

MÉMOIRE DES FAITS ET DU DROIT DU DEMANDEUR

INTRODUCTION

« The business is about making money and achieving your dreams »

Jim Hunking, Managing Director, Canada¹

1. Cette affirmation provenant d'un dirigeant d'Amway Canada résume parfaitement l'impression générale qui se dégage de l'ensemble des représentations qu'Amway fait au public canadien. En réalité, ces représentations sont fausses et trompeuses et la presque totalité des membres du groupe envisagé dans le présent recours subissent une perte financière.
2. Il n'est pas contesté qu'Amway² opère un système de vente à paliers multiples qui est régi par la *Loi sur la concurrence*³. Selon les faits allégués à l'action introductive, Amway enfreint de façon systémique plusieurs dispositions de cette *Loi*, notamment en omettant de divulguer des informations fondamentales sur la véritable nature de ses activités et en opérant un système de vente pyramidale.
3. De fait, sa survie comme entreprise repose sur un taux d'attrition annuel important de ses distributeurs « indépendants » (ci-après « IBOs »), dont la presque totalité perdent de l'argent. Ces distributeurs représentent annuellement plusieurs milliers de personnes au Canada.
4. La pyramide Amway repose également sur la création d'un réseau de distribution au détail de produits de consommation dans lequel les soi-disant distributeurs sont en fait des consommateurs, consommateurs qu'Amway incite à consommer à des prix gonflés, à l'abri de toute concurrence.
5. La quasi-totalité des IBOs perdent de l'argent dans l'aventure Amway.

¹ Tiré d'une parution du Magazine Achieve, p. 598 des présentes.

² Pour les fins des présentes, l'utilisation du terme « Amway » réfère indistinctement et indifféremment aux défenderesses.

³ L.R.C., 1985 ch. C-34, ci-après, la « *Loi* ».

6. Il s'agit manifestement d'une situation visée par la *Loi* et il n'existe aucun autre recours que celui envisagé en l'instance pour s'assurer que les dispositions impératives de la cette loi soient respectées. Les dispositions de la clause d'arbitrage contenue dans les contrats de distribution ne sauraient immuniser Amway des dispositions impératives de la *Loi*.
7. Tous les critères d'autorisation du recours collectif prévus à la *Règle* 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* sont largement rencontrés.

PARTIE I - LES FAITS

8. Le 23 octobre 2009, le demandeur a déposé une action en dommages aux termes de l'article 36 de la *Loi* alléguant des violations par Amway de ses obligations aux termes des articles 52, 55 et 55.1 de cette loi.
9. Le 15 juin 2010, le demandeur déposait un dossier de requête pour être autorisé à procéder dans son action sous la forme d'un recours collectif (« *Motion for certification* »).
10. Le 2 juillet 2010, l'honorable juge Mainville a rejeté une requête en suspension d'Amway et a déclaré que la Cour fédérale avait compétence pour déterminer la validité de la clause de renonciation partielle aux recours collectifs contenue dans le contrat liant le demandeur à Amway.
11. Après plusieurs conférences de gestion, les parties se sont entendues sur un échéancier visant la mise en état du dossier. Le présent dossier de requête en autorisation complète le dossier de requête de juin 2010, tel que prévu par les ordonnances du 5 novembre 2010 et du 8 avril 2011 qui entérinaient un échéancier quant aux diverses procédures dans ce dossier.

12. La requête en autorisation du recours collectif sera entendue à partir du 5 octobre 2011 par cette Cour qui, par la même occasion, entendra également trois requêtes incidentes et toujours pendantes déposées par Amway⁴.

PARTIE II - QUESTIONS EN LITIGE

Est-ce que les critères prévus aux sous-alinéas 334.16 (1) a) à e) des *Règles des Cours fédérales* pour autoriser le recours collectif sont rencontrés?

PARTIE III - ARGUMENTATION

13. Tel qu'il sera démontré, toutes les conditions de l'article 334.16(1) sont remplies en l'espèce et le recours collectif devrait être autorisé.

3.1 Principes généraux

14. Avant de faire l'analyse des conditions d'autorisation prévues à la *Règle* 334.16 des *Règles des Cours fédérales*, le demandeur tient à rappeler les objectifs inhérents aux recours collectifs. Il importe d'en faire mention puisque les tribunaux ne doivent jamais perdre de vue l'atteinte de ces objectifs dans le cadre de leur analyse des conditions d'autorisation d'un recours collectif⁵.
15. Ces objectifs sont les suivants: 1) l'accès à la justice, 2) l'économie judiciaire et 3) la modification des comportements.
16. Les recours collectifs visent effectivement à faciliter l'accès à la justice à ceux qui ne pourraient pas revendiquer leurs droits dans le cadre du processus judiciaire habituel. Les recours collectifs permettent également de réaliser des économies sur le plan judiciaire en donnant à la Cour la possibilité de rendre une décision dans une

⁴ 1) Une requête pour ordonnance de confidentialité de certains engagements fournis par M. VanderVen suite à un contre-interrogatoire sur affidavit, 2) une requête pour faire déterminer la validité d'une clause de renonciation à un recours collectif et 3) une requête pour faire radier la quasi-totalité des affidavits déposés par le demandeur au soutien de la présente requête en autorisation.

⁵ *Buffalo v. Samson First Nation*, [2009] 4 F.C.R. 3, paragr. 29, confirmée en appel 2010 FCA 165;

seule action, décision qui s'appliquera à de nombreuses autres réclamations portant sur des questions semblables. De plus, les recours collectifs sont utiles parce qu'ils encouragent la modification de certains comportements fautifs⁶.

17. Les tribunaux doivent adopter une approche libérale et éviter d'être trop restrictifs en matière d'autorisation des recours collectifs et favoriser une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés.
18. L'étape de l'autorisation du recours collectif en est une de procédure. Elle ne vise pas à déterminer si un requérant et les membres du groupe proposé auront gain de cause au mérite mais plutôt à déterminer comment le litige se déroulera⁷. Dans ce contexte, la Cour n'a pas à trancher des débats d'experts et doit s'abstenir de le faire. Les demandeurs doivent cependant fournir un certain fondement factuel « *minimum evidenciary record* » qui soit susceptible de convaincre la Cour qu'il existe des questions communes à trancher.

3.2 Analyse des critères d'autorisation prévus à la Règle 334.16 (1) a) à e)

a) Les actes de procédure révèlent une cause d'action valable

19. Le requérant n'a pas un lourd fardeau à rencontrer pour satisfaire la Cour qu'il a une cause d'action valable. La Cour conclura que ce fardeau est rencontré à moins qu'il soit manifeste et évident (« *plain and obvious* ») à la lecture de la déclaration qu'il n'y a lieu à aucune réclamation⁸.

⁶ *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, paragr. 26-29; *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158; *Rumley c. Colombie-Britannique*, [2001] 3 R.C.S. 184; *Buffalo v. Samson First Nation*, précité, note 5, paragr. 28; *Bisaillon c. Université de Concordia*, 2006 CSC 19, paragr. 16; *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, 2006 CF 197, [2006] 4 R.C.F. 341, paragr. 32-34.

⁷ *Hollick*, précité, note 6, paragr. 16.

⁸ *Hollick*, précité, note 6, paragr. 25; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, précité, note 6; *Momi c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, 2006 CF 738, paragr. 35; *Edwards v. Law Society of Upper Canada* [1995] O.J. No. 2900, j. Winkler: "there is a very low threshold to prove the existence of a cause of action...the court should err on the side of protecting people who have a right of access to the courts."; *Endean v. Canadian Red Cross Society* (1997), 148 D.L.R. (4th) 158.

20. Pour déterminer si les actes de procédure révèlent une cause d'action valable, la Cour doit tenir pour avérés les faits allégués dans le « *Statement of claim* » sans avoir à se pencher sur les affidavits et sans accorder d'attention aux affidavits déposés par les parties (de façon accessoire les contre-interrogatoires sur ces affidavits n'ont pas à être considérés non plus).
21. Les tribunaux ont rappelé à plusieurs reprises ce principe à l'effet que l'analyse se limitait à l'examen du *Statement of claim*⁹. Dans l'affaire *Hollick*, dans un jugement unanime de la Cour suprême, le juge en chef McLachlin exprime clairement le principe de la façon suivante au paragraphe 25 : « À mon sens, le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énumérées à l'art. 5 de la Loi, autre que l'exigence que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Cette dernière exigence est régie bien sûr par la règle qu'un acte de procédure ne devrait pas être radié parce qu'il ne révèle pas de cause d'action à moins qu'il soit [traduction] « manifeste et évident » qu'il n'y a lieu à aucune réclamation : voir *Branch*, op. cit., paragr. 4.60. ».
22. Ce principe s'arrime d'ailleurs parfaitement avec la Règle 221 des *Règles des Cours fédérales* qui prévoit qu'aucune preuve ne peut être présentée à l'appui d'une requête pour faire radier un acte de procédure au motif qu'il ne revêt « aucune cause d'action valable ».
23. Ainsi, le demandeur fera référence uniquement au *Statement of claim*, comme l'exige la règle, pour déterminer si les procédures révèlent une cause raisonnable d'action.

⁹ *Hollick*, précité, note 6, paragr. 25; *Buffalo v. Samson First Nation*, précité, note 5, paragr. 32, confirmée en appel 2010 FCA 165; *Le Corre v. Canada (Procureur Général)* (2005) FCA 127, aux paragr. 15 et 18, cités d'ailleurs par Amway dans le dossier de réponse d'Amway à la requête pour faire trancher les objections de M. VanderVen, page 722, volume 2 des présentes.

i) Statement of claim

24. Il est indubitable que le *Statement of claim* révèle une cause d'action valable. Le demandeur y allègue qu'Amway, une entreprise de commercialisation à paliers multiples (« MLM »), fait des représentations fausses et trompeuses quant à la rémunération offerte aux IBOs et qu'elle opère un système de vente pyramidale, en contravention des obligations qui lui incombent aux termes des articles 52, 55 et 55.1 de la *Loi*. Loin de faire ressortir clairement qu'il n'y a lieu à aucune réclamation, les faits allégués pour soutenir les comportements fautifs d'Amway démontrent clairement le contraire, tel que plus amplement exposé dans les paragraphes qui suivent.

- Représentations fausses et trompeuses au sens de la *Loi* (art. 52 et 55 (2))

25. Les articles pertinents de la *Loi* en l'espèce relativement aux représentations fausses et trompeuses se lisent comme suit :

Indications fausses ou trompeuses	False or misleading representations
<p>52. (1) Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.</p>	<p>52. (1) No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever, knowingly or recklessly make a representation to the public that is false or misleading in a material respect.</p>
<p>Preuve non nécessaire</p>	<p>Proof of certain matters not required</p>
<p>(1.1) Il est entendu qu'il n'est pas nécessaire, afin d'établir qu'il y a eu infraction au paragraphe (1), de prouver :</p> <p>a) qu'une personne a été trompée ou induite en erreur;</p> <p>b) qu'une personne faisant partie du public à qui les indications ont été données se trouvait au Canada;</p> <p>c) que les indications ont été données à un endroit auquel le public avait accès.</p>	<p>(1.1) For greater certainty, in establishing that subsection (1) was contravened, it is not necessary to prove that</p> <p>(a) any person was deceived or misled;</p> <p>(b) any member of the public to whom the representation was made was within Canada; or</p> <p>(c) the representation was made in a place to which the public had access.</p>
<p>[...]</p>	<p>[...]</p>
<p>Définition de « commercialisation à paliers multiples »</p>	<p>Definition of "multi-level marketing plan"</p>

55. (1) Pour l'application du présent article et de l'article 55.1, « commercialisation à paliers multiples » s'entend d'un système de distribution de produits dans lequel un participant reçoit une rémunération pour la fourniture d'un produit à un autre participant qui, à son tour, reçoit une rémunération pour la fourniture de ce même produit ou d'un autre produit à d'autres participants.

Assertions quant à la rémunération

(2) Il est interdit à l'exploitant d'un système de commercialisation à paliers multiples, ou à quiconque y participe déjà, de faire à d'éventuels participants, quant à la rémunération offerte par le système, des déclarations qui ne constituent ou ne comportent pas des assertions loyales, faites en temps opportun et non exagérées, fondées sur les informations dont il a connaissance concernant la rémunération soit effectivement reçue par les participants ordinaires, soit susceptible de l'être par eux compte tenu de tous facteurs utiles relatifs notamment à la nature du produit, à son prix, à sa disponibilité et à ses débouchés de même qu'aux caractéristiques du système et de systèmes similaires et à la forme juridique de l'exploitation.

Idem

(2.1) Il incombe à l'exploitant de veiller au respect, par les participants et ses représentants, de la règle énoncée au paragraphe (2), compte tenu des informations dont il a connaissance.

Défense

(2.2) La personne accusée d'avoir contrevenu au paragraphe (2.1) peut se disculper en prouvant qu'elle a pris les mesures utiles et fait preuve de diligence pour que :

55. (1) For the purposes of this section and section 55.1, "multi-level marketing plan" means a plan for the supply of a product whereby a participant in the plan receives compensation for the supply of the product to another participant in the plan who, in turn, receives compensation for the supply of the same or another product to other participants in the plan.

Representations as to compensation

(2) No person who operates or participates in a multi-level marketing plan shall make any representations relating to compensation under the plan to a prospective participant in the plan unless the representations constitute or include fair, reasonable and timely disclosure of the information within the knowledge of the person making the representations relating to

- (a) compensation actually received by typical participants in the plan; or
- (b) compensation likely to be received by typical participants in the plan, having regard to any relevant considerations, including
 - (i) the nature of the product, including its price and availability,
 - (ii) the nature of the relevant market for the product,
 - (iii) the nature of the plan and similar plans, and
 - (iv) whether the person who operates the plan is a corporation, partnership, sole proprietorship or other form of business organization.

Idem

(2.1) A person who operates a multi-level marketing plan shall ensure that any representations relating to compensation under the plan that are made to a prospective participant in the plan by a participant in the plan or by a representative of the person who operates the plan constitute or include fair, reasonable and timely disclosure of the information within the knowledge of the person who operates the plan relating to

- (a) compensation actually received by typical participants in the plan; or
- (b) compensation likely to be received by typical participants in the plan, having regard to any relevant considerations, including those specified in paragraph (2)(b).

Due diligence defence

(2.2) A person accused of an offence under subsection (2.1) shall not be convicted of the offence if the accused establishes that he or she took reasonable precautions and exercised due

<p>a) soit ses représentants ou les participants ne fassent aucune déclaration concernant la rémunération versée au titre du système;</p> <p>b) soit leurs déclarations respectent les critères énoncés au paragraphe (2).</p>	<p>diligence to ensure</p> <p>(a) that no representations relating to compensation under the plan were made by participants in the plan or by representatives of the accused; or</p> <p>(b) that any representations relating to compensation under the plan that were made by participants in the plan or by representatives of the accused constituted or included fair, reasonable and timely disclosure of the information referred to in that subsection.</p>
--	--

26. L'article 52 traite des représentations fausses et trompeuses de manière générale et l'article 55 vise les obligations spécifiques d'Amway en tant qu'MLM, lorsqu'elle fait des représentations relatives à la rémunération offerte aux IBOs.
27. En vertu des obligations qui lui incombent, si Amway fait quelque assertion que ce soit qui se rapporte à la rémunération offerte aux IBOs, par exemple sous forme de publicité, une obligation positive s'impose alors à elle et l'oblige à divulguer également la rémunération reçue par un IBO ordinaire (« *typical* »), divulgation qui doit être actuelle, loyale et non exagérée (« *fair, reasonable and timely disclosure* »)¹⁰.
28. Dans un bulletin d'interprétation émis en 2009, le Bureau de la concurrence a précisé et défini une « assertion relative à la rémunération » de façon très large :

Par **assertion relative à la rémunération**, on entend tout énoncé ou toute déclaration ou image qui véhicule un message au sujet de la rémunération à laquelle une personne serait en droit de s'attendre à titre de participant à un système de CPM. Une assertion relative à la rémunération ne se limite pas à un montant en dollars ou à une fourchette de revenus, mais peut aussi comprendre :

- des assertions quant à l'obtention, grâce aux gains réalisés avec le système de CPM, d'articles de luxe tels que voitures, bijoux, montres, maisons et destinations de vacances (ce qui peut comprendre des images de tels produits de luxe, où l'impression générale donnée par le contexte est que les articles représentés peuvent être obtenus à titre de rémunération dans le cadre du système de CPM);
- des promesses relatives à l'obtention de primes, de commissions et d'autres gratifications financières;
- des profils des personnes qui ont connu un grand succès et obtenu une rémunération inhabituellement élevée dans le cadre du système de CPM;
- des assertions similaires faites dans des témoignages;

¹⁰ Voir plus spécifiquement le deuxième alinéa de l'article 55 de la *Loi*.

- des témoignages de personnes qui prétendent avoir amélioré leur qualité de vie, quitté leur emploi ou épongé toutes leurs dettes grâce aux gains réalisés avec le système de CPM.¹¹ [...]

[Nous soulignons]

29. Ainsi, Amway, en tant que MLM, n'a pas le droit de faire quelque représentation que ce soit qui traite de rémunération possible d'un IBO à moins que cette représentation n'inclut également de l'information qui soit conforme à la rémunération actuelle d'un IBO ordinaire (« *typical* »). Le Bureau de la concurrence définit la rémunération d'un représentant ordinaire (« *typical* ») comme étant représentative de la plus petite fourchette de revenu gagné par plus de 50% des participants¹². En fait, le revenu d'un IBO « ordinaire » au sens de la *Loi* ne peut pas, par définition, inclure les revenus de l'infime minorité perchée au sommet de la pyramide. La divulgation du revenu d'un participant ordinaire exclut donc la possibilité d'afficher le revenu moyen de tous les participants, tel que l'indique le Bureau de la concurrence :

La rémunération moyenne des participants n'est habituellement pas considérée comme étant représentative de la rémunération que reçoivent ou sont susceptibles de recevoir les participants ordinaires, puisque la moyenne peut être gonflée par un petit nombre de participants gagnant une rémunération élevée.¹³

[Nous soulignons]

30. Ainsi, une assertion quant à la rémunération répond aux exigences de la *Loi* lorsqu'elle :

- est précise;
- est claire (c.-à-d. de taille appropriée et dans une police lisible, si elle est écrite, voire faite à un débit adéquat si elle est orale, et énoncée de manière compréhensible);
- est énoncée à proximité de toute autre assertion relative à la rémunération (c.-à-d. sur la même page d'un document écrit ou immédiatement avant ou après une déclaration dans une présentation orale ou audiovisuelle);
- est d'importance semblable à d'autres assertions (c.-à-d. qu'elle n'est pas cachée dans une note de bas de page);
- **est liée à la rémunération des participants ordinaires** (tels que définis précédemment);
- précise le temps et l'effort à consacrer pour atteindre un certain niveau de rémunération;
- explique clairement aux participants éventuels à quel revenu un participant ordinaire est en droit de s'attendre au cours d'une année;

¹¹ Bulletin d'information intitulé *Lignes directrices, Commercialisation à paliers multiples et systèmes de vente pyramidale* -- articles 55 et 55.1 de la *Loi*, Bureau de la concurrence Canada, 29 avril 2009, p. 15.

¹² *Ibid*, p. 15.

¹³ *Ibid*, p. 15.

- est mise à la disposition des participants (et des participants éventuels) qui veulent s'informer au sujet des niveaux de rémunération;
- **est mise à jour** après six mois (dans le cas d'un nouveau système de CPM), puis **annuellement** par la suite, selon les résultats et données les plus récents quant à la rémunération des participants.¹⁴

[Emphase et soulignements ajoutés]

31. Amway campe très loin de ces obligations, tel que plus amplement exposé dans les paragraphes qui suivent.

- **Les représentations faites par Amway violent les articles 52 et 55(2) de la Loi**

32. Amway ne respecte pas les obligations énoncées par les articles 52 et 55 de la *Loi*. Tel qu'allégué dans le Statement of claim¹⁵, Amway affirme dans ses représentations publiques que les opportunités de développer une entreprise lucrative comme distributeur indépendant sont illimitées. Des milliers de canadiens sont trompés par ce rêve d'indépendance financière, de liberté et de succès que la publicité d'Amway suggère. Des exemples de ce type de publicité tirés du « Amway Global Business Opportunity Brochure » sont énumérés au paragraphe 19 du *Statement of claim*:

- Amway is "the greatest business opportunity in the world";
- "We are proud to offer compensation and support that leads the pack";
- "The IBO Compensation Plan affords you a solid foundation to help you achieve your financial goals"
- "We will always offer HOPE to individuals and the opportunity to receive REWARD in proportion to their efforts"
- "Do you want some extra monthly income [...] and perhaps a great new opportunity?"
- "The college student found a way to pay his tuition bills. The two physicians no longer had to work 80-hour weeks. And the recent immigrants could finally achieve the goals they set when they arrived in North America. What they all have in common is that they found success by becoming Independent Business Owners (IBO's). Whether success meant making more money, having more time, creating a better life, or something else, was up to them"
- "Hundreds of thousands of men and women have chosen the Amway Global business opportunity as their path to success. They're attracted by the unlimited potential of the opportunity (...)"
- "The Amway Global business opportunity offers: a compensation plan that rewards IBOs equitably for their efforts."

33. Tel que mentionné, ce type de publicité correspond, au sens de la *Loi*, à des déclarations touchant la rémunération des IBOs. Dans un tel cas, Amway doit donc également afficher la rémunération des IBOs ordinaires (« *typical* »).

¹⁴ *Ibid*, p. 18-19.

¹⁵ Paragr. 2.

34. Or, Amway ne fait qu'afficher ce qu'elle qualifie être le revenu « brut » des « active » IBOs au Canada en 2001 :

The average gross monthly income earned by "active" IBOs was \$181 CAN.

Approximately 66% of all IBOs of record were found to be active*. *Based on an independent survey during 2001, "Active" means an IBO attempted to make a retail sale, or presented the Amway Global Independent Business Owner Compensation Plan, or received bonus money, or attended a company or IBO meeting in 2001. "Gross Income" means the amount received from retail sales, minus the cost of goods sold, plus the amount of Performance Bonus retained. There may be greater in relation to income in the first years of operation.

35. Les données relativement à ce revenu « brut » constituent des représentations fausses et trompeuses à plusieurs égards.
36. Premièrement, ces données ne sont pas d'actualité puisqu'elles remontent à 2001. Il ne s'agit donc pas d'un « *timely disclosure* » au sens de l'article 55(2) de la *Loi*.
37. Deuxièmement, même si la divulgation avait été actuelle, ces données ne correspondent nullement à la rémunération reçue par les IBOs ordinaires, c'est-à-dire la rémunération correspondant à la plus la plus petite fourchette de revenus gagnés par plus de 50% des IBOs. En effet, les données fournies se rapporteraient et correspondraient, selon ce que publie Amway, au revenu « brut » des IBOs actifs (« active ») en 2001, groupe qui inclut les IBOs au sommet de la pyramide, représentant moins de 1% des IBOs qui réussissent à dégager un profit. En affichant la rémunération moyenne de tous les actifs, Amway ne divulgue donc pas le revenu des participants « ordinaires ».
38. De plus, le revenu « brut » affiché ne tient pas compte des dépenses encourues par les IBOs, comme par exemple les coûts liés à l'achat de « *Business support material* » (ci-après « BS Material »), vendus par Amway ou par des IBOs à d'autres

IBOs. Les chiffres relatifs à ces coûts sont primordiaux afin de donner des renseignements quant au revenu réel des IBOs¹⁶.

39. La publicité d'Amway contient donc des représentations fausses et trompeuses puisque contraires aux articles 52 et 55. L'ensemble de la publicité d'Amway donne une fausse impression d'indépendance et de succès alors que la quasi-totalité des IBOs perdent de l'argent et ont un revenu net nul ou négatif, le tout tel qu'allégué dans le *Statement of claim*¹⁷.

- **Système de vente pyramidale**

40. L'article 55.1 de la *Loi* prévoit les cas où un système de commercialisation à paliers multiples, comme celui d'Amway, est illégal parce qu'il constitue un système de vente pyramidale :

<p>Définition de « système de vente pyramidale »</p> <p>55.1 (1) Pour l'application du présent article, « système de vente pyramidale » s'entend d'un système de commercialisation à paliers multiples dans lequel, selon le cas :</p> <p>a) un participant fournit une contrepartie en échange du droit d'être rémunéré pour avoir recruté un autre participant qui, à son tour, donne une contrepartie pour obtenir le même droit;</p> <p><u>b) la condition de participation est réalisée par la fourniture d'une contrepartie pour une quantité déterminée d'un produit, sauf quand l'achat est fait au prix coûtant à des fins promotionnelles;</u></p> <p>c) une personne fournit, sciemment, le produit en quantité injustifiable sur le plan commercial;</p> <p><u>d) le participant à qui on fournit le produit :</u></p> <p><u>(i) soit ne bénéficie pas d'une garantie de rachat ou d'un droit de retour du produit en bon état de vente, à des conditions commerciales raisonnables,</u></p> <p>(ii) soit n'en a pas été informé ni ne sait comment s'en prévaloir.</p> <p>[Nous soulignons]</p>	<p>Definition of "scheme of pyramid selling"</p> <p>55.1 (1) For the purposes of this section, "scheme of pyramid selling" means a multi-level marketing plan whereby</p> <p>(a) a participant in the plan gives consideration for the right to receive compensation by reason of the recruitment into the plan of another participant in the plan who gives consideration for the same right;</p> <p><u>(b) a participant in the plan gives consideration, as a condition of participating in the plan, for a specified amount of the product, other than a specified amount of the product that is bought at the seller's cost price for the purpose only of facilitating sales;</u></p> <p>(c) a person knowingly supplies the product to a participant in the plan in an amount that is commercially unreasonable; or</p> <p><u>(d) a participant in the plan who is supplied with the product</u></p> <p><u>(i) does not have a buy-back guarantee that is exercisable on reasonable commercial terms or a right to return the product in saleable condition on reasonable commercial terms, or</u></p> <p>(ii) is not informed of the existence of the guarantee or right and the manner in which it can be exercised.</p>
--	--

¹⁶ Amway connaît certains de ces coûts mais refuse de les divulguer.

¹⁷ *Statement of claim*, paragr.24, page 456, volume 1 des présentes

41. Le Bureau de la concurrence précise qu'il y aura violation de l'alinéa 55.1b) si:

Les participants doivent acheter une certaine quantité de produits, autre qu'au prix coûtant à des fins publicitaires, avant de pouvoir se joindre au système ou de gravir les échelons au sein du système.¹⁸

[Nous soulignons]

42. Pour constater la présence d'une telle obligation d'achat, les facteurs suivants sont des indicateurs :

- Le fait que les participants doivent déboursier un prix supérieur au prix coûtant et ne jouissent pas d'une garantie de rachat à des conditions commerciales raisonnables;
- Le fait que le système encourage directement ou indirectement les ventes de produits auprès des participants dans le seul but d'atteindre les objectifs de vente ou de maintenir les taux de rémunération ;
- Le fait que le système impose la vente de produits pour obtenir une rémunération, atteindre ou maintenir un niveau de rémunération dans son plan de commercialisation, le cas échéant:
 - Les achats effectués par un participant demeurent en quantité raisonnables sur le plan commercial compte tenu de la nature du produit;
 - Les achats effectués par les participants représentent un taux de ventes réaliste pouvant être atteint au cours d'une période raisonnable compte tenu de la nature et du prix du produit;
 - Les conditions de retour offertes par le vendeur sont raisonnables sur le plan commercial; [...]¹⁹

[Emphase et soulignement ajoutés]

43. Ainsi, la *Loi* prévoit, au sous-paragraphe 55.1(1) b) que si l'obtention des pleins avantages d'un plan est liée à des exigences en matière d'achat, il s'agit d'un système de vente pyramidale²⁰. Tel qu'allégué au *Statement of claim*²¹, Amway ne se conforme pas à ses obligations puisque les IBOs doivent acheter une quantité importante de produits Amway par mois pour être éligibles à un boni de performance (« *performance bonus* ») de 3%.

¹⁸ Site Internet du Bureau de la concurrence : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/O1230.html>

¹⁹ Bulletin d'information intitulé *Lignes directrices, Commercialisation à paliers multiples et systèmes de vente pyramidale -- articles 55 et 55.1 de la Loi*, Bureau de la concurrence Canada, précité, note 11, p. 22.

²⁰ Le Bureau de la concurrence le confirme également dans un Avis légal où on peut lire : Les participants devaient acheter des produits pour assurer leur pleine participation au plan. Dans le cas présent, les participants devaient passer un nombre minimum de commandes au détail ou atteindre certains seuils pour obtenir des niveaux de rémunération particuliers à l'intérieur du plan. Selon le Bureau, lorsque la participation à un plan ou l'obtention des pleins avantages d'un plan est liée à des exigences en matière d'achat, il s'agit d'un système de vente pyramidale en vertu de l'alinéa 55.1(1) b) de la loi. [Nous soulignons] - Avis juridique du Bureau de la concurrence daté du 28 septembre 2004, (no 3098143), à l'adresse suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>.

²¹ *Statement of claim*, paragr. 28.

44. La *Loi* prévoit également qu'il s'agit d'un système de vente pyramidale si les participants dans un système de commercialisation à paliers multiples ne bénéficient pas d'une garantie de rachat ou d'un droit de retour de produits en bon état de vente, à des conditions commerciales raisonnables, contrairement aux exigences du sous-paragraphe 55.1(1) d).
45. Or, les articles 5.3.6 et suivants des « *Rules of conduct* » d'Amway, que l'on retrouve dans le « *Amway's Business Reference Guide* » prévoient que les IBOs peuvent uniquement retourner des produits Amway, non pas à Amway mais au IBO l'ayant enregistré, et ce, seulement s'ils décident de résilier leur contrat :

5.3.6 : Buy-back Rule : IBOs are required to purchase back from any of their personally registered IBOs who are resigning their IB, upon their request, any unused, currently marketable products and/or currently marketable literature and merchandising or business-building-aids.

5.3.6.1 The IBO shall offer to repurchase said products, literature, and merchandising or business-building aids at a price mutually agreeable to the departing IBO.

5.3.6.2 If the departing IBO is unable to secure buy-back of products and/or literature and/or merchandising or business-building aids through his or her upline IBO, he or she may then write directly to the Corporation with full details, including a list of unused currently marketable products and unused currently marketable literature and merchandising or business-building aids

5.3.6.2.1. After receiving a written approval, he or she will be sent a Returned Merchandise Authorization Form (SA-112). He or she may then ship his or her products and/or literature and merchandising or business-building aids to the Corporation together with the completed SA-112 form, whereupon the Corporation will remit a refund to him or her directly. [Emphase et soulignements ajoutés]

46. Le fait qu'un participant ne puisse pas retourner ses produits à Amway, de qui il les a achetés, et qu'il peut uniquement tenter de retourner des produits s'il résilie son contrat ne constitue pas une condition commerciale raisonnable²². De plus, même si l'article 5.3.6.1.2 des « *Rules of conduct* », prévoit aussi la possibilité de rachat de

²² Dans un cas similaire, le Bureau de la concurrence a déjà mentionné : « La garantie de rachat du plan ne semblait pas pouvoir être offerte à des conditions commerciales raisonnables. Dans le cas présent, le retour du produit était conditionnel au retrait du plan du participant. Le Bureau estime qu'il ne s'agissait pas d'une condition commerciale raisonnable et, par conséquent, le plan constituait un système de vente pyramidale en vertu de l'alinéa 55.1(1) d). » [Nous soulignons] Avis juridique du Bureau de la concurrence, précité, note 20.

produits entre IBOs, cette alternative n'est pas applicable à Amway. De toute façon, cette possibilité de rachat de produits n'est pas non plus une condition commerciale raisonnable puisqu'elle est tributaire du consentement d'un autre IBO qui n'a aucune obligation de rachat et, s'il décide de racheter le produit, peut en plus fixer lui-même le prix qu'il veut bien offrir. Il n'y a donc aucune garantie qu'un IBO puisse se faire racheter ses produits.

47. De plus, dans les faits, toutes les étapes préliminaires au remboursement des produits par Amway, peuvent souvent décourager les distributeurs à se prévaloir de la garantie de remboursement. Or, le Bureau de la concurrence précisait clairement que : « la politique [de retour] ne doit pas inciter un participant à accumuler les produits, plutôt que de les retourner à l'exploitant »²³.
48. En outre, une fois toutes les exigences remplies par le distributeur, Amway doit confirmer son acceptation du retour. Encore une fois, il s'agit d'une condition discrétionnaire, puisqu'Amway pourrait à ce stade refuser le retour de produits. La politique de retour d'Amway ne répond donc aucunement aux exigences de la *Loi* puisqu'elle est discrétionnaire.
49. De ce qui précède, il est clair qu'Amway exploite un système de vente pyramidale en vertu des sous-alinéas (1)b) et d) de l'article 55.1 de la *Loi* contrevenant ainsi à l'alinéa 55.1 (2) de la *Loi*.
50. Les tribunaux ont souligné l'importance de prohiber les systèmes de vente pyramidale puisqu'ils constituent des leurres qui font d'innocentes victimes²⁴.
51. En résumé, le *Statement of claim*, démontre sans l'ombre d'un doute que le demandeur a une cause d'action valable notamment pour les raisons suivantes :

²³ Bulletin d'information intitulé *Lignes directrices - Commercialisation à paliers multiples et systèmes de vente pyramidale -- articles 55 et 55.1 de la Loi*, précité, note 11, p. 25.

²⁴ *Canada (Procureur Général) c. Shaklee Canada Inc.*, [1985] 1 C.F. 593 (C.A.F.), j. Heald., paragr.11. Confirmée par la Cour suprême du Canada : [1988] 1 R.C.S. 662.; *R c. Boivin*, J.E. 86-606 (C.A.Q.), j. L'Heureux-Dubé, paragr. 48.

- Le paragraphe 36(3) de la *Loi* prévoit que la Cour fédérale a compétence pour entendre des actions instituées aux termes du paragraphe 36(1).
- Le paragraphe 36(1) prévoit que toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI de la *Loi* peut devant tout tribunal compétent réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer.
- Le demandeur dans le *Statement of claim*, allègue qu'Amway a des comportements allant à l'encontre des dispositions 52, 55 et 55.1 de la *Loi* que l'on retrouve à la partie VI.
- Le *Statement of claim* fait état de fausses représentations faites par Amway.
- Le *Statement of claim* fait également état qu'Amway opère illégalement un système de vente pyramidale.
- Le demandeur, en tant qu'IBO, allègue qu'il a subi des dommages.

52. Au risque de se répéter, il est donc indubitable que le « *Statement of claim* » révèle une cause d'action valable. D'ailleurs, en Ontario, dans l'affaire Bre-x²⁵, la Cour a déjà autorisé un recours collectif pris notamment en vertu de l'article 36 de la *Loi* pour des allégations de violations à la partie VI.

b) *Il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes*

53. L'exigence de l'existence d'un groupe identifiable d'au moins deux personnes n'est pas particulièrement lourde²⁶. Il suffit de démontrer qu'il existe un groupe identifiable d'au moins deux personnes, lequel groupe est circonscrit et défini par rapport à un

²⁵ *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.*, 1999 CanLII 14794 (ON SC), j. Winkler, paragr. 287

²⁶ *Hollick*, précité, note 6, paragr. 21.

critère objectif²⁷. L'exigence devant être rencontrée est donc de deux ordres : premièrement, quant au nombre de personnes (au moins 2) et deuxièmement, quant à la définition du groupe.

54. Dans le présent recours le groupe est défini de la façon suivante :

« All persons resident in Canada who distributed defendant's products, since October 23rd 2007 excluding the defendants' employees and their affiliates and family members »

i) Le nombre

55. Le nombre ne devrait pas être sujet à contestation puisque le groupe est composé de plusieurs dizaines de milliers de personnes²⁸.

ii) La définition

56. Le groupe est circonscrit et défini selon un critère objectif. De plus, il ne serait pas possible de le définir de façon plus restreinte sans exclure de façon arbitraire des personnes qui ont un intérêt commun dans le règlement des questions collectives proposées²⁹.

57. Pour s'assurer de ne pas exclure des personnes qui ont un intérêt commun relativement aux questions communes, il doit exister un lien rationnel entre le groupe identifiable et les questions communes³⁰.

²⁷ *Hollick*, précité, note 6, paragr. 17.

²⁸ Me Torralbo sur le site internet de son bureau annonce que le recours est pris au nom d'environ 40 000 personnes (affidavit de Geneviève Douville daté du 3 juin 2011 joint au dossier de réponse du demandeur à la requête en confidentialité, pièce C. Voir également contre-interrogatoire de Kerry Murphy, déposé par Amway dans le « *Particularized and re-amended Motion record* » daté du 1^{er} juin 2011 où le procureur d'Amway réfère à quatre occasions à l'ordre de grandeur du nombre de personnes dans le groupe identifiable dans le recours collectif proposé, soit 30 000 personnes: pages 620 (110), 627 (117) et 631 (121); Voir également pièce U-2, dans la requête en confidentialité qui confirme l'ordre de grandeur du groupe.

²⁹ Même lorsque la Cour estime que la définition est trop englobante, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, elle peut toujours permettre que cette définition soit amendée (*Hollick*, précité note, 6, paragr. 221).

³⁰ Pour cette raison, la définition du groupe dépendra souvent de la détermination des questions communes et vice versa (*Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), paragr. 48; autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2005] 1 R.C.S. vi).

58. Les questions communes proposées seront analysées dans la prochaine partie. Toutefois, pour démontrer l'existence d'un lien rationnel entre les questions communes avec le groupe proposé, il suffit de souligner, et nous y reviendrons, que les questions communes relativement aux représentations fausses et trompeuses faites par Amway de même que celles touchant l'exploitation d'un système de vente pyramidale visent tous les IBOs inclus dans la définition du groupe.

59. Le critère de 334.16(1) b) est donc rencontré de façon non équivoque.

c) *Les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre (les questions communes)*

60. L'analyse sur ce point est certes importante mais également limitée. Il suffit de constater qu'il existe des points de droit ou de fait communs aux membres du groupe, que ceux-ci prédominent ou non sur les questions touchant uniquement les membres pris individuellement³¹. Comme nous l'avons affirmé plus tôt, le demandeur doit fournir un dossier de preuve minimum afin de démontrer un certain fondement factuel qui puisse convaincre la Cour qu'il existe des questions communes. La preuve au dossier est abondante à cet égard.

61. La thèse du demandeur est à la fois simple et incontestable. Tous les membres du groupe sont visés par les représentations fausses et trompeuses des défenderesses. De plus, l'exploitation d'un système de vente pyramidale affecte tous les membres du groupe. Celle d'Amway s'appuie plutôt sur des assises peu solides, soit des conclusions basées sur des données peu significatives et dont la valeur

³¹ *Rumley*, précité, note 6, paragr. 33. La prédominance des questions communes sur les questions individuelles peut être un facteur à tenir compte dans le cadre de l'analyse du critère prévu à 334.16 (1) d), soit de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait communs mais pas sur le critère prévu à 334.16(1) c) quant à l'existence de questions de fait ou de droit communs. La Cour d'appel du Québec récemment dans l'affaire *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et des services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826, paragr. 22, a également confirmé que la seule présence d'une question commune, connexe ou similaire est suffisante, si elle n'est pas insignifiante sur le sort du recours même si elle n'est pas déterminante pour la solution du litige.

probante ne devrait pas être déterminée au stade de l'autorisation, comme nous le verrons.

62. Il importe de souligner l'existence et l'importance des questions communes :

a) Tous les IBOs sont réputés s'être fiés aux représentations fausses et trompeuses puisque il y a une mention expresse à cet effet dans le contrat d'adhésion que signe tout IBO qui précise :

I certify that in deciding to become an IBO I have relied solely on the earnings representations and information contained in the IBO Compensation Plan. I certify that I have received, read, and understood the Amway Global Business Opportunity Brochure. I understand that the average monthly gross income earned by "active" IBOs was \$181"³².

b) Toutes les fausses représentations comprises dans la publicité d'Amway soulevées dans le *Statement of claim* ont été portées à l'attention de tous les membres du groupe puisqu'elles se retrouvent dans le *Amway Global Business Opportunity Brochure* à laquelle renvoie spécifiquement le contrat :

You acknowledge that prior to signing you have received, read and understood the Amway Global Business Opportunity Brochure, that you have read and understood the Amway Global Business Reference Guide including the Rules of Conduct, which are incorporated into this agreement and made a part of it as if restated in full, as posted on www.amwayglobal.com, and that you have read and agree to all terms set forth in this IBO registration Agreement. ³³»

c) Le sous-paragraphe 52(1.1) a) de la *Loi* prévoit qu'il n'est même pas nécessaire de faire la preuve qu'une personne a été trompée ou induite en erreur par les représentations fausses et trompeuses lorsqu'un recours est pris pour contravention à la *Loi*. Il existe une présomption légale de causalité individuelle à cet égard.

d) S'il y a exploitation d'un système pyramidal, tous les IBOs inclus dans le groupe ont été victimes de ce système.

³²Page 20, volume 1 des présentes.

³³Pages 46 à 57, volume 1 des présentes.

e) Presque la totalité des IBOs ont perdu de l'argent pendant la période couverte et définie dans la description du groupe³⁴. Amway ne conteste pas réellement ce fait sinon que pour demander le rejet des affidavits de M. FitzPatrick, Craig, Powell de même que la pièce « H » de l'affidavit du demandeur. Elle soutient par contre ne pas être en mesure de connaître les coûts supportés par les distributeurs indépendants et conséquemment, leur revenus nets. Elle admet connaître ces coûts du moins en partie³⁵. Elle est incapable d'expliquer logiquement pourquoi elle ne peut les obtenir par sondage et les fournir³⁶ au public canadien.

63. Les questions communes sont donc suffisamment importantes pour que leur résolution permette de faire évoluer le litige de manière significative. Ces questions sont à ce point importantes qu'elles permettront même de trancher la question de la responsabilité d'Amway à l'encontre de tous les membres du groupe³⁷.

64. En effet, si lors d'un procès au fond la Cour en venait à la conclusion qu'Amway n'a pas fait de représentations fausses et trompeuses et/ou qu'elle n'a pas exploité un système pyramidal, c'en serait fait de la cause d'action de tous les membres du groupe. Ainsi, les moyens de défense que pourraient invoquer Amway sont essentiellement communs et identiques à l'encontre de chacun des membres. Si par ailleurs, la Cour en venait à la conclusion qu'Amway fait des représentations fausses et trompeuses et/ou qu'elle exploite un système de vente pyramidale, cela bénéficiera à tous les membres du groupe.

³⁴ *Statement of claim*, paragr. 24, page 456, volume 1 des présentes; Affidavit du demandeur, paragr. 27 et pièce « H », pages 15 et 58 à 67, volume 1 des présentes; Affidavit de Bruce Craig, paragr. 11 et 13, pages 89 et 90, volume 1 des présentes; Affidavit de M. FitzPatrick, particulièrement mais non limitativement aux paragr. 22 à 26, pages 139 et 140, volume 1 des présentes; Affidavit of William Powell, particulièrement mais non limitativement au paragr. 29 à 31, page 444, volume 1 des présentes; Affidavit d'Olivier Mesly, particulièrement mais non limitativement aux pages 1012 et 1013, volume 3 des présentes..

³⁵ M. VanderVen confirme qu'Amway vend du BSM à ses distributeurs indépendants, ce qui confirme qu'elle est en mesure d'évaluer une partie des coûts supportés par ses distributeurs.

³⁶ M. VanderVen ne peut expliquer pourquoi Amway ne peut, par sondage, obtenir les coûts moyens supportés par les IBOs. M. VanderVen ne peut non plus expliquer pour quelle raison les données du sondage réfèrent tantôt à l'année 2001 et en d'autres occasions à l'année 2000.

³⁷ Alors qu'il n'est même pas nécessaire de démontrer que les questions communes visent à trancher la question de la responsabilité pour tous les membres du groupe ou à sceller par ailleurs l'issue du litige : *Buffalo*, précité, note 5, paragr. 84.

i) Prétentions d'Amway : débat d'experts

65. Amway a produit un long rapport d'expert rédigé par la professeur Coughlan qui débordé largement du cadre du débat lors de l'autorisation. Le rapport du professeur Coughlan porte surtout sur l'absence d'une cause raisonnable d'action. Ce type de contestation n'est pas permise au stade de l'autorisation comme nous l'avons vu³⁸. Le demandeur a répondu à ce rapport en produisant aussi une contre-expertise afin de rétablir les faits. Aucun de ces deux experts n'a été interrogé sur leur affidavit et il serait inopportun que la Cour décide du bien-fondé de l'une ou l'autre de ces expertises sans avoir entendu les experts³⁹.
66. L'un des aspects du rapport du professeur Coughlan, sinon le seul, qui soit réellement pertinent au débat porte sur ses conclusions relativement à l'absence d'homogénéité du groupe. Il importe de répondre brièvement à ces prétentions.
67. Le professeur Coughlan soutient que les distributeurs indépendants ne forment pas un groupe homogène. L'inférence qu'Amway voudra en tirer est que les questions communes sont minimales ou inexistantes en l'espèce.
68. L'expertise du professeur Coughlan est fondée en bonne partie sur des affidavits souscrits par des distributeurs indépendants choisis par Amway. Or, une analyse sommaire de ces affidavits confirme qu'il est impossible d'en tirer quelque

³⁸ Voir *Tiboni c. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2008 CanLII 37911 (ON SC), paragr. 53. Il est intéressant de noter par contre que même lorsque madame Coughlan tire des conclusions sur la cause valable d'action, certaines reposent sur des prémisses erronées. Voici deux exemples. Premièrement, au paragr. 119 de son rapport, elle dit que contrairement aux allégués 2, 4 et 5 du *Statement of claim*, Amway ne vend pas du « *dream of wealth* » et s'assure que les IBOs ne fassent pas de représentations contraires aux résultats du sondage de 2001. Le problème avec cette conclusion réside dans le fait qu'elle se fie à l'affidavit de M. VanderVen. Par contre, tel que nous l'avons démontré dans notre dossier de réponse à la requête d'Amway pour faire radier l'affidavit de M. FitzPatrick, M. VanderVen qui est responsable du respect de la règle pour s'assurer qu'il n'y ait pas de fausses représentations, n'a jamais vu le sondage de 2001 et ne peut s'assurer que les résultats de ce sondage sont justes et actuels. De plus, si madame Coughlan avait jeté un coup d'œil aux Magazines Achieve, elle aurait constaté qu'Amway ne respecte pas ses propres règles et vend du rêve. Deuxièmement, au paragraphe 139 de son rapport madame Coughlan mentionne qu'Amway n'est pas en mesure de connaître les montants dépensés par les IBOs pour l'achat de BS material parce qu'elle n'en vend pas. Elle se fie sur l'affidavit de Jeff Johnson dont la crédibilité est sérieusement entachée, tel qu'il appert de notre dossier de réponse à la requête en confidentialité. De plus, M. VanderVen a admis dans son interrogatoire qu'Amway vendait du BS material mais n'a pas divulgué ces coûts même si la Cour le lui a ordonné.

³⁹ *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's Canada Restaurant Corp.*, 2009 CanLII 23374 (ON SCDC)

conclusion que ce soit. Ces affidavits ne constituent pas un fondement solide à une preuve d'expert, du moins *prima facie*. Il serait donc prématuré au stade de l'autorisation d'accepter les affirmations contenues dans ce rapport avant un débat sur le fond susceptible de permettre à la Cour d'en évaluer la crédibilité et la force probante. Voici pourquoi.

69. Le demandeur a interrogé par écrit tous les affiants proposés par Amway sur le contenu desquels le professeur Coughlan a produit son rapport. Les réponses données aux interrogatoires écrits établissent que les conclusions du rapport Coughlan sont fondées sur une sélection hautement biaisée et contestable d'un échantillon de distributeurs indépendants.

- **Échantillonnage non représentatif**

70. Les IBOs ayant le statut « *diamond* » au Canada, représentent 0.0259% de tous les IBOs au Canada. Ce pourcentage est calculé sur la base des réponses données par Amway suite à l'interrogatoire de M. Vanderven⁴⁰.

71. Ainsi, ces IBOs ayant le statut « *diamond* » font donc partie du petit groupe au sommet de la pyramide qui profite du système. Or, il n'est guère surprenant que parmi ceux qui profitent de l'exploitation de l'immense majorité des participants il s'en trouve qui vont louer le système.

72. Or, madame Coughlan s'est fiée sur les affidavits suivants de distributeurs indépendants déposés par Amway, lesquels sont tirés de cette infime minorité des distributeurs indépendants :

- Kimberley Coles, Garry Coles, Oksoo Han et Youngjo Han ont reconnu posséder le statut de « *diamond* ». Il faut rappeler qu'ensemble, ces personnes représentent la moitié de tous les « *diamonds* » au Canada,

⁴⁰ Ce calcul est obtenu en prenant le nombre de IBOs ayant le statut « *diamond* » tel que fourni par Amway sous l'engagement U-2 faisant l'objet de la requête en confidentialité, et en le divisant par le nombre de IBOs au Canada (U-4)).

lesquels, à leur tour, constituent moins de 0.0259% de tous les distributeurs indépendants.

- L'affidavit de Esmon Emmons dont le statut n'est pas confirmé mais qui a des revenus considérables si on en croit sa déclaration à l'effet qu'il gagne 100 000 \$ comme IBO en travaillant 8 heures par semaine⁴¹. Il était d'ailleurs dans la liste des « *Achievers* » en 2008⁴².
- L'affidavit de Jay Morrow, dont le statut n'est pas connu mais qui était également dans la liste des « *Achievers* » en 2008⁴³.

73. Le fait de se fier sur un échantillonnage aussi peu représentatif des milliers de distributeurs indépendants au Canada prive le rapport de Madame Coughlan de toute force probante.

d) *Le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de faits communs*

74. La Cour exerce une grande discrétion afin de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de trancher les questions communes. Dans l'exercice de cette discrétion, la Cour doit garder à l'esprit les objectifs inhérents aux recours collectifs soit l'accès à la justice, l'économie des ressources judiciaires et la modification des comportements. La Cour doit également tenir compte des éléments suivants prévus au paragraphe 334.16(2) des Règles :

334.16 (2) Pour décider si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait communs de façon juste et efficace, tous les facteurs pertinents sont pris en compte, notamment les suivants :

- a) La prédominance des points de droit ou de faits communs sur ceux qui ne concernent que certains membres;
- b) La proportion de membres du groupe qui ont un intérêt légitime à poursuivre des instances séparées;
- c) Le fait que le recours collectif porte ou non sur des réclamations qui ont fait ou qui font l'objet d'autres instances;

⁴¹ Page 922 et 959, volume 3 des présentes

⁴² Pièce GV-2, page 618, volume 2 des présentes

⁴³ Idem, page 621.

- d) L'aspect pratique ou l'efficacité moindres des autres moyens de régler les réclamations;
- e) Les difficultés accrues engendrées par la gestion du recours collectif par rapport à celles associées à la gestion d'autres mesures de redressement.
- i) La prédominance des questions communes (334.16(2) a))

75. Ce critère est rencontré même lorsque des questions importantes nécessitant une évaluation individuelle existent, pourvu que le règlement des questions communes permette de faire progresser substantiellement l'instance⁴⁴.

76. Or, comme nous l'avons vu dans la partie précédente, les questions communes proposées au paragraphe 33 du *Statement of claim* sont à ce point importantes qu'elles permettront de trancher la question de la responsabilité d'Amway à l'encontre de tous les membres du groupe. Les seules questions individuelles qui pourraient peut-être demeurer viseraient le quantum des dommages subis par chacun des membres du groupe, et ce, uniquement dans le cas où la Cour ne retenait pas la dernière question commune proposée, soit : « *Are class members entitled to the collective recovery of aggregate damages?* ».

77. Les questions communes prédominent donc incontestablement sur les questions individuelles. L'objectif d'économie des ressources judiciaires sera d'ailleurs grandement favorisé si les questions communes sont examinées dans le cadre d'un recours collectif.

i) La proportion de membres ayant un intérêt à poursuivre des instances séparées et les réclamations ayant fait l'objet d'autres instances (334.16 (2) b) et c))

78. Le demandeur n'a pas connaissance de membres qui auraient des intérêts à poursuivre des instances séparées ou de réclamations ayant fait l'objet de d'autres instances.

⁴⁴ *Hollick*, précité, note 6; *Rumley*, précité, note 6, paragr. 36 : « Comme je le note plus haut, il y aura vraisemblablement des différences entre les membres du groupe en l'espèce. Il faut toutefois se rappeler qu'étant donné que les intimés ont restreint leurs demandes à la question de la négligence « systémique », les questions fondamentales dans la présente poursuite seront la nature de l'obligation de JHS à l'égard des membres du groupe et la violation alléguée de cette obligation. Ces questions sont susceptibles de résolution dans un recours collectif. »

79. Cela s'explique vraisemblablement par le fait qu'il n'y a pas d'autres moyens utiles que le recours collectif afin de s'assurer que les défenderesses se conforment à leurs obligations aux termes des articles 52, 55 et 55.1 de la *Loi* et pour indemniser les membres du groupe des pertes qu'ils ont encourues, nous revenons d'ailleurs sur cet aspect au titre qui suit sur les critères prévus aux paragraphes 334.16(2) d) et e).

ii) Aspect pratique ou efficacité moindres des autres moyens de régler les réclamations et difficultés engendrées par la gestion d'un recours collectif (334.16 (2) d) et e))

80. Les efforts déployés par Amway pour contester la requête en autorisation du recours collectif sont une indication qu'Amway dispose de moyens disproportionnés face aux IBOs qui décideraient de prendre des recours individuels. Il serait simplement impossible pour les membres du groupe d'entreprendre des recours individuels, ou autres types de recours⁴⁵, contre Amway ce qui viendrait contrecarrer l'objectif d'accès à la justice.

81. De plus, un recours pris en vertu de l'article 36 de la *Loi* se prescrit par deux ans. Les sommes pouvant être réclamées individuellement par des membres du groupe seront souvent insuffisantes pour les justifier d'entreprendre des recours individuels contre Amway et ainsi s'embarquer dans des sagas judiciaires contre une partie ayant les moyens pour les « épuiser ».

82. Comme le groupe comprend plusieurs dizaines de milliers de personnes, il ne fait donc aucun doute que l'accès à la justice et les coûts judiciaires seraient mieux gérés par un recours collectif que par des poursuites individuelles.

83. Le recours collectif est le seul moyen de mettre en lumière les agissements frauduleux d'Amway et de dévoiler la vérité à toutes les personnes qui se sont fait

⁴⁵ L'accès à l'arbitrage ne serait pas une avenue efficace non plus, tel qu'en font foi les représentations du demandeur sur la validité du « *class action waiver* » dans le cadre de la requête qui sera entendue à l'occasion de l'audition sur l'autorisation du recours collectif.

flouer et sont tombées dans le piège bien orchestré. Le recours collectif est le seul moyen pour faire en sorte qu'Amay cesse, pour de bon, ses représentations trompeuses et modifie ses comportements fautifs.

e) *Il existe un représentant demandeur qui :*

- (i) Représenterait de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe,
- (ii) A élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement,
- (iii) N'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs,
- (iv) Communique un sommaire des conventions et débours qui sont intervenues entre lui et l'avocat inscrit au dossier.

84. Les points (ii), (iii) et (iv) sont pleinement rencontrés en l'espèce et il serait étonnant qu'ils soient contestés:

- Un plan a été élaboré afin de proposer une méthode efficace de poursuivre l'instance au nom du groupe. Ce plan, intitulé « Plaintiff's litigation plan » est joint aux présentes⁴⁶. Même s'il n'existe aucune règle ou exigence fixe à l'égard du contenu du plan proposé, les éléments devant être couverts dans le plan, tel qu'élaboré par la jurisprudence, sont pleinement rencontrés en l'espèce⁴⁷.
- Il n'y a aucun conflit d'intérêts entre le représentant et d'autres membres du groupe.
- Un sommaire des conventions et débours qui sont intervenus entre le représentant et ses procureurs a été communiqué et rendu public depuis juin 2010. En effet, le sommaire des conventions d'honoraires est reproduit au

⁴⁶ Page 446, volume 1 des présentes.

⁴⁷ Voir *Buffalo*, précité, note 5 paragr. 148 à 153.

sous-paragraphe 17 c) du *Notice of Motion for certification* daté du 15 juin 2010⁴⁸.

85. La seule question qui demeure est celle de savoir si le représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des intérêts des membres. Il ne fait aucun doute que le demandeur a cette capacité.
86. Le représentant a été interrogé pendant près de dix heures par le procureur d'Amway et a expliqué avec franchise comment le système pyramidal mis en place par Amway avait bouleversé sa vie et celle d'autres.
87. Le demandeur a expliqué comment il avait été subjugué par les techniques de vente d'Esmon Emmons⁴⁹, un des affiants d'Amway et représentants d'Amway. Ces techniques de vente sont similaires à celles contenues dans les magazines *Achieve* produits au soutien de l'interrogatoire de M. Johnson et mettent en évidence la façon dont Amway s'y prend pour flouer le public : elle fait miroiter des possibilités illimitées de gagner de l'argent.
88. Les « représentants » d'Amway se sont immiscés dans la vie privée du demandeur. Les interventions des « représentants » d'Amway ont amené le demandeur à mentir à son épouse sur les circonstances entourant la signature du contrat avec Amway. Cet aveu n'était pas de nature à induire Amway en erreur puisqu'elle était partie à ce mensonge.
89. Or, même si Amway osait soulever un manque de crédibilité du demandeur qui affecterait sa qualité pour représenter adéquatement les membres du groupe, l'évaluation de la crédibilité d'un représentant est habituellement référée au juge du fond et ne se fait pas au stade de l'autorisation⁵⁰.

⁴⁸ Page 9, volume 1 des présentes.

⁴⁹ Voir les transcriptions de l'interrogatoire du demandeur produites dans le Particularized and Re-Amended Motion Record – to stay and compel arbitration. Il faut lire l'ensemble des transcriptions pour en saisir toute l'ampleur mais particulièrement les pages 337 à 500 et 587 à 620 du dossier de requête d'Amway.

⁵⁰ *578115 Ontario Inc. (c.o.b. McKee's Carpet Zone) v. Sears Canada Inc.*, [2010] O.J. No. 3921, paragr. 74-75; *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2009] O.J. No. 2531, paragr. 100-101; *Lambert v. Guidant Corp.*, [2009] O.J. No. 1910, paragr. 150. De plus, c'est uniquement dans des cas très précis, et

90. Amway serait même malvenue de soulever un manque de crédibilité du demandeur. À ce titre, il est utile de rappeler comment Amway s'est comportée tout au long des présentes procédures :

- a) Amway a produit neuf affidavits en réponse aux affidavit produits par le demandeur.
- b) La très grande majorité de ces affidavits proviennent d'une minorité de distributeurs indépendants qui se retrouvent à la tête du système pyramidal mis en place par Amway. Aucun de ces affiants n'a cru important de mentionner ce fait.
- c) Amway a produit un affidavit de M. VanderVen un dirigeant d'Amway Corporation une société liée à Amway Canada. M. VanderVen a témoigné être en charge depuis plusieurs années de la mise en œuvre des règles de conduites applicables aux distributeurs indépendants. M. VanderVen a affirmé ne pas être au courant du fondement et de la véracité d'un sondage que les distributeurs indépendants sont tenus de divulguer lorsqu'ils font des représentations sur leurs revenus personnels annuels. Le contenu des magazines *Achieve* établit qu'Amway ne fait rien pour s'assurer que les distributeurs indépendants qui font partie de l'élite n'induisent pas en erreur ceux qui sont en bas de la pyramide sur la rémunération réelle de ses distributeurs indépendants.
- d) Amway refuse de rendre publiques les données sur les fondements de ce sondage que l'on retrouve reproduit dans les contrats de distributeurs indépendants.

lorsque la Cour vient à la conclusion qu'elle ne peut manifestement pas accorder aucune crédibilité au représentant, que celui-ci doit être disqualifié; voir *Lambert v. Guidant Corp.*, [2009] O.J. No. 1910, paragr. 150; *Markson v. MBNA Canada Bank*, [2004] O.J. No. 3226, paragr. 75 à 89; *Grant v. Canada (Attorney General)*, [2009] O.J. No. 5232, paragr. 133-135; *578115 Ontario Inc. (c.o.b. McKee's Carpet Zone) v. Sears Canada Inc.*, [2010] O.J. No. 3921, paragr. 74; *Lambert v. Guidant Corp.*, [2009] O.J. No. 1910, paragr. 150.

- e) Amway a présenté un argument frivole fondé sur le caractère privilégié de ce document, afin de masquer le fait qu'elle était tenue de rendre publique cette information conformément à la *Loi*.
- f) Amway a soutenu que les données sur le nombre de distributeurs au Canada, y compris celui portant sur le nombre ayant atteint le niveau de *Diamond* était une information qui devait demeurer secrète. Or, l'interrogatoire de M. Johnson a démontré que cette prétention était sans fondement.
- g) Amway entretient une culture et un système fondés sur le secret dans ses séances de formation lesquelles sont bien décrites par le demandeur tout au long de son interrogatoire et est au centre de son organisation pyramidale. Le demandeur est en mesure de bien représenter les membres puisqu'il a été une victime de ce système.

PARTIE IV - CONCLUSION

91. Toutes les conditions pour que le recours collectif soit autorisé sont rencontrées.

POUR TOUTES CES RAISONS, LE DEMANDEUR DEMANDE RESPECTUEUSEMENT À CETTE COUR DE :

ACCUEILLIR la présente requête selon les conclusions énumérées aux paragraphes 1 à 11 du « Notice of Motion », soit :

1. An Order certifying the within action as a class proceeding;
2. An Order describing the class members as: "*All persons resident in Canada who distributed Defendants' products, since October 23rd, 2007 excluding the Defendants' employees and their affiliates and family members*";
3. An Order appointing the Plaintiffs as representative Plaintiffs;
4. An Order stating the nature of the claim as follows: an action in damages pursuant to section 36 of the *Competition Act*;
5. An Order stating that the relief sought is for a condemnation of the Defendants to pay to class members all the damages suffered by each of them since October 23, 2007, as a result of the Defendants' breaches of sections 52, 55 and 55.1 of the *Competition Act*;

6. An Order setting out the common issues as described herein;

Throughout the period of October 23, 2007 to the present:
 - Did the Defendants operate, in Canada, a multi-level marketing plan within the meaning of section 55(1) of the *Competition Act*?
 - Did the Defendants make representations to class members relating to compensation that distributors might receive?
 - In the affirmative, did the Defendants knowingly or recklessly make a false or misleading representation to the public in contravention of section 52 of the *Competition Act* ?
 - Did the Defendants provide class members with fair, reasonable and timely information relating to compensation actually received by typical participants in the plan or with respect to compensation likely to be received by typical participants?
 - Did the Defendants breach sections 52(1), 55(2) and/or 55(2.1) of the *Competition Act*?
 - Did the Defendants establish, operate, advise or promote a scheme of pyramid selling in contravention of section 55.1 of the *Competition Act*?
 - What remedies are available to distributors under section 36 of the *Competition Act*?
 - Are class *members* entitled to the collective recovery of aggregate damages?
7. An Order directing the Defendants to communicate to the Plaintiffs the list of all Canadian IBOs who were registered with the Defendants on October 23, 2007 and thereafter;
8. An Order approving the means and content of the notice that ought to be communicated to the class members pursuant to Rule 334.32 of the *Federal Courts Rules*;
9. An Order directing the Plaintiffs to communicate to class members the notice approved by the Court under Rule 334.32 of the *Federal Courts Rules*;
10. An Order declaring that the class action waiver and the arbitration clause provided in section 11.3.9 of Amway's *Rules of Conduct* and in Amway's Registration Agreement are unenforceable or inapplicable in the present case;
11. Any other orders that this Court finds just and appropriate;

Montréal, le 14 juillet 2011

Me Éric Lafrenière – Me André Lespérance
LAUZON BÉLANGER LESPÉRANCE inc.
286, rue Saint-Paul Ouest, bureau 100
Montréal (Québec) H2Y 2A3
Tél. : (514) 844-4646 / Télécopieur : (514) 844-7009

TRUDEL & JOHNSTON

750, Côte de la Place d'Armes, bureau 90

Montréal (Québec) H2Y 2X8

Me Philippe H. Trudel

Me Bruce W. Johnston

Tél. (514) 871-8385 / Téléc. (514) 871-8800

Procureurs du demandeur

PARTIE V- LISTE DES AUTORITÉS

JURISPRUDENCE

Buffalo v. Samson First Nation, [2009] 4 F.C.R. 3, confirmée en appel 2010 FCA 165

Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton, [2001] 2 R.C.S. 534

Hollick c. Toronto (Ville), [2001] 3 R.C.S. 158

Rumley c. Colombie-Britannique, [2001] 3 R.C.S. 184

Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'immigration), 2006 CF 197, [2006] 4 R.C.F. 341

Momi c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 738

Edwards v. Law Society of Upper Canada [1995] O.J. No.2900

Endean v. Canadian Red Cross Society (1997), 148 D.L.R. (4th) 158

Le Corre v. Canada (Procureur Général) (2005) FCA 127

Canada (Procureur Général) c. Shaklee Canada Inc., [1985] 1 C.F. 593 (C.A.F.)
Confirmée par la Cour suprême du Canada : [1988] 1 R.C.S. 662

R c. Boivin, J.E. 86-606 (C.A.Q.)

Carom v. Bre-X Minerals Ltd., 1999 CanLII 14794 (ON SC)

Cloud v. Canada (Attorney General) (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.) autorisation de pourvoi à la CSC refusée [2005] 1 R.C.S

Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et des services sociaux du Suroît, 2011 QCCA 826

Tiboni c. Merck Frosst Canada Ltd., 2008 CanLII 37911 (ON SC)

2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's Canada Restaurant Corp., 2009 CanLII 23374 (ON SCDC)

578115 Ontario Inc. (c.o.b. McKee's Carpet Zone) v. Sears Canada Inc., [2010] O.J. No. 3921

Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce, [2009] O.J. No. 2531

Lambert v. Guidant Corp., [2009] O.J. No. 1910

Markson v. MBNA Canada Bank, [2004] O.J. No. 3226

Grant v. Canada (Attorney General), [2009] O.J. No. 5232

DOCTRINE

Bulletin d'information intitulé *Lignes directrices, Commercialisation à paliers multiples et systèmes de vente pyramidale* -- articles 55 et 55.1 de la *Loi*, Bureau de la concurrence Canada, 29 avril 2009

Extraits, site Internet du Bureau de la concurrence :

<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/01230.html>

Avis juridique du Bureau de la concurrence daté du 28 septembre 2004, (no 3098143), à l'adresse suivante: <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>

LÉGISLATION CITÉE

Loi sur la concurrence L.R.C., 1985 ch. C-34