

**Pro-Sys Consultants Ltd. and
Neil Godfrey** *Appellants*

v.

**Microsoft Corporation and Microsoft Canada
Co./Microsoft Canada CIE** *Respondents*

and

Attorney General of Canada *Intervener*

**INDEXED AS: PRO-SYS CONSULTANTS LTD. v.
MICROSOFT CORPORATION**

2013 SCC 57

File No.: 34282.

2012: October 17; 2013: October 31.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Civil procedure — Class actions — Certification — Indirect purchasers — Plaintiffs suing defendants for unlawful conduct in overcharging for its PC operating systems and PC applications software — Plaintiffs seeking certification of action as class proceeding under provincial class action legislation — Whether indirect purchaser actions are available as a matter of law in Canada — Whether certification requirements are met — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

P brought a class action against M, alleging that beginning in 1988, M engaged in unlawful conduct by overcharging for its Intel-compatible PC operating systems and Intel-compatible PC applications software. P sought certification of the action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“CPA”). The proposed class is made up of ultimate consumers, known as “indirect purchasers”, who acquired M’s products from re-sellers.

**Pro-Sys Consultants Ltd. et
Neil Godfrey** *Appelants*

c.

**Microsoft Corporation et Microsoft Canada
Co./Microsoft Canada CIE** *Intimées*

et

Procureur général du Canada *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : PRO-SYS CONSULTANTS LTD. c.
MICROSOFT CORPORATION**

2013 CSC 57

N° du greffe : 34282.

2012 : 17 octobre; 2013 : 31 octobre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Procédure civile — Recours collectifs — Certification — Acheteurs indirects — Action intentée contre les défenderesses au motif qu’elles auraient agi illégalement en majorant le prix de leurs systèmes d’exploitation et de leurs logiciels d’application pour ordinateur personnel — Demande de certification d’une action à titre de recours collectif en application des dispositions provinciales sur les recours collectifs — L’acheteur indirect dispose-t-il d’un recours en droit canadien? — Respect des conditions de certification — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

P a intenté contre M un recours collectif dans lequel elle allègue que, à compter de 1988, M a agi illégalement en majorant le prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application pour ordinateur personnel compatibles avec le processeur Intel. P a demandé la certification de son action à titre de recours collectif en application de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« CPA »). Le groupe proposé se compose des consommateurs finaux, appelés « acheteurs indirects », qui ont acheté des produits de M à des revendeurs.

The British Columbia Supreme Court found that the certification requirements set out in s. 4(1) of the *CPA* were met and certified the action. The majority of the Court of Appeal allowed M's appeal, set aside the certification order and dismissed the action, determining that indirect purchaser actions were not available as a matter of law in Canada and therefore that the class members had no cause of action under s. 4(1)(a) of the *CPA*.

Held: The appeal should be allowed.

Indirect purchasers have a cause of action against the party who has effectuated the overcharge at the top of the distribution chain that has allegedly injured the indirect purchasers as a result of the overcharge being "passed on" to them through the chain of distribution. The argument that indirect purchasers should have no cause of action because passing on has been rejected as a defence in Canada should fail.

The passing-on defence, which was typically advanced by an overcharger at the top of a distribution chain, was invoked under the proposition that if the direct purchaser who sustained the original overcharge then passed that overcharge on to its own customers, the gain conferred on the overcharger was not at the expense of the direct purchaser because the direct purchaser suffered no loss. As such, the fact that the overcharge was "passed on" was argued to be a defence to actions brought by the direct purchaser against the party responsible for the overcharge. This defence has been rejected by this Court in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, and that rejection is not limited to the context of the imposition of *ultra vires* taxes; the passing-on defence is rejected throughout the whole of restitutionary law.

However, the rejection of the passing-on defence does not lead to a corresponding rejection of the offensive use of passing on. Therefore, indirect purchasers should not be foreclosed from claiming losses passed on to them. The risk of double or multiple recovery where actions by direct and indirect purchasers are pending at the same time or where parallel suits are pending in other jurisdictions can be managed by the court. Furthermore, indirect purchaser actions should not be barred altogether solely because of the likely complexity associated with proof of damages. In bringing their action, the indirect purchasers willingly assume the burden of establishing that they have suffered loss, and whether they have met their burden of

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que les conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA* étaient réunies et elle a certifié l'action. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel de M, annulé l'ordonnance de certification et rejeté l'action après avoir statué que l'acheteur indirect n'a pas de recours en droit canadien et que les membres du groupe n'avaient donc pas de cause d'action comme l'exige l'al. 4(1)(a) de la *CPA*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'acheteur indirect a une cause d'action contre l'auteur de la majoration qui se situe au sommet de la chaîne de distribution et qui l'aurait indirectement lésé du fait que la majoration lui a été « transférée » en aval dans la chaîne de distribution. On ne peut retenir l'argument selon lequel l'acheteur indirect ne doit se voir reconnaître aucune cause d'action en raison du rejet du transfert de la perte comme moyen de défense au Canada.

Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, généralement invoqué par l'auteur de la majoration situé au sommet de la chaîne de distribution, voulait que si l'acheteur direct absorbait la majoration puis la transférait à ses propres clients, l'auteur de la majoration ne réalisait pas le bénéfice au détriment de l'acheteur direct, celui-ci ne subissant aucune perte. Ce « transfert » de la majoration était donc invoqué en défense à l'action intentée par l'acheteur direct contre l'auteur de la majoration. La Cour a rejeté ce moyen de défense dans *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, et ce rejet ne vaut pas que pour l'imposition d'une taxe *ultra vires*; le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est toujours exclu aux fins du droit de la restitution.

Cependant, le rejet du transfert de la perte comme moyen de défense n'entraîne pas son exclusion comme cause d'action. En conséquence, l'acheteur indirect ne doit pas se voir empêcher de recouvrer le montant de la perte qui lui a été transférée. Le tribunal peut gérer le risque de recouvrement double ou multiple lorsque l'action de l'acheteur direct et celle de l'acheteur indirect sont en instance simultanément ou lorsque des poursuites sont intentées parallèlement dans d'autres ressorts. Par ailleurs, il n'y a pas lieu de faire totalement obstacle à l'action de l'acheteur indirect pour la seule raison qu'il sera ardu d'établir le préjudice subi. L'acheteur indirect qui intente une action contracte volontairement l'obligation d'établir qu'il a subi une perte, et la question

proof is a factual question to be decided on a case-by-case basis. In addition, allowing the offensive use of passing on will not frustrate the deterrence objectives of Canadian competition laws. Indirect purchaser actions may, in some circumstances, be the only means by which overcharges are claimed and deterrence is promoted. Finally, allowing indirect purchaser actions is consistent with the remediation objective of restitution law because it allows for compensating the parties who have actually suffered the harm rather than reserving these actions for direct purchasers who may have in fact passed on the overcharge.

The first requirement for certification at s. 4(1) of the *CPA* requires that the pleadings disclose a cause of action. A plaintiff satisfies this requirement unless, assuming all facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff's claim cannot succeed. In the case at bar, the pleadings disclose causes of action that should not be struck out at this stage of the proceedings.

First, it cannot be said that the pleadings do not disclose a cause of action under s. 36 of the *Competition Act*. The contention that the s. 36 cause of action is not properly pleaded because it was not included in the statement of claim and that any attempt to add it now would be barred by the two-year limitation period contained in s. 36(4) of the Act is purely technical and should be rejected. The argument that the Competition Tribunal should have jurisdiction over the enforcement of the competition law should also be rejected, since s. 36 expressly confers jurisdiction on the court to entertain the claims of any person who suffered loss by virtue of a breach of Part VI of the Act.

Next, it is not plain and obvious that the claim in tort for predominant purpose conspiracy cannot succeed. The contention that the tort of predominant purpose conspiracy is not made out because the statement of claim fails to identify one true predominant purpose and instead lists overlapping purposes should fail at this stage of the proceedings. Similarly, the argument that the predominant purpose conspiracy claim should be struck as it applies to an alleged conspiracy between a parent corporation and its subsidiaries should fail because it is not plain and obvious that the law considers parent and wholly-owned subsidiary corporations to always act in combination.

Similarly, at this point, it is not plain and obvious that there is no cause of action in tort for unlawful means conspiracy or intentional interference with economic

de savoir s'il s'est acquitté ou non de son fardeau de preuve tient aux faits de l'espèce. En outre, permettre d'alléguer en demande le transfert de la perte ne nuira pas aux objectifs de dissuasion des dispositions canadiennes sur la concurrence. Dans certaines circonstances, l'action de l'acheteur indirect peut offrir le seul moyen de recouvrer la majoration et d'assurer la dissuasion. Enfin, permettre à l'acheteur indirect d'intenter une action en justice s'accorde avec l'objectif de réparation du droit de la restitution, car la personne qui a effectivement subi un préjudice, et non seulement l'acheteur direct qui a pu en fait transférer la majoration, peut ainsi être indemnisée.

La première condition de certification prévue au par. 4(1) de la *CPA* veut que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Le demandeur ne satisfait pas à la condition lorsque, à supposer que les faits invoqués soient vrais, la demande ne pourrait manifestement pas être accueillie. En l'espèce, les actes de procédure révèlent des causes d'action qu'on ne saurait radier à ce stade de l'instance.

Premièrement, on ne peut affirmer que les actes de procédure ne révèlent pas une cause d'action fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*. La prétention que la cause d'action fondée sur l'art. 36 est irrégulièrement plaidée parce qu'elle ne figure pas dans la déclaration et que le délai de prescription de deux ans imparti au par. 36(4) de la Loi fait obstacle à l'ajout de cette cause d'action est purement technique et doit être rejetée. Celle voulant que c'est au Tribunal de la concurrence qu'il appartient de faire respecter le droit de la concurrence doit également être rejetée puisque l'art. 36 confère expressément compétence à une cour de justice pour statuer sur toute réclamation d'une personne à qui une violation de la partie VI a infligé une perte.

Ensuite, on ne saurait dire qu'il ne peut manifestement pas être fait droit à l'allégation relative au délit civil de complot visant principalement à causer un préjudice. La thèse voulant que l'allégation ne soit pas étayée parce que la déclaration ne révèle pas un véritable objet principal, mais en énumère en fait plusieurs qui se chevauchent, doit être rejetée à ce stade de l'instance. Il convient également de rejeter la demande de radiation de l'allégation de complot entre une société mère et une filiale visant principalement à causer un préjudice car il n'est pas manifeste que, sur le plan juridique, une société mère et une filiale à 100 p. 100 agissent toujours de concert.

Aussi, l'inexistence d'une cause d'action en responsabilité délictuelle pour complot en vue de recourir à des moyens illégaux ou pour atteinte intentionnelle

interests. These alleged causes of action must be dealt with summarily as the proper approach to the unlawful means requirement common to both torts is presently under reserve in this Court in *Bram Enterprises Ltd. v. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215, leave to appeal granted, [2012] 3 S.C.R. v. Depending on the decision of this Court in *Bram*, it will be open to M to raise the matter at trial should it consider it advisable to do so.

With respect to the restitutionary claim in unjust enrichment, it is not plain and obvious that it cannot succeed. With respect to the argument that any enrichment received by M came from the direct purchasers and not from the class members, and that this lack of a direct connection between it and the class members forecloses the claim of unjust enrichment, it is not plain and obvious that a claim in unjust enrichment will be made out only where the relationship between the plaintiff and the defendant is direct. The question of whether the contracts between M and the direct purchasers and the contracts between the direct purchasers and the indirect purchasers, which could constitute a juristic reason for the enrichment, are illegal and void should not be resolved at this stage of the proceedings and must be left to the trial judge.

The pleadings based on constructive trust must be struck. In order to find that a constructive trust is made out, the plaintiff must be able to point to a link or causal connection between his or her contribution and the acquisition of specific property. In the present case, there is no referential property. P makes a purely monetary claim. As the claim neither explains why a monetary award is inappropriate or insufficient nor shows a link to specific property, the claim does not satisfy the conditions necessary to ground a constructive trust. On the pleadings, it is plain and obvious that this claim cannot succeed.

Finally, it is not plain and obvious that a cause of action in waiver of tort would not succeed. There is contradictory law as to the question of whether the underlying tort needs to be established in order to sustain an action in waiver of tort. This appeal is not the proper place to resolve the details of the law of waiver of tort, nor the particular circumstances in which it can be pleaded.

aux intérêts financiers n'est pas manifeste à ce stade. Ces causes d'action alléguées doivent être examinées sommairement car, dans le dossier *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2^e) 215, autorisation d'appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v., actuellement en délibéré, notre Cour ne s'est pas encore prononcée sur l'approche qui s'impose à l'égard de l'exigence, commune aux deux délits civils, du recours à des moyens illégaux. Selon l'issue du pourvoi dans *Bram*, M pourra demander à la juridiction de première instance de statuer sur ce point si elle le juge opportun.

S'agissant de la demande de restitution fondée sur l'enrichissement sans cause, il n'est pas manifeste qu'il ne peut y être fait droit. En ce qui concerne la thèse voulant que l'enrichissement de M provienne des acheteurs directs, et non des membres du groupe, et que son absence de lien direct avec ces derniers scelle le sort de l'allégation d'enrichissement sans cause, il n'est pas manifeste que l'enrichissement sans cause ne sera établi que si le lien entre la demanderesse et la défenderesse est direct. Il n'y a pas lieu, à ce stade de l'instance, de statuer sur la question de savoir si les contrats entre M et les acheteurs directs et entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects, lesquels pourraient constituer la cause juridique de l'enrichissement, sont illégaux et nuls; il appartient au juge du procès de le faire.

Les allégations relatives à l'existence d'une fiducie par interprétation doivent être radiées. Pour faire la preuve d'une fiducie par interprétation, le demandeur doit pouvoir établir un lien ou un rapport de causalité entre sa contribution et l'acquisition d'un bien. Nul bien n'est en cause en l'espèce. P réclame seulement une réparation pécuniaire. Étant donné qu'elle n'indique pas en quoi une réparation pécuniaire serait inappropriée ou insuffisante, et qu'elle n'établit pas de lien avec un bien en particulier, l'allégation ne satisfait pas aux conditions d'imposition d'une fiducie par interprétation. Au vu des actes de procédure, il est manifeste qu'on ne saurait faire droit à cette allégation.

Enfin, il n'est pas manifeste que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera débouté. Le droit est contradictoire quant à savoir si le délit civil sous-jacent doit être prouvé ou non pour les besoins d'une action fondée sur la renonciation au recours délictuel. Il ne convient pas de statuer plus avant, dans le cadre du pourvoi, sur le droit applicable en matière de renonciation au recours délictuel, ni sur le contexte particulier dans lequel on peut invoquer celle-ci.

The starting point in determining the standard of proof to be applied to the remaining certification requirements is the standard articulated in this Court's decision in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158: the class representative must show some basis in fact for each of the certification requirements set out in the provincial class action legislation, other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action. The certification stage is not meant to be a test of the merits of the action, rather, this stage is concerned with form and with whether the action can properly proceed as a class action. The standard of proof asks not whether there is some basis in fact for the claim itself, but rather whether there is some basis in fact which establishes each of the individual certification requirements. Although evidence has a role to play in the certification process, the standard of proof does not require evidence on a balance of probabilities. The certification stage does not involve an assessment of the merits of the claim and is not intended to be a pronouncement on the viability or strength of the action, rather, it focuses on the form of the action in order to determine whether the action can appropriately go forward as a class proceeding. Each case must be decided on its own facts. There must be sufficient facts to satisfy the applications judge that the conditions for certification have been met to a degree that should allow the matter to proceed on a class basis without foundering at the merits stage by reason of the requirements not having been met.

In the case at bar, the applications judge's finding that the claims raised common issues is entitled to deference. In order to establish commonality, evidence that the acts alleged actually occurred is not required, rather, the factual evidence required at this stage goes only to establishing whether these questions are common to all the class members. With respect to the common issues that ask whether loss to the class members can be established on a class-wide basis, they require the use of expert evidence in order for commonality to be established. The expert methodology must be sufficiently credible or plausible to establish some basis in fact for the commonality requirement — it must offer a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis so that, if the overcharge is eventually established at the trial of the common issues, there is a means by which to demonstrate that it is common to the class. The methodology cannot be purely theoretical or hypothetical, but must be grounded in the facts of the particular case in question, and there must be some evidence of the availability of the data to which the methodology

Le point de départ pour déterminer la norme de preuve applicable aux autres conditions de certification réside dans l'arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 : le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions que prévoit les dispositions provinciales sur les recours collectifs, sauf celle voulant que les actes de procédure révèlent une cause d'action. L'examen au fond est écarté à l'étape de la certification, laquelle intéresse plutôt la forme et le caractère approprié de la poursuite par voie de recours collectif. Suivant la norme de preuve applicable, la question n'est pas celle de savoir si la demande a un certain fondement factuel, mais bien si un certain fondement factuel établit chacune des conditions de certification. Bien que la preuve importe aux fins de la certification, la norme de preuve n'exige pas une preuve selon la prépondérance des probabilités. La procédure de certification ne comporte pas d'examen au fond de la demande et elle ne vise pas à déterminer le bien-fondé des allégations; elle intéresse plutôt la forme que revêt l'action pour déterminer s'il convient de procéder par recours collectif. L'issue d'une affaire dépend des faits qui lui sont propres. Suffisamment de faits doivent permettre de convaincre le tribunal que les conditions de certification sont réunies de telle sorte que l'instance puisse suivre son cours sous forme de recours collectif sans s'écrouler à l'étape de l'examen au fond à cause du non-respect des conditions applicables.

En l'espèce, la conclusion du juge selon laquelle les demandes soulèvent des questions communes commande la déférence. Établir la communauté des questions n'exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu; à ce stade, il faut plutôt établir que les questions soulevées sont communes à tous les membres du groupe. Démontrer le caractère commun des questions — la perte subie par les membres peut-elle être circonscrite à l'échelle du groupe? — commande le recours à une preuve d'expert. La méthode d'expert doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l'exigence d'une question commune; elle doit offrir une possibilité réaliste d'établir la perte à l'échelle du groupe, de sorte que, si la majoration est établie à l'issue de l'examen des questions communes au procès, un moyen permette de démontrer qu'elle est commune aux membres du groupe. Il ne peut s'agir d'une méthode purement théorique ou hypothétique; elle doit reposer sur les faits de l'affaire, et l'existence des données auxquelles la méthode est censée s'appliquer

is to be applied. Resolving conflicts between the experts is an issue for the trial judge and not one that should be engaged in at certification.

The applications judge's decision to certify as common issues whether damages can be determined on an aggregate basis and if so, in what amount, should not be disturbed. The question of whether damages assessed in the aggregate are an appropriate remedy can be certified as a common issue. However, this common issue should only be determined at the common issues trial after a finding of liability has been made. The ultimate decision as to whether the aggregate damages provisions of the *CPA* should be available is one that should be left to the common issues trial judge. The failure to propose or certify aggregate damages, or another remedy, as a common issue does not preclude a trial judge from invoking the provisions if considered appropriate.

The applications judge's finding that the class action is the preferable procedure should not be interfered with. In the present case, there are common issues related to the existence of the causes of action and there are also common issues related to loss to the class members. The loss-related issues can be said to be common because there is an expert methodology that has been found to have a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis. If the common issues were to be resolved, they would be determinative of M's liability and of whether passing on of the overcharge to the indirect purchasers has occurred. Because such determinations will be essential in order for the class members to recover in this case, a resolution of the common issues would significantly advance the action.

Cases Cited

Referred to: *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, aff'd 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74; *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161;

doit être étayée par quelque preuve. Trancher entre des preuves d'expert contradictoires relève du juge du procès et ne doit pas intervenir à l'étape de la certification.

La décision de certifier à titre de questions communes l'opportunité d'établir les dommages-intérêts de manière globale et, dans l'affirmative, la détermination du montant de ces dommages-intérêts, ne doit pas être réformée. La question de savoir si l'octroi de dommages-intérêts globaux constitue une réparation appropriée peut être certifiée comme question commune. Cependant, cette question commune ne sera tranchée qu'au procès, une fois la responsabilité établie. La décision relative à l'applicabilité des dispositions de la *CPA* sur les dommages-intérêts globaux doit appartenir en fin de compte au juge du procès appelé à statuer sur les questions communes. L'omission de proposer ou de certifier à titre de question commune l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts globaux ou une autre réparation n'empêche pas le juge du procès de se fonder sur les dispositions s'il l'estime indiqué.

La conclusion du juge saisi des demandes selon laquelle le recours collectif constitue la meilleure procédure ne doit pas être modifiée. Dans la présente affaire, non seulement l'existence de causes d'action, mais aussi la perte subie par les membres du groupe, constituent des questions communes. On peut dire que la perte constitue une question commune car il a été déterminé qu'une méthode proposée par un expert permettrait assez certainement d'établir la perte à l'échelle du groupe. Le règlement des questions communes devrait permettre de statuer sur la responsabilité de M et sur le transfert de la majoration aux acheteurs indirects. Puisqu'il est essentiel de statuer sur ces points afin que les membres du groupe puissent recouvrer le montant de la perte, le règlement des questions communes ferait progresser substantiellement l'instance.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, conf. par 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74; *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977);

Chadha v. Bayer Inc. (2003), 63 O.R. (3d) 22; *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989); *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Golden Capital Securities Ltd. v. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54; *Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452; *Smith v. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xii; *Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Bram Enterprises Ltd. v. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215, leave to appeal granted, [2012] 3 S.C.R. v; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269; *United Australia, Ltd. v. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665; *National Trust Co. v. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. v. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (1920); *Mahesan v. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374; *Universe Tankships Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366; *Zidaric v. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61; *Reid v. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII); *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272, rev'g 2008 BCSC 575 (CanLII); *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *In re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (2008); *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (2002); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011); *Steele v. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389; *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 1 “common issues”, 4(1), (2), 5(4), (7), 10(1), 29(1), (2).

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161; *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22; *California c. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989); *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Golden Capital Securities Ltd. c. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *Smith c. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81, autorisation d'appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xii; *Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2^e) 215, autorisation d'appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269; *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Serhan (Trustee of) c. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665; *National Trust Co. c. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. c. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (1920); *Mahesan c. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374; *Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366; *Zidaric c. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61; *Reid c. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII); *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272, inf. 2008 BCSC 575 (CanLII); *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *In re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (2008); *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (2002); *Wal-Mart Stores, Inc. c. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011); *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389; *2038724 Ontario Ltd. c. Quizno's Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 1 « common issues » (question commune), 4(1), (2), 5(4), (7), 10(1), 29(1), (2).

Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 36, Part VI, 45(1), 52(1).

Authors Cited

- Antitrust Modernization Commission. *Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations*. Washington, D.C.: The Commission, 2007 (online: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm).
- Beatson, J. *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- British Columbia. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078.
- Cullity, Maurice. “Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of ‘Some Basis in Fact’” (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407.
- Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2013, release 21).
- Friedmann, Daniel. “Restitution for Wrongs: The Basis of Liability”, in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 133.
- Gavil, Andrew I. “Thinking Outside the *Illinois Brick* Box: A Proposal for Reform” (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167.
- Glover, J. Maria. “The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law” (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137.
- Harris, Robert G., and Lawrence A. Sullivan. “Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis” (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. “Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick*” (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. “The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan” (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005).
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).
- O’Connor, Kevin J. “Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling?” (2001), 15:3 *Antitrust* 34.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 36, partie VI, 45(1), 52(1).

Doctrine et autres documents cités

- Antitrust Modernization Commission. *Antitrust Modernization Commission: Report and Recommendations*. Washington, D.C.: The Commission, 2007 (online: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm).
- Beatson, J. *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Colombie-Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078.
- Cullity, Maurice. « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of “Some Basis in Fact” » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407.
- Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2013, release 21).
- Friedmann, Daniel. « Restitution for Wrongs: The Basis of Liability », in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones*. Oxford: Hart Publishing, 1998, 133.
- Gavil, Andrew I. « Thinking Outside the *Illinois Brick* Box: A Proposal for Reform » (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167.
- Glover, J. Maria. « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law » (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137.
- Harris, Robert G., and Lawrence A. Sullivan. « Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis » (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. « Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick* » (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602.
- Landes, William M., and Richard A. Posner. « The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan » (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005).
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).
- O’Connor, Kevin J. « Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling? » (2001), 15:3 *Antitrust* 34.
- Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

Thimmesch, Adam. “Beyond Treble Damages: *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.*” (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649.

Van Cott, Charles C. “Standing at the Fringe: Antitrust Damages and the Fringe Producer” (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763.

Werden, Gregory J., and Marius Schwartz. “*Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis” (1984), 35 *Hastings L.J.* 629.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Lowry and Frankel J.J.A.), 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90, 513 W.A.C. 90, 331 D.L.R. (4th) 671, [2011] B.C.J. No. 688 (QL), 2011 CarswellBC 930, setting aside a decision of Myers J., 2010 BCSC 285, [2010] B.C.J. No. 380 (QL), 2010 CarswellBC 508, and decisions of Tysoe J., 2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111, [2007] 1 W.W.R. 541, 44 C.C.L.T. (3d) 146, [2006] B.C.J. No. 3035 (QL), 2006 CarswellBC 2892, and 2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323, [2006] 11 W.W.R. 688, 40 C.C.L.T. (3d) 45, [2006] B.C.J. No. 1564 (QL), 2006 CarswellBC 1691. Appeal allowed.

J. J. Camp, Q.C., Reidar Mogerman, Melina Buckley and Michael Sobkin, for the appellants.

Neil Finkelstein, James Sullivan, Catherine Beagan Flood and Brandon Kain, for the respondents.

John S. Tyhurst, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraphe
I. Introduction	1
II. Background.....	3
III. The Proceedings Below	6

Thimmesch, Adam. « Beyond Treble Damages : *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.* » (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649.

Van Cott, Charles C. « Standing at the Fringe : Antitrust Damages and the Fringe Producer » (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763.

Werden, Gregory J., and Marius Schwartz. « *Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis » (1984), 35 *Hastings L.J.* 629.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Lowry et Frankel), 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90, 513 W.A.C. 90, 331 D.L.R. (4th) 671, [2011] B.C.J. No. 688 (QL), 2011 CarswellBC 930, qui a infirmé une décision du juge Myers, 2010 BCSC 285, [2010] B.C.J. No. 380 (QL), 2010 CarswellBC 508, et des décisions du juge Tysoe, 2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111, [2007] 1 W.W.R. 541, 44 C.C.L.T. (3d) 146, [2006] B.C.J. No. 3035 (QL), 2006 CarswellBC 2892, et 2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323, [2006] 11 W.W.R. 688, 40 C.C.L.T. (3d) 45, [2006] B.C.J. No. 1564 (QL), 2006 CarswellBC 1691. Pourvoi accueilli.

J. J. Camp, c.r., Reidar Mogerman, Melina Buckley et Michael Sobkin, pour les appelants.

Neil Finkelstein, James Sullivan, Catherine Beagan Flood et Brandon Kain, pour les intimées.

John S. Tyhurst, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Introduction	1
II. Contexte.....	3
III. Décisions des tribunaux inférieurs	6

A. Certification Proceedings in the British Columbia Supreme Court.....	6	A. Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.....	6
B. Appeal of the Certification to the British Columbia Court of Appeal.....	10	B. Appel de la certification devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique	10
IV. Analysis	14	IV. Analyse	14
A. Indirect Purchaser Actions (the “Passing-On” Issue)	15	A. Action de l’acheteur indirect (la question du « transfert de la perte »)	15
(1) Rejection of Passing On as a Defence.....	18	(1) Rejet du transfert de la perte comme moyen de défense	18
(2) Significance of the Passing-On Defence in This Appeal	30	(2) Importance en l’espèce du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte	30
(3) Analysis of the “Necessary Corollary” Argument.....	34	(3) L’argument du « corollaire nécessaire »	34
(a) Double or Multiple Recovery	35	a) Recouvrement double ou multiple.....	35
(b) Remoteness and Complexity	42	b) Caractère indirect et complexité	42
(c) Deterrence.....	46	c) Effet dissuasif	46
(d) Restitutionary Principles.....	50	d) Principes de la restitution	50
(e) Departure From the Rule in <i>Illinois Brick</i> in the United States.....	51	e) Dérogation à la règle établie aux États-Unis dans l’arrêt <i>Illinois Brick</i>	51
(f) Doctrinal Commentary	52	f) Doctrine	52
(4) Conclusion on the Offensive Use of Passing On.....	60	(4) Conclusion sur l’allégation en demande du transfert de la perte	60
B. Certification of the Class Action.....	61	B. Certification du recours collectif	61
(1) The Requirements for Certification Under the British Columbia <i>Class Proceedings Act</i>	62	(1) Les conditions de certification selon la <i>Class Proceedings Act</i> de la Colombie-Britannique	62
(2) Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?	63	(2) Les actes de procédure révèlent-ils une cause d’action?	63

(a) Section 36 of the <i>Competition Act</i>	65	a) Article 36 de la <i>Loi sur la concurrence</i>	65
(b) Tort.....	72	b) Responsabilité délictuelle	72
(i) Predominant Purpose Conspiracy	74	(i) Complot visant principalement à causer un préjudice	74
(ii) Unlawful Means Conspiracy and Intentional Interference With Economic Interests.....	80	(ii) Complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers	80
(c) Restitution.....	84	c) Restitution.....	84
(i) Unjust Enrichment	85	(i) Enrichissement sans cause.....	85
(ii) Constructive Trust.....	90	(ii) Fiducie par interprétation.....	90
(iii) Waiver of Tort	93	(iii) Renonciation au recours délictuel.....	93
(3) The Remaining Certification Requirements.....	98	(3) Les autres conditions présidant à la certification	98
(a) Standard of Proof.....	99	a) Norme de preuve	99
(b) Do the Claims of the Class Members Raise Common Issues?.....	106	b) Les demandes des membres du groupe soulèvent-elles des questions communes?.....	106
(i) Expert Evidence in Indirect Purchaser Class Actions.....	114	(i) Preuve d'expert dans le cadre d'actions d'acheteurs indirects	114
(ii) Aggregate Assessment of Damages	127	(ii) Détermination globale du montant des dommages-intérêts	127
(c) Is a Class Action the Preferable Procedure?	136	c) Le recours collectif constitue-t-il la meilleure procédure pour régler les questions communes?	136
(4) Conclusion on the Certification of the Action.....	142	(4) Conclusion sur la certification du recours collectif.....	142

V. Conclusion..... 143

APPENDIX: Common Issues Certified by Myers J.

I. Introduction

[1] It is no simple task to assess liability and apportion damages in situations where the wrongdoer and the harmed parties are separated by a long and complex chain of distribution, involving many parties, purchasers, resellers and intermediaries. Such is the problem presented by indirect purchaser actions in which downstream individual purchasers seek recovery for alleged unlawful overcharges that were passed on to them through the successive links in the chain.

[2] The complexities inherent in indirect purchaser actions are magnified when such actions are brought as a class proceeding. When that happens, the courts are required to grapple with not only the difficulties associated with indirect purchaser actions, but are also then asked to decide whether the requirements for certification of a class action are met. These are the questions the Court is faced with in this appeal.

II. Background

[3] The representative plaintiffs in this action, Pro-Sys Consultants Ltd. and Neil Godfrey (collectively “Pro-Sys”), brought a class action against Microsoft Corporation and Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (collectively “Microsoft”) alleging that beginning in 1988, Microsoft engaged in unlawful conduct by overcharging for its Intel-compatible PC operating systems and Intel-compatible PC applications software. Pro-Sys claims that as a direct consequence of Microsoft’s unlawful conduct, it and all the class members paid and continue to pay higher prices for Microsoft operating systems and applications software than they would have paid absent the unlawful conduct.

V. Conclusion..... 143

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Myers

I. Introduction

[1] Ce n’est pas tâche facile que de statuer sur la responsabilité et de répartir les dommages-intérêts lorsque le fautif et les parties lésées se trouvent aux extrémités d’une chaîne de distribution longue et complexe constituée de nombreuses personnes, qu’il s’agisse d’acheteurs, de revendeurs ou d’intermédiaires. Là réside la difficulté que présente l’action intentée par l’acheteur indirect, lequel se situe en aval dans la chaîne de distribution, en vue de recouvrer la majoration illégale qui lui aurait été transférée d’un maillon à l’autre de la chaîne.

[2] La complexité de l’action de l’acheteur indirect s’accroît lorsqu’il y a regroupement au sein d’un recours collectif. Les tribunaux doivent alors non seulement se colleter avec les problèmes liés à une telle action, mais aussi déterminer si les conditions de certification d’un recours collectif sont réunies. Telles sont les questions sur lesquelles la Cour doit se prononcer dans le présent pourvoi.

II. Contexte

[3] Les demandeurs constitués représentants en l’espèce, Pro-Sys Consultants Ltd. et Neil Godfrey (collectivement, « Pro-Sys »), ont intenté un recours collectif contre Microsoft Corporation et Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (collectivement, « Microsoft »). Ils allèguent qu’à compter de 1988, Microsoft a agi illégalement en majorant le prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application pour ordinateur personnel compatibles avec le processeur Intel. Selon Pro-Sys, le comportement illégal de Microsoft a eu pour conséquence directe que tous les membres du groupe et elle ont payé et paient toujours, pour les systèmes d’exploitation et les logiciels d’application de Microsoft, un prix supérieur à celui qu’ils auraient payé n’eût été ce comportement.

[4] Pro-Sys sought certification of the action as a class proceeding under the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“CPA”).

[5] The proposed class is made up of ultimate consumers who acquired Microsoft products from re-sellers, re-sellers who themselves purchased the products either directly from Microsoft or from other re-sellers higher up the chain of distribution. These consumers are known as the “indirect purchasers”. The proposed class was defined in the statement of claim as

all persons resident in British Columbia who, on or after January 1, 1994, indirectly acquired a license for Microsoft Operating Systems and/or Microsoft Applications Software for their own use, and not for purposes of further selling or leasing.

(2010 BCSC 285 (CanLII), at para. 16)

III. The Proceedings Below

A. *Certification Proceedings in the British Columbia Supreme Court*

[6] Pro-Sys filed its original statement of claim in the British Columbia Supreme Court (“B.C.S.C.”) in December 2004. Thereafter numerous amendments to the Statement of Claim were made with the approval of Tysoe J., ultimately resulting in the Third Further Amended Statement of Claim. A Fourth Further Amended Statement of Claim has not officially been filed.

[7] In 2006, Microsoft sought an order striking out the claim altogether and an order dismissing the action. In the alternative, it sought to strike out only portions of the claim. The parties agreed that the outcome of the application to strike would be determinative of the certification requirement under s. 4(1)(a) of the CPA that the pleadings disclose a cause of action.

[8] Tysoe J. found causes of action under s. 36 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, in tort

[4] Pro-Sys a demandé la certification de l’action à titre de recours collectif en application de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« CPA »).

[5] Le groupe proposé se compose des consommateurs finaux qui ont acheté des produits Microsoft à des revendeurs qui les avaient eux-mêmes achetés soit directement à Microsoft, soit à d’autres revendeurs situés en amont dans la chaîne de distribution. On les qualifie d’« acheteurs indirects ». Le groupe proposé est défini comme suit dans la déclaration :

[TRADUCTION] . . . toutes les personnes résidant en Colombie-Britannique qui, depuis le 1^{er} janvier 1994, ont acquis indirectement une licence pour un système d’exploitation ou un logiciel d’application de Microsoft à leur usage personnel, et non aux fins de revente ou de location.

(2010 BCSC 285 (CanLII), par. 16)

III. Décisions des tribunaux inférieurs

A. *Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique*

[6] Pro-Sys a déposé sa déclaration initiale à la Cour suprême de la Colombie-Britannique (« C.S.C.-B. ») en décembre 2004. Puis, avec l’approbation du juge Tysoe, elle y a apporté de nombreuses modifications pour arriver finalement à la troisième déclaration modifiée. Une quatrième déclaration modifiée n’a pas été officiellement déposée au dossier.

[7] En 2006, Microsoft a demandé la radiation de la demande et le rejet de l’action. À titre subsidiaire, elle a demandé la radiation de certaines parties seulement de la demande. Les parties conviennent que le sort réservé à la demande de radiation sera déterminant sur le respect de la condition de certification, prévue à l’al. 4(1)(a) de la CPA, voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action.

[8] Le juge Tysoe conclut, pour les besoins de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985,

for conspiracy and intentional interference with economic interests and in restitution for waiver of tort (2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323). He ordered that the portions of the pleadings dealing with unjust enrichment and constructive trust should be struck out as they were not sufficient to support such claims, unless they were amended by Pro-Sys. Upon further motion to amend the claims (2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111), Tysoe J. allowed amendments to support the claims of unjust enrichment and constructive trust.

[9] Following his rulings on the applications to strike and to amend, Tysoe J. was appointed to the British Columbia Court of Appeal (“B.C.C.A.”), and Myers J. assumed management of the case. Myers J. assessed the remaining certification requirements set out in s. 4(1) of the *CPA*, namely (i) whether there was an identifiable class (s. 4(1)(b)); (ii) whether the claims of the class members raised common issues (s. 4(1)(c)); (iii) whether the class action was the preferable procedure (s. 4(1)(d)); and (iv) whether Pro-Sys and Neil Godfrey could adequately represent the class (s. 4(1)(e)). Myers J. certified the action, finding that all four of the remaining requirements for certification were met (2010 BCSC 285 (CanLII)). The common issues certified by Myers J. are listed in the appendix to these reasons.

B. *Appeal of the Certification to the British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90*

[10] Microsoft appealed from the decisions of Tysoe and Myers JJ. The majority of the B.C.C.A., *per* Lowry J.A. (Frankel J.A. concurring), allowed the appeal, set aside the certification order and dismissed the action, finding it plain and obvious that the class members had no cause of action under s. 4(1)(a) of the *CPA*. The majority reached this conclusion after determining that indirect purchaser actions were not available as a matter of law

ch. C-34, à l’existence de causes d’action en responsabilité délictuelle pour complot et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers, et en restitution pour renonciation au recours délictuel (2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323). Il ordonne que les éléments des actes de procédure qui concernent l’enrichissement sans cause et la fiducie par interprétation soient radiés au motif que, dans leur libellé actuel et sauf modification par Pro-Sys, ils n’appuient pas les allégations. Sur demande de modification des actes de procédure, le juge Tysoe autorise ensuite leur modification (2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111) afin qu’ils appuient les allégations d’un enrichissement sans cause et d’une fiducie par interprétation.

[9] Après avoir statué sur les demandes de radiation et de modification, le juge Tysoe a été nommé à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (« C.A.C.-B. »), et le juge Myers s’est vu confier la gestion de l’instance. Le juge Myers a examiné les autres conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA*, à savoir (i) l’existence d’un groupe identifiable de personnes (al. 4(1)(b)), (ii) le fait que les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune (al. 4(1)(c)), (iii) le fait que le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler la question (al. 4(1)(d)) et (iv) l’aptitude de Pro-Sys et de Neil Godfrey à bien représenter le groupe (al. 4(1)(e)). Il a certifié le recours et conclu que ces quatre autres conditions étaient réunies (2010 BCSC 285 (CanLII)). Les questions communes certifiées par le juge Myers sont énumérées en annexe.

B. *Appel de la certification devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90*

[10] Microsoft a porté en appel les décisions des juges Tysoe et Myers. Les juges majoritaires de la Cour d’appel, par la voix du juge Lowry (avec l’accord du juge Frankel), accueillent l’appel, annulent l’ordonnance de certification et rejettent l’action au motif qu’il est manifeste que les membres du groupe n’ont pas de cause d’action comme l’exige l’al. 4(1)(a) de la *CPA*. Ils arrivent à cette conclusion après avoir établi qu’un acheteur indirect

in Canada. As such, it did not consider the other certification requirements.

[11] Donald J.A., dissenting, would have dismissed the appeal and certified the action, finding indirect purchaser actions to be permitted in Canada, and finding sufficient grounds for the action.

[12] In the B.C.C.A., the present case was heard together with another case dealing with substantially similar issues (*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55). Counsel for the plaintiffs was the same in both appeals and the appeals were heard by the same panel of judges. As in the present appeal, in *Sun-Rype*, the issue of whether indirect purchaser actions are available in Canada was determinative. In reasons released simultaneously with the reasons in this appeal, the majority of the B.C.C.A. disposed of *Sun-Rype* in the same manner, decertifying and dismissing the indirect purchasers' class action on the basis that indirect purchaser actions were not available under Canadian law. Donald J.A. dissented, finding, as in this appeal, that indirect purchaser actions were permitted.

[13] Leave to appeal was granted in both cases by this Court. They were heard with another indirect purchaser class action originating in Quebec, *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, which this Court has addressed in separate reasons, *per* LeBel and Wagner JJ. Reasons in *Sun-Rype* can be found at 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545.

IV. Analysis

[14] The issues are addressed in the following order:

- (1) Did the majority of the B.C.C.A. err in finding that indirect purchaser actions were not available as a matter of law in Canada?

ne peut légalement intenter une action au Canada. Ils n'examinent donc pas les autres conditions de certification.

[11] Dissident, le juge Donald aurait rejeté l'appel et certifié l'action car, selon lui, l'acheteur indirect peut poursuivre au Canada et l'action est suffisamment étayée.

[12] La Cour d'appel a entendu l'appel de pair avec un autre dont l'objet est assez semblable, soit *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55. Les demandeurs étaient représentés par les mêmes avocats, et les deux appels ont été entendus par la même formation de juges. Dans *Sun-Rype*, comme en l'espèce, la question déterminante était celle de savoir si, au Canada, un acheteur indirect peut intenter un recours. Dans des motifs rendus en même temps que dans la présente affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel réservent le même sort à l'appel, annulent la certification et rejettent le recours collectif des acheteurs indirects au motif que le droit canadien n'autorise pas le recours de l'acheteur indirect. Dissident, le juge Donald conclut que l'acheteur indirect possède un recours.

[13] L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée dans les deux affaires. Il y a eu audition commune des deux appels, ainsi que de *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, une autre affaire de recours collectif intenté au Québec par des acheteurs indirects dans laquelle les juges LeBel et Wagner se prononcent dans des motifs distincts. Les motifs de l'arrêt *Sun-Rype* sont publiés sous la référence 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545.

IV. Analyse

[14] La Cour examine les questions en litige dans l'ordre suivant :

- (1) Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont-ils tort de conclure qu'un acheteur indirect ne peut légalement intenter une action au Canada?

- (2) Were the findings of Tysoe J. as to the requirement that the pleadings disclose a cause of action under s. 4(1)(a) of the *CPA* correct?
- (3) Were the findings of Myers J. as to the balance of the certification requirements under s. 4(1) of the *CPA* correct?

A. *Indirect Purchaser Actions (the “Passing-On” Issue)*

[15] In this appeal, the parties have introduced numerous issues. The one occupying the largest portion of the factums and the oral argument was the question of whether indirect purchasers have the right to bring an action to recover losses that were passed on to them. Some sources have treated this issue as one of standing. I think it more appropriate to treat it as a threshold issue to be determined before moving into the specific causes of action alleged in the certification application.

[16] As I have described above, indirect purchasers are consumers who have not purchased a product directly from the alleged overcharger, but who have purchased it either from one of the overcharger’s direct purchasers, or from some other intermediary in the chain of distribution. The issue is whether indirect purchasers have a cause of action against the party who has effectuated the overcharge at the top of the distribution chain that has allegedly injured them indirectly as the result of the overcharge being “passed on” down the chain to them.

[17] Microsoft argues that indirect purchasers should have no such cause of action. Its submits that permitting indirect purchasers to bring an action against the alleged overcharger to recover loss that has been “passed on” would be inconsistent with this Court’s jurisprudence, which it says rejected passing on as a defence. Microsoft says that the rejection of the “passing-on” defence necessarily entails a rejection of the *offensive* use of passing on by indirect purchasers to recover overcharges that were passed on to them. I begin with a description

- (2) Le juge Tysoe a-t-il raison de conclure que les actes de procédure révèlent une cause d’action comme l’exige l’al. 4(1)(a) de la *CPA*?
- (3) La conclusion du juge Myers sur les autres conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA* est-elle fondée?

A. *Action de l’acheteur indirect (la question du « transfert de la perte »)*

[15] Les parties au pourvoi soulèvent de nombreuses questions, dont celle qui revient le plus souvent dans les mémoires et les plaidoiries, à savoir si l’acheteur indirect peut tenter une action pour recouvrer la perte qui lui a été transférée. D’aucuns estiment qu’il s’agit de savoir s’il a ou non qualité pour agir. Je pense qu’il convient davantage d’y voir une question préliminaire à trancher avant l’examen des causes d’action précises alléguées dans la demande de certification du recours collectif.

[16] Comme je l’indique précédemment, l’acheteur indirect est un consommateur qui n’a pas acheté le produit directement à l’auteur de la majoration, mais à un acheteur direct ou à un autre intermédiaire dans la chaîne de distribution. Dès lors, a-t-il une cause d’action contre l’auteur de la majoration qui se situe au sommet de la chaîne de distribution et qui l’aurait indirectement lésé du fait que la majoration lui a été « transférée » à l’autre extrémité de la chaîne de distribution?

[17] Microsoft fait valoir que l’acheteur indirect ne doit pas se voir reconnaître une telle cause d’action, car selon elle, l’autoriser à ester contre l’auteur allégué de la majoration pour recouvrer la perte qui lui a été « transférée » est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour, qui écarte le moyen de défense fondé sur pareil transfert. Microsoft affirme que le rejet du transfert de la perte comme *moyen de défense* implique nécessairement son exclusion comme cause d’action aux fins de recouvrer la perte qui découle d’une

of the passing-on defence and then deal with its impact on indirect purchaser actions.

(1) Rejection of Passing On as a Defence

[18] The passing-on defence was typically advanced by an overcharger at the top of a distribution chain. It was invoked under the proposition that if the direct purchaser who sustained the original overcharge then passed that overcharge on to its own customers, the gain conferred on the overcharger was not at the expense of the direct purchaser because the direct purchaser suffered no loss. As such, the fact that the overcharge was “passed on” was argued to be a defence to actions brought by the direct purchaser against the party responsible for the overcharge.

[19] The passing-on defence has been rejected in both Canadian and U.S. jurisprudence. It was first addressed by the Supreme Court of the United States in 1968 in *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968). In that case, Hanover sued United for damages under U.S. antitrust laws because United would only lease, not sell, its shoe machinery, which Hanover claimed resulted in an overcharge to it. United argued that Hanover had passed on the overcharge to its own customers and had therefore suffered no harm. The U.S. Supreme Court (*per* White J., Stewart J. dissenting) rejected the passing-on defence to overcharging. It cited difficulties in ascertaining the nature and extent of the passing on of the overcharge as the reason for rejecting the defence:

Even if it could be shown that the buyer raised his price in response to, and in the amount of, the overcharge and that his margin of profit and total sales had not thereafter declined, there would remain the nearly insuperable difficulty of demonstrating that the particular plaintiff could not or would not have raised his prices absent the overcharge or maintained the higher price

majoration refilée à l’acheteur indirect. Je ferai d’abord état du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, puis j’examinerai son incidence sur l’action de l’acheteur indirect.

(1) Rejet du transfert de la perte comme moyen de défense

[18] Le transfert de la perte a généralement été invoqué en défense par l’auteur de la majoration situé au sommet de la chaîne de distribution. L’argument voulait que si l’acheteur direct absorbait la majoration puis la transférait à ses propres clients, l’auteur de la majoration ne réalisait pas le bénéfice au détriment de l’acheteur direct, car celui-ci ne subissait aucune perte. Ce « transfert » de la majoration était donc invoqué en défense à l’action intentée par l’acheteur direct contre l’auteur de la majoration.

[19] Les tribunaux tant canadiens qu’américains ont rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. La question a d’abord été examinée en 1968 par la Cour suprême des États-Unis dans *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968). Dans cette affaire, Hanover avait poursuivi United en dommages-intérêts sous le régime des dispositions américaines antitrust au motif que cette dernière offrait seulement la location, et non la vente, de ses équipements de fabrication de chaussures, ce qui coûtait plus cher. United avait fait valoir que Hanover avait transféré le surcoût à ses propres clients et n’avait donc pas subi de préjudice. La Cour suprême des États-Unis (le juge White, sous réserve de la dissidence du juge Stewart) a rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Elle a invoqué la difficulté de déterminer la nature et la portée du transfert du surcoût :

[TRADUCTION] Même si l’on pouvait montrer que l’acheteur a augmenté son prix à cause du surcoût, et en proportion du surcoût, et que sa marge bénéficiaire et son chiffre de ventes total n’ont pas baissé après cela, il resterait une difficulté quasi insurmontable, c’est-à-dire de démontrer que, n’eût été le surcoût, le demandeur en cause n’aurait pas pu augmenter

had the overcharge been discontinued. Since establishing the applicability of the passing-on defense would require a convincing showing of each of these virtually unascertainable figures, the task would normally prove insurmountable. [p. 493]

[20] The court added that to leave the only actionable causes in the hands of the indirect purchasers who “have only a tiny stake in a lawsuit and little interest in attempting a class action”, would mean that “those who violate the antitrust laws by price fixing or monopolizing would retain the fruits of their illegality” (*Hanover Shoe*, at p. 494). The court thus rejected the passing-on defence. Since *Hanover Shoe*, defendants who effectuate illegal overcharges have been precluded from employing the passing-on defence as a means of absolving themselves of liability to their direct purchasers.

[21] The passing-on defence was rejected in Canada in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, in the context of a claim for the recovery of taxes paid pursuant to *ultra vires* legislation. The dispute in that case arose out of a claim for the recovery of *ultra vires* user charges on liquor levied by the province of New Brunswick against Kingstreet Investments, whose business, among other things, involved the operation of night clubs. Bastarache J., writing for a unanimous Court, held that a public authority who had illegally overcharged a taxpayer could not reduce its liability for the overcharge simply by establishing that some or all of the overcharge was passed on to the taxpayer’s customers.

[22] Bastarache J. found the passing-on defence to be inconsistent with the basic premise of restitution law. Basic restitutionary principles “provide for restoration of ‘what has been taken or received from the plaintiff without justification’ Restitution law is not concerned by the possibility of the plaintiff obtaining a windfall precisely because it is not founded on the concept of compensation for

ou n’aurait pas augmenté ses prix, ou qu’il n’aurait pas pu maintenir le prix plus élevé si le surcoût n’avait pas été imposé. Comme la preuve de l’applicabilité du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte exigerait une démonstration convaincante à l’égard de chacune de ces données pratiquement impossible à établir, la tâche se révélerait normalement insurmontable. [p. 493]

[20] La cour ajoute que reconnaître une cause d’action au seul acheteur indirect, qui [TRADUCTION] « n’a qu’un intérêt minime dans la poursuite judiciaire et que peu d’intérêt à intenter un recours collectif » revient à permettre à « celui qui enfreint les dispositions antitrust interdisant la fixation des prix ou la monopolisation de conserver le fruit de ses actes illégaux » (*Hanover Shoe*, p. 494). Elle rejette donc le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Depuis *Hanover Shoe*, le défendeur qui impose un surcoût illégal ou effectue une majoration illégale ne peut invoquer le transfert de la perte en défense pour échapper à sa responsabilité envers son acheteur direct.

[21] Au Canada, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a été rejeté dans *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, une affaire de recouvrement de taxes payées en application de dispositions *ultra vires*. Le litige découlait d’une action intentée par Kingstreet Investments, qui exploitait entre autres des boîtes de nuit, pour recouvrer le montant de redevances d’exploitation perçues illégalement par la province du Nouveau-Brunswick sur les boissons alcooliques. Au nom des juges unanimes de la Cour, le juge Bastarache conclut que l’autorité publique qui perçoit illégalement une taxe ne peut limiter sa responsabilité à cet égard en établissant simplement que le contribuable a refilé la taxe à ses clients en totalité ou en partie.

[22] Le juge Bastarache estime que ce moyen de défense est incompatible avec le fondement premier du droit de la restitution. Les principes fondamentaux applicables en la matière « pourvoient à la restitution au demandeur de [TRADUCTION] « ce qui lui a été pris ou a été reçu de lui sans justification » [. . .] La possibilité que le demandeur obtienne un profit fortuit n’a pas d’importance du

loss” (*Kingstreet*, at para. 47, quoting *Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51 (H.C.A.), at p. 71). Accordingly, “[a]s between the taxpayer and the Crown, the question of whether the taxpayer has been able to recoup its loss from some other source is simply irrelevant” (*Kingstreet*, at para. 45, quoting P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf 2005), at p. 11-45).

[23] Bastarache J. also found the passing-on defence to be “economically misconceived” (*Kingstreet*, at para. 48). By this he accepted that the task of determining the ultimate location of the harm of the overcharge is “exceedingly difficult and constitutes an inappropriate basis for denying relief” (para. 44). Echoing the misgivings expressed in *Hanover Shoe*, he cited the inherent difficulty in accounting for the effects of market elasticities on the prices charged by direct purchasers as the basis for this conclusion. He found these complexities made it impossible to tell what part, if any, of the overcharge was actually passed on (*Kingstreet*, at para. 48).

[24] Pro-Sys says that *Kingstreet* stands only for the rejection of the defence in the context of *ultra vires* taxes. In my view, however, there are three reasons that lead to the conclusion that Bastarache J.’s rejection of the passing-on defence in *Kingstreet* was not limited to that context.

[25] First, this Court’s jurisprudence supports the broader rejection of the passing-on defence. In *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74 (“*Canfor*”), the Crown claimed “diminution of the value of the timber” that it sold, following a forest fire caused largely by *Canfor*. Though the Court ultimately held in that case that the Crown had not in fact suffered loss because it was able to recover its damages through the regulatory scheme it had

point de vue du droit de la restitution, précisément parce que celui-ci ne repose pas sur le concept de l’indemnisation d’une perte » (*Kingstreet*, par. 47, citant *Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51 (H.C.A.), p. 71). Par conséquent, « [d]u point de vue des rapports entre le contribuable et l’État, la question de savoir si le contribuable a été en mesure de récupérer sa perte auprès d’une autre source n’est tout simplement pas pertinente » (*Kingstreet*, par. 45, citant P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (feuilles mobiles 2005), p. 11-45).

[23] Le juge Bastarache conclut en outre que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas « judicieux sur le plan économique » (*Kingstreet*, par. 48). Il admet ainsi que déterminer l’identité de celui à qui incombe en dernier ressort la charge de la taxe « s’avère extrêmement difficile, et il ne convient pas de refuser une réparation en se basant sur ce motif » (par. 44). Revenant sur les réserves exprimées dans *Hanover Shoe*, il évoque à l’appui de sa conclusion la difficulté de déterminer les effets que l’élasticité du marché aura sur les prix demandés par les acheteurs directs. Il conclut qu’en raison de cette difficulté, il est impossible de dire quelle partie de la perte, s’il en est, a été effectivement transférée (*Kingstreet*, par. 48).

[24] Selon Pro-Sys, l’arrêt *Kingstreet* ne milite en faveur du rejet du moyen de défense que dans le contexte du prélèvement d’une taxe *ultra vires*. J’estime toutefois qu’il y a lieu trois raisons de conclure que le juge Bastarache n’écarte pas le transfert de la perte comme moyen de défense que dans ce seul cas.

[25] Premièrement, la jurisprudence de notre Cour appuie le rejet général du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Dans *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74 (« *Canfor* »), la Couronne invoquait la « diminution de la valeur du bois » qu’elle avait vendu par suite d’un incendie de forêt imputable en grande partie à *Canfor*. Même si, en fin de compte, la Cour conclut que la Couronne n’a pas subi de préjudice puisqu’elle a pu

instituted, Binnie J. stated (albeit in *obiter*) that “[i]t is not generally open to a wrongdoer to dispute the existence of a loss on the basis it has been ‘passed on’ by the plaintiff” because this would burden courts with “the endlessness and futility of the effort to follow every transaction to its ultimate result” (para. 111, quoting *Southern Pacific Co. v. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), at p. 534). Likewise, in the same decision LeBel J., dissenting, though not on this point, said that “the passing-on defence, on the facts of this case and generally, must not be allowed to take hold in Canadian jurisprudence” (para. 197). To allow otherwise, LeBel J. indicated, would force a difficult burden of proof on the plaintiff to demonstrate not only that it had suffered a loss, but that it did not engage in any other transactions that would have offset the loss (para. 203).

[26] In *Kingstreet*, Bastarache J. endorsed the reasons for rejecting the passing-on defence advanced by LeBel J. in the tort law context in *Canfor*, saying such rejection was of equal if not greater consequence in restitution law (para. 49).

[27] Second, in *Kingstreet*, Bastarache J. found that the rejection of the passing-on defence was consistent with basic restitutionary law principles. Specifically, the rejection of the defence accords with the principle against unjust enrichment or *nullus commodum capere potest de injuria sua propria* (barring wrongdoers from benefiting from their unlawful actions). Preventing defendants from invoking passing on as a defence helps to ensure that wrongdoers are not permitted to retain their ill-gotten gains simply because it would be difficult to ascertain the precise extent of the harm. Likewise, it is important as a matter of restitutionary law to ensure that wrongdoers who overcharge their purchasers do not operate with impunity, on the grounds that complexities in tracing the overcharge through the chain of distribution will serve to shield them from liability.

recouvrer ses pertes grâce au régime réglementaire applicable, le juge Binnie fait remarquer (de manière incidente) qu’« [i]l n’est généralement pas loisible à l’auteur d’une faute de contester l’existence d’une perte au motif qu’elle a été “transférée” par le demandeur », car pareille prétention obligerait le tribunal à entreprendre « la tâche interminable et futile de suivre chaque opération jusqu’à son aboutissement ultime » (par. 111, citant *Southern Pacific Co. c. Darnell-Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), p. 534). De même, le juge LeBel, dissident, mais non sur ce point, opine qu’« au regard des faits de l’espèce et en général, il ne faut pas laisser ce moyen de défense s’enraciner dans la jurisprudence canadienne » (par. 197). Selon lui, admettre ce moyen de défense obligerait le demandeur à prouver non seulement qu’il a subi une perte, mais aussi qu’il n’a pas réalisé d’autres opérations commerciales qui l’ont indemnisé de la perte, ce qui serait ardu (par. 203).

[26] Dans *Kingstreet*, le juge Bastarache souscrit aux motifs pour lesquels, dans *Canfor*, le juge LeBel rejette le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte en droit de la responsabilité délictuelle et opine que ce rejet vaut tout autant, sinon plus, en droit de la restitution (par. 49).

[27] Deuxièmement, dans *Kingstreet*, le juge Bastarache conclut qu’écarter le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est compatible avec les principes fondamentaux du droit de la restitution. Plus précisément, c’est observer la règle qui interdit l’enrichissement sans cause ou la maxime *nullus commodum capere potest de injuria sua propria* (selon laquelle le fautif ne saurait tirer avantage de son acte illégal). Empêcher le défendeur d’invoquer le transfert de la perte en défense contribue à faire en sorte que le fautif ne puisse conserver le gain mal acquis seulement parce qu’il est difficile de circonscrire le préjudice avec précision. De même, en matière de restitution, il importe de s’assurer que le fautif qui majore le prix exigé de l’acheteur ne le fasse pas impunément parce que la difficulté de retracer le parcours de la majoration d’un maillon à l’autre de la chaîne de distribution ne permet pas d’établir sa responsabilité.

[28] Finally, there is support in the academic commentary for the broader rejection of the passing-on defence. Madaugh and McCamus have stated that *Kingstreet* was an “authoritative and apparently comprehensive rejection” of the passing-on defence in Canada, and that “[i]n reaching this conclusion, the Supreme Court reflected a broad international consensus with respect to the unsuitability of this defence” (loose-leaf 2013), at p. 11-46).

[29] For these reasons, I conclude that the rejection of the passing-on defence in *Kingstreet* is not limited to the context of the imposition of *ultra vires* taxes. There is no principled reason to reject the defence in one context but not another; the passing-on defence is rejected throughout the whole of restitutionary law.

(2) Significance of the Passing-On Defence in This Appeal

[30] As described above, the offensive use of passing on would provide the basis for indirect purchaser actions. Microsoft argues that this Court’s rejection of the passing-on defence carries, as a necessary corollary, a corresponding rejection of the offensive use of passing on. The rationale is that the rejection should apply equally so that if overchargers are not permitted to rely on passing on in their own defence, indirect purchasers should also not be able to invoke passed on overcharges as a basis for their cause of action.

[31] Microsoft relies on the 1977 decision of the U.S. Supreme Court in *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Illinois Brick manufactured concrete block and sold it to masonry contractors who in turn provided their services to general contractors. The general contractors incorporated the concrete block into buildings and sold the buildings to customers such as the State of Illinois. The State was therefore an indirect purchaser of the products of Illinois Brick (p. 726). The State alleged that Illinois Brick had engaged in a conspiracy to fix the prices of concrete block, contrary to U.S. antitrust legislation,

[28] Enfin, l’exclusion générale du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte trouve appui chez les auteurs de doctrine. Ainsi, selon Madaugh et McCamus, l’arrêt *Kingstreet* constitue une [TRADUCTION] « exclusion globale à la fois péremptoire et manifeste » du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte au Canada; « [p]our tirer cette conclusion, la Cour adhère au large consensus international sur l’inapplicabilité de ce moyen de défense » ((feuilles mobiles 2013), p. 11-46).

[29] C’est pourquoi je conclus que le rejet de ce moyen de défense dans *Kingstreet* ne vaut pas que pour l’imposition d’une taxe *ultra vires*. Nul motif rationnel ne permet d’écarter le moyen de défense dans un contexte, mais pas dans un autre; il est toujours exclu aux fins du droit de la restitution.

(2) Importance en l’espèce du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte

[30] Comme je l’indique précédemment, le transfert de la perte comme cause d’action fonderait le recours de l’acheteur indirect. Pour Microsoft, le rejet par notre Cour du transfert de la perte comme moyen de défense a nécessairement pour corollaire son rejet comme cause d’action. Or, si l’auteur de la majoration ne peut invoquer le transfert de la perte en défense, l’acheteur indirect ne devrait pas non plus pouvoir l’invoquer en demande.

[31] Microsoft cite l’arrêt *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), rendu par la Cour suprême des États-Unis en 1977. Illinois Brick fabriquait des blocs de béton qu’elle vendait à des entrepreneurs en maçonnerie qui, à leur tour, fournissaient leurs services à des entrepreneurs généraux. Ces derniers utilisaient les blocs de béton pour construire des bâtiments qu’ils vendaient notamment à l’État de l’Illinois, lequel était donc un acheteur indirect des produits d’Illinois Brick (p. 726). À titre d’acheteur indirect, l’État a poursuivi Illinois Brick pour participation à un complot visant à fixer le prix des blocs de béton,

and brought an indirect purchaser action against the company (p. 727).

[32] The U.S. Supreme Court found against the State of Illinois. It held that since, according to *Hanover Shoe*, passing on may not be used defensively, it should not be available to indirect purchasers to use offensively by bringing an action alleging that an overcharge was passed down to them. The court explained that “whatever rule [was] to be adopted regarding pass-on in antitrust damages actions, it must apply equally to plaintiffs and defendants” (*Illinois Brick*, at p. 728).

[33] Microsoft argues that, just as the prohibition on the offensive use of passing on in *Illinois Brick* was considered a necessary corollary to the rejection of the passing-on defence in *Hanover Shoe*, the same result should flow in Canada from the rejection of the passing-on defence in *Kingstreet*. The passing-on issue was not raised before either of the applications judges because those decisions were released prior to *Kingstreet*. However, the majority of the B.C.C.A. accepted this argument in dismissing the Pro-Sys claim.

(3) Analysis of the “Necessary Corollary” Argument

[34] As I will explain, despite the rejection of the passing-on defence, the arguments advanced by Microsoft as to why there should be a corresponding rejection of the offensive use of passing on are not persuasive. Symmetry for its own sake without adequate justification cannot support the “necessary corollary” argument. In my view, the arguments advanced by Microsoft do not provide such justification.

(a) *Double or Multiple Recovery*

[35] Microsoft submits that the offensive use of passing on through indirect purchaser actions leaves it exposed to liability from all purchasers in the chain of distribution. It says that its inability to

contrairement aux dispositions américaines anti-trust (p. 727).

[32] La Cour suprême des États-Unis l’a débouté. À son avis, puisque le transfert de la perte ne pouvait être invoqué en défense suivant l’arrêt *Hanover Shoe*, l’acheteur indirect ne pouvait non plus ester en alléguant que la majoration de prix lui avait été transférée. Selon la cour, [TRADUCTION] « quelle que soit la règle applicable au transfert de la perte pour les besoins d’une action antitrust en dommages-intérêts, elle doit s’appliquer tant au demandeur qu’au défendeur » (*Illinois Brick*, p. 728).

[33] Selon Microsoft, étant donné que, dans *Illinois Brick*, l’impossibilité d’invoquer en demande le transfert de la perte est considérée comme le corollaire nécessaire du rejet, dans *Hanover Shoe*, du transfert de la perte comme moyen de défense, le rejet du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans *Kingstreet* doit emporter la même exclusion en demande au Canada. Les juges de première instance en l’espèce ayant été saisis des demandes avant l’arrêt *Kingstreet*, la question du transfert de la perte n’a pas été soulevée devant eux. Toutefois, les juges majoritaires de la C.A.C.-B. font droit à la prétention et rejettent l’action de Pro-Sys.

(3) L’argument du « corollaire nécessaire »

[34] Comme je l’explique plus loin, malgré le rejet du transfert de la perte comme moyen de défense, les arguments invoqués par Microsoft pour justifier également son exclusion comme cause d’action ne sont pas convaincants. À défaut d’une justification suffisante, la symétrie ne peut étayer à elle seule la thèse du « corollaire nécessaire ». À mon avis, la thèse avancée par Microsoft n’offre pas une telle justification.

a) *Recouvrement double ou multiple*

[35] Microsoft soutient que l’allégation en demande du transfert de la perte par un acheteur indirect lui fait courir le risque d’être tenue responsable vis-à-vis de tous les acquéreurs dans

employ the passing-on defence means that direct purchasers would be able to seek recovery for the entire amount of the overcharge. If, at the same time, indirect purchasers bring actions, this would result in both direct and indirect purchasers seeking recovery of the same amount. Microsoft argues that this potential for double or even multiple recovery should be a sufficient reason to reject the offensive use of passing on.

[36] In *Illinois Brick*, the U.S. Supreme Court considered multiple recovery to be a “serious risk” and said that it was “unwilling to ‘open the door to duplicative recoveries’” (pp. 730-31, *per* White J.):

A one-sided application of *Hanover Shoe* substantially increases the possibility of inconsistent adjudications — and therefore of unwarranted multiple liability for the defendant — by presuming that one plaintiff (the direct purchaser) is entitled to full recovery while preventing the defendant from using that presumption against the other plaintiff . . . [Emphasis deleted; p. 730.]

[37] This concern cannot be lightly dismissed. However, in my view, there are countervailing arguments to be considered. Practically, the risk of duplicate or multiple recoveries can be managed by the courts. Brennan J., dissenting in *Illinois Brick*, indicated that the risk of overlapping recovery exists only where additional suits are filed after an award for damages has been made or where actions by direct and indirect purchasers are pending at the same time. In both cases, he said, the risk is remote (pp. 762-64).

[38] In the first situation, Brennan J. stated that the complex and protracted nature of antitrust actions, coupled with the short four-year statute of limitations, “make it impractical for potential plaintiffs to sit on their rights until after entry of judgment in the earlier suit” (*Illinois Brick*, at p. 764). With respect to actions under the *Competition Act*, the same reasoning would apply in Canada where our competition actions are similarly complex and where legislation restricts individual

la chaîne de distribution. Elle ajoute que l'impossibilité d'invoquer en défense le transfert de la perte permettra à l'acheteur direct d'obtenir le recouvrement intégral de la somme payée en trop. Si l'acheteur indirect intente lui aussi une action, tant l'acheteur direct que l'acheteur indirect pourront tenter de recouvrer la même somme. Microsoft fait valoir que ce risque de recouvrement double, voire multiple, justifie que l'on exclut l'allégation en demande du transfert de la perte.

[36] Dans *Illinois Brick*, la Cour suprême des États-Unis estime que le recouvrement multiple constitue un [TRADUCTION] « risque sérieux » et elle se dit « non disposée à y donner ouverture » (p. 730-731, le juge White) :

[TRADUCTION] L'application asymétrique de l'arrêt *Hanover Shoe* augmente considérablement le risque de décisions contradictoires et, par conséquent, de responsabilité multiple imputée sans fondement au défendeur en ce qu'elle présume qu'un des demandeurs (l'acheteur direct) a droit au recouvrement intégral et qu'elle refuse au défendeur le droit d'invoquer cette présomption contre l'autre demandeur . . . [Italiques omis; p. 730.]

[37] On ne saurait écarter cette préoccupation à la légère, mais j'estime que des arguments à l'effet contraire doivent être considérés. Dans les faits, les tribunaux peuvent gérer le risque de recouvrement double ou multiple. Dans *Illinois Brick*, le juge Brennan, dissident, indique que ce risque n'existe que lorsque d'autres poursuites sont intentées après l'indemnisation ou que les actions d'acheteurs directs et indirects sont simultanément en instance. Selon lui, le risque demeure faible dans les deux cas (p. 762-764).

[38] Dans le premier cas, le juge Brennan affirme que la complexité et la durée des poursuites antitrust, auxquelles s'ajoute le court délai de prescription de quatre ans, [TRADUCTION] « peuvent empêcher les demandeurs éventuels d'attendre le prononcé d'un premier jugement pour faire valoir leurs droits » (*Illinois Brick*, p. 764). Le même raisonnement vaut au Canada pour les actions intentées sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, qui sont tout aussi complexes et

recovery for damages for violations to just two years (see *Competition Act*, at s. 36(4)(a)).

[39] As for the risk of double recovery where actions by direct and indirect purchasers are pending at the same time, it will be open to the defendant to bring evidence of this risk before the trial judge and ask the trial judge to modify any award of damages accordingly. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, in discussing the risk of a plaintiff seeking double recovery under separate legal provisions, Dickson J. (as he then was), writing for the majority, held that

[t]he courts are well able to prevent double recovery in the theoretical and unlikely event of plaintiffs trying to obtain relief under both sets of provisions. . . . [T]he Court at the final stage of finding and quantifying liability could prevent double recovery if in fact compensation and an accounting had already been made by a defendant. No court would permit double recovery. [p. 191]

If the defendant is able to satisfy the judge that the risk is beyond the court's control, the judge retains the discretion to deny the claim.

[40] Likewise, if the defendant presents evidence of parallel suits pending in other jurisdictions that would have the potential to result in multiple recovery, the judge may deny the claim or modify the damage award in accordance with an award sought or granted in the other jurisdiction in order to prevent overlapping recovery.

[41] In view of these practical tools at the courts' disposal, I would agree with Donald J.A. of the B.C.C.A., dissenting in *Sun-Rype*, that "the double recovery rule should not in the abstract bar a claim in real life cases where double recovery can be avoided" (para. 30). At this stage of the proceeding, Microsoft has not produced evidence

auxquelles s'applique un délai de prescription de seulement deux ans lorsqu'une personne réclame une somme égale au montant des dommages qu'elle a subis (voir la *Loi sur la concurrence*, al. 36(4)a)).

[39] Dans le second cas — le risque de double indemnisation lorsque l'action de l'acheteur direct et celle de l'acheteur indirect sont en instance simultanément —, le défendeur peut présenter une preuve de ce risque au juge du procès et lui demander de modifier en conséquence tout octroi de dommages-intérêts. Dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, au nom des juges majoritaires, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dit ce qui suit lorsqu'il se penche sur le risque que le demandeur invoque des régimes législatifs distincts pour être indemnisé deux fois :

Les cours sont à même d'empêcher le double recouvrement dans le cas théorique et peu probable où des demandeurs cherchent à se faire indemniser en vertu des deux ensembles de dispositions. [. . .] [À] l'étape finale dans laquelle elle conclut à la responsabilité et en fixe le montant, la cour peut empêcher le double recouvrement si, en fait, un défendeur a déjà versé une indemnité et produit une reddition de compte. Aucune cour ne permettra le double recouvrement. [p. 191]

Si le défendeur est en mesure de le convaincre que le risque ne peut être géré par le tribunal, le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande.

[40] De même, si le défendeur établit que des poursuites sont intentées parallèlement dans d'autres ressorts et qu'elles peuvent entraîner une indemnisation supplémentaire, le juge peut rejeter la demande ou modifier l'octroi de dommages-intérêts en fonction des réparations sollicitées ou accordées dans les autres ressorts afin d'empêcher le cumul des indemnités.

[41] Au vu de ces mécanismes dont disposent les tribunaux, je conviens avec le juge Donald, de la C.A.C.-B., dissident dans *Sun-Rype*, que [TRADUCTION] « la règle théorique selon laquelle il ne peut y avoir double recouvrement ne devrait pas s'appliquer pour faire obstacle à une action dans une affaire réelle où il est possible d'empêcher

to demonstrate that the courts in B.C. could not preclude double or multiple recovery. I would thus not reject indirect purchaser actions because of the risk of multiple recovery.

(b) *Remoteness and Complexity*

[42] Microsoft's second argument is that the remoteness of the overcharge and the complexities associated with tracing the loss constitute "serious" and "inherent" difficulties of proof associated with pass-on" (R.F., at para. 20). These difficulties are said to give rise to confusion and uncertainty and place a burden on the institutional capacities of the courts tasked with following each overcharge to its ultimate result.

[43] Microsoft relies on the reasoning of the Ontario Court of Appeal in *Chadha v. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22. In *Chadha*, that court denied certification of an indirect purchaser action citing "the many problems of proof facing the appellants . . . , including the number of parties in the chain of distribution and the 'multitude of variables' which would affect the end-purchase price" (para. 45 (adopting the findings of the Divisional Court)). Microsoft argues that if any part of the overcharge was absorbed by any party in the chain, "the chain would be broken" and the extent of the overcharge would become increasingly difficult to trace (R.F., at para. 22, quoting *Chadha*, at para. 45). The reasons on this point in *Illinois Brick*, on which Microsoft relies heavily, point out that there are significant "uncertainties and difficulties in analyzing price and output decisions 'in the real economic world rather than an economist's hypothetical model'" (pp. 731-32). The court lamented the "costs to the judicial system and the efficient enforcement of the antitrust laws of attempting to reconstruct those decisions in the courtroom" (p. 732).

le double recouvrement » (par. 30). À ce stade de l'instance, Microsoft n'a produit aucun élément de preuve selon lequel les tribunaux de la Colombie-Britannique ne peuvent empêcher le recouvrement double ou multiple. Je suis donc d'avis de ne pas écarter l'action de l'acheteur indirect en raison du risque de recouvrement multiple.

b) *Caractère indirect et complexité*

[42] Microsoft soutient deuxièmement que le caractère indirect de la majoration et la difficulté d'établir la perte subie constituent [TRADUCTION] « des obstacles "importants" et "fondamentaux" à la preuve du transfert de la perte » (m.i., par. 20). Ces obstacles seraient sources de confusion et d'incertitude et grèveraient les capacités institutionnelles des tribunaux appelés à retracer le parcours de chacune des majorations jusqu'à son aboutissement final.

[43] Microsoft invoque le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, où cette dernière refuse de certifier l'action d'un acheteur indirect en raison [TRADUCTION] « des nombreux problèmes de preuve qui attendent les appelants [. . .], y compris le nombre des maillons de la chaîne de distribution et la "multitude de variables" qui jouent dans la détermination du prix d'achat final » (par. 45 (adhérant aux conclusions de la Cour divisionnaire)). Selon Microsoft, si quelque partie de la majoration était absorbée par l'un de ses maillons, [TRADUCTION] « la chaîne serait rompue » et il serait d'autant plus ardu de retracer le parcours de la majoration d'un maillon à l'autre (m.i., par. 22, citant *Chadha*, par. 45). Il appert des motifs formulés sur ce point dans *Illinois Brick*, et sur lesquels Microsoft insiste beaucoup, que [TRADUCTION] « l'analyse des décisions en matière de prix et de production comporte une grande part d'incertitude et de difficulté lorsqu'elle intervient "dans le monde économique réel plutôt que dans le cadre d'un modèle économique fictif" » (p. 731-732). Le tribunal déplore « les coûts supportés par le système judiciaire et les mécanismes d'application des dispositions antitrust lorsqu'il s'agit de reconstituer ces décisions en salle d'audience » (p. 732).

[44] Indirect purchaser actions, especially in the antitrust context, will often involve large amounts of evidence, complex economic theories and multiple parties in a chain of distribution, making the tracing of the overcharges to their ultimate end an unenviable task. However, Brennan J., dissenting in *Illinois Brick*, observed that these same concerns can be raised in most antitrust cases, and should not stand in the way of allowing indirect purchasers an opportunity to make their case:

Admittedly, there will be many cases in which the plaintiff will be unable to prove that the overcharge was passed on. In others, the portion of the overcharge passed on may be only approximately determinable. But again, this problem hardly distinguishes this case from other antitrust cases. Reasoned estimation is required in all antitrust cases, but “while the damages [in such cases] may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the result be only approximate.” . . . Lack of precision in apportioning damages between direct and indirect purchasers is thus plainly not a convincing reason for denying indirect purchasers an opportunity to prove their injuries and damages. [Text in brackets in original; pp. 759-60.]

[45] In bringing their action, the indirect purchasers willingly assume the burden of establishing that they have suffered loss. This task may well require expert testimony and complex economic evidence. Whether these tools will be sufficient to meet the burden of proof, in my view, is a factual question to be decided on a case-by-case basis. Indirect purchaser actions should not be barred altogether solely because of the likely complexity associated with proof of damages.

(c) *Deterrence*

[46] A third argument, which was not raised by Microsoft, but which was discussed in *Illinois Brick* and is particularly relevant to competition actions, is that allowing the offensive use of passing

[44] L'action intentée par un acheteur indirect, surtout sur le fondement des dispositions antitrust, comporte souvent une preuve volumineuse, la formulation de théories économiques complexes et l'existence de nombreuses parties le long de la chaîne de distribution, de sorte qu'il est d'autant plus ardu de retracer le parcours de la majoration d'un maillon à l'autre jusqu'à son aboutissement final. Toutefois, selon le juge Brennan, dissident dans *Illinois Brick*, il s'agit de caractéristiques communes à la plupart des affaires antitrust et elles ne devraient donc pas empêcher l'acheteur indirect de prouver ses allégations :

[TRADUCTION] Certes, dans bien des cas, le demandeur ne sera pas en mesure de prouver le transfert de la majoration. Dans d'autres, la partie transférée ne pourra être déterminée qu'approximativement. Mais là encore, ce problème distingue à peine l'espèce d'une autre affaire antitrust. Dans ce domaine, toute instance exige une estimation raisonnée, mais « bien que les dommages [dans les affaires de cette nature] ne puissent être déterminés au moyen de simples spéculations ou conjectures, il suffira d'inférer de manière juste et raisonnable l'étendue des dommages, même si le résultat ne sera qu'approximatif. » [. . .] L'imprécision de la répartition des dommages-intérêts entre l'acheteur direct et l'acheteur indirect n'est donc pas une considération suffisante pour priver l'acheteur indirect de la possibilité d'établir le préjudice subi. [Texte entre crochets dans l'original; p. 759-760.]

[45] L'acheteur indirect qui intente une action contracte volontairement l'obligation d'établir qu'il a subi une perte, ce qui peut fort bien nécessiter le témoignage d'experts et une preuve complexe de nature économique. À mon avis, la question de savoir si ces éléments lui permettront de s'acquitter de cette obligation tient aux faits de l'espèce. Il n'y a pas lieu de faire totalement obstacle à l'action de l'acheteur indirect pour la seule raison qu'il sera ardu d'établir le préjudice subi.

c) *Effet dissuasif*

[46] Selon un troisième argument que ne soulève pas Microsoft, mais qui est examiné dans *Illinois Brick* et qui vaut particulièrement dans le cas d'actes anticoncurrentiels, permettre d'invoquer

on frustrates the enforcement of competition laws, thus reducing deterrence. While enforcement of competition laws is generally a question for the government, private individuals are engaged in the enforcement by way of s. 36 which gives them a right of recovery for breaches of Part VI of the *Competition Act*.

[47] The majority in *Illinois Brick* understood *Hanover Shoe* to stand for the proposition that “antitrust laws will be more effectively enforced by concentrating the full recovery for the overcharge in the direct purchasers rather than by allowing every plaintiff potentially affected by the overcharge to sue only for the amount it could show was absorbed by it” (p. 735). The majority in *Illinois Brick* agreed, finding that direct purchasers would be in the best position to bring an action because the “massive evidence and complicated theories” that are characteristic of indirect purchaser actions impose an unacceptable burden on those plaintiffs, making success of such actions unlikely and thereby defeating the deterrence objectives of antitrust laws (p. 741).

[48] In my opinion, allowing the offensive use of passing on should not frustrate the deterrence objectives of Canadian competition laws. I agree with Brennan J., dissenting in *Illinois Brick*, that the offensive use of passing on, unlike the passing-on defence, creates little danger that the overcharger will escape liability and frustrate deterrence objectives but, “[r]ather, the same policies of insuring the continued effectiveness of the [antitrust] action and preventing wrongdoers from retaining the spoils of their misdeeds favor allowing indirect purchasers to prove that overcharges were passed on to them” (p. 753). The rationale for rejecting the passing-on defence because it frustrates enforcement is not a reason for denying an action to those who have a valid claim against the overcharger.

en demande le transfert de la perte ferait obstacle à l’application des dispositions sur la concurrence et nuirait ainsi à la dissuasion. Bien que cette application incombe généralement à l’État, une personne privée peut, suivant l’art. 36, faire respecter la loi et demander le recouvrement d’une somme par suite de la violation de la partie VI de la *Loi sur la concurrence*.

[47] Dans *Illinois Brick*, les juges majoritaires concluent de l’arrêt *Hanover Shoe* que [TRADUCTION] « les lois antitrust seront mieux appliquées si on assure le recouvrement intégral de la majoration par l’acheteur direct au lieu de permettre à chacune des personnes touchées par la majoration de recouvrer uniquement la partie qu’elle peut prouver avoir absorbée » (p. 735). Ils partagent ce point de vue et estiment que l’acheteur direct est le mieux placé pour ester en justice, car [TRADUCTION] « la preuve volumineuse et les théories compliquées » associées à l’instance engagée impose un trop lourd fardeau à l’acheteur indirect, de sorte qu’il est peu probable qu’il ait gain de cause, ce qui va à l’encontre des fins dissuasives des dispositions antitrust (p. 741).

[48] À mon avis, permettre d’alléguer en demande le transfert de la perte ne devrait pas nuire aux objectifs de dissuasion des dispositions canadiennes sur la concurrence. Je conviens avec le juge Brennan, dissident dans *Illinois Brick*, que contrairement au fait d’invoquer le transfert de la perte en défense, le fait d’alléguer le transfert de la perte en demande risque peu de faire en sorte que l’auteur de la majoration échappe à sa responsabilité et que la dissuasion soit compromise; [TRADUCTION] « [L]es mêmes principes qui consistent à assurer l’efficacité constante de l’action [antitrust] et à empêcher le fautif de conserver le gain mal acquis militent plutôt en faveur de la possibilité que l’acheteur indirect prouve que la majoration lui a été refilee » (p. 753). L’exclusion du transfert de la perte comme moyen de défense, afin de ne pas nuire à l’application de la loi, ne justifie pas de refuser son allégation en demande dans une action par ailleurs bien-fondée intentée contre l’auteur de la majoration.

[49] Further, despite evidence advanced by the respondents in the *Sun-Rype* appeal that direct purchasers are often the parties most likely to take action against the overchargers, there may be some situations where direct purchasers will have been overcharged but will be reticent to bring an action against the offending party for fear of jeopardizing a valuable business relationship. In this case, it is alleged that Microsoft's direct purchasers are parties to the overcharging arrangements and would themselves not be likely plaintiffs. Indirect purchaser actions may, in such circumstances, be the only means by which overcharges are claimed and deterrence is promoted. The rejection of indirect purchaser actions in such cases would increase the possibility that the overcharge would remain in the hands of the wrongdoer. For these reasons, I would be of the view that an absolute bar on indirect purchaser actions, thus leaving any potential action exclusively to direct purchasers, would not necessarily result in more effective deterrence than exclusively direct purchaser actions.

(d) *Restitutionary Principles*

[50] Restitution law is remedial in nature and is concerned with the recovery of gains from wrongdoing (see Maddaugh and McCamus (2013), at pp. 3-1 to 3-3). In my view, allowing indirect purchaser actions is consistent with the remediation objective of restitution law because it allows for compensating the parties who have actually suffered the harm rather than merely reserving these actions for direct purchasers who may have in fact passed on the overcharge.

(e) *Departure From the Rule in Illinois Brick in the United States*

[51] Although *Illinois Brick* remains the law at the federal level, it has been made inapplicable at the state level in many states through so-called "repealer statutes" or by judicial decisions. In 2007, the Antitrust Modernization Commission issued a report to Congress indicating that "more than thirty-five states permit indirect, as well as direct, purchasers to sue for damages under state law" (*Antitrust Modernization Commission: Report and*

[49] En outre, malgré la preuve des intimées dans *Sun-Rype* voulant que l'acheteur direct soit souvent le plus susceptible de poursuivre l'auteur de la majoration, il peut arriver qu'un acheteur direct hésite à intenter une action contre le fautif par crainte de mettre en péril de bonnes relations d'affaires. On soutient en l'espèce que les acheteurs directs sont parties aux arrangements de majoration de Microsoft, de sorte qu'il est peu probable qu'ils intentent quelque recours. Dans ces circonstances, les actions d'acheteurs indirects peuvent offrir le seul moyen de recouvrer la majoration et d'assurer la dissuasion. Exclure ces actions en pareil cas augmenterait le risque que la majoration demeure entre les mains du fautif. Pour ces motifs, je suis d'avis qu'écarter tout recours de l'acheteur indirect de sorte que seul l'acheteur direct puisse se pourvoir en justice n'accroîtrait pas nécessairement l'effet dissuasif.

d) *Principes de la restitution*

[50] De nature réparatrice, le droit de la restitution a pour objet le recouvrement du gain mal acquis (voir Maddaugh et McCamus (2013), p. 3-1 à 3-3). J'estime que permettre à l'acheteur indirect d'intenter une action en justice s'accorde avec l'objectif de réparation du droit de la restitution, car la personne qui a effectivement subi un préjudice, et non seulement l'acheteur direct qui a pu en fait transférer la majoration, peut ainsi être indemnisée.

e) *Dérogation à la règle établie aux États-Unis dans l'arrêt Illinois Brick*

[51] Bien que l'arrêt *Illinois Brick* établisse toujours le droit applicable au palier fédéral, de nombreux États l'ont écarté par voie législative ou judiciaire. En 2007, la commission de modernisation des lois antitrust a déposé au Congrès un rapport selon lequel [TRADUCTION] « plus de trente-cinq États permettaient à l'acheteur indirect, comme à l'acheteur direct, d'intenter une action en dommages-intérêts en application de la

Recommendations (2007) (online), at p. 269). It recommended to Congress that the rule in *Illinois Brick* be statutorily repealed at the federal level (p. 270). The validity of the “repealer statutes” came before the U.S. Supreme Court in *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989). That court held that *Illinois Brick* did not preempt the enactment of state antitrust laws, even if they had the effect of repealing the rule in *Illinois Brick*. These developments cast doubt on the “necessary corollary” approach in *Illinois Brick*.

(f) *Doctrinal Commentary*

[52] Doctrinal discussions of indirect purchaser actions are still shaped by the initial exchange that occurred directly following the release of *Illinois Brick*. Shortly after the judgment was issued, American scholars William M. Landes and Richard A. Posner (now a judge of the U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit) published an article defending the rule barring indirect purchaser actions (see “Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick*” (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602, at pp. 634-35). They argued that reserving the right to bring an action against overchargers to the direct purchasers alone would best promote the antitrust laws. They wrote that allowing indirect purchasers to bring actions would have little to no effect on the objectives of compensation and deterrence because direct purchasers would be more likely to discover the overcharges in the first place and would be more likely to have the information and resources required to bring a successful antitrust action. They called the direct purchaser a more “efficient enforcer” of antitrust laws, and opined that with indirect purchasers, apportionment of the damages is so costly that it becomes a disincentive to sue and that sharing the right to sue among multiple parties has the effect of making the claims small and of weakening the deterrence effect (pp. 608-9). As to compensation, they argued that even if indirect

loi de l’État » (*Antitrust Modernization Commission : Report and Recommendations* (2007) (en ligne), p. 269). Elle recommandait l’« abrogation » de la règle issue de l’arrêt *Illinois Brick* par une loi fédérale (p. 270). Dans *California v. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989), la Cour suprême des États-Unis a été appelée à se prononcer sur la validité des « lois abrogatoires ». Elle a conclu que l’arrêt *Illinois Brick* ne faisait pas obstacle à l’adoption de dispositions antitrust par un État, même si ces dispositions avaient pour effet d’écarter la règle issue de cet arrêt. Voilà des éléments qui sont de nature à remettre en cause la thèse du « corollaire nécessaire » retenue dans *Illinois Brick*.

f) *Doctrine*

[52] Les débats des auteurs sur le recours de l’acheteur indirect demeurent axés sur les échanges qui ont tout juste suivi la publication de l’arrêt *Illinois Brick*. Peu après celle-ci, les Américains William M. Landes et Richard A. Posner (maintenant juge de la Cour d’appel des États-Unis pour le septième circuit) ont défendu dans un article la règle qui refusait le droit d’action à l’acheteur indirect (voir « Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick* » (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602, p. 634-635). Selon eux, réserver à l’acheteur direct le droit d’intenter une action contre l’auteur de la majoration était l’option la plus susceptible de promouvoir les dispositions antitrust. Ils ajoutent que permettre à l’acheteur indirect d’intenter une action n’aura pas d’effet ou en aura peu sur la réalisation des objectifs d’indemnisation et de dissuasion, car l’acheteur direct sera plus susceptible de constater la majoration et, ensuite, de disposer des données et des ressources nécessaires pour avoir gain de cause dans une action antitrust. Ils voient dans l’acheteur direct un « agent efficace d’application » des dispositions antitrust et font valoir que permettre à l’acheteur indirect de se pourvoir en justice rendra la répartition des dommages-intérêts si coûteuse que les intéressés hésiteront à poursuivre et que le partage du droit d’action entre de multiples parties réduira l’importance des

purchasers had no independent right of action, they were nonetheless compensated by the ability of direct purchasers to bring an action because the benefit accruing to the direct purchaser as a result of an anticipated successful antitrust action against the overcharger would be reflected in the prices charged by the direct purchasers to the indirect purchasers (p. 605).

[53] Shortly after the publication of Landes and Posner's article, two other antitrust authorities, Robert G. Harris and Lawrence A. Sullivan, expressed an opposing viewpoint (see "Passing On the Monopoly Overcharge: A Comprehensive Policy Analysis" (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269, at pp. 351-52). Harris and Sullivan argued that direct purchasers would be reluctant to disrupt valued supplier relationships and would thus be more likely to pass on the overcharge to their own customers. They would not therefore serve as efficient enforcers of the antitrust laws and, rather, it would be more suitable to vest standing in the indirect purchasers in order to best achieve deterrence.

[54] Landes and Posner published a direct response to Harris and Sullivan the next year (see "The Economics of Passing On: A Reply to Harris and Sullivan" (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274). In response to Harris and Sullivan's argument that direct purchasers would be reticent to sue so as not to compromise valuable commercial relationships, they stated that "any forbearance by the direct purchaser to sue will be compensated. The supplier must pay something to bind the direct purchaser to him and this payment is, functionally, a form of antitrust damages" (p. 1278). In other words, the direct purchaser is receiving a financial inducement to be a part of the conspiracy and this benefit could be passed along to the indirect purchasers.

[55] In the years since the exchange between Landes and Posner and Harris and Sullivan, the literature has reflected an ongoing debate on the issue of indirect purchaser actions and specifically the rule in *Illinois Brick*. A survey of the literature

demandes et affaiblira l'effet dissuasif (p. 608-609). Quant à l'indemnisation, ils soutiennent que, même s'il n'a pas de droit d'action indépendant, l'acheteur indirect sera néanmoins « indemnisé » grâce à la faculté de l'acheteur direct d'intenter une action, car ce dernier répercutera sur le prix demandé à l'acheteur indirect les retombées éventuelles d'une action antitrust contre l'auteur de la majoration (p. 605).

[53] Peu après la publication de l'article de Landes et Posner, deux autres spécialistes du droit antitrust, Robert G. Harris et Lawrence A. Sullivan, ont exprimé l'opinion contraire (voir « Passing On the Monopoly Overcharge : A Comprehensive Policy Analysis » (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269, p. 351-352). Selon Harris et Sullivan, l'acheteur direct hésitera à compromettre ses bonnes relations avec son fournisseur et sera donc plus enclin à refilet la note à ses clients à lui. Il ne serait donc pas un « agent efficace d'application » des dispositions antitrust; pour les besoins de l'effet dissuasif, mieux vaudrait reconnaître la qualité pour agir à l'acheteur indirect.

[54] L'année suivante, Landes et Posner répliquaient directement à la thèse de Harris et Sullivan (voir « The Economics of Passing On : A Reply to Harris and Sullivan » (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274). En réponse à la thèse de leurs détracteurs, à savoir qu'un acheteur direct hésitera à intenter une action en justice afin de ne pas compromettre de bonnes relations commerciales, ils affirment que [TRADUCTION] « l'omission de l'acheteur direct d'intenter une action en justice sera récompensée. Le fournisseur doit verser quelque chose pour s'attacher l'acheteur direct et il s'agit en quelque sorte d'une indemnisation antitrust » (p. 1278). En d'autres termes, l'acheteur direct obtient pour sa participation au complot une gratification financière qui peut être transmise à l'acheteur indirect.

[55] Depuis ce débat entre Landes et Posner, d'une part, et Harris et Sullivan, d'autre part, la question du droit d'action de l'acheteur indirect et, en particulier, la règle issue de l'arrêt *Illinois Brick*, continuent d'alimenter la discussion. Plus

reveals that most recently, however, there is a significant body of academic authority in favour of repealing the decision in *Illinois Brick* in order to best serve the objectives of the antitrust laws.

[56] Some authors, including Gregory J. Werden and Marius Schwartz, joined Harris and Sullivan in their critique of Landes and Posner, stating specifically that the notion that indirect purchasers would see any of the benefits accruing to a direct purchaser as the result of an anticipated recovery was “quite implausible” (“*Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis” (1984), 35 *Hastings L.J.* 629, at p. 638-39).

[57] The theory that direct purchasers may be unwilling to sue for fear of disrupting an important supplier relationship has also found favour among academics (see e.g. K. J. O’Connor, “Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling?” (2001), 15:3 *Antitrust* 34, at p. 38 (noting that indirect purchasers are perhaps more likely to sue than are direct purchasers because they do not risk severing a “direct business relationship with the alleged violator”); A. Thimmesch, “Beyond Treble Damages: *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.*” (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649, at p. 1668 and fn. 127 (stating that in many situations the direct purchaser is in fact dependent upon the supplier and as such would be reticent to sue)). As recently as 2012, the same opinion has been expressed: “This is especially true if direct purchasers are able to pass on any overcharges that result from antitrust violations to consumers. . . . [T]he Supreme Court [of the United States]’s all-or-nothing ‘Indirect Purchaser Rule’ sweeps too broadly” (J. M. Glover, “The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law” (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137, at p. 1187).

[58] As to the objective of compensation, several authors have commented that the rule in *Illinois Brick* in fact runs contrary to the goal of compensation, with one author calling it “[t]he

récentement, de nombreux auteurs ont cependant préconisé la neutralisation de l’arrêt afin de favoriser la réalisation des objectifs des dispositions antitrust.

[56] Certains, dont Gregory J. Werden et Marius Schwartz, se sont joints à Harris et Sullivan pour critiquer Landes et Posner. Ils qualifient d’[TRADUCTION] « assez invraisemblable » l’idée que l’acheteur indirect puisse bénéficier des retombées pour l’acheteur direct d’un recouvrement anticipé (« *Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis » (1984), 35 *Hastings L.J.* 629, p. 638-639).

[57] La thèse voulant qu’un acheteur direct hésite à poursuivre un fournisseur important par crainte de mettre en péril ses rapports avec lui a aussi ses tenants parmi les auteurs de doctrine (voir p. ex. K. J. O’Connor, « Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling? » (2001), 15:3 *Antitrust* 34, p. 38 (selon lequel l’acheteur indirect est peut-être plus susceptible d’intenter une poursuite que l’acheteur direct parce qu’il ne risque pas la rupture de ses [TRADUCTION] « liens d’affaires directs avec le présumé contrevenant »); A. Thimmesch, « Beyond Treble Damages : *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.* » (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649, p. 1668 et note en bas de page 127 (selon lequel, dans bien des cas, l’acheteur direct est en situation de dépendance vis-à-vis du fournisseur et hésitera donc à le poursuivre)). Tout récemment, en 2012, on a avancé la même idée : [TRADUCTION] « Cela est particulièrement vrai lorsque l’acheteur direct peut transférer au consommateur toute somme payée en trop par suite d’une entorse à la concurrence. [. . .] [L]a règle par laquelle la Cour suprême [des États-Unis] refuse catégoriquement à “l’acheteur indirect le droit de poursuivre l’auteur” de la majoration a une portée excessive » (J. M. Glover, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law » (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137, p. 1187).

[58] En ce qui concerne l’objectif d’indemnisation, plusieurs auteurs font observer que la règle issue de l’arrêt *Illinois Brick* va en fait à l’encontre de sa réalisation; l’un d’eux dit de cette décision

most far-reaching deviation from the compensatory rationale” (C. C. Van Cott, “Standing at the Fringe: Antitrust Damages and the Fringe Producer” (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763, at p. 775). Likewise, Andrew I. Gavil, an antitrust scholar, has stated that “providing compensation to all victims of unlawful conduct for the harms inflicted by the wrongdoer is a secondary but also essential goal of a comprehensive remedial system, one that *Illinois Brick* disserves in many common circumstances” (“Thinking Outside the *Illinois Brick* Box: A Proposal for Reform” (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167, at p. 170).

[59] As can be seen from this overview, despite initial support from well-reputed antitrust scholars, it cannot be said that the rule in *Illinois Brick* still finds favour in the academic literature.

(4) Conclusion on the Offensive Use of Passing On

[60] Although the passing-on *defence* is unavailable as a matter of restitution law, it does not follow that indirect purchasers should be foreclosed from claiming losses passed on to them. In summary:

- (1) The risks of multiple recovery and the concerns of complexity and remoteness are insufficient bases for precluding indirect purchasers from bringing actions against the defendants responsible for overcharges that may have been passed on to them.
- (2) The deterrence function of the competition law in Canada is not likely to be impaired by indirect purchaser actions.
- (3) While the passing-on defence is contrary to basic restitutionary principles, those same principles are promoted by allowing passing on to be used offensively.

qu’elle est celle qui [TRADUCTION] « s’écarte le plus de l’objectif d’indemnisation » (C. C. Van Cott, « Standing at the Fringe : Antitrust Damages and the Fringe Producer » (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763, p. 775). Dans le même ordre d’idées, selon Andrew I. Gavil, spécialiste en matière antitrust, [TRADUCTION] « indemniser toutes les victimes du comportement illégal pour les préjudices causés par le contrevenant constitue un objectif secondaire, mais aussi essentiel, d’un régime de réparation complet, un objectif que l’arrêt *Illinois Brick* méconnaît dans bien des situations courantes » (« Thinking Outside the *Illinois Brick* Box : A Proposal for Reform » (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167, p. 170).

[59] Comme il appert de cet aperçu, malgré son appui initial par des auteurs de renom du domaine antitrust, la règle dégagée dans l’arrêt *Illinois Brick* ne remporte plus la faveur des juristes versés en la matière.

(4) Conclusion sur l’allégation en demande du transfert de la perte

[60] Malgré l’impossibilité d’invoquer le transfert de la perte en défense à une action en restitution, l’acheteur indirect ne doit pas pour autant se voir empêcher de recouvrer la perte qui lui a été transférée. En bref, voici les éléments à retenir :

- (1) Le risque de recouvrement multiple et les obstacles liés à la complexité de la preuve et au caractère indirect de la majoration ne constituent pas des considérations suffisantes pour priver l’acheteur indirect d’un recours contre l’auteur de la majoration dont le montant lui aurait été transféré.
- (2) Le recours de l’acheteur indirect ne portera vraisemblablement pas atteinte à l’effet dissuasif que sont censées avoir les dispositions canadiennes sur la concurrence.
- (3) Même si invoquer le transfert de la perte en défense à une action va à l’encontre des principes fondamentaux de la restitution, permettre son allégation en demande est dans le droit fil de ces mêmes principes.

- (4) Although the rule in *Illinois Brick* remains good law at the federal level in the United States, its subsequent repeal at the state level in many jurisdictions and the report to Congress recommending its reversal demonstrate that its rationale is under question.
- (5) Despite some initial support, the recent doctrinal commentary favours overturning the rule in *Illinois Brick*.

For these reasons, I would not agree with Microsoft's argument that this Court's rejection of the passing-on defence in previous cases and affirmed here precludes indirect purchaser actions.

B. *Certification of the Class Action*

[61] Having answered the threshold question and determined that indirect purchasers may use passing on offensively to bring an action, I turn to the question of whether the present action should be certified as a class action. Because the majority of the B.C.C.A. disposed of the appeal based on its finding that indirect purchaser actions were not available in Canada, it did not consider the certification requirements dealt with by Tysoe J. (causes of action under s. 4(1)(a) of the *CPA*) and Myers J. (balance of the certification requirements under s. 4(1)(b) to (e) of the *CPA*). It therefore remains for this Court to review the certification analysis carried out by the two applications judges. Microsoft contests their findings as to only three of the certification requirements: (1) whether the pleadings disclose a cause of action; (2) whether the claims raise common issues; and (3) whether a class action is the preferable procedure.

- (1) The Requirements for Certification Under the British Columbia *Class Proceedings Act*

[62] Section 4(1) of the *CPA* provides:

- 4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2

- (4) Bien que, aux États-Unis, la règle issue de l'arrêt *Illinois Brick* demeure valable au palier fédéral, son « abrogation » dans de nombreux États et le rapport recommandant au Congrès de l'infirmier remettent en question sa raison d'être.
- (5) Malgré un certain appui initial, la doctrine récente penche en faveur de la suppression de la règle.

Pour ces motifs, je ne conviens pas avec Microsoft que le rejet par notre Cour dans des affaires antérieures et en l'espèce du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte fait obstacle au recours de l'acheteur indirect.

B. *Certification du recours collectif*

[61] Après avoir tranché la question préliminaire et conclu que l'acheteur indirect peut invoquer le transfert de la perte en demande, j'examine maintenant s'il y a lieu ou non de certifier l'action intentée en l'espèce à titre de recours collectif. Étant donné que les juges majoritaires de la C.A.C.-B. statuent que l'acheteur indirect ne peut pas légalement intenter d'action au Canada, ils ne se penchent pas sur les conditions de certification examinées par le juge Tysoe (cause d'action exigée à l'al. 4(1)(a) de la *CPA*) et par le juge Myers (les autres conditions prévues aux al. 4(1)(b) à (e) de la *CPA*). Il nous faut donc contrôler l'analyse des deux juges saisis des demandes en ce qui concerne la certification. Microsoft ne conteste leurs conclusions qu'à l'égard de trois des conditions : (1) les actes de procédure révèlent une cause d'action, (2) les demandes soulèvent une question commune et (3) le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler cette question.

- (1) Les conditions de certification selon la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique

[62] Le paragraphe 4(1) de la *CPA* dispose :

[TRADUCTION]

- 4 (1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie une instance à titre de recours

or 3 if all of the following requirements are met:

- (a) the pleadings disclose a cause of action;
- (b) there is an identifiable class of 2 or more persons;
- (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;
- (e) there is a representative plaintiff who
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
 - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
 - (iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.

(2) Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?

[63] The first certification requirement requires that the pleadings disclose a cause of action. In *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261 (“*Alberta Elders*”), this Court explained that this requirement is assessed on the same standard of proof that applies to a motion to dismiss, as set out in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980. That is, a plaintiff satisfies this requirement unless, assuming all facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff’s claim cannot succeed (*Alberta Elders*, at para. 20; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25).

[64] Pro-Sys has alleged causes of action (1) under s. 36 of the *Competition Act*, (2) in tort

collectif lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- (a) les actes de procédure révèlent une cause d’action;
- (b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus;
- (c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l’emporte ou non sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels;
- (d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour régler la question commune de manière juste et efficace;
- (e) un demandeur-représentant :
 - (i) défendrait de manière juste et appropriée les intérêts du groupe,
 - (ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan qui établit une méthode praticable de faire progresser l’instance au nom du groupe et d’aviser les membres du groupe de l’existence du recours collectif,
 - (iii) n’a pas de conflit d’intérêts avec d’autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

(2) Les actes de procédure révèlent-ils une cause d’action?

[63] La première condition de certification veut que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Dans *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 (« *Alberta Elders* »), notre Cour explique que le respect de cette condition est apprécié au regard de la norme de preuve applicable à la requête en radiation selon l’arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Le demandeur ne satisfait donc pas à la condition lorsque, à supposer que les faits invoqués soient vrais, la demande ne pourrait manifestement pas être accueillie (*Alberta Elders*, par. 20; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25).

[64] Pro-Sys prétend avoir des causes d’action (1) suivant l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*,

for conspiracy and intentional interference with economic interests, and (3) in restitution for unjust enrichment, constructive trust and waiver of tort. For the reasons that follow, I would agree with Tysoe J. that the pleadings disclose causes of action that should not be struck out at this stage of the proceedings.

(a) *Section 36 of the Competition Act*

[65] Under s. 36 of the *Competition Act*, any person who has suffered loss or damage as a result of conduct engaged in by any person contrary to Part VI of the Act may sue for and recover that loss or damage. Section 36 provides:

36. (1) Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI . . .

may in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

[66] Part VI of the *Competition Act* is entitled “Offences in Relation to Competition”. The Part VI offences alleged in this appeal are (1) conspiracy, contrary to s. 45(1), and (2) false or misleading representations, contrary to s. 52(1). At the time of the hearing before Tysoe J., those provisions read as follows:

45. (1) [Conspiracy] Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(2) en responsabilité délictuelle pour complot et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers et (3) en restitution pour enrichissement sans cause, existence d’une fiducie par interprétation et renonciation au recours délictuel. Pour les motifs qui suivent, je conviens avec le juge Tysoe que les actes de procédure révèlent des causes d’action qu’on ne saurait radier à ce stade de l’instance.

a) *Article 36 de la Loi sur la concurrence*

[65] Selon l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite d’un comportement contraire à la partie VI de la Loi peut réclamer et recouvrer une somme égale au montant de la perte ou des dommages subis. Voici le libellé de l’art. 36 :

36. (1) Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) . . . d’un comportement allant à l’encontre d’une disposition de la partie VI;

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n’a pas obtempéré à l’ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu’elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n’excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l’affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

[66] La partie VI de la *Loi sur la concurrence* est intitulée « Infractions relatives à la concurrence ». Les infractions qu’elle crée et dont la perpétration est alléguée en l’espèce sont (1) le complot, au par. 45(1), et (2) les indications fausses ou trompeuses, au par. 52(1). Voici quel était le libellé de ces dispositions lors de l’audience présidée par le juge Tysoe :

45. (1) [Complot] Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l’une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

52. (1) [False or misleading representations] No person shall, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever, knowingly or recklessly make a representation to the public that is false or misleading in a material respect.

[67] The bulk of Microsoft's objections to the cause of action under s. 36 of the *Competition Act* are tied to the theory that offensive passing on is not permitted. In view of my earlier finding that indirect purchaser actions are permitted, those arguments are no longer of consequence in this appeal.

[68] However, Microsoft also argues that the s. 36 cause of action is not properly pleaded before this Court because it was not included in Pro-Sys's statement of claim. It argues that any attempt to add it now would be barred by the two-year limitation period contained in s. 36(4) of the Act. However, Donald J.A., dissenting in the B.C.C.A., found Microsoft's contention to be a purely technical objection, and not one that would form a basis to dismiss the claim. I would agree. The Third Further Amended Statement of Claim alleges that the unlawful conduct was continuing, a fact that must be accepted as being true for the purposes of this appeal. As a result, it cannot be said that the action was not filed in a timely manner.

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasinage ou de négoce d'un produit quelconque;

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture du produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

52. (1) [Indications fausses ou trompeuses] Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'utilisation d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

[67] Microsoft conteste l'existence d'une cause d'action fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* et fait essentiellement valoir que le transfert de la perte ne peut être allégué en demande. Vu ma conclusion que l'acheteur indirect peut ester en justice, cette prétention n'importe plus aux fins du pourvoi.

[68] Toutefois, Microsoft soutient par ailleurs que la cause d'action fondée sur l'art. 36 est irrégulièrement plaidée devant notre Cour car elle ne figure pas dans la déclaration de Pro-Sys. Selon elle, le délai de prescription de deux ans imparti au par. 36(4) de la Loi fait obstacle à l'ajout de cette cause d'action. Or, le juge Donald de la C.A.C.-B., dissident, conclut qu'il s'agit d'une prétention d'ordre purement technique et qu'elle ne permet pas de rejeter la demande. Je suis d'accord. Selon la troisième déclaration modifiée, le comportement illégal se poursuivait, ce qui doit être tenu pour avéré aux fins du pourvoi. On ne saurait donc dire que l'action n'a pas été déposée dans le délai prescrit.

[69] Moreover, the Third Further Amended Statement of Claim states specifically that “[t]he plaintiffs plead and rely upon . . . Part VI of the *Competition Act*” (para. 109, A.R., vol. II, at p. 48) and seeks damages accordingly. Although the Third Further Amended Statement of Claim does not expressly refer to s. 36, recovery for breaches under Part VI of the *Competition Act* may only be sought by private individuals through a claim under s. 36. I agree with Donald J.A. that “the parties put their minds to s. 36 at the certification hearing and so no surprise or prejudice can be complained of” (B.C.C.A., at para. 59). For these reasons, I would not accede to Microsoft’s argument that the claim should be barred by the limitation provision of the *Competition Act*.

[70] Microsoft made other brief arguments objecting to the cause of action under s. 36. Before Tysoe J., it argued that the Competition Tribunal should have jurisdiction over the enforcement of the competition law. I agree that a number of provisions of the *Competition Act* assign jurisdiction to the Competition Tribunal rather than the courts. However, that is not the case with s. 36, which expressly provides that any person who suffered loss by virtue of a breach of Part VI of the Act may seek to recover that loss. The section expressly confers jurisdiction on the court to entertain such claims.

[71] For all these reasons, it is not plain and obvious that a claim under s. 36 of the *Competition Act* would be unsuccessful. For the purposes of s. 4(1)(a) of the CPA, it cannot be said that the pleadings do not disclose a cause of action under s. 36 of the *Competition Act*.

(b) *Tort*

[72] Pro-Sys alleges that Microsoft combined with various parties to commit the economic torts of conspiracy (both predominant purpose conspiracy and unlawful means conspiracy) and unlawful interference with economic interests. A

[69] Par ailleurs, selon le libellé même de la troisième déclaration modifiée, [TRADUCTION] « [l]es demandeurs invoquent [. . .] la partie VI de la *Loi sur la concurrence* » (par. 109, d.a., vol. II, p. 48) et réclament des dommages-intérêts en conséquence. Bien que le document ne renvoie pas expressément à l’art. 36, le recouvrement pour violation de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* ne peut être demandé par une personne privée que sur le fondement de cette disposition. Je conviens avec le juge Donald que [TRADUCTION] « les parties ont considéré l’art. 36 lors de l’audition de la demande de certification, de sorte que nulle allégation de surprise ou de préjudice ne saurait être retenue » (C.A.C.-B., par. 59). C’est pourquoi je ne fais pas droit à la prétention de Microsoft selon laquelle le délai de prescription imparti par la *Loi sur la concurrence* fait obstacle à la demande.

[70] Microsoft invoque d’autres motifs succincts à l’encontre de la reconnaissance d’une cause d’action fondée sur l’art. 36. Devant le juge Tysoe, elle a fait valoir qu’il devait incomber au Tribunal de la concurrence de faire respecter le droit de la concurrence. Je conviens que certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* confèrent compétence au Tribunal de la concurrence plutôt qu’à une cour de justice. Or, ce n’est pas le cas de l’art. 36, qui prévoit expressément que toute personne à qui une violation de la partie VI inflige une perte peut se pourvoir en recouvrement devant une cour de justice.

[71] Pour tous ces motifs, il n’est pas manifeste qu’une demande fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* ne serait pas accueillie. Pour l’application de l’al. 4(1)(a) de la CPA, on ne saurait affirmer que les actes de procédure ne révèlent pas une cause d’action fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*.

b) *Responsabilité délictuelle*

[72] Pro-Sys soutient que Microsoft s’est associée à diverses personnes pour commettre les délits civils financiers que sont le complot (tant celui qui vise principalement à causer un préjudice que celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux) et l’atteinte

conspiracy arises when two or more parties agree “to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means” (*Mulcahy v. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, at p. 317). Despite the fact that the tort of conspiracy traces its origins “to the Middle Ages, [it] is not now a well-settled tort in terms of its current utility or the scope of the remedy it affords” (*Golden Capital Securities Ltd. v. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54, at para. 42).

[73] Nonetheless, in Canada, two types of actionable conspiracy remain available under tort law: predominant purpose conspiracy and unlawful means conspiracy. I first address the arguments related to predominant purpose conspiracy. I then turn to unlawful means conspiracy and unlawful interference with economic interests and deal with them together, as the arguments against these causes of action relate to the “unlawful means” requirement common to both torts.

(i) Predominant Purpose Conspiracy

[74] Predominant purpose conspiracy is made out where the predominant purpose of the defendant’s conduct is to cause injury to the plaintiff using either lawful or unlawful means, and the plaintiff does in fact suffer loss caused by the defendant’s conduct. Where lawful means are used, if their object is to injure the plaintiff, the lawful acts become unlawful (*Canada Cement LaFarge Ltd. v. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 S.C.R. 452, at pp. 471-72).

[75] It is worth noting that in *Cement LaFarge*, Estey J. wrote that predominant purpose conspiracy is a “commercial anachronism” and that the approach to this tort should be to restrict its application:

The tort of conspiracy to injure, even without the extension to include a conspiracy to perform unlawful

illégal aux intérêts financiers. Il y a complot lorsqu’au moins deux personnes conviennent [TRADUCTION] « d’accomplir un acte illégal ou un acte légal par des moyens illégaux » (*Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, p. 317). Même si l’existence du délit civil de complot remonte [TRADUCTION] « au Moyen Âge, [il] ne s’agit pas aujourd’hui d’un délit civil bien établi quant à son utilité actuelle ou à la portée de la réparation qu’il permet » (*Golden Capital Securities Ltd. c. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54, par. 42).

[73] Il demeure que, au Canada, deux types de complot donnent ouverture à une action en droit de la responsabilité délictuelle : celui qui vise principalement à causer un préjudice et celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux. J’examine d’abord la thèse avancée relativement au complot qui vise principalement à causer un préjudice. Je me penche ensuite sur le complot qui prévoit le recours à des moyens illégaux et sur l’atteinte illégale aux intérêts financiers, que j’examine de pair puisque les motifs de contestation de ces causes d’action touchent à l’exigence, commune aux deux délits civils, du recours à des « moyens illégaux ».

(i) Complot visant principalement à causer un préjudice

[74] L’existence du complot visant principalement à causer un préjudice est établie lorsque le comportement du défendeur vise principalement à causer un préjudice au demandeur par des moyens légaux ou illégaux, et que le demandeur subit effectivement un préjudice à cause de ce comportement. Lorsque des moyens légaux sont employés à la même fin, les actes deviennent illégaux (*Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, p. 471-472).

[75] Mentionnons que, dans *Ciments LaFarge*, le juge Estey opine que le complot visant principalement à causer un préjudice constitue un « anachronisme commercial » et qu’il y aurait lieu d’en limiter l’application :

Le délit civil de complot en vue de nuire, même s’il n’est pas étendu de manière à comprendre un complot

acts where there is a constructive intent to injure, has been the target of much criticism throughout the common law world. It is indeed a commercial anachronism as so aptly illustrated by Lord Diplock in *Lonrho, supra*, at pp. 188-89. In fact, the action may have lost much of its usefulness in our commercial world, and survives in our law as an anomaly. Whether that be so or not, it is now too late in the day to uproot the tort of conspiracy to injure from the common law. No doubt the reaction of the courts in the future will be to restrict its application for the very reasons that some now advocate its demise. [p. 473]

Notwithstanding these observations, whether predominant purpose conspiracy should be restricted so as not to apply to the facts of this case is not a matter that should be determined on an application to strike pleadings.

[76] At para. 91 of its Third Further Amended Statement of Claim, in a section discussing both predominant purpose and unlawful means conspiracy, Pro-Sys states that “[t]he defendants were motivated to conspire” and then lists the defendants’ three “predominant purposes and predominant concerns”: (1) to harm the plaintiffs by requiring them to purchase Microsoft products rather than competitors’ products; (2) to harm the plaintiffs by requiring them to pay artificially high prices; and (3) to unlawfully increase their profits (A.R., vol. II, at p. 43).

[77] Microsoft argues that the tort of predominant purpose conspiracy is not made out because Pro-Sys’s statement of claim fails to identify one true predominant purpose and instead lists several “overlapping purpose[s]” (R.F., at para. 93). Microsoft submits that by pleading that it was “motivated solely by economic considerations” (para. 94), Pro-Sys in effect concedes that the predominant purpose of Microsoft’s alleged conduct could not have been to cause injury to the plaintiff as required under the law.

[78] There is disagreement between the parties as to what the pleadings mean. Microsoft says

en vue d’accomplir des actes illégaux lorsqu’il y a une intention implicite de causer un préjudice, a été la cible de nombreuses critiques partout dans le monde de la *common law*. Comme l’indique si bien lord Diplock dans l’arrêt *Lonrho*, précité, aux pp. 188 et 189, il s’agit réellement d’un anachronisme commercial. En fait, il est possible que dans le contexte commercial actuel cette action ait perdu en grande partie son utilité et qu’elle survive comme une anomalie dans notre droit. Quoi qu’il en soit, il est maintenant trop tard pour déraciner de la *common law* le délit civil de complot en vue de nuire. Sans aucun doute, les cours tenteront dans l’avenir, pour les mêmes motifs que certains invoquent actuellement à l’appui de sa suppression, de limiter l’application de ce délit civil. [p. 473]

Néanmoins, la question de savoir si ce délit civil devrait voir sa portée limitée de sorte que les faits de la présente espèce n’y soient pas assimilés ne doit pas être tranchée dans le cadre d’une demande de radiation.

[76] Au paragraphe 91 de sa troisième déclaration modifiée, sous une rubrique portant à la fois sur le complot qui vise principalement à causer un préjudice et celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux, Pro-Sys affirme que [TRADUCTION] « [I]es défenderesses entendaient comploter », puis elle énumère les trois « objectifs principaux » de celles-ci : (1) causer un préjudice aux demandeurs en exigeant qu’ils achètent les produits de Microsoft plutôt que ceux de concurrents, (2) causer un préjudice aux demandeurs en exigeant d’eux un prix majoré de façon artificielle et (3) accroître illégalement leurs profits (d.a., vol. II, p. 43).

[77] Microsoft soutient que le délit civil de complot visant principalement à causer un préjudice n’est pas étayé, car la déclaration de Pro-Sys ne révèle pas un véritable objet principal, mais en énumère plutôt [TRADUCTION] « plusieurs qui se chevauchent » (m.i., par. 93). À son avis, lorsque Pro-Sys allègue que Microsoft était « motivée uniquement par des considérations d’ordre financier » (par. 94), elle admet en fait que l’objet principal du comportement reproché ne pouvait être de lui causer un préjudice comme l’exige la loi.

[78] Il y a désaccord entre les parties sur la portée des allégations de Pro-Sys. Microsoft affirme

that Pro-Sys failed to identify injury to the plaintiffs as the one true predominant purpose. Pro-Sys argues that its pleadings state that Microsoft acted with the predominant purpose of injuring the class members which resulted in, among other things, increased profits. While the pleadings could have been drafted with a more precise focus, I would hesitate on a pleadings application to rule definitively that the predominant purpose conspiracy pleading is so flawed that no cause of action is disclosed. At this stage, I cannot rule out Pro-Sys's explanation that Microsoft's primary intent was to injure the plaintiffs and that unlawfully increasing its profits was a result of that intention. For this reason, I cannot say it is plain and obvious that Pro-Sys's claim in predominant purpose conspiracy cannot succeed.

[79] Microsoft also argues that this claim should be struck to the extent it applies as between corporate affiliates because “[p]arent and wholly-owned subsidiary corporations always act in combination” (R.F., at para. 95). Pro-Sys says that “[t]his is not true as a matter of law” (appellants’ response factum, at para. 55). Both parties cite, among other cases, para. 19 of *Smith v. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81 (C.A.), leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xii, which says that “there can be a conspiracy between a parent and a subsidiary corporation”. In my view, this statement appears to leave open a cause of action in predominant purpose conspiracy even when the conspiracy is between affiliated corporations. Again, it would not be appropriate on a pleadings application to make a definitive ruling on this issue. In the circumstances, I cannot say it is plain and obvious that the predominant purpose conspiracy claim as it applies to an alleged conspiracy between a parent corporation and its subsidiaries should be struck at this phase of the proceedings.

qu’elles n’établissent pas que le véritable objet principal du complot était de causer un préjudice aux demandeurs. Pro-Sys fait valoir que, suivant ses allégations, les actes de Microsoft visaient principalement à causer un préjudice aux membres du groupe et qu’ils ont notamment eu pour effet d’accroître ses profits. Même si les actes de procédure auraient pu être rédigés de manière plus précise et directe, j’hésite à statuer définitivement, sur demande de radiation, que l’allégation d’un complot visant principalement à causer un préjudice est si lacunaire qu’aucune cause d’action n’est révélée. Pour l’heure, je ne peux écarter l’explication de Pro-Sys selon laquelle l’intention première de Microsoft était de causer un préjudice aux demandeurs et l’accroissement illégal de ses profits a résulté de cette intention. C’est pourquoi je ne saurais dire qu’il ne peut manifestement pas être fait droit à l’allégation de Pro-Sys selon laquelle il y a eu complot visant principalement à causer un préjudice.

[79] Microsoft ajoute que l’allégation doit être radiée dans la mesure où elle vise des sociétés liées, car [TRADUCTION] « [s]ociétés mères et filiales à 100 p. 100 agissent toujours de concert » (m.i., par. 95). Pro-Sys rétorque que [TRADUCTION] « [l]a prétention est infondée en droit » (mémoire en réponse des appelants, par. 55). Les deux invoquent entre autres le par. 19 de l’arrêt *Smith c. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xii, où la Cour d’appel dit [TRADUCTION] « qu’il peut y avoir complot entre une société mère et une filiale ». À mon sens, cet énoncé paraît permettre que le complot visant principalement à causer un préjudice puisse constituer une cause d’action même lorsque le complot serait le fait de sociétés liées. Là encore, il ne convient pas de statuer définitivement sur ce point au stade de la demande de radiation. Dans les circonstances, je ne peux conclure que l’allégation de complot entre une société mère et sa filiale visant principalement à causer un préjudice doit manifestement être radiée à ce stade de l’instance.

(ii) Unlawful Means Conspiracy and Intentional Interference With Economic Interests

[80] The second type of conspiracy, called “unlawful means conspiracy”, requires no predominant purpose but requires that the unlawful conduct in question be directed toward the plaintiff, that the defendant should know that injury to the plaintiff is likely to result, and that the injury to the plaintiff does in fact occur (*Cement LaFarge*, at pp. 471-72).

[81] The tort of intentional interference with economic interests aims to provide a remedy to victims of intentional commercial wrongdoing (*Correia v. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, at para. 98; *OBG Ltd. v. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1). The three essential elements of this tort are (1) the defendant intended to injure the plaintiff’s economic interests; (2) the interference was by illegal or unlawful means; and (3) the plaintiff suffered economic loss or harm as a result (see P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4th ed. 2011), at p. 336).

[82] Microsoft argues that the claims for unlawful means conspiracy and intentional interference with economic interests should be struck because their common element requiring the use of “unlawful means” cannot be established.

[83] These alleged causes of action must be dealt with summarily as the proper approach to the unlawful means requirement common to both torts is presently under reserve in this Court in *Bram Enterprises Ltd. v. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 N.B.R. (2d) 215, leave to appeal granted, [2012] 3 S.C.R. v. Suffice it to say that at this point it is not plain and obvious that there is no cause of action in unlawful means conspiracy or in intentional interference with economic interests. I would therefore not strike these claims. Depending on the decision of this Court in *Bram*, it will

(ii) Complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers

[80] Pour le deuxième type de complot — celui « qui prévoit le recours à des moyens illégaux » —, point n’est besoin d’objet principal; il faut seulement que le comportement illégal soit dirigé contre le demandeur, que le défendeur doive savoir que le demandeur en subira vraisemblablement un préjudice et que le demandeur subisse effectivement un préjudice (*Ciments LaFarge*, p. 471-472).

[81] La raison d’être du délit civil d’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers est l’indemnisation des victimes de pratiques commerciales délibérément préjudiciables (*Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, par. 98; *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1). Les trois éléments essentiels de ce délit civil sont (1) l’intention du défendeur de porter atteinte aux intérêts financiers du demandeur, (2) le recours à des moyens illégaux et (3) le préjudice consécutif subi par le demandeur (voir P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4^e éd. 2011), p. 336).

[82] Microsoft fait valoir que les allégations de complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et d’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers doivent être radiées vu l’impossibilité d’établir l’élément qui leur est commun, soit le recours à des « moyens illégaux ».

[83] Ces causes d’action alléguées doivent être examinées sommairement car, dans le dossier *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2^e) 215, autorisation d’appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v. actuellement en délibéré, notre Cour ne s’est pas encore prononcée sur l’approche qui s’impose à l’égard de cet élément commun aux deux délits civils. Il suffit de constater que, pour l’heure, l’inexistence d’une cause d’action fondée sur le complot prévoyant le recours à des moyens illégaux ou sur l’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers n’est pas

be open to Microsoft to raise the matter in the B.C.S.C. should it consider it advisable to do so.

(c) *Restitution*

[84] Pro-Sys makes restitutionary claims alleging causes of action in unjust enrichment, constructive trust and waiver of tort.

(i) Unjust Enrichment

[85] The well-known elements required to establish an unjust enrichment are (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason (such as a contract) for the enrichment (see *Alberta Elders*, at para. 82; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 30; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 455; *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834). Pro-Sys says that Microsoft was unjustly enriched by the overcharge to its direct purchasers that was passed through the chain of distribution to the class members.

[86] Microsoft argues that any enrichment it received came from the direct purchasers, and not from the class members, and that this lack of a direct connection between it and the class members forecloses the claim of unjust enrichment. Additionally, it says that the contracts between Microsoft and the direct purchasers and the contracts between the direct purchasers and the indirect purchasers (the existence of which are undisputed) constitute a juristic reason for the enrichment.

[87] In support of its first argument, Microsoft cites *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762. In *Peel*, McLachlin J. (as she then was) held, at p. 797, that “[t]he cases in which claims for unjust enrichment have been made out generally deal with benefits conferred

manifeste. Je suis donc d’avis de ne pas radier les allégations. Selon l’issue du pourvoi dans *Bram*, Microsoft pourra demander à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de statuer sur ce point si elle le juge opportun.

c) *Restitution*

[84] Pro-Sys demande restitution sur le fondement de l’enrichissement sans cause, de la fiducie par interprétation et de la renonciation au recours délictuel.

(i) Enrichissement sans cause

[85] Les éléments qui doivent être réunis pour qu’il y ait enrichissement sans cause sont bien connus : (1) l’enrichissement du défendeur, (2) l’appauvrissement corrélatif du demandeur et (3) l’absence d’une cause juridique de cet enrichissement (p. ex., un contrat) (voir *Alberta Elders*, par. 82; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 30; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 455; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834). Selon Pro-Sys, Microsoft s’est injustement enrichie par la majoration du prix exigé de ses acheteurs directs, lesquels ont transféré cette majoration aux membres du groupe situés en aval dans la chaîne de distribution.

[86] Microsoft prétend que l’enrichissement, s’il en est, provient des acheteurs directs, et non des membres du groupe, et que son absence de lien direct avec ces derniers scelle le sort de l’allégation d’enrichissement sans cause. Elle ajoute que les contrats qu’elle a conclus avec les acheteurs directs et ceux intervenus entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects (dont l’existence n’est pas contestée) constituent la cause juridique de l’enrichissement.

[87] À l’appui de sa première prétention, Microsoft invoque l’arrêt *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, où la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) conclut à la p. 797 que « [l]es affaires dans lesquelles l’enrichissement sans cause a été établi concernent

directly and specifically on the defendant”. A claim in unjust enrichment must be based on “more than an incidental blow-by. A secondary collateral benefit will not suffice. To permit recovery for incidental collateral benefits would be to admit of the possibility that a plaintiff could recover twice — once from the person who is the immediate beneficiary of the payment or benefit . . . , and again from the person who reaped an incidental benefit” (*Peel*, at p. 797). The words of *Peel* themselves would appear to foreclose the possibility of an indirect relationship between plaintiff and defendant. However, this does not resolve the issue. First, it is not apparent that the benefit to Microsoft is an “incidental blow-by” or “collateral benefit”. Second, Pro-Sys relies on *Alberta Elders*, which it says stands for the proposition that an unjust enrichment may be possible where the benefit was indirect and was passed on by a third party. At this stage, I cannot conclude that it is plain and obvious that a claim in unjust enrichment will be made out only where the relationship between the plaintiff and the defendant is direct.

[88] With regard to Microsoft’s juristic reason justification, Pro-Sys pleads that these contracts are “illegal and void” because they constitute a restraint of trade at common law, they violate U.S. antitrust law, they are prohibited by Microsoft’s own corporate policies and they violate Part VI of the *Competition Act*. It submits that the contracts cannot therefore constitute a juristic reason for the enrichment. The question of whether the contracts are illegal and void should not be resolved at this stage of the proceedings. These are questions that must be left to the trial judge.

[89] I am thus unable to find that it is plain and obvious that the claim in unjust enrichment cannot succeed.

(ii) Constructive Trust

[90] As a remedy for the alleged unjust enrichment, Pro-Sys submits that an amount equal to the

généralement des avantages conférés directement et expressément au défendeur ». Pour fonder l’allégation d’enrichissement sans cause, l’avantage conféré ne doit pas revêtir qu’un « caractère purement incident. Un avantage secondaire et accessoire ne suffit pas. En effet, permettre qu’il y ait recouvrement à l’égard d’avantages accessoires et incidents reviendrait à admettre la possibilité d’un double recouvrement par le demandeur — d’abord, de la personne qui bénéficie immédiatement du paiement ou de l’avantage [. . .] et ensuite, de la personne qui en a tiré un avantage incident » (*Peel*, p. 797). Les mots employés dans cet arrêt paraissent écarter en eux-mêmes la possibilité d’un lien indirect entre le demandeur et le défendeur, mais la question n’est pas résolue pour autant. Premièrement, il n’est pas évident que l’avantage obtenu par Microsoft revêt un caractère « purement incident » ou qu’il est « accessoire ». Deuxièmement, Pro-Sys invoque l’arrêt *Alberta Elders*, selon lequel il peut y avoir enrichissement sans cause lorsque l’avantage conféré est indirect et qu’il a été transféré par un tiers. À ce stade, je ne peux conclure qu’il est manifeste que l’enrichissement sans cause ne sera établi que si le lien entre le demandeur et le défendeur est direct.

[88] En ce qui concerne la prétendue cause juridique de l’enrichissement de Microsoft, Pro-Sys fait valoir que les contrats en cause sont [TRADUCTION] « illégaux et nuls » en ce qu’ils portent atteinte à la liberté du commerce en common law, ils enfreignent les dispositions américaines antitrust, ils vont à l’encontre des politiques d’entreprise de Microsoft et ils contreviennent à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. Elle soutient qu’il ne s’agit donc pas d’une cause juridique de l’enrichissement. Il n’y a pas lieu, à ce stade de l’instance, de statuer sur la légalité et la validité des contrats. Il appartiendra au juge du procès de le faire.

[89] Je ne saurais donc conclure qu’il ne peut manifestement pas être fait droit à l’allégation d’enrichissement sans cause.

(ii) Fiducie par interprétation

[90] Pro-Sys soutient qu’en guise de réparation de l’enrichissement sans cause allégué, Microsoft

overcharge from the sales of Microsoft operating systems and Microsoft applications software in British Columbia should be held by Microsoft in trust for the class members. In other words, Pro-Sys is asking that Microsoft be constituted a constructive trustee in favour of Pro-Sys.

[91] *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, is the relevant controlling authority on constructive trusts. In *Kerr*, Justice Cromwell explains that in order to find that a constructive trust is made out, the plaintiff must be able to point to a link or causal connection between his or her contribution and the acquisition of specific property:

... the constructive trust is a broad and flexible equitable tool used to determine beneficial entitlement to property (*Pettkus*, at pp. 843-44 and 847-48). Where the plaintiff can demonstrate a link or causal connection between his or her contributions and the acquisition, preservation, maintenance or improvement of the disputed property, a share of the property proportionate to the unjust enrichment can be impressed with a constructive trust in his or her favour (*Pettkus*, at pp. 852-53; *Sorochan*, at p. 50). [para. 50]

[92] In the present case, there is no referential property; Pro-Sys makes a purely monetary claim. Constructive trusts are designed to “determine beneficial entitlement to property” when “a monetary award is inappropriate or insufficient” (*Kerr*, at para. 50). As Pro-Sys’s claim neither explains why a monetary award is inappropriate or insufficient nor shows a link to specific property, the claim does not satisfy the conditions necessary to ground a constructive trust. On the pleadings, it is plain and obvious that Pro-Sys’s claim that an amount equal to the overcharge from the sale of Microsoft operating systems and Microsoft applications software in British Columbia should be held by Microsoft in trust for the class members cannot succeed. The pleadings based on constructive trust must be struck.

devrait détenir en fiducie pour le compte des membres du groupe une somme égale au montant de la majoration du prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application vendus en Colombie-Britannique. En d’autres termes, elle demande que Microsoft soit constituée fiduciaire par interprétation à son bénéfice.

[91] L’arrêt *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, est décisif en matière de fiducies par interprétation. Le juge Cromwell y explique que pour faire la preuve d’une fiducie par interprétation, le demandeur doit pouvoir établir un lien ou un rapport de causalité entre sa contribution et l’acquisition du bien en cause :

... la fiducie [par interprétation] est un outil général, souple et juste qui permet de déterminer le droit de propriété véritable (*Pettkus*, p. 843-844 et 847-848). Si le demandeur peut établir un lien ou un rapport de causalité entre ses contributions et l’acquisition, la conservation, l’entretien ou l’amélioration du bien en cause, une part proportionnelle à l’enrichissement sans cause peut faire l’objet d’une fiducie [par interprétation] en sa faveur (*Pettkus*, p. 852-853; *Sorochan*, p. 50). [par. 50]

[92] Nul bien n’est en cause en l’espèce; Pro-Sys réclame seulement une réparation pécuniaire. La fiducie par interprétation sert à « déterminer le droit de propriété véritable » lorsqu’« une réparation pécuniaire est inappropriée ou insuffisante » (*Kerr*, para. 50). Étant donné que Pro-Sys n’indique pas en quoi une réparation pécuniaire serait inappropriée ou insuffisante, et qu’elle n’établit pas de lien avec un bien en particulier, l’allégation ne satisfait pas aux conditions d’imposition d’une fiducie par interprétation. Au vu des actes de procédure, il est manifeste qu’on ne saurait faire droit à l’allégation de Pro-Sys selon laquelle Microsoft devrait conserver en fiducie pour le compte des membres du groupe une somme égale au montant de la majoration du prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application vendus en Colombie-Britannique. Les éléments des actes de procédure qui concernent l’existence d’une fiducie par interprétation doivent être radiés.

(iii) Waiver of Tort

[93] As an alternative to the causes of action in tort, Pro-Sys waives the tort and seeks to recover the unjust enrichment accruing to Microsoft. Waiver of tort occurs when the plaintiff gives up the right to sue in tort and elects instead to base its claim in restitution, “thereby seeking to recoup the benefits that the defendant has derived from the tortious conduct” (Maddaugh and McCamus (2013), at p. 24-1). Causes of action in tort and restitution are not mutually exclusive, but rather provide alternative remedies that may be pursued concurrently (*United Australia, Ltd. v. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1 (H.L.), at p. 18). Waiver of tort is based on the theory that “in certain situations, where a tort has been committed, it may be to the plaintiff’s advantage to seek recovery of an unjust enrichment accruing to the defendant rather than normal tort damages” (Maddaugh and McCamus, at pp. 24-1 and 24-2). An action in waiver of tort is considered by some to offer the plaintiff an advantage in that it may relieve them of the need to prove loss in tort, or in fact at all (Maddaugh and McCamus, at p. 24-4).

[94] Microsoft advances two arguments as to why this claim should be struck. First, it states that Pro-Sys has pleaded waiver of tort as a remedy and not a cause of action, and therefore proof of loss is an essential element. Second, if indeed waiver of tort is pleaded as a cause of action, the underlying tort must therefore be established, including the element of loss. In my view, neither argument provides a sufficient basis upon which to find that a claim in waiver of tort would plainly and obviously be unsuccessful.

[95] In *Serhan (Trustee of) v. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665 (S.C.J. (Div. Ct.)), Epstein J. (as she then was) performed an extensive review

(iii) Renonciation au recours délictuel

[93] Subsidièrement à une cause d’action en responsabilité délictuelle, Pro-Sys invoque la renonciation au recours délictuel et demande à recouvrer une somme égale à l’enrichissement sans cause obtenu par Microsoft. Il y a renonciation au recours délictuel lorsque le demandeur renonce à son droit d’intenter une action en responsabilité délictuelle et choisit plutôt de se pourvoir en restitution et [TRADUCTION] « de recouvrer ainsi le bénéfice que le défendeur a tiré de la conduite délictueuse » (Maddaugh et McCamus (2013), p. 24-1). Les causes d’action en responsabilité délictuelle et en restitution ne s’excluent pas mutuellement, mais offrent plutôt des mesures de réparation qui peuvent être réclamées simultanément (*United Australia, Ltd. c. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1 (H.L.), p. 18). La renonciation au recours délictuel a pour prémisses que, [TRADUCTION] « dans certains cas de délit civil, le demandeur peut avoir avantage à recouvrer l’enrichissement sans cause obtenu par le défendeur plutôt qu’à obtenir des dommages-intérêts dans le cadre d’une action en responsabilité délictuelle » (Maddaugh et McCamus, p. 24-1 et 24-2). D’aucuns considèrent que l’action fondée sur la renonciation au recours délictuel confère un avantage au demandeur en ce qu’elle peut le dispenser de prouver la perte au regard des règles de la responsabilité délictuelle ou même de quelque manière (Maddaugh et McCamus, p. 24-4).

[94] Microsoft fait valoir deux motifs de radier cette allégation. Premièrement, Pro-Sys invoque la renonciation au recours délictuel dans une optique de réparation, et non à titre de cause d’action, de sorte que la preuve de la perte est essentielle. Deuxièmement, si la renonciation au recours délictuel est effectivement invoquée comme cause d’action, il faut donc établir le délit civil sous-jacent, y compris la perte. À mon avis, aucun des deux motifs avancés ne permet de conclure que la demande fondée sur la renonciation au recours délictuel ne peut manifestement pas être accueillie.

[95] Dans *Serhan (Trustee of) c. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665 (C.S.J. (C. div.)), la juge Epstein (maintenant juge de la Cour d’appel

of the doctrine of waiver of tort. Her analysis found numerous authorities accepting the viability of waiver of tort as its own cause of action intended to disgorge a defendant's unjust enrichment gained through wrongdoing, as opposed to merely a remedy for unjust enrichment. These authorities differed, however, as to the question of whether the underlying tort needed to be established in order to sustain the action in waiver of tort.

[96] The U.S. and U.K. jurisprudence as well as the academic texts on the subject have largely rejected the requirement that the underlying tort must be established in order for a claim in waiver of tort to succeed (see *Serhan*, at paras. 51-68, citing Maddaugh and McCamus (2005), at p. 24-20; J. Beatson, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment: Essays on the Law of Restitution* (1991); D. Friedmann, "Restitution for Wrongs: The Basis of Liability", in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133; *National Trust Co. v. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. v. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (S.D.N.Y. 1920); *Mahesan v. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374 (P.C.); *Universe Tankships Inc. of Monrovia v. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366 (H.L.)). Another line of cases would find a cause of action in waiver of tort to be unavailable unless it can be established that the defendant has committed the underlying tort giving rise to the cause of action (see *United Australia*, at p. 18; *Zidarcic v. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61 (Ont. S.C.J.), at para. 14; *Reid v. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII)). At least one of these cases (*Reid*) suggests that a reluctance to eliminate the requirement of proving loss as an element of the cause of action is part of the reason for requiring the establishment of the underlying tort (para. 17).

de l'Ontario) examine minutieusement la notion de renonciation au recours délictuel. Elle constate que de nombreux auteurs reconnaissent sa validité comme cause d'action pour la restitution par le défendeur de l'enrichissement sans cause obtenu par des moyens répréhensibles, et non seulement pour la réparation de cet enrichissement sans cause. Ces auteurs diffèrent cependant d'avis quant à savoir si le délit civil sous-jacent doit être prouvé ou non pour les besoins de l'action fondée sur la renonciation au recours délictuel.

[96] Les tribunaux américains et britanniques, ainsi que les auteurs de doctrine en la matière, écartent pour la plupart l'obligation du demandeur d'établir le délit civil sous-jacent pour qu'il puisse avoir gain de cause sur le fondement de la renonciation au recours délictuel (voir *Serhan*, par. 51-68, citant Maddaugh et McCamus (2005), p. 24-20; J. Beatson, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment : Essays on the Law of Restitution* (1991); D. Friedmann, « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », dans W. R. Cornish et autres, dir., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133; *National Trust Co. c. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. c. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (S.D.N.Y. 1920); *Mahesan c. Malaysia Government Officers' Co-operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374 (P.C.); *Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366 (H.L.)). Selon un autre courant jurisprudentiel, il ne peut y avoir de cause d'action fondée sur la renonciation au recours délictuel que s'il est établi que le défendeur a commis le délit civil y donnant ouverture (voir *United Australia*, p. 18; *Zidarcic c. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61 (C.S.J. Ont.), par. 14; *Reid c. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII)). Dans au moins une de ces affaires (*Reid*), le tribunal laisse entendre que la réticence à écarter l'obligation de prouver la perte comme élément de la cause d'action explique en partie qu'il faille prouver le délit civil sous-jacent (par. 17).

[97] Epstein J. ultimately concluded that, given this contradictory law, “[c]learly, it cannot be said that an action based on waiver of tort is sure to fail” and that the questions “about the consequences of identifying waiver of tort as an independent cause of action in circumstances such as exist here, involv[e] matters of policy that should not be determined at the pleadings stage” (*Serhan*, at para. 68). I agree. In my view, this appeal is not the proper place to resolve the details of the law of waiver of tort, nor the particular circumstances in which it can be pleaded. I cannot say that it is plain and obvious that a cause of action in waiver of tort would not succeed.

(3) The Remaining Certification Requirements

[98] The causes of action under s. 36 of the *Competition Act*, in tort and in restitution (except for constructive trust) have met the first certification requirement that the pleadings disclose a cause of action. I now turn to Microsoft’s argument that the claims should nevertheless be rejected because they do not meet two of the remaining certification requirements: that the claims of the class members raise common issues and that a class action is the preferable procedure in this case.

(a) *Standard of Proof*

[99] The starting point in determining the standard of proof to be applied to the remaining certification requirements is the standard articulated in this Court’s seminal decision in *Hollick*. In that case, McLachlin C.J. succinctly set out the standard: “. . . the class representative must show some basis in fact for each of the certification requirements set out in . . . the Act, other than the requirement that the pleadings disclose a

[97] La juge Epstein conclut au final que, vu l’état contradictoire du droit, [TRADUCTION] « [o]n ne saurait affirmer, de toute évidence, que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera assurément débouté »; elle ajoute que le débat « sur les conséquences de la reconnaissance de la renonciation au recours délictuel comme cause d’action indépendante dans des circonstances comme celles de l’espèce fait intervenir des principes sur lesquels il ne convient pas de prononcer à l’étape de l’examen des allégations » (*Serhan*, par. 68). Je suis d’accord. À mon avis, il ne convient pas de statuer plus avant, dans le cadre du pourvoi, sur le droit applicable en matière de renonciation au recours délictuel, ni sur le contexte particulier dans lequel on peut invoquer celle-ci. Je ne peux affirmer que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera manifestement débouté.

(3) Les autres conditions présidant à la certification

[98] Les causes d’action que confère l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, en responsabilité délictuelle et en restitution (sauf sur le fondement de la fiducie par interprétation) remplissent la première condition de certification voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Je me penche maintenant sur la prétention de Microsoft selon laquelle les demandes des membres du groupe doivent néanmoins être rejetées parce qu’elles ne satisfont pas à deux des autres conditions, à savoir qu’une question commune soit soulevée et que le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler cette question.

a) *Norme de preuve*

[99] Le point de départ pour déterminer la norme de preuve applicable aux autres conditions de certification réside dans l’arrêt de principe *Hollick* où la juge en chef McLachlin énonce succinctement cette norme : « . . . le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énumérées [dans] la Loi, autre que l’exigence que les actes de procédure révèlent une cause d’action » (par. 25 (je souligne)). La Juge

cause of action” (para. 25 (emphasis added)). She noted, however, that “the certification stage is decidedly not meant to be a test of the merits of the action” (para. 16). Rather, this stage is concerned with form and with whether the action can properly proceed as a class action (see *Hollick*, at para. 16; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (“*Infineon*”), at para. 65; *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), at para. 50).

[100] The *Hollick* standard of proof asks not whether there is some basis in fact for the claim itself, but rather whether there is some basis in fact which establishes each of the individual certification requirements. McLachlin C.J. did, however, note in *Hollick* that evidence has a role to play in the certification process. She observed that “the *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* clearly contemplates that the class representative will have to establish an evidentiary basis for certification” (para. 25).

[101] Microsoft, while accepting the “some basis in fact” standard, argues that “in order for the Plaintiffs to meet the standard of proof, the evidence must establish that the proposed class action raises common issues and is the preferable procedure *on a balance of probabilities*” (R.F., at para. 41 (emphasis in original)). Microsoft relies on the academic writings of Justice Cullity of the Ontario Superior Court of Justice. Cullity J. expressed the view that “[t]o the extent that some basis in fact reflects a concern that certification motions are procedural and should not be concerned with the merits of the claims asserted, there seems no justification for applying the lesser standard to essential preconditions for certification that will not be within the jurisdiction of the court at trial” (“Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of ‘Some Basis in Fact’” (2011), 51 *Can. Bus. L.J.* 407, at p. 422). In other words, Cullity J. suggests that because certification requirements are procedural, they will not be revisited at a trial of the common issues. As such, there is no reason to assess them on a

en chef signale que « [l]a Loi écarte carrément un examen au fond à l’étape de la certification » (par. 16). Cette étape intéresse plutôt la forme et le caractère approprié de la poursuite par voie de recours collectif (voir *Hollick*, par. 16; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (« *Infineon* »), par. 65; *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), par. 50).

[100] Suivant la norme de preuve issue de l’arrêt *Hollick*, la question n’est pas celle de savoir si la demande a un certain fondement factuel, mais plutôt si un certain fondement factuel établit chacune des conditions de certification. La juge en chef McLachlin signale cependant que la preuve importe aux fins de la certification. Elle fait remarquer que « le rapport [. . .] du comité consultatif du procureur général [sur la réforme du recours collectif] envisageait manifestement que le représentant du groupe serait tenu d’étayer sa demande de certification » (par. 25).

[101] Bien qu’elle souscrive à la norme fondée sur l’existence d’« un certain fondement factuel », Microsoft fait valoir que [TRADUCTION] « pour respecter la norme de preuve, les demandeurs doivent établir *selon la prépondérance des probabilités* que le recours collectif proposé soulève une question commune et qu’il constitue la meilleure procédure pour régler cette question » (m.i., par. 41 (en italique dans l’original)). Elle invoque à l’appui les propos du juge Cullity, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, selon lesquels, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où l’exigence d’un certain fondement factuel est liée au fait que la demande de certification revêt un caractère procédural et que son examen ne doit pas porter sur le fond des allégations, rien ne paraît justifier l’application d’une norme moins stricte aux conditions essentielles qui président à la certification et qui échapperont à la compétence du tribunal lors du procès » (« Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of “Some Basis in Fact” » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407, p. 422). En d’autres termes, le juge Cullity indique qu’en

standard lower than the traditional civil standard of “balance of probabilities”. Microsoft further submits that this Court should endorse the American approach of making factual determinations at the certification stage on a preponderance of the evidence and should require certification judges to weigh the evidence so as to resolve all factual or legal disputes at certification, even if those disputes overlap with the merits (see R.F., at para. 42, citing *In re: Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (3rd Cir. 2008), at p. 307, and R.F., at para. 43).

[102] I cannot agree with Microsoft’s submissions on this issue. Had McLachlin C.J. intended that the standard of proof to meet the certification requirements was a “balance of probabilities”, that is what she would have stated. There is nothing obscure here. The *Hollick* standard has never been judicially interpreted to require evidence on a balance of probabilities. Further, Microsoft’s reliance on U.S. law is novel and departs from the *Hollick* standard. The “some basis in fact” standard does not require that the court resolve conflicting facts and evidence at the certification stage. Rather, it reflects the fact that at the certification stage “the court is ill-equipped to resolve conflicts in the evidence or to engage in the finely calibrated assessments of evidentiary weight” (*Cloud*, at para. 50; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (S.C.J.), at para. 119, citing *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (Ont. S.C.J.)). The certification stage does not involve an assessment of the merits of the claim and is not intended to be a pronouncement on the viability or strength of the action; “rather, it focuses on the form of the action in order to determine whether the action can appropriately go forward as a class proceeding” (*Infineon*, at para. 65).

raison de leur nature procédurale, les conditions de certification ne feront pas l’objet d’un nouvel examen lors du procès. Il n’y a donc aucune raison de statuer sur le respect de ces conditions selon une norme moins stricte que celle de la « prépondérance des probabilités » généralement appliquée en matière civile. Microsoft ajoute que notre Cour devrait, à l’instar des tribunaux américains, tirer des conclusions de fait à l’étape de la certification selon la prépondérance de la preuve et exiger du juge saisi de la demande de certification qu’il évalue la preuve de façon à régler les différends d’ordre factuel ou juridique à cette étape, même lorsque ces différends touchent le fond du litige (voir m.i., par. 42, citant *In re : Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (3rd Cir. 2008), p. 307, et m.i., par. 43).

[102] Je ne saurais souscrire aux observations de Microsoft sur ce point. Si la juge en chef McLachlin avait voulu que le respect des conditions de certification soit assujéti à la norme de la « prépondérance des probabilités », elle l’aurait précisé. Or, la règle établie est claire. Les tribunaux n’ont jamais considéré que l’arrêt *Hollick* exigeait une preuve selon la prépondérance des probabilités. En outre, en s’appuyant sur le droit américain, Microsoft adopte une approche nouvelle et rompt avec la norme de l’arrêt *Hollick*. La norme fondée sur l’existence d’« un certain fondement factuel » n’exige pas que le tribunal se prononce sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l’étape de la certification. Elle tient plutôt compte du fait que, à cette étape, [TRADUCTION] « le tribunal n’est pas en mesure de statuer sur les éléments contradictoires de la preuve non plus que de déterminer sa valeur probante à l’issue d’une analyse nuancée » (*Cloud*, par. 50; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (C.S.J.), par. 119, citant *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (C.S.J. Ont.)). La procédure de certification ne comporte pas d’examen au fond de la demande et elle ne vise pas à déterminer le bien-fondé des allégations; [TRADUCTION] « elle intéresse plutôt la forme que revêt l’action pour déterminer s’il convient de procéder par recours collectif » (*Infineon*, par. 65).

[103] Nevertheless, it has been well over a decade since *Hollick* was decided, and it is worth reaffirming the importance of certification as a meaningful screening device. The standard for assessing evidence at certification does not give rise to “a determination of the merits of the proceeding” (*CPA*, s. 5(7)); nor does it involve such a superficial level of analysis into the sufficiency of the evidence that it would amount to nothing more than symbolic scrutiny.

[104] In any event, in my respectful opinion, there is limited utility in attempting to define “some basis in fact” in the abstract. Each case must be decided on its own facts. There must be sufficient facts to satisfy the applications judge that the conditions for certification have been met to a degree that should allow the matter to proceed on a class basis without foundering at the merits stage by reason of the requirements of s. 4(1) of the *CPA* not having been met.

[105] Finally, I would note that Canadian courts have resisted the U.S. approach of engaging in a robust analysis of the merits at the certification stage. Consequently, the outcome of a certification application will not be predictive of the success of the action at the trial of the common issues. I think it important to emphasize that the Canadian approach at the certification stage does not allow for an extensive assessment of the complexities and challenges that a plaintiff may face in establishing its case at trial. After an action has been certified, additional information may come to light calling into question whether the requirements of s. 4(1) continue to be met. It is for this reason that enshrined in the *CPA* is the power of the court to decertify the action if at any time it is found that the conditions for certification are no longer met (s. 10(1)).

(b) *Do the Claims of the Class Members Raise Common Issues?*

[106] The commonality requirement has been described as “[t]he central notion of a class proceeding” (M. A. Eizenga et al., *Class Actions Law*

[103] De toute manière, plus d’une décennie s’est écoulée depuis *Hollick* et il convient de confirmer l’importance que revêt la procédure de certification comme mécanisme de filtrage efficace. La norme de preuve appliquée au stade de la certification n’emporte pas de [TRADUCTION] « conclusion sur le bien-fondé de l’instance » (*CPA*, par. 5(7)); elle ne donne pas lieu non plus à un examen du caractère suffisant de la preuve qui soit superficiel au point d’être strictement symbolique.

[104] Quoi qu’il en soit, j’estime en toute déférence qu’il serait peu utile de tenter de définir « un certain fondement factuel » dans l’abstrait. L’issue d’une affaire dépend des faits qui lui sont propres. Suffisamment de faits doivent permettre de convaincre le juge saisi des demandes que les conditions de certification sont réunies de telle sorte que l’instance puisse suivre son cours sous forme de recours collectif sans s’écrouler à l’étape de l’examen au fond à cause du non-respect des conditions prévues au par. 4(1) de la *CPA*.

[105] Enfin, je fais observer que les tribunaux canadiens ont refusé d’adopter l’approche américaine et de se livrer à une analyse rigoureuse sur le fond à l’étape de la certification. En conséquence, la certification du recours collectif ne garantit aucunement que les demandeurs auront gain de cause lors de l’examen des questions communes au procès. J’estime qu’il importe de souligner que l’approche canadienne à l’étape de la certification ne permet pas d’apprécier toutes les difficultés et tous les défis que le demandeur devra surmonter pour prouver ses allégations au procès. Une fois le recours certifié, de nouvelles données peuvent apparaître et remettre en question le respect des conditions du par. 4(1). C’est la raison pour laquelle la *CPA* consacre le pouvoir du tribunal de révoquer la certification du recours collectif à tout moment où il est établi que les conditions de certification ne sont plus réunies (par. 10(1)).

(b) *Les demandes des membres du groupe soulèvent-elles des questions communes?*

[106] L’exigence d’une question commune a été qualifiée de [TRADUCTION] « [f]ondamentale au recours collectif » (M. A. Eizenga et autres, *Class*

and Practice (loose-leaf), at p. 3-34.6). It is based on the notion that “individuals who have litigation concerns ‘in common’ ought to be able to resolve those common concerns in one central proceeding rather than through an inefficient multitude of repetitive proceedings” (*ibid.*).

[107] Section 4(1)(c) of the *CPA* states that the court must certify an action as a class proceeding if, among other requirements, “the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members”. Section 1 of the *CPA* defines “common issues” as “(a) common but not necessarily identical issues of fact, or (b) common but not necessarily identical issues of law that arise from common but not necessarily identical facts”.

[108] In *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, this Court addressed the commonality question, stating that “[t]he underlying question is whether allowing the suit to proceed as a [class action] will avoid duplication of fact-finding or legal analysis” (para. 39). I list the balance of McLachlin C.J.’s instructions, found at paras. 39-40 of that decision:

- (1) The commonality question should be approached purposively.
- (2) An issue will be “common” only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim.
- (3) It is not essential that the class members be identically situated *vis-à-vis* the opposing party.
- (4) It not necessary that common issues predominate over non-common issues. However, the class members’ claims must share a substantial common ingredient to justify

Actions Law and Practice (feuilles mobiles), p. 3-34.6). Elle repose sur l’idée que « les personnes qui soulèvent une question de droit “commune” doivent pouvoir obtenir le règlement de cette question commune dans le cadre d’une seule instance plutôt que d’instances multiples et répétitives confinant à l’inefficacité » (*ibid.*).

[107] L’alinéa 4(1)(c) de la *CPA* dispose que le tribunal certifie qu’il s’agit d’un recours collectif lorsque, notamment, [TRADUCTION] « les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l’emporte ou non sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels ». Selon l’article 1 de la *CPA*, « question commune » s’entend, selon le cas, « (a) d’une question de fait commune, mais pas nécessairement identique ou (b) d’une question de droit commune, mais pas nécessairement identique, qui découle de faits qui sont communs, mais pas nécessairement identiques ».

[108] Dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, notre Cour aborde la notion de communauté et conclut que « [l]a question sous-jacente est de savoir si le fait d’autoriser le recours collectif permettra d’éviter la répétition dans l’appréciation des faits ou l’analyse juridique » (par. 39). J’énumère les autres paramètres établis par la juge en chef McLachlin et qui figurent aux par. 39-40 de l’arrêt :

- (1) Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l’objet.
- (2) Une question n’est « commune » que lorsque son règlement est nécessaire au règlement des demandes de chacun des membres du groupe.
- (3) Il n’est pas essentiel que les membres du groupe soient tous dans la même situation par rapport à la partie adverse.
- (4) Il n’est pas nécessaire que les questions communes l’emportent sur les questions non communes. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager

a class action. The court will examine the significance of the common issues in relation to individual issues.

- (5) Success for one class member must mean success for all. All members of the class must benefit from the successful prosecution of the action, although not necessarily to the same extent.

[109] Microsoft argues that the differences among the proposed class members are too great to satisfy the common issues requirement. It argues that the plaintiffs allege they were injured by multiple separate instances of wrongdoing, that these acts occurred over a period of 24 years and had to do with 19 different products, and that various co-conspirators and countless licences are implicated. Microsoft also argues that the fact that the overcharge has been passed on to the class members through the chain of distribution makes it unfeasible to prove loss to each of the class members for the purposes of establishing common issues.

[110] The multitude of variables involved in indirect purchaser actions may well present a significant challenge at the merits stage. However, there would appear to be a number of common issues that are identifiable. In order to establish commonality, evidence that the acts alleged actually occurred is not required. Rather, the factual evidence required at this stage goes only to establishing whether these questions are common to all the class members.

[111] Myers J. concluded that the claims raised common issues. I agree that their resolution is indeed necessary to the resolution of the claims of each class member. Their resolution would appear to advance the claims of the entire class and to answer them commonly will avoid duplication in legal and factual analysis. Those findings are entitled to deference from an appellate court.

un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Le tribunal évalue l'importance des questions communes par rapport aux questions individuelles.

- (5) Le succès d'un membre du groupe emporte nécessairement celui de tous. Tous les membres du groupe doivent profiter du dénouement favorable de l'action, mais pas nécessairement dans la même proportion.

[109] Microsoft fait valoir que les différences entre les membres du groupe proposé sont trop importantes et ne permettent pas de satisfaire à l'exigence d'une question commune. Selon elle, les demandeurs allèguent avoir subi un préjudice à l'occasion de comportements fautifs distincts, que ces actes ont eu lieu sur une période de 24 ans, qu'ils ont visé 19 produits différents, que diverses personnes ont pris part au complot et que d'innombrables licences sont en cause. Elle ajoute que le transfert de la majoration aux membres du groupe en aval dans la chaîne de distribution rend impossible la preuve de la perte de chacun des membres du groupe aux fins d'établir l'existence d'une question commune.

[110] La multitude de variables que font intervenir les actions d'acheteurs indirects pourrait fort bien présenter un défi de taille à l'étape de l'examen au fond. Toutefois, plusieurs questions communes paraissent discernables. Établir la communauté des questions n'exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu. À ce stade, il faut plutôt établir que les questions soulevées sont communes à tous les membres du groupe.

[111] Le juge Myers conclut que les demandes soulèvent des questions communes. Je conviens que leur règlement est en effet nécessaire à celui de la réclamation de chacun des membres du groupe. Il permettrait de faire progresser l'examen des allégations du groupe dans son ensemble et d'éviter la répétition dans l'analyse du droit et des faits. Une cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard de ces conclusions.

[112] The differences cited by Microsoft are, in my view, insufficient to defeat a finding of commonality. *Dutton* confirms that even a significant level of difference among the class members does not preclude a finding of commonality. In any event, as McLachlin C.J. stated, “[i]f material differences emerge, the court can deal with them when the time comes” (*Dutton*, at para. 54).

[113] In addition to the common issues relating to scope and existence of the causes of action pleaded, the remaining common issues certified by Myers J. relate to the alleged loss suffered by the class members and as to whether damages can be calculated on an aggregate basis. The loss-related common issues, that is to say the proposed common issues that ask whether loss to the class members can be established on a class-wide basis, require the use of expert evidence in order for commonality to be established. The standard upon which that evidence should be assessed is contested and I turn to it first below. A question was also raised regarding whether the aggregate damages provision can be used to establish liability. I also address this below.

(i) Expert Evidence in Indirect Purchaser Class Actions

[114] One area in which difficulty is encountered in indirect purchaser actions is in assessing the commonality of the harm or loss-related issues. In order to determine if the loss-related issues meet the “some basis in fact” standard, some assurance is required that the questions are capable of resolution on a common basis. In indirect purchaser actions, plaintiffs generally seek to satisfy this requirement through the use of expert evidence in the form of economic models and methodologies.

[115] The role of the expert methodology is to establish that the overcharge was passed on to the indirect purchasers, making the issue common to the class as a whole (see *Chadha*, at para. 31).

[112] À mon sens, les différences invoquées par Microsoft ne permettent pas d’écarter la conclusion qu’il y a questions communes. L’arrêt *Dutton* confirme que même des différences assez importantes entre les membres du groupe n’empêchent pas de conclure à l’existence de questions communes. En tout état de cause, comme le fait remarquer la juge en chef McLachlin, « [s]i des différences importantes surviennent, le tribunal réglera la question le moment venu » (*Dutton*, par. 54).

[113] Outre celles liées à l’existence et à la portée des causes d’action invoquées, les autres questions communes certifiées par le juge Myers portent sur la perte qu’auraient subie les membres du groupe et sur la possibilité d’établir les dommages-intérêts de manière globale. Démontrer le caractère commun des questions liées à la perte — la perte subie par les membres peut-elle être circonscrite à l’échelle du groupe? — commande le recours à une preuve d’expert. La norme de preuve applicable à cette preuve est contestée, et je l’examine ci-après. On soulève par ailleurs la question de savoir si les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent servir à fonder la responsabilité. J’examine ce point ensuite.

(i) Preuve d’expert dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects

[114] L’une des difficultés que pose le recours d’acheteurs indirects a trait à l’appréciation du caractère commun des questions liées au préjudice ou à la perte. Pour que ces questions puissent satisfaire à la norme d’« un certain fondement factuel », il doit être assez certain qu’elles peuvent faire l’objet d’un règlement commun. Dans le cadre d’actions intentées par des acheteurs indirects, les demandeurs tentent généralement de satisfaire à cette exigence en offrant une preuve d’expert qui revêt la forme de modèles et de méthodes économiques.

[115] La méthode proposée par l’expert vise à établir que la majoration a été transférée aux acheteurs indirects, ce qui rend la question commune au groupe dans son ensemble (voir *Chadha*,

The requirement at the certification stage is not that the methodology quantify the damages in question; rather, the critical element that the methodology must establish is the ability to prove “common impact”, as described in the U.S. antitrust case of *In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). That is, plaintiffs must demonstrate that “sufficient proof [is] available, for use at trial, to prove antitrust impact common to all the members of the class” (*ibid.*, at p. 155). It is not necessary at the certification stage that the methodology establish the actual loss to the class, as long as the plaintiff has demonstrated that there is a methodology capable of doing so. In indirect purchaser actions, this means that the methodology must be able to establish that the overcharges have been passed on to the indirect-purchaser level in the distribution chain.

[116] The most contentious question involving the use of expert evidence is how strong the evidence must be at the certification stage to satisfy the court that there is a method by which impact can be proved on a class-wide basis. The B.C.C.A. in *In-fineon* called for the plaintiff to show “only a credible or plausible methodology” and held that “[i]t was common ground that statistical regression analysis is in theory capable of providing reasonable estimates of gain or aggregate harm and the extent of pass-through in price-fixing cases” (para. 68). This was the standard adopted by Myers J. in the present case. Under this standard, he found the plaintiffs’ methodologies to be adequate to satisfy the commonality requirement.

[117] Microsoft submits that the “credible or plausible methodology” standard adopted by Myers J. was too permissive and allowed for a claim to be founded on insufficient evidence. It argues that under s. 5(4) of the *CPA*, the parties are required to file affidavits containing all material facts upon which they intend to rely, and as such Myers J. was under an obligation to weigh

par. 31). À l’étape de la certification, la méthode n’a pas à déterminer le montant des dommages-intérêts, mais doit plutôt — et c’est là l’élément crucial — être susceptible de prouver « les conséquences communes », comme le conclut un tribunal américain dans une affaire antitrust, *In Re : Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). Les demandeurs doivent démontrer qu’une [TRADUCTION] « preuve permettra d’établir, lors du procès, les conséquences antitrust qui sont communes à tous les membres du groupe » (*ibid.*, p. 155). À l’étape de la certification, point n’est besoin que la méthode établisse la perte réellement subie par le groupe dans la mesure où le demandeur démontre qu’une méthode permet de le faire. Dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects, la méthode doit donc pouvoir établir que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution.

[116] La question la plus vivement débattue au chapitre de l’utilisation de la preuve d’expert est celle de savoir à quel point la preuve doit être concluante à l’étape de la certification pour convaincre le tribunal qu’une méthode permet d’établir les conséquences communes à l’échelle du groupe. Dans l’affaire *Infineon*, la C.A.C.-B. a invité la demanderesse à ne présenter [TRADUCTION] « qu’une méthode valable ou acceptable » pour ensuite conclure qu’« [i]l est bien établi que l’analyse de régression statistique offre en principe une estimation raisonnable du bénéfice ou du préjudice global et de l’étendue du transfert de la perte lorsqu’il y a eu fixation des prix » (par. 68). C’est le critère appliqué par le juge Myers en l’espèce, de sorte qu’il conclut que les méthodes employées par les parties demanderesses permettaient de satisfaire à l’exigence d’une question commune.

[117] Microsoft soutient que le critère de la « méthode valable ou acceptable » adopté par le juge Myers est trop laxiste et ouvre la voie à des demandes étayées par une preuve insuffisante. Elle fait valoir que le par. 5(4) de la *CPA* oblige les parties à déposer des affidavits qui énoncent tous les faits importants qu’elles entendent invoquer et que le juge Myers avait donc l’obligation de mettre

the evidence of both parties where a conflict arises. Microsoft alleges that despite this requirement, Myers J. failed to weigh Pro-Sys's expert evidence against Microsoft's expert evidence, merely concluding that Pro-Sys's expert evidence was "not implausible" and that assessing competing evidence was "not something that can and should be done in a certification application" (R.F., at para. 43, citing reasons of Myers J., at para. 144). Microsoft argues that this approach was in error and is inconsistent with the standard required at certification. Once again relying on U.S. case law, Microsoft urges this Court to weigh conflicting expert testimony at certification and to perform this review in a "robust" and "rigorous" manner (R.F., at paras. 45-48, citing *Hydrogen Peroxide*, at p. 323, and *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011), at p. 2551).

[118] In my view, the expert methodology must be sufficiently credible or plausible to establish some basis in fact for the commonality requirement. This means that the methodology must offer a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis so that, if the overcharge is eventually established at the trial of the common issues, there is a means by which to demonstrate that it is common to the class (i.e. that passing on has occurred). The methodology cannot be purely theoretical or hypothetical, but must be grounded in the facts of the particular case in question. There must be some evidence of the availability of the data to which the methodology is to be applied.

[119] To hold the methodology to the robust or rigorous standard suggested by Microsoft, for instance to require the plaintiff to demonstrate actual harm, would be inappropriate at the certification stage. In Canada, unlike the U.S., precertification discovery does not occur as a matter of right. Although document production may be ordered at the discretion of the applications judge, Microsoft objected and Myers J. acceded to Microsoft's position and refused to order it in this case (2007 BCSC 1663, 76 B.C.L.R. (4th) 171). Microsoft can hardly argue for rigorous and robust

en balance les éléments de preuve des deux parties en cas de conflit. Elle allègue que, au mépris de cette exigence, le juge Myers ne soupèse pas la preuve d'expert de Pro-Sys au regard de la sienne, mais conclut simplement que la preuve d'expert de Pro-Sys n'est [TRADUCTION] « pas inacceptable » et que l'appréciation des éléments de preuve contradictoires « ne peut et ne doit pas intervenir à l'étape de la certification » (m.i., par. 43, citant le par. 144 des motifs du juge Myers). Or, selon Microsoft, cette approche est erronée et incompatible avec la norme applicable à cette étape. Invoquant encore une fois la jurisprudence américaine, elle exhorte notre Cour à apprécier les témoignages d'expert contradictoires à l'étape de la certification, et ce, de manière [TRADUCTION] « stricte » et « rigoureuse » (m.i., par. 45-48, citant *Hydrogen Peroxide*, p. 323, et *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011), p. 2551).

[118] À mon avis, la méthode d'expert doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l'exigence d'une question commune. Elle doit donc offrir une possibilité réaliste d'établir la perte à l'échelle du groupe, de sorte que, si la majoration est établie à l'issue de l'examen des questions communes au procès, un moyen permette de démontrer qu'elle est commune aux membres du groupe (c.-à-d. que le transfert a eu lieu). Or, il ne peut s'agir d'une méthode purement théorique ou hypothétique; elle doit reposer sur les faits de l'affaire. L'existence des données auxquelles la méthode est censée s'appliquer doit être étayée par quelque preuve.

[119] Il ne convient pas, à l'étape de la certification, de soumettre la méthode à la norme stricte ou rigoureuse que préconise Microsoft, notamment d'exiger du demandeur qu'il prouve le préjudice effectivement subi. Au Canada, contrairement à ce qui a cours aux États-Unis, il n'y a pas d'emblée un droit à la communication de documents avant la certification. Même si le juge saisi des demandes a le pouvoir discrétionnaire de l'ordonner, Microsoft s'y est opposée et le juge Myers a refusé de l'ordonner en l'espèce (2007 BCSC 1663, 76 B.C.L.R. (4th) 171). Microsoft peut difficilement plaider en

scrutiny when it objected to pre-certification discovery and was successful before the applications judge.

[120] Here, the Pro-Sys expert evidence consists of methodologies proposed by two economists, Professor James Brander and Dr. Janet Netz. Professor Brander's affidavit identified him as the Asia-Pacific Professor of International Business in the Sauder School of Business at the University of British Columbia and senior consultant in the Delta Economics Group. Dr. Netz's affidavit described her as an economist, a founding partner of ApplEcon LLC, an economics consulting firm based in Ann Arbor, Michigan, a tenured Associate Professor of Economics at Purdue University and a Visiting Associate Professor at the University of Michigan. Dr. Netz acted as expert witness in several similar cases brought against Microsoft in the United States. Dr. Netz's testimony drew heavily from the evidence she had prepared in her role as expert in those U.S. cases.

[121] It is Dr. Netz's evidence that the same methodology that applied in the U.S. would apply equally to the case at bar. She testified that the methodologies can demonstrate the initial overcharges by Microsoft to its direct purchasers as well as the pass-through to the indirect purchasers. Dr. Netz outlines three alternative methods by which harm and damages can be calculated. The first two methods, called the "rate of return method" and the "profit margin method", identify the overcharge at the first level of the distribution chain — that is, the overcharge in the sales made directly by Microsoft to its own customers. The first two models do not on their own establish that the overcharge was passed on but are intended to prove the total amount received by Microsoft as a result of the overcharge. The third methodology, the "price premium method", begins the analysis at the other end of the distribution chain, at the ultimate-purchaser level.

faveur d'un examen strict ou rigoureux, alors qu'elle s'est opposée à la communication de documents avant la certification et que le juge saisi des demandes a retenu son opposition.

[120] En l'espèce, la preuve d'expert de Pro-Sys est constituée de méthodes proposées par deux économistes, les professeurs James Brander et Janet Netz. Dans son affidavit, le professeur Brander déclare enseigner le commerce international pour la zone Asie-Pacifique à la Sauder School of Business de l'Université de la Colombie-Britannique et exercer la fonction de conseiller principal au sein du Delta Economics Group. Selon son affidavit, la professeure Netz est économiste et associée fondatrice d'ApplEcon LLC, un cabinet de services-conseils en économie établi à Ann Arbor, au Michigan, professeure agrégée permanente d'économie à l'Université Purdue, ainsi que professeure agrégée invitée à l'Université du Michigan. Elle a été témoin expert dans plusieurs instances semblables engagées contre Microsoft aux États-Unis. Son témoignage s'appuie en grande partie sur les éléments de preuve qu'elle a présentés à titre d'experte dans ces instances.

[121] La professeure Netz estime que les méthodes employées aux États-Unis peuvent également l'être en l'espèce. Selon elle, ces méthodes permettent d'établir la majoration que Microsoft a imposée initialement à ses acheteurs directs, ainsi que son transfert aux acheteurs indirects. Elle fait état de trois méthodes pour évaluer le préjudice subi et établir le montant des dommages-intérêts. Les deux premières méthodes, à savoir celle fondée sur le taux de rentabilité (« *rate of return method* ») et celle fondée sur la marge bénéficiaire (« *profit margin method* »), permettent de déterminer la majoration intervenue au sommet de la chaîne de distribution — soit la majoration directe par Microsoft lors de la vente à ses propres clients. Ces méthodes ne permettent pas à elles seules d'établir le transfert de la majoration, mais elles visent à déterminer la somme totale touchée par Microsoft par suite de la majoration. En ce qui concerne la troisième méthode, celle fondée sur l'augmentation du prix (« *price premium method* »), l'analyse commence à l'autre extrémité de la chaîne de distribution, là où se situe le consommateur final.

[122] Dr. Netz describes the price premium method as follows:

Under this method, one calculates the *retail* price premium that Microsoft products have relative to competing products for the products at issue and for a set of benchmark products where there have not been allegations of anticompetitive conduct. The overcharge equals the percentage decrease in the *retail* price of the products at issue such that Microsoft would still realize the same *retail* price premium as it does on the benchmark products (i.e., products in markets not affected by Microsoft's unlawful conduct). [Emphasis in original; 2010 BCSC 285, at para. 26.]

[123] Once the retail price overcharge is calculated, the total class member expenditure on the products should then be multiplied by the overcharge percentage in order to arrive at the quantum of damages.

[124] Dr. Netz testified that regression analysis could be employed to ascertain the extent of passing on in order to establish loss at the indirect-purchaser level. Relying on the successful application of the methods in the U.S., Dr. Netz testified that “[t]here is no theoretical reason, in my opinion, why the methods described above cannot be applied to the sales of Microsoft software in Canada” (Netz affidavit, at para. 49 (A.R., vol. II, at p. 177)). Implicit in this evidence is that the data necessary to apply the methodologies in Canada is available.

[125] Myers J. dealt with Microsoft's criticisms of Dr. Netz's testimony at paras. 131-64 of his reasons. Microsoft's criticisms pertained to her alleged failure to take Canadian context into account, the lack of an evidentiary basis for her findings, alleged flaws in the benchmark products she selected, and a lack of workability in her proposed methodology. Myers J. found that despite these criticisms, Dr. Netz had demonstrated a plausible methodology for proving class-wide loss. He therefore did not proceed to address Professor Brander's proposed methods (para. 164).

[122] La professeure Netz décrit comme suit la méthode fondée sur l'augmentation du prix :

[TRADUCTION] Cette méthode sert à calculer l'augmentation du prix au *détail* des produits de Microsoft par rapport à ceux de concurrents pour les produits en cause et pour un ensemble de produits de référence lorsqu'il n'y a pas eu d'allégations de comportement anticoncurrentiel. La majoration correspond au pourcentage de diminution du prix au *détail* des produits en question qui permettrait à Microsoft de toucher la même augmentation du prix au *détail* que pour les produits de référence (à savoir des produits offerts sur des marchés non touchés par le comportement illégal de Microsoft). [En italique dans l'original; 2010 BCSC 285, par. 26.]

[123] Une fois déterminée la majoration du prix au détail, on établit le montant des dommages-intérêts en multipliant par le pourcentage de majoration le total des dépenses faites par les membres du groupe pour les produits en question.

[124] Selon la professeure Netz, l'analyse de régression peut servir à déterminer l'étendue du transfert afin d'établir la perte subie par l'acheteur indirect. Faisant fond sur l'application concluante de ces méthodes aux États-Unis, elle précise que, [TRADUCTION] « [s]ur le plan théorique, rien ne s'oppose à ce que les méthodes s'appliquent à la vente des logiciels de Microsoft au Canada » (affidavit de la professeure Netz, par. 49 (d.a., vol. II, p. 177)). Il appert implicitement de son témoignage que les données nécessaires à l'application des méthodes existent au Canada.

[125] Aux paragraphes 131-164 de ses motifs, le juge Myers se penche sur les critiques formulées par Microsoft à l'égard du témoignage de la professeure Netz. Microsoft reproche au témoin de ne pas tenir compte du contexte canadien, de n'offrir aucune preuve à l'appui de ses conclusions, de ne pas bien choisir les produits de référence et de proposer des méthodes inapplicables. Le juge Myers conclut que la professeure Netz fait néanmoins état d'une méthode acceptable pour établir la perte infligée à l'échelle du groupe. Il n'examine donc pas les méthodes proposées par le professeur Brander (par. 164).

[126] It is indeed possible that at trial the expert evidence presented by Microsoft will prove to be stronger and more credible than the evidence of Dr. Netz and Professor Brander. However, resolving conflicts between the experts is an issue for the trial judge and not one that should be engaged in at certification (see *Infineon*, at para. 68; *Irving*, at para. 143). The trial judge will have the benefit of a full record upon which to assess the appropriateness of any damages award that may be made pursuant to the proposed methodology. For the purposes of certification and having regard to the deference due the applications judge on this issue, I would not interfere with the findings of Myers J. as to the commonality of the loss-related issues.

(ii) Aggregate Assessment of Damages

[127] The issue raised here is whether the question of aggregate assessment of damages is properly certified as a common issue. The aggregate damages provisions in the *CPA* provide for the quantification of the monetary award on a class-wide basis. Sections 29(1) and 29(2) of the *CPA* are relevant:

29 (1) The court may make an order for an aggregate monetary award in respect of all or any part of a defendant's liability to class members and may give judgment accordingly if

- (a) monetary relief is claimed on behalf of some or all class members,
- (b) no questions of fact or law other than those relating to the assessment of monetary relief remain to be determined in order to establish the amount of the defendant's monetary liability, and
- (c) the aggregate or a part of the defendant's liability to some or all class members can

[126] Il se peut effectivement que, au procès, le témoignage d'expert présenté par Microsoft se révèle plus convaincant et plus digne de foi que ceux de la professeure Netz et du professeur Brander. Or, trancher entre des preuves d'expert contradictoires relève du juge du procès et ne doit pas intervenir à l'étape de la certification (voir *Infineon*, par. 68; *Irving*, par. 143). Le juge du procès disposera d'un dossier complet qui lui permettra de se prononcer sur le caractère approprié de tout octroi de dommages-intérêts fondé sur la méthode proposée. Aux fins de la certification, et compte tenu de la déférence à laquelle a droit le juge saisi des demandes sur ce point, je suis d'avis de ne pas modifier les conclusions du juge Myers sur le caractère commun des questions touchant à la perte subie.

(ii) Détermination globale du montant des dommages-intérêts

[127] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir s'il y a lieu de certifier comme questions communes celles se rapportant à l'opportunité de dommages-intérêts globaux. Les dispositions de la *CPA* sur l'octroi de dommages-intérêts globaux prévoient l'établissement de la réparation pécuniaire à l'échelle du groupe. Voici le libellé des par. 29(1) et (2) de la *CPA* :

[TRADUCTION]

29 (1) Le tribunal peut fixer par ordonnance le montant global des dommages-intérêts quant à la totalité ou à une partie de la responsabilité pécuniaire d'un défendeur envers les membres du groupe, et rendre jugement en conséquence, si :

- (a) une réparation pécuniaire est demandée au nom de tous les membres du groupe ou de certains d'entre eux;
- (b) il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire afin de fixer le montant de la responsabilité pécuniaire du défendeur;
- (c) la totalité ou une partie de la responsabilité du défendeur envers tous les membres du

reasonably be determined without proof by individual class members.

- (2) Before making an order under subsection (1), the court must provide the defendant with an opportunity to make submissions to the court in respect of any matter touching on the proposed order including, without limitation,
- (a) submissions that contest the merits or amount of an award under that subsection, and
 - (b) submissions that individual proof of monetary relief is required due to the individual nature of the relief.

[128] In this case, the common issues that were certified are whether damages can be determined on an aggregate basis and if so, in what amount. For the reasons below, I would not disturb the applications judge's decision to certify these common issues. However, while the aggregate damages common issues certified by Myers J. deal only with the assessment of damages and not proof of loss, there is some confusion in his reasons about whether the aggregate damages provisions of the *CPA* may be relied on to establish proof of loss where proof of loss is an essential element of proving liability. That question has been resolved differently by various courts in Ontario and British Columbia, where the aggregate damages provisions are sufficiently similar to allow comparison.

[129] In this case, Myers J. concluded that the aggregate damages provisions can be used to establish what I interpret to be the proof of loss element of proving liability. He stated that "the aggregate damages section of the *Class Proceedings Act* allow the harm to be shown in the aggregate to the class as a whole" (para. 126), and also that "the Court of Appeal must be taken to have accepted that for certification of the damage claims, a method of showing harm to all class members need not be demonstrated and, further, that the

groupe ou certains d'entre eux peut raisonnablement être établie sans que des membres n'aient à en faire la preuve individuellement.

- (2) Avant de rendre l'ordonnance visée au paragraphe (1), le tribunal permet au défendeur de présenter des observations sur toute question qui touche l'ordonnance proposée, y compris sur ce qui suit :
- (a) le bien-fondé de l'ordonnance rendue en application de ce paragraphe ou le montant des dommages-intérêts qui y sont accordés;
 - (b) la nécessité d'une preuve individuelle du droit à la réparation pécuniaire étant donné la nature individuelle de celle-ci.

[128] Dans la présente affaire, les questions communes qui ont été certifiées sont les suivantes : peut-on établir les dommages-intérêts de manière globale et, dans l'affirmative, à combien se montent-ils? Pour les motifs qui suivent, la décision du juge saisi des demandes de certifier ces questions ne doit pas être réformée. Toutefois, même si les questions que certifie le juge Myers relativement aux dommages-intérêts globaux n'ont trait qu'à la détermination de leur montant, et non à la preuve de la perte, ses motifs créent une certaine incertitude quant à savoir si les dispositions de la *CPA* sur l'octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour prouver la perte lorsque la preuve de celle-ci est un élément essentiel de l'établissement de la responsabilité. Cette question a été tranchée différemment par les tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, deux provinces dont les dispositions pertinentes s'apparentent suffisamment entre elles pour qu'on puisse les comparer.

[129] Dans la présente affaire, le juge Myers conclut que ces dispositions peuvent être invoquées pour établir ce qui me paraît être la preuve de la perte qui permet d'établir la responsabilité. Il dit que [TRADUCTION] « les dispositions de la *Class Proceedings Act* sur l'octroi de dommages-intérêts globaux permettent de prouver le préjudice infligé globalement au groupe en entier » (par. 126) et aussi qu'« il faut considérer que, pour la Cour d'appel, la certification d'une demande d'indemnisation n'exige pas la démonstration qu'une méthode

aggregate damages sections can be used to establish liability” (B.C.S.C., at para. 125).

[130] In finding that the aggregate damages provisions of the *CPA* can be used to establish proof of loss to the class as a whole, Myers J. followed a line of jurisprudence of the British Columbia Court of Appeal. This reasoning appears in *Infineon*:

In *Knight*, this Court affirmed the certification of an aggregate monetary award under the *CPA* as a common issue in a claim for disgorgement of the benefits of the defendants’ wrongful conduct without an antecedent liability finding — rather, the aggregate assessment would establish concurrently both that the defendant benefited from its wrongful conduct and the extent of the benefit. [para. 39]

(See also *Steele v. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389, at paras. 50-52.)

[131] With respect, I do not agree with this reasoning. The aggregate damages provisions of the *CPA* relate to remedy and are procedural. They cannot be used to establish liability (*2038724 Ontario Ltd. v. Quizno’s Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, at para. 55). The language of s. 29(1)(b) specifies that no question of fact or law, other than the assessment of damages, should remain to be determined in order for an aggregate monetary award to be made. As I read it, this means that an antecedent finding of liability is required before resorting to the aggregate damages provision of the *CPA*. This includes, where required by the cause of action such as in a claim under s. 36 of the *Competition Act*, a finding of proof of loss. I do not see how a statutory provision designed to award damages on an aggregate basis can be said to be used to establish any aspect of liability.

permet d’établir le préjudice infligé à tous les membres du groupe et, en outre, les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour établir la responsabilité » (C.S.C.-B., par. 125).

[130] Pour arriver à la conclusion que les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour prouver la perte infligée au groupe dans son ensemble, le juge Myers s’appuie sur la jurisprudence de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Son raisonnement figure dans *Infineon* :

[TRADUCTION] Dans *Knight*, la Cour confirme la certification de la réparation pécuniaire globale fondée sur la *CPA* comme question commune dans une instance en restitution des profits tirés du comportement fautif sans détermination préalable de la responsabilité du défendeur — en fait, l’évaluation globale établirait à la fois le fait que le défendeur a tiré profit de son comportement fautif et l’étendue de ce profit. [par. 39]

(Voir également *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389, par. 50-52.)

[131] Soit dit en tout respect, je n’adhère pas à ce raisonnement. Les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux ont trait à la réparation, sont de nature procédurale et ne peuvent permettre d’établir la responsabilité (*2038724 Ontario Ltd. c. Quizno’s Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, par. 55). Le libellé de l’al. 29(1)(b) veut qu’il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire pour qu’une réparation pécuniaire globale puisse être accordée. À mon sens, il faut une conclusion préalable de responsabilité avant d’appliquer les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux, ce qui comprend, lorsque l’exige une cause d’action comme celles prévues à l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, une conclusion sur la preuve de la perte. Je ne vois pas comment une disposition visant à accorder des dommages-intérêts de manière globale pourrait être le fondement d’une conclusion sur quelque volet de la responsabilité.

[132] I agree with Feldman J.A.'s holding in *Chadha* that aggregate damages provisions are “applicable only once liability has been established, and provid[e] a method to assess the quantum of damages on a global basis, but not the fact of damage” (para. 49). I also agree with Masuhara J. of the B.C.S.C. in *Infineon* that “liability requires that a pass-through reached the Class Members”, and that “[t]hat question requires an answer before the aggregation provisions, which are only a tool to assist in the distribution of damages, can be invoked” (2008 BCSC 575 (CanLII), at para. 176). Furthermore, I agree with the Ontario Court of Appeal in *Quizno's*, that “[t]he majority clearly recognized that s. 24 [of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6] is procedural and cannot be used in proving liability” (para. 55).

[133] This reasoning reflects the intention of the Attorney General of British Columbia. When he introduced the *CPA* in the British Columbia legislature, he stated that the goal of the legislation was to allow individuals who have similar claims to come together and pursue those individual claims collectively: “In simple terms, all we are doing here is finding a way to enable the access that individuals have to the court to be an access that individuals combining together can have to the court” (Hon. c. Gabelmann, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078). The *CPA* was not intended to allow a group to prove a claim that no individual could. Rather, an important objective of the *CPA* is to allow individuals who have provable individual claims to band together to make it more feasible to pursue their claims.

[134] The question of whether damages assessed in the aggregate are an appropriate remedy can be certified as a common issue. However, this common issue is only determined at the common issues

[132] Je souscris à la conclusion de la juge Feldman dans *Chadha*, à savoir que les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux [TRADUCTION] « s’appliquent seulement une fois la responsabilité établie et offrent une méthode d’évaluation globale des dommages-intérêts, mais ne permettent pas d’établir le préjudice » (par. 49). Je conviens également avec le juge Masuhara de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qu’[TRADUCTION] « établir la responsabilité exige de prouver que le transfert de la perte a atteint les membres du groupe. Il faut statuer sur ce point avant d’appliquer les dispositions sur l’évaluation globale des dommages-intérêts, lesquelles n’offrent qu’un moyen d’attribuer l’indemnité » (voir *Infineon*, 2008 BCSC 575 (CanLII), par. 176). Aussi, je partage l’avis de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Quizno's* selon lequel [TRADUCTION] « [L]es juges majoritaires reconnaissent clairement que l’art. 24 [de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l’Ontario, L.O. 1992, ch. 6] est de nature procédurale et ne peut servir d’assise à l’établissement de la responsabilité » (par. 55).

[133] Ce raisonnement traduit l’intention du procureur général de la Colombie-Britannique. Lorsque ce dernier a présenté la *CPA* à l’Assemblée législative de la province, il a précisé que la loi visait à permettre aux personnes ayant des réclamations apparentées de réunir leurs demandes individuelles et de poursuivre collectivement : [TRADUCTION] « En somme, le but est seulement de trouver un moyen de reconnaître aussi à un regroupement de personnes le droit d’ester en justice que l’on reconnaît à une personne individuelle » (l’hon. C. Gabelmann, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, n° 20, 4^e sess., 35^e lég., 6 juin 1995, p. 15078). La *CPA* ne visait pas à permettre à un groupe de personnes de prouver ce que nulle personne individuelle ne pouvait prouver. L’un de ses principaux objectifs était plutôt de faire en sorte que les personnes qui ont des réclamations individuelles prouvables puissent se regrouper et voir ainsi leurs démarches judiciaires facilitées.

[134] La question de savoir si l’octroi de dommages-intérêts globaux constitue une réparation appropriée peut être certifiée comme question commune. Cependant, cette question commune ne

trial after a finding of liability has been made. The ultimate decision as to whether the aggregate damages provisions of the *CPA* should be available is one that should be left to the common issues trial judge. Further, the failure to propose or certify aggregate damages, or another remedy, as a common issue does not preclude a trial judge from invoking the provisions if considered appropriate once liability is found.

[135] However, as stated above, the determination that the aggregate damages provisions cannot be used to establish proof of loss does not affect Myers J.'s decision to certify aggregate damages as a common issue. Despite his erroneous finding that aggregate damages provisions may be invoked to establish liability, he stated that invoking these provisions for that purpose was not necessary in this case (see paras. 119-20 and 127). The aggregate damages questions he certified relate solely to whether damages can be determined on an aggregate basis and if so in what amount. Having not actually relied on the proposition that aggregate damages provisions can be used to determine liability, Myers J.'s decision to certify questions related to aggregate damages should not be disturbed.

(c) *Is a Class Action the Preferable Procedure?*

[136] The provision of the *CPA* relevant to the preferable procedure requirement is s. 4(2). It reads:

- (2) In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, the court must consider all relevant matters including the following:
- (a) whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;

sera tranchée qu'au procès, une fois la responsabilité établie. La décision relative à l'applicabilité des dispositions de la *CPA* sur les dommages-intérêts globaux doit appartenir en fin de compte au juge du procès appelé à statuer sur les questions communes. En outre, l'omission de proposer ou de certifier à titre de question commune l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts globaux ou une autre réparation n'empêche pas le juge de se fonder sur les dispositions s'il l'estime indiqué.

[135] Toutefois, rappelons que même si les dispositions sur les dommages-intérêts globaux ne sauraient servir à prouver la perte, la décision du juge Myers de certifier que leur application soulève une question commune demeure valable. Même s'il conclut à tort qu'elles peuvent être invoquées pour établir la responsabilité, il ajoute que point n'est besoin de les invoquer en l'espèce (voir par. 119-120 et 127). Les questions qui s'y rapportent et qu'il certifie consistent seulement à savoir si le montant des dommages-intérêts peut être arrêté globalement et, dans l'affirmative, quel est ce montant. Puisque le juge Myers ne s'appuie pas véritablement sur sa conclusion que les dispositions peuvent être invoquées pour prouver la responsabilité, sa décision de certifier des questions communes touchant à l'octroi de dommages-intérêts globaux n'a pas à être modifiée.

c) *Le recours collectif constitue-t-il la meilleure procédure pour régler les questions communes?*

[136] Le paragraphe 4(2) de la *CPA* prévoit que le recours collectif doit constituer la meilleure procédure pour régler une question commune :

[TRADUCTION]

- (2) Pour déterminer si le recours collectif serait la meilleure procédure pour régler la question commune de manière juste et efficace, le tribunal tient compte des facteurs applicables et se demande notamment ce qui suit :
- (a) la question de fait ou de droit qui est commune aux membres du groupe l'emporte-t-elle sur celle qui touche uniquement les membres individuels;

- | | |
|--|---|
| (b) whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions; | (b) un nombre important de membres du groupe ont-ils véritablement intérêt à poursuivre des instances séparées; |
| (c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings; | (c) le recours collectif comprend-il des demandes qui ont été ou qui font l'objet d'autres instances; |
| (d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient; | (d) les autres modes de règlement sont-ils moins pratiques ou efficaces; |
| (e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means. | (e) la gestion du recours collectif crée-t-elle de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen? |

[137] In *Hollick*, this Court said that preferability must be examined in reference to the three principal aims of the class action regime: “. . . judicial economy, access to justice, and behaviour modification” (para. 27).

[137] Dans l'arrêt *Hollick*, notre Cour confirme que le fait de constituer ou non la meilleure procédure pour régler les questions communes est fonction des trois principaux avantages du recours collectif : « . . . l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements » (par. 27).

[138] Microsoft argues that the lack of commonality between the class members and the abundance of individual issues signifies that a class proceeding will not be a “fair, efficient and manageable method of advancing the claim” as required by *Hollick* (R.F., at para. 84, citing *Hollick*, at para. 28). It argues that the access to justice function of class actions will not be served by certifying the action because it will inevitably break down into numerous individual trials, subjecting the class members to delays. It also argues that the tendency of indirect purchaser action to result in *cy-près* awards — made where it would be impractical to distribute the award to the individual plaintiffs — further frustrates the access to justice aim. As to the objective of behaviour modification, Microsoft contends that it is more properly a concern for the Competition Commissioner and that the procedures that can be initiated by that body are the preferable forum in which to deal with the wrongs alleged in this case.

[138] Selon Microsoft, l'absence de caractéristiques communes aux membres du groupe et le grand nombre de questions individuelles font que le recours collectif n'est pas un moyen [TRADUCTION] « juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance » comme l'exige l'arrêt *Hollick* (m.i., par. 84, citant *Hollick*, par. 28). Elle ajoute que la certification de l'action ne saurait remplir la fonction du recours collectif qui consiste à faciliter l'accès à la justice, car l'action se fragmenterait inévitablement en de nombreux procès individuels, ce qui causerait des retards au détriment des membres du groupe. Microsoft soutient en outre que les actions d'acheteurs indirects donnent généralement lieu à des versements selon le principe de l'aussi-près (en anglais, « *cy près doctrine* ») — lorsqu'il est irréaliste de distribuer la somme accordée aux demandeurs individuels —, ce qui n'est pas non plus de nature à favoriser l'accès à la justice. En ce qui concerne l'objectif de modifier les comportements, Microsoft soutient qu'il relève plutôt du commissaire de la concurrence et que les instances susceptibles d'être engagées par cet organisme offrent le meilleur moyen de statuer sur les actes fautifs allégués en l'espèce.

[139] I am unable to accept these arguments. In *Hollick*, McLachlin C.J. was of the view that the plaintiff had not satisfied the certification requirements on the grounds that a class proceeding was not the preferable procedure. In that case, she found that the question of whether or not the defendant had unlawfully emitted methane gas and other pollutants was common to all class members. However, as to whether loss could be established on a class-wide basis, she found too many differences among the class members to consider loss a common issue. In other words, while she found that there was a common issue related to the existence of the cause of action, she did not consider the loss-related issues to be common to all the class members. She dismissed the class action on the basis that “[o]nce the common issue is seen in the context of the entire claim, it becomes difficult to say that the resolution of the common issue will significantly advance the action” (para. 32).

[140] In the present case, there are common issues related to the existence of the causes of action, but there are also common issues related to loss to the class members. Unlike *Hollick*, here the loss-related issues can be said to be common because there is an expert methodology that has been found to have a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis. If the common issues were to be resolved, they would be determinative of Microsoft’s liability and of whether passing on of the overcharge to the indirect purchasers has occurred. Because such determinations will be essential in order for the class members to recover, it can be said, in this case, that a resolution of the common issues would significantly advance the action. While it is possible that individual issues may arise at the trial of the common issues, it is implicit in the reasons of Myers J. that, at the certification stage, he found the common issues to predominate over issues affecting only individual class members. I would agree. In the circumstances, I would not interfere with his finding that the class action is the preferable procedure.

[139] Je ne puis faire droit à ces prétentions. Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin estime que le demandeur ne satisfait pas aux conditions de certification en ce que le recours collectif ne constitue pas la meilleure procédure. Selon elle, la question de savoir si la défenderesse a émis illégalement du méthane et d’autres polluants est commune à tous les membres du groupe. Sur la question de savoir si la perte peut être établie à l’échelle du groupe, elle conclut cependant que, en raison de différences trop nombreuses entre les membres du groupe, il n’y a pas lieu de voir dans la perte une question commune. En d’autres termes, bien qu’elle conclue que l’existence d’une cause d’action soulève une question commune, la Juge en chef estime que les questions liées à la perte ne sont pas communes à tous les membres du groupe. Elle refuse de certifier le recours collectif au motif que, « [u]ne fois la question commune considérée dans le contexte global de la demande, il devient difficile d’affirmer que le règlement de la question commune fera progresser substantiellement l’instance » (par. 32).

[140] Dans la présente affaire, non seulement l’existence de causes d’action, mais aussi la perte subie par les membres du groupe, constituent des questions communes. Contrairement à l’affaire *Hollick*, on peut dire en l’espèce que la perte constitue une question commune car il a été déterminé qu’une méthode proposée par un expert permettrait assez certainement d’établir la perte à l’échelle du groupe. Le règlement des questions communes devrait permettre de statuer sur la responsabilité de Microsoft et sur le transfert de la majoration aux acheteurs indirects. Puisqu’il est essentiel de statuer sur ces points afin que les membres du groupe puissent recouvrer le montant de la perte, on peut soutenir en l’espèce que le règlement des questions communes fera progresser substantiellement l’instance. Bien qu’il soit possible que des questions individuelles soient soulevées à l’audition des questions communes, le juge Myers indique implicitement dans ses motifs que, à l’étape de la certification, les questions communes l’emportent sur les questions qui ne touchent que des membres individuels. Je suis d’accord. Dans les circonstances, je suis d’avis de ne pas modifier sa conclusion portant que le recours collectif constituerait la meilleure procédure pour régler les questions communes.

[141] It is also premature to assume that the award in this case will result in *cy-près* distribution or that the objective of access to justice will be frustrated on this account. Further, while under the *Competition Act* the Competition Commissioner is the primary organ responsible for deterrence and behaviour modification, the Competition Bureau in this case has said that it will not be pursuing any action against Microsoft. Accordingly, if the class action does not proceed, the objectives of deterrence and behaviour modification will not be addressed at all. On this issue, the class action is not only the preferable procedure but the only procedure available to serve these objectives.

(4) Conclusion on the Certification of the Action

[142] I would restore the orders of the applications judges allowing for certification of this action as a class proceeding with the exception that the pleadings based on constructive trust be struck.

V. Conclusion

[143] For the above reasons, I would allow the appeal with costs throughout.

APPENDIX: Common Issues Certified
by Myers J.

Breach of *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34

- (a) Did the Defendants, or either of them, engage in conduct which is contrary to s. 45 and or s. 52 of the *Competition Act*?
- (b) Are the Class Members entitled to losses or damages pursuant to section 36 of the *Competition Act*, and, if so, in what amount?

[141] De plus, il est trop tôt pour présumer que la réparation accordée en l'espèce donnera lieu à des versements selon le principe de l'aussi-près ou que, le cas échéant, l'objectif de favoriser l'accès à la justice sera compromis. En outre, bien que, sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, la dissuasion et la modification des comportements relèvent en premier lieu du commissaire de la concurrence, le Bureau de la concurrence a indiqué qu'il ne poursuivrait pas Microsoft dans le présent dossier. Par conséquent, si le recours collectif n'est par certifié, les objectifs de dissuasion et de modification des comportements ne feront l'objet d'aucune mesure. Non seulement le recours collectif constitue la meilleure procédure pour atteindre ces objectifs, mais il est le seul.

(4) Conclusion sur la certification du recours collectif

[142] Je suis d'avis de rétablir les ordonnances des juges saisis des demandes qui font droit à la demande de certification de l'action à titre de recours collectif, sous réserve de la radiation des allégations fondées sur la fiduciaire par interprétation.

V. Conclusion

[143] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant tous les cours.

ANNEXE : Questions communes certifiées
par le juge Myers

[TRADUCTION]

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

- a) Les défenderesses ou l'une d'elles se sont-elles livrées à un comportement allant à l'encontre des art. 45 ou 52 de la *Loi sur la concurrence*?
- b) Les membres du groupe ont-ils droit, suivant l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, au recouvrement des pertes ou des dommages subis et, dans l'affirmative, à raison de quel montant?

<p>(c) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?</p>	<p>c) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi de manière globale et, dans l’affirmative, quel est-il?</p>
<p>Conspiracy</p> <p>(d) Did the Defendants, or either [of] them, conspire to harm the Class Members?</p> <p>(e) Did the Defendants, or either of them, act in furtherance of the conspiracy?</p> <p>(f) Was the predominant purpose of the conspiracy to harm the Class Members?</p> <p>(g) Did the conspiracy involve unlawful acts?</p> <p>(h) Did the Defendants, or either of them, know that the conspiracy would likely cause injury to the Class Members?</p> <p>(i) Did the Class Members suffer economic loss?</p> <p>(j) What damages, if any, are payable by the Defendants, or either of them, to the Class Members?</p> <p>(k) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?</p>	<p>Complot</p> <p>d) Les défenderesses ou l’une d’elles ont-elles participé à un complot visant à causer un préjudice aux membres du groupe?</p> <p>e) Les défenderesses ou l’une d’elles ont-elles agi en vue de la réalisation du complot?</p> <p>f) Le complot visait-il principalement à causer un préjudice aux membres du groupe?</p> <p>g) Les auteurs du complot ont-ils eu recours à des actes illégaux?</p> <p>h) Les défenderesses ou l’une d’elles savaient-elles que le complot causerait vraisemblablement un préjudice aux membres du groupe?</p> <p>i) Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière?</p> <p>j) Quel est le montant des dommages-intérêts, s’il en est, payables par les défenderesses ou l’une d’elles aux membres du groupe?</p> <p>k) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi globalement et, dans l’affirmative, quel est-il?</p>
<p>Tortious Interference with Economic Interests</p> <p>(l) Did the Defendants, or either of them, intend to injure the Class Members?</p> <p>(m) Did the Defendants, or either of them, interfere with the economic interests of the Class Members by unlawful or illegal means?</p> <p>(n) Did the Class Members suffer economic loss as a result of the Defendants’ interference?</p> <p>(o) What damages, if any, are payable by the Defendants, or either of them, to the Class Members?</p> <p>(p) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?</p>	<p>Atteinte délictuelle aux intérêts financiers</p> <p>l) Les défenderesses ou l’une d’elles ont-elles eu l’intention de nuire aux membres du groupe?</p> <p>m) Les défenderesses ou l’une d’elles ont-elles porté atteinte aux intérêts financiers des membres du groupe par des moyens illégaux?</p> <p>n) Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière par suite de cette atteinte?</p> <p>o) Quel est le montant des dommages-intérêts, s’il en est, payables par les défenderesses ou l’une d’elles aux membres du groupe?</p> <p>p) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi globalement et, dans l’affirmative, quel est-il?</p>
<p>Unjust Enrichment, Waiver of Tort and Constructive Trust</p> <p>(q) Have the Defendants, or either of them, been unjustly enriched by the receipt of an Overcharge? “Overcharge” means the difference</p>	<p>Enrichissement sans cause, renonciation au recours délictuel et fiducie par interprétation</p> <p>q) Les défenderesses ou l’une d’elles se sont-elles enrichies sans cause par suite d’une majoration? « Majoration » s’entend de la différence entre</p>

between the prices the Defendants actually charged for Microsoft Operating Systems and Microsoft Applications Software in the PC market in Canada and the prices that the Defendants would have been able to charge in the absence of their wrongdoing.

- (r) Have the Class Members suffered a corresponding deprivation in the amount of the Overcharge?
- (s) Is there a juridical reason why the Defendants, or either of them, should be entitled to retain the Overcharge?
- (t) What restitution, if any, is payable by the Defendants, or either of them, to the Class Members based on unjust enrichment?
- (u) Should the Defendants, or either of them, be constituted as constructive trustees in favour of the Class Members for the Overcharge?
- (v) What is the quantum of the Overcharge, if any, that the Defendants, or either of them, hold in trust for the Class Members?
- (w) What restitution, if any, is payable by the Defendants to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (x) Are the Defendants, or either of them, liable to account to the Class Members for the wrongful profits, if any, that they obtained on the sale of Microsoft Operating Systems or Microsoft Applications Software to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (y) Can the amount of restitution be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

Punitive Damages

- (z) Are the Defendants, or either of them, liable to pay punitive or exemplary damages having regard to the nature of their conduct and if so, in what amount and to whom?

Interest

- (aa) What is the liability, if any, of the Defendants, or either of them, for court order interest?

les prix que les défenderesses ont effectivement exigés pour les systèmes d'exploitation et les logiciels d'application Microsoft sur le marché canadien des ordinateurs personnels et les prix qu'elles auraient pu exiger n'eût été leur comportement fautif.

- r) Les membres du groupe se sont-ils appauvris d'un montant égal à celui de la majoration?
- s) Une cause juridique justifie-t-elle les défenderesses ou l'une d'elles de conserver le fruit de la majoration?
- t) Quelle somme les défenderesses ou l'une d'elles doivent-elles restituer aux membres du groupe, le cas échéant, sur le fondement de l'enrichissement sans cause?
- u) Les défenderesses ou l'une d'elles doivent-elles être constituées fiduciaires par interprétation au bénéfice des membres du groupe quant au montant de la majoration?
- v) À combien se monte la majoration, s'il en est, que les défenderesses ou l'une d'elles détiennent en fiducie pour les membres du groupe?
- w) Quelle somme, s'il en est, les défenderesses doivent-elles restituer aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- x) Les défenderesses ou l'une d'elles sont-elles tenues de comptabiliser à l'intention des membres du groupe les profits illégitimes réalisés, le cas échéant, lorsqu'elles leur ont vendu des systèmes d'exploitation et des logiciels d'application Microsoft, sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- y) Le montant de la restitution peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?

Dommages-intérêts punitifs

- z) Les défenderesses ou l'une d'elles sont-elles tenues de verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires eu égard à la nature de leur comportement et, dans l'affirmative, quel est ce montant et qui sont les bénéficiaires?

Intérêt

- aa) Quelle obligation, s'il en est, les défenderesses ou l'une d'elles ont-elles de verser l'intérêt dont le paiement est ordonné par la cour?

Distribution of Damages and/or Trust Funds

- (bb) What is the appropriate distribution of damages and/or trust funds and interest to the Class Members and who should pay for the cost of that distribution? [A.R., vol. I, at pp. 167-69]

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellants: Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the respondents: McCarthy Tétrault, Toronto; Blake, Cassels & Graydon, Vancouver and Toronto.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Canada, Ottawa.

Distribution des dommages-intérêts ou des fonds détenus en fiducie

- bb) Quel est le bon mode de distribution aux membres du groupe des dommages-intérêts ou des fonds détenus en fiducie et de l'intérêt, et qui doit assumer le coût de cette distribution? [d.a., vol. I, p. 167-169]

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs des appelants : Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs des intimées : McCarthy Tétrault, Toronto; Blake, Cassels & Graydon, Vancouver et Toronto.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Canada, Ottawa.