeurent les seules défenderesses.)

B. *Décision relative à la motion en vue de la certification (Cour supérieure de justice de l’Ontario, 2010 ONSC 296, 89 C.P.C. (6th) 205 (le juge Perell))*

[7] Selon le juge saisi de la motion, les questions communes consistaient à savoir si les défenderesses (dont les appelantes devant la Cour) avaient une obligation fiduciaire ou une obligation de diligence envers les membres du groupe projeté et, dans l’affirmative, si elles y avaient manqué. Il n’était pas contesté que l’instance devant la CVMO et les ententes de règlement ne faisaient pas obstacle aux demandes formulées dans le recours.

[8] The main contested issue in the motion was whether the proposed action would be the preferable procedure to resolve the common issues having regard to the purposes of class proceedings: judicial economy, behaviour modification and access to justice. The judge noted that if the class action were the preferable procedure, it should be certified conditional on the court approving a litigation plan.

[9] The judge focused his preferability analysis on access to justice. There was no dispute that the OSC proceedings and settlement agreements had achieved the goal of behaviour modification, and the judge concluded that if they had achieved access to justice, then they had also served the goal of judicial economy. The motion judge based his conclusion that the proposed class action was not the preferable procedure solely on the existence of the OSC proceedings and settlement agreements. This conclusion followed from two key findings: first, that the OSC proceedings and settlement agreements were properly part of the preferable procedure analysis; and second, that the OSC proceedings were a “genuine alternative that serve[d] the purposes of a class proceeding; namely, access to justice, behaviour modification, and judicial economy” (para. 234). The judge accepted the defendants’ submission that the court “should not second-guess the access to justice provided by the OSC once the court was satisfied that the OSC’s purpose was to obtain restitutionary compensation for the harm suffered by the investors and the process to do so was adequate” (para. 256). He reached these conclusions in spite of his finding “that there [was] some basis in fact for the Plaintiffs’ submission that the investors may not have been fully compensated as a result of the OSC settlement agreements” (para. 101).

[10] The motion judge therefore denied certification.

[8] À l’étape de la motion, le débat a principalement porté sur la question de savoir si, au regard des objectifs que vise le recours collectif, soit l’économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l’accès à la justice, il s’agissait du meilleur moyen de régler les questions communes. Selon le juge, si c’était le cas, il fallait certifier le recours, sous réserve de l’approbation d’un plan pour l’instance par le tribunal.

[9] C’est dans l’optique de l’accès à la justice que le juge a procédé à l’analyse relative au meilleur moyen. Il n’était pas contesté que l’instance devant la CVMO et les ententes de règlement avaient permis d’atteindre l’objectif de modification comportementale, et le juge a considéré que si elles avaient également permis de favoriser l’accès à la justice, elles auraient du même coup servi l’objectif d’économie des ressources judiciaires. En tenant compte uniquement de l’existence de l’instance devant la CVMO et des ententes de règlement, il a jugé que le recours collectif projeté n’était pas le meilleur moyen. Ce raisonnement découlait de deux conclusions importantes. Suivant la première, l’instance devant la CVMO et les ententes de règlement devaient entrer en ligne de compte dans l’analyse relative au meilleur moyen. Suivant la seconde, l’instance devant la CVMO avait offert [TRADUCTION] « une véritable autre voie de droit qui permet[tait] d’atteindre les objectifs d’un recours collectif, à savoir l’accès à la justice, la modification des comportements et l’économie des ressources judiciaires » (par. 234). Il a retenu l’argument des défenderesses selon lequel le tribunal, « dès lors qu’il est convaincu que la CVMO cherchait à obtenir la réparation du préjudice subi par les investisseurs et que la procédure était adéquate, ne devrait pas remettre en question l’accès à la justice qu’offre l’instance devant la CVMO » (par. 256). Et ce, même s’il avait par ailleurs conclu « que l’argument des demandeurs selon lequel les ententes de règlement n’ont peut-être pas indemnisé intégralement les investisseurs repos[ait] sur un certain fondement factuel » (par. 101).

[10] Le juge saisi de la motion a donc refusé de certifier le recours collectif.

C. *Ontario Superior Court of Justice, Divisional Court, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615 (Molloy J., Swinton and Herman JJ. Concurring)*

[11] The Divisional Court found the motion judge's analysis of the preferability requirement to be in error in three respects: "(1) he failed to apply the proper low evidentiary burden on the plaintiffs at [the certification] stage; (2) he improperly found that the already completed OSC proceeding was a preferable proceeding for the remaining portion of the plaintiffs' claims going forward; and (3) he erred in law by considering criteria for approval of a settlement at the certification stage" (para. 33). The court therefore allowed the appeal and certified the class action.

D. *Court of Appeal for Ontario, 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498 (Winkler C.J.O., Epstein J.A. and Pardu J. (ad hoc) Concurring)*

[12] The Court of Appeal dismissed the appeal. It found that although the Divisional Court had not asked itself the right questions, it nonetheless came to the right result. In its view, the Divisional Court should not have focused on whether the OSC settlements provided investors with all or substantially all of the monetary relief they sought: this was an error because, at the certification stage, the amount that would be recoverable in the proposed class proceeding remains unknown, and thus there is no way of determining if the compensation was "substantial" (para. 77). Further, such a determination would be tantamount to making a finding on the merits of the case, which would be a marked departure from the evidentiary burden that applies on a motion for certification. The court was rather of the view that the preferable procedure inquiry had to focus on the purpose and nature of the alternative proceedings as compared with the class proceedings.

[13] The Court of Appeal thought that important procedural distinctions between the OSC proceedings and the proposed class proceeding supported the conclusion that a class proceeding was preferable for resolving the class members' claims in this case. First, the OSC's jurisdiction under

C. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, Cour divisionnaire, 2011 ONSC 292, 104 O.R. (3d) 615 (la juge Molloy, avec l'accord des juges Swinton et Herman)*

[11] La Cour divisionnaire a relevé trois erreurs dans l'analyse du juge saisi de la motion : [TRADUCTION] « (1) il n'a pas appliqué la norme de preuve peu exigeante à laquelle les demandeurs doivent satisfaire à [l']étape [de la certification]; (2) il a conclu à tort que l'instance devant la CVMO, qui avait pris fin, était le meilleur moyen de régler le reste des revendications des demandeurs; et (3) il a commis une erreur de droit en prenant en compte les critères d'approbation d'un règlement à l'étape de la certification » (par. 33). La cour a donc accueilli l'appel et certifié le recours collectif.

D. *Cour d'appel de l'Ontario, 2012 ONCA 47, 109 O.R. (3d) 498 (le juge en chef Winkler avec l'accord des juges Epstein et Pardu (ad hoc))*

[12] La Cour d'appel a rejeté l'appel, estimant que la Cour divisionnaire était parvenue au bon résultat sans toutefois poser les bonnes questions. Selon la première, la seconde avait fait erreur en s'attachant à savoir si les ententes de règlement conclues par la CVMO représentaient la totalité ou la quasi-totalité du montant de la mesure du redressement pécuniaire réclamée par les investisseurs. À l'étape de la certification, la somme qu'il sera possible de recouvrer étant inconnue, il n'est par conséquent pas possible de déterminer si l'indemnisation était [TRADUCTION] « quasi totale » (par. 77). En outre, tirer pareille conclusion équivaudrait à statuer sur le fond du litige, ce qui constituerait un écart marqué par rapport au fardeau de preuve applicable en matière de certification. La cour a plutôt jugé que, dans le cadre de l'analyse relative au meilleur moyen, il fallait comparer les objectifs et la nature des autres voies de droit et du recours collectif.

[13] La Cour d'appel était d'avis que les différences procédurales importantes entre l'instance devant la CVMO et le recours collectif projeté permettaient de conclure que ce dernier constituait le meilleur moyen de régler les demandes des membres du groupe. Premièrement, l'art. 127 de la *Loi*

s. 127 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, was regulatory, not compensatory and, as a result, the remedial powers available to the OSC were insufficient to enable it to fully address the class members' claims. Second, the OSC proceedings did not provide comparable rights of participation to the affected investors, which was an important access to justice consideration.

### III. Brief Summary of the Positions of the Parties

[14] The appellants complain that the Court of Appeal wrongly equated access to justice with access to court-like procedures to the neglect of other important considerations and that it erroneously focused on theoretical considerations rather than the actual results achieved by the OSC proceedings. These fundamental flaws, the appellants say, led the Court of Appeal into a number of other errors. It wrongly focused on the fact that the OSC jurisdiction is regulatory and not compensatory. It erred in its assessment of investor participation in the OSC proceedings. It failed to take into account the no-fault, timely and no-cost aspects of the OSC process, and the impartiality and independence of the OSC. The appellants also argue that the Court of Appeal simply substituted its own discretion for that of the motion judge, contrary to the applicable standard of review.

[15] The respondents submit that the Court of Appeal appropriately focused its analysis on the importance of participatory rights coupled with the limited scope and nature of the OSC's jurisdiction and remedial powers, rather than the outcome of the OSC proceedings. The respondents contend that participation is at the heart of the concept of access to justice. They submit that given the lack of basic procedural rights to investors in the OSC proceedings, the non-binding nature of the settlements, as well as the non-disclosure of how the

*sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. S.5, confère à la CVMO une compétence d'ordre réglementaire, et non pas une compétence en matière d'indemnisation, de sorte qu'elle ne dispose pas de pouvoirs de redressement suffisants pour lui permettre de faire droit à la totalité des demandes des membres du groupe. Deuxièmement, l'instance devant la CVMO n'accorde pas aux investisseurs de droits de participation comparables à ceux que leur permettrait d'exercer un recours collectif, une importante considération d'accès à la justice.

### III. Résumé des positions des parties

[14] Les appelantes reprochent à la Cour d'appel d'avoir confondu accès à la justice avec accès à une instance quasi judiciaire au détriment d'autres éléments importants. Elles prétendent aussi qu'elle se serait attachée à tort à des questions théoriques plutôt qu'aux résultats concrets de l'instance devant la CVMO. Selon les appelantes, de ces vices fondamentaux auraient découlé d'autres erreurs. Ainsi, la Cour aurait trop insisté sur le fait que la CVMO exerce des pouvoirs d'ordre réglementaire, non pas des pouvoirs d'indemnisation. Elle aurait mal apprécié la participation des investisseurs à l'instance devant la CVMO. Elle n'aurait tenu compte ni du fait que le régime offert par la CVMO est rapide et sans frais et n'exige pas que la faute soit démontrée, ni de l'impartialité et de l'indépendance de cet organisme. Les appelantes soutiennent en outre que la Cour d'appel a simplement substitué son propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge saisi de la motion, en contravention à la norme de contrôle applicable.

[15] Pour leur part, les intimés font valoir que la Cour d'appel a axé à juste titre son analyse sur l'importance des droits de participation et sur la portée et la nature limitées de la compétence et des pouvoirs de redressement de la CVMO, plutôt que sur le résultat de l'instance devant cet organisme. Ils soutiennent que la participation est au cœur de la notion d'accès à la justice. Étant donné que les investisseurs ne jouissent d'aucun droit procédural fondamental devant la CVMO, que les ententes de règlement n'ont pas force exécutoire et que les

settlement agreements were achieved, the compensation received by investors was arbitrary and partial and was in no way preferable to a class action.

#### IV. Analysis

##### A. *Introduction*

[16] The appeal focuses on one branch of the statutory requirement for certification, the requirement that “a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues”: *CPA*, s. 5(1)(d). In the circumstances of this case, the question of preferability boils down to quite a narrow issue because there is substantial agreement on a number of points. There is no longer any dispute that the proposed class action meets all of the requirements for certification except for the disputed element of whether it is the preferable procedure. With regard to that requirement, it is no longer disputed that the class action would be a fair, efficient and manageable proceeding or that it would be preferable to any litigation alternatives. It is also common ground that to assess whether the class action would be preferable to any other alternative method of resolving the class members’ claims, the court compares the competing possibilities through the lens of the goals of behaviour modification, judicial economy and access to justice, bearing in mind, of course, that the ultimate question is whether the statutory requirement of preferability has been established. There is also no dispute that the appeal turns on how well the two proceedings can provide access to justice for the investors. This is so because the parties acknowledge that there is no other litigation alternative, that the OSC proceedings accomplished the purpose of behaviour modification, and the motion judge found that either proceeding would serve the goal of judicial economy, a finding that is not contested before this Court.

[17] While in general all three goals of class action procedures must be weighed in the balance, in the specific circumstances of this case, the question is

pourparlers qui les ont précédées sont demeurés secrets, l’indemnité versée aux investisseurs est arbitraire et partielle et ne saurait être préférable au recours collectif.

#### IV. Analyse

##### A. *Introduction*

[16] Le pourvoi porte sur l’un des critères de certification établis par la loi, à savoir « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes » (*LRC*, al. 5(1)d)). Dans les circonstances de l’espèce, la question de savoir s’il s’agit du meilleur moyen est assez précise, vu que les parties s’entendent dans une large mesure sur plusieurs points. Il est à présent admis que le recours collectif projeté satisfait aux autres critères de certification. Quant au critère du meilleur moyen, qui fait l’objet du litige, nul ne conteste plus que le recours collectif constituerait une procédure juste, efficace et pratique ni qu’il serait préférable à toute autre voie de droit judiciaire. Les parties s’entendent également pour dire que le tribunal chargé de déterminer si le recours collectif serait préférable à toute autre voie extrajudiciaire pour régler les demandes des membres du groupe doit passer les possibilités au crible des objectifs que sont la modification des comportements, l’économie des ressources judiciaires et l’accès à la justice. Ce faisant, le tribunal doit, bien sûr, garder à l’esprit que la question fondamentale est de savoir s’il a été satisfait au critère légal du meilleur moyen. Il n’est en outre pas contesté que le pourvoi vise à déterminer lequel des deux moyens favorise le plus l’accès à la justice des investisseurs. Telle est la question parce que les parties reconnaissent que le recours collectif est la seule voie judiciaire possible, que l’instance devant la CVMO a permis d’atteindre l’objectif de modification des comportements et que le juge saisi de la motion a conclu que l’une ou l’autre option servirait l’objectif d’économie des ressources judiciaires. Cette conclusion n’est pas contestée dans le présent pourvoi.

[17] En général, les trois objectifs du recours collectif doivent être soupesés. Or, dans les circonstances particulières de l’espèce, il s’agit de

whether, from an access to justice perspective, certification should be denied on account of results already obtained in a non-litigation proceeding before the OSC.

[18] I will begin my analysis by outlining the main threads of the jurisprudence dealing with the preferability requirement with particular reference to cases in which it has been argued that some form of non-court, alternative dispute resolution was a preferable procedure to a proposed class action. I will then develop what, in my opinion, is the correct analytical approach to this issue and apply it to this case.

#### B. *The Preferability Requirement — Overview of the Principles*

##### (1) Statutory Provision

[19] The starting point is the relevant statutory provision. Section 5(1)(d) of the *CPA* requires the court to conclude that “a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues”. (See the attached Appendix for s. 5(1) *CPA* reproduced in full.) Although this provision could be read as requiring a procedure that is capable of producing a formal resolution of the common issues, that reading was rejected by the Court in *Hollick*. McLachlin C.J., writing for the Court, made clear that the preferability requirement is broad enough to take into account “all reasonably available means of resolving the class members’ claims” including avenues of redress other than court actions (para. 31). An alternative process need not necessarily decide the precise legal and/or factual questions raised by the common issues provided that it effectively resolves the class members’ claims. This broad understanding of the preferability requirement is critical in cases like this one in which individual court actions are not a viable option.

[20] This understanding of the role of non-litigation alternatives in the comparative analysis under the *CPA*’s preferable procedure criterion is different from its American counterpart under the

déterminer, dans une perspective d’accès à la justice, s’il y a lieu de refuser la certification par suite de l’issue de l’instance extrajudiciaire devant la CVMO.

[18] J’expose d’abord les grandes lignes que trace la jurisprudence relative au critère du meilleur moyen, en m’attardant tout particulièrement aux affaires où un mode de règlement extrajudiciaire des différends était présenté comme étant préférable à un recours collectif. J’explique ensuite la démarche analytique à suivre en l’espèce selon moi et l’applique aux faits de l’espèce.

#### B. *Le critère du meilleur moyen — survol des principes*

##### (1) Disposition législative

[19] Commençons par la disposition législative applicable. L’alinéa 5(1)d) de la *LRC* requiert que le tribunal conclue que « le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes ». (Le paragraphe 5(1) est reproduit intégralement à l’annexe.) Bien que cette disposition puisse sembler exiger un moyen susceptible de mener au règlement formel des questions communes, la Cour rejette à l’unanimité cette interprétation dans *Hollick*. La juge en chef McLachlin y indique clairement que le critère du meilleur moyen est assez large pour englober « tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe », notamment les voies de droit autres que les poursuites judiciaires (par. 31). Dans la mesure où l’autre moyen permet de régler les demandes des membres du groupe, il n’est pas nécessaire qu’il tranche les aspects juridiques ou factuels précis des questions communes. Cette conception large du critère du meilleur moyen revêt une importance capitale dans les affaires où, comme en l’espèce, l’action en justice individuelle ne constitue pas une solution viable.

[20] Cette manière d’envisager le rôle des voies extrajudiciaires dans l’analyse comparative que requiert le critère du meilleur moyen prévu à la *LRC* diffère de celle que prévoient les dispositions

U.S. federal class action regime. The language of Rule 23 of the U.S. *Federal Rules of Civil Procedure* provides that the court must, among other things, satisfy itself “that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy”: 28 U.S.C. app., r. 23(b)(3). This wording invites a comparison between the class action and other forms of court action, and has tended to limit reliance on comparison with non-judicial alternatives: see W. B. Rubenstein, *Newberg on Class Actions* (5th ed. 2011) (WL), at § 4:86.

- (2) In Assessing Preferability, the Court Looks at the Common Issues in the Context of the Action as a Whole

[21] In order to determine whether a class proceeding would be the preferable procedure for the “resolution of the common issues”, those common issues must be considered in the context of the action as a whole and “must take into account the importance of the common issues in relation to the claims as a whole”: *Hollick*, at para. 30. McLachlin C.J. in *Hollick* accepted the words of a commentator to the effect that in comparing possible alternatives with the proposed class proceeding, “it is important to adopt a practical cost-benefit approach to this procedural issue, and to consider the impact of a class proceeding on class members, the defendants, and the court”: para. 29, citing W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (loose-leaf 1998, release 4), at para. 4.690.

- (3) The Preferable Procedure Analysis Considers the Extent to Which the Proposed Class Action Serves the Goals of Class Proceedings

[22] In *Hollick*, McLachlin C.J. indicated that the preferability inquiry had to be conducted through the lens of the three principal goals of class actions, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice (para. 27). This should not be construed as creating a requirement to prove that the proposed class action will *actually* achieve those goals in a specific case. Thus, when

fédérales américaines en matière de recours collectif. Aux termes de la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis, le tribunal doit notamment être convaincu que [TRADUCTION] « le recours collectif est supérieur à toute autre méthode pour trancher le litige de façon juste et efficace » (28 U.S.C. app., r. 23(b)(3)). Cette formulation invite à confronter le recours collectif à d’autres types de recours judiciaires et a généralement eu pour effet de limiter les comparaisons avec des voies de droit extrajudiciaires (voir W. B. Rubenstein, *Newberg on Class Actions* (5<sup>e</sup> éd. 2011) (WL), § 4:86).

- (2) Dans l’analyse relative au meilleur moyen, le tribunal examine les questions communes dans le contexte de l’action dans son ensemble

[21] Pour déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de « régler les questions communes », il faut considérer ces dernières dans le contexte général de l’action et en « examiner l’importance [. . .] par rapport à l’ensemble des revendications » (*Hollick*, par. 30). Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin approuve le commentaire d’un observateur affirmant que, dans la comparaison du recours collectif avec d’autres voies de droit possibles, [TRADUCTION] « il importe de recourir à une analyse pratique tenant compte des coûts et des avantages et de prendre en considération l’incidence d’un recours collectif sur les membres du groupe, les défendeurs et le tribunal » (par. 29, citant W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (feuilles mobiles 1998, envoi n° 4), par. 4.690).

- (3) L’analyse relative au meilleur moyen détermine dans quelle mesure le recours collectif projeté permet la réalisation des objectifs de ce type de recours

[22] Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin indique que l’analyse relative au meilleur moyen s’effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l’économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l’accès à la justice (par. 27). On n’entend pas par là qu’il faille prouver que le recours collectif projeté réalisera *effectivement* ces objectifs dans

undertaking the comparative analysis, courts must focus on the statutory requirement of preferability and not impose on the representative plaintiff the burden of proving that all of the beneficial effects of the class action procedure will in fact be realized.

[23] This is a comparative exercise. The court has to consider the extent to which the proposed class action may achieve the three goals of the *CPA*, but the ultimate question is whether other available means of resolving the claim are preferable, not if a class action would fully achieve those goals. This point is well expressed in one U.S. Federal Court of Appeals judgment and it applies equally to *CPA* proceedings: “Our focus is not on the convenience or burden of a class action suit *per se*, but on the relative advantages of a class action suit over whatever other forms of litigation [and, I would add, dispute resolution] might be realistically available to the plaintiffs”: *Klay v. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (11th Cir. 2004), at p. 1269, cited in Rubenstein, at § 4:85, fn. 2.

### C. Access to Justice as a Goal of Class Proceedings

[24] There is no doubt that access to justice is an important goal of class proceedings. But what is access to justice in this context? It has two dimensions, which are interconnected. One focuses on process and is concerned with whether the claimants have access to a fair process to resolve their claims. The other focuses on substance — the results to be obtained — and is concerned with whether the claimants will receive a just and effective remedy for their claims if established. They are interconnected because in many cases defects of process will raise doubts as to the substantive outcome and defects of substance may point to concerns with the process. As the Honourable Frank Iacobucci put it, “access to justice must contain both a procedural and a substantive component. I find it difficult to accept that providing injured parties with a process to pursue their claims can be

un cas donné. En conséquence, dans son analyse comparative, le tribunal doit s’en tenir au critère légal du meilleur moyen et s’abstenir d’imposer au représentant des demandeurs le fardeau de prouver que tous les avantages du recours collectif se matérialiseront dans les faits.

[23] Il s’agit d’un exercice comparatif. Le tribunal doit certes examiner dans quelle mesure le recours collectif projeté permet la réalisation des trois objectifs de la *LRC*, mais la question à laquelle il doit ultimement répondre est celle de savoir s’il existe des moyens préférables de régler les demandes, non pas si le recours collectif projeté réalisera pleinement ces objectifs. Un arrêt de la Cour d’appel fédérale des États-Unis exprime bien cette nuance, qui vaut également pour la *LRC* : [TRADUCTION] « L’analyse ne porte pas sur les avantages ou les difficultés du recours collectif en soi, mais sur les avantages relatifs d’un tel recours par rapport aux autres types de recours judiciaires [et j’ajouterais : de règlement des différends] dont les demandeurs peuvent réellement se prévaloir en pratique » (*Klay c. Humana, Inc.*, 382 F.3d 1241 (11th Cir. 2004), p. 1269, cité dans Rubenstein, § 4:85, note de bas de page 2).

### C. L’accès à la justice comme objectif du recours collectif

[24] L’accès à la justice est assurément un objectif important du recours collectif. Mais en quoi consiste-t-il dans le contexte qui nous occupe? Il comporte deux dimensions interreliées. L’une intéresse la procédure et la question de savoir si les demandeurs disposent d’une voie équitable de règlement de leurs réclamations. L’autre intéresse le droit substantiel — l’issue recherchée — et la question de savoir s’ils obtiendront une réparation juste et adéquate si le bien-fondé des réclamations est établi. Ces deux dimensions sont interreliées, car, dans bien des cas, des vices de forme soulèvent des doutes sur l’issue quant au fond et des vices de fond peuvent susciter des questions à propos de la procédure. Comme l’explique l’honorable Frank Iacobucci : [TRADUCTION] « . . . l’accès à la justice doit comporter un aspect procédural et un aspect substantiel. Je conçois mal qu’on puisse mettre à



divorced from ensuring that the ultimate remedy arising from the process provides substantive justice where warranted”: “What Is Access to Justice in the Context of Class Actions?”, in J. Kalajdzic, ed., *Assessing Justice: Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* (2011), 17, at p. 20. While it may be analytically convenient to look at process and substance considerations separately, this must not be done at the expense of an overall assessment of the access to justice implications of the proposed class action.

[25] The Divisional Court focused its access to justice analysis on substance, relying heavily on its conclusion that there was some basis in fact to believe that the investors were entitled to significantly more than they had received from the OSC proceedings (paras. 4 and 8). The Court of Appeal, on the other hand, focused mainly on process, relying heavily on considerations such as participation rights and remedial jurisdiction. The correct approach, however, must include both substantive and procedural aspects in assessing whether a class action is the preferable procedure. The focus cannot be exclusively on process: a process may be fair but nonetheless not offer a real opportunity to recover compensation for all of the losses suffered. In other words, in some cases even if the process is fair, there will remain significant obstacles to recovery. In addition, an absence of a fair process may also heighten concerns about whether substantive justice has or will be done. Of course, as we shall see, consideration of these aspects must respect the limited scope of the certification process.

[26] A class action will serve the goal of access to justice if (1) there are access to justice concerns that a class action could address; and (2) these concerns remain even when alternative avenues of redress are considered: *Hollick*, at para. 33. To determine whether both of these elements are present, it may be helpful to address a series of questions. These

la disposition de parties lésées une procédure leur permettant de faire valoir leurs prétentions sans veiller à ce qu'elle débouche sur une juste réparation au fond si celle-ci est justifiée » (« What Is Access to Justice in the Context of Class Actions? », dans J. Kalajdzic, dir., *Assessing Justice : Appraising Class Actions Ten Years After Dutton, Hollick & Rumley* (2011), 17, p. 20). Bien qu'il soit peut-être commode sur le plan analytique d'étudier séparément la procédure et le fond, on ne doit pas le faire au détriment d'une évaluation globale des répercussions du recours collectif projeté sur le plan de l'accès à la justice.

[25] La Cour divisionnaire a axé son analyse relative à l'accès à la justice sur l'aspect substantiel. Elle s'est fondée dans une large mesure sur sa conclusion selon laquelle un certain fondement factuel permettait de croire que les investisseurs avaient droit à une réparation considérablement supérieure à ce qu'ils avaient obtenu devant la CVMQ (par. 4 et 8). La Cour d'appel, quant à elle, a plutôt mis l'accent sur l'aspect procédural, son analyse faisant principalement intervenir des facteurs comme les droits de participation et les pouvoirs de réparation. Or, la démarche à suivre pour déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen doit porter à la fois sur le fond et sur la forme. On ne saurait s'attacher exclusivement à la procédure : une voie de droit peut être équitable sans néanmoins permettre véritablement au demandeur d'être indemnisé de toutes les pertes subies. Autrement dit, il arrive parfois que subsistent des obstacles importants à l'indemnisation malgré une voie de droit équitable. Qui plus est, l'absence d'une voie de droit équitable risque de faire douter que justice a été rendue ou le sera au fond. Bien sûr, ainsi que nous le verrons, l'analyse de ces éléments doit respecter la portée restreinte du processus de certification.

[26] Le recours collectif permet de réaliser l'objectif d'accès à la justice si (1) il existe des préoccupations à ce sujet auxquelles ce type d'action peut répondre et (2) ces préoccupations subsistent lorsque d'autres voies de droit sont envisagées (*Hollick*, par. 33). Pour établir si ces deux conditions sont remplies, il peut être utile de se

questions must not be considered in isolation or in a specific order, but should inform the overall comparative analysis. I will set out the questions and comment briefly on each.

(1) What Are the Barriers to Access to Justice?

[27] The sorts of barriers to access to justice may vary according to the nature of the claim and the make-up of the proposed class. They may relate to either or both of the procedural and substantive aspects of access to justice. The most common barrier is an economic one, which arises when an individual cannot bring forward a claim because of the high cost that litigation would entail in comparison to the modest value of the claim. However, barriers are not limited to economic ones: they can also be psychological or social in nature. They may arise from such factors as the ignorance of the availability of substantive legal rights (Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, vol. I (1982) (“OLRC Report”), at p. 127), ignorance of the fact that significant injuries have occurred (OLRC Report, at pp. 127-28), limited language skills (see e.g. Rubenstein, at § 4:65), elderly age of the claimants (see e.g. *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.)), frail emotional or physical state of the claimants (see e.g. *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184), fear of reprisals by the defendant (OLRC Report, at p. 128; see e.g. *Webb v. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389 (S.C.J.)), or alienation from the legal system as a result of negative experiences with it (OLRC Report, at pp. 128-29). A common procedural barrier is that there is no other procedure available to afford meaningful redress.

(2) What Is the Potential of the Class Proceedings to Address Those Barriers?

[28] The next question concerns the potential of the proposed class action to address the barriers to access to justice which have been identified in the particular case. This analysis is not made in

poser une série de questions. Elles ne sauraient être examinées isolément, ni dans un certain ordre, mais elles devraient éclairer une analyse comparative globale. Un bref commentaire accompagne l'énoncé de chacune d'elles.

(1) Quels sont les obstacles à l'accès à la justice?

[27] Le type d'obstacles varie selon la nature de la demande et la composition du groupe projeté. Ils peuvent intéresser l'aspect procédural ou l'aspect substantiel de l'accès à la justice ou les deux. L'obstacle le plus fréquent est d'ordre financier. Il surgit lorsque les frais élevés d'une action en justice et les sommes modestes en jeu empêchent de s'adresser aux tribunaux. Toutefois, les obstacles ne sont pas que financiers; ils peuvent également être d'ordre psychologique ou social et découler de facteurs comme l'ignorance des droits substantiels susceptibles d'être exercés (Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions*, vol. I (1982) (« Rapport de la CRDO »), p. 127), l'ignorance de l'existence d'un préjudice important (Rapport de la CRDO, p. 127-128), des compétences linguistiques limitées (voir, p. ex., Rubenstein, § 4:65), l'âge avancé des demandeurs (voir, p. ex., *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.)), une santé psychologique ou physique fragile (voir, p. ex., *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184), la crainte de représailles de la part du défendeur (Rapport de la CRDO, p. 128; voir, p. ex., *Webb c. K-Mart Canada Ltd.* (1999), 45 O.R. (3d) 389 (C.S.J.)), et l'aliénation découlant de démêlés avec la justice (Rapport de la CRDO, p. 128-129). L'impossibilité d'intenter tout autre recours qui permettrait d'obtenir une véritable réparation constitue un obstacle d'ordre procédural fréquent.

(2) Dans quelle mesure le recours collectif permet-il d'éliminer ces obstacles?

[28] La question suivante intéresse la capacité du recours collectif d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice dans une affaire donnée. L'analyse qu'elle commande ne s'effectue pas en vase clos,

isolation, but within the comparative analysis, for the purpose of assessing the class proceedings' potential to address the access to justice concerns in comparison to the alternative procedure's ability to do so.

[29] A class action may allow class members to overcome economic barriers “by distributing fixed litigation costs amongst a large number of class members . . . [and thus] making economical the prosecution of claims that any one class member would find too costly to prosecute on his or her own”: *Hollick*, at para. 15. It may also allow claimants to overcome psychological and social barriers through the representative plaintiff who provides guidance and takes charge of the action on their behalf.

[30] Through these procedural mechanisms, a class action provides access to the courts for class members. Thus, it is a “procedural tool” (*Hollick*, at para. 15): it does not guaranty results for class members.

[31] That being said, class proceedings exist not only to provide access to a procedure, but also to substantive results. The OLRC Report considered the various barriers to litigation and how class actions could play a role in overcoming those barriers. There is no doubt that achieving results for class members was at the heart of these discussions:

In the preceding sections, the Commission has examined the importance of providing increased access to the courts for persons who wish to pursue existing remedies but are unable to do so. The Commission is of the view that many claims are not individually litigated, not because they are lacking in merit or unimportant to the potential claimant, but because of economic, social, and psychological barriers. We believe that class actions can help to overcome such barriers and, by providing increased access to the courts, may perform an important function in society. Quite clearly, effective access to justice is a precondition to the exercise of all other legal rights.

Moreover, empirical evidence indicates that class actions do, in fact, provide access to justice for a broader

mais s’inscrit dans l’analyse comparative et vise à confronter le recours collectif aux autres moyens, eu égard à leur capacité respective de répondre aux préoccupations en matière d’accès à la justice.

[29] Le recours collectif peut permettre aux membres du groupe de surmonter l’obstacle d’ordre financier « en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe [. . .] [et ainsi] en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement » (*Hollick*, par. 15). Il peut aussi permettre de surmonter les obstacles d’ordre psychologique ou social par le truchement du représentant, qui informe les membres du groupe et dirige le recours pour leur compte.

[30] Par ces mécanismes procéduraux, le recours collectif donne aux membres du groupe accès aux tribunaux. En cela, il s’agit d’un « instrument de procédure » (*Hollick*, par. 15) : il ne leur garantit pas le résultat escompté.

[31] Cela dit, le recours collectif a pour objet d’offrir non seulement une voie de droit, mais également un résultat positif quant au fond. Le rapport de la CRDO abordait les divers obstacles à l’action en justice ainsi que la solution que le recours collectif pourrait représenter. Il ne fait aucun doute qu’une issue positive pour les membres tenait une large place dans l’analyse :

[TRADUCTION] Dans les sections précédentes, on a vu qu’il importe de faciliter l’accès aux tribunaux aux justiciables qui voudraient exercer un recours qui leur est reconnu mais qui ne sont pas en mesure de le faire. La Commission estime que nombre d’actions individuelles ne sont pas intentées, non pas qu’elles ne soient pas fondées ou ne revêtent pas d’importance aux yeux du demandeur, mais en raison d’obstacles d’ordre financier, social ou psychologique. Nous croyons que le recours collectif peut aider à lever ces obstacles et, en améliorant l’accès aux tribunaux, remplir une fonction sociale importante. De toute évidence, un accès réel à la justice est préalable à l’exercice de tout autre droit juridique.

En outre, il est empiriquement établi que le recours collectif rend effectivement la justice accessible à un

range of persons. The evidence suggests that individuals are interested in pursuing their claims by means of a class action. In addition, class actions seeking damages do confer a significant monetary benefit, notwithstanding the deduction of lawyers' fees and administrative costs. [Reference omitted; p. 139.]

[32] The *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990) ("*Report of the Attorney General*") also acknowledged the underlying goal of class proceedings of providing redress for class members in its opening lines:

A class action is . . . a procedural mechanism that is intended to provide an efficient means to achieve redress for widespread harm or injury by allowing one or more persons to bring the action on behalf of the many. [p. 15]

[33] The *Report of the Attorney General* also highlighted the substantive component of access to justice:

Ontarians also live in a society that strives to maximize access to justice for its citizens. Sophisticated and highly evolved rights and obligations are of little value if they cannot be asserted or enforced effectively and economically. Of what value is a right or obligation, or the judicial system itself, if its users must be told that the right is "too small" or "too complex" or "too risky" to justify its enforcement?

A class action can provide the means by which such claims can be asserted and given access to justice. A meaningful procedure can achieve economies in the use of judicial and court resources and provide widespread redress to many individuals who have suffered a loss or injury. [pp. 16-17]

[34] Thus, class actions overcome barriers to litigation by providing a procedural means to a substantive end. As one author put it in a memorable phrase, a class procedure has the potential to "breath[e] new life into substantive rights": M. Good, "Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions" (2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185, at p. 188. Even though a class action is

grand nombre de personnes. La preuve révèle un intérêt individuel à faire valoir des revendications au moyen du recours collectif. De plus, les recours collectifs en dommages-intérêts procurent un avantage pécuniaire important, même après déduction des honoraires des avocats et frais d'administration. [Renvoi omis; p. 139.]

[32] Le *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990) (« rapport du procureur général ») reconnaît aussi, dans son entrée en matière, l'objectif sous-jacent du recours collectif qui consiste à offrir une réparation aux membres du groupe :

[TRADUCTION] Un recours collectif est [. . .] un mécanisme procédural ayant pour objet de fournir un moyen efficace d'obtenir la réparation d'un préjudice subi par un grand nombre de personnes, en permettant à une personne ou plus d'intenter une action pour le compte de nombreuses autres. [p. 15]

[33] Le rapport du procureur général souligne également l'aspect substantiel de l'accès à la justice :

[TRADUCTION] Les Ontariens vivent également dans une société qui s'efforce de favoriser le plus possible l'accès à la justice. Des droits et obligations complexes et très développés ont peu de valeur s'il est impossible de s'en prévaloir de façon efficace et économique. Que vaut un droit ou une obligation, voire le système judiciaire lui-même, si le justiciable reçoit comme message que son droit est « trop insignifiant », « trop complexe » ou « trop risqué » pour être exercé?

Un recours collectif peut fournir le moyen de faire valoir de telles demandes et de donner accès à la justice. Une voie procédurale utile est susceptible de favoriser l'économie des ressources judiciaires et de procurer une réparation à grande échelle aux nombreuses victimes de perte ou de préjudice. [p. 16-17]

[34] Ainsi, le recours collectif permet de surmonter les obstacles aux litiges en fournissant un moyen procédural d'arriver à une fin substantielle. Comme un auteur l'a exprimé de façon mémorable, le recours collectif pourrait avoir l'effet d'[TRADUCTION] « insuffle[r] un nouvel élan aux droits substantiels » (M. Good, « Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification : Exploring the Goals of Canadian Class Actions »

a procedural tool, achieving substantive results is one of its underlying goals. Consideration of its capacity to overcome barriers to access to justice should take account of both the procedural and substantive dimensions of access to justice.

(3) What Are the Alternatives to Class Proceedings?

[35] The motions court must identify alternatives to the proposed class proceedings. As McLachlin C.J. held in *Hollick*, “the preferability analysis requires the court to look to all reasonably available means of resolving the class members’ claims, and not just at the possibility of individual actions”: para. 31 (emphasis added). Here, the court considers both other potential court procedures (such as joinder, test cases, consolidation and so on: *Hollick*, at para. 28) and non-court proceedings.

[36] The motions court must look at all the alternatives globally in order to determine to what extent they address the barriers to access to justice posed by the particular claim: *Hollick*, at para. 30. In some cases, non-litigation means of redress will be considered in conjunction with individual actions: see e.g. *Hollick*, *Cloud* and *Pearson v. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641 (C.A.). In other cases, for example where there is no viable litigation alternative to a class action, the non-litigation means of redress will have to be considered on its own as a potential alternative to the class action: see e.g. *Halabi v. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153 (Gen. Div.). The nature of the comparison analysis will vary, depending on the nature of the alternatives available for consideration.

(4) To What Extent Do the Alternatives Address the Relevant Barriers?

[37] Once the alternative or alternatives to class proceedings have been identified, the court must

(2009), 47 *Alta. L. Rev.* 185, p. 188). Bien qu’il s’agisse d’un instrument de procédure, il a, entre autres, pour objet sous-jacent de procurer des résultats positifs quant au fond. Dans l’évaluation de la capacité de ce type de recours d’aplanir les obstacles à l’accès à la justice, il faut prendre en compte la dimension procédurale et la dimension substantielle de la notion d’accès.

(3) Quels autres moyens y a-t-il?

[35] Le tribunal saisi de la motion en certification doit examiner les autres voies de droit possibles. Pour reprendre les propos de la juge en chef McLachlin dans *Hollick*, le tribunal, « dans l’analyse du meilleur moyen, doit examiner tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe, et non seulement la possibilité de recours individuels » (par. 31 (je souligne)). En l’espèce, le tribunal a examiné d’autres recours judiciaires possibles (comme la jonction ou la réunion d’instances, la cause type, etc. (*Hollick*, par. 28)) ainsi que des voies de droit extrajudiciaires.

[36] Le tribunal saisi de la motion doit examiner de façon globale les autres moyens et déterminer s’ils permettent d’éliminer les obstacles à l’accès à la justice que soulève la demande (*Hollick*, par. 30). Dans certains cas, une voie de droit extrajudiciaire peut être envisagée en plus des recours individuels (voir, p. ex., *Hollick*, *Cloud* et *Pearson c. Inco Ltd.* (2006), 78 O.R. (3d) 641 (C.A.)). Dans d’autres cas, par exemple lorsqu’il n’existe pas d’autre action en justice viable que le recours collectif, il faut envisager la possibilité d’une voie de droit extrajudiciaire au lieu de ce dernier (voir, p. ex., *Halabi c. Becker Milk Co.* (1998), 39 O.R. (3d) 153 (Div. gén.)). La nature des autres moyens possibles influera sur la nature de l’analyse comparative.

(4) Dans quelle mesure les autres moyens permettent-ils d’aplanir les obstacles?

[37] Après le recensement des autres voies de droit possibles, il faut évaluer la mesure dans laquelle

assess the extent to which they address the access to justice barriers that exist in the circumstances of the particular case. The court should consider both the substantive and procedural aspects of access to justice recognizing that court procedures do not necessarily set the gold standard for fair and effective dispute resolution processes. The question is whether the alternative has the potential to provide effective redress for the substance of the plaintiffs' claims and to do so in a manner that accords suitable procedural rights. This comparison, of course, must take place within the proper evidentiary framework that applies at the certification stage. I will return to that point in a moment.

(5) How Do the Two Proceedings Compare?

[38] The focus at this stage of the analysis is on whether, if the alternative or alternatives were to be pursued, some or all of the access to justice barriers that would be addressed by means of a class action would be left in place: *Hollick*, at para. 33. At the end of the day, the motions court must determine whether, on the record before it, the class action has been shown to be the preferable procedure to address the specific procedural and substantive access to justice concerns in a case. As set out in *Hollick*, the court must also, to the extent possible within the proper scope of the certification hearing, consider the costs as well as the benefits of the proposed class proceeding in relation to those of the proposed alternative procedure.

D. *Evidentiary Considerations*

(1) What Is the Evidentiary Burden With Regard to the Preferability Requirement on a Motion for Certification?

[39] The questions I have just outlined are addressed within the confines of the certification process; the court cannot engage in a detailed assessment of the merits or likely outcome of the class action or any alternatives to it. In *Hollick*, McLachlin C.J. explained that the evidentiary burden applicable on a motion for certification was low:

elles résolvent les problèmes particuliers d'accès à la justice qui se posent dans les circonstances. Le tribunal doit examiner les aspects procéduraux et substantiels de la notion d'accès en gardant à l'esprit que la voie judiciaire n'est pas nécessairement la modalité idéale de règlement équitable et efficace des différends. Il doit se demander si l'autre moyen permettra de régler utilement les demandes quant au fond tout en assurant aux demandeurs la possibilité d'exercer des droits procéduraux adéquats. Il faut, bien sûr, procéder à cette analyse comparative en fonction des normes de preuve applicables à l'étape de la certification, point que j'aborde plus loin.

(5) Bilan de la comparaison

[38] À cette étape, il s'agit de décider si l'autre moyen laisserait en totalité ou en partie subsister des obstacles à l'accès à la justice que le recours collectif permettrait d'aplanir (*Hollick*, par. 33). En fin de compte, le tribunal saisi de la motion doit déterminer, au vu de la preuve, s'il a été démontré que le recours collectif est le meilleur moyen de régler les préoccupations relatives à l'accès à la justice, sur le plan de la procédure et sur le plan du fond. Comme la Cour le mentionne dans *Hollick*, il doit aussi, sans outrepasser le cadre de l'audience sur la certification, comparer les coûts et les avantages du recours collectif projeté à ceux des autres moyens proposés.

D. *Les questions de preuve*

(1) Fardeau de preuve applicable au critère du meilleur moyen à l'étape de la motion en vue de la certification

[39] L'examen des questions susmentionnées doit respecter le cadre de la certification; le tribunal ne saurait à cette étape procéder à l'appréciation détaillée du bien-fondé du recours collectif ou des autres voies de droit ou de leur issue probable. Dans l'arrêt *Hollick*, la juge en chef McLachlin explique que le fardeau de preuve applicable à l'étape de la motion en vue de la certification n'est pas élevé :

I agree that the representative of the asserted class must show some basis in fact to support the certification order. As the court in *Taub [v. Manufacturers Life Insurance Co.]* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Gen. Div.) held, that is not to say that there must be affidavits from members of the class or that there should be any assessment of the merits of the claims of other class members. However, the *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* clearly contemplates that the class representative will have to establish an evidentiary basis for certification: see Report, at p. 31 (“evidence on the motion for certification should be confined to the [certification] criteria”). The Act, too, obviously contemplates the same thing: see s. 5(4) (“[t]he court may adjourn the motion for certification to permit the parties to amend their materials or pleadings or to permit further evidence”). In my view, the class representative must show some basis in fact for each of the certification requirements set out in s. 5 of the Act, other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action. That latter requirement is of course governed by the rule that a pleading should not be struck for failure to disclose a cause of action unless it is “plain and obvious” that no claim exists: see Branch, *supra*, at para. 4.60. [Emphasis added; para. 25.]

[40] This Court recently reaffirmed these principles in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, in the context of the similar British Columbia class actions regime. In his discussion of the standard of proof with regard to the commonality and preferability requirements (para. 101), Rothstein J. indicated that the “‘some basis in fact’ standard does not require that the court resolve conflicting facts and evidence at the certification stage” (para. 102). This reflects the fact that a certification court “is ill-equipped to resolve conflicts in the evidence or to engage in the finely calibrated assessments of evidentiary weight”: *Pro-Sys*, at para. 102, citing *Cloud*, at para. 50; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (S.C.J.), at para. 119, citing *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (Ont. S.C.J.). Further, the “some basis in fact” standard cannot be assessed in a vacuum. As Rothstein J. puts it: “. . . there is limited utility in attempting to define ‘some basis

Je conviens que le représentant du groupe défini doit établir un certain fondement factuel pour la demande de certification. Comme le dit la cour dans *Taub [c. Manufacturers Life Insurance Co.]* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.), cela ne signifie pas qu’il faut des affidavits des membres du groupe ou qu’il faut un examen au fond des demandes d’autres membres du groupe. Cependant, le rapport précité du comité consultatif du procureur général envisageait manifestement que le représentant du groupe serait tenu d’étayer sa demande de certification (à la p. 31) : ([TRADUCTION] « la preuve à l’appui de la demande devrait se limiter aux critères [de certification] »). De toute évidence, c’est ce que prévoit la Loi au par. 5(4) (« [l]e tribunal peut ajourner la motion en vue de faire certifier le recours collectif afin de permettre aux parties de modifier leurs documents ou leurs actes de procédure ou d’autoriser la présentation d’éléments de preuve supplémentaires »). À mon sens, le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énumérées à l’art. 5 de la Loi, autre que l’exigence que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Cette dernière exigence est régie bien sûr par la règle qu’un acte de procédure ne devrait pas être radié parce qu’il ne révèle pas de cause d’action à moins qu’il soit [TRADUCTION] « manifeste et évident » qu’il n’y a lieu à aucune réclamation : voir Branch, *op. cit.*, par. 4.60. [Je souligne; par. 25.]

[40] La Cour a récemment confirmé ces principes dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, dans le contexte du régime similaire de recours collectif établi en Colombie-Britannique. Dans son analyse de la norme de preuve applicable aux critères des questions communes et du meilleur moyen (par. 101), le juge Rothstein indique que la norme d’« un certain fondement factuel » n’exige pas que le tribunal se prononce sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l’étape de la certification » (par. 102), reconnaissant par là le fait que le tribunal saisi de la motion « n’est pas en mesure de statuer sur les éléments contradictoires de la preuve non plus que de déterminer sa valeur probante à l’issue d’une analyse nuancée » (*Pro-Sys*, par. 102, citant *Cloud*, par. 50; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (C.S.J.), par. 119, citant *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (C.S.J. Ont.)). En outre, cette norme ne peut s’appliquer dans

in fact’ in the abstract. Each case must be decided on its own facts” (para. 104).

[41] Helpful elaboration of the “some basis in fact” standard may be found in the reasons of Winkler C.J.O. in *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745:

The “some basis in fact” principle is meant to address two concerns. First, there is a requirement that, for all but the cause of action criterion, an evidentiary foundation is needed to support a certification order.

Second, in keeping with the procedural scheme of the CPA, the use of the word “some” conveys the meaning that the evidentiary record need not be exhaustive, and certainly not a record upon which the merits will be argued. This legislative intention is reflected in s. 2(3)(a) of the CPA, which — although honoured more often in the breach — requires the proposed representative plaintiff to bring a motion for certification within 90 days of the filing of, or the expiry of the time for filing of, a statement of defence or notice of intent. Thereafter, leave of the court is required to bring the motion: see s. 2(3)(b). [Emphasis added; paras. 75-76.]

[42] The jurisprudence emphasizes the importance of not allowing the requirement to establish “some basis in fact” to lead to a more fulsome assessment of contested facts going to the merits of the case. For example, in *Cloud*, the Ontario Court of Appeal indicated that the some basis in fact standard “does not entail any assessment of the merits at the certification stage” (para. 50). Similarly, in *Pearson*, the Ontario Court of Appeal, having concluded that the representative plaintiff had adduced evidence to show a negative impact on property values concluded that the “some basis in fact” standard with regard to the commonality of the issues had been met. The court pointed out that while the defendant disputed the plaintiff’s evidence, “the certification motion is not the place for resolving that controversy” (para. 76). These evidentiary principles equally apply to the preferability criterion: see e.g. *1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.* (2002),

l’absolu. Comme le juge Rothstein le signale, « il serait peu utile de tenter de définir “un certain fondement” dans l’abstrait. L’issue d’une affaire dépend des faits qui lui sont propres » (par. 104).

[41] Les motifs du juge en chef Winkler à propos de cette norme dans *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, apportent des précisions utiles :

[TRADUCTION] Le principe posant qu’il faut établir un « certain fondement factuel » répond à deux préoccupations. Premièrement, tous les critères, hormis celui de la cause d’action, étayant l’ordonnance de certification doivent reposer sur une preuve.

Deuxièmement, dans l’esprit du régime procédural établi par la LRC, l’emploi du mot « certain » indique que la preuve n’a pas à être exhaustive et qu’il ne s’agit certainement pas d’une preuve propre à présider au débat sur le fond. Cette intention du législateur est exprimée à l’al. 2(3)a) de la LRC — qu’on honore le plus souvent en l’enfreignant — lequel exige du représentant des demandeurs qu’il présente la motion en vue de la certification dans les 90 jours suivant le dépôt de la défense ou de l’avis d’intention d’en présenter une ou de l’expiration du délai prescrit pour ce faire. Passé ce délai, il faut obtenir l’autorisation du tribunal (voir l’al. 2(3)b)). [Je souligne; par. 75-76.]

[42] La jurisprudence souligne qu’il importe de ne pas laisser l’exigence du « certain fondement factuel » mener à une appréciation poussée des faits litigieux qui toucherait au bien-fondé du recours. Dans *Cloud*, par exemple, la Cour d’appel de l’Ontario a indiqué que cette norme [TRADUCTION] « n’entraîne pas d’évaluation au fond à l’étape de la certification » (par. 50). Dans *Pearson*, elle a pareillement conclu, après avoir constaté que le représentant des demandeurs avait produit une preuve visant à établir la dépréciation d’immeubles, que celui-ci avait satisfait à la norme du « certain fondement factuel » à l’égard du critère des questions communes. Selon elle, bien que la défenderesse ait contesté cette preuve, [TRADUCTION] « il n’y a pas lieu de régler ce débat à l’audition de la motion en vue de la certification » (par. 76). Ces règles de preuve s’appliquent tout autant au critère du meilleur moyen (voir, p. ex., *1176560 Ontario Ltd. c. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada Ltd.*



62 O.R. (3d) 535 (S.C.J.), at para. 27, aff'd (2004), 70 O.R. (3d) 182 (S.C.J. (Div. Ct.)).

[43] The standard of proof on a motion for certification was at the heart of the appeal in *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22 (C.A.), leave to appeal refused, [2003] 2 S.C.R. vi. The decision makes clear that at the certification stage, the court cannot engage in any detailed weighing of the evidence but should confine itself to whether there is some basis in the evidence to support the certification requirements. In *Chadha*, the court denied certification on the basis that there was *no* evidence that the loss component of liability could be proved on a class-wide basis (and thus that there was no common issue). It was not necessary to establish that there was a compelling method to prove such loss, but it was necessary to provide some basis in fact to think that there was *some* method to do so. The plaintiffs had failed to provide that basis. This Court reached the opposite conclusion in *Pro-Sys* with regard to the commonality of the issues, because there was “an expert methodology that ha[d] been found to have a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis” (para. 140).

[44] The limited scope of the factual inquiry on the certification motion means that the motions court will often not be able to compare the potential recoveries in the class action and in the alternative or alternatives to it. For example, in *Pro-Sys* it was argued that the class proceeding did not meaningfully further the objective of access to justice because the award would likely be distributed *cy-près* and not to individual class members. Rothstein J., however, rejected this argument noting that it was “premature to assume that the award . . . [would] result in *cy-près* distribution or that the objective of access to justice [would] be frustrated on this account” (para. 141).

[45] The limitations imposed by the nature of the certification process are directly relevant in this

(2002), 62 O.R. (3d) 535 (C.S.J.), par. 27, conf. par (2004), 70 O.R. (3d) 182 (C.S.J. (C. div.)))).

[43] La norme de preuve applicable à l'examen d'une motion en vue de la certification était au cœur de l'appel dans *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2003] 2 R.C.S. vi. La cour a statué clairement qu'à cette étape le tribunal ne peut procéder à une appréciation détaillée de la preuve et doit plutôt se borner à vérifier si les critères de certification reposent sur un certain fondement factuel. Dans *Chadha*, la cour n'a pas certifié le recours parce qu'*aucun* élément de preuve ne permettait d'établir l'un des préalables à une déclaration de responsabilité, soit la perte à l'échelle du groupe, de sorte qu'il n'y avait pas de question commune. Il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence d'une méthode convaincante qui prouverait une telle perte, mais il fallait établir un certain fondement factuel permettant de penser qu'*une quelconque* méthode existait. Or, les demandeurs n'y sont pas arrivés. Notre Cour dans *Pro-Sys* tire la conclusion opposée quant à l'existence d'une question commune parce qu'il existait « une méthode proposée par un expert [qui] permettrait assez certainement d'établir la perte à l'échelle du groupe » (par. 140).

[44] La portée restreinte de l'examen factuel à l'étape de la certification fait en sorte que le tribunal saisi d'une telle motion n'est souvent pas en mesure de confronter les fonds que le recours collectif et les autres moyens permettraient de recouvrer. Dans *Pro-Sys*, par exemple, on a fait valoir que le recours collectif ne favorisait pas vraiment l'objectif d'accès à la justice parce que l'indemnité accordée serait probablement distribuée selon le principe de l'aussi-près et non pas versée aux membres individuels. Le juge Rothstein n'a pas retenu cet argument, indiquant qu'il était « trop tôt pour présumer que la réparation accordée [. . .] donnera[it] lieu à des versements selon le principe de l'aussi-près ou que, le cas échéant, l'objectif de favoriser l'accès à la justice sera[it] compromis » (par. 141).

[45] Les restrictions qu'emporte par sa nature la procédure de certification sont directement en

case. Somewhat unusually, a potential alternative procedure — the OSC proceeding — has run its course and the results of it are known with certainty. This might be seen, as it was by the Divisional Court in this case, as inviting a comparison of those known results with the likely outcome of the proposed class action. Simply put, is there enough left on the table to justify the time and expense of the proposed class proceeding? Viewed from this perspective, “[u]nless it can be said that the plaintiffs have achieved full, or at the very least substantially full, recovery”, they would be entitled to maintain a class action (Divisional Court decision, at para. 8). Based on the record in this case, the Divisional Court concluded that “the plaintiffs’ current claim against AIC and CI, over and above the OSC settlement, [was] \$333.8 million” (para. 4). The court qualified this as a “significant amount of money” (para. 8) which entitled the plaintiffs to maintain a class action.

[46] Although at first glance such an approach would seem to have something to commend it, its allure quickly fades when due attention is given to the nature and limitations of the certification process. The certification process is not the occasion for a searching examination of whether the “plaintiffs have achieved full, or . . . substantially full, recovery” (Divisional Court decision, at para. 8) in comparison to the likely outcome of the class proceeding on its merits. Without that sort of examination, the most that can be done is to assess on the appropriately limited evidentiary record whether the access to justice barriers that may be addressed by a class proceeding remain even after the alternative process has run its course.

[47] Nevertheless, when the results or the limits on recovery of an alternative procedure are known at the time of the certification motion, those uncontested facts cannot be ignored. For example, in *Rumley*, McLachlin C.J. observed that the alternative procedure was not preferable because, among other things, it limited recovery of any complainant to \$60,000 (para. 38). (Although the Court was dealing with the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, in that case,

cause en l’espèce. Fait assez inhabituel, une voie de droit possible — l’instance devant la CVMO — a déjà été menée à terme, et son issue est connue. On pourrait, à l’instar de la Cour divisionnaire, être tenté de comparer ce résultat avec l’issue probable du recours collectif projeté, c’est-à-dire se demander si les fonds qui restent à recouvrer valent l’investissement en temps et en argent que requiert le recours collectif. Dans cette perspective, [TRADUCTION] « [à] moins qu’on puisse affirmer que les demandeurs ont obtenu la totalité — ou à tout le moins la quasi-totalité — de ce qu’ils réclamaient », ils sont autorisés à exercer un recours collectif (jugement de la Cour divisionnaire, par. 8). Compte tenu du dossier, la Cour divisionnaire a conclu que « la demande actuelle contre AIC et CI se chiffre à 333,8 millions de dollars outre le montant visé dans le règlement conclu par la CVMO » (par. 4). Selon la cour, il s’agit d’une « somme considérable » (par. 8) autorisant les demandeurs à exercer un recours collectif.

[46] Bien que ce raisonnement puisse séduire au premier abord, il perd rapidement de son lustre dès lors que la nature et les limites de la procédure de certification sont dûment considérées. Il n’y a pas lieu à cette étape de déterminer si [TRADUCTION] « les demandeurs ont obtenu la totalité — ou [. . .] la quasi-totalité — de ce qu’ils réclamaient » (jugement de la Cour divisionnaire, par. 8) et de comparer avec l’issue probable du recours collectif quant au fond. Le mieux que l’on peut faire, à défaut d’un tel examen, est de déterminer au vu de la preuve évidemment limitée si les obstacles à l’accès à la justice auxquels le recours collectif peut remédier subsistent une fois que l’autre moyen a suivi son cours.

[47] Quoi qu’il en soit, lorsque l’issue de l’autre moyen ou les plafonds qu’il impose sont connus lors de l’examen de la motion en vue de la certification, on ne peut faire abstraction de ces faits incontestables. Dans l’arrêt *Rumley*, par exemple, la juge en chef McLachlin indique que l’autre voie de droit ne constitue pas le meilleur moyen notamment parce qu’elle plafonne à 60 000 \$ l’indemnité qu’un plaignant peut recevoir (par. 38). (Bien que cet arrêt porte sur la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996,

an analogous approach is implicit in the *CPA*.) In a case involving similar facts and dealing with the *CPA*, the Ontario Court of Appeal made similar comments with regard to the fact that the alternative procedure capped recovery: *Cloud*, at para. 92. The fact that the court considered the limits on recovery in the alternative procedure implies that it took into account the fact that the class action could address the full range of the class members' claims. Thus, the results and limits may be considered, but within the constraints of the evidentiary basis that is appropriate on a certification motion. In a case where the results of neither the alternative nor the class proceedings are known, the comparative exercise with regard to the substantive access to justice barriers will in general be very limited.

(2) Who Assumes the Burden?

[48] The party seeking certification of a class action bears the burden of showing some basis in fact for every certification criterion: *Hollick*, at para. 25. In the context of the preferability requirement, this requires the representative plaintiff to show (1) that a class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim, and (2) that it would be preferable to any other reasonably available means of resolving the class members' claims: *Hollick*, at paras. 28 and 31. A defendant can lead evidence "to rebut the inference of some basis in fact raised by the plaintiff's evidence": M. Cullity, "Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of 'Some Basis in Fact'" (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407, at p. 417.

[49] With regard to the second aspect of the preferability requirement — that is, the comparative analysis — the representative plaintiff will necessarily have to show some basis in fact for concluding that a class action would be preferable to other litigation options. However, the representative plaintiff cannot be expected to address every conceivable non-litigation option in order to establish that there is some basis in fact to think

ch. 50, de la Colombie-Britannique, la *LRC* permet implicitement le même raisonnement.) Dans une affaire présentant des faits similaires et intéressant la *LRC*, la Cour d'appel de l'Ontario a elle aussi fait remarquer que l'autre moyen permettait le recouvrement d'une indemnité limitée (*Cloud*, par. 92). On peut supposer que, si la cour a tenu compte du plafond prévu par l'autre moyen, elle estimait que le recours collectif permettait de régler l'ensemble des demandes des membres du groupe. L'issue et les plafonds peuvent donc entrer en ligne de compte, mais uniquement dans le cadre de preuve limité applicable à l'étape de la certification. Dans une affaire où tant l'issue du recours collectif que celle de l'autre voie de droit sont inconnues, l'exercice de comparaison, eu égard aux obstacles à l'accès à la justice sur le plan du fond, sera généralement très limité.

(2) À qui incombe le fardeau de preuve?

[48] Il incombe à la partie qui cherche à faire certifier un recours collectif d'établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions de certification (*Hollick*, par. 25). S'agissant du critère du meilleur moyen, le représentant des demandeurs doit démontrer (1) que le recours collectif serait un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance et (2) qu'il serait préférable à tous les moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe (*Hollick*, par. 28 et 31). Le défendeur peut présenter des éléments afin de [TRADUCTION] « réfuter l'existence du certain fondement factuel pouvant s'inférer de la preuve présentée par le demandeur » (M. Cullity, « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of "Some Basis in Fact" » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407, p. 417).

[49] Pour ce qui est du deuxième aspect du critère du meilleur moyen — c'est-à-dire l'analyse comparative — le représentant des demandeurs devra nécessairement établir un certain fondement factuel permettant de conclure que le recours collectif serait préférable aux autres voies judiciaires. On ne saurait toutefois exiger qu'il passe en revue toutes les voies de droit extrajudiciaires possibles pour faire cette preuve. Le défendeur qui

that a class action would be preferable. Where the defendant relies on a specific non-litigation alternative, he or she has an evidentiary burden to raise it. As Winkler J. (as he then was) put it in *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348 (Ont. S.C.J.): “. . . the defendants cannot simply assert to any effect that there are other procedures that would be preferable without an evidentiary basis . . . . It must be supported by some evidence” (para. 67). However, once there is some evidence about the alternative, the burden of satisfying the preferability requirement remains on the plaintiff.

#### E. Application

[50] There are two potential barriers to access to justice in this case. First, an economic barrier arises from the nature of the claim. The claim advanced here may be referred to as a small claims class action. As the motion judge found, the individual claims are not large enough to support viable individual actions (para. 62). The economic barrier to access to justice, therefore, is that individual claims are not viable to litigate individually. In the context of a small claims class action such as this one, access to justice requires access to a process that has the potential to provide in an economically feasible manner just compensation for the class members’ individual economic claims should they be established. The second barrier is related to the first. As a result of the nature of the claim, there is potentially no access to a fair process, geared towards protecting the rights of class members, to seek a resolution of the common issues for what could potentially be a class of over a million members. Thus, traditional litigation cannot achieve either the substantive or the procedural dimensions of access to justice in a case such as this.

[51] The proposed class action addresses both of these barriers. It has the potential to make it economically feasible to advance on behalf of the class a group of individual claims that would otherwise not be economically feasible to pursue in the courts and it provides class members with a fair process to resolve their claims. The class action process is

invoque l’existence d’une solution extrajudiciaire est tenu d’étayer son affirmation. Pour reprendre les propos du juge Winkler (plus tard juge en chef) dans *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.* (2004), 236 D.L.R. (4th) 348 (C.S.J. Ont.) : [TRADUCTION] « . . . les défenderesses ne peuvent se contenter d’affirmer que d’autres moyens sont préférables sans fondement probatoire [. . .] Leur affirmation doit être appuyée par des éléments de preuve » (par. 67). Toutefois, dès lors que la preuve relative à un autre moyen est produite, le fardeau de prouver qu’il est satisfait au critère du meilleur moyen repose à nouveau sur le demandeur.

#### E. Application

[50] En l’espèce, deux obstacles potentiels à l’accès à la justice se dressent. Le premier, d’ordre financier, est lié à la nature de la demande. Il s’agit d’un recours collectif portant sur de petites créances. Le juge saisi de la motion a estimé que le montant des demandes individuelles était trop modeste pour qu’un recours individuel soit viable (par. 62). Cet obstacle réside donc dans la non-viabilité des recours individuels. Dans un cas comme celui qui nous occupe, l’accès à la justice commande l’accès à une voie de droit susceptible de permettre l’indemnisation équitable — et possible sur le plan financier — des membres du groupe quant à leurs demandes pécuniaires individuelles, si elles sont établies. Le deuxième obstacle est lié au premier. La nature de la demande est telle qu’il n’existe peut-être pas d’autre moyen équitable de permettre aux membres du groupe d’exercer leurs droits et de mener au règlement des questions communes d’un groupe pouvant compter plus d’un million de membres. Ainsi, dans un tel cas, l’action en justice classique ne sert pas l’accès à la justice, ni du point de vue substantiel, ni du point de vue procédural.

[51] Or, le recours collectif proposé élimine ces obstacles. Il permet à un groupe de faire valoir un ensemble de demandes individuelles qu’il serait autrement impossible pour des raisons d’ordre financier de soumettre aux tribunaux et il fournit aux membres du groupe une voie de droit équitable. Le recours collectif assure une ample protection de

geared to protecting the class members' rights to a significant extent through such mechanisms as the requirement for a representative plaintiff who must "fairly and adequately represent the interests of the class", produce a workable litigation plan to advance the proceeding on behalf of the class and have no conflict of interests with other class members: *CPA*, s. 5(1)(e).

[52] As I have already noted, there is no realistic litigation alternative in this case. The only alternative procedure that was advanced is the OSC proceedings and settlement agreements, the results of which are already known. Thus, the question is to what extent this alternative has addressed the barriers to access to justice and whether those barriers remain now that those proceedings have been completed. This analysis has both a procedural and a substantive component.

[53] With respect to the procedural component, the appellants submit that the Court of Appeal wrongly focused on the fact that the OSC's jurisdiction is regulatory and not compensatory and erred in its assessment of investor participation in the OSC proceedings. I do not accept these submissions.

[54] The main jurisdiction of the OSC under s. 127 of the *Securities Act* — under which the OSC conducted the probe — is regulatory. Thus, it "is neither remedial nor punitive; it is protective and preventive, intended to be exercised to prevent likely future harm to Ontario's capital markets": *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132, at para. 42, quoting (1999), 43 O.R. (3d) 257, at p. 272, *per* Laskin J.A. There is no question in this case that the OSC had jurisdiction to approve the settlement agreements or, as the motion judge found, that Commission staff in this case sought to determine the extent of investor losses and to achieve compensation for them through the settlement agreements. Nevertheless, compensation of investors is not the primary focus of the OSC under its s. 127 jurisdiction. Further, there is no

leurs droits par le truchement de certains mécanismes, dont le critère qui exige la nomination d'un représentant qui « représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe », a préparé un plan efficace pour faire avancer l'instance au nom du groupe et n'a aucun conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe (*LRC*, al. 5(1)e)).

[52] Comme je l'ai déjà indiqué, il n'existe pas d'autre solution judiciaire réaliste en l'espèce. La seule autre voie de droit évoquée est l'instance devant la CVMO et les règlements intervenus, dont l'issue est connue. Par conséquent, la question qu'il faut poser est celle de savoir si cette instance a permis d'éliminer les obstacles à l'accès à la justice ou s'il en subsiste. Cette analyse comporte un aspect procédural et un aspect substantiel.

[53] S'agissant de l'aspect procédural, les appelantes soutiennent que la Cour d'appel a attaché trop d'importance au fait que la CVMO exerce une compétence d'ordre réglementaire et ne dispose pas de pouvoirs d'indemnisation. Selon elles, la cour a mal apprécié la participation des investisseurs à l'instance devant cet organisme. Je ne puis leur donner raison.

[54] La principale compétence que confère à la CVMO l'art. 127 de la *Loi sur les valeurs mobilières* — en vertu duquel l'organisme a procédé à l'enquête — est de nature réglementaire. En conséquence, elle « n'est ni réparatrice, ni punitive; elle est de nature protectrice et préventive et elle est destinée à être exercée pour prévenir le risque d'un éventuel préjudice aux marchés financiers en Ontario » (*Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132, par. 42, citant (1999), 43 O.R. (3d) 257, p. 272, le juge Laskin). En l'espèce, il ne fait aucun doute que la CVMO était habilitée à approuver les ententes de règlement ou, comme l'a conclu le juge saisi de la motion, que son personnel a voulu déterminer l'ampleur des pertes subies par les investisseurs et à faire en sorte qu'ils soient indemnisés par le

way to know how the OSC arrived at the settlement agreements; the details of the methodology used to calculate the amounts having remained confidential throughout. As the motion judge found, “how the OSC came to its calculation is not actually known” (para. 99).

[55] With regard to investor participation in the OSC proceedings, my view is that the respondents and the Court of Appeal are somewhat off the mark by placing virtually exclusive weight on this consideration in rejecting the OSC proceedings as a preferable alternative. Nevertheless, I agree that investor participation in the process leading to compensation is an important factor to consider and one that weighs heavily in favour of finding that the class proceeding meets the preferability requirement in this case. As the Court of Appeal noted, the OSC proceedings and the procedure by which the settlement agreements were arrived at in this case “provided little to no basis for investor participation” (paras. 58 and 60), whereas class proceedings “allow for the appointment of a representative plaintiff who shares a sufficient common interest with members of the class [and] conducts the litigation on behalf of class members under court supervision and within the presumptive principle of an open court” (para. 61). Moreover, as the motion judge found, nothing was known about how the OSC came to its assessment of compensation. In summary, the regulatory nature of and the limited participation rights for investors in the OSC proceedings, coupled with the absence of information about how the OSC staff assessed investor compensation, support the conclusion that significant procedural access to justice concerns remain which the proposed class action can address. Moreover, the focus and nature of the OSC process reinforce the concerns which I will turn to next about whether substantial access to justice was achieved.

truchement des ententes de règlement. Cependant, l’indemnisation des investisseurs ne constitue pas la raison d’être du pouvoir dévolu à la CVMO par l’art. 127. De plus, il n’existe aucun moyen de savoir comment la CVMO est parvenue aux ententes de règlement, puisque la méthode employée pour en fixer les montants n’a jamais été divulguée. Comme l’a indiqué le juge saisi de la motion, [TRADUCTION] « on ignore en fait comment la CVMO a effectué ses calculs » (par. 99).

[55] Quant à la participation des investisseurs à l’instance devant la CVMO, les intimés et la Cour d’appel s’égarent à mon avis quelque peu en fondant presque exclusivement sur ce point leur conclusion que cette instance n’est pas le meilleur moyen. J’estime néanmoins que la participation des investisseurs à la procédure menant à l’indemnisation constitue un facteur important, qui milite fortement en faveur de la conclusion que le recours collectif satisfait au critère du meilleur moyen en l’espèce. Selon la Cour d’appel, l’instance devant la CVMO et la procédure dont découlent les ententes de règlement [TRADUCTION] « laissai[en]t peu ou pas de place à la participation des investisseurs » (par. 58 et 60), tandis que le recours collectif « permet la nomination d’un représentant ayant en commun avec les membres du groupe suffisamment d’intérêts [et qui] voit au déroulement du recours pour le compte de ces derniers sous la supervision du tribunal et dans le respect du principe de publicité des débats judiciaires » (par. 61). En outre, ainsi que l’a conclu le juge saisi de la motion, on ne sait rien sur la façon dont la CVMO a fixé l’indemnité. Pour résumer, la nature réglementaire de l’instance devant la CVMO et les droits de participation limités qu’elle offrait aux investisseurs, conjugués à l’absence d’information sur les calculs effectués par son personnel en vue de l’indemnisation des investisseurs, étayaient la conclusion qu’il subsistait d’importants obstacles à l’accès à la justice sur le plan procédural auxquels le recours collectif pouvait remédier. Par ailleurs, l’objet et la nature de la procédure devant la CVMO accentuent les préoccupations, que j’aborde dans les paragraphes suivants, en matière d’accès à la justice sur le plan du fond.

[56] Turning to the substantive aspect of access to justice, the Court of Appeal found that the motion judge and the Divisional Court had erred by focusing on the substantive outcome of the OSC proceedings, commenting that this “is not a relevant factor in the comparative analysis under s. 5(1)(d) of the *CPA*” (para. 10). In my view, the Court of Appeal took too categorical an approach to this issue in the circumstances of this case. While of course any consideration of the substantive outcome must take place within the evidentiary framework that applies on a certification motion, access to justice as explained earlier is not a purely procedural concept. Access to justice requires access to just results, not simply to process for its own sake. However, I conclude that giving this substantive element the considerable weight that it deserves in this case reinforces the Court of Appeal’s conclusion that this class action should be certified.

[57] One of the barriers to access to justice in this small claims investor class action is that traditional litigation provides no economically feasible way to recover the investors’ claimed losses. The appellants’ position is that the OSC regulatory proceedings effected significant recovery for the investors at no cost to them. In these circumstances, the substantive outcome of the OSC proceedings cannot, in my view, be dismissed as irrelevant to the question of whether the OSC proceedings addressed the access to justice barrier that is present in this case or whether the way in which it did so suggests that the class proceeding is not the preferred alternative.

[58] That said, however, the substantive outcome of the OSC proceedings and their impact on the preferability analysis must be examined through the appropriate evidentiary lens. As I have explained, the plaintiffs’ burden is to provide “some basis in fact” to think that the class proceedings are preferable to the alternative. In the rather unusual circumstances of this case, where the OSC proceedings have run their course and the results of those proceedings are known, it seems to me that the comparative analysis cannot ignore the question of whether a cost-benefit analysis supports the respondents’ contention that

[56] Passons à l’aspect substantiel de l’accès à la justice. La Cour d’appel a estimé que le juge saisi de la motion et la Cour divisionnaire avaient eu tort de s’attacher à l’issue concrète de l’instance devant la CVMO qui, selon elle, [TRADUCTION] « ne constitue pas un facteur pertinent dans l’analyse comparative que commande l’al. 5(1)d de la *LRC* » (par. 10). À mon avis, la Cour d’appel s’est montrée trop catégorique sur ce point dans les circonstances. Tout examen de l’issue concrète doit évidemment s’en tenir à la norme de preuve applicable à une motion en vue de la certification. Or, comme je l’explique, l’accès à la justice ne ressortit pas seulement à la procédure. L’accès à la justice suppose une issue juste, et non pas une procédure engagée pour la forme. J’estime toutefois que le poids considérable que mérite cet élément se rattachant au fond renforce la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle la certification de ce recours collectif s’impose.

[57] L’un des obstacles à l’accès à la justice dans ce recours collectif mettant en cause de petites créances provient de ce que l’action en justice classique n’offre pas aux investisseurs un moyen viable sur le plan financier de récupérer leurs pertes. Les appelantes font valoir que l’instance réglementaire devant la CVMO a permis à ces derniers de toucher une indemnité appréciable sans engager de frais. Dans ces circonstances, j’estime qu’on ne peut conclure que l’issue concrète de cette instance ne joue pas pour déterminer si cette voie de droit a permis de lever l’obstacle à l’accès à la justice en l’espèce ou s’il en ressort que le recours collectif n’est pas le meilleur moyen.

[58] Cela dit, l’issue concrète de l’instance devant la CVMO et son effet sur l’analyse relative au meilleur moyen doivent être examinés à la lumière des normes de preuve applicables. Je le répète, les demandeurs ont à démontrer l’existence d’un « certain fondement factuel » permettant de penser que le recours collectif est préférable aux autres moyens. Les circonstances de l’espèce sont plutôt inhabituelles, car l’issue de l’instance devant la CVMO est connue. À mon sens, l’analyse comparative doit aborder la question de savoir si l’examen des coûts et des avantages étaye la thèse des intimés,

the proposed class proceeding is the preferable way to address their claims.

[59] The answer to this question, as I see it, is quite straightforward in this case. The respondents have pleaded viable causes of action, the OSC proceedings and settlement agreements were without prejudice to those claims, and the motion judge was satisfied “that there [was] some basis in fact for the Plaintiffs’ submission that the investors may not have been fully compensated as a result of the OSC settlement agreements” (para. 101). The motion judge also found that the class members were not trying to “have their cake and eat it too”:

I do not agree with any arguments that suggest that the Plaintiffs [respondents in this Court] and the investors are being unfair, or perhaps piggish, in eating the cake of the OSC compensation and also having a class action. The investors are not playing “heads I win, tails you lose.” They did not ask the OSC to be their champion, and they did not do anything wrong in accepting the spoils secured by the OSC’s campaign. The putative representative plaintiffs do no wrong in attempting to certify their action as a class proceeding, and I have no reason to believe that they do not genuinely believe that they were under-compensated. [para. 218]

[60] The motion judge estimated the size of the proposed class against AIC at 264,036 members and 803,903 members against CI. These represent the numbers of settlement payments issued by each appellant pursuant to the OSC settlements: motion decision, at para. 56. AIC’s and CI’s OSC settlement payments were respectively \$58.8 million and \$49.3 million. The plaintiffs presented expert evidence which estimated that AIC’s investors’ losses could be as low as \$6.5 million or as high as \$251.0 million, and that CI’s investors’ losses could be as low as \$72.1 million or as high as \$349.3 million, depending on the method of calculation used. Based on an expert’s preferred method of calculation (he submitted a total of five), losses were estimated at \$192.6 million for AIC’s investors and \$349.3 million for CI’s investors: motion decision, at para. 94. Thus, in the plaintiffs’ expert’s view, AIC’s investors have received only 31% of

selon qui le recours collectif est le meilleur moyen de régler leurs réclamations.

[59] La réponse à cette question me paraît assez simple en l’espèce. Les intimés ont invoqué des causes d’action valables. L’instance devant la CVMO et les ententes de règlement en découlant ne portent pas atteinte à de telles demandes. Le juge saisi de la motion s’est dit convaincu de l’existence [TRADUCTION] « d’un certain fondement factuel étayant l’affirmation des demandeurs selon laquelle les ententes de règlement conclues par la CVMO n’ont peut-être pas indemnisé totalement les investisseurs » (par. 101). Il a également conclu que les membres du groupe ne cherchaient pas à « avoir le beurre et l’argent du beurre » :

[TRADUCTION] Je ne saurais admettre l’argument que les demandeurs [intimés devant la Cour] et les investisseurs se montrent déraisonnables, voire âpres au gain, en touchant l’indemnité obtenue par la CVMO et en intentant en plus un recours collectif. Les investisseurs ne jouent pas sur les deux tableaux. Ils n’ont pas demandé à la CVMO de prendre leur défense et de mener l’enquête en leur nom. Ils n’ont rien fait de mal en acceptant une part de ce gâteau. Les représentants proposés n’ont pas mal agi en tentant de faire certifier un recours collectif et je n’ai aucune raison de douter qu’ils estiment vraiment ne pas avoir été pleinement indemnisés. [par. 218]

[60] Selon l’estimation du juge saisi de la motion, le groupe partie au recours collectif compte 264 036 membres dans le cas d’AIC et 803 903 membres dans le cas de CI. Il s’agit du nombre de versements faits par chacune en exécution des ententes de règlement avec la CVMO (décision relative à la motion, par. 56). AIC et CI ont respectivement versé 58,8 et 49,3 millions de dollars en exécution de ces ententes. Les demandeurs ont soumis une preuve d’expert révélant des pertes, pour les investisseurs d’AIC, entre 6,5 et 251 millions de dollars, et pour les investisseurs de CI, entre 72,1 et 349,3 millions de dollars, en fonction de la méthode de calcul employée. La méthode préconisée par un expert (qui en avait présenté cinq en tout) permettait d’arriver à des pertes estimatives de 192,6 millions de dollars dans le cas des investisseurs d’AIC et de 349,3 millions de dollars dans le cas de ceux de CI (décision relative à la motion, par. 94). D’après



the compensation they are entitled to through the settlement agreements, and CI's investors have received only 14%: motion decision, at para. 94.

[61] Of course, the certification motion is not the proper setting to delve into the likely success of these claims or to debate the merits of these approaches to calculating the investors' losses. The record in this case, which shows in detail the results of the proposed alternative proceedings which have run their course, also shows that substantive access to justice concerns still remain. Further, there is no reason to believe that potential additional recovery would be consumed by the costs of the proceedings. In fact, the motion judge found that since the defendants were able to distribute the OSC settlement payments "by reviewing their own records to make decisions about entitlement, causation, and quantification", that "there is at least a realistic possibility that acceptable procedures could be fashioned by the common issues trial judge to address quantification and distribution issues in a fair, manageable and efficient manner" (para. 208). Accordingly, in my view, the plaintiffs (now respondents) provided an appropriate basis to support the view that the class action proceeding would overcome access to justice barriers that subsisted after the completion of the OSC proceedings and that a cost-benefit analysis supported the conclusion that the class proceedings were the preferable proceeding for the investors to pursue their claims.

[62] To conclude, I am of the view that the motion judge erred in principle in the preferability analysis. Respectfully, he erred by agreeing with the defendants' (now appellants') submission that he should not "second-guess the access to justice provided by the OSC once [he] was satisfied that the OSC's purpose was to obtain restitutionary compensation for the harm suffered by the investors and the process to do so was adequate" (paras. 256-57). On the contrary, it was precisely his role to compare and evaluate, within the limited scope of the

l'expert engagé par les demandeurs, l'indemnité versée en exécution de l'entente de règlement correspondait, dans le cas des investisseurs d'AIC, à seulement 31 % de la somme intégrale, et dans le cas des investisseurs de CI, à seulement 14 % (décision relative à la motion, par. 94).

[61] Naturellement, l'audience sur la motion en vue de la certification n'est pas le moment d'évaluer les chances de succès de ces demandes ou de débattre le bien-fondé des méthodes employées pour calculer les pertes des investisseurs. Or, la preuve présente l'issue de l'autre voie de droit en détail et révèle qu'il subsiste des préoccupations relatives à l'accès à la justice quant au fond. En outre, il n'y a aucune raison de croire que les coûts du recours annuleraient le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être accordés. D'ailleurs, le juge saisi de la motion a indiqué que, puisque les défenderesses avaient été en mesure de verser les indemnités en exécution des ententes [TRADUCTION] « en s'appuyant sur leurs propres dossiers pour déterminer l'admissibilité, le lien de causalité et le montant », « il est à tout le moins envisageable que le juge qui procédera à l'examen des questions communes au procès puisse établir des modalités acceptables pour régler les questions de calcul et de distribution de façon juste, pratique et efficace » (par. 208). J'estime par conséquent que les demandeurs (intimés devant la Cour) ont bien étayé l'opinion que le recours collectif permettrait d'écartier les obstacles à l'accès à la justice subsistant après l'instance devant la CVMO et qu'à la lumière d'un examen des coûts et des avantages, il s'agit du meilleur moyen de faire valoir les demandes des investisseurs.

[62] En conclusion, l'analyse relative au meilleur moyen faite par le juge des motions était entachée d'une erreur de principe. J'estime qu'il a retenu à tort l'argument des défenderesses (appellantes devant la Cour) selon lequel il ne devrait pas [TRADUCTION] « dès lors qu'il est convaincu que la CVMO cherchait à obtenir la réparation du préjudice subi par les investisseurs et que la procédure était adéquate, [. . .] remettre en question l'accès à la justice assuré par cet organisme » (par. 256-257). Au contraire, son rôle consistait

certification motion, the access to justice provided by the two proceedings, both in the substantive and procedural dimensions of the term as part of his overall assessment of whether the plaintiffs had established the preferability requirement on the appropriate evidentiary standard. The fact that the results of the OSC process were known in this case added an element that would often not be present at the certification stage.

[63] I agree with the Court of Appeal that the motion judge erred in principle by “treating the negotiated payments that were made to investors in the OSC settlements as somehow eliminating the need to compare the purely regulatory function served by the OSC proceedings with the private remedial function to be played by the proposed class action” (para. 80). This led the motion judge to wrongly dismiss as irrelevant important access to justice considerations relating to the regulatory focus, absence of investor participation and the absence of information about how the investor losses were assessed in the OSC process. The process limitations of the OSC proceedings reinforce the concern that access to substantive justice will be better served by the proposed class action.

[64] I also agree with the Divisional Court and the Court of Appeal that the motion judge erred in principle by relying on the sorts of considerations that would be relevant to approving a settlement of a class action. The certification application, and particularly the preferability aspect of it, is not an appropriate point in the proceedings to engage in any in-depth analysis of either the merits of the plaintiffs’ claims or the likely quantum of recovery. As the Court of Appeal put it, at the certification stage, in most instances, “no reliable yardstick is available because the amount recoverable in the proposed class proceeding would be as yet unknown. Put another way, the preferability analysis should not be reduced to an *ex post facto* assessment of the adequacy of the award arrived at through the alternative procedure” (para. 77).

justement à comparer et à évaluer, dans le cadre limité de la certification, l’accès à la justice procuré par les deux voies de droit, au point de vue tant substantiel que procédural, dans son examen global de la question de savoir si les demandeurs avaient démontré qu’il était satisfait au critère du meilleur moyen selon la norme de preuve applicable. Le fait que l’issue de l’instance devant la CVMO est connue en l’espèce ajoute un élément qui joue rarement dans l’évaluation au stade de la certification.

[63] Je partage l’avis de la Cour d’appel selon qui le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe en [TRADUCTION] « considérant que les ententes de règlement conclues par la CVMO éclipaient en quelque sorte toute comparaison entre l’objet purement réglementaire de cette instance et l’objet du recours collectif qui est d’offrir une réparation de droit privé » (par. 80). Cette opinion l’a amené à négliger à tort d’importantes considérations d’accès à la justice ayant trait à cette instance : nature réglementaire, non-participation des investisseurs et absence d’information sur la méthode d’évaluation des pertes de ces derniers. Il ressort de ces limites procédurales que l’accès à la justice quant au fond est mieux servi par le recours collectif projeté.

[64] Je conviens aussi avec la Cour divisionnaire et la Cour d’appel que le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe en s’attachant à des considérations qui jouent au moment de l’approbation du règlement d’un recours collectif. L’examen en profondeur du bien-fondé des demandes ou du montant éventuel des dommages-intérêts ne s’effectue pas à l’étape de la certification et encore moins lors de l’analyse relative au meilleur moyen. À ce stade, comme la Cour d’appel l’a indiqué, le plus souvent [TRADUCTION] « on ne peut utiliser de point de référence sûr parce qu’on ignore encore le montant recouvrable à l’issue du recours collectif projeté. Autrement dit, l’analyse relative au meilleur moyen ne doit pas se réduire à une évaluation après coup visant à déterminer si l’indemnité versée par suite de l’autre voie de droit est adéquate » (par. 77).

[65] I recognize that a decision by a certification judge is entitled to substantial deference: see e.g. *Pearson*, at para. 43; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, at para. 33. Specifically, “[t]he decision as to preferable procedure is . . . entitled to special deference because it involves weighing and balancing a number of factors”: *Pearson*, at para. 43. However, I conclude that deference does not protect the decision against review for errors in principle which are directly relevant to the conclusion reached such as, in my view, occurred here: see e.g. *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, at para. 23, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. xiv; *Markson*, at para. 33; *Cloud*, at para. 39.

#### V. Disposition

[66] I would dismiss the appeal with costs.

### APPENDIX

*Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6

5. — (1) [Certification] The court shall certify a class proceeding on a motion under section 2, 3 or 4 if,

- (a) the pleadings or the notice of application discloses a cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the representative plaintiff or defendant;
- (c) the claims or defences of the class members raise common issues;
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues; and
- (e) there is a representative plaintiff or defendant who,
  - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

[65] Je reconnais que la décision en matière de certification appelle une grande déférence (voir, p. ex., *Pearson*, par. 43; *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, par. 33). Plus particulièrement, [TRADUCTION] « [l]a décision sur le meilleur moyen commande [. . .] une déférence spéciale parce qu’elle suppose l’appréciation et la mise en balance de plusieurs facteurs » (*Pearson*, par. 43). Je considère toutefois que la déférence ne saurait mettre une décision à l’abri d’une révision si elle est entachée d’erreurs de principe touchant directement la conclusion tirée, comme c’est le cas en l’espèce (voir, p. ex., *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, par. 23, autorisation d’appel refusée, [2008] 1 R.C.S. xiv; *Markson*, par. 33; *Cloud*, par. 39).

#### V. Dispositif

[66] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

### ANNEXE

*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6

5 (1) [Recours collectif certifié par le tribunal] Le tribunal saisi d’une motion visée à l’article 2, 3 ou 4 certifie qu’il s’agit d’un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure ou l’avis de requête révèlent une cause d’action;
- b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus qui se ferait représenter par le représentant des demandeurs ou des défendeurs;
- c) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes;
- e) il y a un représentant des demandeurs ou des défendeurs qui :
  - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,

- (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
- (iii) does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with the interests of other class members.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant AIC Limited: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the appellant CI Mutual Funds Inc.: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Rochon Genova, Toronto.*

- (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,
- (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe, en ce qui concerne les questions communes du groupe.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante AIC Limitée : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante CI Mutual Funds Inc. : Goodmans, Toronto.*

*Procureurs des intimés : Rochon Genova, Toronto.*