

CANADA

COURT OF APPEAL

---

PROVINCE OF QUEBEC  
DISTRICT OF MONTREAL

S. LAMBERT

*APPELLANT/Petitioner*

C.A.:

S.C.M.: 500-06-000493-094

-vs.-

WHIRLPOOL CANADA LP

and

WHIRLPOOL CANADA INC.

and

WHIRLPOOL CORPORATION

*RESPONDENTS/Respondents*

---

### INSCRIPTION IN APPEAL

---

1. The Appellant/Petitioner (“Lambert”) inscribes the present matter in appeal before the Court of Appeal, sitting in and for the Judicial District of Montreal.
2. This appeal is brought from the judgment of the Superior Court, District of Montreal, rendered by the Honourable Justice Danièle Mayrand (the “Judge in the First Instance”) on November 19, 2013 (the “Judgment”), which is attached hereto as **Annex 1**.
3. The Judge in the First Instance rejected Lambert’s Re-Re-Amended Motion to Authorize the Bringing of a Class Action & to Ascribe the Status of Representative (the “Motion for Authorization”) against the Respondents/Respondents (together “Whirlpool”), which is attached hereto as **Annex 2**.
4. The Judge in the First Instance also rejected, in part, Lambert’s verbal Motion to Amend his Motion for Authorization on the first day of the hearing as they related to the section “Facts Giving Rise to an Individual Action by the Petitioner” [paragraphs 16-24].
5. The hearing in the first instance lasted approximately two and half (2 ½) days.

6. Lambert respectfully asks that the Judgment be reversed and that the Motion for Authorization be granted with costs in both courts.

**A. Summary of Relevant Facts**

7. Lambert purchased a Whirlpool Duet Front-Loading Automatic Washing Machine (Model Number GHW9100LW2) on March 13, 2004 for \$1,804.45 including taxes (Exhibit JN-1).
8. In 2005, Lambert began to notice an odour which seemed to be emanating from his Washing Machine and in May 2005, he called Whirlpool to explain his situation and to obtain information and/or instructions on how to solve his problems with his Washing Machine. Lambert was referred by Whirlpool to Sears, from whom he had bought the Washing Machine.
9. Sears told Lambert that he should leave the door of the Washing Machine open when not in use, that he should always use High Efficiency (HE) detergent, and that he must frequently run an empty laundry cycle using only bleach. Lambert tried these techniques and, at first, it appeared to resolve the problem.
10. On May 5, 2005, Lambert purchased a « Contrat de protection ou réparation » so as to be sure that if his Washing Machine ever needed to be repaired, he would not be charged anything. At the time of the purchase of this contract, Lambert believed that the odour problem had been resolved through the use of Sears' recommended techniques; he was not aware of, nor did he suspect, that his Washing Machine suffered from a design defect ("vice de conception").
11. Between 2005 and 2010, Lambert continued to follow the directives provided by Sears and the problem seemed to be solved, as the odours were less obvious. From time to time, a smell did return, but by leaving the door open when not in use, by running empty cycles with bleach, and by using Affresh<sup>1</sup> tablets, the smell would disappear again.
12. While the suggestions seemed to work intermittently for odour control, the problem escalated and in May 2010, the Petitioner called Sears to come inspect the Washing Machine. On May 18, 2010, a technician came and removed the rubber joint on the interior of the door seal and replaced it with a new one. For the first time, Lambert was able to see black mould on the inside of the rubber joint. Once this repair was done, Lambert believed that the odour problem had now been repaired and resolved for good.
13. Between 2010 and 2012, the odour problem appeared to be solved. However, in 2012, the foul odour returned and this time Lambert, who had seen what the technician had done in 2010, pulled the rubber joint on the interior of the door seal

---

<sup>1</sup> Affresh is a product designed, manufactured, marketed, and sold by Whirlpool to specifically address the prevalent odour problems in the Washing Machines.

back himself and discovered that the black mould that he had seen in 2010 had returned.

14. At this point in time, Lambert turned to the internet to learn more information about the problem he was experiencing and to find some answers. He had now realized that all of Whirlpool's and Sears techniques and even the repairs were only band-aid solutions that mask the problem, but did not definitively fix it. Lambert discovered that the mould affecting his Washing Machine was the same problem described by other consumers on the internet that had the same Washing Machine; he concluded from this (and from his own personal situation) that the problems he experienced were the result of a design defect.
15. It is alleged that the Washing Machines in question suffer from serious design defects including, among other things:
  - a. The failure to properly drain water and to avoid lingering moisture;
  - b. The failure to sufficiently rinse away HE detergent and liquid fabric softener to prevent the accumulation of residues that contribute to the formation of mould, mildew and resulting foul odours;
  - c. The failure of the stainless steel drums to fully and properly drain in connection with each and every wash cycle and/or to not sufficiently permit the rinsing away and/or to prevent the accumulation of residues and growths; and
  - d. The failure of the door seal (the "boot") to fully or properly drain and/or remove residues and growths after each wash.
16. The result of these design defects cause the Washing Machines to:
  - a. Accumulate mould and mildew residue or growth within the Washing Machines;
  - b. Produce a mouldy or mildewy odour that permeates the Washing Machines and/or consumers' homes;
  - c. Produce a mouldy or mildewy odour on clothes and other items washed in the Washing Machines;
  - d. Fail to properly clean and to remove moisture, residue, growth, and/or bacteria that lead to the formation of mould, mildew and resulting foul odours; and
  - e. Be unusable in the manner, to the extent of, and for the purpose for which the Washing Machines were advertised, marketed, and sold;

17. In a nutshell, the design defect is that the Washing Machines do not properly self-clean (“auto-nettoie”) and thus are prone to biofilm buildup [see Dr. Gary Wilson Expert Report, Exhibit R-5].

“Since the ACCESS and HORIZON do not adequately self-clean, the by-products from the wash process (lint, suds, fabric softener, soils of all types, and flakes of skin, body oils, and hair) remain trapped in the washer. The warm moist environment inside the washer along with the debris mentioned above provide an ideal environment for the growth of mold and bacteria which feed on the debris and produce Biofilm and foul odor.

...

The odor is a symptom of the actual problem which is, the machines uniformly fail to self-clean. Therefore the bacteria and mold begin to feed on the by-products of the wash process producing a Biofilm which eventually produces the offensive odor.

...

The ACCESS and HORIZON models that were evaluated from the 2002-2008 time period uniformly failed to self-clean which often leads to a severe odor from the machine and the clothes what were washed.”

18. It is alleged that Whirlpool has known about the design defects for years, but has failed to take any adequate remedial steps as can be seen from the certain internal documents:

- a. In a Whirlpool Document dated 07.02.2005, it was stated that 35% of “Duet” model customers were “complaining about bad odors” and “[c]omplaints are increasing from all other markets” (Exhibit R-7);
- b. In September 2008, Whirlpool assumed, for the purpose of discussing the marketing of Affresh Tablets, that 50% of owners of High Efficiency clothes washers “may have odor problems” (Exhibit R-8);
- c. In 2007, Whirlpool launched the sale of Affresh tablets as the “solution to odor causing residue in HE washers”. Affresh formed a “new washer cleaning category” with estimated \$50 million to \$195 million in revenue (Exhibit R-8);
- d. A 2005 Whirlpool Document indicated that a “Quick Fix” being planned would not reduce the complaints so it was necessary “to make basic design changes to all FL platforms” (Exhibit R-9);
- e. In a September 2008 discussion of the market for Affresh tablets Whirlpool stated that “[a]ll manufacturers of HE washing machines tell their customers that HE washers need special care to prevent residue and odor- ‘Use bleach and leave the door open’- Bleach is a topical solution that does not reach the

core issue. Thus, the odor may come back in avg. 2 weeks and dissatisfaction from customers may be high.” (Exhibit R-8);

- f. In a Whirlpool Document dated March 1<sup>st</sup> 2006 (Exhibit R-10), Whirlpool stated that:

“the [Bio Films] lead to so called crevice corrosion of vital parts such as the aluminum cross piece which holds the drum. This corrosion is usually only noticed by the customer when the component fails”

....

“[t]he consumer sees and smells Bio Film ... Potentially even more serious is the corrosion risk associated with Bio Film ... Use of hypochloride bleach accelerates this corrosion”

...

“[e]xamination of Access machines from the field shows signs of corrosion of the cross piece after 2 years of use”

...

“[b]oth phenomena, odors and corrosion, can be observed independently from one another” (Exhibit R-10);

- g. The March 1<sup>st</sup> 2006 Whirlpool Document (Exhibit R-10) described Bio Film and its effects as follows:

“For this project, Bio Film describes all kinds of deposits which occur in the wet area of the washing machine, whether organic or inorganic. Strictly speaking we have two separate phenomena:

\* Odours: biofilm, which forms when bacteria adhere to surfaces in aqueous environments and begins to excrete a slimy, glue-like substance that can anchor them to all kinds of materials such as metals, plastics, soil particles. A Bio Film can be formed by a single bacterial species, but more often biofilms consist of many species of bacteria, as well as fungi, algae, debris and corrosion products. When this organic matter decays it will start to smell. This leads to customer complaints.

\* Corrosion: closely associated with primarily organic Bio Film are inorganic deposit. They consist of the detergent residues, minerals which are deposited during the wash process and fibers and soil coming from the laundry. They can serve as substrate for Bio Film. The deposits

lead to so called crevice corrosion of vital parts such as the aluminum cross piece which holds the drum.

This corrosion is usually only noticed by the customer when the component fails”;

- h. The March 1<sup>st</sup> 2006 Whirlpool Document (Exhibit D-10) deals with requirements for reducing corrosion:

“\* Requirements to discourage deposits and growth of Bio Film inside the tub, especially on the cross piece:

- \* Machine must keep itself clean.
- \* Robust design of the tub, drama and cross piece to avoid deposit growth and facilitate self-cleaning;
- \* Water system must make internal rinsing of tub possible
- \* Wash programs must include internal cleaning steps
- \* Use corrosion proof aluminum alloys
- \* Limit the amount of bleach the consumer can use
- \* Design a cleaning cycle which does not use hypochloride bleach
- \* Give clear instructions to the consumer how to keep the machine clean”;

- i. The March 1<sup>st</sup> 2006 Whirlpool Document (Exhibit R-10) discusses why biofilm and corrosion were becoming an issue at that time. The document attributes it to changes in washing habits (fewer high temperature programs, increased use of liquid detergent with reduced corrosion inhibitors, short cycle time has priority leading to full load being washed on express cycle with insufficient rinse, market requiring big load capacity), wash programs using less water at lower temperatures leading to poor cleaning of the inside of machine and the fact that the Whirlpool Washing Machines machines are basically a European design, not necessarily suited to US washing habits (low water temperatures, HE detergent not always used and widespread use of bleach in quite high quantities). The discussion also identified “lack of specifications and poorly understood design concepts”:

- \* Avoidance of deposits not a design requirement. This would require contributions from mechanical design hydraulic design and wash technology.

\* Consequences of bleach usage not fully understood;

- j. The March 1<sup>st</sup> 2006 Whirlpool Document (Exhibit R-10) notes that a cleaning cycle was introduced in the mid-2005 with the objective to enable the customer to eliminate odors. This document states:

“This cycle does not address the root cause: odors caused by a combination of humidity and decaying organic material in the tub of the washing machine”;

- k. A January 24<sup>th</sup> 2005 Whirlpool Document notes that “legal states nearly 100% assurance that ACCESS case will follow” (Exhibit R-11);
- l. In an October 1<sup>st</sup> 2004 e-mail (Exhibit R-12), Anthony H. Hardaway of the Whirlpool Corp. stated:

“Hi all,

One immediate issue that I need your input on is Horizon and its' scheduled release on the tub design next week according to Michael Laue. We really need to consider stopping the release and modifying the tub design to eliminate pooling positions. This is were (sic) we have seen both soils and water pooling on both Horizon and Access, which ultimately serves as the nucleation sites for mold and bacteria growth. Everything we know to date suggests that is a major area for future problems. It appears to be the first area on Access and Horizon to show the buildup initiation. Logic suggests that if (sic) collect water and soils in these areas of the tub, it is only a time before the buildups increase is (sic) scope and biofilm growth with all of its “negative” consumer identifiable symptoms begins. Please advise”;

- m. A 26.10.2004 Whirlpool Document entitled "Minutes Access / Matador / Horizon - Bio-film issue" (Exhibit R-13) states:

Whirlpool and Sears get an increasing number of calls complaining about "odor". A detailed analysis has confirmed that the odor is caused by mold/mildew and bacteria inside of the wash unit including hoses.

It was decided to use the term "biofilm" to communicate a less alarming verbiage that (sic) the words "mold-mildew-fungi and bacteria. Biofilm literally is intended to mean detergent residues, all types of consumer soils, water mineral serve as a substrate that

support the growth of both bacteria and fungi with warm humid low airflow environmental conditions." (AH)

AH summarize the OBSERVATIONS in one of the previous emails as following.. .

- ALL homes and offices contain mold (fungi) which can start to grow anywhere the environmental conditions are favorable. The "HE" watcher can provide a nearly perfect condition for both fungi and bacteria growth.

- Flotation of soils and the detergent components by high sudsing appears to be a major contributor to the problems.
- Use of "HE" detergents helps to reduce the problem, but is not sufficient by itself.
- Some "HE" detergents are in reality standard detergents with the "HE" or "HE compatible" icon added.
- Any low flow or area which allows pooling of water, soils, and detergent components appears to be the initial sites for problems.
- The Access' webbed tub structure appears extremely prone to water and soil depositions.
- Aluminum basket cross-bar appears extremely susceptible to corrosion with biofilm;

n. A September 24<sup>th</sup> 2004 e-mail from Anthony H. Hardaway (Exhibit R-14).

### **B. Faults Being Claimed Against Whirlpool**

19. What has become clear from the above set of facts and which was alleged in the Motion for Authorization, is the following:

- i) The Whirlpool Washing Machines were designed in a manner which, under normal conditions, usage and application causes them to degrade by developing scud and corrosion;
- ii) The Whirlpool Washing Machines were not properly or adequately tested to avoid design defects;
- iii) The Whirlpool Washing Machines were marketed in such a manner as not to reveal the design defects and the consequences thereof;



- iv) The Whirlpool Washing Machines failed to perform at their optimal level because of premature degradation and Whirlpool's failure to rectify the design defects;
- v) The Whirlpool Washing Machines' design was not changed promptly once Whirlpool knew the machines were subject to premature degradation and would develop crud and corrosion;
- vi) Inadequate testing was carried out to ensure a proper design and to ensure proper and prompt modifications to the Whirlpool Washing Machines to eliminate the foreseeable risks;
- vii) Whirlpool failed to attach an adequate warning or warning label to the Whirlpool Washing Machines or to the owners' manuals alerting users of the risk of the inevitable build-up;
- viii) Whirlpool failed to establish any adequate procedure to educate their distributors, sales and service representatives or the ultimate users;
- ix) Whirlpool failed to establish any adequate procedure to ensure that possible design defects in the Whirlpool Washing Machines were discovered and users' complaints were transmitted from them to the customers, sales representatives or distributors;
- x) Whirlpool failed to establish any adequate procedure for evaluating customers' complaints with respect to the Whirlpool Washing Machines;
- xi) Whirlpool failed to recall and to repair or to ensure the repair of Whirlpool Washing Machines that Class members gave to themselves or to their agents for servicing;
- xii) Whirlpool failed to accurately, candidly, promptly and truthfully disclose the defective nature of the Whirlpool Washing Machines;
- xiii) Whirlpool failed to identify, to implement and to verify that procedures were in place to address design problems, complaint handling or timely notification of Whirlpool Washing Machines' failures or complaints;
- xiv) Whirlpool failed to conduct in-process and finished device testing to ensure performance specifications for the Whirlpool Washing Machines were met;
- xv) Whirlpool failed to adequately define or control written manufacturing specifications, processes, procedures and controls for the Whirlpool Washing Machines;

- xvi) Whirlpool failed to conform with good manufacturing and distribution practices;
- xvii) Whirlpool failed to introduce proper quality assurance programs to identify, to recommend or to provide adequate solutions for the design defects;
- xviii) Whirlpool failed to change their design, manufacturing and assembly process with respect to the Whirlpool Washing Machines in a reasonable and timely manner;
- xix) Whirlpool failed to properly supervise their employees, their subsidiaries and associated and affiliated corporations;
- xx) Whirlpool failed to advise Lambert and the Class Members that the Whirlpool Washing Machines were defective and needed to be repaired or taken out of service;
- xxi) Whirlpool knew or ought to have known of the abnormal wear and tear and risk of damage to Whirlpool Washing Machines and the substantial danger to the health and safety of Lambert and the Class Members;
- xxii) Whirlpool failed to conduct adequate testing and research regarding the risk of using the Whirlpool Washing Machines;
- xxiii) Whirlpool failed to engage in adequate pre-market and production testing of the Whirlpool Washing Machines; and
- xxiv) Whirlpool continues to fail to fulfill its ongoing obligation to fully disclose the results of their testing and research regarding the damage to Whirlpool Washing Machines;

20. The question that must be put forward as it relates to the claim for (i) refund of the purchase price of the Whirlpool Washing Machines or otherwise the premium of the purchase price paid over other washing machines, (ii) overpayment for Whirlpool Washing Machines, which contain a latent defect, (iii) costs of repairs, including attempting to identify the problems, whether by Whirlpool or a third party, (iv) refund of the purchase price of purported remedies to the problem, whether by Whirlpool (Affresh products) or a third party, (v) replacement costs for items ruined by the Washing Machines, and (vi) punitive damages under the *Consumer Protection Act* ("LPC") for the Whirlpool Washing Machines must then be:

Can a company design, manufacture, distribute, market and sell a home appliance with serious design defects, fail to inform and/or disclose to consumers that problems will inevitably occur even if they operate and maintain the appliance as instructed, fail to recall, repair and/or replace the appliances and

profit from the concealment of the design defects by charging premium prices, charging for repair services, and selling ineffective palliative products?

21. This question is particularly relevant considering the joint application of articles 228, 253, and 272 of the *Consumer Protection Act*. If one would agree that knowing that the Whirlpool Washing Machines have serious design defects is an “important fact”, then Whirlpool has committed a prohibited business practice. In the case of an “omission of an important fact” under art. 228 LPC, art. 253 LPC adds an extra presumption in law that “it is presumed that had the consumer been aware of such practice, he would not have agreed to the contract or would not have paid such a high price” (art. 253 LPC). Such a statutory violation would entitle the consumer to a refund of the purchase price paid and would also give rise to punitive damages under art. 272 LPC.

22. With regard to Lambert’s situation, the question needs to be asked if:

Considering that Lambert has clearly proven his interest as: (1) a purchaser of a Whirlpool Washing Machine, who is entitled to a (i) refund of the purchase price of the Whirlpool Washing Machines or otherwise the premium of the purchase price paid over other washing machines, (ii) overpayment for Whirlpool Washing Machines, which contain a latent defect, (iii) costs of repairs, including attempting to identify the problems, whether by Whirlpool or a third party, (iv) refund of the purchase price of purported remedies to the problem, whether by Whirlpool (Affresh products) or a third party, (v) replacement costs for items ruined by the Washing Machines, and (vi) punitive damages – Can he act as a proper representative for a class action? Should prescription of his personal action have been adjudged at the authorization stage or was it premature? And if so, did the Judge in the First Instance misinterpret and/or misapply the rules of prescription, namely, that it does not begin to run until the Petitioner was aware of the fault, damages and causal connection in an appreciable manner?

23. This question is particularly relevant considering the joint application of articles 1012 and 1024 of the C.C.P and articles 2897, 2908, 2925 and 2926 of the C.C.Q. If one would agree that prescription does not begin to run until the three (3) elements of civil responsibility coincide, namely, fault, damages and causation and if one would agree that these three elements did not meet until August 2012 in this case, then Lambert’s action was not prescribed at the time that the Motion was filed. It is safe to say that the issue of prescription is, in any case, an arguable issue that goes to the merits of the case, it was premature to adjudge upon it. Lastly, prescription is an individual question and not a collective question; it should not be applied to bar thousands of Class Members’ claims at the authorization stage.

### **C. Standard of Review**

24. There is a general principle of non-intervention of the Court of Appeal on the trial judge’s assessment of the evidence. As a general rule, the powers of the Court of

Appeal are limited in the sense that the judge in the first instance is afforded a wide discretion as he/she is in a position to appreciate testimony and to see and hear the witnesses.

25. In the present case, the Appellant/Petitioner was examined out-of-court on two (2) occasions, on June 11, 2013 and again on August 29, 2013 as he was unable to be present at the authorization hearing. The Appellant/Petitioner, nevertheless, agreed not to ask for a postponement of the authorization hearing and instead to be examined out-of-court as an accommodation to the Respondents. Thus, the Judge in the First Instance never met, saw, or heard the Petitioner's testimony and was therefore not in a better position than this Honourable Court of Appeal to evaluate Lambert's credibility.
26. In order for this court to intervene in the matter, it is not necessary that the Judge in the First Instance to have committed a "palpable and overriding error" or that her motives were "completely erroneous". All that is necessary is that the Judge in the First Instance has misinterpreted the law on key components of the analysis under art. 1003 C.C.P. which is precisely the case at hand.
27. The Judge in the First Instance has misinterpreted and/or misapplied the laws of prescription and how this issue of prescription relates to art. 1003 b) and 1003 d) C.C.P. Specifically, the Judge in the First Instance determined that the Petitioner's individual action was prescribed, which she concluded was fatal to 1003 b) and 1003 d) and she further took into account irrelevant and unjustified factors into consideration when determining whether the Petitioner was in a position to represent the members adequately.

- *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59

« [40] Contrairement aux prétentions des appelantes, la Cour d'appel pouvait intervenir sans devoir conclure que le juge saisi de la requête avait commis une « erreur manifeste et dominante » ou que ses motifs étaient « manifestement erronés ». Comme nous le verrons dans les motifs qui suivent, le juge saisi de la requête a mal interprété la loi au sujet des composantes principales de l'analyse fondée sur l'art. 1003, à savoir le transfert des hausses de prix comme fondement de la cause d'action, la démonstration d'une perte globale à l'étape de l'autorisation, les exigences relatives au seuil de preuve et au seuil légal applicables à l'autorisation et la nécessité de satisfaire aux critères permettant d'accueillir une action aux termes des art. 36 et 45 de la Loi sur la concurrence. Ces erreurs ont permis à la Cour d'appel d'appliquer les normes juridiques appropriées aux conclusions de fait du juge saisi de la requête et d'en dégager les conclusions de droit correctes. »

#### **D. Grounds of Appeal**

28. The grounds of appeal stem from the following questions:

- i. Did the Judge in the First Instance err in law by failing to address the Petitioner's argument to authorize a class action as it relates to the: (i) refund of the purchase price of the Whirlpool Washing Machines or otherwise the premium of the purchase price paid over other washing machines, (ii) overpayment for Whirlpool Washing Machines, which contain a latent defect (iii) costs of repairs, including attempting to identify the problems, whether by Whirlpool or a third party, (iv) refund of the purchase price of purported remedies to the problem, whether by Whirlpool (Affresh products) or a third party, (v) replacement costs for items ruined by the Washing Machines, and (v) punitive damages against the Respondents for having:
  - a) Designed, manufactured, distributed, marketed and sold Washing Machines with serious design defects,
  - b) Failed to inform and/or disclose this fact to consumers,
  - c) Failed to recall, repair and/or replace the appliances,
  - d) Charged for repair services, and
  - e) Profited from the sale of ineffective remedial products,

thereby pocketing substantial sums of money, the whole in violation of articles 1375, 1407 and 1457 of the C.C.Q. and articles 37, 41, 53, 54, 219, 228, 253, and 272 of the *Consumer Protection Act*? [art. 1003 b) C.C.P.]

- ii. Did the Judge in the First Instance err in law by concluding at the authorization stage that the Petitioner's action was prescribed at the time that the action was filed in December 2009 despite the fact that (a) the Petitioner's action is not prescribed as prescription did not begin to run until the Petitioner was aware of the fault, damages and causation in an appreciable manner, namely in August 2012, (b) it was premature at the authorization stage to make this determination on this arguable issue without a proper and complete record which will be available at the trial on the merits, and (c) if it is ultimately decided at the trial on the merits that the Petitioner's action is prescribed, it is still not fatal to the action under article 1012 and 1024 of the C.C.P and articles 2897, 2908, 2925 and 2926 of the C.C.Q.? [art. 1003 b) C.C.P.]
- iii. Did the Judge in the First Instance err in law by concluding that the Petitioner could not act as the Representative of the Class as he did not a personal action against the Respondents, despite the fact that he may be substituted on the merits with another member of the Class if it was determined that he was no longer in a position to represent the members adequately under article 1024 C.C.P.? [art. 1003 d) C.C.P.]
- iv. Did the Judge in the First Instance err in law by concluding that the Petitioner could not act as the Representative of the class despite having an interest to sue, competence and an absence of a conflict of interest? [art. 1003 d) C.C.P.]

- v. Did the Judge in the First Instance err in law by concluding that the Petitioner was not credible enough to allow him to be an adequate representative of the class [1003 d) C.C.P.]

**I) Refund, Overpayment, Cost of Repairs/ Remedies and Punitive Damages**

29. The Judge in the First Instance agreed that the criteria of 1003 a) C.C.P. were satisfied as the question of whether Class Members suffered damages due to the design defects of the Washing Machines is common to all Class Members:

« [62] La question de savoir s'il y a un vice de conception non apparent des laveuses parce que l'usage conduit à la manifestation de moisissures, de mildious et d'odeurs de moisi et pour lesquels les produits de nettoyage réguliers sont des traitements inefficaces est une question mixte de fait et de droit identique, similaire ou connexe à l'ensemble des membres visés.

[63] La démonstration d'une perte globale subie par les membres est suffisante à cette étape du recours sans besoin d'établir une perte individuelle de chacun des membres.... »

30. The Judge in the First Instance also agreed that the criteria of 1003 c) C.C.P. were satisfied as 100,000 Washing Machines were sold in Quebec during the Class Period:

« [64] Ce critère est satisfait, 100 000 laveuses ont été vendues au Québec au cours de la période visée par la Requête. »

31. The basis of this claim for the refund of the purchase price, cost of repairs, refund of purchase price of purported remedies, replacement costs for ruined items and punitive damages can be explained by Whirlpool having:

- a) Designed, manufactured, distributed, marketed and sold Washing Machines with serious design defects;
- b) Failed to inform and/or disclose this fact to consumers;
- c) Failed to recall, repair and/or replace the appliances;
- d) Sold the Washing Machines at premium prices;
- e) Charged for repair services; and
- f) Profited from the sale of ineffective remedial products.

32. Therefore, Whirlpool is presumed to have always known about the design defect right from the start (art. 53 LPC) and/or was bound to warrant that the Washing Machines were “free from latent defects which render it unfit for the purpose for which it was intended or which so diminish its usefulness that the buyer would not have bought it or paid so high a price if he had been aware of them” (art. 37 LPC).
33. In any case, from the Whirlpool documents produced in the Motion for Authorization (Exhibits R-7 to R-14) and which appear above in paragraph 18, it is patently clear that Whirlpool knew about the design defect from very early on.
34. Whirlpool was required, in accordance with art. 228 LPC, to divulge the “important fact” that the Whirlpool Washing Machines have serious design defects.
35. Having failed in this legal requirement, there is a legal presumption, in accordance with art. 253 LPC, that had such disclosure been made, consumers would not have agreed to buy Whirlpool Washing Machines or would not have paid such a high price.
36. In addition to the refund of the purchase price or otherwise for the overpayment of the purchase price for a product free from defects, art. 272 LPC allows for punitive damages. It is respectfully submitted that the conduct of Whirlpool as alleged in these proceedings justifies, at least *prima facie*, an order for exemplary damages for both general deterrence to corporations and specific deterrence to Whirlpool to not commit prohibited business practices and to not take advantage of consumers.
37. If the Respondents are allowed to retain the money from the sale of the Whirlpool Washing Machines, from the cost of repairs and from the purchase price of purported remedies, it would be tantamount to allowing Whirlpool to profit from its own turpitude.
38. A refund of the purchase price of the Washing Machines, overpayment of the purchase price for a product free from defects, the cost of repairs, the purchase price of purported remedies as well as, punitive damages should have justified and a judgment could authorize a class action on those bases alone.

## **II) Prescription**

39. The Judge in the First Instance wrongly concluded that the Petitioner did not satisfy the criteria of 1003 b) C.C.P. based solely on the issue of prescription and not on any other consideration about the facts alleged justifying the conclusions sought. Thus, the only argument put forward at present relates to the issue of prescription.
40. The Judge in the First Instance erred in concluding that the Petitioner's action was prescribed at the time that the action was filed on December 21, 2009 for three reasons:

- A) Petitioner's action is not actually prescribed;
- B) It is premature at the authorization stage to make a determination on the arguable issue of prescription without a proper and complete record which will be available at the trial on the merits; and
- C) Even if, at the trial on the merits, it is decided on the basis of a proper and complete record that the Class Representative's action was prescribed, he can be replaced with another class member pursuant to article 1024 C.C.P.

### **A) Petitioner's Action is not Prescribed**

41. Articles 2925 and 2926 of the C.C.Q. provide:

**2925.** An action to enforce a personal right or movable real right is prescribed by three years, if the prescriptive period is not otherwise established.

**2926.** Where the right of action arises from moral, corporal or material damage appearing progressively or tardily, the period runs from the day the damage appears for the first time.”

#### **a) Knowledge of the Elements of Liability**

42. Prescription does not begin to run until the Petitioner is aware of the three (3) elements of civil responsibility, namely, fault, damages and causation. The Petitioner must know that the Whirlpool committed a fault; i.e. must be aware that his Washing Machine is afflicted with a design defect [fault], must be aware of the damages, namely, that the Washing Machines had a propensity to develop mould and must be aware of the link between the two.

- *La prescription*, Céline GERVAIS, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2009, p.107:

« Le principe fondamental en la matière, tel qu'il a été expliqué par la Cour suprême, veut que la prescription ne puisse commencer à courir avant que ne soit né le droit de recourir à l'action<sup>2</sup>. C'est pourquoi on peut facilement conclure que la prescription ne peut débuter avant le premier moment où la victime avait la possibilité d'agir. Ce moment survient lorsque la partie demanderesse a connaissance des trois éléments de la responsabilité, soit la faute, le dommage et le lien de causalité.

Le principal élément de la responsabilité civile est certainement la faute. C'est en effet la violation du droit qui donne ouverture à un recours. Il est

<sup>2</sup> *Morin c. Canadian Home Insurance Co.*, [1970] R.C.S. 561.



donc primordial que le demandeur sache que la partie adverse a commis une faute à son endroit.

La connaissance du lien de causalité est également essentielle, tout comme celle de l'identité de l'auteur du dommage.

La connaissance des éléments de la responsabilité pouvant fonder le point de départ de la prescription doit s'appuyer sur une base réelle, et non pas sur de simples craintes ou soupçons. La Cour d'appel l'a réitéré à deux reprises<sup>3</sup>. (nous soulignons) »

- *Monopro Ltd. c. Montreal Trust*, J.E. 2000-777, REJB 2000-17480 (C.A.) (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, [2001] 1 R.C.S. xv):

« [5] L'appelante a vu son action en dommages rejetée. Après avoir retenu la faute de l'intimée, la Cour supérieure a conclu à la rupture du lien de causalité et à la tardiveté de l'action. Comme la question de la prescription suffit pour disposer du pourvoi, il n'est pas nécessaire de discuter du lien de causalité.

[...]

[17] Sur la question de la prescription, l'appelante soutient avec raison que la prescription ne commence à courir que lorsque tous les éléments de responsabilité sont présents, soit la faute, le dommage et le lien de causalité. »

43. In 2005, the Petitioner began to notice a foul odour that he suspected was emanating from his Washing Machine as he explains in his second out-of-court examination of August 29, 2013, at page 12:

« Q- [...] Quand est-ce que c'était la première fois que vous avez remarqué quelque chose de négatif, je sais pas exactement comment le définir, mais quelque chose de négatif avec votre machine ?

R- Je vous dirais qu'au début de l'année deux mille cinq (2005), suite aux pressions de ma conjointe qui, dans le fond, c'est elle qui faisait la laveuse, puis ces choses-là, m'a fait remarquer qu'il y avait des odeurs qui semblaient venir de la laveuse, parce que un petit peu avant ça on avait... on s'était aperçu que sur les serviettes de bain, un peu sur nos linges de coton ouaté, il y avait pas une bonne odeur notre linge. »

<sup>3</sup> *Bazile c. Fonds d'Indemnisation en assurances de personnes*, [1999] R.J.Q. 1 (C.A.); *Air Transat A.T. c. Taillefer*, J.E. 2006-249 (C.A.).

44. In May 2005, the Petitioner called Whirlpool to explain his situation and to obtain information and/or instructions on how to solve his problems with his Washing Machine, as he explains in his second out-of-court examination of August 29, 2013, at pages 13-15:

- « R- Ça fait que j'ai fait un appel quelque part en avril, mai deux mille cinq (2005) à Whirlpool...
- Q- O.K. Parlez-moi de ça.
- R- [...] pour leur mentionner que j'avais des problèmes avec la laveuse, odeurs, ces choses-là. Ils m'ont référé à Sears, ceux qui m'avaient vendu la sècheuse... la laveuse, par la sècheuse, excusez, la laveuse, et à ce moment-là eux ce qu'ils m'ont dit de faire c'est... parce que je leur ai expliqué...
- Q- Pas besoin de venir là-dessus. Mais vous avez fait l'appel à Sears maintenant?
- R- Oui.
- Q- O.K.
- R- Au département de maintenance.
- Q- O.K.
- R- Eux m'ont dit : « *Ouvre la porte, fais les nettoyages à l'eau javel, puis garde la porte ouverte, les odeurs devraient... puis réfère-toi à ton manuel, regarde tout ça, puis ça devrait être correct.* » C'est ce que j'ai fait.
- Q- O.K.
- R- J'ai mis de l'eau de javel, *Empty Cycle*, des cycles à vide, on faisait ça de temps en temps, oui. Oui, c'était correct, mais ça revenait toujours l'odeur.
- [...]
- Q- O.K. Et qu'est-ce qui est arrivé ?
- R- Bien, ça réglait le problème pour un bout de temps, puis après ça, bien, ça revenait, puis là encore *Empty Cycle*, l'eau de javel. Pour toujours stabiliser le problème il fallait faire dans le fond ce qu'ils m'ont demandé, ouvrir la porte, faire des cycles à vide pour... mais l'odeur revenait toujours. »

45. In May 2005, when the Petitioner purchased a « Contrat de Protection ou Réparation » he was under the impression that the odour problem was fixed, as he explains in his second out-of-court examination of August 29, 2013, at pages 15-16:

- « Q- ... que l'achat de votre service d'entretien, je sais pas comment... « Contrat de protection ou réparation », bon, ça a commencé le cinq

(5) mai deux mille cinq (2005). Alors, est-ce que vous pouvez nous expliquer pourquoi est-ce que vous avez acheté ce contrat de protection ?

R- Moi, en tant que consommateur, je suis un consommateur qui, pour question de sécurité dans le fond, j'ai décidé d'acheter le contrat pour que ce soit de la maintenance ou des bris futurs de ma laveuse, parce que d'ouvrir la porte, faire des Empty Cycle à toutes les fois, je me dis j'ai un risque. Ça fait que pour ma propre protection puis la protection de mon portefeuille, j'ai dit : « Je vais prendre un plan de garantie prolongée ». Bien, un plan de services, dans le fond, qui couvre la maintenance et la réparation.

Q- O.K. Mais lorsque vous avez acheté ce contrat...

R- Oui.

Q- ... est-ce qu'il y avait des problèmes avec la machine à ce moment ?

R- Non. Le seul problème qu'il y avait... bien, la seule chose qu'on avait constatée, c'est quand on avait appelé juste avant les problèmes d'odeur, c'est tout ce que j'avais constaté.

Q- Mais est-ce que le problème était réglé ou non avant que vous avez acheté ce contrat ?

R- Oui. Bien, c'est parce que ça faisait la job à toutes les fois qu'on faisait un Empty Cycle, ça réglait le problème. »

46. Between 2005 and 2010, the Petitioner continued to follow the directives provided by Whirlpool and the problem seemed to be solved, as the odours were less evident. From time to time, odours returned, but by running empty cycles with bleach or by using the Affresh tablets and leaving the door open when not in use, they would disappear again.

47. It is important to note that at no time before 2010 did the Petitioner see or otherwise know about the mould (i.e. the damage) that was growing inside the Washing Machine, a place to which he had no visible access.

48. While the suggestions seemed to work for odour control, the problem continued to escalate and in May 2010, the Petitioner called Sears to come inspect the Washing Machine. A technician came and removed the rubber joint on the interior of the door seal. Lambert saw that a significant amount of mould had been growing around it, as he explains in his second out-of-court examination of August 29, 2013, at pages 18-19 and 21-22:

« Q- Mais qu'est-ce qui est arrivé en deux mille dix (2010) que vous avez fait l'appel à ce jour-là ?

- R- Ça ? Une crise de mon épouse.
- Q- *Fine*. Parlez-moi de ça.
- R- Elle a *pété les plombs*, comme on dit en québécois, là, puis elle m'a dit...
- [...]
- R- ... puis elle m'a dit : « *Sylvain, ça marche pas, on fait ci, on fait ça, on a toujours ces odeurs-là, le linge sent pas bon, on a scrapé des serviettes, là ça ne marche plus, faut faire de quoi.* » Elle m'a *pété* une grosse crise.
- Q- Mais pourquoi entre deux mille cinq (2005) et deux mille dix (2010) il y avait...
- R- Bien, on a toujours essayé en disant on rouvre la porte, c'est tout ce qu'ils nous avaient dit : « *Ouvre la porte, fais des cycles.* » On a toujours essayé ce qu'ils nous avaient dit, puis ces choses- là. Ça faisait juste... bien, le problème était toujours là, puis il augmentait, il diminuait un petit peu, il augmentait, diminuait un petit peu, mais en deux mille dix (2010), elle m'a dit : « *No way, là ça marche pas, là, on scrape des serviettes, on fait ça, on va se débarrasser. Puis là, vous faites quoi ? Appelle, t'as encore ton contrat de maintenance, appelle-les, dis-y qu'il vienne, y qu'il inspecte la laveuse, puis qu'il fasse quelque chose.* »
- [...]
- R- Bon. Deux mille dix (2010), j'appelle Sears, là je leur dis : « *Il faut que vous veniez, ça marche pas, ça sent pas bon.* »
- Q- O.K.
- R- Ça fait que là ils sont venus, il y avait aussi... vu que j'avais un contrat d'entretien, il y avait aussi d'autres problèmes que vous avez sur la feuille ici, là, il y avait une petite fuite d'eau au niveau de la pompe, ce que vous voyez là.
- Q- O.K.
- R- Ça fait que j'ai appelé, j'ai dit: «*Ça pue, ça a pas d'allure, venez.* »
- Q- O.K.
- R- Là ils sont venus. Là, quand le gars de... le technicien de Sears est venu, a tout inspecté le caoutchouc, il a vu... là, quand il l'a sorti, j'ai vu en même temps que lui que c'était tout moisi, c'était tout noir, c'était plein de choses. Il est allé dans son camion, il a remplacé le joint de caoutchouc, j'ai dit : « *Ah, le problème est réglé, c'était ça, c'est normal, c'est plein de moisi.* » Ça fait qu'il a enlevé dans le fond la pièce qui était toute moisie, j'ai dit : « *Ça va régler le problème.* » Ça fait que on a... c'est ça, c'est ça qu'ils ont fait. »

49. Although Lambert saw that mould had developed in the interior of the door seal of the Washing Machine in May 2010 when the technician removed the rubber joint, prescription does not yet begin to run because the other two elements of fault and causation were not yet known to the Petitioner.

50. In addition, following the technician's repair in 2010, Lambert was of the opinion that the problem was solved by changing the door seal that was full of mould and he had no reason to believe that the problem would reoccur.

51. In fact, between 2010 and 2012 the problem was apparently resolved. However, the foul odour returned even more pronounced, as he explains in his second out-of-court examination of August 29, 2013, at pages 22-23:

« Q- O.K. Et après ça, qu'est-ce qui est arrivé avec votre laveuse ?

R- Ça allait super bien pour quelques mois, on a dit : « *Hey, c'est réglé.* » Un (1) mois, deux (2) mois, ça allait bien, puis à un moment donné, ma blonde a dit : « *Je pense qu'on a encore un problème.* »

52. As the Petitioner was present when the technician replaced the door seal in 2010, he knew how to remove it. He decided to examine the rubber and he saw that the mould had grown back again, as he explains in his second out-of-court examination of August 29, 2013, at pages 24-25:

« R- Puis ce qui a déclenché aussi, quand elle m'a fait la crise, de dire, bon, O.K., là, il faut faire de quoi, moi en deux mille dix (2010), quand il était venu remplacer le joint, je l'avais vu faire.

Q- O.K.

R- Ça fait que là, après ça, quand elle m'a redit ça, j'ai été voir dans la laveuse, j'ai tiré sur le rubber, j'ai regardé, j'ai dit, fuck, c'est le même problème - excuse.

Q- C'est...

[...]

R- Le joint en deux mille douze (2012), oui.

Q- Le joint, O.K.

R- Oui.

Q- O.K. Juste parce que j'ai mal compris. Alors, en deux mille douze (2012) vous avez regardé le joint...

R- Oui.

Q- ... et vous dites que ?

R- Il y avait encore de la moisissure qui était revenue.

Q- Comme c'était en deux mille dix (2010), est-ce que c'est ça que vous me dites ?

R- Oui. Presque au même niveau, oui.

Q- O.K.

R- Puis là, bien, c'est là que je suis allé sur le Web Site, j'ai dit, regarde, elle sera jamais reparable cette laveuse-là, ça revient toujours. »

53. At this point in time, the Petitioner turned to the internet to learn more information about the problems he was experiencing and to find some answers as he explains in his second out-of-court examination of August 29, 2013, at page 23:

« R- Ça continue. Ça fait qu'on a fait ça. Puis en deux mille douze (2012), encore une crise, les femmes... elle me fait une crise, ça fait que là je suis allé sur Internet, là j'ai commencé à faire des recherches, à dire: « *Bon, comment on fait pour régler ce problème-là, il y a-tu quelque chose ?* » Puis quand j'ai commencé à faire les recherches, à un moment donné ce que j'ai vu, j'ai dit... les forums sont pleins, j'ai vu ton site Web, j'ai dit je suis pas le seul...

Q- Le site Web, quel site Web ?

R- Bien, le site Web... moi j'ai tombé sur ton site Web à toi en faisant... dans Google avec la recherche de la machine, puis ces choses-là, puis j'ai été capable de voir des forums. Là j'ai vu qu'il y avait un *Group Action* sur ce modèle de laveuse-là, j'ai commencé à lire, j'ai dit : « *Eille, c'est le même problème que moi, là, c'est exactement le même problème que j'ai avec la machine.* »

Ça fait que là j'ai continué à lire, je lisais, je lisais, puis à un moment donné, j'ai dit non, c'est la même affaire, même année, même chose. Ça fait que c'est là que je t'ai envoyé, dire : « *O.K., moi je suis capable d'aider le groupe aussi, j'ai le même problème, je veux supporter le groupe, je pense que c'est pas normal.* » Ça fait que c'est là que je t'ai envoyé ce que j'avais comme problème. »

54. Putting the two together, firstly, the Petitioner realized that the problem had not been solved because the mould, which he had discovered in 2010 had returned again despite his concerted efforts and secondly, the mould affecting his Washing Machine was the same problem described by other consumers on the internet who had the same Washing Machine, as he explains in his second out-of-court examination of August 29, 2013, at pages 35-36:

« Q- Ah, juste... parlez-moi un peu plus de la recherche sur Internet que vous avez faite en août deux mille douze (2012) ?

R- Bien, en août, c'est que j'ai vu qu'il y avait plusieurs personnes qui avaient le même problème, que le problème était décrit sur Internet

dans des forums, puis il était très très bien décrit sur votre site, il y avait même des documents que j'ai pu lire qui étaient sur votre site, et puis j'ai dit: «Là, il y a pas juste moi, là. C'est un problème avec cette laveuse-là, là. C'est pas juste moi qui a un citron, là, c'est toutes les laveuses qui sont comme ça. »

55. Given the factual framework outlined above, it is only in 2012 that the Petitioner became aware that odours emanating from his Washing Machine were in fact symptomatic of a design defect [Fault], following his discovery of recurring mould and his search on the internet.

56. It was at this time that the Petitioner realized that his Washing Machine was permanently affected by mould and that all the same models of washing machines manufactured by Whirlpool were affected by identical and common design defects which had caused the mould growth [Vice de conception].

57. Finally, elements of the fault (design defects), damage (a machine that has a propensity to develop mould) and the causal connection came together. Thus, prescription began to run in August 2012.

#### **b) The “Significant and Tangible” Injury**

58. In the previous section, we have seen that the fault and causation could only have taken place in August 2012. This concludes the question of prescription. However, if we want to continue to assess when the damage actually occurred, it is also in August 2012, when the gradual damage became “significant and tangible”. Thus, even in this case, the damage met with fault and causation in August 2012 and the three (3) elements gave rise to a cause of action.

- *Monopro Ltd. c. Montreal Trust*, J.E. 2000-777, REJB 2000-17480 (C.A.) (requête en autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, [2001] 1 R.C.S. xv):

« [21] Si tous les auteurs ne décrivent pas la règle de façon strictement identique (Maurice TANCELIN, *Les Obligations, les techniques d'exécution et d'extinction*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1994, par. 1129 et 1130; Jean-Louis BAUDOIN, *La responsabilité civile délictuelle*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, par. 1121 et 1122; Fernand POUPART, *La prescription extinctive en matière de responsabilité civile*, (1980-81) 15 R.J.T. 245, 271 et 277; André NADEAU et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1971, par. 673; John W. DURNFORD, *Some aspects of the suspension and of the starting point of prescription*, 1963 R.J.T. 245, p. 259 à 261), la formulation la plus généralement acceptée est celle reliant le point de départ de la prescription au moment où le dommage se manifeste de façon appréciable. Ainsi, Pierre

MARTINEAU, *Traité élémentaire de droit civil*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1977, p. 305 à 309) décrit ainsi ce moment:

Avant d'aborder les diverses hypothèses susceptibles de se produire, il importe de rappeler que la prescription extinctive a pour fondement l'inaction du titulaire d'un droit, sa négligence à exercer son droit. En conséquence, le point de départ de la prescription est le premier moment où il aurait pu agir, le premier instant où il aurait pu prendre action pour faire valoir son droit....

Il est des cas où le dommage ne se produit pas à un moment précis mais, au contraire, se réalise graduellement de façon progressive durant une période de temps plus ou moins longue.

Dans de semblables situations, la victime ne peut pas agir en justice dès le moment où la plus simple manifestation de dommage s'est produite. D'un autre côté, elle ne saurait être admise à attendre que les dommages aient atteint leur phase ultime, comme l'écroulement de l'édifice.

On tient que le droit d'action prend naissance dès que le dommage se manifeste de façon appréciable. Le point de départ de la prescription est donc le moment où la victime subit un préjudice réel et certain alors que tous les éléments du dommage sont réunis. Du moment que les dommages ont pu être constatés et évalués, la victime est en mesure d'intenter action même si elle ne connaît pas toute l'étendue de ces dommages, lesquels sont susceptibles de s'aggraver. (nous soulignons) »

59. Section 2926 C.C.Q. provides that prescription begins to run when the damage “occurs for the first time”.

60. According to doctrine, this term refers to the first significant or tangible sign of the damage.

- *Les obligations*, Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, 7<sup>e</sup> édition, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2013, p. 1358:

« Dans l'hypothèse particulière où le dommage se manifeste graduellement ou tardivement, le délai court à partir du jour où il se manifeste pour la première fois (art. 2926 C.c.Q.), ce que la jurisprudence interprète comme le moment où le créancier subit un préjudice appréciable et tangible. (nous soulignons) »

- *Prescriptions extinctives et fins de non-recevoir*, Julie MCCANN, Montréal, Wilson et Lafleur, 2011, p. 130-131:

« 3. La manifestation graduelle ou tardive du préjudice

Pour donner ouverture à un droit d'action, le dommage n'a pas à être



déterminé de façon précise, mais il doit s'être manifesté »<sup>4</sup>. Lorsque le recours est de la nature d'une action en responsabilité civile, il peut arriver que le préjudice causé par la faute ne soit pas concomitant à celle-ci, qu'il se manifeste de façon « tardive ». Le Code prévoit donc que, dans ces situations, le point de départ de la prescription soit reporté au moment où le préjudice se manifeste pour la première fois (article 2926 C.c.Q.)<sup>5</sup>. Ainsi en est-il dans les cas où le préjudice se manifeste de façon graduelle. L'intention du législateur ici est de permettre un report du point de départ de la prescription dans le cas où la victime est dans un cas d'impossibilité d'agir<sup>6</sup>, étant dans l'ignorance des faits donnant ouverture à sa cause d'action. (nous soulignons) »

61. The “significant and tangible” nature of the damage has been described in doctrine and has been supported in case law, which dictates that the damage must be real and certain in the eyes of the person against whom prescription runs.

- *La prescription*, Céline GERVAIS, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2009, p.111-112 et 116-117:

#### « C. CONNAISSANCE DU PRÉJUDICE

[...] Le dénominateur commun à toutes les situations où est examinée la question du préjudice tient au fait que sa manifestation doit être certaine. Il faut que le dommage ait débuté, et qu'on perçoive les premiers effets. La jurisprudence parle du moment où le dommage s'est réalisé, d'un préjudice actuel et certain, d'un dommage qui s'est cristallisé, ou encore du moment où le demandeur pouvait connaître et évaluer sa perte.

[...]

Dans le cas [...] du dommage graduel, l'article 2926 C.c.Q. prévoit que le délai court à compter du jour où il se manifeste pour la première fois. Cependant, certaines nuances ont été apportées en ce qui concerne le dommage graduel.

Il s'agit en effet de la situation la plus complexe, puisqu'elle implique une série d'évènements qui ne présentent pas nécessairement de signes de gravité de premier abord, mais qui révéleront éventuellement l'ampleur

<sup>4</sup> *Bodí c. Nesbitt Burns Itée*, A.E./P.C. 2004-3279 (C.A.) ; J.E. 2003-199 (C.A.) ; REJB 2002-37171 (C.A.), par. 2.

<sup>5</sup> « Lorsque le droit d'action résulte d'un préjudice moral, corporel ou matériel qui se manifeste graduellement ou tardivement, le délai court à compter du jour où il se manifeste pour la première fois ».

<sup>6</sup> Commentaire du ministre de la Justice : « Cet article prescrit une règle s'appliquant aux cas où le préjudice se manifeste graduellement ou tardivement. Bien qu'il semble prolonger le délai de prescription, cet article détermine en fait, dans une situation particulière, le point de départ de la prescription applicable. Le point de départ de la prescription n'est pas le jour où le préjudice est causé, mais celui où le préjudice se manifeste. En effet, tant que le préjudice ne se manifeste pas, la personne qui le subit est dans l'impossibilité en fait d'agir ».

du problème. L'article 2926 C.c.Q. s'applique tant en matière contractuelle que dans les situations extracontractuelles. Il y aurait aussi lieu d'appliquer la même règle, que le dommage visé soit un préjudice corporel ou matériel.

Il semble que le critère établi par la Cour du Banc du Roi en 1948 dans l'arrêt *Gingras* soit toujours d'actualité. La Cour y soulignait que l'on ne pouvait imposer à un demandeur de prendre action à partir du jour où la plus simple ou la plus minime manifestation du dommage s'était produite. Il fallait plutôt attendre que les dommages se soient produites effectivement, et qu'ils en soient arrivés à leur évolution. Dans la même veine, la jurisprudence utilise généralement le critère du premier signe appréciable ou tangible de la réalisation du préjudice pour fixer le point de départ de la prescription, ou encore celui du jour où le demandeur a pu en soupçonner la gravité et l'étendue. (nous soulignons) »

- *DSD International inc. c. Construction Gosselin-Tremblay inc.*, 2008 QCCA 2533:

« [12] Cette interprétation n'est pas nouvelle, elle résulte du sens commun. Déjà en 1948, la Cour retenait cette thèse dans l'arrêt *Gingras c. Cité de Québec*<sup>7</sup>:

Mais s'agit-il de dommages progressifs, c'est-à-dire d'un préjudice qui naît, se dessine et se développe par une sorte d'évolution qui tire toute sa force nuisible dans une même cause et où ne se révèle pas encore tous ses effets pernicioeux, on ne peut certes imposer comme point de départ à la prescription, le jour même où la plus simple, la plus minime manifestation du dommage s'est produite. Ce serait accorder un droit d'action, mais refuser l'efficacité de son exercice. (nous soulignons) »

62. One single hint, for example, a foul odour, is not sufficient to establish that the damage was "significant and tangible" and that legal action should be taken.

- *Ronis c. Pavillet*, 2010 QCCA 1535:

« [39] La prescription ici applicable est la prescription extinctive de trois ans de l'article 2925 C.c.Q. Compte tenu que la date de l'entreprise du recours des intimés se situe le 13 juin 2002, l'appelante plaide que les intimés étaient en mesure d'agir avant le 13 juin 1999 et, pourtant, ils n'ont agi qu'en juin 2002.

[40] Pour ce faire, l'appelante invoque la persistance de l'odeur dans le sous-sol du 3795 même après les travaux de décontamination d'avril 1998. Elle prétend que divers témoignages établissent que les

<sup>7</sup> *Gingras c. Cité de Québec* [1948] B.R. 171, p. 182

intimés s'étaient rendu compte ou auraient dû se rendre compte de cette odeur qui, selon elle, établissait clairement que les travaux de décontamination étaient incomplets.

[41] La juge a appliqué la règle selon laquelle, lorsque la faute et le dommage ne sont pas concomitants, le droit d'action prend naissance lorsque le dommage se manifeste de façon appréciable<sup>8</sup>. La détermination du point de départ de cette prescription est une question de fait<sup>9</sup> ou, au mieux, une question mixte<sup>10</sup>. Dans les deux cas, la Cour ne peut intervenir qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante<sup>11</sup>.

[...]

[46] C'est à partir de son évaluation de cette preuve testimoniale contradictoire que la juge a statué que la question de la persistance d'une odeur dans la résidence ne permettait pas de conclure que les intimés auraient dû agir en justice contre l'appelante plus tôt qu'ils ne l'ont fait. Il est opportun de citer les extraits pertinents de son jugement :

[126] Deuxièmement, l'odeur s'était améliorée après les travaux ou au cours de l'automne 1998. Corbeil, qui, rappelons-le, dit avoir l'odorat particulièrement fin, s'est rendue à la maison en novembre ou décembre 1998 et témoigne en ce sens. Pavillet, qui admet qu'on leur avait dit que l'odeur disparaîtrait après quelque temps lorsque la maison serait chauffée et qui admet que l'odeur a persisté, explique que la famille s'y est habituée et a fini par ne plus la sentir. Le Tribunal n'a aucune raison de ne pas croire ces explications qui qualifient l'aveu que Ronis et Corbeil voudraient y voir.

[127] Ronis allègue également un aveu extrajudiciaire qu'aurait fait Pavillet. Selon Boisvert, Pavillet aurait déclaré à l'inspecteur de ses promettants-acheteurs en 2001 qu'il y avait toujours eu une odeur dans le puisard.

[128] Rappelons que Boisvert connaît bien Ronis. Ils ont souvent fait affaires ensemble. Pavillet, à la suite des faits, a porté plainte contre Boisvert à l'Association des courtiers, plainte qui a été retenue. Le témoignage de Boisvert ne tient pas devant celui de Pavillet.

[129] Pavillet témoigne en effet qu'il ne savait même plus où se situait le puisard et a une version fort différente du déroulement de la visite d'inspection de 2001. Selon lui,

<sup>8</sup> *Monopro Ltd. c. Montréal Trust*, J.E. 2000-777 (C.A.) (autorisation de pourvoi refusé par la Cour suprême le 25 janvier 2001 : [2001] 1 R.C.S. xv).

<sup>9</sup> *Joy Oil Ltd. c. McColl Frontenac Oil Co.*, [1943] R.C.S. 127, à la p. 139.

<sup>10</sup> *Longpré c. Gouin*, [2003] R.J.Q. 1459 (C.A.), paragr. 71, à la p. 1471.

<sup>11</sup> *Air Transat AT inc. c. Taillefer*, 2006 QCCA 18, J.E. 2006-249, paragr. 12.

Boisvert ne s'est même pas joint à cette visite. Même si Pavillet avait tenu de tels propos, ce qui n'est pas probable, ceux-ci auraient pu simplement référer aux odeurs présentes lors de la visite avec son propre inspecteur en 1998. Il n'y a en effet au dossier aucune preuve permettant de croire que Pavillet a souvent visité le puisard entre 1998 et 2001. Il dit au contraire ne pas avoir eu à se préoccuper de la pompe qui s'y trouvait.

[130] Bref, cet unique indice d'une odeur qui n'est pas entièrement disparue ne permet pas de conclure que Pavillet et Samson auraient dû intenter immédiatement une action contre Ronis au printemps 1999 ou avant le 13 juin 1999.

[131] Cette odeur, dans les circonstances du présent dossier, ne peut non plus être qualifiée de « préjudice se manifestant de manière appréciable » au sens de la jurisprudence. C'est parce qu'elle est si minime, ou même si peu perceptible pour les habitants de la maison, qu'aucune démarche n'est entreprise pour vérifier ce qui pourrait l'expliquer. Dans les circonstances, ce fait ne suffisait pas à lui seul à enclencher la prescription.

[132] Pavillet et Samson ne prennent conscience de la possibilité d'un préjudice appréciable que lors de l'annulation de la promesse d'achat le 13 juin 2001. Ils ont la confirmation de l'existence d'un tel préjudice par la suite, soit lorsqu'ils ont accès au rapport du 25 juin 1998 de Sani Mobile que Me Larivière leur remet.

[133] Lorsque Pavillet et Samson intentent leur action l'année suivante, elle n'est pas prescrite.

[Références omises]

[47] L'appelante n'a pas réussi à démontrer une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation de cette preuve par la juge. (nous soulignons)»

- *DSD International inc. c. Construction Gosselin-Tremblay inc.*, 2008 QCCA 2533:

« [5] Le juge de première instance a accueilli, en partie la requête en rejet d'action. Il a écarté la question relative au lien de droit, car il a jugé qu'elle ne pouvait être tranchée en dehors de tout fondement factuel. Au regard de la question de la prescription du recours, il a décidé que la portion de l'action « reliée à la réfection ou réparation du toit de l'immeuble construit en 1999 » était prescrite, mais que celle « reliée au bris de la toiture causé par la chute d'un ballot de tôle » ne l'était pas.

[6] Dans la procédure introductive d'instance, l'appelante allègue qu'en 1999, elle a demandé à l'intimée de faire des travaux d'agrandissement de son usine. Dès l'hiver 1999-2000, elle constate des infiltrations d'eau. Des réparations sont effectuées au printemps 2000 et au même moment, elle reçoit 3 000 \$ pour la compenser des dommages causés par l'eau. En décembre 2003, la toiture de l'agrandissement subit d'importants dommages en raison d'importantes infiltrations d'eau.

[7] L'avocat de l'intimée a interrogé le représentant de l'appelante sur les allégations précitées. Si lecture de l'interrogatoire permet de savoir que les problèmes d'infiltration d'eau ont commencé dès l'hiver 1999-2000, elle n'indique pas à quel moment précis sont apparus les premiers signes « appréciables et tangibles » du préjudice.

[...]

[13] En l'espèce, avec beaucoup d'égards pour le juge de première instance, il n'aurait pas dû rejeter l'action, en partie pour le motif que la réclamation était prescrite. Le seul témoignage du représentant de l'appelante suivant lequel il y avait eu des infiltrations d'eau et certains dommages en 1999 ne permet pas d'en inférer qu'il connaissait la nature du préjudice ni que celui-ci existait dans une mesure appréciable à cette époque. Seule une audition au mérite de l'affaire permettra de savoir à quel moment le préjudice « appréciable et tangible » s'est matérialisé. (nous soulignons) »

63. In the present case, the damage was clearly gradual because mould takes time to grow. In addition, the maintenance directions provided by Whirlpool, whether to run empty cycles with bleach, to use of Affresh tablets and/or to leave the door open when not in use, delays the “real and certain” or “significant and tangible” nature of the damage.
64. That is to say that following these “remedies”, some bacteria had been killed and some mould was rinsed off. Consequently, the resulting odours decreased for some time. However, when the mould began to grow from the lingering bacteria in the Washing Machine, the odours inevitably gradually returned.
65. As a whole, the problem continued to progressively worsen over the years. This, however, was not evident because the temporary solutions that were provided by Whirlpool caused the belief that the problem was solved, when in reality it was not, as Lambert explains in his second out-of-court interview of August 29, 2013, at pages 16-17:
- « R- Bien, le problème a toujours de façon graduelle, dans le fond, augmenté et puis on faisait *Empty Cycle*. À un moment donné on est allé au magasin, quand on faisait l'épicerie on achète toujours le

*HE* détergent, sur les tablettes, là, il y avait... *oup*, une tablette pour les machines frontales, pour... bon, ça fait que...

Q- On parle de quoi ? De...

R- En deux mille sept (2007), deux mille huit (2008), deux mille neuf (2009)...

Q- Non, mais la tablette, qu'est-ce que vous me parlez ?

R- Pour nettoyer à l'intérieur de la laveuse.

Q- Le *Affresh*, est-ce que c'est ça ?

R- Oui, *Fresh something*.

Q- *Alright*. Continue.

R- Ça fait que là... bien, on a tout fait ça, mais le problème a toujours escaladé, a toujours monté. Là, tout ce qu'on faisait c'est... oui, ça disparaissait un peu, oui, ça revenait, oui, ça disparaissait, oui, ça revenait, mais on a toujours eu des problèmes d'odeurs. C'est tout ce qu'on avait comme problèmes. »

66. The damage became “significant and tangible” when the Petitioner discovered that the mould could not be removed in a permanent way by any means whatsoever; that it had infiltrated the Washing Machine and would always continue to regrow no matter what remedial measures he took.

67. It was in August 2012, following his inspection of the rubber joint on the interior of the door seal and following his research on the internet, that the Petitioner was able to concretely establish that the mould was permanent and inevitable.

68. It was at this moment that he realized that it was a “real and certain” prejudice for which he had a cause of action.

**c) The Suspension of Prescription and the Principle of “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”**

69. In subsection a), we concluded that the fault and causation took place in August 2012, which solves the issue of prescription. In subsection b), we saw that the damage became “significant and tangible” in August 2013, which independently terminates the issue of prescription. In addition to two grounds, the Respondents are not entitled to claim the benefit of prescription because even if the prescriptive period could theoretically have begun to run in 2005, it is due to their own fault that prescription did not actually begin to run until August 2012.

70. The Petitioner alleges that the Respondents were aware of design defects at the earliest in 2003 and certainly by 2005 when the Petitioner called Whirlpool to complain about the foul odours.

71. The documents originally produced as Exhibits R-7, R-8, R-9, R-10, R-11, R-12, R-13 and R-14 establish that the Respondents knew about the design defects for years, but took no corrective measures to rectify or to warn consumers of the propensity of the Washing Machines to develop mould.
72. A useful summary of Whirlpool's prior knowledge is provided by the Court of Appeal decision in *Glazer et al. v. Whirlpool Corporation (2012)* (Exhibit R-4C):

« Plaintiffs' evidence shows that Whirlpool knew the design of its Access and Horizon platforms contributed to residue buildup resulting in rapid fungal and bacterial growth. As early as September 2003, Whirlpool began receiving two to three customer complaints each day about the problem. When Whirlpool representatives instructed consumers to lift up the rubber door gaskets on their machines, the common findings were deposits of water, detergent, and softener, along with mold or mildew. Service call reports confirmed problems around the rubber door gaskets, as well as residue deposits and black mold inside the drain hoses. Whirlpool also knew that numerous consumers complained of breathing difficulties after repair technicians scrubbed the Duets in their homes, releasing mold spores to the air.

In 2004 Whirlpool formed an internal team to analyze the problems and formulate a plan. In gathering information about the complaints, Whirlpool learned that the mold problem was not restricted to certain models or certain markets. Whirlpool also knew that mold growth could occur before the Duets were two to four years old, that traditional household cleaners were not effective treatments, and that consumer laundry habits and use of non-HE detergent might exacerbate the problem, but did not cause it. Whirlpool contemplated whether it should issue a warning to consumers about the mold problem. To avoid alarming consumers with words like "mold," "mildew," "fungi," and "bacteria," Whirlpool adopted the term "biofilm" in its public statements about mold complaints.

Later in 2004, Whirlpool engineers discussed the need to redesign the tub on the "Horizon" platform because soil and water pooling served as the nucleation site for mold and bacterial growth. Chemical analysis Whirlpool conducted showed that the composition of biofilm found in the "Horizon" and "Access" platforms was identical. Engineers determined that the "Access" platform's webbed tub structure was extremely prone to water and soil deposits, and the aluminum basket cross-bar was extremely susceptible to corrosion from biofilm. Whirlpool found a number of design factors contributing to corrosion, including insufficient draining of water at the end of a cycle and water flowing backward after draining through the non-return valve between the tub and the drain pump. The company made certain design changes to later generations of Duets.

By 2005, Whirlpool unveiled a special cleaning cycle in the Duets, but the company was aware that the new cycle would not remove all residue deposits. Engineers remained concerned whether the cleaning cycle would be effective to control odor and whether the use of bleach in the cleaning cycle would increase corrosion of aluminum parts. By March 2006 Whirlpool acknowledged that consumers might notice black mold growing on the bellows or inside the detergent dispenser, and that laundry would smell musty if the machine was “heavily infected.”

By late 2006, having received over 1.3 million calls at its customer care centers and having completed thousands of service calls nationwide, Whirlpool internally acknowledged its legal exposure, noting that it had already settled a class action concerning its Calypso machines, and that Maytag, another of Whirlpool’s brands, had settled a class action concerning the Neptune washer.

At this point, Whirlpool decided to formulate a new cleaning product for all front-load washing machines, regardless of make or model. Whirlpool expected the “revolutionary” product to produce a new revenue stream of \$50 million to \$195 million based on the assumption that fifty percent of the 14 million current front-load washer owners might be looking for a solution to an odor problem with their machines.

In September 2007 Whirlpool introduced to the market two new front-load washer cleaning products: Affresh™ tablets for washers in use from zero to twelve months, and Affresh™ tablets with six door seal cleaning cloths for machines in use more than twelve months. To encourage sales, the company placed samples of Affresh™ tablets in all new Whirlpool and Maytag HE washers. Whirlpool marketed Affresh™ as “THE solution to odor causing residue in HE washers.” The company changed its Use and Care Guides for Whirlpool, Maytag, and Amana brands to advise consumers to use an Affresh™ tablet in the first cleaning cycle to remove manufacturing oil and grease. Whirlpool believed this advice would encourage consumers to use the cleaning cycle and Affresh™ tablets regularly, like teaching vehicle owners to change the oil in their cars. Service technicians and call centers were instructed to recommend the use of Affresh™ to consumers. But as plaintiff Allison learned from experience, even using Affresh™ tablets in the washer’s special cleaning cycle did not cure the mold problem.»

73. Section 2904 C.C.Q. provides that:

“**2904.** Prescription does not run against persons if it is impossible in fact for them to act by themselves or to be represented by others.”



74. By failing to disclose the existence of the design defect in 2005 when the Petitioner called them and, given the position of the consumer who legitimately trusts the manufacturer and its representatives, prescription must be suspended against the Petitioner, because ignorance of the facts on which the Petitioner's legal rights lie was caused by the active fault of the adverse party.

- *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 RCS 554, p. 603:

« Quant à l'obligation de renseignement, la Banque était effectivement dans l'impossibilité d'agir, ignorant les faits générateurs de son droit de par la faute du débiteur, selon l'art. 2232 C.c.B.-C. et *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, 1981 CanLII 28 (CSC), [1981] 2 R.C.S. 113, à la p. 126. Ici la faute d'Hydro-Québec, qui réside dans la non-divulgation des informations, empêchait par le fait même la Banque de savoir qu'Hydro-Québec possédait ces informations, et de pouvoir exercer ses droits. Le point de départ de la prescription a ainsi été repoussé jusqu'en février 1983, moment où Laprise a fortuitement découvert un plan accompagnant le Rapport de 1977. L'action délictuelle de la Banque contre Hydro-Québec pour manquement à l'obligation de renseignement n'est pas prescrite. (nous soulignons) »

- *Oznaga c. Société d'exploitation des loteries*, [1981] 2 RCS 113, p. 126:

« Par ailleurs, on semble tout autant d'accord, et j'y souscris, pour reconnaître que l'ignorance des faits juridiques générateurs de son droit, lorsque cette ignorance résulte d'une faute du débiteur, est une impossibilité en fait d'agir prévue à l'art. 2232 et que le point de départ de la computation des délais sera suspendu jusqu'à ce que le créancier ait eu connaissance de l'existence de son droit, en autant, ajouterais-je, qu'il se soit comporté avec la vigilance du bon père de famille. (nous soulignons) »

75. In assessing the inability to act, we must also consider the behavior of the adverse party, which caused the ignorance.

- *La prescription*, Céline GERVAIS, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 2009, p.109:

« Finalement, nous croyons que tout est une question d'évaluation du comportement de la partie demanderesse. Si elle agit de façon prudente et diligente, et qu'elle ignore ainsi les éléments donnant naissance à la responsabilité, la prescription ne peut commencer à courir. Si son ignorance est causée par la partie adverse, il y a alors suspension de la prescription pour impossibilité d'agir. (nous soulignons) »

- *Allan c. Boutin*, 2002 CanLII 41163 (QC CA):

« [144] Comme on a pu le constater à l'examen des faits propres à chaque dossier, les appelants ne pouvaient raisonnablement au moment où ils ont acquis leurs titres de propriété connaître l'existence des commissions cachées et des profits additionnels perçus par le groupe Émond. Non seulement un examen plus poussé des titres n'aurait rien révélé, à cette époque, mais les investisseurs n'avaient aucune raison de ne pas accepter les explications fournies par leur mandataire Émond et, à l'occasion, par Boutin concernant la rectitude des opérations et la véracité des actes notariés.

[...]

[155] Plus récemment, le juge Gonthier a rappelé dans l'arrêt *Gauthier c. Beaumont*, 1998 CanLII 788 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 3, que l'appréciation de l'impossibilité d'agir a historiquement fait l'objet d'une appréciation étroite et objective en droit civil québécois. Cependant, lorsque l'impossibilité d'agir résulte de la faute du débiteur de l'obligation, la prescription doit alors être suspendue en raison du principe moral voulant que l'on ne doive pas tirer profit de sa mauvaise foi ou de ses mauvaises actions.

[156] Avec beaucoup d'égards, c'est à tort que le juge de la Cour supérieure a omis de considérer que l'ignorance des faits juridiques générateurs des droits des appelants résultait de la faute des intimés Tremblay, Bertrand et Boutin. Il n'aurait donc pas dû déclarer que les recours délictuels intentés contre ces derniers et contre la Caisse en sa qualité de commettant de Boutin étaient prescrits. (nous soulignons) »

76. In the present case, the Respondents' offensive behavior consists of having hidden or concealed facts when they knew at the time that the odours were symptomatic of mould that grew inside the Washing Machines which was caused by design defects. Therefore, there is a real inability to act.
77. When the Petitioner called Whirlpool in 2005 to seek solutions, he was misled. The Petitioner's ignorance flowed directly from the Respondents' actions which masked the problem and its real root cause.
78. Specifically, the Petitioner was not informed that the odour and mould problems would reoccur despite the empty cycles with bleach, despite the use of Affresh products, despite leaving the door open between uses and notwithstanding any other "maintenance". In addition, the Respondents also failed to mention that there was mould inside the tub of the Washing Machine that would consistently continue to grow.
79. According to the principle of "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" no one can rely on his own wrongdoing.

80. As such, in 2005, prescription was suspended as against the Petitioner because of his inability to act which was caused by the fault of the Respondents. This suspension continued until the independent discovery of the design defect by the Petitioner in August 2012.

81. In sum, prescription began to run in August 2012, when all the elements of civil liability were met:

- i. The fault (design defect): when the Petitioner saw mould in the rubber joint in 2012 that resembled that of 2010 and when he went on the internet to discover that the design defects were common to all Washing Machines;
- ii. Damage (the propensity of the Washing Machines to accumulate mould): became “tangible and substantial” when the Petitioner realized that mould could not be repaired or controlled by Whirlpool’s recommendations; and
- iii. The causal link between the two.

82. Surprisingly, the Judge in the First Instance concluded that the damage was “foul smell”, “visible residue left in the drum” and the loss of towels that smelled bad.

« [52] Le préjudice allégué est une odeur de moisi « foul smell », un « visible residu left in the drum » et la perte de serviettes qui sentent mauvais. Sans déterminer s’il s’agit d’un préjudice justifiant le recours, il s’agit d’une manifestation qui a été continue et répétitive depuis au moins le mois de mai 2005, jusqu’à ce jour. »

83. The Judge in the First Instance erred in this conclusion as these three (3) problems are symptoms of the damage and not the damage itself, namely, a Washing Machine wholly permeated with unabating mould. The existence of the mould did bring about the above consequences; however, these consequences must not be equated with the ultimate damage caused by the design defect.

84. In equating the symptoms/consequences of the mould, i.e. odour, residue and smelly towels, with the propensity of the Washing Machines to accumulate mould, the Judge in the First Instance confused the issue of damage and consequently, the damage element of prescription was wrongly interpreted and wrongly applied to the detriment of the Petitioner and the Class Members.

**B) At the Authorization Stage, the Judge in the First Instance Should Not Dismiss the Case based on Arguable Issues that go to the Merits of the Action**

85. It has been well-established that the authorization stage should not be confused or combined with the trial on the merits. At the authorization stage, the court exercises the role of filter where it must only dismiss frivolous actions which are destined for failure and there is a low threshold required to meet the criteria of 1003 C.C.P. The

motion for authorization should be authorized if the Petitioner has an arguable case on the facts and applicable law.

86. It becomes difficult to conclude without a hearing on the merits that the Petitioner's personal cause of action is prescribed as he certainly has an arguable case on the issue of prescription with regard to the fact that the necessary elements of fault, damage and causation and Petitioner's knowledge thereof did not materialize until August 2012, more than within the prescription period which was suspended when the Motion for Authorization was filed, namely, on December 21, 2009.

- *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59

« [58] Au moment d'entreprendre l'analyse relative à l'autorisation du recours collectif, il est essentiel de ne pas combiner ni confondre la procédure d'autorisation avec l'instruction d'un recours dont l'exercice a été autorisé. Chacune de ces étapes répond à un objectif différent, et l'analyse effectuée doit en tenir compte.

[59] À l'étape de l'autorisation, le tribunal exerce un rôle de filtrage. Il doit simplement s'assurer que le requérant a satisfait aux critères de l'art. 1003 C.p.c., sans oublier le seuil de preuve peu élevé prescrit par cette disposition. La décision du tribunal saisi de la requête en autorisation est de nature procédurale puisqu'il doit décider si le recours collectif peut être autorisé à aller de l'avant.

....

[61] À la présente étape, le tribunal, dans sa fonction de filtrage, écarte simplement les demandes frivoles et autorise celles qui satisfont aux exigences relatives au seuil de preuve et au seuil légal prévus à l'art. 1003. Le but de cet examen n'est pas d'imposer un lourd fardeau au requérant, mais simplement de s'assurer que des parties ne soient pas inutilement assujetties à des litiges dans lesquels elles doivent se défendre contre des demandes insoutenables. La Cour d'appel a décrit l'exigence relative au seuil comme suit : « le fardeau en est un de démonstration et non de preuve » ou, en anglais, [TRADUCTION] « the burden is one of demonstration and not of proof » (*Pharmascience inc. c. Option consommateurs*, 2005 QCCA 437 (CanLII), par. 25; voir également *Martin c. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376 (CanLII), par. 32).

...

[65] Comme nous pouvons le constater, la terminologie peut varier d'une décision à l'autre. Mais certains principes bien établis d'interprétation et d'application de l'art. 1003 C.p.c. se dégagent de la jurisprudence de notre Cour et de la Cour d'appel. D'abord, comme nous l'avons déjà dit, la procédure d'autorisation ne constitue pas un

procès sur le fond, mais plutôt un mécanisme de filtrage. Le requérant n'est pas tenu de démontrer que sa demande sera probablement accueillie. De plus, son obligation de démontrer une « apparence sérieuse de droit », « a good colour of right » ou « a prima facie case » signifie que même si la demande peut, en fait, être ultimement rejetée, le recours devrait être autorisé à suivre son cours si le requérant présente une cause défendable eu égard aux faits et au droit applicable.

[66] Un examen de l'intention du législateur confirme également l'existence de ce seuil peu élevé. Des modifications successives au C.p.c. témoignent clairement de l'intention de la législature du Québec de faciliter l'exercice des recours collectifs. Par exemple, l'art. 1002 C.p.c. exigeait auparavant que le requérant dépose une preuve par affidavit à l'appui de la requête en autorisation, ce qui le soumettait ainsi, comme affiant, à un interrogatoire à l'étape de l'autorisation aux termes de l'art. 93. L'abolition de l'exigence de l'affidavit et les restrictions sévères apportées aux interrogatoires à l'étape de l'autorisation dans la dernière réforme de ces dispositions relatives au recours collectif (L.Q. 2002, ch. 7, art. 150) envoient le message clair qu'il serait déraisonnable d'exiger d'un requérant qu'il établisse plus qu'une cause défendable.

[67] À l'étape de l'autorisation, les faits allégués dans la requête du requérant sont tenus pour avérés. Le fardeau imposé au requérant à la présente étape consiste à établir une cause défendable, quoique les allégations de fait ne puissent être « vague[s], générale[s] [ou] imprécise[s] » (voir *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380) (CanLII), par. 44).

[68] Tout examen du fond du litige devrait être laissé à bon droit au juge du procès où la procédure appropriée pourra être suivie pour présenter la preuve et l'apprécier selon la norme de la prépondérance des probabilités. »

87. Thus, in order to satisfy the criteria on 1003 C.C.P., the Petitioner can satisfy the low threshold by demonstrating that he has a defensible cause and nothing more.

88. Even before the *Infineon* case, the courts have long held that prudence is the key when dealing with a prescription issue and that if there is any doubt, this question should be left to the merits of the case. This rule of prudence applies equally in the context of class actions.

- *Foyer du Sport inc. c. Coop fédérée*, 2008 QCCA 381

« [14] Pour qu'un tribunal rejette une action en vertu de l'article 75.1 C.p.c., il faut que cette dernière soit jugée frivole ou manifestement mal fondée. Il est de jurisprudence constante que les tribunaux doivent faire

preuve de prudence en cette matière. Tout doute doit jouer en faveur du demandeur et une requête en rejet ne sera accueillie que si un cas clair le commande. Comme l'écrivait le juge Monet dans *Legault c. Gagné*, un arrêt de notre Cour souvent cité:

La modification apportée au Code de procédure civile en 1984 (L.Q. 1984, c. 26) est destinée à écarter sommairement les actes de procédure, voire les actions, qui sont voués à l'échec. Dans le cas d'une action, il ne faudrait pas perdre de vue que la partie demanderesse elle-même, par le fait d'un jugement accordant une requête sous l'art. 75.1 C. pr. civ., est privée de son droit d'être entendue par un juge de première instance, appelé en principe à trancher autant sur les points de fait que sur les points de droit. [...]

Cette législation récente, dans les cas appropriés, toute utile soit-elle, doit être appliquée avec prudence.

[15] En l'espèce, le juge de première instance, ayant conclu que le recours de l'appelante était prescrit et par conséquent mal fondé, a fait droit à la requête de l'intimée et a rejeté l'action. Or, la question de la prescription est fort litigieuse, considérant que le point de départ de la prescription dépend de la caractérisation de la nature des dommages subis par l'appelante. En effet, selon l'article 2926 C.c.Q., lorsque la faute et le préjudice ne se produisent pas simultanément, le délai de prescription commence à courir à partir du jour de la réalisation du préjudice. Mais encore, il faut distinguer la manifestation graduelle ou progressive d'avec la manifestation perpétuelle et ininterrompue d'un préjudice. Dans le premier cas, la prescription commence à courir à partir du jour où le préjudice se manifeste pour la première fois.

[...]

[17] Sans pour autant me prononcer sur la valeur probante de cette preuve de l'appelante, il m'apparaît que la question de la diffusion continue ou ponctuelle d'hydrocarbures, laquelle a une incidence sur la nature du préjudice (graduel ou continu) et par conséquent également sur le point de départ de la prescription, mérite d'être débattue au fond. Nous ne sommes pas ici devant un cas clair d'extinction du recours de l'appelante et un examen approfondi de la preuve est nécessaire pour déterminer le moment exact à partir duquel la prescription a commencé à courir.

[18] Sur la base des faits en cause, je suis donc d'avis qu'il était prématuré de rejeter l'action de l'appelante. »

- *Brousseau c. Laboratoires Abbott Itée*, 2011 QCCS 5211:

« [31] Par ailleurs, s'il y a eu prescription du recours de l'un ou l'autre des membres, celui-ci requiert l'analyse par le juge saisi du mérite du dossier de l'à-propos ou non d'appliquer les conditions relatives à la suspension de la prescription telles qu'énoncées par l'article 2904 C.c.Q.

[32] Encore là, cet élément que soulève Abbott appartient, de l'avis du Tribunal, à la détermination du fond du litige et non de la requête pour être autorisé à exercer un recours collectif. »

**C) Even if, at the trial on the merits, it is decided on the basis of a proper and complete record that the Class Representative's action was prescribed, it still would not be Fatal to the Action**

89. Articles 1012 and 1024 C.C.P. provide:

**1012.** Except in the case where he claims to have a recourse in warranty, the defendant cannot urge a preliminary exception against the representative unless it is common to a substantial part of the members and bears on a question dealt with collectively.

**1024.** A member may, by motion, apply to the court to have himself or another member substituted for the representative.

The court may substitute the applicant or another member consenting thereto for the representative if it is of opinion that the latter is no longer in a position to represent the members adequately.

The substituted representative accepts the trial at the stage it has then reached; he may, with the authorization of the court, refuse to ratify the proceedings already had if they have caused an irreparable prejudice to the members. He cannot be bound to pay the costs and other expenses for proceedings prior to the substitution, unless the court orders otherwise.”

90. Even if, when jurisprudentially appropriate, it is determined that Petitioner's action was already prescribed when the Motion for Authorization was filed, it would not be common to a substantial part of the members and would thus not be appropriate in any case. In addition, if this were a common issue, the Petitioner may be substituted by another member of the Class whose cause of action was not prescribed at the time of filing.

91. Given these redeeming possibilities, the Motion for Authorization should not have been dismissed based on the arguable prescription of one individual class member.

92. The Judge in the First Instance erred in prematurely and wrongfully concluding that the Petitioner's action was prescribed based on the incomplete information available at the authorization hearing, thus barring all Class Members' claims.

### **III. Representative's Personal Action against the Respondents**

93. The Judge in the First Instance concluded that the Petitioner could not act as the Representative of the Class as he did not a personal action against the Respondents based solely on the previous erroneous and preemptive prescription determination:

« [65] Le Requéant n'a pas de recours personnel contre les intimées, cela en soi est suffisant pour le disqualifier d'agir comme représentant ... »

94. It follows, therefore, that should this honourable court confirm that prescription does not begin to run until fault (design defects), damage (propensity of the Washing Machines to accumulate mould) and causation elements come together, in this case, on or about August 2012, then this avenue becomes moot and the Petitioner's personal action is no longer in question.

95. In addition, the issue of prescription was pre-emptively decided upon by the Judge in the First Instance as she should not have adjudged upon the arguable issue of prescription without the full and complete record that will be available at the trial on the merits.

96. In the recent case of *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59 the court recognizes that a class action is the vehicle that allows for access to justice to consumers and that art. 1003 d) C.C.P. must be liberally interpreted; a Representative should not be declared inadequate unless their attributes are such that the case could not possibly proceed fairly. Refusing authorization should not be the draconian answer; instead, if the issue of adequate representation becomes an issue on the merits, the court should consider ascribing the status of representative to another class member.

« [149] Selon l'alinéa 1003d) C.p.c., « le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant [doit être] en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres ». Dans *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs* (1996), Pierre Claude Lafond avance que la représentation adéquate impose l'examen de trois facteurs : « l'intérêt à poursuivre [. . .], la compétence [. . .] et l'absence de conflit avec les membres du groupe [. . .] » (p. 419). Pour déterminer s'il est satisfait à ces critères pour l'application de l'al. 1003d), la Cour devrait les interpréter de façon libérale. Aucun représentant proposé ne devrait être exclu, à moins que ses intérêts ou sa compétence ne soient tels qu'il serait impossible que l'affaire survive équitablement.



[150] Même lorsqu'un conflit d'intérêts peut être démontré, le tribunal devrait hésiter à prendre la mesure draconienne de refuser l'autorisation. D'après Lafond à la p. 423, « [e]n cas de conflit, le refus de l'autorisation nous apparaît une mesure trop radicale qui porterait préjudice aux membres absents, d'autant plus que le juge siégeant au stade de la requête pour autorisation a le pouvoir d'attribuer le statut de représentant à un autre membre que le requérant lui même ou le membre proposé ». Puisque l'étape de l'autorisation vise uniquement à écarter les demandes frivoles, il s'ensuit que l'al. 1003d) ne peut avoir pour conséquence de refuser l'autorisation en présence d'une simple possibilité de conflit. Ce point de vue est d'ailleurs étayé par la jurisprudence qui semble refuser l'autorisation en vertu de l'al. 1003d) pour cause de conflit d'intérêts seulement lorsque les représentants demandeurs omettent de divulguer des faits importants ou intentent le recours dans le seul but d'obtenir des gains personnels. (Voir Croteau c. Air Transat A.T. inc., 2007 QCCA 737, [2007] R.J.Q. 1175; Bouchard c. Agropur Coopérative, 2006 QCCA 1342, [2006] R.J.Q. 2349; Black v. Place Bonaventure inc. (2004), 41 C.C.P.B. 181 (C.A. Qué.); Comité syndical national de retraite Bâtirente inc. c. Société financière Manuvie, 2011 QCCS 3446 (CanLII); Bourgoin c. Bell Canada inc., 2007 QCCS 6087 (CanLII) et Rosso c. Autorité des marchés financiers, 2006 QCCS 5271, [2007] R.J.Q. 61.) »

#### **IV. Adequacy of the Representative**

97. The Judge in the First Instance concluded that the Petitioner could not act as the Representative of the Class as his conduct was insufficient prior to being put forward as the Representation of the Class for the following reasons:

- a) He had not made sufficient investigations or taken reasonable steps;
- b) He did not attempt to identify other class members;
- c) He would not have instituted an individual action against Whirlpool;
- d) He had difficulty obtaining his purchase contract;
- e) A lot of time had passed between the initial problem with his Washing Machine; and
- f) He had only made a few phone calls between March 2013 and June 2013.

« [69] Le Requêteur n'a fait aucune enquête ni démarche raisonnable avant de se substituer comme requêteur à Mark Kupfert, au mois de février 2013. Il n'a pas tenté d'identifier d'autres personnes qui se trouvent dans sa situation, en fait, il s'en remet entièrement à ses

avocats qui l'ont approché et déclenché son enquête à titre de représentant. C'est à la suite de son inscription sur le site Internet de Me Orenstein que ce dernier l'a identifié comme candidat pour remplacer Mark Kupfert.

Q. [43] Maintenant, quelles circonstances ont donné lieu à votre substitution de monsieur Kupfert?

R. Exactement, j'ai reçu un appel du partenaire à Andrea, monsieur Jeff... pas Jeff...

Q. [44] Orenstein?

R. Orenstein, c'est ça, Jeff. Qui m'a appelé puis qui m'a un peu parlé de la cause. Il m'a posé beaucoup de questions sur qu'est-ce que j'avais comme problèmes, quelle laveuse que j'avais, et caetera.

Q. [45] Hum hum.

R. Puis après ça il m'a demandé... il m'a expliqué que monsieur Kupfert avait quitté pour l'Ontario, dans le fond, et puis qu'il était à la recherche d'un autre représentant pour le groupe. On a pu discuter ensemble sur une base...

(Le Tribunal souligne)

[70] Le Requérent n'avait aucun intérêt à prendre des procédures, il a d'ailleurs reconnu qu'il n'aurait pas entrepris de recours contre Whirlpool s'il avait été seul à le faire[35].

[71] L'interrogatoire du Requérent confirme qu'avant d'être substitué en février 2013, il n'a pas vérifié son contrat d'achat, laissant la date d'achat à une période plutôt vague (2003-2004) non plus que le préjudice en découlant (two or three years later). Après, il n'a fait que quelques appels entre mars 2013 et juin 2013, sans succès. »

98. It is a well-established principle that the criteria to be an adequate representative for the class is not very demanding.

- *Fournier c. Banque de Nouvelle-Écosse*, 2011 QCCA 1459 :  
« b) La capacité de la représentante (art. 1003 d))

[49] Le représentant du groupe au sens de l'article 1003 d) *C.p.c.* doit être en mesure de représenter adéquatement le groupe. L'attribution du statut de représentant n'est pas particulièrement exigeante<sup>12</sup>.

[50] Le juge conclut que l'appelante ne satisfait pas à la condition de l'article 1003 d) *C.p.c.* au motif qu'elle n'a pas de recours personnel valable. Comme la requête de l'appelante satisfait aux exigences de l'article 1003 a), b) et c) *C.p.c.*, rien, par ailleurs, ne permet de conclure qu'elle n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe. Le juge était dans une position privilégiée dans la présente affaire pour évaluer les capacités de l'appelante à représenter le groupe, puisqu'elle a témoigné, et il ne relève rien de son témoignage qui pourrait faire obstacle à ce que le statut de représentant lui soit attribué. L'appelante satisfait en l'espèce aux exigences de l'article 1003 d) *C.p.c.* »

- *Blackette c. Research in Motion Ltd.*, 2013 QCCS 1138:

« Article 1003(d) C.C.P. The member to whom the Court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately

[62] It is common ground between the parties that this criteria is not overly difficult to satisfy. The representative must have the interest to pursue the action, the competence to do so, and the absence of any conflict.

...

[67] Moreover, Mr. Blackette took the initiative to complain to Rogers and then to RIM, and to identify and engage counsel experienced in the practice area. He is clearly a member of the group. He has been examined under oath and he has given effect to undertakings. He was present at the hearing on the present Petition, and it appears from his answers in the transcript that he understands the process. As well, Mr. Blackette with the assistance of counsel, has identified approximately 400 potential members of the group.

[68] The foregoing is sufficient to demonstrate the interest and the competence to act as a representative of the members. As well, there is no conflict apparent on the face of the record.

[69] Consequently, Mr. Blackette is in a position to adequately represent the members of the proposed group. »

---

<sup>12</sup> *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, paragr. 41; *Regroupement des CHSLD Christ-Roy (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades*, [2007] R.J.Q. 1753 (C.A.), 2007 QCCA 1068, paragr. 27-30.

99. The adequacy of the Representative is determined by three factors: (1) interest, (2) capacity, and (3) the absence of conflict of interests with other members of the group.

- *Brito c. Pfizer Canada inc.*, 2008 QCCS 2231 [déjà onglet 1]:

« 4. Quatrième condition – Article 1003d) :

*Le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.*

[76] Les intimées soutiennent que la requérante ne peut prétendre représenter les membres du groupe qui se trouvent dans une situation différente de la sienne. En effet, selon les intimées, le recours de chaque membre conduira nécessairement à l'analyse de nombreuses questions individuelles, d'où l'impossibilité dans laquelle se trouve la requérante de représenter tous les membres du groupe ayant utilisé le DEPO-PROVERA.

[77] Il s'agit d'un argument circulaire dont nous avons traité largement dans les pages précédentes.

[78] De plus, il ne faut pas confondre la condition de représentation adéquate prévue à l'article 1003d) C.p.c. avec la notion de représentativité du requérant. Selon l'auteur Pierre-Claude Lafond<sup>13</sup>, *la représentation adéquate du représentant s'examine à la lumière de trois critères : 1) l'intérêt à poursuivre; 2) la compétence; et 3) l'absence de conflit avec les membres du groupe.* Il écrit :

La seule question que [le Tribunal] doit examiner est la suivante :

la personne qui demande l'autorisation pourrait-elle être ce mandataire par qui les membres accepteraient d'être représentés si la demande était formée selon l'article 59 C.p.c.?<sup>14</sup>

[79] De plus, il faut tenir compte du fait que la représentante désignée pourra être remplacée ultérieurement à sa demande ou à celle d'un membre (art. 1024 C.p.c.).

[80] Dans *Carruthers c. Paquette*<sup>15</sup>, la juge Lemieux souligne que la diversité des réclamations ou la présence de moyens particuliers opposables à certains membres n'affecte pas la qualité du représentant.

[81] Dans *Guilbert c. Vacances sans frontière Itée*<sup>16</sup>, le juge LeBel, alors à la Cour d'appel, précise *qu'en analysant la capacité de représentation*

<sup>13</sup> Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996.

<sup>14</sup> Id., p. 420.

<sup>15</sup> Précité, note 6.

<sup>16</sup> [1991] R.D.J. 513 (C.A.).

sous l'article 1003d), l'on ne doit pas faire de la «représentativité» ou de la «typicalité» du recours un critère de l'attribution du statut de représentant<sup>17</sup>.

[82] Ce qui importe, c'est que le représentant soit apte à gérer le recours.

[83] Les énoncés de la requête démontrent que la requérante est en mesure de représenter adéquatement les membres du groupe. Depuis le dépôt de la requête en autorisation, par sa ténacité, la requérante a démontré qu'elle est effectivement disposée à gérer le présent recours et à le mener à terme (par. 11.2 de la requête), qu'elle a la capacité et l'intérêt requis (par. 11.3) et qu'elle est prête à consacrer le temps nécessaire à la bonne marche du dossier (par. 11.5). La quatrième condition est donc également rencontrée. »

100. The Judge in the First Instance added many additional factors to consider other than these three (3) factors including insufficient investigations, inadequate attempt to find class members on his own, the fact that he would not have instituted an action against Whirlpool individually, the fact that a lot of time had passed and the fact that he had only made a few phone calls about the matter to Sears and/or Whirlpool.

101. Attempts by judges to add additional factors such as these have been systematically reversed by the Court of Appeal and found insufficient to deny the Applicant to act as adequate representative.

- *Comtois c. Telus Mobilité*, 2010 QCCA 596:

« [28] Par ailleurs, la juge de la Cour supérieure se dit d'avis que l'appelante n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres. À ce propos, elle écrit:

[62] Tout ce que le Tribunal constate à la lecture de la requête, c'est que madame Comtois a payé pour des frais d'itinérance qu'elle estime avoir été facturés illégalement ; elle est donc membre du groupe proposé.

[63] Elle a également réussi à retracer quelques autres personnes dans la même situation.

[64] Encore aujourd'hui, le Tribunal ignore qui, de madame Comtois ou de ses avocats, a réellement initié les procédures. Le tribunal note que le même cabinet d'avocats s'est vu refuser une autre demande d'autorisation d'exercer un recours collectif en matière de téléphonie en raison d'un conflit

---

<sup>17</sup> Id., p. 516.

d'intérêts potentiel entre le représentant et l'avocat et, tel que déjà mentionné, que le même cabinet agit également dans le dossier Dubuc c. Bell Mobilité.

[65] Madame Comtois n'a pas témoigné et a même quitté la salle d'audience avant la fin de l'audience.

[66] Le Tribunal ignore comment madame Comtois entend financer ce recours et quelles démarches elle a entreprises.

...

b) La capacité de la représentante

[43] Quant à la capacité de l'appelante d'assurer une représentation adéquate des membres, je suis d'avis que l'appelante a cette capacité.

[44] Rien dans la preuve ne permettait à la juge de la Cour supérieure de tirer quelques inférences négatives du fait que l'appelante n'a pas témoigné et qu'elle a quitté la salle avant la fin de l'audience. De même, soit dit de nouveau avec égards, les observations contenues au jugement entrepris m'apparaissent à tout le moins spéculatives :

...

[45] Il est vrai que l'appelante (ou son avocat) a initié un recours en autorisation sans avoir de copie du contrat signé. Cela étant, suivant les allégations de la requête, l'appelante a un intérêt personnel. Elle a effectué des démarches, d'une part, auprès de l'intimée pour être remboursée et, d'autre part, pour rechercher d'autres personnes appartenant au groupe. Ces éléments, me semble-t-il, suffisaient à qualifier l'appelante. »

- *Martin c. Société Telus Communications*, 2010 QCCA 2376:

« [39] La juge a également déterminé que l'appelante n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate aux fins du recours. Elle lui reproche d'avoir déposé son contrat la veille de l'audition et est d'avis que la preuve offerte était minimaliste. Elle s'exprime ainsi :

[40] Trois facteurs sont pris en compte pour déterminer si la Requérente est en mesure d'assurer une représentation adéquate aux fins du recours : 1) l'intérêt à poursuivre; 2) la compétence; 3) l'absence de conflit avec les membres du groupe.

[41] La requérante assume le fardeau de démontrer qu'elle satisfait ces critères.

[42] Avec égards, elle a échoué, il ne suffit pas d'alléguer sa bonne foi et avoir l'intention « de se tenir informé des développements en cours » pour se qualifier.

[43] La Requérante n'a déployé aucun effort ou démarche personnelle pour justifier sa capacité d'agir. Elle n'a déposé son contrat que la veille du procès et après que Telus l'ait fait. La preuve versée par celle-ci est minimaliste et non complète. N'eut été de la preuve autorisée en faveur de l'intimée, le Tribunal n'avait pas l'information élémentaire pour comprendre l'étendue des obligations contractuelles des parties.

[44] Bien que la barre ne soit pas très haute, la requérante doit néanmoins la franchir. Il ne revient pas à la Cour d'inférer ou de supposer que le critère est satisfait.

[REFERENCES OMISES]

[40] La présente affaire est de nature contractuelle. La composition du groupe est relativement facile à établir. L'appelante soutient que 360 personnes se sont manifestées en s'inscrivant sur le site Web dédié au recours.

[41] Par ailleurs, bien qu'elle n'ait fourni une copie de son contrat que la veille de l'audition, l'appelante a déposé plusieurs documents, dont son relevé de compte, un contrat standard, les pages du site Web de Telus qui expliquent les modalités standards des contrats et le document faisant état de son forfait au moment de l'avis, en juin 2008. Il est vrai que les dépliants saisonniers de Telus, en vigueur en 2007, ont été déposés par un témoin de Telus. Ce dernier a toutefois mentionné qu'il a lui-même eu de la difficulté à les retracer.

[42] Dans les circonstances, l'appelante a démontré qu'elle possède les qualités requises pour agir à titre de représentante. Elle était d'ailleurs présente lors de l'audition de la requête et elle pouvait être interrogée sur cette question.

[43] Pour ces motifs, je propose d'accueillir l'appel avec dépens. »

102. In his second out-of-court examination, on August 29, 2013, at pages 28-41, the Petitioner acknowledges that he has the ability to be an excellent representative and will take his responsibilities seriously:

« Q- Et pourquoi est-ce que vous avez décidé d'être un représentant ou un requérant dans cette affaire ?

R- Bien, je pense que je suis une personne que je pense qui est capable de le faire... bien, mais pas capable, je suis une personne capable de le faire, moi... puis dans tout ce que je fais partout, je suis pour la justice, puis dans le fond je pense que tout le monde

doit être représenté là-dedans, puis je pense que j'ai les capacités par ce que je fais, qu'est-ce que j'ai comme boulot, puis ces choses-là, je pense que j'ai la capacité, puis je pense que je suis capable de mettre les efforts puis le temps que ça prend pour être capable que tout le monde ait justice dans ce dossier-là.

- Q- O.K. Est-ce que vous êtes au courant de vos responsabilités comme requérant dans un recours collectif ?
- R- Oui, c'est de mettre du temps, c'est de vous informer vous, c'est de donner les pièces justificatives, de dire ce qui s'est passé exactement, comment ça s'est passé, de tenir informé aussi tous les autres.
- Q- Et comment est-ce que vous procédez ?
- R- Bien, on communique ensemble, puis on le fait via le site Web qu'on tient le monde informé, parce que...
- Q- Le site Web, quel site Web ?
- R- Le site Web de votre organisation, de Jeff.
- Q- O.K.
- R- Puis même présentement on le fait, parce que cette demande-là qui est présentement sur le site Web, le nombre de formulaires qui sont là, toute l'information est updatée de façon quotidienne. Oui, ça demande du temps, mais je pense que ça vaut la peine, parce que ça m'a nécessité beaucoup de temps, puis je veux dans le fond que justice soit faite.
- Q- Et combien de temps est-ce que vous avez déjà travaillé sur ce dossier ?
- R- De lire sur le site Web, d'endurer ma femme qui se plaint, de faire toutes les recherches, de faire venir Sears, d'appeler là, de faire ci, de te rencontrer, d'avoir un premier interrogatoire, d'être ici aujourd'hui, les frais de déplacement, puis tout, je vous dirais que c'est entre cinquante (50), soixante (60), soixante-dix (70) heures, ça se compte pas en... Je peux pas vous dire que ça a pris juste deux (2), trois (3) heures, c'est faux, là, il y a tellement de documents puis de recherches pour me faire une tête puis dire regarde, c'est ça que ça implique. Je vous dirais au-dessus de cinquante 14 (50) heures.
- Q- O.K. Et vous savez que si c'est autorisé, il y aura d'autres étapes à faire ? R- Oui.
- Q- Est-ce que vous êtes...
- R- Oui, vous m'avez mis complètement au courant que ça peut nécessiter du temps d'aller en Cour, de témoigner, puis de mettre



encore du temps, peut-être d'en mettre autant, peut-être d'en mettre plus.

Q- Et vous êtes préparé à le faire ?

R- Oui. On en a discuté, si je suis ici aujourd'hui, oui, regarde, je suis ici aujourd'hui, ça fait que oui, je suis prêt à mettre le temps. »

103. Therefore, given that there are three (3) factors to consider when determining whether the Petitioner is an adequate representative, namely, interest, capacity and absence of conflict of interest it is clear that the Petitioner has more than satisfied the threshold.

104. Additionally, the Judge in the First Instance's criticism of the Petitioner was completely unjustified. Lambert did not need to take any new steps to locate other Class Members because the website that was already created had over 400 potential Class Members who had joined. The fact that an individual would not personally sue Whirlpool for his damages is exactly the reason why class action legislation was created and why it serves such an important social objective; but for class actions, individuals do not have the ability to pursue large corporations for their wrongs. The fact that Lambert attempted to get his contract from Sears, but was unsuccessful, while in the meantime Whirlpool seemed able to obtain it with no difficulty, seems to indicate that Whirlpool and/or Sears may have acted inappropriately by refusing the Representative's requests and, in any case, should not be used against Lambert in any way.

## **V. Credibility of the Representative**

105. The Judge in the First Instance concluded that the Petitioner was not credible enough to allow him to be an adequate representative of the class:

« [72] Le Requérant n'est pas transparent et ses déclarations frôlent le mensonge. Le deuxième contrat de service allégué dans sa requête et lors de ses interrogatoires vise non pas la laveuse en cause, mais une deuxième laveuse qui lui ou son ex-conjointe a acquise avec d'autres électroménagers dont sa cuisinière Kenmore en 2009. Il est étonnant que l'un ou l'autre, sa conjointe pestant sans cesse contre la laveuse ait acheté la même laveuse frontale Whirlpool, quatre ans plus tard.

[73] Conscient des difficultés reliées au problème de prescription, le Requérant a parfois contredit et même modulé certaines de ses affirmations lors des interrogatoires hors cour. Le Tribunal a d'ailleurs refusé des amendements permettant de « corriger » son tir en fonction des contradictions formulées. »

106. It has been established that an attack on the credibility of the Petitioner is neither appropriate nor determinative at the authorization stage.

- *Amram c. Rogers Communications inc.*, EYB 2012-212865 (C.S.):

« [39] Au soutien de cette prétention, les Intimées attaquent la crédibilité de la requérante au motif que son interprétation de l'entente est fautive si bien que sa crédibilité s'en trouve affectée. Le tribunal ne partage pas cette opinion. Selon la jurisprudence, il suffit que le représentant soit de bonne foi et agisse au meilleur de ses capacités, dans l'intérêt du groupe. Ce qui importe, c'est que le représentant soit apte à gérer le recours. »

107. Additionally, the attack on Lambert's credibility was wholly inappropriate in the context of this case as the proof of a second purchase of a Washing Machine by his ex-wife was not brought out until the authorization hearing, when Whirlpool knew that Lambert would not be present at the authorization to defend himself. Lambert's attorney objected, but the evidence was nonetheless allowed into the court record.
108. It is well-known that Lambert only joined the class action as the Class Representative in 2013. The fact that he could not remember details about such a mundane event as purchasing a Washing Machine nine (9) years earlier should not be held against him, nor is it determinative of credibility.
109. Finally, Lambert was denied the opportunity to respond to this issue of the purchase of a new washing machine by his ex-wife, which he would certainly have the ability to do on the merits. If his ex-wife, purchased another Whirlpool Washing Machine in 2009 while living separately from Lambert, it is indicative that in 2005, while she was living with Lambert and while using the Washing Machine, she obviously did not realize that it suffered from a design defect otherwise why, after moving out, why would she purchase the same defective washing machine? This is just another piece of evidence that shows that prescription did not and should not have run against Lambert starting in 2005.

**FOR THESE REASONS, THE APPELLANT/PETITIONER RESPECTFULLY REQUESTS THAT THE COURT OF APPEAL:**

**ALLOWS** the appeal and sets aside the judgment of the Superior Court dated November 19, 2013;

**GRANTS** the Appellant/Petitioner's motion seeking authorization to institute the class action;

**ASCRIBES** to the Petitioner the status of representative for the purpose of exercising the class action on behalf of the following group:

All residents in Quebec who currently own or have previously owned a Whirlpool Duet, Whirlpool Duet HT and/or Whirlpool Duet Sport Front-Loading Washing

Machine, as well as, the Whirlpool manufactured Kenmore HE2, HE2t, HE3t, HE4t, HE5t and other Kenmore Front-Loading Automatic Washers in the same family and Whirlpool manufactured Maytag Front-Loading Automatic Washers, purchased between 2002 and 2008 (collectively the “Washing Machines” or “Whirlpool Front-Loader”);

**AUTHORIZES** the bringing of a class action in the form of a motion to institute proceedings in damages;

**IDENTIFIES** the principle questions of fact and law to be treated collectively as the following:

- Does the design of the Washing Machines facilitate the growth or accumulation of dirt, debris, scrud and/or biofilm through their intended use?
- Are the Washing Machines defective and what are the defects?
- Are the Washing Machines fit to be used as intended?
- Did Whirlpool know or should they have known that the Washing Machines are defective?
- Did Whirlpool fail to adequately disclose to users that the Washing Machines are defective or did Whirlpool do so in a timely manner?
- Did Whirlpool not disclose the extent of the capability of the Washing Machines to self-clean and to suppress or prevent the growth of biofilm?
- Was the non-disclosure of the extent of the capability of the Washing Machines to self-clean and to suppress or prevent the growth of biofilm a false or misleading representation?
- Did Whirlpool knowingly or recklessly not disclose the extent of the capability of the Washing Machines to self-clean and to suppress or prevent the growth of biofilm?
- Did Whirlpool not disclose the extent of the capability of the Washing Machines to self-clean and to suppress or prevent the growth of biofilm in order to promote its business interest?
- Did Whirlpool unjustly enrich itself through the sale of its Affresh products?
- Is Whirlpool responsible for all related costs (including, but not limited to, the purchase price or otherwise the premium on the purchase price paid, the loss or reduction in value, the costs of attempted repairs, the purchase price of purported remedies and products, the loss of use and enjoyment, trouble and

inconvenience, the replacement costs of clothes and other items, extra energy costs, overpayment for Whirlpool Washing Machines, future costs of repair, the fair replacement value, personal injury damages) to class members as a result of the problems associated with the Washing Machines?

- Should an injunctive remedy be ordered to force Whirlpool to recall, repair and/or replace class members' Washing Machines free of charge?
- Is Whirlpool responsible to pay compensatory, moral, punitive and/or exemplary damages to class members and in what amount?

**IDENTIFIES** the conclusions sought by the class action to be instituted as being the following:

GRANT the class action of the Petitioner and each of the members of the class;

ORDER the Defendants to recall, repair, and/or replace the Washing Machines free of charge;

DECLARE the Defendants solidarily liable for the damages suffered by the Petitioner and each of the members of the class;

CONDEMN the Defendants to pay to each member of the class a sum to be determined in compensation of the damages suffered, and ORDER collective recovery of these sums;

CONDEMN the Defendants to pay to each of the members of the class, punitive damages, and ORDER collective recovery of these sums;

CONDEMN the Defendants to pay interest and additional indemnity on the above sums according to law from the date of service of the motion to authorize a class action;

ORDER the Defendants to deposit in the office of this court the totality of the sums which forms part of the collective recovery, with interest and costs;

ORDER that the claims of individual class members be the object of collective liquidation if the proof permits and alternately, by individual liquidation;

CONDEMN the Defendants to bear the costs of the present action including expert and notice fees;

**DECLARES** that all members of the class that have not requested their exclusion, be bound by any judgement to be rendered on the class action to be instituted in the manner provided for by law;

**FIXES** the delay of exclusion at thirty (30) days from the date of the publication of the notice to the members, date upon which the members of the class that have not exercised their means of exclusion will be bound by any judgement to be rendered herein;

**ORDERS** the publication of a notice to the members of the group in accordance with article 1006 C.C.P. within sixty (60) days from the judgement to be rendered herein in LA PRESSE and the MONTREAL GAZETTE;

**ORDERS** that said notice be available on the Respondents' website with a link stating "Notice to users of Whirlpool Duet, Whirlpool Duet HT and/or Whirlpool Duet Sport Front-Loading Washing Machine, as well as, the Whirlpool manufactured Kenmore HE2, HE2t, HE3t, HE4t, HE5t and other Kenmore Front-Loading Automatic Washers in the same family and Whirlpool manufactured Maytag Front-Loading Automatic Washers, the whole for the 2001 to 2008 model years";

**REMANDS** the file to the Chief Justice of the Superior Court for determination of the judicial district in which the class action will proceed and for appointment of the judge charged with hearing the case;

**THE WHOLE** with costs in appeal and in the first instance, including publications fees.

Montreal, December 17, 2013

(S) Jeff Orenstein

---

CONSUMER LAW GROUP INC.

Per: Me Jeff Orenstein

Attorneys for the Petitioner