

Bennett Jones Verchere, Garnet Schulhauser, Arthur Andersen & Co., Ernst & Young, Alan Lundell, The Royal Trust Company, William R. MacNeill, R. Byron Henderson, C. Michael Ryer, Gary L. Billingsley, Peter K. Gummer, James G. Engdahl, Jon R. MacNeill
Appellants/Respondents on cross-appeal

v.

Western Canadian Shopping Centres Inc. and Muh-Min Lin and Hoi-Wah Wu, representatives of all holders of Class “A”, Class “E” and Class “F” Debentures issued by Western Canadian Shopping Centres Inc. *Respondents/Appellants on cross-appeal*

INDEXED AS: WESTERN CANADIAN SHOPPING CENTRES INC.
 v. DUTTON

Neutral citation: 2001 SCC 46.

File No.: 27138.

Hearing and judgment: December 13, 2000.

Reasons delivered: July 13, 2001.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Practice — Class actions — Plaintiffs suing defendants for breach of fiduciary duties and mismanagement of funds — Defendants applying for order to strike plaintiffs' claim to sue in representative capacity — Whether requirements for class action met — If so, whether class action should be allowed — Whether defendants entitled to examination and discovery of each class member — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, Rule 42.

L and W, together with 229 other investors, became participants in the federal government's Business Immigration Program by purchasing debentures in WCSC,

Bennett Jones Verchere, Garnet Schulhauser, Arthur Andersen & Co., Ernst & Young, Alan Lundell, La Compagnie Trust Royal, William R. MacNeill, R. Byron Henderson, C. Michael Ryer, Gary L. Billingsley, Peter K. Gummer, James G. Engdahl, Jon R. MacNeill *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Western Canadian Shopping Centres Inc. et Muh-Min Lin et Hoi-Wah Wu, représentants de tous les porteurs de débetures de catégories « A », « E » et « F » émises par Western Canadian Shopping Centres Inc. *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : WESTERN CANADIAN SHOPPING CENTRES INC. c. DUTTON

Référence neutre : 2001 CSC 46.

N° du greffe : 27138.

Audition et jugement : 13 décembre 2000.

Motifs déposés : 13 juillet 2001.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Pratique — Recours collectifs — Action intentée pour manquement à des obligations fiduciaires et mauvaise gestion de fonds — Requête en radiation d'une demande visant à poursuivre en qualité de représentants — Les conditions du recours collectif sont-elles réunies? — Le recours collectif doit-il être autorisé? — Les défendeurs peuvent-ils procéder à l'examen et à l'interrogatoire préalable de chaque membre du groupe? — Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règle 42.

L et W, ainsi que 229 autres investisseurs, ont participé au Programme fédéral d'immigration des gens d'affaires en achetant des débetures de WCSC qui

which was incorporated by D, its sole shareholder, for the purpose of helping investor-class immigrants qualify as permanent residents in Canada. WCSC solicited funds through two offerings to invest in income-producing properties. After the investors' funds were deposited, WCSC purchased from CRI, for \$5,550,000, the rights to a Crown surface lease and also agreed to commit a further \$16.5 million for surface improvements. To finance WCSC's obligations to CRI, D directed that the Series A debentures be issued in an aggregate principal amount of \$22,050,000 to some of the investors. D advanced more funds to CRI and corresponding debentures were issued, in particular the Series E and F debentures. Eventually, the debentures were pooled. When CRI announced that it could not pay the interest due on the debentures, L and W, the representative plaintiffs, commenced a class action complaining that D and various affiliates and advisors of WCSC breached fiduciary duties to the investors by mismanaging their funds. The defendants applied to the Court of Queen's Bench for a declaration and order striking that portion of the claim in which the individual plaintiffs purport, pursuant to Rule 42 of the *Alberta Rules of Court*, to represent a class of 231 investors. The chambers judge denied the application. The majority of the Court of Appeal upheld that decision but granted the defendants the right to discovery from each of the 231 plaintiffs. The defendants appealed to this Court, and the plaintiffs cross-appealed taking issue with the Court of Appeal's allowance of individualized discovery from each class member.

Held: The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

In Alberta, class-action practice is governed by Rule 42 of the *Alberta Rules of Court* but, in the absence of comprehensive legislation, the courts must fill the void under their inherent power to settle the rules of practice and procedure as to disputes brought before them. Class actions should be allowed to proceed under Rule 42 where the following conditions are met: (1) the class is capable of clear definition; (2) there are issues of law or fact common to all class members; (3) success for one class member means success for all; and (4) the proposed representative adequately represents the interests of the class. If these conditions are met the court must also be satisfied, in the exercise of its discretion, that there are no countervailing considerations that outweigh

avait été constituée en société par D, son unique actionnaire, dans le but de faciliter à des immigrants investisseurs l'obtention du statut de résident permanent au Canada. WCSC a sollicité des fonds dans deux offres d'investissement dans des propriétés de rapport. Après le dépôt des fonds des investisseurs, WCSC a acheté à CRI, pour la somme de 5 550 000 \$, les droits sur un bail de surface visant des terres publiques et s'est engagé à verser 16,5 millions de dollars supplémentaires pour des améliorations de surface. Pour financer les obligations de WCSC envers CRI, D a demandé l'émission des débetures de la série A pour un montant total en principal de 22 050 000 \$ à certains investisseurs. D a avancé des fonds additionnels à CRI et des débetures correspondantes ont été émises, notamment les débetures des séries E et F. Les débetures ont été regroupées par la suite. Quand CRI a annoncé qu'elle ne pouvait pas payer les intérêts sur les débetures, L et W, les représentants des demandeurs, ont intenté un recours collectif alléguant que D et divers associés et sociétés apparentées de WCSC avaient manqué à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs par une mauvaise gestion de leurs fonds. Les défendeurs ont demandé à la Cour du Banc de la Reine un jugement déclaratoire et une ordonnance radiant la partie de la déclaration dans laquelle les demandeurs disaient représenter, en vertu de la règle 42 des *Alberta Rules of Court* un groupe de 231 investisseurs. Le juge en chambre a rejeté la demande. La majorité en Cour d'appel a maintenu sa décision mais a accordé aux défendeurs le droit de faire l'interrogatoire préalable de chacun des 231 demandeurs. Les défendeurs ont fait appel devant notre Cour et les demandeurs ont fait un appel incident contre la décision de la cour d'appel d'autoriser l'interrogatoire individuel de chaque membre du groupe.

Arrêt : L'appel est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

En Alberta, la procédure des recours collectifs est régie par la règle 42 des *Alberta Rules of Court*, mais en l'absence de législation complète, les tribunaux doivent combler les lacunes en exerçant leur pouvoir inhérent d'établir les règles de pratique et de procédure applicables aux litiges dont ils sont saisis. Les recours collectifs devraient être autorisés en vertu de la règle 42 lorsque les conditions suivantes sont réunies : (1) le groupe peut être clairement défini; (2) des questions de droit ou de fait sont communes à tous les membres du groupe; (3) le succès d'un membre du groupe signifie le succès de tous; et (4) le représentant proposé représente adéquatement les intérêts du groupe. Si ces conditions sont réunies, le tribunal doit également être convaincu, dans

the benefits of allowing the class action to proceed. The court should take into account the benefits the class action offers in the circumstances of the case as well as any unfairness that class proceedings may cause. In the end, the court must strike a balance between efficiency and fairness. The need to strike a balance between efficiency and fairness belies the suggestion that a class action should be struck only where the deficiency is "plain and obvious". On procedural matters, all potential class members should be informed of the existence of the suit, of the common issues that the suit seeks to resolve, and of the right of each class member to opt out. This should be done before any decision is made that purports to prejudice or otherwise affect the interests of class members. The court also retains discretion to determine how the individual issues should be addressed, once common issues have been resolved. In the absence of comprehensive class-action legislation, courts must address procedural complexities on a case-by-case basis in a flexible and liberal manner, seeking a balance between efficiency and fairness.

In this case, the basic conditions for a class action are met and efficiency and fairness favour permitting it to proceed. The defendants' contentions against the suit were unpersuasive. While differences exist among investors, the fact remains that the investors raise essentially the same claims requiring resolution of the same facts. If material differences emerge, the court can deal with them when the time comes. Further, a class action should not be foreclosed on the ground that there is uncertainty as to the resolution of issues common to all class members. If it is determined that the investors must show individual reliance to establish breach of fiduciary duty, the court may then consider whether the class action should continue. The same applies to the contention that different defences will be raised with respect to different class members. Simply asserting this possibility does not negate a class action. If and when different defences are asserted, the court may solve the problem or withdraw leave to proceed as a class.

Finally, to allow individualized discovery at this stage of the proceedings would be premature. The defendants should be allowed to examine the representative plaintiffs as of right but examination of other class members

l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu'il n'existe pas de considérations défavorables qui l'emportent sur les avantages que comporte l'autorisation d'un recours collectif. Le tribunal devrait prendre en considération les avantages que le recours collectif offre dans les circonstances de l'affaire ainsi que les injustices qu'il peut provoquer. En fin de compte, le tribunal doit concilier efficacité et équité. La nécessité de concilier efficacité et équité démentit l'idée qu'un recours collectif ne devrait être radié que lorsque le vice est « évident et manifeste ». En matière de procédure, tous les participants possibles devraient être informés de l'existence de la poursuite, des questions communes que la poursuite cherche à résoudre ainsi que du droit de chaque membre du groupe de se retirer, et ce avant que ne soit rendue une décision pouvant avoir une incidence, défavorable ou non, sur les intérêts des membres du groupe. Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer comment les questions individuelles devraient être abordées, une fois que les questions communes ont été résolues. Sans législation complète en matière de recours collectif, les tribunaux doivent régler les complications procédurales cas par cas, de manière souple et libérale, en cherchant à concilier efficacité et équité.

En l'espèce, les conditions essentielles à l'exercice d'un recours collectif sont réunies et l'efficacité et l'équité militent en faveur de son autorisation. Les arguments des défendeurs contre le recours ne sont pas convaincants. Si des différences existent entre les investisseurs, le fait est qu'ils ont essentiellement les mêmes revendications qui exigent la résolution des mêmes faits. Si des différences importantes surviennent, le tribunal peut régler la question le moment venu. De plus, on ne devrait pas interdire un recours collectif en raison de l'incertitude relative à la résolution de questions communes à tous les membres du groupe. Si on juge que les investisseurs doivent faire la preuve d'un lien de confiance individuel pour établir le manquement aux obligations fiduciaires, le tribunal peut alors décider si le recours collectif doit ou non se poursuivre. Cela s'applique aussi à l'argument selon lequel des défenses différentes seront invoquées envers différents membres du groupe. Cette simple possibilité n'interdit pas le recours collectif. Si différentes défenses sont invoquées, le tribunal peut alors résoudre le problème ou retirer l'autorisation du recours collectif.

Enfin, il serait prématuré d'autoriser l'interrogatoire préalable individuel à cette étape-ci. Les défendeurs devraient être autorisés à interroger les représentants des demandeurs comme ils en ont le droit, mais l'interroga-

should be available only by order of the court, upon the defendants showing reasonable necessity.

Cases Cited

Distinguished: *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72; **referred to:** *353850 Alberta Ltd. v. Horne & Pitfield Foods Ltd.*, [1989] A.J. No. 652 (QL); *Shaw v. Real Estate Board of Greater Vancouver* (1972), 29 D.L.R. (3d) 774; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Korte v. Deloitte, Haskins & Sells* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337; *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.*, [1989] 2 S.C.R. 1069; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Chancey v. May* (1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265; *City of London v. Richmond* (1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870; *Wallworth v. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238; *Duke of Bedford v. Ellis*, [1901] A.C. 1; *Taff Vale Railway Co. v. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426; *Markt & Co. v. Knight Steamship Co.*, [1910] 2 K.B. 1021; *Bell v. Wood*, [1927] 1 W.W.R. 580; *Langley v. North West Water Authority*, [1991] 3 All E.R. 610, leave denied [1991] 1 W.L.R. 711n; *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland* (1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205; *Ranjoy Sales and Leasing Ltd. v. Deloitte, Haskins and Sells*, [1984] 4 W.W.R. 706; *International Capital Corp. v. Schafer* (1995), 130 Sask. R. 23; *Guarantee Co. of North America v. Caisse populaire de Shippagan Ltée* (1988), 86 N.B.R. (2d) 342; *Lee v. OCCO Developments Ltd.* (1994), 148 N.B.R. (2d) 321; *Van Audenhove v. Nova Scotia (Attorney General)* (1994), 134 N.S.R. (2d) 294; *Horne v. Canada (Attorney General)* (1995), 129 Nfld. & P.E.I.R. 109; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, rr. 42, 129, 187, 201.
Civil Procedure Rules 1998 (U.K.), SI 1998/3132, rr. 19.10-19.15.
Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 4(1), 7, 27.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, ss. 5(1), 6, 25.

toire des autres membres du groupe ne devrait être autorisé que par ordonnance de la cour, si les défendeurs prouvent que cela est raisonnablement nécessaire.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72; **arrêts mentionnés:** *353850 Alberta Ltd. c. Horne & Pitfield Foods Ltd.*, [1989] A.J. No. 652 (QL); *Shaw c. Real Estate Board of Greater Vancouver* (1972), 29 D.L.R. (3d) 774; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Korte c. Deloitte, Haskins & Sells* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337; *Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1989] 2 R.C.S. 1069; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Chancey c. May* (1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265; *City of London c. Richmond* (1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870; *Wallworth c. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238; *Duke of Bedford c. Ellis*, [1901] A.C. 1; *Taff Vale Railway Co. c. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426; *Markt & Co. c. Knight Steamship Co.*, [1910] 2 K.B. 1021; *Bell c. Wood*, [1927] 1 W.W.R. 580; *Langley c. North West Water Authority*, [1991] 3 All E.R. 610, demande d'autorisation de pourvoi refusée [1991] 1 W.L.R. 711n; *Newfoundland Association of Public Employees c. Newfoundland* (1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205; *Ranjoy Sales and Leasing Ltd. c. Deloitte, Haskins and Sells*, [1984] 4 W.W.R. 706; *International Capital Corp. c. Schafer* (1995), 130 Sask. R. 23; *Guarantee Co. of North America c. Caisse populaire de Shippagan Ltée* (1988), 86 R.N.-B. (2^e) 342; *Lee c. OCCO Developments Ltd.* (1994), 148 R.N.-B. (2^e) 321; *Van Audenhove c. Nova Scotia (Attorney General)* (1994), 134 N.S.R. (2d) 294; *Horne c. Canada (Attorney General)* (1995), 129 Nfld. & P.E.I.R. 109; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Drummond-Jackson c. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règles 42, 129, 187, 201.
Civil Procedure Rules 1998 (R.-U.), SI 1998/3132, règles 19.10-19.15.
Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1), 7, 27.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, livre IX, art. 1003, 1039.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, Book IX, arts. 1003, 1039.

Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A. § 23.

Supreme Court of Judicature Act, 1873 (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, Sch., r. 10.

Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C.A. § 23.

Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6, art. 5(1), 6, 25.

Supreme Court of Judicature Act, 1873 (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, ann., règle 10.

Authors Cited

- Alberta. Alberta Rules of Court Binder. Practice Note on the Very Long Trial. Practice Note No.7, September 1, 1995.
- Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. *Class Actions*. Edmonton: The Institute, 2000.
- Bankier, Jennifer K. "Class Actions for Monetary Relief in Canada: Formalism or Function?" (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229.
- Bispham, George Tucker. *The Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts of Chancery*, 9th ed. By Joseph D. McCoy. New York: Banks Law Publishing, 1916.
- Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*. Vancouver: Western Legal Publications, 1998.
- Calvert, Frederic. *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*, 2nd ed. London: W. Benning, 1847.
- Chafee, Zechariah, Jr. *Some Problems of Equity*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1950.
- "Developments in the Law — The Paths of Civil Litigation" (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806.
- Eizenga, Michael A., Michael J. Peerless and Charles M. Wright. *Class Actions Law and Practice*. Toronto: Butterworths, 1999.
- Friedenthal, Jack H., Mary Kay Kane and Arthur R. Miller. *Civil Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1993.
- Kazanjian, John A. "Class Actions in Canada" (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397.
- Manitoba. Law Reform Commission. Report #100. *Class Proceedings*. Winnipeg: The Commission, 1999.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*. Ontario: Ministry of the Attorney General, 1982.
- Roberts, Thomas A. *The Principles of Equity, as Administered in the Supreme Court of Judicature and Other Courts of Equitable Jurisdiction*, 3rd ed. London: Butterworths, 1877.
- Rogers, Ruth. "A Uniform Class Actions Statute" in Uniform Law Conference of Canada. *Proceedings of the Seventy-Seventh Annual Meeting*, Appendix O. Ottawa: The Conference, 1995.
- Stevenson, William Alexander, and Jean E. Côté. *Civil Procedure Guide*, 1996. Edmonton: Juriliber, 1996.

Doctrine citée

- Alberta. Alberta Rules of Court Binder. Practice Note on the Very Long Trial. Practice Note No. 7, September 1, 1995.
- Alberta Law Reform Institute. Final Report No. 85. *Class Actions*. Edmonton : The Institute, 2000.
- Bankier, Jennifer K. « Les recours collectifs au Canada pour obtenir le dégrèvement financier : formalisme ou fonction? » (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229.
- Bispham, George Tucker. *The Principles of Equity: A Treatise on the System of Justice Administered in Courts of Chancery*, 9th ed. By Joseph D. McCoy. New York : Banks Law Publishing, 1916.
- Branch, Ward K. *Class Actions in Canada*. Vancouver : Western Legal Publications, 1998.
- Calvert, Frederic. *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*, 2nd ed. London : W. Benning, 1847.
- Chafee, Zechariah, Jr. *Some Problems of Equity*. Ann Arbor : University of Michigan Law School, 1950.
- « Developments in the Law — The Paths of Civil Litigation » (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806.
- Eizenga, Michael A., Michael J. Peerless and Charles M. Wright. *Class Actions Law and Practice*. Toronto : Butterworths, 1999.
- Friedenthal, Jack H., Mary Kay Kane and Arthur R. Miller. *Civil Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1993.
- Kazanjian, John A. « Class Actions in Canada » (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397.
- Manitoba. Law Reform Commission. Report #100. *Class Proceedings*. Winnipeg : The Commission, 1999.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*. Ontario : Ministry of the Attorney General, 1982.
- Roberts, Thomas A. *The Principles of Equity, as Administered in the Supreme Court of Judicature and Other Courts of Equitable Jurisdiction*, 3rd ed. London : Butterworths, 1877.
- Rogers, Ruth. « Vers une loi uniforme sur le recours collectif », dans Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Compte rendu de la soixante-dix-septième réunion annuelle*, Annexe O. Ottawa : La Conférence, 1995.

Story, Joseph. *Commentaries on Equity Pleadings and the Incidents Thereof, According to the Practice of the Courts of Equity of England and America*, 10th ed. by John M. Gould. Boston: Little, Brown, 1892.

Wright, Charles Alan, Arthur R. Miller and Mary Kay Kane. *Federal Practice and Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.

Yeazell, Stephen C. "Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action" (1977), *77 Colum. L. Rev.* 866.

Stevenson, William Alexander, and Jean E. Côté. *Civil Procedure Guide*, 1996. Edmonton : Juriliber, 1996.

Story, Joseph. *Commentaries on Equity Pleadings and the Incidents Thereof, According to the Practice of the Courts of Equity of England and America*, 10th ed. by John M. Gould. Boston : Little, Brown, 1892.

Wright, Charles Alan, Arthur R. Miller and Mary Kay Kane. *Federal Practice and Procedure*, 2nd ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1986.

Yeazell, Stephen C. « Group Litigation and Social Context : Toward a History of the Class Action » (1977), *77 Colum. L. Rev.* 866.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 73 Alta. L.R. (3d) 227, 228 A.R. 188, 188 W.A.C. 188, 30 C.P.C. (4th) 1, [1998] A.J. No.1364 (QL), 1998 ABCA 392, dismissing an appeal from a decision of the Court of Queen's Bench (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 412, 191 A.R. 265, 3 C.P.C. (4th) 329, [1996] A.J. No. 1165 (QL). Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 73 Alta. L.R. (3d) 227, 228 A.R. 188, 188 W.A.C. 188, 30 C.P.C. (4th) 1, [1998] A.J. No. 1364 (QL), 1998 ABCA 392, qui a rejeté un appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 412, 191 A.R. 265, 3 C.P.C. (4th) 329, [1996] A.J. No. 1165 (QL). Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli.

Barry R. Crump, Brian Beck and David C. Bishop, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Barry R. Crump, Brian Beck et David C. Bishop, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Hervé H. Durocher and Eugene J. Erler, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Hervé H. Durocher et Eugene J. Erler, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

THE CHIEF JUSTICE — This appeal requires us to decide when a class action may be brought. While the class action has existed in one form or another for hundreds of years, its importance has increased of late. Particularly in complicated cases implicating the interests of many people, the class action may provide the best means of fair and efficient resolution. Yet absent legislative direction, there remains considerable uncertainty as to the conditions under which a court should permit a class action to be maintained.

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes appelés en l'espèce à décider dans quels cas un recours collectif peut être exercé. Le recours collectif existe sous une forme ou une autre depuis des siècles, mais son importance s'est accrue récemment. Il peut fournir le meilleur moyen d'aboutir à une solution juste et efficace, en particulier dans des affaires complexes mettant en jeu les intérêts d'un grand nombre de personnes. Cependant, en l'absence de disposition législative, beaucoup d'incertitude demeure quant aux conditions dans lesquelles un tribunal devrait autoriser l'exercice d'un recours collectif.

2 The claimants wanted to immigrate to Canada. To qualify, they invested money in Western Canadian Shopping Centres Inc. (“WCSC”), under the Canadian government’s Business Immigration Program. They lost money and brought a class action. The defendants (appellants) claim the class action is inappropriate and ask the Court to strike it out. For the following reasons, I conclude that the claimants may proceed as a class.

I. Facts

3 The representative plaintiffs Muh-Min Lin and Hoi-Wah Wu, together with 229 other investors, became participants in the government’s Business Immigration Program of Employment and Immigration Canada by purchasing debentures in WCSC. WCSC was incorporated by Joseph Dutton, its sole shareholder, for the purpose of “facilitat[ing] the qualification of the Investors, their spouses, and their never-married children as Canadian permanent residents.”

4 WCSC solicited funds through two offerings “to invest in land located in the Province of Saskatchewan for the purpose of developing commercial, non-residential, income-producing properties”. The offering memoranda provided that the subscription proceeds would be deposited with an escrow agent, later designated as The Royal Trust Company (“Royal Trust”), and would be released to WCSC upon conditions, subsequently amended.

5 The dispute arises from events after the investors’ funds had been deposited with Royal Trust. In May 1990, WCSC entered into a Purchase and Development Agreement (“PDA”) with Claude Resources Inc. (“Claude”) under which WCSC purchased from Claude, for \$5,550,000, the rights to a Crown surface lease adjacent to Claude’s “Seabee” gold deposits in northern Saskatchewan. WCSC also agreed to commit a further \$16.5 million for surface improvements and for the construction of a gold mill, which would be owned by WCSC. A lease agreement executed in tandem with the PDA leased the not-yet-constructed gold

Les demandeurs souhaitaient immigrer au Canada. Pour être admissibles, dans le cadre du Programme d’immigration des gens d’affaires établi par le gouvernement canadien, ils ont investi dans la société Western Canadian Shopping Centres Inc. (« WCSC »). Ils ont perdu de l’argent et ont intenté un recours collectif. Les défendeurs (appelants) contestent l’opportunité du recours collectif et demandent à la Cour de le radier. Pour les motifs qui suivent, je conclus que les demandeurs peuvent exercer un recours collectif.

I. Les faits

Les demandeurs Muh-Min Lin et Hoi-Wah Wu, ainsi que 229 autres investisseurs, ont participé au Programme d’immigration des gens d’affaires d’Emploi et Immigration Canada en achetant des débetures de WCSC. WCSC a été constituée en société par Joseph Dutton, son unique actionnaire, dans le but de [TRADUCTION] « faciliter pour les investisseurs, leurs conjoints et leurs enfants jamais mariés l’obtention du statut de résident permanent au Canada ».

WCSC sollicite des fonds dans deux offres [TRADUCTION] « d’investissement dans des terrains situés dans la province de la Saskatchewan en vue de développer des biens productifs à usage commercial, non résidentiel ». Les notices d’offre prévoient que les produits de la souscription seront déposés auprès d’un dépositaire légal, plus tard désigné comme La Compagnie Trust Royal (« Trust Royal »), et seront remis à WCSC sous certaines conditions, modifiées par la suite.

Le litige découle d’événements survenus après le dépôt des fonds des investisseurs auprès de Trust Royal. En mai 1990, WCSC conclut une convention d’achat et de développement (« CAD ») avec Claude Resources Inc. (« CRI »), aux termes de laquelle WCSC achète à CRI, pour la somme de 5 550 000 \$, les droits sur un bail de surface visant des terres publiques adjacentes aux gisements d’or « Seabee » de CRI dans le Nord de la Saskatchewan. WCSC accepte également de s’engager à verser 16,5 millions de dollars supplémentaires pour des améliorations de surface et pour la construction d’une usine de traitement de l’or, qui appar-

mill and related facilities, together with the surface lands, back to Claude. The payments required of Claude under that lease agreement matched the semi-annual interest payments required of WCSC with respect to the investors.

To finance WCSC's obligations under the PDA with Claude, Dutton directed Royal Trust to issue debentures in an aggregate principal amount of \$22,050,000 to a subset of the investors who had subscribed by that point. Royal Trust did so by issuing "Series A" debentures to 142 investors. After the debentures were issued, WCSC distributed an update letter to its investors, describing the investment in Claude.

In a separate series of transactions executed around the same time, Dutton and Claude entered into an agreement by which (1) Dutton effectively conveyed to Claude 49 percent of his shares in WCSC; (2) Claude paid Dutton \$1.6 million in cash; (3) Claude advanced Dutton a \$1.6 million non-recourse loan; (4) Dutton entered into an employment contract with Claude for a salary of \$50,000 per year; and (5) Claude and Dutton's management company, J.M.D. Management Ltd., entered into a management contract for \$200,000 per year. It appears that WCSC did not distribute an update letter to its investors describing this series of transactions.

Over the next months, Dutton advanced more funds to Claude and directed Royal Trust to issue corresponding debentures. Of particular relevance to the instant dispute are the Series E debentures issued in December 1990 (aggregate principal of \$2.56 million), and the Series F debentures issued in May 1991 (aggregate principal of \$9.45 million). When the Series E debentures were issued, the Series A and E debentures were pooled, so that investors in those series became entitled to a *pro rata* claim on the total security pledged with respect to the two series. When the Series F debentures were issued, the security for that series was

tiendra à WCSC. Une convention de bail, signée en même temps que la CAD, prévoit la location à CRI de l'usine de traitement de l'or et des installations connexes qui ne sont pas encore construites, avec les terrains de surface. Les paiements que CRI doit effectuer en vertu de cette convention de bail équivalent aux versements d'intérêts semestriels exigés de WCSC relativement aux investisseurs.

Pour financer les obligations de WCSC selon la CAD conclue avec CRI, Dutton demande à Trust Royal d'émettre des débentures pour un montant total en principal de 22 050 000 \$ à un sous-ensemble d'investisseurs qui ont déjà contribué à cette étape. Trust Royal émet donc des débentures de « série A » à 142 investisseurs. Après l'émission des débentures, WCSC distribue une lettre d'information à ses investisseurs qui décrit l'investissement dans CRI.

Dans une série distincte d'opérations effectuées vers la même époque, Dutton et CRI concluent une entente aux termes de laquelle (1) Dutton transfère dans les faits à CRI 49 pour 100 de ses actions dans WCSC; (2) CRI verse à Dutton 1,6 million de dollars comptant; (3) CRI consent à Dutton un prêt sans recours de 1,6 million de dollars; (4) Dutton conclut un contrat de travail avec CRI pour un salaire annuel de 50 000 \$; et (5) CRI et la société de gestion de Dutton, J.M.D. Management Ltd., signe un contrat de gestion de 200 000 \$ par an. Il semble que WCSC n'ait pas envoyé à ses investisseurs de lettre décrivant cette série d'opérations.

Au cours des mois suivants, Dutton avance des fonds additionnels à CRI et demande à Trust Royal d'émettre des débentures correspondantes. Les débentures de série E émises en décembre 1990 (montant total en principal de 2,56 millions de dollars), et les débentures de série F émises en mai 1991 (montant total en principal de 9,45 millions de dollars) sont particulièrement importantes dans le litige. Quand les débentures de série E sont émises, les débentures de séries A et E sont regroupées, de sorte que les investisseurs de ces séries ont acquis un droit au prorata sur la garantie totale engagée relativement aux deux séries. Quand les

6

7

8

pooled with the security that had been pledged with respect to the Series A and E debentures. WCSC apparently distributed investor update letters after the issuance of the Series E and F debentures, just as it had done after the issuance of the Series A debentures.

⁹ In December 1991, Claude announced that it could not pay the interest due on the Series A, E, and F debentures and Muh-Min Lin and Hoi-Wah Wu commenced this action. The gravamen of the complaint is that Dutton and various affiliates and advisors of WCSC breached fiduciary duties to the investors by mismanaging or misdirecting their funds.

II. Statutory Provisions

¹⁰ *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68

42 Where numerous persons have a common interest in the subject of an intended action, one or more of those persons may sue or be sued or may be authorized by the Court to defend on behalf of or for the benefit of all.

129(1) The court may at any stage of the proceedings order to be struck out or amended any pleading in the action, on the ground that

- (a) it discloses no cause of action or defence, as the case may be, or
- (b) it is scandalous, frivolous or vexatious, or
- (c) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action, or
- (d) it is otherwise an abuse of the process of the court,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

(2) No evidence shall be admissible on an application under clause (a) of subrule (1).

(3) This Rule, so far as applicable, applies to an originating notice and a petition.

déventures de série F sont émises, la garantie pour cette série est regroupée avec la garantie qui a été engagée relativement aux déventures de séries A et E. Il semble qu'après l'émission des séries E et F, WCSC ait distribué aux investisseurs des lettres les en informant, comme elle l'avait fait après l'émission des déventures de série A.

En décembre 1991, CRI annonce qu'elle ne peut pas payer les intérêts échus pour les déventures de séries A, E et F et Muh-Min Lin et Hoi-Wah Wu intentent la présente action. Le fondement de la plainte est que Dutton et divers conseillers et sociétés apparentées de WCSC ont manqué à leurs obligations fiduciaires envers les investisseurs par leur mauvaise gestion et le mauvais placement de leurs fonds.

II. Dispositions législatives

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68

[TRADUCTION]

42 Lorsque de nombreuses personnes ont un intérêt commun dans l'objet de l'action projetée, une ou plusieurs d'entre elles peuvent poursuivre, être poursuivies ou être autorisées par la cour à agir en défense au nom ou pour le compte de toutes.

129(1) À toute étape des procédures, la cour peut ordonner que soit radié ou modifié un acte de procédure dans une action pour le motif

- a) qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense, selon le cas,
- b) qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire,
- c) qu'il peut nuire à l'instruction équitable de l'action, ou encore la gêner ou la retarder,
- d) qu'il constitue par ailleurs un abus de procédure

et elle peut ordonner la suspension ou le rejet de l'action ou rendre un jugement en conséquence.

(2) Aucune preuve n'est admissible à l'égard d'une demande présentée en vertu de l'alinéa (a) du paragraphe (1).

(3) La présente règle, dans la mesure où elle est applicable, s'applique à un avis introductif d'instance et à une requête.

187 A person for whose benefit an action is prosecuted or defended or the assignor of a chose in action upon which the action is brought, shall be regarded as a party thereto for the purposes of discovery of documents.

201 A member of a firm which is a party and a person for whose benefit an action is prosecuted or defended shall be regarded as a party for the purposes of examination.

III. Decisions

The appellants applied to the Court of Queen's Bench of Alberta (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 412 for a declaration and order striking that portion of the Amended Statement of Claim in which the individual plaintiffs purport, pursuant to Rule 42 of the *Alberta Rules of Court*, to represent a class of 231 investors. The chambers judge identified four issues: (1) whether the court had the power under Rule 42 to strike the investors' claim to sue in a representative capacity; (2) whether the court was restricted to considering only the Amended Statement of Claim filed; (3) the standard of proof required to compel the court to exercise its discretion to strike the representative claim; and (4) whether, in this case, this standard was met.

On the first issue, the chambers judge relied on the decision of Master Funduk in 353850 *Alberta Ltd. v. Horne & Pitfield Foods Ltd.*, [1989] A.J. No. 652 (QL), to conclude that the court has the power, under Rule 42, to strike a claim made by plaintiffs to sue in a representative capacity.

On the second issue, the chambers judge held that the court need not limit its inquiry to the pleadings, relying on 353850 *Alberta*, *supra*, and on the decision of the British Columbia Supreme Court in *Shaw v. Real Estate Board of Greater Vancouver* (1972), 29 D.L.R. (3d) 774. He concluded, however, that resolution of the case before him did not require resort to the affidavit evidence.

On the third issue, the chambers judge concluded that the court should strike a representative claim under Rule 42 only if it is "entirely clear" or

187 La personne pour le compte de qui une action est intentée ou contestée ou le cédant d'un droit d'action qui a donné lieu à l'action sont considérés comme partie à l'action aux fins de la communication de documents.

201 Le membre d'une entreprise qui est une partie et la personne pour le compte de qui une action est intentée ou contestée sont considérés comme partie à l'action aux fins de l'interrogatoire.

III. Décisions

Les appelants demandent à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 412, un jugement déclaratoire et une ordonnance radiant la partie de la déclaration modifiée dans laquelle les particuliers demandeurs disent représenter un groupe de 231 investisseurs, en vertu de la règle 42 des *Alberta Rules of Court*. Le juge en chambre formule quatre questions : (1) La cour a-t-elle le pouvoir en vertu de la règle 42 de radier la demande des investisseurs d'intenter une action en qualité de représentants? (2) La cour doit-elle tenir seulement compte de la déclaration modifiée? (3) Quelle est la norme de preuve exigée pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire de radier la demande de recours collectif? (4) Cette norme est-elle respectée en l'espèce?

Sur la première question, le juge en chambre, citant la décision du protonotaire Funduk dans 353850 *Alberta Ltd. c. Horne & Pitfield Foods Ltd.*, [1989] A.J. No. 652 (QL), juge que la règle 42 donne à la cour le pouvoir de radier une demande visant à intenter une action en qualité de représentant.

Sur la deuxième question, le juge en chambre conclut que la cour n'est pas tenue de limiter son examen aux actes de procédure, se fondant sur la décision 353850 *Alberta*, précitée, et sur la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Shaw c. Real Estate Board of Greater Vancouver* (1972), 29 D.L.R. (3d) 774. Il conclut toutefois que la résolution du litige dont il est saisi n'exige pas de recourir à la preuve par affidavit.

Sur la troisième question, le juge en chambre est d'avis que la cour ne devrait radier un recours collectif aux termes de la règle 42 que s'il est [TRA-

11

12

13

14

“beyond doubt” or “plain and obvious” that the claim is deficient — the standard applied to applications to strike pleadings for disclosing no reasonable claim: *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

DUCTION] « tout à fait clair », « hors de tout doute » ou « évident et manifeste » que la demande est viciée — critère appliqué aux demandes de radiation d’actes de procédure ne révélant aucune demande raisonnable : *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.

15 On the final issue, the chambers judge, applying the “plain and obvious” rule, concluded that the Amended Statement of Claim was not deficient under Rule 42 and met the requirements set out in *Korte v. Deloitte, Haskins & Sells* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337 (C.A.): (1) that the class be capable of clear and definite definition; (2) that the principal issues of law and fact be the same; (3) that one plaintiff’s success would necessarily mean success for all members of the plaintiff class; and (4) that the resolution of the dispute not require any individual assessment of the claims of individual class members. However, he left the matter open to review by the trial judge.

Sur la dernière question, le juge en chambre, appliquant le critère du caractère « évident et manifeste », conclut que la déclaration modifiée n’est pas viciée en regard de la règle 42 et satisfait aux exigences énoncées dans *Korte c. Deloitte, Haskins & Sells* (1993), 8 Alta. L.R. (3d) 337 (C.A.) : (1) le groupe peut être défini clairement et précisément; (2) les principales questions de droit et de fait doivent être les mêmes; (3) une issue favorable à un demandeur signifie nécessairement une issue favorable à tous les membres du groupe de demandeurs; et (4) le règlement du litige ne doit pas exiger l’examen individuel des revendications de chaque membre du groupe. Cependant, il laisse au juge de première instance le soin de réexaminer la question.

16 The Alberta Court of Appeal, *per* Russell J.A. (for the majority), dismissed the appeal, Picard J.A., dissenting: (1998), 73 Alta. L.R. (3d) 227. The majority rejected the argument that the chambers judge should have conclusively resolved the Rule 42 issue rather than left it open to the trial judge, citing *Oregon Jack Creek Indian Band v. Canadian National Railway Co.*, [1989] 2 S.C.R. 1069, in which this Court left to the trial judge the issue of whether the plaintiffs were authorized to sue on behalf of a broader class. The majority also rejected the argument that the investors must show individual reliance to succeed. However, it granted the defendants the right to discovery from each of the 231 plaintiffs on the grounds that Rule 201, read with Rule 187, allows discovery from any person for whose benefit an action is prosecuted or defended and that the defendants should not be barred from developing an argument based on actual reliance merely because it was speculative.

Le juge Russell au nom de la majorité de la Cour d’appel de l’Alberta rejette l’appel, le juge Picard étant dissidente : (1998), 73 Alta. L.R. (3d) 227. La majorité rejette l’argument selon lequel le juge en chambre aurait dû régler de façon définitive la question de la règle 42 plutôt que d’en laisser décider le juge de première instance, en citant l’arrêt *Bande indienne Oregon Jack Creek c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1989] 2 R.C.S. 1069, dans lequel notre Cour a laissé le juge de première instance décider si les demandeurs étaient autorisés à poursuivre pour le compte d’un groupe plus important. La majorité rejette également l’argument selon lequel les investisseurs doivent faire la preuve d’un lien de confiance individuel pour obtenir gain de cause. Elle accorde toutefois aux défendeurs le droit à l’interrogatoire préalable de chacun des 231 demandeurs au motif que la règle 201, interprétée de concert avec la règle 187, autorise l’interrogatoire préalable de toute personne pour le compte de qui l’action est intentée ou contestée et qu’il ne devrait pas être interdit aux défendeurs d’élaborer un argument fondé sur le véritable lien de confiance simplement parce qu’il est spéculatif.

Picard J.A., would have allowed the appeal. In her view, the Chambers judge erred in deferring the matter to the trial judge because, unlike *Oregon Jack Creek*, the case was narrow and “a great deal of relevant evidence was available to the court to allow it to make a decision” (p. 235). The need to show individual reliance was only one of many problems that the investors would face if allowed to proceed as a class. Citing this Court’s decisions in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, she concluded that “[t]he extent of fiduciary duties in a particular case requires a meticulous examination of the facts, particularly of any contract between the parties” (p. 237). She concluded that “[t]his responsibility of proof by the [investors] cannot possibly be met by a representative action nor by giving a right of discovery of the 229 other parties to the action” (p. 237).

IV. Issues

1. Did the courts below apply the proper standard in determining whether the investors had satisfied the requirements for a class action under Rule 42?
2. Did the courts below err in denying defendants’ motion to strike under Rule 42?
3. If the class action is allowed, should the defendants have the right to full oral and documentary discovery of all class members?

V. Analysis

A. *The History and Functions of Class Actions*

The class action originated in the English courts of equity in the late seventeenth and early eighteenth centuries. The courts of law focussed on individual questions between the plaintiff and the defendant. The courts of equity, by contrast, applied a rule of compulsory joinder, requiring all those interested in the subject matter of the dispute

Le juge Picard aurait accueilli l’appel. À son avis, le juge en chambre a eu tort de renvoyer la question au juge de première instance parce que, contrairement à *Oregon Jack Creek*, l’affaire est limitée et que [TRADUCTION] « la cour disposait d’une preuve importante qui lui permettait de prendre une décision » (p. 235). Le besoin de faire la preuve d’un lien de confiance individuel est simplement l’un des nombreux problèmes auxquels les investisseurs auront à faire face s’ils sont autorisés à tenter un recours collectif. Citant les arrêts de notre Cour *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, elle conclut que [TRADUCTION] « [l’]étendue de l’obligation fiduciaire dans une affaire donnée exige l’examen rigoureux des faits, en particulier de tout contrat entre les parties » (p. 237). Elle juge que [TRADUCTION] « [l]a responsabilité de la preuve incombant aux investisseurs ne peut pas être assumée par un recours collectif, ni par l’attribution d’un droit à l’interrogatoire préalable des 229 autres parties à l’action » (p. 237).

IV. Questions en litige

1. Les tribunaux d’instance inférieure ont-ils appliqué le bon critère pour décider si les investisseurs satisfaisaient aux exigences du recours collectif en vertu de la règle 42?
2. Les tribunaux d’instance inférieure ont-ils fait erreur en rejetant la requête en radiation en vertu de la règle 42?
3. Si le recours collectif est autorisé, les défendeurs devraient-ils avoir droit à l’interrogatoire préalable et à la communication des documents de tous les membres du groupe?

V. Analyse

A. *L’historique et le rôle des recours collectifs*

Le recours collectif a pris naissance devant les tribunaux anglais d’equity à la fin du XVII^e siècle et au début du XVIII^e. Les cours de common law s’intéressaient principalement aux litiges individuels entre demandeurs et défendeurs. En revanche, les cours d’equity appliquaient la règle de la jonction obligatoire d’instances qui exigeait que

17

18

19

to be made parties. The aim of the courts of equity was to render “complete justice” — that is, to “arrang[e] all the rights, which the decision immediately affects”: F. Calvert, *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity* (2nd ed. 1847), at p. 3; see also C. A. Wright, A. R. Miller and M. K. Kane, *Federal Practice and Procedure* (2nd ed. 1986), at § 1751; J. Story, *Equity Pleadings* (10th ed. 1892), at § 76a. The compulsory-joinder rule “allowed the Court to examine every facet of the dispute and thereby ensure that no one was adversely affected by its decision without first having had an opportunity to be heard”: J. A. Kazanjian, “Class Actions in Canada” (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397, at p. 400. The rule possessed the additional advantage of preventing a multiplicity of duplicative proceedings.

toute personne ayant un intérêt dans l'affaire devienne partie au litige. Le but des cours d'équité était de rendre [TRADUCTION] « justice intégralement » — c'est-à-dire de « statuer sur tous les droits que la décision touche directement » : F. Calvert, *A Treatise Upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity* (2^e éd. 1847), p. 3; voir également C. A. Wright, A. R. Miller et M. K. Kane, *Federal Practice and Procedure* (2^e éd. 1986), par. 1751; J. Story, *Equity Pleadings* (10^e éd. 1892), par. 76a. La règle de la jonction obligatoire d'instances [TRADUCTION] « permettait à la cour d'examiner tous les aspects du litige et donc de s'assurer que nul ne serait lésé par sa décision sans avoir eu la possibilité de se faire entendre » : J. A. Kazanjian, « Class Actions in Canada » (1973), 11 *Osgoode Hall L.J.* 397, p. 400. La règle avait également l'avantage d'éviter la multiplication des procédures.

20

The compulsory-joinder rule eventually proved inadequate. Applied to conflicts between tenants and manorial lords or between parsons and parishioners, it closed the door to the courts where interested parties in such cases were too numerous to be joined. The courts of equity responded by relaxing the compulsory-joinder rule where strict adherence would work injustice. The result was the representative action. For example, in *Chancey v. May* (1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265, members of a partnership were permitted to sue on behalf of themselves and some 800 other partners for misapplication and embezzlement of funds by the partnership's former treasurer and manager. The court allowed the action because “it was in behalf of themselves, and all others the proprietors of the same undertaking, except the defendants, and so all the rest were in effect parties,” and because “it would be impracticable to make them all parties by name, and there would be continual abatements by death and otherwise, and no coming at justice, if all were to be made parties” (p. 265); see also Kazanjian, *supra*, at p. 401; G. T. Bispham, *The Principles of Equity* (9th ed. 1916), at para. 415; S. C. Yeazell, “Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action” (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 866, at pp. 867 and 872; J. K. Bankier, “Class Actions for Mone-

La règle de la jonction obligatoire d'instances s'est finalement avérée inadéquate. Appliquée aux conflits entre tenants et propriétaires terriens ou entre pasteurs et paroissiens, elle fermait la porte des tribunaux à des parties intéressées mais trop nombreuses pour être jointes. Les tribunaux d'équité ont réagi en assouplissant la règle de la jonction obligatoire d'instances lorsque son respect strict donnerait lieu à une injustice. Il en a résulté le recours collectif. Par exemple, dans *Chancey c. May* (1722), Prec. Ch. 592, 24 E.R. 265, des associés ont été autorisés à intenter une action en leur propre nom et au nom de 800 autres associés pour détournement de fonds par d'anciens trésoriers et gestionnaires de la société. La cour a autorisé l'action parce qu'[TRADUCTION] « elle était présentée en leur propre nom, et aux noms de tous les autres propriétaires de la même entreprise, sauf les défendeurs, et donc tous les autres étaient en réalité des parties », et parce qu'« il serait impossible qu'ils soient tous nommément parties, et il y aurait constamment des annulations pour cause de décès ou autres raisons, et que justice ne serait pas rendue si tous étaient parties à l'action » (p. 265); voir également Kazanjian, *loc. cit.*, p. 401; G. T. Bispham, *The Principles of Equity* (9^e éd. 1916), par. 415; S. C. Yeazell, « Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class

tary Relief in Canada: Formalism or Function?” (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229, at p. 236.

The representative or class action proved useful in pre-industrial English commercial litigation. The modern limited-liability company had yet to develop, and collectives of business people had no independent legal existence. Satisfying the compulsory-joinder rule would have required a complainant to bring before the court each member of the collective. The representative action provided the solution to this difficulty: see Kazanjian, *supra*, at p. 401; Yeazell, *supra*, at p. 867; *City of London v. Richmond* (1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870 (allowing the plaintiff to sue trustees for rent owed, though the beneficiaries of the trust were not joined).

The class action required a common interest between the class members. Many of the early representative actions were brought in the form of “bills of peace”, which could be maintained where the interested individuals were numerous, all members of the group possessed a common interest in the question to be adjudicated, and the representatives could be expected fairly to advocate the interests of all members of the group: see Wright, Miller and Kane, *supra*, at § 1751; Z. Chafee, *Some Problems of Equity* (1950), at p. 201, T. A. Roberts, *The Principles of Equity* (3rd ed. 1877), at pp. 389-92; Bispham, *supra*, at para. 417.

The courts of equity applied a liberal and flexible approach to whether a class action could proceed. They “continually sought a proper balance between the interests of fairness and efficiency”: Kazanjian, *supra*, at p. 411. As stated in *Wallworth v. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238, at p. 244, “it [is] the duty of this Court to adapt its practice and course of proceeding to the existing state of society, and not by too strict an adherence to forms and rules, established under different cir-

Action » (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 866, p. 867 et 872; J. K. Bankier, « Les recours collectifs au Canada pour obtenir le dégrèvement financier : formalisme ou fonction? » (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229, p. 236.

Le recours collectif s’est révélé utile dans les litiges commerciaux de l’Angleterre préindustrielle. La société à responsabilité limitée moderne n’existait pas, et les groupes de gens d’affaires n’avaient aucune existence juridique indépendante. Pour satisfaire à la règle de la jonction obligatoire d’instances, il aurait fallu qu’un plaignant traduisse devant la cour chaque membre du groupe. Le recours collectif a réglé cette difficulté : voir Kazanjian, *loc. cit.*, p. 401; Yeazell, *loc. cit.*, p. 867; *City of London c. Richmond* (1701), 2 Vern. 421, 23 E.R. 870 (qui a autorisé le demandeur à intenter une action contre des fiduciaires pour des arriérés de loyer sans que les bénéficiaires de la fiducie soient joints comme parties à l’action).

Le recours collectif exigeait que les membres du groupe aient un intérêt commun. Une grande partie des premiers recours collectifs ont pris la forme d’« actes de conciliation » (*bills of peace*), qui pouvaient être exercés quand les particuliers intéressés étaient nombreux, quand tous les membres du groupe avaient un intérêt commun dans la question à trancher et quand les représentants pouvaient défendre équitablement les intérêts de tous les membres du groupe : voir Wright, Miller et Kane, *op. cit.*, par. 1751; Z. Chafee, *Some Problems of Equity* (1950), p. 201; T. A. Roberts, *The Principles of Equity* (3^e éd. 1877), p. 389-392; Bispham, *op. cit.*, par. 417.

Les tribunaux d’équité ont adopté une démarche libérale et souple pour décider si un recours collectif pouvait être exercé. Ils ont [TRADUCTION] « toujours recherché un bon équilibre entre équité et efficacité » : Kazanjian, *loc. cit.*, p. 411. Comme le dit *Wallworth c. Holt* (1841), 4 My. & Cr. 619, 41 E.R. 238, p. 244, [TRADUCTION] « la cour a le devoir d’adapter sa pratique et sa procédure à l’état actuel de la société, et non pas, en raison d’un respect trop strict de règles et formalités, adoptées

21

22

23

cumstances, to decline to administer justice, and to enforce rights for which there is no other remedy”.

24 This flexible and generous approach to class actions prevailed until the fusion of law and equity under the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, and the adoption of Rule 10 of the *Rules of Procedure*:

10. Where there are numerous parties having the same interest in one action, one or more of such parties may sue or be sued, or may be authorised by the Court to defend in such action, on behalf or for the benefit of all parties so interested.

While early cases under the new rules maintained a liberal approach to class actions (see, e.g., *Duke of Bedford v. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.); *Taff Vale Railway Co. v. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426 (H.L.)), later cases sometimes took a restrictive approach (see, e.g., *Markt & Co. v. Knight Steamship Co.*, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.)). This, combined with the widespread use of limited-liability companies, resulted in fewer class actions being brought.

25 The class action did not forever languish, however. Conditions emerged in the latter part of the twentieth century that once again invoked its utility. Mass production and consumption revived the problem that had motivated the development of the class action in the eighteenth century — the problem of many suitors with the same grievance. As in the eighteenth century, insistence on individual representation would often have precluded effective litigation. And, as in the eighteenth century, the class action provided the solution.

26 The class action plays an important role in today’s world. The rise of mass production, the diversification of corporate ownership, the advent of the mega-corporation, and the recognition of environmental wrongs have all contributed to its

dans d’autres circonstances, de refuser de rendre justice, et d’appliquer des droits pour lesquels il n’existe pas d’autres recours ».

La démarche souple et libérale envers les recours collectifs a régné jusqu’à la fusion de la common law et de l’equity par la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, et l’adoption de la règle 10 des *Rules of Procedure* :

[TRADUCTION]

10. Lorsque de nombreuses parties ont le même intérêt dans une action, l’une ou plusieurs de ces parties peuvent poursuivre ou être poursuivies en justice, ou peuvent être autorisées par la cour à contester une telle action au nom ou pour le compte de toutes les parties ayant cet intérêt.

Quoique les premières décisions après l’adoption des nouvelles règles aient maintenu cette démarche libérale envers les recours collectifs (voir, par ex., *Duke of Bedford c. Ellis*, [1901] A.C. 1 (H.L.); *Taff Vale Railway Co. c. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426 (H.L.)), des décisions postérieures ont parfois suivi une démarche restrictive (voir, par ex., *Markt & Co. c. Knight Steamship Co.*, [1910] 2 K.B. 1021 (C.A.)). Ce fait ajouté à l’usage répandu de la société à responsabilité limitée a eu pour conséquence de faire diminuer le nombre de recours collectifs.

Le recours collectif n’a toutefois pas été oublié pour toujours. De nouvelles conditions apparues dans la deuxième moitié du XX^e siècle ont une nouvelle fois prouvé son utilité. La production et la consommation de masse ont ravivé le problème qui avait motivé la création du recours collectif au XVIII^e siècle — le problème de nombreux poursuivants ayant la même réclamation. Comme au XVIII^e siècle, l’exigence d’une représentation individuelle aurait souvent fait obstacle à des poursuites. Et, comme au XVIII^e siècle, le recours collectif a fourni la solution.

Le recours collectif joue un rôle important dans le monde d’aujourd’hui. La montée de la production de masse, la diversification de la propriété commerciale, la venue des conglomérats, et la prise de conscience des fautes environnementales

growth. A faulty product may be sold to numerous consumers. Corporate mismanagement may bring loss to a large number of shareholders. Discriminatory policies may affect entire categories of employees. Environmental pollution may have consequences for citizens all over the country. Conflicts like these pit a large group of complainants against the alleged wrongdoer. Sometimes, the complainants are identically situated *vis-à-vis* the defendants. In other cases, an important aspect of their claim is common to all complainants. The class action offers a means of efficiently resolving such disputes in a manner that is fair to all parties.

Class actions offer three important advantages over a multiplicity of individual suits. First, by aggregating similar individual actions, class actions serve judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact-finding and legal analysis. The efficiencies thus generated free judicial resources that can be directed at resolving other conflicts, and can also reduce the costs of litigation both for plaintiffs (who can share litigation costs) and for defendants (who need litigate the disputed issue only once, rather than numerous times): see W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (1998), at para. 3.30; M. A. Eizenga, M. J. Peerless and C. M. Wright, *Class Actions Law and Practice* (1999), at §1.6; Bankier, *supra*, at pp. 230-31; Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (1982), at pp. 118-19.

Second, by allowing fixed litigation costs to be divided over a large number of plaintiffs, class actions improve access to justice by making economical the prosecution of claims that would otherwise be too costly to prosecute individually. Without class actions, the doors of justice remain closed to some plaintiffs, however strong their legal claims. Sharing costs ensures that injuries are not left unremedied: see Branch, *supra*, at para. 3.40; Eizenga, Peerless and Wright, *supra*, at §1.7;

ont tous contribué à sa croissance. Un produit défectueux peut être vendu à de nombreux consommateurs. Une mauvaise gestion de société peut occasionner des pertes à d'innombrables actionnaires. Des politiques discriminatoires peuvent toucher des catégories entières d'employés. La pollution peut affecter des citoyens à travers tout le pays. Des conflits comme ceux-ci opposent un important groupe de plaignants à l'auteur présumé du méfait. Il arrive que des plaignants se trouvent dans une situation identique par rapport aux défendeurs. Dans d'autres cas, un aspect important de leur revendication est commun à toutes les plaintes. Le recours collectif fournit un moyen de résoudre efficacement de tels litiges d'une manière équitable pour toutes les parties.

Les recours collectifs procurent trois avantages importants sur une multiplicité de poursuites individuelles. Premièrement, par le regroupement d'actions individuelles semblables, les recours collectifs permettent de faire des économies au plan judiciaire en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit. Les gains en efficacité ainsi réalisés libèrent des ressources judiciaires qui peuvent être affectées à la résolution d'autres conflits, et peuvent également réduire le coût du litige à la fois pour les demandeurs (qui peuvent partager les frais) et pour les défendeurs (qui contestent les poursuites une seule fois) : voir W. K. Branch, *Class Actions in Canada* (1998), par. 3.30; M. A. Eizenga, M. J. Peerless et C. M. Wright, *Class Actions Law and Practice* (1999), par. 1.6; Bankier, *loc. cit.*, p. 230-231; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions* (1982), p. 118-119.

Deuxièmement, comme les frais fixes peuvent être divisés entre un grand nombre de demandeurs, les recours collectifs donnent un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites qui auraient été trop coûteuses pour être intentées individuellement. Sans les recours collectifs, la justice n'est pas accessible à certains demandeurs, même pour des réclamations solidement fondées. Le partage des frais permet de ne pas laisser certains préjudices sans recours : voir Branch, *op. cit.*,

27

28

Bankier, *supra*, at pp. 231-32; Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 119-22.

29

Third, class actions serve efficiency and justice by ensuring that actual and potential wrongdoers do not ignore their obligations to the public. Without class actions, those who cause widespread but individually minimal harm might not take into account the full costs of their conduct, because for any one plaintiff the expense of bringing suit would far exceed the likely recovery. Cost-sharing decreases the expense of pursuing legal recourse and accordingly deters potential defendants who might otherwise assume that minor wrongs would not result in litigation: see “Developments in the Law — The Paths of Civil Litigation: IV. Class Action Reform: An Assessment of Recent Judicial Decisions and Legislative Initiatives” (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806, at pp. 1809-10; see Branch, *supra*, at para. 3.50; Eizenga, Peerless and Wright, *supra*, at §1.8; Bankier, *supra*, at p. 232; Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 11 and 140-46.

B. *The Test for Class Actions*

30

In recognition of the modern importance of representative litigation, many jurisdictions have enacted comprehensive class action legislation. In the United States, *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C.A. § 23 (introduced in 1938 and substantially amended in 1966) addressed aspects of class action practice, including certification of litigant classes, notice, and settlement. The English procedural rules of 1999 include detailed provisions governing “Group Litigation”: United Kingdom, *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, rr. 19.10-19.15. And in Canada, the provinces of British Columbia, Ontario, and Quebec have enacted comprehensive statutory schemes to govern class action practice: see *British Columbia Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50; *Ontario Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6; *Quebec Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, Book IX. Yet other Canadian provinces, including Alberta and Manitoba, are considering enacting

par. 3.40; Eizenga, Peerless et Wright, *op. cit.*, par. 1.7; Bankier, *loc. cit.*, p. 231-232; Commission de réforme du droit de l’Ontario, *op. cit.*, p. 119-122.

Troisièmement, les recours collectifs servent l’efficacité et la justice en empêchant des malfaisants éventuels de méconnaître leurs obligations envers le public. Sans recours collectifs, des personnes qui causent des préjudices individuels mineurs mais répandus pourraient négliger le coût total de leur conduite, sachant que, pour un demandeur, les frais d’une poursuite dépasseraient largement la réparation probable. Le partage des frais diminue le coût des recours en justice et dissuade donc les défendeurs éventuels qui pourraient autrement présumer que de petits méfaits ne donneraient pas lieu à un litige : voir « Developments in the Law — The Paths of Civil Litigation : IV. Class Action Reform : An Assessment of Recent Judicial Decisions and Legislative Initiatives » (2000), 113 *Harv. L. Rev.* 1806, p. 1809-1810; voir Branch, *op. cit.*, par. 3.50; Eizenga, Peerless et Wright, *op. cit.*, par. 1.8; Bankier, *loc. cit.*, p. 232; Commission de réforme du droit de l’Ontario, *op. cit.*, p. 11 et 140-146.

B. *Le critère applicable aux recours collectifs*

En reconnaissance de l’importance moderne du recours collectif, nombre d’autorités législatives ont adopté une législation complète en cette matière. Aux États-Unis, la *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C.A. § 23 (adoptée en 1938 et modifiée de façon importante en 1966), porte sur des aspects de la pratique du recours collectif, y compris l’accréditation des groupes, les avis et les règlements. Les règles de procédure anglaises de 1999 contiennent des dispositions détaillées régissant les litiges de groupe : Royaume-Uni, *Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998/3132, règles 19.10-19.15. Au Canada, les provinces du Québec, de l’Ontario et de la Colombie-Britannique ont adopté des régimes législatifs complets sur la pratique du recours collectif : voir pour le Québec, *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, livre IX; pour l’Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6; pour la Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50.

such legislation: see Manitoba Law Reform Commission, Report #100, *Class Proceedings* (January 1999); Alberta Law Reform Institute, Final Report No. 85, *Class Actions* (December 2000); see also R. Rogers, "A Uniform Class Actions Statute", Appendix O to the Proceedings of the 1995 Meeting of The Uniform Law Conference of Canada.

Absent comprehensive codes of class action procedure, provincial rules based on Rule 10, Schedule, of the English *Supreme Court of Judicature Act, 1873* govern. This is the case in Alberta, where class action practice is governed by Rule 42 of the *Alberta Rules of Court*:

42 Where numerous persons have a common interest in the subject of an intended action, one or more of those persons may sue or be sued or may be authorized by the Court to defend on behalf of or for the benefit of all.

The intention of the Alberta legislature is clear. Class actions may be brought. Details of class action practice, however, are largely left to the courts.

Alberta's Rule 42 does not specify what is meant by "numerous" or by "common interest". It does not say when discovery may be made of class members other than the representative. Nor does it specify how notice of the suit should be conveyed to potential class members, or how a court should deal with the possibility that some potential class members may desire to "opt out" of the class. And it does not provide for costs, or for the distribution of the fund should an action for money damages be successful.

Clearly, it would be advantageous if there existed a legislative framework addressing these issues. The absence of comprehensive legislation means that courts are forced to rely heavily on individual case management to structure class proceedings. This taxes judicial resources and denies

D'autres provinces canadiennes, dont l'Alberta et le Manitoba, envisagent le même type de lois : voir Commission de réforme du droit du Manitoba, Rapport #100, *Class Proceedings* (janvier 1999); Alberta Law Reform Institute, Final Report No. 85, *Class Actions* (décembre 2000); voir aussi R. Rogers, « Vers une loi uniforme sur le recours collectif », Annexe O du Compte-rendu de la réunion de 1995 de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

En l'absence de règles de procédure complètes en matière de recours collectif, les règles provinciales fondées sur la règle 10 (annexe) de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* s'appliquent. C'est le cas en Alberta, où la procédure en matière de recours collectif est régie par la règle 42 des *Alberta Rules of Court* :

[TRADUCTION]

42 Lorsque de nombreuses personnes ont un intérêt commun dans l'objet de l'action projetée, une ou plusieurs d'entre elles peuvent poursuivre, être poursuivies ou être autorisées par la cour à agir en défense au nom ou pour le compte de toutes.

L'intention du législateur albertain est claire. On peut intenter des recours collectifs mais les modalités de leur exercice sont en grande partie déterminées par les tribunaux.

La règle 42 de l'Alberta ne précise pas ce qu'on entend par « nombreuses » ni par « intérêt commun ». Elle n'indique pas quand les membres du groupe autres que les représentants peuvent subir un interrogatoire préalable. Elle ne précise pas non plus comment les membres éventuels du groupe sont avisés de l'action ni comment un tribunal devrait réagir à la possibilité que certains membres éventuels du groupe choisissent de s'en exclure. Elle ne prévoit pas non plus les frais ni la répartition des montants accordés en dommages-intérêts s'ils ont gain de cause.

Il serait clairement préférable de disposer d'un cadre législatif sur ces questions. En l'absence de législation complète, les tribunaux sont contraints de s'en remettre en grande partie à la gestion de dossiers judiciaires individuels pour structurer le recours collectif, ce qui est coûteux en termes de

31

32

33

the parties *ex ante* certainty as to their procedural rights. One of the main weaknesses of the current Alberta regime is the absence of a threshold “certification” provision. In British Columbia, Ontario, and Quebec, a class action may proceed only after the court certifies that the class and representative meet certain requirements. In Alberta, by contrast, courts effectively certify *ex post*, only after the opposing party files a motion to strike. It would be preferable if the appropriateness of the class action could be determined at the outset by certification.

ressources judiciaires et ce qui prive les parties de toute certitude avant l’instance quant à leurs droits procéduraux. L’une des plus importantes lacunes du régime albertain actuel est l’absence de disposition d’accréditation préalable. En Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec, un recours collectif ne peut être intenté que si le tribunal certifie que le groupe et le représentant satisfont à certaines exigences. En Alberta, par contre, les tribunaux certifient en réalité a posteriori, et seulement après que la partie adverse dépose une requête en annulation. Il serait préférable que l’opportunité d’un recours collectif puisse être déterminée dès le début par des modalités d’accréditation.

34 Absent comprehensive legislation, the courts must fill the void under their inherent power to settle the rules of practice and procedure as to disputes brought before them: *Bell v. Wood*, [1927] 1 W.W.R. 580 (B.C.S.C.), at pp. 581-82; *Langley v. North West Water Authority*, [1991] 3 All E.R. 610 (C.A.), leave denied [1991] 1 W.L.R. 711n (H.L.); *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland* (1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205 (Nfld. S.C.T.D.); W. A. Stevenson and J. E. Côté, *Civil Procedure Guide*, 1996, at p. 4. However desirable comprehensive legislation on class action practice may be, if such legislation has not been enacted, the courts must determine the availability of the class action and the mechanics of class action practice.

En l’absence de législation complète, les tribunaux doivent combler ces lacunes en exerçant leur pouvoir inhérent d’établir les règles de pratique et de procédure applicables aux litiges dont ils sont saisis : *Bell c. Wood*, [1927] 1 W.W.R. 580 (C.S.C.-B.), p. 581-582; *Langley c. North West Water Authority*, [1991] 3 All E.R. 610 (C.A.), autorisation d’appel rejetée [1991] 1 W.L.R. 711n (H.L.); *Newfoundland Association of Public Employees c. Newfoundland* (1995), 132 Nfld. & P.E.I.R. 205 (C.S. 1^{ère} inst. T.N.) W. A. Stevenson et J. E. Côté, *Civil Procedure Guide*, 1996, p. 4. Si souhaitable soit-il d’avoir une législation complète en matière d’exercice des recours collectifs, quand cette législation n’existe pas, les tribunaux doivent décider de l’opportunité du recours collectif et des modalités de son exercice.

35 Alberta courts moved to fill the procedural vacuum in *Korte*, *supra*. *Korte* prescribed four conditions for a class action: (1) the class must be capable of clear and definite definition; (2) the principal issues of fact and law must be the same; (3) success for one of the plaintiffs must mean success for all; and (4) no individual assessment of the claims of individual plaintiffs need be made.

Les tribunaux albertains ont entrepris de parer aux lacunes procédurales dans l’arrêt *Korte*, précité, qui prescrit quatre conditions d’exercice du recours collectif : (1) le groupe peut être défini clairement et précisément; (2) les principales questions de fait et de droit doivent être les mêmes; (3) une issue favorable à un demandeur signifie nécessairement une issue favorable à tous; et (4) il n’est pas nécessaire d’examiner individuellement les revendications de chaque demandeur.

36 The *Korte* criteria loosely parallel the criteria applied in other Canadian jurisdictions in which comprehensive class-action legislation has yet to be enacted: see, e.g., *Ranjoy Sales and Leasing Ltd. v. Deloitte, Haskins and Sells*, [1984]

Les critères de l’arrêt *Korte* sont, dans les grandes lignes, assez similaires à ceux qui sont appliqués dans d’autres ressorts canadiens ne disposant pas de législation complète sur les recours collectifs : voir, par ex., *Ranjoy Sales and Leasing*

4 W.W.R. 706 (Man. Q.B.); *International Capital Corp. v. Schafer* (1995), 130 Sask. R. 23 (Q.B.); *Guarantee Co. of North America v. Caisse populaire de Shippagan Ltée* (1988), 86 N.B.R. (2d) 342 (Q.B.); *Lee v. OCCO Developments Ltd.* (1994), 148 N.B.R. (2d) 321 (Q.B.); *Van Audenhove v. Nova Scotia (Attorney General)* (1994), 134 N.S.R. (2d) 294 (S.C.), at para. 7; *Horne v. Canada (Attorney General)* (1995), 129 Nfld. & P.E.I.R. 109 (P.E.I.S.C.), at para. 24.

The *Korte* criteria also bear resemblance to the class-certification criteria in the British Columbia, Ontario, and Quebec class action statutes. Under the British Columbia and Ontario statutes, an action will be certified as a class proceeding if (1) the pleadings or the notice of application disclose a cause of action; (2) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the class representative; (3) the claims or defences of the class members raise common issues (in British Columbia, “whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members”); (4) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of common issues; and (5) the class representative would fairly represent the interests of the class, has advanced a workable method of advancing the proceeding and notifying class members, and does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with other class members: see *Ontario Class Proceedings Act, 1992*, s. 5(1); *British Columbia Class Proceedings Act*, s. 4(1). Under the Quebec statute, an action will be certified as a class proceeding if (1) the recourses of the class members raise identical, similar, or related questions of law or fact; (2) the alleged facts appear to warrant the conclusions sought; (3) the composition of the group makes joinder impracticable; and (4) the representative is in a position to adequately represent the interests of the class members: see *Quebec Code of Civil Procedure*, art. 1003.

Ltd. c. Deloitte, Haskins and Sells, [1984] 4 W.W.R. 706 (B.R. Man.); *International Capital Corp. c. Schafer* (1995), 130 Sask. R. 23 (B.R.); *Guarantee Co. of North America c. Caisse populaire de Shippagan Ltée* (1988), 86 R.N.-B. (2^e) 342 (B.R.); *Lee c. OCCO Developments Ltd.* (1994), 148 R.N.-B. (2^e) 321 (B.R.); *Van Audenhove c. Nova Scotia (Attorney General)* (1994), 134 N.S.R. (2d) 294 (C.S.), par. 7; *Horne c. Canada (Attorney General)* (1995), 129 Nfld. & P.E.I.R.109 (C.S.Î.-P.-É), par. 24.

Les critères de l’arrêt *Korte* ressemblent également aux critères d’accréditation de groupes prévus dans les lois sur les recours collectifs de la Colombie-Britannique, de l’Ontario et du Québec. Aux termes des lois de la Colombie-Britannique et de l’Ontario, une action sera certifiée comme un recours collectif si (1) les actes de procédure ou l’avis de requête révèlent une cause d’action; (2) il existe un groupe identifiable d’au moins deux personnes qui seraient représentées par le représentant du groupe; (3) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes (en Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « que ces questions communes l’emportent ou non sur des questions touchant seulement certains membres du groupe »); (4) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes; et (5) le représentant du groupe représente équitablement les intérêts du groupe, présente une méthode efficace de faire avancer l’instance et d’aviser les membres du groupe, et n’a pas de conflit d’intérêts avec d’autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes : voir pour l’Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, par. 5(1), et pour la Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, par. 4(1). Au Québec, l’exercice d’un recours collectif est autorisé si (1) les recours des membres du groupe soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes; (2) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; (3) la composition du groupe rend peu pratique la jonction des parties; et (4) le représentant est en mesure d’assurer une représentation adéquate des intérêts des membres du groupe : voir *Code de procédure civile*, art. 1003.

38

While there are differences between the tests, four conditions emerge as necessary to a class action. First, the class must be capable of clear definition. Class definition is critical because it identifies the individuals entitled to notice, entitled to relief (if relief is awarded), and bound by the judgment. It is essential, therefore, that the class be defined clearly at the outset of the litigation. The definition should state objective criteria by which members of the class can be identified. While the criteria should bear a rational relationship to the common issues asserted by all class members, the criteria should not depend on the outcome of the litigation. It is not necessary that every class member be named or known. It is necessary, however, that any particular person's claim to membership in the class be determinable by stated, objective criteria: see Branch, *supra*, at paras. 4.190-4.207; Friedenthal, Kane and Miller, *Civil Procedure* (2nd ed. 1993), at pp. 726-27; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at paras. 10-11.

39

Second, there must be issues of fact or law common to all class members. Commonality tests have been a source of confusion in the courts. The commonality question should be approached purposively. The underlying question is whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis. Thus an issue will be "common" only where its resolution is necessary to the resolution of each class member's claim. It is not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party. Nor is it necessary that common issues predominate over non-common issues or that the resolution of the common issues would be determinative of each class member's claim. However, the class members' claims must share a substantial common ingredient to justify a class action. Determining whether the common issues justify a class action may require the court to examine the significance of the common issues in relation to individual issues. In doing so, the court should remember that it may not always be possible for a representative party to plead the claims of

Bien qu'il existe des différences entre les critères, il se dégage quatre conditions nécessaires au recours collectif. Premièrement, le groupe doit pouvoir être clairement défini. La définition du groupe est essentielle parce qu'elle précise qui a droit aux avis, qui a droit à la réparation (si une réparation est accordée), et qui est lié par le jugement. Il est donc primordial que le groupe puisse être clairement défini au début du litige. La définition devrait énoncer des critères objectifs permettant d'identifier les membres du groupe. Les critères devraient avoir un rapport rationnel avec les revendications communes à tous les membres du groupe mais ne devraient pas dépendre de l'issue du litige. Il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient nommés ou connus. Il est toutefois nécessaire que l'appartenance d'une personne au groupe puisse être déterminée sur des critères explicites et objectifs : voir Branch, *op. cit.*, par. 4.190-4.207; Friedenthal, Kane et Miller, *Civil Procedure* (2^e éd. 1993), p. 726-727; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10-11.

Deuxièmement, il faut des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe. Les critères de communauté ont toujours été une source de confusion pour les tribunaux. Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l'objet. La question sous-jacente est de savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Une question ne sera donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Il n'est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par rapport à la partie adverse. Il n'est pas nécessaire non plus que les questions communes prédominent sur les questions non communes ni que leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Pour décider si des questions communes motivent un recours collectif, le tribunal peut avoir à évaluer l'importance des questions communes par rapport

each class member with the same particularity as would be required in an individual suit.

Third, with regard to the common issues, success for one class member must mean success for all. All members of the class must benefit from the successful prosecution of the action, although not necessarily to the same extent. A class action should not be allowed if class members have conflicting interests.

Fourth, the class representative must adequately represent the class. In assessing whether the proposed representative is adequate, the court may look to the motivation of the representative, the competence of the representative's counsel, and the capacity of the representative to bear any costs that may be incurred by the representative in particular (as opposed to by counsel or by the class members generally). The proposed representative need not be "typical" of the class, nor the "best" possible representative. The court should be satisfied, however, that the proposed representative will vigorously and capably prosecute the interests of the class: see Branch, *supra*, at paras. 4.210-4.490; Friedenthal, Kane and Miller, *supra*, at pp. 729-32.

While the four factors outlined must be met for a class action to proceed, their satisfaction does not mean that the court must allow the action to proceed. Other factors may weigh against allowing the action to proceed in representative form. The defendant may wish to raise different defences with respect to different groups of plaintiffs. It may be necessary to examine each class member in discovery. Class members may raise important issues not shared by all members of the class. Or the proposed class may be so small that joinder would be a better solution. Where such countervailing factors exist, the court has discretion to decide whether the class action should be permitted to proceed, notwithstanding that the essential condi-

aux questions individuelles. Dans ce cas, le tribunal doit se rappeler qu'il n'est pas toujours possible pour le représentant de plaider les demandes de chaque membre du groupe avec un degré de spécificité équivalant à ce qui est exigé dans une poursuite individuelle.

Troisièmement, en ce qui concerne les questions communes, le succès d'un membre du groupe signifie nécessairement le succès de tous. Tous les membres du groupe doivent profiter du succès de l'action, quoique pas nécessairement dans la même mesure. Le recours collectif ne doit pas être autorisé quand des membres du groupe sont en conflit d'intérêts.

Quatrièmement, le représentant du groupe doit adéquatement représenter le groupe. Quand le tribunal évalue si le représentant proposé est adéquat, il peut tenir compte de sa motivation, de la compétence de son avocat et de sa capacité d'assumer les frais qu'il peut avoir à engager personnellement (par opposition à son avocat ou aux membres du groupe en général). Il n'est pas nécessaire que le représentant proposé soit un modèle type du groupe, ni qu'il soit le meilleur représentant possible. Le tribunal devrait toutefois être convaincu que le représentant proposé défendra avec vigueur et compétence les intérêts du groupe : voir Branch, *op. cit.*, par. 4.210-4.490; Friedenthal, Kane et Miller, *op. cit.*, p. 729-732.

Même si les quatre facteurs mentionnés doivent être présents pour autoriser un recours collectif, le fait qu'ils le soient ne signifie pas que le tribunal doit l'autoriser. D'autres facteurs peuvent militer contre l'autorisation de poursuivre par recours collectif. Le défendeur peut souhaiter soulever différentes défenses relativement à différents groupes de demandeurs. Il peut s'avérer nécessaire d'interroger au préalable chaque membre du groupe. Certains membres peuvent soulever des questions importantes qui ne sont pas partagées par tous les membres du groupe. Ou le groupe proposé peut être si petit que la jonction serait une meilleure solution. Lorsqu'il existe de tels facteurs défavorables, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de

40

41

42

tions for the maintenance of a class action have been satisfied.

43 The class action codes that have been adopted by British Columbia and Ontario offer some guidance as to factors that would generally not constitute arguments against allowing an action to proceed as a representative one. Both state that certification should not be denied on the grounds that: (1) the relief claimed includes a demand for money damages that would require individual assessment after determination of the common issues; (2) the relief claimed relates to separate contracts involving different members of the class; (3) different class members seek different remedies; (4) the number of class members or the identity of every class member is unknown; or (5) the class includes subgroups that have claims or defences that raise common issues not shared by all members of the class: see Ontario *Class Proceedings Act*, 1992, s. 6; British Columbia *Class Proceedings Act*, s. 7; see also Alberta Law Reform Institute, *supra*, at pp. 75-76. Common sense suggests that these factors should no more bar a class action suit in Alberta than in Ontario or British Columbia.

44 Where the conditions for a class action are met, the court should exercise its discretion to disallow it for negative reasons in a liberal and flexible manner, like the courts of equity of old. The court should take into account the benefits the class action offers in the circumstances of the case as well as any unfairness that class proceedings may cause. In the end, the court must strike a balance between efficiency and fairness.

45 The need to strike a balance between efficiency and fairness belies the suggestion that a class action should be struck only where the deficiency is “plain and obvious”, as the Chambers judge held. Unlike Rule 129, which is directed at the question of whether the claim should be prose-

décider si le recours collectif devrait être autorisé, malgré le fait que les conditions essentielles à l’exercice du recours collectif sont remplies.

Les règles en matière de recours collectifs qui ont été adoptées par la Colombie-Britannique et par l’Ontario peuvent aider à déterminer les facteurs qui en général ne constitueraient pas des arguments défavorables à l’autorisation d’un recours collectif. Les deux régimes prévoient que l’autorisation ne devrait pas être refusée parce que, selon le cas, (1) la réparation demandée comporte une demande de dommages-intérêts qui exigerait une évaluation individuelle après le règlement des questions communes; (2) la réparation demandée porte sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe; (3) différents membres du groupe cherchent à obtenir des réparations différentes; (4) le nombre de membres du groupe ou l’identité de chacun d’eux ne sont pas connus; (5) le groupe comprend des sous-groupes qui ont des demandes ou des défenses qui soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les membres du groupe : voir pour l’Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, art. 6; pour la Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, art. 7; voir également Alberta Law Reform Institute, *op. cit.*, p. 75-76. Le bon sens recommande que ces facteurs ne fassent pas plus obstacle à un recours collectif en Alberta qu’en Ontario ou en Colombie-Britannique.

Quand les conditions nécessaires à un recours collectif sont remplies, le tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de l’interdire pour des raisons défavorables de manière libérale et souple, comme les anciens tribunaux d’équité. Le tribunal devrait prendre en considération les avantages que le recours collectif offre dans les circonstances de l’affaire ainsi que des injustices qu’il peut provoquer. En fin de compte, le tribunal doit concilier efficacité et équité.

La nécessité de concilier efficacité et équité démentit l’idée exprimée par le juge en chambre qu’un recours collectif ne devrait être radié que lorsque le vice est « évident et manifeste ». Contrairement à la règle 129, qui pose la question de savoir s’il y a lieu de poursuivre l’action, la règle

cuted at all, Rule 42 is directed at the question of how the claim should be prosecuted. The “plain and obvious” standard is appropriate where the result of striking is to forever end the action. It recognizes that a plaintiff “should not be ‘driven from the judgment seat’ at this very early stage unless it is quite plain that his alleged cause of action has no chance of success”: *Drummond-Jackson v. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094 (C.A.), at p. 1102 (quoted in *Hunt, supra*, at pp. 974-75). Denial of class status under Rule 42, by contrast, does not defeat the claim. It merely places the plaintiffs in the position of any litigant who comes before the court in his or her individual capacity. Moreover, nothing in Alberta’s rules suggests that class actions should be disallowed only where it is plain and obvious that the action should not proceed as a representative one. Rule 42 and the analogous rules in other provinces merely state that a representative may maintain a class action if certain conditions are met.

The need to strike a balance between efficiency and fairness also belies the suggestion that class actions should be approached restrictively. The defendants argue that *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] 1 S.C.R. 72, precludes a generous approach to class actions. I respectfully disagree. First, when *Naken* was decided, the modern class action was very much an untested procedure in Canada. In the intervening years, the importance of the class action as a procedural tool in modern litigation has become manifest. Indeed, the reform that has been effected since *Naken* has been motivated in large part by the recognition of the benefits that class actions can offer the parties, the court system, and society: see, e.g., Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 3-4.

Second, *Naken* on its facts invited caution. The action was brought on behalf of all persons who purchased new 1971 or 1972 Firenza motor vehicles in Ontario. The complaint was that General

42 pose la question de savoir comment la poursuivre. Le critère du caractère « évident et manifeste » est correct quand la radiation entraîne la fin permanente de l’action. Il exprime l’idée qu’un demandeur [TRADUCTION] « ne devrait pas être ‘privé d’un jugement’ à cette toute première étape à moins qu’il ne soit très clair que la cause d’action qu’il invoque n’a aucune chance de succès » : *Drummond-Jackson c. British Medical Association*, [1970] 1 All E.R. 1094 (C.A.), p. 1102 (cité dans *Hunt*, précité, p. 975). Le refus d’un recours collectif en vertu de la règle 42, à l’opposé, ne met pas fin à la demande. Il place seulement les demandeurs dans la situation de toute autre partie qui se présente devant le tribunal à titre individuel. En outre, rien dans les règles de l’Alberta n’indique que les recours collectifs ne devraient être refusés que lorsqu’il est évident et manifeste que l’action ne devrait pas être intentée comme un recours collectif. La règle 42 et les règles analogues dans d’autres provinces ne font qu’énoncer qu’un représentant peut exercer un recours collectif si certaines conditions sont remplies.

46 La nécessité de concilier efficacité et équité démentit aussi l’idée que les recours collectifs devraient être abordés de façon restrictive. Les défendeurs soutiennent que l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72, empêche d’aborder de manière libérale les recours collectifs. Avec égards, je ne suis pas d’accord. Premièrement, à l’époque de l’arrêt *Naken*, le recours collectif moderne n’était pas une procédure bien établie au Canada. Depuis lors, l’importance du recours collectif comme instrument de procédure dans les litiges modernes est devenue évidente. En fait, la réforme mise en œuvre depuis *Naken* est attribuable pour une large part à la reconnaissance des avantages que les recours collectifs offrent aux parties, à l’organisation judiciaire et à la société : voir, par ex., Commission de réforme du droit de l’Ontario, *op. cit.*, p. 3-4.

47 Deuxièmement, les faits de l’arrêt *Naken* invitent à la prudence. L’action était intentée pour le compte de toutes les personnes qui avaient acheté une voiture neuve de marque Firenza, modèle 1971

Motors had misrepresented the quality of the vehicles and that the vehicles “were not reasonably fit for use” (p. 76). The statement of claim alleged breach of warranty and breach of representation, and sought \$1,000 in damages for each of approximately 4,600 plaintiffs. Estey J., writing for a unanimous Court, disallowed the class action. While each plaintiff raised the same claims against the defendant, the resolution of those claims would have required particularized evidence and fact-finding at both the liability and damages stages of the litigation. Far from avoiding needless duplication, a class action would have unnecessarily complicated the resolution of what amounted to 4,600 individual claims.

48 To summarize, class actions should be allowed to proceed under Alberta’s Rule 42 where the following conditions are met: (1) the class is capable of clear definition; (2) there are issues of fact or law common to all class members; (3) success for one class member means success for all; and (4) the proposed representative adequately represents the interests of the class. If these conditions are met the court must also be satisfied, in the exercise of its discretion, that there are no countervailing considerations that outweigh the benefits of allowing the class action to proceed.

49 Other procedural issues may arise. One is notice. A judgment is binding on a class member only if the class member is notified of the suit and is given an opportunity to exclude himself or herself from the proceeding. This case does not raise the issue of what constitutes sufficient notice. However, prudence suggests that all potential class members be informed of the existence of the suit, of the common issues that the suit seeks to resolve, and of the right of each class member to opt out, and that this be done before any decision is made that purports to prejudice or otherwise affect the interests of class members.

ou 1972, en Ontario. La plainte disait que General Motors avait présenté de manière inexacte la qualité des voitures et que les voitures [TRADUCTION] « n’étaient pas raisonnablement propres à être utilisé[es] » (p. 76). La déclaration alléguait l’inobservation de la garantie et de la représentation, et sollicitait 1 000 \$ en dommages-intérêts pour chacun des quelque 4 600 demandeurs. Le juge Estey, auteur des motifs unanimes de la Cour, a rejeté le recours collectif. Même si tous les défendeurs avaient les mêmes demandes contre le défendeur, le règlement de ces demandes aurait exigé la présentation d’une preuve et une appréciation des faits individualisées pour établir tant la responsabilité que les dommages-intérêts. Loin d’éviter une duplication inutile, un recours collectif aurait inutilement compliqué le règlement de ce qui s’élevait à 4 600 demandes individuelles.

En résumé, les recours collectifs devraient être autorisés aux termes de la règle 42 de l’Alberta lorsque les conditions suivantes sont remplies : (1) le groupe peut être défini clairement; (2) des questions de droit ou de fait sont communes à tous les membres du groupe; (3) le succès d’un membre du groupe signifie le succès de tous; et (4) le représentant proposé représente adéquatement les intérêts du groupe. Si ces conditions sont remplies, le tribunal doit également être convaincu, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu’il n’existe pas de considérations défavorables qui l’emportent sur les avantages que comporte l’autorisation d’un recours collectif.

D’autres questions de procédure peuvent se poser. L’une d’elles concerne l’avis. Un jugement ne lie un membre du groupe que s’il a été avisé de la poursuite et a eu la possibilité de s’exclure de la procédure. En l’espèce, la question de savoir ce qui constitue un avis suffisant ne se pose pas. La prudence recommande cependant que tous les participants possibles soient informés de l’existence de la poursuite, des questions communes que la poursuite cherche à résoudre ainsi que du droit de chaque membre du groupe de se retirer, et ce avant que ne soit rendue une décision pouvant avoir une incidence, défavorable ou non, sur les intérêts des membres du groupe.

Another procedural issue that may arise is how to deal with non-common issues. The court retains discretion to determine how the individual issues should be addressed, once common issues have been resolved: see Branch, *supra*, at para. 18.10. Generally, individual issues will be resolved in individual proceedings. However, as under the legislation of British Columbia, Ontario, and Quebec, a court may specify special procedures that it considers necessary or useful: see Ontario *Class Proceedings Act*, 1992, s. 25; British Columbia *Class Proceedings Act*, s. 27; Quebec *Code of Civil Procedure*, art. 1039.

The diversity of class actions makes it difficult to anticipate all of the procedural complexities that may arise. In the absence of comprehensive class-action legislation, courts must address procedural complexities on a case-by-case basis. Courts should approach these issues as they do the question of whether a class action should be allowed: in a flexible and liberal manner, seeking a balance between efficiency and fairness.

C. *Whether the Investors Have Satisfied Rule 42*

The four conditions to the maintenance of a class action are satisfied here. First, the class is clearly defined. The respondents Lin and Wu represent themselves and “[229 other] immigrant investors . . . who each invested at least the sum of \$150,000.00 into a fund totalling \$34,065,000.00, the said sum to be managed, administered and secured by . . . Western Canadian Shopping Centres Inc.”. Who falls within the class can be ascertained on the basis of documentary evidence that the parties have put before the court. Second, common issues of fact and law unite all members of the class. The essence of the investors’ complaint is that the defendants owed them fiduciary duties which they breached. While the investors’ Amended Statement of Claim alludes to claims in negligence and misrepresentation, counsel for the investors undertook in argument before this Court to abandon all but the fiduciary duty claims. Third, at this stage of the proceedings, it appears that

Une autre question de procédure pouvant se poser est la manière d’envisager les questions autres que les questions communes. Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer comment les questions individuelles devraient être abordées, une fois que les questions communes ont été résolues : voir Branch, *op. cit.*, par. 18.10. Les questions individuelles seront généralement tranchées dans des instances individuelles. Toutefois, comme sous le régime des lois de la Colombie-Britannique, de l’Ontario et du Québec, un tribunal peut préciser une procédure spéciale s’il le juge nécessaire ou utile : voir en Ontario, *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, art. 25; en Colombie-Britannique, *Class Proceedings Act*, art. 27; au Québec, *Code de procédure civile*, art. 1039.

La variété des recours collectifs fait qu’il est difficile de prévoir toutes les complications procédurales qui peuvent surgir. Sans législation complète en matière de recours collectif, les tribunaux doivent régler les complications procédurales cas par cas. Ils doivent aborder ces problèmes de la même façon qu’ils décident si un recours collectif doit être autorisé : de manière souple et libérale, en cherchant à concilier efficacité et équité.

C. *Les investisseurs ont-ils satisfait à la règle 42?*

Les quatre conditions nécessaires à l’exercice d’un recours collectif sont remplies en l’espèce. Premièrement, le groupe est clairement défini. Les intimés Lin et Wu se représentent eux-mêmes et 229 autres [TRADUCTION] « immigrants-investisseurs [. . .] qui ont chacun investi 150 000 \$ au moins dans un fonds s’élevant au total à 34 065 000 \$, cette somme devant être gérée, administrée et garantie par [. . .] Western Canadian Shopping Centres Inc. ». Il est possible de déterminer qui fait partie du groupe grâce à la preuve documentaire que les parties ont déposée devant la cour. Deuxièmement, des questions communes de fait et de droit unissent tous les membres du groupe. La plainte des investisseurs repose essentiellement sur l’allégation que les défendeurs ont manqué aux obligations fiduciaires qu’ils avaient envers eux. Même si la déclaration modifiée des investisseurs fait état de réclamations fondées sur la négligence et sur la fausse déclaration, l’avocat

50

51

52

resolving one class member's breach of fiduciary claim would effectively resolve the claims of every class member. As a result of security-pooling agreements effected by WCSC, each investor now has an interest, proportional to his or her investment, in the same underlying security. Finally, the representative plaintiffs are appropriate.

des investisseurs s'est engagé au cours des débats devant notre Cour à abandonner toutes les réclamations ne visant pas l'obligation fiduciaire. Troisièmement, à la présente étape de la procédure, il semble que le règlement de la revendication d'un seul membre concernant le manquement à l'obligation fiduciaire réglerait de fait les revendications de tous les membres du groupe. En raison d'ententes de regroupement des garanties prises par WCSC, chaque investisseur a maintenant un intérêt, proportionnel à son investissement, dans la même garantie sous-jacente. Enfin, les demandeurs sont des représentants appropriés.

53 The defendants argue that the proposed suit is not amenable to prosecution as a class action because: (1) there are in fact multiple classes of plaintiffs; (2) the defendants will raise multiple defences to different causes of action advanced against different defendants; and (3) in order to prevail, the investors must show actual reliance on the part of each class member. I find these arguments unpersuasive.

Les défendeurs soutiennent que l'action proposée ne peut pas faire l'objet d'un recours collectif parce que : (1) il existe en fait de nombreux groupes de demandeurs; (2) les défendeurs soulèveront plusieurs défenses contre différentes causes d'action intentées par différents défendeurs; et (3) afin de l'emporter, les investisseurs doivent faire la preuve d'un véritable lien de confiance de la part de chaque membre du groupe. Je suis d'avis que ces arguments ne sont pas convaincants.

54 The defendants' contention that there are multiple classes of plaintiffs is unconvincing. No doubt, differences exist. Different investors invested at different times, in different jurisdictions, on the basis of different offering memoranda, through different agents, in different series of debentures, and learned about the underlying events through different disclosure documents. Some investors may possess rescissionary rights that others do not. The fact remains, however, that the investors raise essentially the same claims requiring resolution of the same facts. While it may eventually emerge that different subgroups of investors have different rights against the defendants, this possibility does not necessarily defeat the investors' right to proceed as a class. If material differences emerge, the court can deal with them when the time comes.

L'argument des défendeurs selon lequel il existe de nombreux groupes de demandeurs n'est pas convaincant. Sans aucun doute, il y a des différences. Des investisseurs différents ont investi à différentes époques, dans des ressorts différents, en se fondant sur des notices d'offre différentes, par le biais de représentants différents, dans différentes séries de débentures, et ont entendu parler des événements sous-jacents par différents documents d'information. Certains investisseurs peuvent disposer de droits de résiliation que d'autres n'ont pas. Il demeure toutefois que les investisseurs soulèvent essentiellement les mêmes revendications qui exigent la résolution des mêmes faits. Il est possible qu'en fin de compte émergent différents sous-groupes d'investisseurs qui auront des droits différents contre les défendeurs, cependant cette possibilité ne retire pas le droit des investisseurs de poursuivre collectivement. Si des différences importantes surviennent, le tribunal réglera la question le moment venu.

55 The defendants' contention that the investors should not be permitted to sue as a class because

L'argument des défendeurs selon lequel les investisseurs ne devraient pas être autorisés à

each must show actual reliance to establish breach of fiduciary duty also fails to convince. In recent decades fiduciary obligations have been applied in new contexts, and the full scope of their application remains to be precisely defined. The fiduciary duty issues raised here are common to all the investors. A class action should not be foreclosed on the ground that there is uncertainty as to the resolution of issues common to all class members. If it is determined that the investors must show individual reliance, the court may then consider whether the class action should continue.

The same applies to the contention that different defences will be raised with respect to different class members. Simply asserting this possibility does not negate a class action. If and when different defences are asserted, the court may solve the problem or withdraw leave to proceed as a class.

I conclude that the basic conditions for a class action are met and that efficiency and fairness favour permitting it to proceed.

D. *Cross-Appeal*

The investors take issue on cross-appeal with the Court of Appeal's allowance of individualized discovery from each class member. The Court of Appeal held that the defendants are entitled, under Rules 187 and 201, to examination and discovery of each member of the class. The investors argue that the question of whether discovery should be allowed from each class member is a question best left to a case management judge appointed pursuant to the Alberta Rules of Court Binder, Practice Note No. 7.

I agree that allowing individualized discovery at this stage of the proceedings would be premature. One of the benefits of a class action is that discovery of the class representatives will usually suffice

intenter un recours collectif parce que chacun d'eux doit démontrer un vrai lien de confiance pour établir un manquement à l'obligation fiduciaire n'est pas convaincant non plus. Dans les dernières décennies, les obligations fiduciaires ont été utilisées dans de nouveaux contextes, et toute la portée de leur utilisation reste à définir plus précisément. Les questions relatives aux obligations fiduciaires en l'espèce sont communes à tous les investisseurs. On ne devrait pas interdire un recours collectif en raison de l'incertitude relative à la résolution de questions communes à tous les membres du groupe. Si on juge que les investisseurs doivent faire la preuve d'un lien de confiance individuel, le tribunal peut alors décider si le recours collectif doit ou non se poursuivre.

Cela s'applique aussi à l'argument selon lequel des défenses différentes seront invoquées envers différents membres du groupe. Cette simple possibilité n'interdit pas le recours collectif. Si différentes défenses sont invoquées, le tribunal peut alors résoudre le problème ou retirer l'autorisation du recours collectif.

Je conclus que les conditions essentielles à l'exercice d'un recours collectif sont remplies et que l'efficacité et l'équité militent en faveur de son autorisation.

D. *Pourvoi incident*

Les investisseurs contestent dans le pourvoi incident l'autorisation par la Cour d'appel de l'interrogatoire préalable individuel de chaque membre du groupe. La Cour d'appel a jugé que les défendeurs ont droit, en vertu des règles 187 et 201, à l'interrogatoire et à l'examen de chaque membre du groupe. Les investisseurs soutiennent que la question de savoir si l'interrogatoire préalable de chaque membre du groupe doit être autorisé est une question qui relève du juge responsable de la gestion de l'instance nommé selon l'avis de pratique 7 des règles de procédure de l'Alberta.

Je conviens qu'il serait prématuré d'accorder l'interrogatoire préalable individuel à cette étape-ci. L'un des avantages du recours collectif est que l'interrogatoire préalable des représentants d'un

56

57

58

59

and make unnecessary discovery of each individual class member. Cases where individual discovery is required of all class members are the exception rather than the rule. Indeed, the necessity of individual discovery may be a factor weighing against allowing the action to proceed in representative form.

60 I would allow the defendants to examine the representative plaintiffs as of right. Thereafter, examination of other class members should be available only by order of the court, upon the defendants showing reasonable necessity.

VI. Conclusion

61 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and allow the investors to proceed as a class. I would allow the cross-appeal.

62 Costs of the appeal and cross-appeal are to the respondents.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal The Royal Trust Company: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal James G. Engdahl, William R. MacNeill, Jon R. MacNeill, Gary L. Billingsley, R. Byron Henderson: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal C. Michael Ryer: Peacock Linder & Halt, Calgary.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal Peter K. Gummer: Brownlee Fryett, Edmonton.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal Ernst & Young and Alan Lundell: Parlee McLaws, Edmonton.

groupe sera habituellement suffisant et rendra superflu l'interrogatoire de chaque membre du groupe. Les affaires exigeant l'interrogatoire préalable individuel des membres d'un groupe sont l'exception plutôt que la règle. En fait, le besoin de procéder à des interrogatoires préalables individuels peut être un facteur défavorable à l'autorisation du recours collectif.

Je suis d'avis d'autoriser les défendeurs à interroger les représentants des demandeurs comme ils en ont le droit. Par la suite, l'interrogatoire des autres membres du groupe ne devrait être autorisé que par ordonnance de la cour, si les défendeurs prouvent que cela est raisonnablement nécessaire.

VI. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, d'autoriser les investisseurs à tenter un recours collectif et d'accueillir le pourvoi incident.

Les dépens du pourvoi et du pourvoi incident vont aux intimés.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli avec dépens.

Procureurs pour l'appelante/intimée au pourvoi incident La Compagnie Trust Royal: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs pour les appelants/intimés au pourvoi incident James G. Engdahl, William R. MacNeill, Jon R. MacNeill, Gary L. Billingsley, R. Byron Henderson: McLennan Ross, Edmonton.

Procureurs pour l'appelant/intimé au pourvoi incident C. Michael Ryer: Peacock Linder & Halt, Calgary.

Procureurs pour l'appelant/intimé au pourvoi incident Peter K. Gummer: Brownlee Fryett, Edmonton.

Procureurs pour les appelants/intimés au pourvoi incident Ernst & Young et Alan Lundell: Parlee McLaws, Edmonton.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal Bennett Jones Verchere and Garnet Schulhauser: Gowling Lafleur Henderson, Calgary.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal Arthur Andersen & Co.: Lucas Bowker & White, Edmonton.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Durocher Simpson, Edmonton.

Procureurs pour les appelants/intimés au pourvoi incident Bennett Jones Verchere et Garnet Schulhauser: Gowling Lafleur Henderson, Calgary.

Procureurs pour l'appellant/intimé au pourvoi incident Arthur Andersen & Co.: Lucas Bowker & White, Edmonton.

Procureurs pour les intimés/appellants au pourvoi incident: Durocher Simpson, Edmonton.