

**Pioneer Corporation,  
Pioneer North America, Inc.,  
Pioneer Electronics (USA) Inc.,  
Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd.  
and Pioneer Electronics of Canada Inc.**  
*Appellants*

v.

Neil Godfrey *Respondent*

- and -

**Toshiba Corporation, Toshiba Samsung  
Storage Technology Corp., Toshiba Samsung  
Storage Technology Corp. Korea,  
Toshiba of Canada Ltd., Toshiba America  
Information Systems, Inc.,  
Samsung Electronics Co., Ltd.,  
Samsung Electronics Canada Inc.,  
Samsung Electronics America, Inc.,  
Koninklijke Philips Electronics N.V.,  
Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips &  
Lite-On Digital Solutions Corporation,  
Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc.,  
Philips Electronics Ltd., Panasonic Corporation,  
Panasonic Corporation of North America,  
Panasonic Canada Inc., BENQ Corporation,  
BENQ America Corporation and  
BENQ Canada Corp.** *Appellants*

v.

Neil Godfrey *Respondent*

and

**Option consommateurs,  
Consumers Council of Canada,  
Canadian Chamber of Commerce and  
Consumers' Association of Canada**  
*Interveniers*

**INDEXED AS: PIONEER CORP. v. GODFREY  
2019 SCC 42**

**Pioneer Corporation,  
Pioneer North America, Inc.,  
Pioneer Electronics (USA) Inc.,  
Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd.  
et Pioneer Électronique du Canada, inc.**  
*Appelantes*

c.

Neil Godfrey *Intimé*

- et -

**Toshiba Corporation, Toshiba Samsung  
Storage Technology Corp., Toshiba Samsung  
Storage Technology Corp. Korea,  
Toshiba du Canada Limitée, Toshiba America  
Information Systems, Inc.,  
Samsung Electronics Co., Ltd.,  
Samsung Electronics Canada Inc.,  
Samsung Electronics America, Inc.,  
Koninklijke Philips Electronics N.V.,  
Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips  
& Lite-On Digital Solutions Corporation,  
Philips & Lite-On Digital Solutions USA,  
Inc., Philips Electronics Ltd., Panasonic  
Corporation, Panasonic Corporation of North  
America, Panasonic Canada Inc., BENQ  
Corporation, BENQ America Corporation et  
BENQ Canada Corp.** *Appelantes*

c.

Neil Godfrey *Intimé*

et

**Option consommateurs,  
Consumers Council of Canada,  
Chambre de commerce du Canada et  
Association des consommateurs du Canada**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : PIONEER CORP. c. GODFREY  
2019 CSC 42**

File Nos.: 37809, 37810.

2018: December 11; 2019: September 20.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Civil procedure — Class actions — Certification — Plaintiff alleging that defendants conspired to fix prices of optical disc drives and related products — Plaintiff’s action certified as class proceeding — Class membership including direct purchasers, indirect purchasers and umbrella purchasers — Whether umbrella purchasers have cause of action under Competition Act — Whether Competition Act bars plaintiff from bringing common law or equitable claims — Whether plaintiff’s proposed questions relating to loss suffered by class members meet standard for certification as common issues — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36(1) — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).*

*Limitation of actions — Competition Act setting out limitation period of two years from day on which conduct was engaged in — Action brought against some defendants more than two years after alleged conduct occurred — Whether action against those defendants barred by statutory limitation period — Whether discoverability rule or doctrine of fraudulent concealment applies to extend statutory limitation period — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, s. 36(4).*

The proposed representative plaintiff applied for certification of a class proceeding under the British Columbia *Class Proceedings Act*. The plaintiff alleges that the defendants, who manufacture Optical Disc Drives (“ODDs”) and ODD products, conspired to fix prices of ODDs and ODD products between 2004 and 2010 (“class period”). He advances various causes of action based on that alleged conduct. They include a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, which allows for the recovery of damages or loss that resulted from conduct contrary to Part VI of the *Competition Act*, as well as common law and equitable claims. The plaintiff seeks to bring the proposed class proceeding on behalf of all British Columbia residents who purchased an ODD or an ODD product during

N<sup>os</sup> du greffe : 37809, 37810.

2018 : 11 décembre; 2019 : 20 septembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

*Procédure civile — Recours collectifs — Autorisation — Allégation du demandeur que les défenderesses ont comploté pour fixer les prix de lecteurs de disques optiques et de produits connexes — Action du demandeur autorisée en tant que recours collectif — Groupe composé d’acheteurs directs, d’acheteurs indirects et d’acheteurs sous parapluie — Les acheteurs sous parapluie ont-ils une cause d’action au titre de la Loi sur la concurrence? — La Loi sur la concurrence empêche-t-elle le demandeur d’intenter des recours de common law ou d’equity? — Les questions proposées par le demandeur qui ont trait à la perte subie par les membres du groupe satisfont-elles à la norme d’autorisation de questions en tant que questions communes? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 36(1) — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 4(1).*

*Prescription — Loi sur la concurrence établissant un délai de prescription de deux ans à compter de la date du comportement en question — Action intentée contre certaines défenderesses plus de deux ans après le comportement reproché — Le délai de prescription prévu par la loi fait-il obstacle à l’action intentée contre ces défenderesses? — La règle de la possibilité de découvrir ou la doctrine de la dissimulation frauduleuse s’applique-t-elle de manière à prolonger le délai de prescription établi par la loi? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 36(4).*

Le représentant proposé des demandeurs a demandé l’autorisation d’un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique. Le demandeur allègue que les défenderesses, qui fabriquent des lecteurs de disques optiques (« LDO ») et des produits munis de LDO, ont comploté pour fixer les prix des LDO et des produits munis de LDO entre 2004 et 2010 (« période visée par le recours collectif »). Il avance diverses causes d’action fondées sur ce comportement reproché, notamment une cause d’action au titre de l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, qui permet l’indemnisation d’une perte ou des dommages qui découlent d’un comportement allant à l’encontre de la partie VI de cette loi, ainsi que l’exercice de recours de common law et d’equity. Le

the class period. The proposed class consists of direct purchasers, indirect purchasers, and umbrella purchasers, that is, purchasers whose ODD or ODD product was manufactured and supplied by a non-defendant. Although the action against most of the defendants was filed within two years of the end of the class period, the action against a subset of the defendants (“Pioneer defendants”) was filed more than two years after the end of the class period.

The certification judge certified the action as a class proceeding, subject to certain exceptions and conditions. He was not satisfied that it was plain and obvious that the action against the Pioneer defendants was barred by the two-year limitation period set out in s. 36(4) of the *Competition Act*. He also held that the umbrella purchasers had a cause of action against the defendants under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, that a breach of the *Competition Act* could represent the unlawfulness element of the various causes of action advanced by the plaintiff, thereby affirming the availability of those common law and equitable actions, and that the plaintiff’s proposed questions in relation to loss suffered by the class were certifiable as common questions. The Court of Appeal dismissed the appeals brought by the defendants.

*Held* (Côté J. dissenting in part): The appeals should be dismissed.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: It is not plain and obvious that the plaintiff’s claim against the Pioneer defendants will fail on the basis that it was commenced after the two-year limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act* because the discoverability rule applies to extend the limitation period. As for the inclusion of umbrella purchasers, the pleadings against all the defendants disclose a cause of action for them under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, thereby satisfying the conditions under s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act* for certification. Also, as s. 36(1) of the *Competition Act* does not bar common law or equitable claims, it is not plain and obvious that the plaintiff’s other claims cannot succeed. Furthermore, the certification judge identified the correct standard to certify commonality of loss as a common issue

demandeur cherche à intenter le recours collectif projeté au nom de tous les résidents de la Colombie-Britannique qui ont acheté un LDO ou un produit muni de LDO durant la période visée par le recours collectif. Le groupe projeté est composé des acheteurs directs, des acheteurs indirects et des acheteurs sous parapluie, c’est-à-dire les acheteurs dont les LDO ou produits munis de LDO ont été fabriqués et fournis par une personne qui n’est pas une défenderesse. Bien que l’action contre la plupart des défenderesses ait été déposée moins de deux ans après la fin de la période visée par le recours collectif, l’action contre un sous-groupe des défenderesses (« défenderesses Pioneer ») a été déposée plus de deux ans après la fin de cette période.

Le juge saisi de la demande d’autorisation a autorisé l’action comme recours collectif, sous réserve de certaines exceptions et conditions. Il n’était pas convaincu que l’action intentée contre les défenderesses Pioneer était évidemment et manifestement prescrite en raison de l’écoulement du délai de prescription de deux ans prévu au par. 36(4) de la *Loi sur la concurrence*. Il a également conclu que les acheteurs sous parapluie avaient une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence* contre les défenderesses, qu’une infraction à la *Loi sur la concurrence* pouvait constituer l’élément d’illégalité des diverses causes d’action avancées par le demandeur, confirmant ainsi qu’il est possible de se prévaloir de ces recours de common law et d’equity, et que les questions proposées par le demandeur relativement à la perte subie par le groupe pouvaient être autorisées en tant que questions communes. La Cour d’appel a rejeté les appels formés par les défenderesses.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente en partie) : Les pourvois sont rejetés.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : Il n’est pas évident et manifeste que la demande du demandeur contre les défenderesses Pioneer doit être rejetée au motif qu’elle a été introduite après le délai de prescription de deux ans prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence* parce que la règle de la possibilité de découvrir s’applique de façon à prolonger le délai de prescription. Quant à l’inclusion des acheteurs sous parapluie, les actes de procédure contre toutes les défenderesses révèlent une cause d’action dont ils sont les titulaires en vertu de l’al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence*, répondant ainsi aux conditions d’autorisation prévues à l’al. 4(1)a de la *Class Proceedings Act*. En outre, puisque le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* ne fait pas obstacle aux recours de common law ou d’equity, il n’est pas évident et

and there is no basis to interfere with his certification of these loss-related questions.

Where a limitation period is subject to the rule of discoverability, a cause of action will not accrue for the purposes of the running of the limitation period until the material facts on which the cause of action is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence. The discoverability rule is not a universally applicable rule of limitations, but a rule of construction to aid in the interpretation of statutory limitation periods. It can therefore be displaced by clear legislative language. In determining whether discoverability applies, substance, not form, is to prevail: even where the statute does not explicitly state that the limitation period runs from “the accrual of the cause of action”, discoverability applies if it is evident that the operation of a limitation period is conditioned upon accrual of a cause of action or knowledge of an injury. Discoverability will apply where the event triggering the limitation period is an element of the cause of action because, in such cases, the legislature has shown its intention that the limitation period be linked to the cause of action’s accrual.

The discoverability rule applies to extend the two-year limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*, such that it begins to run only when the material facts on which the cause of action granted by s. 36(1)(a) of the *Competition Act* is based are discovered or ought to have been discovered by the exercise of reasonable diligence. The event triggering this particular limitation period is the occurrence of an element of the underlying cause of action — specifically, conduct contrary to Part VI of the *Competition Act*. Consideration of the rationales for limitation periods affirms the application of the discoverability rule to this provision.

Furthermore, it is not plain and obvious that the doctrine of fraudulent concealment could not delay the running of the limitation period. Fraudulent concealment is a form of equitable fraud that arises so as to delay the running of a limitation period when it would be, for any

manifeste que les autres recours exercés par le demandeur ne peuvent être accueillis. Qui plus est, le juge saisi de la demande d’autorisation a arrêté la norme applicable à l’autorisation, en tant que question commune, de la question de la communauté de la perte et il n’y a aucune raison de modifier sa décision d’autoriser ces questions relatives à la perte.

Quand un délai de prescription est assujéti à la règle de la possibilité de découvrir, une cause d’action ne prendra naissance, pour les besoins de l’écoulement du délai de prescription, qu’au moment où les faits importants sur lesquels repose cette cause d’action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l’être s’il avait fait preuve de diligence raisonnable. La règle de la possibilité de découvrir n’est pas une règle de prescription d’application universelle; c’est plutôt une règle d’interprétation visant à faciliter l’interprétation des délais de prescription fixés par la loi. Elle peut donc être écartée par un texte législatif clair. Pour décider si la règle de la possibilité de découvrir s’applique, le fond, non la forme, doit prévaloir : même si la loi ne précise pas que le délai de prescription commence à courir à compter de « la naissance de la cause d’action », la règle de la possibilité de découvrir s’applique s’il est évident que le point de départ du délai de prescription dépend de la naissance de la cause d’action ou de la connaissance d’un préjudice. La règle de la possibilité de découvrir s’applique lorsque l’événement marquant le point de départ du délai de prescription est un élément de la cause d’action car, en pareil cas, la législature a manifesté son intention que le délai de prescription soit lié à la naissance de la cause d’action.

La règle de la possibilité de découvrir s’applique de façon à prolonger le délai de prescription de deux ans établi au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence* de sorte que ce délai ne commence à courir qu’au moment où les faits importants sur lesquels repose la cause d’action reconnue par l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* sont découverts ou auraient dû l’être par diligence raisonnable. Le fait déclencheur de ce délai de prescription est la survenance d’un élément de la cause d’action sous-jacente — plus précisément, le comportement qui va à l’encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. L’examen des justifications qui sous-tendent les délais de prescription confirme que la règle de la possibilité de découvrir s’applique à cette disposition.

De plus, il n’est pas évident et manifeste que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne pouvait retarder le point de départ du délai de prescription. La dissimulation frauduleuse est une forme de fraude d’equity dont la présence permet de retarder le point de départ d’un délai

reason, unconscionable for the defendant to rely on the advantage gained by having concealed the existence of a cause of action. The inquiry is not into the relationship within which the conduct occurred, but into the unconscionability of the conduct itself. Its application is therefore not conditioned upon a special relationship between the parties.

Umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*. Under the theory of umbrella pricing, the entire market for the subject product is affected because anti-competitive cartel activity causes non-cartel manufacturers to also raise their prices. The text of s. 36(1)(a), which provides a cause of action to “[a]ny person who has suffered loss or damage as a result of” conduct contrary to s. 45 of the *Competition Act*, supports the view that umbrella purchasers have a cause of action thereunder. Parliament’s use of the words “[a]ny person” empowers any claimant who can demonstrate that loss or damage was incurred as a result of a defendant’s conduct to bring a claim. Also, interpreting s. 36(1)(a) so as to permit umbrella purchaser actions furthers the purpose of the *Competition Act* set out in s. 1.1, which is to “maintain and encourage competition in Canada” with a view to providing consumers with “competitive prices and product choices”. This interpretation also furthers two other objectives of the *Competition Act*: it furthers the objective of deterrence because it increases the potential liability falling upon those who engage in anti-competitive behaviour, and it furthers the objective of compensation because it affords umbrella purchasers recourse to recover from loss arising from what is assumed to have been anti-competitive conduct. Moreover, departmental and parliamentary statements fortify the view that Parliament intended that the cause of action in s. 36(1)(a) be broadly available to anyone who suffers a loss from anti-competitive behaviour.

Recognizing that umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) does not risk exposing defendants to indeterminate liability. Firstly, liability of defendants is limited by the class period, and by the specific products whose prices are alleged to have been fixed. Also, in order for cartel members to profit from a conspiracy, the entire market price has to increase — the umbrella effect is therefore an intended consequence of the anti-competitive behaviour. Intended results are not indeterminate, but rather

de prescription lorsqu’il serait abusif pour le défendeur de profiter de l’avantage obtenu en dissimulant l’existence d’une cause d’action. L’examen ne porte pas sur la relation dans le cadre de laquelle le comportement a eu lieu, mais sur le caractère abusif du comportement lui-même. Son application ne tient donc pas à l’existence d’une relation spéciale entre les parties.

Les acheteurs sous parapluie ont une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*. Selon la théorie de l’effet parapluie sur les prix, c’est l’ensemble du marché du produit en cause qui est touché parce que les activités anticoncurrentielles du cartel provoquent également une hausse des prix chez les fabricants ne faisant pas partie du cartel. Le texte de l’al. 36(1)a), qui accorde un droit d’action à « [t]oute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite » d’un comportement allant à l’encontre de l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence*, étaye le point de vue selon lequel, sous son régime, les acheteurs sous parapluie ont une cause d’action. L’emploi, par le législateur, de l’expression « [t]oute personne » habilite à intenter un recours tout demandeur capable de démontrer que la perte ou les dommages ont été subis par suite du comportement d’une défenderesse. De plus, interpréter l’al. 36(1)a) de façon à autoriser les actions des acheteurs sous parapluie favorise l’atteinte de l’objet de la *Loi sur la concurrence* décrit à l’art. 1.1, qui est de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada » dans le but d’assurer aux consommateurs « des prix compétitifs et un choix dans les produits ». Cette interprétation favorise également l’atteinte de deux autres objectifs de la *Loi sur la concurrence* : elle favorise l’atteinte de l’objectif de dissuasion, en ce que le risque de responsabilité auquel s’exposent ceux qui se livrent à des comportements anticoncurrentiels augmente et elle favorise l’atteinte de l’objectif d’indemnisation, parce que les acheteurs sous parapluie ont ainsi la possibilité de recouvrer les pertes découlant de ce qui est présumé être un comportement anticoncurrentiel. Qui plus est, certaines déclarations ministérielles et parlementaires renforcent l’opinion que le législateur entendait que la cause d’action prévue à l’al. 36(1)a) soit largement accessible pour quiconque subit une perte par suite d’un comportement anticoncurrentiel.

La reconnaissance d’une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a) aux acheteurs sous parapluie ne risque pas d’exposer les défenderesses à une responsabilité indéterminée. Premièrement, la responsabilité des défenderesses est limitée par la période visée par le recours collectif et par les produits dont les prix auraient été fixés. De plus, pour que les membres du cartel puissent tirer profit du complot, les prix du marché global doivent augmenter. L’effet parapluie est ainsi une conséquence voulue du

pre-determined. Secondly, as s. 36(1)(a) limits recovery to only those purchasers who can show that they suffered a loss or damage “as a result of” a defendant’s conspiratorial conduct, recovery is limited to claimants with a loss that is not too remote from the conduct and umbrella purchasers will have to demonstrate that they suffered such loss or damage. Thirdly, the elements of the wrongful conduct outlined in the text of s. 45(1) in force at the relevant time limit the reach of liability to those who, at a minimum, specifically intend to agree upon anti-competitive conduct.

Section 36(1) of the *Competition Act* does not bar common law or equitable claims, such as claims in civil conspiracy. Prior to the enactment of the cause of action contained in what is now s. 36(1) of the *Competition Act*, a breach of s. 45(1) of the *Competition Act* was, as it still is, able to satisfy the “unlawful means” element of the tort of civil conspiracy. The enactment of the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* did not oust common law and equitable actions by its express terms or by necessary implication. Section 36(1) is not duplicative of the tort of civil conspiracy, it does not provide a new and superior remedy, nor does it represent a comprehensive and exclusive code regarding claims for anti-competitive conspiratorial conduct. In addition, s. 62 of the *Competition Act* contemplates the subsistence of common law and equitable rights of action. It is therefore not plain and obvious that the plaintiff is precluded from bringing common law and equitable causes of action alongside his s. 36(1)(a) claim.

In order for loss-related questions to be certified as common issues, a plaintiff’s expert’s methodology need only be sufficiently credible or plausible to establish that loss reached the requisite purchaser level. It is not necessary that it establish that each and every class member suffered a loss nor must it be able to identify those class members who suffered no loss so as to distinguish them from those who did. In *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, the Court directed that, for a court to certify loss-related questions as common issues in a price-fixing class proceeding, it must be satisfied that the plaintiff has shown a plausible methodology to establish that loss reached one or more claimants at the purchaser level. For indirect purchasers, this would involve demonstrating that the direct purchasers

comportement anticoncurrentiel. Des résultats voulus ne sont pas indéterminés, mais bien déterminés à l’avance. Deuxièmement, comme l’al. 36(1)a limite le recours en indemnisation aux seuls acheteurs qui peuvent démontrer qu’ils ont subi une perte ou des dommages « par suite » du complot d’une défenderesse, seuls les demandeurs ayant subi une perte qui n’est pas trop éloignée du comportement peuvent donc être indemnisés et les acheteurs sous parapluie devront démontrer qu’ils ont subi une telle perte ou de tels dommages. Troisièmement, les éléments du comportement répréhensible décrits dans le libellé du par. 45(1) qui était en vigueur durant la période en question limitent l’étendue de la responsabilité à ceux qui, au minimum, ont eu l’intention expresse de convenir d’un comportement anticoncurrentiel.

Le paragraphe 36(1) de la *Loi sur la concurrence* ne fait pas obstacle aux recours de common law ou d’equity, tels qu’une action pour complot civil. Avant l’adoption de la disposition conférant une cause d’action qui se trouve dans ce qui est devenu le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, une infraction au par. 45(1) de cette loi pouvait, et peut encore, satisfaire à l’élément « moyens illégaux » du délit de complot civil. L’adoption de la disposition du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* conférant une cause d’action n’a pas écarté les recours de common law et d’equity de façon expresse ou par déduction nécessaire. Le paragraphe 36(1) ne fait pas double emploi avec le délit de complot civil, il ne prévoit pas de nouvelle façon supérieure de remédier à un manquement et il n’est pas non plus un code complet et exclusif régissant les actions pour comportement ou complot anticoncurrentiel. De plus, l’art. 62 de la *Loi sur la concurrence* prévoit le maintien des droits d’action en common law et en equity. Il n’est donc pas évident et manifeste que le demandeur ne peut exercer des recours de common law et d’equity en même temps qu’une action fondée sur l’al. 36(1)a).

Pour que les questions relatives à la perte soient autorisées en tant que questions communes, la méthode de l’expert du demandeur n’a qu’à être suffisamment fiable ou acceptable pour établir que l’acheteur du niveau requis a subi une perte. Il n’est pas nécessaire que cette méthode établisse que chaque membre du groupe a subi une perte. Il n’est pas non plus nécessaire qu’elle permette d’identifier les membres du groupe qui n’ont subi aucune perte de manière à les distinguer de ceux qui en ont subi une. Dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, la Cour a prescrit que, pour autoriser les questions liées à la perte en tant que questions communes dans un recours collectif pour fixation du prix, le tribunal doit être convaincu que le demandeur a présenté une méthode valable pour établir que

passed on the overcharge. Additionally, showing that loss reached the indirect purchaser level satisfies the criteria for certifying a common issue, since it will significantly advance the litigation, is a prerequisite to imposing liability upon the defendants and will result in common success. Showing loss reached the requisite purchaser level will advance the claims of all the purchasers at that level, because a common issues trial will either determine liability or terminate the litigation, with either scenario advancing the litigation toward resolution.

Aggregate damages under s. 29(1)(b) of the *Class Proceedings Act* are purely remedial, and available only after all other common issues have been determined, including liability. Irrespective, then, of whether aggregate damages are certified as a common issue, it is for the trial judge to determine, following the common issues trial, whether the statutory criteria are met such that the aggregate damages provisions can be applied to award damages. Aggregate damages provisions cannot be used to establish liability. In order for individual class members to participate in the award of damages, the trial judge must be satisfied that each has actually suffered a loss where proof of loss is essential to a finding of liability (as it is for liability under s. 36 of the *Competition Act*). Whether a plaintiff's expert's methodology is sufficient for the purposes of establishing a defendant's liability to all class members will depend on the findings of the trial judge.

*Per* Côté J. (dissenting in part): Both appeals should be allowed in part. The Pioneer defendants have not demonstrated that the plaintiff's claim for recovery under s. 36(1) of the *Competition Act* is time-barred by the limitation period in s. 36(4)(a)(i). While the discoverability rule does not apply to toll the limitation period, it is not plain and obvious that the fraudulent concealment doctrine has no application in this case. There is agreement with the majority, though for different reasons, that the existence of the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* does not preclude the plaintiff from advancing claims at common law or in equity based on the same conduct prohibited by Part VI. However, there is disagreement that the umbrella purchasers have a claim against the

la perte a été transférée à un ou à plusieurs demandeurs du niveau de l'acheteur. Dans le cas des acheteurs indirects, cela implique de démontrer que les acheteurs directs ont refilé la majoration. Qui plus est, démontrer que la perte a été transférée aux acheteurs indirects satisfait au critère d'autorisation d'une question commune, puisqu'une telle démonstration permettra de faire progresser substantiellement l'instance, qu'elle est essentielle pour imposer une responsabilité aux défenderesses et qu'elle débouche sur un succès commun. Démontrer que la perte a été transférée aux acheteurs du niveau requis fera progresser les réclamations de tous les acheteurs de ce niveau, car l'audition des questions communes déterminera la responsabilité ou mettra fin au litige; les deux scénarios contribuent au règlement du litige.

Les dommages-intérêts globaux au sens de l'al. 29(1)(b) de la *Class Proceedings Act* ont un objectif purement réparateur et ne peuvent être octroyés qu'après le règlement de toutes les autres questions communes, y compris la responsabilité. Peu importe, donc, si les dommages-intérêts globaux sont autorisés en tant que question commune, il revient au juge du procès de décider, au terme de l'audition des questions communes, si les critères établis par la loi sont respectés de sorte que les dispositions sur les dommages-intérêts globaux peuvent s'appliquer pour octroyer ceux-ci. Les dispositions sur les dommages-intérêts globaux ne peuvent servir à établir la responsabilité. Pour que les membres du groupe participent à l'octroi des dommages-intérêts, le juge du procès doit être convaincu que chacun d'eux a réellement subi une perte lorsque la preuve de la perte est essentielle à une conclusion de responsabilité (comme c'est le cas de la responsabilité fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*). La réponse à la question de savoir si la méthode de l'expert du demandeur suffit pour établir la responsabilité d'un défendeur envers tous les membres du groupe dépend des conclusions du juge du procès.

*La* juge Côté (dissidente en partie) : Il y a lieu d'accueillir les deux pourvois en partie. Les défenderesses Pioneer n'ont pas démontré que le recours en indemnisation intenté par le demandeur au titre du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* est prescrit en raison du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)(a)(i). Bien que la règle de la possibilité de découvrir ne s'applique pas de manière à repousser le point de départ du délai de prescription, il n'est pas évident et manifeste que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne trouve pas application en l'espèce. Il est convenu avec les juges majoritaires — bien que pour des motifs différents — que l'existence de la cause d'action prévue au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* n'empêche pas le demandeur d'intenter des recours en

defendants under s. 36(1) of the *Competition Act*. There is also disagreement that the certification judge identified the correct standard for certifying loss as a common issue pursuant to s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act* and therefore that the plaintiff's methodology met the correct standard in the present case.

The discoverability rule does not apply to toll the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act* that is applicable to the plaintiff's claim for recovery under s. 36(1) of that statute. Discoverability is a judge-made rule of statutory interpretation that assists in determining whether the event triggering the commencement of a limitation period depends upon the state of the plaintiff's knowledge. This rule applies only where a legislature provides that the limitation period runs from the accrual of the cause of action (or wording to that effect) or from the occurrence of some event that is related to the state of the plaintiff's knowledge. Conversely, where a legislature provides that a limitation period is triggered by an event that occurs without regard to the plaintiff's state of mind, courts cannot apply the discoverability rule to postpone the commencement of the limitation period until such time as the plaintiff discovered that the event had taken place.

Statutory language referring to the occurrence of an element of the cause of action cannot be equated with language referring to the accrual or arising of the cause of action in its entirety such that the discoverability rule automatically applies in the former case. This would expand the scope of the discoverability rule in a manner that is neither consistent with precedent nor justifiable in principle and would create an arbitrary distinction between triggering events that are related to the cause of action and those that are not, even though both may occur independently of the plaintiff's state of mind. A preferable approach is instead one that considers each statutory limitation clause on its own terms, recognizing that a triggering event that relates to a cause of action can, but need not, be dependent on the plaintiff's state of mind.

The limitation period in s. 36(4)(a)(i) commences on the day on which the conduct contrary to Part VI of the

common law ou en equity qui visent le même comportement interdit par la partie VI. Toutefois, il y a désaccord pour dire que les acheteurs sous parapluie ont un recours contre les défenderesses en vertu du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. Il y a également désaccord sur le fait que le juge saisi de la demande d'autorisation a appliqué la bonne norme pour autoriser la question de la perte en tant que question commune en vertu de l'al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act* et, donc, que la méthode du demandeur a satisfait à la bonne norme en l'espèce.

La règle de la possibilité de découvrir ne s'applique pas de façon à repousser le point de départ du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence* qui s'applique au recours en indemnisation intenté par le demandeur au titre du par. 36(1) de cette loi. La règle de la possibilité de découvrir est une règle prétorienne d'interprétation statutaire qui aide à déterminer si l'événement qui marque le point de départ du délai de prescription dépend de la connaissance qu'en avait le demandeur. Cette règle s'applique uniquement dans les affaires où le législateur précise que le délai de prescription commence à courir au moment où la cause d'action prend naissance (ou toute autre formulation allant dans le même sens) ou au moment où survient un événement qui a un rapport avec la connaissance du demandeur. À l'inverse, lorsqu'une législature prévoit que le point de départ d'un délai de prescription est marqué par un événement qui survient indépendamment de l'état d'esprit du demandeur, les tribunaux ne peuvent appliquer la règle de la possibilité de découvrir pour reporter le point de départ du délai de prescription jusqu'à ce que le demandeur découvre la survenance de l'événement.

Les mots d'une disposition législative qui font mention de la survenance d'un élément de la cause d'action ne sauraient être assimilés à des mots qui désignent la naissance de la cause d'action dans son ensemble de telle sorte que la règle de la possibilité de découvrir s'applique automatiquement dans le premier cas. Cela étendrait la portée de la règle de la possibilité de découvrir d'une manière qui n'est ni conforme à la jurisprudence ni justifiable en principe et créerait une distinction arbitraire entre les faits déclencheurs ayant un rapport avec la cause d'action et ceux qui n'en ont pas, même si les deux peuvent se produire indépendamment de l'état d'esprit du demandeur. Il vaut mieux plutôt examiner chaque disposition statutaire de prescription selon ses propres termes, en tenant compte qu'un fait déclencheur ayant un rapport avec une cause d'action peut, mais ne doit pas nécessairement, dépendre de la connaissance du demandeur.

Le délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) commence à courir à la date à laquelle le comportement allant

*Competition Act* actually takes place and not the day on which a potential claimant discovers that it took place. There is simply no link between the triggering event and the plaintiff's state of mind. The provision does not contain wording to the same effect as accrual of the s. 36 cause of action. Applying discoverability would make the limitation period chosen by Parliament virtually meaningless and create uncertainty around the likelihood and timing of significant litigation.

A special relationship between the parties — one that is based on trust and confidence — is not always a prerequisite or a necessary element for the operation of the doctrine of fraudulent concealment. This doctrine operates to prevent a limitation clause from being used as an instrument of injustice in circumstances where a defendant conceals the facts giving rise to a potential cause of action from a plaintiff. In such circumstances, equity suspends the running of the limitation clock until the injured party can reasonably discover the cause of action. Fraud in equity is broader than it is at common law and what constitutes unconscionable conduct will vary from case to case and depend in part on the connection between the parties. Based on this understanding of the fraudulent concealment doctrine, it is not plain and obvious that equity can intervene to toll the applicable limitation period only in cases where there exists a special relationship; it may be that it can also intervene in cases — at least in the commercial context, as here — where the plaintiff can demonstrate something commensurate with or tantamount to a special relationship. However, simply establishing the existence of the conspiracy will not suffice for the fraudulent concealment doctrine to toll the applicable limitation period.

It is plain and obvious that the claims by umbrella purchasers — those class members who purchased from a non-defendant a product that was not manufactured or supplied by a defendant — under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* cannot succeed. While on its face, s. 36(1) appears to be worded broadly enough to capture umbrella purchaser claims, so long as they can prove that they suffered loss or damage as a result of the conduct specified in para. (a) or (b) of subs. (1), this statutory provision must be interpreted in a manner that is consistent with the principles of indeterminacy and remoteness that limit the extent of liability at common law. Indeterminacy is a policy consideration that negates the imposition of a duty of care in negligence where it would expose the defendant to liability in an indeterminate amount for an indeterminate

à l'encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* se produit, et non à la date où le demandeur éventuel découvre que le comportement en question s'est produit. Il n'existe tout simplement aucun lien entre ce fait déclencheur et l'état d'esprit du demandeur. La disposition en cause ne contient pas des mots dans le sens de naissance de la cause d'action fondée sur l'art. 36. Si la règle de la possibilité de découvrir s'appliquait, le délai de prescription choisi par le Parlement perdrait pratiquement tout son sens et laisserait planer l'incertitude quant à la probabilité d'engager de nombreuses poursuites et au moment de les engager.

L'existence d'une relation spéciale — fondée sur la confiance — entre les parties ne constitue pas toujours une condition préalable ou un élément nécessaire à l'application de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Cette doctrine vise à empêcher que le délai de prescription serve à créer une injustice, lorsque le défendeur cache au demandeur les faits à l'origine d'une cause d'action potentielle. En pareille situation, l'équité permet de suspendre l'écoulement du délai de prescription jusqu'à ce que la partie lésée puisse raisonnablement découvrir l'existence de la cause d'action. Le terme « fraude » comporte un sens plus large en equity qu'en common law et ce en quoi consiste une conduite abusive varie d'une affaire à l'autre et dépend en partie du lien qui unit les parties. Vu cette conception de la dissimulation frauduleuse, il n'est pas évident et manifeste que l'équité peut intervenir pour repousser le point de départ du délai de prescription uniquement dans les cas où il existe une relation spéciale; il se peut qu'elle puisse aussi intervenir dans les cas — du moins en matière commerciale, comme dans le cas présent — où le demandeur peut démontrer quelque chose correspondant ou d'équivalent à une relation spéciale. Cependant, le simple fait d'établir l'existence du complot ne suffit pas pour que la doctrine de la dissimulation frauduleuse repousse le point de départ du délai de prescription applicable.

Il est évident et manifeste que les acheteurs sous parapluie — les membres du groupe qui ont acheté, d'une personne qui n'est pas une défenderesse, un produit qui n'a pas été fabriqué ou fourni par une défenderesse — ne peuvent avoir gain de cause contre les défenderesses dans leur recours fondé sur l'al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence*. Bien qu'à première vue, le libellé du par. 36(1) semble suffisamment général pour englober les réclamations des acheteurs sous parapluie, pourvu qu'ils puissent établir qu'ils ont subi une perte ou des dommages par suite des comportements énumérés aux al. a) et b) du par. (1), il faut interpréter cette disposition conformément aux principes de l'indétermination et du caractère éloigné qui limitent l'étendue de la responsabilité en common law. L'indétermination correspond à une considération

time to an indeterminate class and remoteness limits the scope of liability in negligence where the harm is too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable. Although these principles relate primarily to liability in negligence, they can inform the analysis of claims under s. 36 for pure economic loss. Section 36(1) should not be interpreted in a manner that would permit claimants to recover from defendants for any losses that in some way flowed from the alleged price-fixing conspiracy as it would expose defendants to liability that is potentially limitless in scope for loss and damage that are too remote from any price-fixing that occurred. Consistent with the principles underlying indeterminacy and remoteness, the cause of action in s. 36(1) should be read as limiting the scope of liability of defendants to loss and damage flowing from their own pricing decisions, not those of third parties. Any overcharges the umbrella purchasers may have incurred in the present case were the direct result of pricing decisions made by non-defendant manufacturers and suppliers of ODDs, regardless of whether those choices were influenced by broader market trends. The defendants have control over their own business decisions but not over those of third parties. For this reason, it would be unfair to hold the defendants liable to the umbrella purchasers where they had no control over such liability.

It is not plain and obvious that s. 36(1) bars a plaintiff from alleging common law and equitable causes of action in respect of conduct that breaches the prohibitions in Part VI of the *Competition Act*. The coexistence of statutory and common law or equitable claims arising from conduct contrary to Part VI of the *Competition Act* is contemplated by s. 62 of that statute. The inclusion of s. 62 in the statutory framework suggests that Parliament did not intend the provisions of the *Competition Act* to intrude upon the provinces' jurisdiction over civil rights and liberties. That s. 62 applies only to Part VI of the *Competition Act* is not consequential as the cause of action created by s. 36(1)(a) is expressly tied to conduct that would constitute an offence under that part. When the words of s. 62 are read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and object

de politique générale qui vient écarter l'imposition d'une obligation de diligence en droit de la négligence lorsque le défendeur serait exposé à une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée, et le caractère éloigné a pour effet de limiter l'étendue de la responsabilité pour négligence si le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable. Bien que ces principes se rapportent principalement à la responsabilité pour négligence, ils peuvent guider l'analyse des réclamations fondées sur l'art. 36 pour des pertes purement économiques. Le paragraphe 36(1) ne devrait pas être interprété d'une manière qui permettrait aux demandeurs de se faire indemniser par les défenderesses pour toute perte découlant d'une façon ou d'une autre du complot allégué de fixation des prix parce que cela aurait pour effet d'exposer les défenderesses à une responsabilité potentiellement illimitée, ainsi qu'à une responsabilité à l'égard de pertes et de dommages qui sont trop éloignés de toute fixation des prix. Conformément aux principes sous-tendant l'indétermination et le caractère éloigné, il y a lieu de considérer que la cause d'action prévue au par. 36(1) limite l'étendue de la responsabilité des défendeurs aux pertes et aux dommages découlant de leurs propres décisions, et non de celles prises par des tiers. Toute majoration que les acheteurs sous parapluie auraient pu absorber en l'espèce était en fin de compte la conséquence directe des choix en matière de prix effectués par ces fabricants et fournisseurs de LDO autres que les défenderesses, que ces choix aient ou non été influencés par des tendances générales du marché. Les défenderesses exercent un contrôle sur leur propres décisions d'affaires, mais non sur celles des autres fabricants et fournisseurs. Pour ce motif, il serait injuste de tenir les défenderesses responsables envers les acheteurs sous parapluie alors qu'elles n'avaient aucun contrôle sur cette responsabilité.

Il n'est pas évident et manifeste que le par. 36(1) empêche le demandeur d'exercer des recours de common law et d'equity à l'égard d'un comportement qui enfreint les prohibitions prévues à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. La coexistence des recours fondés sur la loi et des recours fondés sur la common law ou l'equity qui découlent d'un comportement allant à l'encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* est prévue à l'art. 62 de cette loi. L'inclusion de l'art. 62 dans le cadre législatif donne à penser que le Parlement ne voulait pas que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portent atteinte à la compétence des provinces sur les droits et libertés civiles. Le fait que l'art. 62 s'applique seulement à la partie VI de la *Loi sur la concurrence* est sans conséquence parce que la cause d'action créée par l'al. 36(1)a est expressément liée au comportement qui constituerait

of the act and the intention of Parliament, this provision has the effect of preserving all civil rights of action that a claimant may have in respect of anti-competitive conduct contemplated under Part VI of that Act. Section 62 would be meaningless if s. 36(1) were interpreted as exhaustive in respect of civil claims for such conduct.

For questions to be certified as common issues under s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*, the representative plaintiff must show there is some basis in fact for the commonality requirement — that is, that the questions be capable of resolution on a class-wide basis. What the “some basis in fact” standard requires in any given case depends on what it is that the proposed questions ask; different questions will impose different requirements. In class actions where loss is an essential element of liability, loss-related questions can be certified as common issues only if the representative plaintiff’s expert methodology will be able to actually identify which class members suffered a loss at trial.

In the present case, in order for loss-related questions to be certified as common issues among indirect purchasers pursuant to s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*, the representative plaintiff’s proposed methodology must be capable of establishing at trial that at least some identifiable indirect purchasers actually suffered a loss. The plaintiff has not met the required standard in the present case because his methodology is only capable of establishing at trial that loss was occasioned somewhere at the indirect purchaser level of the distribution chain. Such a methodology will not enable the common issues trial judge to determine which class members actually suffered a loss — an essential element of the causes of action pleaded, and necessary for the purpose of making determinations as to liability. The proposed loss-related questions will therefore not be capable of resolution on a class-wide or common basis. What is required of the plaintiff in this case is a methodology capable of answering the loss-related questions on an individualized basis, either by showing that all of the indirect purchasers suffered a loss or at least by identifying those who did and separating them from those who did not.

une infraction sous le régime de cette partie. Lorsqu’on lit les termes de l’art. 62 dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du Parlement, cette disposition a pour effet de préserver tous les droits d’action au civil que peut exercer le demandeur relativement à un comportement anticoncurrentiel envisagé à la partie VI de cette loi. L’article 62 serait vide de sens si le par. 36(1) était interprété comme une disposition exhaustive en ce qui concerne les recours civils relatifs à ce type de comportement.

Pour qu’une question soit autorisée en tant que question commune conformément à l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*, le représentant des demandeurs doit établir l’existence d’un certain fondement factuel pour respecter l’exigence de la question commune, c’est-à-dire que la question doit pouvoir faire l’objet d’une résolution à l’échelle du groupe. Dans un cas donné, la norme fondée sur l’existence d’« un certain fondement factuel » dépend de la teneur des questions proposées; des exigences différentes seront imposées selon les questions soulevées. Dans des recours collectifs où la perte constitue un élément essentiel pour établir la responsabilité, les questions de perte ne peuvent être autorisées en tant que questions communes que si la méthode de l’expert du représentant des demandeurs permet d’identifier au procès les membres du groupe qui ont subi une perte.

En l’espèce, pour que les questions liées à la perte soient autorisées en tant que questions communes aux acheteurs indirects en application de l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*, la méthode que propose le représentant des demandeurs doit permettre d’établir au procès qu’au moins un certain nombre d’acheteurs indirects identifiables ont effectivement subi une perte. Le demandeur n’a pas satisfait à la norme applicable en l’espèce parce que sa méthode permet seulement d’établir au procès qu’une perte a été subie quelque part au niveau de l’acheteur indirect dans la chaîne de distribution. Cette méthode ne permettra pas au juge appelé à statuer sur les questions communes de déterminer quels membres du groupe ont réellement subi une perte — un élément essentiel des causes d’action plaidées et nécessaires à la prise de décisions sur la responsabilité. Les questions de perte proposées par le demandeur ne pourront donc pas être résolues à l’échelle du groupe ou en commun. Il incombe au demandeur en l’espèce de proposer une méthode permettant de répondre aux questions liées à la perte de façon individuelle : en démontrant que tous les acheteurs indirects ont subi une perte ou, à tout le moins, en identifiant ceux qui ont subi une perte et en les distinguant de ceux qui n’en ont pas subi.

## Cases Cited

By Brown J.

**Applied:** *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; **referred to:** *Watson v. Bank of America Corp.*, 2015 BCCA 362, 79 B.C.L.R. (5th) 1; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2006 FCA 415, [2007] 3 F.C.R. 245, aff'd 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Bowes v. Edmonton (City)*, 2007 ABCA 347, 425 A.R. 123; *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Burt v. LeLacheur*, 2000 NSCA 90, 189 D.L.R. (4th) 193; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology v. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *T.P. v. A.P.*, 1988 ABCA 352, 92 A.R. 122; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87; *Kone AG and Others v. ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] EUECJ C-557/12; *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Crosslink Technology Inc. v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682, 54 C.P.C. (7th) 111; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435; *Cement LaFarge v. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 S.C.R. 452; *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666.

## Jurisprudence

Citée par le juge Brown

**Arrêt appliqué :** *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; **arrêts mentionnés :** *Watson c. Bank of America Corp.*, 2015 BCCA 362, 79 B.C.L.R. (5th) 1; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Bande et nation indienne d'Ermineskin c. Canada*, 2006 CAF 415, [2007] 3 R.C.F. 245, conf. par 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Bowes c. Edmonton (City)*, 2007 ABCA 347, 425 A.R. 123; *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Burt c. LeLacheur*, 2000 NSCA 90, 189 D.L.R. (4th) 193; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology c. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *T.P. c. A.P.*, 1988 ABCA 352, 92 A.R. 122; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87; *Kone AG et autres c. ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] EUECJ C-557/12; *Fairhurst c. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Crosslink Technology Inc. c. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682, 54 C.P.C. (7th) 111; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310; *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265; *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435; *Cement LaFarge c. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 R.C.S. 452; *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666.

By Côté J. (dissenting in part)

*M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology v. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81; *Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189; *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801; *CCS Corp. v. Secure Energy Services Inc.*, 2014 ABCA 96, 575 A.R. 1; *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2008 FC 825, 67 C.P.R. (4th) 241; *Garford Pty Ltd. v. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 FC 996, 88 C.P.R. (4th) 7; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 991, 80 C.P.R. (4th) 1; *Fairview Donut Inc. v. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252; *Giroux Estate v. Trillium Health Centre* (2005), 74 O.R. (3d) 341; *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *First City Capital Ltd. v. B.C. Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29; *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Alex*, 2017 SCC 37, [2017] 1 S.C.R. 967; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Taylor v. 1103919 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 201, 602 A.R. 105; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Associated General Contractors v. Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983); *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2017 ONSC 2586, 413 D.L.R. (4th) 546; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465 (1982); *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721; *R. v. Proulx*, 2016 QCCA 1425; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 335; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

*M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Fanshawe College of Applied Arts and Technology c. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81; *Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189; *Snow c. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801; *CCS Corp. c. Secure Energy Services Inc.*, 2014 ABCA 96, 575 A.R. 1; *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2008 CF 825, 67 C.P.R. (4th) 241; *Garford Pty Ltd. c. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 CF 996, 88 C.P.R. (4th) 7; *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 991, 80 C.P.R. (4th) 1; *Fairview Donut Inc. c. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252; *Giroux Estate c. Trillium Health Centre* (2005), 74 O.R. (3d) 341; *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *First City Capital Ltd. c. B.C. Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29; *McMaster University c. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Taylor c. 1103919 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 201, 602 A.R. 105; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Associated General Contractors c. Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983); *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2017 ONSC 2586, 413 D.L.R. (4th) 546; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Blue Shield of Virginia c. McCready*, 457 U.S. 465 (1982); *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, Section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Westfair Foods Ltd. c. Lippens Inc.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 335; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*,

214; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Pro-Sys v. Microsoft*, 2010 BCSC 285.

### Statutes and Regulations Cited

*Budget Implementation Act, 2009*, S.C. 2009, c. 2, s. 410.  
*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 1, 4(1), Division 2, 29 to 34, 37(1).  
*Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15, s. 4.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23.  
*Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 1.1, 36, Part VI, 45, 52, 62.  
*Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 206(1).  
*Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4.  
*Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, ss. 6 to 8, 21.  
*Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5.  
*Limitation of Actions Act*, S.N.S. 2014, c. 35, s. 8.  
*Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 3(1).  
*Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, s. 45(1).  
*Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, ss. 5 to 7.  
*Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 4, 5, 15.  
*Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 138.14.  
*Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, s. 3.  
*Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32, s. 5.

### Authors Cited

Canada. Competition Bureau of Canada. *Competitor Collaboration Guidelines*. Gatineau, December 2009.  
 Canada. Consumer and Corporate Affairs. *Proposals for a New Competition Policy for Canada: First Stage*. Ottawa, 1973.  
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs*, Issue No. 45, 1st Sess., 30th Parl., May 8, 1975, p. 45:18.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2019, release 55).  
 Inderst, Roman, Frank P. Maier-Rigaud, and Ulrich Schwalbe. “Umbrella Effects” (2014), 10 *J. Competition L. & Econ.* 739.  
 Linden, Allen M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.  
 Mew, Graeme, Debra Rolph, and Daniel Zacks. *The Law of Limitations*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Pro-Sys c. Microsoft*, 2010 BCSC 285.

### Lois et règlements cités

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 1, 4(1), division 2, 29 à 34, 37(1).  
*Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15, art. 4.  
*Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8, art. 206(1).  
*Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4.  
*Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, art. 6 à 8, 21.  
*Limitation of Actions Act*, S.N.S. 2014, c. 35, art. 8.  
*Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, art. 3(1).  
*Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, art. 45(1).  
*Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5 à 7.  
*Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, c. 2, art. 410.  
*Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4, 5, 15.  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1970, c. C-23.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 1.1, 36, partie VI, 45, 52, 62.  
*Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5.  
*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 138.14.  
*Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, art. 3.  
*Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32, art. 5.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Bureau de la concurrence Canada. *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Gatineau, décembre 2009.  
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques*, fascicule n° 45, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., 8 mai 1975, p. 45:18.  
 Canada. Consommation et Corporations. *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada : première étape*, Ottawa, 1973.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.  
 Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated March 2019, release 55).  
 Inderst, Roman, Frank P. Maier-Rigaud, et Ulrich Schwalbe. « Umbrella Effects » (2014), 10 *J. Competition L. & Econ.* 739.  
 Linden, Allen M., et al. *Canadian Tort Law*, 11th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.  
 Mew, Graeme, Debra Rolph, et Daniel Zacks. *The Law of Limitations*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.

Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Veel, Paul-Erik. *Waiting forever for the axe to drop? Discoverability and the limitation period for Competition Act claims*, *Lenczner Slaght*, August 12, 2016 (online: <https://litigate.com/waiting-forever-for-the-axe-to-drop-discoverability-and-the-limitation-period-for-competition-act-claims/pdf>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC42\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC42_eng.pdf)).

Winkler, Warren K., et al. *The Law of Class Actions in Canada*, Toronto: Thomson Reuters, 2014.

Wright, Kevin, Todd Shikaze, and Emily Snow. “On the ‘Level’ After *Godfrey*: Proving Liability in Canadian Price Fixing Class Actions” (2017), 12 *C.A.D.Q.* 13.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Groberman and Savage J.J.A.), 2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319, [2017] 12 W.W.R. 448, [2017] B.C.J. No. 1618 (QL), 2017 CarswellBC 2245 (WL Can.), affirming a decision of Masuhara J., 2016 BCSC 844, [2016] B.C.J. No. 979 (QL), 2016 CarswellBC 1313 (WL Can.). Appeals dismissed, Côté J. dissenting in part.

*W. Michael G. Osborne, Brigeeta Richdale and Jessica Lewis*, for the appellants Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics (USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. and Pioneer Electronics of Canada Inc.

*Laura F. Cooper and Vera Toppings*, for the appellants Toshiba Corporation, Toshiba Samsung Storage Technology Corp., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. Korea, Toshiba of Canada Ltd. and Toshiba America Information Systems, Inc.

*Robert E. Kwinter and Evangelia (Litsa) Kriaris*, for the appellants Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Electronics Canada Inc. and Samsung Electronics America, Inc.

*Neil Campbell, Joan Young and Samantha Gordon*, for the appellants Koninklijke Philips Electronics

Spry, I. C. F. *The Principles of Equitable Remedies : Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages*, 9th ed., Pyrmont, N.S.W., Lawbook Co., 2014.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Veel, Paul-Erik. *Waiting forever for the axe to drop? Discoverability and the limitation period for Competition Act claims*, *Lenczner Slaght*, August 12, 2016 (en ligne : <https://litigate.com/waiting-forever-for-the-axe-to-drop-discoverability-and-the-limitation-period-for-competition-act-claims/pdf>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC42\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC42_eng.pdf)).

Winkler, Warren K., et al. *The Law of Class Actions in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2014.

Wright, Kevin, Todd Shikaze, et Emily Snow. « On the “Level” After *Godfrey* : Proving Liability in Canadian Price Fixing Class Actions » (2017), 12 *C.A.D.Q.* 13.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Groberman et Savage), 2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319, [2017] 12 W.W.R. 448, [2017] B.C.J. No. 1618 (QL), 2017 CarswellBC 2245 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Masuhara, 2016 BCSC 844, [2016] B.C.J. No. 979 (QL), 2016 CarswellBC 1313 (WL Can.). Pourvois rejetés, la juge Côté est dissidente en partie.

*W. Michael G. Osborne, Brigeeta Richdale et Jessica Lewis*, pour les appelantes Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics (USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. et Pioneer Électronique du Canada, inc.

*Laura F. Cooper et Vera Toppings*, pour les appelantes Toshiba Corporation, Toshiba Samsung Storage Technology Corp., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. Korea, Toshiba du Canada Limitée et Toshiba America Information Systems, Inc.

*Robert E. Kwinter et Evangelia (Litsa) Kriaris*, pour les appelantes Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Electronics Canada Inc. et Samsung Electronics America, Inc.

*Neil Campbell, Joan Young et Samantha Gordon*, pour les appelantes Koninklijke Philips Electronics

N.V., Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation, Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc. and Philips Electronics Ltd.

*John F. Rook, Q.C., Christiaan A. Jordaan and Emrys Davis*, for the appellants Panasonic Corporation, Panasonic Corporation of North America and Panasonic Canada Inc.

*Stephen Fitterman*, for the appellants BENQ Corporation, BENQ America Corporation and BENQ Canada Corp.

*Reidar M. Mogerma, Linda J. Visser, David G. A. Jones, Charles M. Wright, Katie I. Duke and Bridget M. R. Moran*, for the respondent.

*Maxime Nasr and Violette Leblanc*, for the interveners Option consommateurs.

*Jonathan J. Foreman and Jean-Marc Metrailler*, for the interveners the Consumers Council of Canada.

*Sandra A. Forbes and Adam Fanaki*, for the interveners the Canadian Chamber of Commerce.

*Jean-Marc Leclerc and Mohsen Seddigh*, for the interveners the Consumers' Association of Canada.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ. was delivered by

BROWN J. —

## I. Introduction

[1] The proposed representative plaintiff, Neil Godfrey, applied for certification of a class proceeding under the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50. The defendants manufacture Optical Disc Drives (“ODDs” — a memory storage device that uses laser light or electromagnetic waves near the light spectrum to read and/or record data on optical discs), and ODD products (products that contain ODDs). Godfrey alleges that

N.V., Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation, Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc. et Philips Electronics Ltd.

*John F. Rook, c.r., Christiaan A. Jordaan et Emrys Davis*, pour les appelantes Panasonic Corporation, Panasonic Corporation of North America et Panasonic Canada Inc.

*Stephen Fitterman*, pour les appelantes BENQ Corporation, BENQ America Corporation et BENQ Canada Corp.

*Reidar M. Mogerma, Linda J. Visser, David G. A. Jones, Charles M. Wright, Katie I. Duke et Bridget M. R. Moran*, pour l'intimé.

*Maxime Nasr et Violette Leblanc*, pour l'intervenante Option consommateurs.

*Jonathan J. Foreman et Jean-Marc Metrailler*, pour l'intervenant Consumers Council of Canada.

*Sandra A. Forbes et Adam Fanaki*, pour l'intervenante la Chambre de commerce du Canada.

*Jean-Marc Leclerc et Mohsen Seddigh*, pour l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin rendu par

LE JUGE BROWN —

## I. Introduction

[1] Le représentant proposé des demandeurs, Neil Godfrey, a demandé l'autorisation d'un recours collectif en vertu de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, de la Colombie-Britannique. Les défenderesses fabriquent des lecteurs de disques optiques (« LDO » — un dispositif de stockage de la mémoire qui utilise la lumière laser ou les ondes électromagnétiques près du spectre optique pour lire ou enregistrer des données sur un disque optique), et des

the defendants conspired to fix prices of ODDs and ODD products.

[2] The certification judge granted Godfrey’s application. Two sets of defendants — one led by Pioneer Corporation, and the other by Toshiba Corporation — each appealed from that decision, unsuccessfully, to the British Columbia Court of Appeal. At stake in these appeals is, principally, whether it is plain and obvious that the claim under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, of so-called “umbrella purchasers” who bought ODDs or ODD products manufactured and supplied by someone *other than* the defendants, but who allege that the defendants’ price-fixing conduct raised the market price of the product, cannot succeed. This depends on whether these umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a). For the reasons that follow, I agree with the courts below that they do, and it therefore follows that it is not plain and obvious that their claim cannot succeed.

[3] These appeals also present an occasion to clarify the operation of the statutory limitation period for claims under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, to affirm the availability of common law and equitable actions in respect of claims also brought under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, and to reiterate the standard required to certify loss-related questions as common issues in class proceedings.

[4] As I will explain below, my disposition of all these matters would lead me to dismiss the appeals.

## II. Background

[5] Godfrey applied for certification of a class proceeding against 42 defendants (collectively, “Toshiba”),

produits munis de LDO (produits qui contiennent des LDO). M. Godfrey allègue que les défenderesses ont comploté pour fixer les prix des LDO et des produits munis de LDO.

[2] Le juge saisi de la demande d’autorisation de M. Godfrey a accueilli celle-ci. Deux groupes de défendeurs — l’un dirigé par Pioneer Corporation, et l’autre par Toshiba Corporation — ont tous deux fait appel sans succès de cette décision à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Les présents pourvois soulèvent principalement la question de savoir s’il est évident et manifeste que la demande fondée sur l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, de ceux qu’on appelle les « acheteurs sous parapluie », qui ont acheté des LDO ou des produits munis de LDO fabriqués et fournis par quelqu’un d’*autre que* les défenderesses, mais qui allèguent que la fixation des prix par les défenderesses s’est traduite par une hausse du prix du produit sur le marché, ne peut être accueillie. La réponse à cette question dépend de la question de savoir si les acheteurs sous parapluie ont une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a). Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis, à l’instar des tribunaux d’instance inférieure, qu’ils en ont une, si bien qu’il n’est pas évident et manifeste que leur demande ne peut être accueillie.

[3] En outre, les présents pourvois donnent à la Cour l’occasion d’apporter des précisions sur les délais de prescription applicables aux actions fondées sur l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, de confirmer qu’il est possible de se prévaloir des recours de common law et d’equity alors qu’une demande a également été introduite sous le régime de l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, et de rappeler la norme applicable à l’autorisation des questions liées à la perte en tant que questions communes à trancher dans un recours collectif.

[4] Comme je l’expliquerai plus loin, les conclusions auxquelles j’arrive sur ces questions m’amènent à rejeter les pourvois.

## II. Contexte

[5] M. Godfrey a demandé l’autorisation d’un recours collectif visant 42 défenderesses (collectivement,

alleging a conspiracy to raise, maintain, fix and/or stabilize the price of ODDs between January 1, 2004 and January 1, 2010 (“class period”). He deposed that he purchased ODD products during the class period, and that he seeks to bring the proposed class proceeding on behalf of all British Columbia residents who purchased an ODD or an ODD product during the class period. The proposed class consists of:

- (a) **direct purchasers**, whose ODD or ODD product was manufactured or supplied *by a defendant* and purchased *from that defendant*,
- (b) **indirect purchasers**, whose ODD or ODD product was manufactured or supplied *by a defendant* and purchased *from a non-defendant*; and
- (c) **umbrella purchasers**, whose ODD or ODD product was manufactured *and* supplied *by a non-defendant*.

### III. Judicial History

#### A. *British Columbia Supreme Court, 2016 BCSC 844 — Masuhara J.*

[6] The certification judge certified the action as a class proceeding, subject to certain exceptions and conditions (para. 221 (CanLII)). One condition was that the class definition be amended so as to satisfy s. 4(1)(b) of the *Class Proceedings Act*. The certification judge held that the class definition (“[a]ll persons resident in British Columbia who purchased [ODDs and ODD products] in [the class period]”) was insufficiently precise, as it was unclear which products were included (paras. 128-31).

[7] In his reasons, the certification judge resolved a number of matters, only two of which are relevant to these appeals: whether the pleadings disclose a cause

« Toshiba », alléguant que celles-ci avaient comploté pour augmenter, maintenir, fixer ou stabiliser le prix des LDO entre le 1<sup>er</sup> janvier 2004 et le 1<sup>er</sup> janvier 2010 (« période visée par le recours collectif »). Il a déclaré avoir acheté des produits munis de LDO au cours de la période visée par le recours collectif, et qu’il cherche à intenter le recours collectif projeté au nom de tous les résidents de la Colombie-Britannique qui ont acheté un LDO ou un produit muni de LDO durant la période visée. Le groupe projeté est composé des acheteurs suivants :

- a) **acheteurs directs** dont les LDO ou les produits munis de LDO ont été fabriqués ou fournis *par une défenderesse* et achetés *de cette défenderesse*,
- b) **acheteurs indirects** dont les LDO ou les produits munis de LDO ont été fabriqués ou fournis *par une défenderesse* et achetés *d’une personne qui n’est pas une défenderesse*;
- c) **acheteurs sous parapluie** dont les LDO ou les produits munis de LDO ont été fabriqués *et* fournis *par une personne qui n’est pas une défenderesse*.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2016 BCSC 844 — le juge Masuhara*

[6] Le juge saisi de la demande d’autorisation a autorisé l’action comme recours collectif, sous réserve de certaines exceptions et conditions (par. 221 (CanLII)). Par exemple, il fallait modifier la définition du groupe pour qu’elle respecte l’al. 4(1)(b) de la *Class Proceedings Act*. Le juge saisi de la demande d’autorisation a conclu que la définition du groupe [TRADUCTION] (« [t]outes les personnes résidant en Colombie-Britannique qui ont acheté [des LDO et des produits munis de LDO] durant [la période visée par le recours collectif] ») n’était pas suffisamment précise, en ce qu’elle ne permettait pas de savoir quels produits étaient visés (par. 128-131).

[7] Dans ses motifs, le juge saisi de la demande d’autorisation a tranché plusieurs questions, dont seulement deux sont pertinentes pour les présents pourvois :

of action, and whether Godfrey’s proposed questions relating to loss suffered by the class are certifiable as common questions.

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

[8] The certification judge first considered whether Godfrey’s pleadings satisfy s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act*, which conditions certification upon the pleadings disclosing a cause of action.

(a) *The Pioneer Claim*

[9] A subset of the named defendants (“Pioneer”) opposed Godfrey’s certification application, arguing that the action was bound to fail because it was barred by the two-year limitation period in s. 36(4) of the *Competition Act* (although the action against the other defendants was filed on September 27, 2010, the action against Pioneer was not filed until August 16, 2013). The certification judge held, however, that this argument could not be considered at the certification stage (para. 46). Further, it was not plain and obvious in any event that the limitation period could *not* be extended in this case by applying principles of discoverability or fraudulent concealment.

(b) *Umbrella Purchasers*

[10] Toshiba argued that the umbrella purchasers had no cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, because their inclusion would expose it to indeterminate liability. For four reasons, however, the certification judge held that the umbrella purchasers had a cause of action:

1. While “allowing umbrella claims is inconsistent with restitutionary law”, restitutionary law does not determine the scope of the *Competition Act* claims, since s. 36 exists to

les actes de procédure révèlent-ils une cause d’action et les questions proposées par M. Godfrey relativement à la perte subie par le groupe peuvent-elles être autorisées en tant que questions communes?

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

[8] Le juge saisi de la demande d’autorisation s’est d’abord demandé si les actes de procédure produits par M. Godfrey respectaient l’al. 4(1)(a) de la *Class Proceedings Act*, qui impose comme condition à l’autorisation que les actes de procédures révèlent une cause d’action.

a) *L’action contre Pioneer*

[9] Un sous-groupe faisant partie des défenderesses désignées (« Pioneer ») s’est opposé à la demande d’autorisation de M. Godfrey, soutenant que l’action était vouée à l’échec parce qu’elle était prescrite en raison de l’écoulement du délai de prescription de deux ans prévu au par. 36(4) de la *Loi sur la concurrence* (bien que l’action contre les autres défenderesses ait été déposée le 27 septembre 2010, l’action contre Pioneer a seulement été déposée le 16 août 2013). Le juge saisi de la demande d’autorisation a conclu, cependant, qu’il ne pouvait pas tenir compte de cet argument à l’étape de l’autorisation (par. 46). Il a ajouté que, de toute façon, il n’était pas évident et manifeste que, dans la présente affaire, le délai de prescription *ne* pouvait *pas* être prorogé par application des principes de la possibilité de découvrir ou de la dissimulation frauduleuse.

b) *Acheteurs sous parapluie*

[10] Toshiba a fait valoir que les acheteurs sous parapluie n’avaient pas de cause d’action suivant l’al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence*, car leur participation au recours collectif exposerait Toshiba à une responsabilité indéterminée. Le juge saisi de la demande d’autorisation a toutefois conclu, pour quatre motifs, que les acheteurs sous parapluie avaient une cause d’action :

1. S’il est vrai [TRADUCTION] « qu’autoriser l’instruction des demandes présentées par les acheteurs sous parapluie est incompatible avec le droit de la restitution », il reste que le droit de la

compensate for losses, not to restore wrongful gains (para. 73).

2. The possibility of indeterminate liability does not militate against affording umbrella purchasers a cause of action, since the defendants' liability exposure, while significant, would not be indeterminate (paras. 75-76).
3. While umbrella claims expose the defendants to liability for the pricing decisions of non-defendants, the pricing decisions of non-defendants, under the theory of umbrella effects, are not truly "independent" (para. 77).
4. The umbrella purchaser claims would further the goals of the *Competition Act*, including compensation and deterrence (para. 78).

(c) "Unlawfulness" Element

[11] The certification judge then considered Toshiba's argument that a breach of the *Competition Act* could not constitute the "unlawful" element of civil causes of action, such as the tort of unlawful means conspiracy (para. 83). He held that he was bound by *Watson v. Bank of America Corp.*, 2015 BCCA 362, 79 B.C.L.R. (5th) 1, such that it could. While, for other reasons, the pleadings did not disclose a cause of action for the unlawful means tort, Godfrey was permitted to amend his pleadings (paras. 109-10). And, while finding that Godfrey's pleadings *did* disclose a cause of action in civil conspiracy (both predominant purpose conspiracy and unlawful means conspiracy), unjust enrichment and waiver of tort (paras. 100, 102, 115 and 119), the certification judge also found that the umbrella purchasers' claims in unjust enrichment and waiver of tort were bound to fail (paras. 116 and 120).

restitution ne définit pas la portée des demandes fondées sur la *Loi sur la concurrence*, puisque l'art. 36 vise l'indemnisation des pertes, non la restitution des gains illicites (par. 73).

2. L'éventualité d'une responsabilité indéterminée n'empêche pas de reconnaître une cause d'action aux acheteurs sous parapluie, étant donné que la responsabilité à laquelle s'exposent les défenderesses, quoiqu'importante, ne serait pas indéterminée (par. 75-76).
3. Bien que les demandes présentées par les acheteurs sous parapluie puissent exposer les défenderesses à une responsabilité quant à des décisions d'établissement des prix prises par des tiers, il reste que, selon la théorie de l'effet parapluie, ces décisions ne sont pas véritablement « indépendantes » (par. 77).
4. Les réclamations des acheteurs sous parapluie favoriseraient l'atteinte des objectifs de la *Loi sur la concurrence*, notamment l'indemnisation et la dissuasion (par. 78).

c) Élément d'« illégalité »

[11] Le juge saisi de la demande d'autorisation a ensuite examiné l'argument de Toshiba suivant lequel une infraction à la *Loi sur la concurrence* ne pouvait constituer l'élément [TRADUCTION] « illégal » d'une cause d'action civile, telle que le complot qui prévoit le recours à des moyens illégaux (par. 83). Il a conclu qu'il était lié par l'arrêt *Watson c. Bank of America Corp.*, 2015 BCCA 362, 79 B.C.L.R. (5th) 1, et que cela se pouvait donc. Bien que, pour d'autres raisons, les actes de procédure n'aient pas révélé de cause d'action pour délit d'atteinte par un moyen illégal, M. Godfrey a été autorisé à les modifier (par. 109-110). Et bien qu'il ait conclu que les actes de procédure de M. Godfrey *révélaient* une cause d'action pour complot civil, à la fois pour complot visant principalement à causer un préjudice et complot d'atteinte par un moyen illégal, enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel (par. 100, 102, 115 et 119), le juge saisi de la demande d'autorisation a également conclu que les actions pour enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel intentées par les acheteurs sous parapluie étaient vouées à l'échec (par. 116 et 120).

(2) Do the Claims Raise Common Issues?

[12] Godfrey sought to have 25 questions certified as common questions under s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act* (several of which related to loss alleged to have been suffered by the proposed class (para. 143)). Godfrey's expert, Dr. Keith Reutter, opined that (1) all the proposed class members would have been impacted by Toshiba's alleged conspiracy, and (2) there are methods available to estimate any overcharge that resulted from the alleged conspiracy, as well as aggregate damages (paras. 151-52). Some of the defendants, however, retained their own expert, Dr. James Levinsohn, who opined that it would not be possible to determine the fact of injury for the proposed class members using common evidence and analysis (para. 153).

[13] After examining Dr. Reutter's opinion in detail, the certification judge concluded that his was a plausible methodology which satisfied the standard set in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, for evidence to support certifying loss as a common issue. Specifically, it could establish that overcharges were passed on to the indirect purchaser level (paras. 167 and 179).

[14] The certification judge therefore certified all of the common issues with respect to the direct purchasers and indirect purchasers, except those relating to the unlawful means tort (para. 199). With respect to the umbrella purchasers, he certified all of the common issues except those relating to the unlawful means tort, unjust enrichment, waiver of tort (para. 200) and aggregate damages (para. 188).

B. *British Columbia Court of Appeal, 2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319 — per Savage J.A.*

[15] Pioneer appealed, arguing the certification judge erred in holding: (1) that the limitation period

(2) Les demandes soulèvent-elles des questions communes?

[12] M. Godfrey a demandé que 25 questions soient autorisées en tant que questions communes au titre de l'al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act* (plusieurs de ces questions portent sur la perte que le groupe projeté aurait subie (par. 143)). L'expert de M. Godfrey, M. Keith Reutter, s'est dit d'avis que (1) tous les membres du groupe projeté ont été touchés par le complot auquel aurait participé Toshiba, et que (2) des méthodes permettent d'estimer la valeur de toute majoration ayant découlé du complot et le montant des dommages-intérêts globaux (par. 151-152). Certaines défenderesses ont cependant fait appel à leur propre expert, M. James Levinsohn, selon qui il ne serait pas possible d'établir le préjudice subi par les membres du groupe proposé au moyen d'une preuve et d'analyses communes (par. 153).

[13] Après avoir examiné en détail l'opinion de M. Reutter, le juge saisi de la demande d'autorisation a conclu que la méthode qu'il proposait était une méthode acceptable qui respectait la norme établie dans l'arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, et qui justifiait l'autorisation de la question liée à la perte en tant que question commune. Plus particulièrement, cette méthode permettait d'établir que la majoration a été refilee aux acheteurs indirects (par. 167 et 179).

[14] Le juge saisi de la demande d'autorisation a donc autorisé toutes les questions communes concernant les acheteurs directs et les acheteurs indirects, à l'exception de celles portant sur le délit d'atteinte par un moyen illégal (par. 199). Quant aux acheteurs sous parapluie, il a autorisé toutes les questions communes à l'exception de celles portant sur le délit d'atteinte par un moyen illégal, l'enrichissement sans cause, la renonciation au recours délictuel (par. 200) et les dommages-intérêts globaux (par. 188).

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319 — le juge Savage*

[15] Pioneer s'est pourvue en appel, soutenant que le juge saisi de la demande d'autorisation avait

defence cannot be considered at the certification stage; (2) that it is not plain and obvious that the discoverability rule never applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*; and (3) that it is not plain and obvious that the doctrine of fraudulent concealment cannot toll the limitation period in this case (para. 45).

[16] Toshiba also appealed, arguing the certification judge erred by: (1) recasting the standard for certifying loss as a common issue; (2) holding that a breach of s. 45 of the *Competition Act* can furnish the “unlawfulness” element for common law actions; and (3) allowing the umbrella purchasers’ causes of action to proceed (para. 44).

[17] The Court of Appeal dismissed both sets of appeals.

(1) Pioneer’s Appeal

[18] Agreeing with the certification judge, the Court of Appeal held that limitations arguments should, generally, not be considered at the certification stage. Further, and that aside, the limitations issue in this case was “intimately connected with the facts of the alleged conspiracy” and should be reserved for trial (paras. 67-68). Alternatively, were discoverability properly considered at the certification stage, it would not be plain and obvious that discoverability does not apply to delay the running of the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*. While recognizing that some courts have declined to apply discoverability to s. 36(4)(a)(i) (para. 72), the Court of Appeal read this Court’s decision in *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, as directing that discoverability applies where the limitation period is explicitly linked to the injured party’s knowledge or the basis of the cause of action (para. 89).

commis une erreur en concluant : (1) que la défense de prescription ne peut pas être prise en compte à l’étape de l’autorisation; (2) qu’il n’est pas évident et manifeste que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique jamais au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence*; et (3) qu’il n’est pas évident et manifeste que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne permet pas de repousser le point de départ du délai de prescription en l’espèce (par. 45).

[16] Toshiba s’est également pourvue en appel, soutenant que le juge saisi de la demande d’autorisation s’était trompé : (1) en reformulant le critère d’autorisation de la question liée à la perte à titre de question commune; (2) en concluant qu’une infraction à l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence* peut offrir l’élément d’« illégalité » requis pour les actions en common law; et (3) en laissant les causes d’action des acheteurs sous parapluie suivre leur cours (par. 44).

[17] La Cour d’appel a rejeté les deux appels.

(1) Appel de Pioneer

[18] Souscrivant à l’opinion du juge saisi de la demande d’autorisation, la Cour d’appel a conclu que, de façon générale, il ne convenait pas de tenir compte des arguments sur la prescription à l’étape de l’autorisation. Qui plus est, la question de la prescription en l’espèce était [TRADUCTION] « étroitement liée aux faits sous-tendant l’allégation de complot » et elle devait être tranchée au procès (par. 67-68). Subsidièrement, même si l’on tenait compte du principe de la possibilité de découvrir de manière adéquate au stade de l’autorisation, il ne serait pas évident et manifeste que ce principe ne permet pas de reporter le point de départ du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence*. Tout en reconnaissant que certains tribunaux ont refusé d’appliquer ce principe au sous-al. 36(4)a)(i) (par. 72), la Cour d’appel a jugé qu’il se dégage de l’arrêt *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53, que la règle de la possibilité de découvrir s’applique lorsque le délai de prescription est expressément lié à la connaissance de la partie lésée ou au fondement de la cause d’action (par. 89).

[19] Further, the certification judge was correct, said the Court of Appeal, to conclude that it is not plain and obvious that the doctrine of fraudulent concealment could not apply (para. 110). Equitable fraud was sufficient to invoke the doctrine, and a purely commercial relationship could support the requirement for a “special relationship” (paras. 102-3) between the parties so as to toll the applicable limitation period. Accordingly, Godfrey’s failure to plead a “special relationship” would not preclude the doctrine’s application here (para. 104).

(2) Certifying Loss as a Common Issue

[20] Toshiba argued that, since Dr. Reutter’s proposed methodology could neither demonstrate that loss was suffered by each class member nor identify the class members who did not suffer harm, the certification judge erred in certifying questions relating to harm as common questions (para. 113). It also saw error in the certification judge’s reference (at para. 169) to the *Class Proceedings Act*’s aggregate damages provisions as supporting the possibility of liability, even where some class members have not demonstrated actual loss.

[21] The Court of Appeal rejected these arguments, noting that *Microsoft* allows loss to be certified as a common issue if “the methodology [is] able to establish that the overcharges have been passed on to the indirect-purchaser level in the distribution chain” (para. 149, citing *Microsoft*, at para. 115). Certifying an issue as common does not create an ultimate right to recovery; it is merely a procedural step that does not change the substantive rights of the parties (para. 158). And, while the aggregate damages provisions in the *Class Proceedings Act* are applicable only once liability is established, they do indeed demonstrate that the statute contemplates recovery where certain class

[19] En outre, aux dires de la Cour d’appel, le juge saisi de la demande d’autorisation a eu raison de conclure qu’il n’était pas évident et manifeste que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne pouvait s’appliquer (par. 110). L’existence d’une fraude en equity suffit pour invoquer la doctrine, et l’existence d’un lien purement commercial permet de satisfaire à l’exigence d’une [TRADUCTION] « relation spéciale » (par. 102-103) entre les parties de manière à repousser le point de départ du délai de prescription applicable. Ainsi, l’omission de M. Godfrey de faire état d’une « relation spéciale » n’empêcherait pas l’application de la doctrine en l’espèce (par. 104).

(2) Autorisation de la question de la perte en tant que question commune

[20] Toshiba a fait valoir que, puisque la méthode proposée par M. Reutter ne permettait pas de démontrer que la perte a été subie par chacun des membres du groupe, ni d’identifier ceux du groupe qui n’ont pas subi de préjudice, le juge saisi de la demande d’autorisation avait commis une erreur en autorisant les questions liées au préjudice en tant que questions communes (par. 113). Elle considère également que le juge a commis une erreur en mentionnant (par. 169) que les dispositions de la *Class Proceedings Act* portant sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent étayer une déclaration de responsabilité, même si certains membres du groupe n’ont pas démontré qu’ils avaient réellement subi une perte.

[21] La Cour d’appel a rejeté ces arguments, soulignant que selon l’arrêt *Microsoft*, les questions liées à la perte peuvent être autorisées en tant que questions communes si « la méthode [permet d’]établir que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution » (par. 149, citant *Microsoft*, par. 115). Autoriser une question en tant que question commune ne crée aucun droit ultime d’indemnisation; il s’agit simplement d’une étape procédurale qui ne change rien aux droits substantiels des parties (par. 158). Et, bien que les dispositions relatives aux dommages-intérêts globaux contenues dans la *Class Proceedings Act* ne s’appliquent qu’une fois la responsabilité établie,

members have not proven that they suffered loss (paras. 160-61).

### (3) Unlawfulness Element

[22] The Court of Appeal agreed with the certification judge that a breach of s. 45 of the *Competition Act* could represent the unlawfulness element of the various causes of action advanced by Godfrey (para. 186).

### (4) The Umbrella Purchasers

[23] Here, too, the Court of Appeal found no error in the certification judge's reasons. Umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* based on a breach of s. 45(1) (paras. 247-48). Toshiba's arguments that the certification judge did not expressly consider whether the umbrella purchasers have claims at common law, and that the certification judge erred in his interpretation of s. 36, were rejected (paras. 188-89).

[24] Finally, the Court of Appeal agreed with the certification judge that Toshiba's concerns about indeterminate liability did not support denying certification of the umbrella purchasers' claims. An action under s. 36(1)(a) based on a breach of s. 45(1) is subject to internal limitations within ss. 36(1) and 45(1) which address indeterminacy such that it does not arise as a concern in this case (paras. 230-31). Further, Toshiba's additional potential liability to the umbrella purchasers would be significantly less, relative to its potential liability to non-umbrella purchasers (para. 236).

## IV. Issues on Appeal

[25] Pioneer's appeal raises the issue of whether it is plain and obvious that the claim against it will not

elles démontrent que la loi envisage la possibilité d'indemnisation si certains membres du groupe n'ont pas démontré qu'ils avaient subi une perte (par. 160-161).

### (3) Élément d'illégalité

[22] La Cour d'appel a convenu avec le juge saisi de la demande d'autorisation qu'une infraction à l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence* pouvait constituer l'élément d'illégalité des diverses causes d'action avancées par M. Godfrey (par. 186).

### (4) Les acheteurs sous parapluie

[23] Là encore, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur dans les motifs du juge saisi de la demande d'autorisation. Les acheteurs sous parapluie ont une cause d'action suivant l'al. 36(1)a de la *Loi sur la concurrence*, laquelle est fondée sur une infraction au par. 45(1) (par. 247-248). Les arguments de Toshiba, selon lesquels le juge saisi de la demande d'autorisation n'aurait pas expressément examiné si les acheteurs sous parapluie disposaient de recours en common law et le juge aurait commis une erreur dans son interprétation de l'art. 36, ont été rejetés (par. 188-189).

[24] Enfin, la Cour d'appel a partagé l'avis du juge saisi de la demande d'autorisation selon lequel la crainte d'une responsabilité indéterminée manifestée par Toshiba ne justifiait pas le refus d'autoriser les demandes des acheteurs sous parapluie. Toute action fondée sur l'al. 36(1)a au titre d'un manquement au par. 45(1) est assujettie aux restrictions inhérentes aux par. 36(1) et 45(1), qui circonscrivent la responsabilité de sorte qu'une telle crainte ne se pose pas en l'espèce (par. 230-231). Qui plus est, la responsabilité supplémentaire à laquelle Toshiba pourrait être tenue à l'égard des acheteurs sous parapluie serait substantiellement moindre comparativement à sa responsabilité éventuelle à l'égard des autres acheteurs (par. 236).

## IV. Questions en litige

[25] Le pourvoi de Pioneer soulève la question de savoir s'il est évident et manifeste que la demande

succeed because it is statute-barred by s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*. In answering this question, we must decide:

1. whether the principle of discoverability applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*; and
2. whether, for fraudulent concealment to toll the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*, a special relationship between the parties must be established.

[26] The appeals, taken together, raise three common issues:

1. whether it is plain and obvious that the umbrella purchasers' claim under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* cannot succeed;
2. whether it is plain and obvious that s. 36(1) of the *Competition Act* bars a plaintiff from bringing concurrent common law and equitable claims; and
3. the required standard to certify loss as a common issue, and whether Dr. Reutter's evidence satisfies that standard.

## V. Analysis

[27] Section 4(1) of the *Class Proceedings Act* contains the requirements for certification of a class proceeding in British Columbia. At issue is whether Godfrey has satisfied s. 4(1)(a), which requires that the pleadings disclose a cause of action, and s. 4(1)(c), which requires that the claims of the class members raise common issues. The former requirement is satisfied unless, assuming all the facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff's claim cannot succeed (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 20; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25; *Microsoft*, at para. 63). The latter is satisfied where

contre elle ne sera pas accueillie parce qu'elle est prescrite par le sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*. Pour répondre à cette question, nous devons trancher les questions suivantes :

1. Le principe de la possibilité de découvrir s'applique-t-il au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*?
2. Pour que la dissimulation frauduleuse repousse le point de départ du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*, faut-il établir une relation spéciale entre les parties?

[26] Pris ensemble, les pourvois soulèvent trois questions communes :

1. Est-il évident et manifeste que la demande des acheteurs sous parapluie fondée sur l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* ne peut être accueillie?
2. Est-il évident et manifeste que le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* empêche le demandeur d'exercer concurremment des recours de common law ou d'equity?
3. Quelle est la norme requise pour autoriser la question de la perte en tant que question commune et le témoignage de M. Reutter satisfait-il à cette norme?

## V. Analyse

[27] Le paragraphe 4(1) de la *Class Proceedings Act* énonce les conditions d'autorisation d'un recours collectif en Colombie-Britannique. Il s'agit de savoir si M. Godfrey a respecté l'al. 4(1)a), qui exige que les actes de procédure révèlent une cause d'action, et l'al. 4(1)c), qui exige que les réclamations des membres du groupe soulèvent des questions communes. La première condition est respectée à moins que, en tenant tous les faits allégués pour avérés, il soit évident et manifeste que la réclamation du demandeur au fond est insoutenable (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 20; *Hollick v. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25; *Microsoft*,

there is “some basis in fact” to support a common issue (*Hollick*, at para. 25; *Microsoft*, at paras. 99-100).

[28] Although at certification the plaintiff must satisfy s. 4(1)’s requirements that I have just described, the standard of review on appeal for each particular question depends on the nature of the question, and will be identified in turn.

#### A. *Pioneer’s Appeal*

[29] Noting that the alleged conspiracy is said to have ended on January 1, 2010, and that the action against Pioneer was not commenced until August 16, 2013, Pioneer argues that Godfrey’s claim is statute-barred, as it was commenced after the two-year limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act* expired. As I will explain, I agree that the discoverability rule applies to extend the limitation period in s. 36(4)(a)(i). It is not plain and obvious that Godfrey’s claim against Pioneer will fail on this basis. Although it is therefore unnecessary to opine on whether the doctrine of fraudulent concealment would apply, I take this opportunity to briefly discuss why its application is not conditioned upon a special relationship between the parties.

[30] Determining whether discoverability applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) is a question of law subject to a standard of correctness, as is the question of whether fraudulent concealment requires a special relationship to be established between the parties. The applicability of either doctrine is, however (and as noted by the Court of Appeal), “bound up in the facts” and must be left to the trial judge to decide (C.A. reasons, at para. 68).

par. 63). La dernière condition est respectée lorsqu’il existe un « certain fondement factuel » pouvant étayer une question commune (*Hollick*, par. 25; *Microsoft*, par. 99-100).

[28] Au stade de l’autorisation, le demandeur doit satisfaire aux exigences du par. 4(1) que je viens de décrire; toutefois, la norme de contrôle en appel applicable à chaque question en particulier dépend de la nature de la question et je préciserai quelle norme s’applique dans chaque cas.

#### A. *Appel formé par Pioneer*

[29] Soulignant que le complot allégué aurait pris fin le 1<sup>er</sup> janvier 2010 et que l’action intentée contre elle n’a été introduite que le 16 août 2013, Pioneer soutient que la demande de M. Godfrey est prescrite parce qu’elle a été introduite après l’expiration du délai de prescription de deux ans prévu au sous-al. 36(4)a(i) de la *Loi sur la concurrence*. Comme je vais l’expliquer, je reconnais que la règle de la possibilité de découvrir s’applique de façon à prolonger le délai de prescription établi au sous-al. 36(4)a(i). Il n’est pas évident et manifeste que la demande de M. Godfrey contre Pioneer doit être rejetée pour ce motif. Bien qu’il ne soit donc pas nécessaire que je me prononce sur la question de savoir si la doctrine de la dissimulation frauduleuse s’applique, je saisis l’occasion d’examiner brièvement les raisons pour lesquelles son application ne tient pas à l’existence d’une relation spéciale entre les parties.

[30] La question de savoir si la possibilité de découvrir s’applique au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) est une question de droit contrôlée suivant la norme de la décision correcte, tout comme la question de savoir si la dissimulation frauduleuse oblige à établir l’existence d’une relation spéciale entre les parties. Toutefois, comme l’a souligné la Cour d’appel, l’applicabilité de ces deux doctrines est [TRADUCTION] « intimement liée aux faits » et il appartient au juge du procès de trancher cette question (motifs de la C.A., par. 68).

(1) Discoverability

- (a)
- Limitation Periods Run From the Accrual or Knowledge of the Cause of Action*

[31] This Court has recognized that limitation periods may be subject to a rule of discoverability, such that a cause of action will not accrue for the purposes of the running of a limitation period until “the material facts on which [the cause of action] is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence” (*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 224; *Ryan*, at paras. 2 and 22).

[32] This discoverability rule does not apply automatically to every limitation period. While a “rule”, it is not a universally applicable rule of *limitations*, but a rule of *construction* to aid in the interpretation of statutory limitation periods (*Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 37). It can therefore be displaced by clear legislative language (*Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2006 FCA 415, [2007] 3 F.C.R. 245, at para. 333, aff’d 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222). In this regard, many provincial legislatures have chosen to enact statutory limitation periods that codify, limit or oust entirely discoverability’s application, particularly in connection with ultimate limitation periods (see, e.g., *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 4, 5 and 15; *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 3(1); *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, ss. 6 to 8 and 21; *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, ss. 5 to 7; *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5, s. 5; *Limitation of Actions Act*, S.N.S. 2014, c. 35, s. 8; see also *Bowes v. Edmonton (City)*, 2007 ABCA 347, 425 A.R. 123, at paras. 146-58).

[33] Further, absent legislative intervention, the discoverability rule applies only where the limitation period in question runs from the accrual of the cause of action, or from some other event that

(1) Possibilité de découvrir

- a)
- Le délai de prescription commence à courir à compter de la naissance ou de la connaissance de la cause d’action*

[31] Notre Cour a reconnu que les délais de prescription peuvent être assujettis à la règle de la possibilité de découvrir, de sorte que la cause d’action prendra naissance, pour les besoins de l’écoulement du délai de prescription, « lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d’action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l’être s’il avait fait preuve de diligence raisonnable » (*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, p. 224; *Ryan*, par. 2 et 22).

[32] La règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas automatiquement à chaque délai de prescription. C’est une « règle », certes, mais ce n’est pas une règle de *prescription* d’application universelle; c’est plutôt une règle d’*interprétation* visant à faciliter l’interprétation des délais de prescription fixés par la loi (*Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 37). Elle peut donc être écartée par un texte législatif clair (*Bande et nation indienne d’Ermineskin c. Canada*, 2006 CAF 415, [2007] 3 R.C.F. 245, par. 333, conf. par 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222). À cet égard, plusieurs législatures provinciales ont choisi d’établir au moyen de lois des délais de prescription qui codifient, limitent ou écartent complètement l’application de la règle de la possibilité de découvrir, notamment en ce qui concerne les délais de prescription maximum (voir, p. ex., la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 4, 5 et 15; *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, par. 3(1); *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, art. 6 à 8 et 21; *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5 à 7; *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5; *Limitation of Actions Act*, S.N.S. 2014, c. 35, art. 8; voir aussi *Bowes c. Edmonton (City)*, 2007 ABCA 347, 425 A.R. 123, par. 146-158).

[33] De plus, en l’absence d’intervention de la législature, la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique que si le délai de prescription en cause commence à courir à compter de la naissance de la

occurs when the plaintiff has knowledge of the injury sustained:

In my opinion, the judge-made discoverability rule is nothing more than a rule of construction. Whenever a statute requires an action to be commenced within a specified time from the happening of a specific event, the statutory language must be construed. When time runs from “the accrual of the cause of action” or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained, the judge-made discoverability rule applies. But, when time runs from an event which clearly occurs without regard to the injured party’s knowledge, the judge-made discoverability rule may not extend the period the legislature has prescribed. [Emphasis added.]

(*Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200 (Man. C.A.), at para. 22, cited in *Peixeiro*, at para. 37.)

[34] Two points flow from this statement. First, where the running of a limitation period is contingent upon the accrual of a cause of action or some other event that can occur only when the plaintiff has knowledge of his or her injury, the discoverability principle applies in order to ensure that the plaintiff had knowledge of the existence of his or her legal rights before such rights expire (*Peixeiro*, at para. 39).

[35] Secondly (and conversely), where a statutory limitation period runs from an event unrelated to the accrual of the cause of action or which does not require the plaintiff’s knowledge of his or her injury, the rule of discoverability will not apply. In *Ryan*, for example, this Court held that discoverability did not apply to s. 5 of the *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32, which stated that an action against a deceased could not be brought after one year from the date of death. As the Court explained (para. 24):

The law does not permit resort to the judge-made discoverability rule when the limitation period is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to

cause d’action ou de tout autre événement survenant au moment où le demandeur prend connaissance du préjudice subi :

[TRADUCTION] À mon avis, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage n’est rien de plus qu’une règle d’interprétation. Dans tous les cas où une loi indique que l’action en justice doit être intentée dans un certain délai après un événement donné, il faut interpréter les termes de cette loi. Lorsque ce délai court à partir du « moment où naît la cause d’action » ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu’au moment où la [partie lésée] prend connaissance du dommage, c’est la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage qui s’applique. Toutefois, si le délai court à compter de la date d’un événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu’en a la [partie lésée], cette règle ne peut prolonger le délai fixé par le législateur. [Je souligne.]

(*Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200 (C.A. Man.), par. 22, cité dans *Peixeiro*, par. 37.)

[34] Deux points se dégagent de cet énoncé. Premièrement, lorsque le point de départ du délai de prescription dépend de la naissance de la cause d’action ou de quelque autre événement ne pouvant survenir qu’au moment où le demandeur prend connaissance de son préjudice, le principe de la possibilité de découvrir s’applique de manière à garantir que le demandeur avait connaissance des droits que la loi lui confère avant qu’ils expirent (*Peixeiro*, par. 39).

[35] Deuxièmement (et inversement), lorsqu’un délai de prescription légal commence à courir à compter d’un événement qui n’a rien à voir avec la naissance de la cause d’action ou qui n’exige pas que le demandeur ait connaissance du préjudice qu’il a subi, la règle de la possibilité de découvrir ne s’appliquera pas. Dans l’arrêt *Ryan*, par exemple, la Cour a conclu que la règle ne s’appliquait pas à l’art. 5 de la *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32, qui dispose qu’aucune action ne peut être intentée contre une personne décédée après un an suivant la date de son décès. Comme la Cour l’a expliqué (par. 24) :

Il n’est pas permis, en droit, de recourir à la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage dans les cas où la loi applicable lie expressément le délai de

the injured party's knowledge or the basis of the cause of action. [Emphasis added; citation omitted.]

By tying, then, the limitation period to an event unrelated to the cause of action, and which did not necessitate the plaintiff's knowledge of an injury, the legislature had clearly displaced the discoverability rule (*Ryan*, at para. 27).

[36] In determining whether a limitation period runs from the accrual of a cause of action or knowledge of the injury, such that discoverability applies, substance, not form, is to prevail: even where the statute does not explicitly state that the limitation period runs from “the accrual of the cause of action”, discoverability will apply if it is evident that the operation of a limitation period is, in substance, conditioned upon accrual of a cause of action or knowledge of an injury. Indeed, clear statutory text is necessary to oust its application. In *Peixeiro*, for example, this Court applied the discoverability rule to s. 206(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, which stated that an action must be commenced within two years of the time when “damages were sustained” (para. 2). The use of the phrase “damages were sustained” rather than “when the cause of action arose” was a “distinction without a difference”, as it was unlikely that the legislature intended that the limitation period should run without the plaintiff's knowledge (para. 38).

[37] It is therefore clear that the “the judge-made discoverability rule will apply when the requisite limitation statute indicates that time starts to run from when the cause of action arose (or other wording to that effect)” (G. Mew, D. Rolph and D. Zacks, *The Law of Limitations* (3rd ed. 2016), at p. 103 (emphasis added)). And, while my colleague Côté J. claims to disagree with my analysis, I am fortified by the endorsement in her reasons of this formulation of discoverability (paras. 140 and 149).

prescription à un événement déterminé qui n'a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d'action. [Je souligne; référence omise.]

En rattachant, alors, le délai de prescription à un événement qui n'a aucun rapport avec la cause d'action et qui n'exige pas que le demandeur ait connaissance d'un préjudice, la législature a clairement écarté la règle de la possibilité de découvrir (*Ryan*, par. 27).

[36] Pour décider si un délai de prescription commence à courir à la date de la naissance de la cause d'action ou lorsque le demandeur a connaissance du préjudice qu'il a subi, de sorte que la règle de la possibilité de découvrir s'applique, le fond, non la forme, doit prévaloir : même si la loi ne précise pas que le délai de prescription commence à courir à compter de « la naissance de la cause d'action », le principe de la possibilité de découvrir s'applique s'il est évident que le point de départ du délai de prescription dépend, en substance, de la naissance de la cause d'action ou de la connaissance d'un préjudice. En fait, pour écarter l'application du principe, il faut un texte législatif clair. Dans l'arrêt *Peixeiro*, par exemple, notre Cour a appliqué la règle de la possibilité de découvrir au par. 206(1) du *Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8, selon lequel l'action devait être intentée dans les deux ans de la date à laquelle les « dommages ont été subis » (par. 2). L'utilisation des mots « où les dommages ont été subis » plutôt que « date où la cause d'action a pris naissance » est une « distinction sans importance », puisqu'il est peu probable que la législature ait voulu que le délai de prescription commence à courir à l'insu du demandeur (par. 38).

[37] Il est donc clair que [TRADUCTION] « la règle prétorienne de la possibilité de découvrir s'applique quand la loi de prescription voulue indique que le délai commence à courir à la date de la naissance de la cause d'action (ou qu'il utilise d'autres mots en ce sens) » (G. Mew, D. Rolph et D. Zacks, *The Law of Limitations* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 103 (je souligne)). Et, bien que ma collègue prétende être en désaccord avec mon analyse, elle me conforte dans mon opinion en cautionnant cette formulation de la règle de la possibilité de découvrir (par. 140 et 149).

[38] The issue raised by this appeal is what constitutes sufficiently clear legislative expression in this regard, such that discoverability will apply. In my view, where the event triggering the limitation period is an element of the cause of action, the legislature has shown its intention that the limitation period be linked to the cause of action's accrual, such that discoverability will apply. As this Court stated in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, the accrual of a cause of action is a “gradatio[n]” (p. 34). Where all the elements of a cause of action occur simultaneously, the cause of action accrues contemporaneously with the occurrence of each element (*M. (K.)*, at p. 34). Where, however, the occurrence of each element is separated in time, the accrual of the cause of action is a continuing (but not continual) process. That is, the cause of action will continue to accrue as each element of the cause of action occurs.

[39] This was what the Court in *Ryan* was referring to when it said that discoverability does not apply where the limitation period “is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to the injured party’s knowledge or the basis of the cause of action” (para. 24 (emphasis added)). In *Ryan*, discoverability did not apply because the action was “complete in all its elements” before the operation of the event triggering the limitation period (para. 18). The limitation period was not dependent upon the accrual of the cause of action and thus the limitation period would begin to run independent of the accrual of the cause of action (see *Ryan*, at paras. 16, 18, 20, 29 and 32). Citing the trial judge with approval, the Court added this:

The fact of death is of no relevance to the cause of action in question. It is not an element of the cause of action and is not required to complete the cause of action. Whatever the nature of the cause of action, it is existing and complete before the *Survival of Actions Act* operates, in the case of a death, to maintain it and provide a limited time window within which it must be pursued. The fact of the death is irrelevant to the cause of action and serves

[38] Il s’agit en l’espèce de savoir ce qui constitue une expression suffisamment claire de la législature en ce sens pour que la règle de la possibilité de découvrir s’applique. À mon avis, lorsque l’événement marquant le point de départ du délai de prescription est un élément de la cause d’action, la législature a manifesté son intention que le délai de prescription soit lié à la naissance de la cause d’action, déclenchant du même coup l’application de la règle de la possibilité de découvrir. Comme l’a affirmé notre Cour dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, la cause d’action « peut prendre naissance [à différents moments] » (p. 34). Si tous les éléments d’une cause d’action apparaissent simultanément, la cause d’action prend naissance au moment où survient chaque élément (*M. (K.)*, p. 34). En revanche, si les éléments ne surviennent pas tous en même temps, la naissance de la cause d’action est un processus en cours (mais non continu). En d’autres termes, la cause d’action continue de prendre naissance à mesure que survient chacun de ses éléments.

[39] C’est ce dont parlait la Cour dans *Ryan* quand elle a dit que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas lorsque « la loi applicable lie expressément le délai de prescription à un événement déterminé qui n’a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d’action » (par. 24 (je souligne)). Dans *Ryan*, cette règle ne s’appliquait pas car « tous les éléments » de l’action « [étaient] présents » avant que ne survienne le fait qui marque le point de départ du délai de prescription (par. 18). Le délai de prescription ne dépendait pas de la naissance de la cause d’action et il commencerait donc à courir indépendamment de la naissance de la cause d’action (voir *Ryan*, par. 16, 18, 20, 29 et 32). Citant le juge de première instance avec approbation, la Cour a ajouté ceci :

[TRADUCTION] Le décès en tant que tel n’a aucune pertinence en ce qui concerne la cause d’action en question. Il ne constitue pas un élément de la cause d’action et n’est pas nécessaire pour compléter la cause d’action. Quelle que soit la nature de la cause d’action, elle existe et est complète avant que la *Survival of Actions Act* s’applique, en cas de décès, pour la maintenir et fixer un délai limité dans lequel l’action devra être intentée. Le décès

only to provide a time from which the time within which to bring the action is to be calculated. [Emphasis added; para. 32.]

[40] Had, however, the event triggering the limitation period been an *element* of the cause of action, or had it been required to occur before the cause of action could accrue, discoverability *could* apply (*Ryan*, at paras. 29-30, citing *Burt v. LeLacheur*, 2000 NSCA 90, 189 D.L.R. (4th) 193). I do not see my colleague Côté J. as disagreeing on this point: she is quite right when she says that “the words ‘basis of the cause of action’ in para. 24 of *Ryan* should be understood as essentially synonymous with the ‘arising or accrual of the cause of action’” (para. 148). As this Court held in *Peixeiro*, where the limitation period is based on an event that can be construed as synonymous with the accrual of the cause of action, discoverability will apply (para. 38).

[41] From all this, it is evident that discoverability continues to apply where the legislature has shown its intent that a limitation period shall run from “when the cause of action arose (or other wording to that effect)” or where the event triggering the limitation period requires the plaintiff’s knowledge of his or her injury (*Mew et al.*, at p. 103). Conversely, discoverability does not apply where that triggering event does not depend on the plaintiff’s knowledge or is independent of the accrual of the cause of action. This is not, as my colleague suggests, a modified test for discoverability (reasons of Côté J., at para. 154), but rather is the product of this Court’s application of *Fehr* in *Peixeiro* (regarding when discoverability *does* apply) and *Ryan* (regarding when discoverability *does not* apply).

en tant que tel n’est pas pertinent en ce qui concerne la cause d’action et sert seulement de point de départ pour calculer le délai dans lequel l’action devra être intentée. [Je souligne; par. 32.]

[40] Si en revanche le fait déclencheur du délai de prescription constituait un *élément* de la cause of action, ou s’il devait se produire avant que la cause d’action puisse prendre naissance, la règle de la possibilité de découvrir *pourrait* s’appliquer (*Ryan*, par. 29-30, citant *Burt c. LeLacheur*, 2000 NSCA 90, 189 D.L.R. (4th) 193). Je ne pense pas que ma collègue la juge Côté est en désaccord sur ce point : elle a parfaitement raison de dire que « l’expression “fondement de la cause d’action” figurant au par. 24 de l’arrêt *Ryan* devrait être considérée comme étant essentiellement synonyme de l’expression “naissance de la cause d’action” » (par. 148). Comme l’a conclu la Cour dans *Peixeiro*, lorsque le délai de prescription découle d’un fait susceptible d’être jugé synonyme de la naissance de la cause d’action, la règle de la possibilité de découvrir s’applique (par. 38).

[41] Il ressort clairement de tout ce qui précède que la règle de la possibilité de découvrir continue de s’appliquer lorsque la législature a manifesté son intention que le délai de prescription commence à courir [TRADUCTION] « à la naissance de la cause d’action (ou utilisé d’autres mots en ce sens) », ou encore lorsque le fait déclencheur du délai de prescription exige du demandeur qu’il ait connaissance du préjudice qu’il a subi (*Mew et autres*, p. 103). En revanche, la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas lorsque le fait déclencheur ne dépend pas de la connaissance du demandeur ou est indépendant de la naissance de la cause d’action. Il ne s’agit pas là, contrairement à ce que laisse entendre ma collègue, d’un critère modifié relatif à la possibilité de découvrir (motifs de la juge Côté, par. 154). Il s’agit plutôt de la conséquence de l’application par notre Cour de l’arrêt *Fehr* dans *Peixeiro* (à propos des circonstances où la règle de la possibilité de découvrir *s’applique*) et dans *Ryan* (au sujet des circonstances où la règle de la possibilité de découvrir *ne s’applique pas*).

(b) The Statutory Scheme, and the Objects of Statutory Limitation Periods

[42] Bearing in mind that, as I have explained, the discoverability rule is a rule of *construction*, its application depends on an examination of the pertinent statutory text to assess what triggers the running of the limitation period in question, supplemented by consideration of the statutory scheme within which it operates, and of the legislature's purpose in enacting limitation periods (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[43] Turning first to the statutory text, the relevant provisions of s. 36 of the *Competition Act* state:

**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.

...

(4) No action may be brought under subsection (1),

(a) in the case of an action based on conduct that is contrary to any provision of Part VI, after two years from

(i) a day on which the conduct was engaged in, or

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of,

whichever is the later; . . .

...

b) Le régime législatif et les objectifs des délais de prescription légaux

[42] Compte tenu du fait que, comme je l'ai expliqué, la règle de la possibilité de découvrir est une règle d'*interprétation*, son application dépend d'un examen du texte législatif pertinent visant à déterminer ce qui marque le point de départ du délai de prescription en question, complété par un examen du régime législatif dans lequel ladite disposition s'inscrit et de l'intention qu'avait la législature quand elle a fixé ce délai de prescription (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[43] Passons d'abord au texte législatif. Les dispositions pertinentes de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* prévoient :

**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.

...

(4) Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date du comportement en question,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

...

[44] The text of s. 36(4)(a)(i) provides that no action may be brought under s. 36(1)(a) after two years from a day *on which conduct contrary to Part VI* occurred. From this, it is clear that the event triggering this particular limitation period is an element of the underlying cause of action. That is, the limitation period in s. 36(4)(a)(i) is triggered by the occurrence of an element of the underlying cause of action — specifically, conduct contrary to Part VI of the *Competition Act*. Therefore, it is subject to discoverability (*Fanshawe College of Applied Arts and Technology v. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81, at para. 18).

[45] The scheme of s. 36(4) also supports the view that discoverability was intended to apply to the limitation period in s. 36(4)(a)(i). Section 36(4)(a) sets out two limitation periods — s. 36(4)(a)(i), which runs from the day on which the conduct occurred and s. 36(4)(a)(ii), which runs from the day on which criminal proceedings are disposed of. The applicable limitation period is whichever event occurs later. Pioneer argues that Parliament enacted s. 36(4)(a)(ii) to revive a cause of action where the limitation period has expired under s. 36(4)(a)(i), which revival would mitigate any unfairness created by the operation of the limitation period in s. 36(4)(a)(i) (A.F. (Pioneer), at para. 92). I do not view s. 36(4)(a)(ii)'s operation in this way. It is simply an example of a limitation period to which discoverability does not apply because, as the Court of Appeal for Ontario said in *Fanshawe*, the event triggering the limitation period under s. 36(4)(a)(ii) — the disposition of criminal proceedings — is “not connected to a plaintiff’s cause of action or knowledge” (para. 47). When s. 36(4)(a)(i) is contrasted with s. 36(4)(a)(ii), it is likely that Parliament intended that discoverability apply to the former limitation period and not the latter. Further, where criminal proceedings are *not* brought against a wrongdoer, the putative mitigating effect of s. 36(4)(a)(ii) would be of no assistance to plaintiffs whose right of action has expired by operation of s. 36(4)(a)(i).

[44] Le texte du sous-al. 36(4)a(i) prévoit que les actions visées à l’al. 36(1)a) se prescrivent dans les deux ans qui suivent la date du *comportement qui va à l’encontre de la partie VI*. Partant, il est évident que le fait déclencheur de ce délai de prescription est un élément de la cause d’action sous-jacente. En d’autres termes, le délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) court à compter de la survenance d’un élément de la cause d’action sous-jacente — plus précisément, le comportement qui va à l’encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. Par conséquent, il est assujéti à la règle de la possibilité de découvrir (*Fanshawe College of Applied Arts and Technology c. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81, par. 18).

[45] Le régime établi par le par. 36(4) appuie également la thèse selon laquelle la règle de la possibilité de découvrir est censée s’appliquer au délai de prescription du sous-al. 36(4)a(i). L’alinéa 36(4)a) prévoit deux délais de prescription : celui du sous-al. 36(4)a(i), qui commence à courir à la date du comportement en question, et celui du sous-al. 36(4)a(ii), qui commence à courir à la date où il est statué sur la poursuite. Le délai de prescription applicable est celui qui commence à courir à la dernière de ces dates. Pioneer soutient que le Parlement a adopté le sous-al. 36(4)a(ii) en vue de faire renaître une cause d’action qui est prescrite suivant le sous-al. 36(4)a(i), et que cette renaissance atténuerait toute iniquité créée par l’application du délai de prescription du sous-al. 36(4)a(i) (m.a. (Pioneer), par. 92). Selon moi, ce n’est pas ainsi que fonctionne le sous-al. 36(4)a(ii). Cette disposition n’est qu’un exemple de délai de prescription auquel la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas parce que, comme l’a dit la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Fanshawe*, le fait déclencheur du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(ii) — la date à laquelle il est statué sur la poursuite — n’est [TRADUCTION] « pas lié à la cause d’action ou à la connaissance du demandeur » (par. 47). Si l’on compare le sous-al. 36(4)a(i) au sous-al. 36(4)a(ii), le législateur voulait probablement que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au premier délai de prescription, mais non au deuxième. Qui plus est, lorsqu’*aucune* poursuite *n’est* intentée contre le contrevenant, le soi-disant effet d’atténuation attribué au sous-al. 36(4)a(ii) ne serait d’aucun secours au demandeur dont le droit d’action a expiré par application du sous-al. 36(4)a(i).

[46] So much for the statutory text and scheme. I turn, then, to consider this limitation period's relation to the overall object of the *Competition Act*, which is to "maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy . . . and . . . provide consumers with competitive prices and product choices" (*Competition Act*, s. 1.1). Anti-competitive agreements — which represent "conduct that is contrary to . . . Part VI" (s. 36(1)(a)) — are invariably conducted through secrecy and deception (*Fanshawe*, at para. 46; C.A. reasons, at para. 93), meaning that they are, by their very nature, *unknown* to s. 36(1)(a) claimants. Parliament would have known this when enacting the limitation provision contained in s. 36(4)(a)(i). It would therefore be absurd, and would render the cause of action granted by s. 36(1)(a) almost meaningless, to state that Parliament did not intend for discoverability to apply, such that the plaintiff's right of action would expire prior to his or her acquiring knowledge of the anti-competitive behaviour. I agree with the Court of Appeal that "it cannot be said that Parliament intended to accord such little weight to the interests of injured plaintiffs in the context of alleged conspiracies so as to exclude the availability of the discoverability rule in s. 36(4)" (C.A. reasons, at para. 93).

[47] The application of discoverability to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) is also supported by the object of statutory limitation periods. This Court has recognized that three rationales underlie limitation periods (*M. (K.)*, at pp. 29-31), which courts must consider in deciding whether the discoverability rule applies to a particular limitation period. The first is that limitation periods foster *certainty*, in that "[t]here comes a time . . . when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations" (*M. (K.)*, at p. 29). This concern must be balanced against the unfairness of allowing a wrongdoer to escape liability while the victim of injury continues to suffer the consequences (*M. (K.)*,

[46] Voilà pour le texte législatif et le régime qu'il établit. Je passe maintenant à l'examen du lien qui unit le délai de prescription à l'objet général de la *Loi sur la concurrence*, qui est de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne [. . .] de même que [. . .] d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits » (*Loi sur la concurrence*, art. 1.1). Les ententes anticoncurrentielles — qui participent des « comportement[s] allant à l'encontre [. . .] de la partie VI » (al. 36(1)a)) — font invariablement appel au secret et à la tromperie (*Fanshawe*, par. 46; motifs de la C.A., par. 93), ce qui veut dire qu'elles sont, de par leur nature même, *inconnues* des demandeurs visés par l'al. 36(1)a). Le législateur devait le savoir lorsqu'il a établi le délai de prescription du sous-al. 36(4)a)(i). Il serait non seulement absurde d'affirmer qu'il n'était pas dans l'intention du législateur que la règle de la possibilité de découvrir s'applique, de sorte que le droit d'action du demandeur expirerait avant qu'il prenne connaissance du comportement anticoncurrentiel, mais affirmer cela reviendrait à dénuer pratiquement de son sens la cause d'action reconnue par l'al. 36(1)a). Je conviens avec la Cour d'appel [TRADUCTION] « [qu']il est impossible de dire que le législateur a voulu accorder si peu d'importance aux intérêts des demandeurs lésés, dans les cas d'allégation de complot, qu'il a écarté le recours à la règle de la possibilité de découvrir au par. 36(4) » (motifs de la C.A., par. 93).

[47] L'application de la règle de la possibilité de découvrir au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) est également étayée par l'objet sous-tendant les délais de prescription légaux. Notre Cour a reconnu que les délais de prescription reposent sur trois justifications (*M. (K.)*, p. 29-31), dont les tribunaux doivent tenir compte pour décider si la règle de la possibilité de découvrir s'applique à un délai de prescription donné. La première est que les délais de prescription favorisent la *certitude*, en ce qu'« [i]l arrive un moment [. . .] où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu'il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations » (*M. (K.)*, p. 29). Ce souci de certitude doit être sou-pesé en regard de l'iniquité qui consiste à permettre à

at p. 29). The second rationale is *evidentiary*: limitation periods are intended to help prevent evidence from going stale, to the detriment of the plaintiff or the defendant (*M. (K.)*, at p. 30). Finally, limitation periods serve to encourage *diligence* on the part of plaintiffs in pursuing their claims (*M. (K.)*, at p. 30).

[48] Consideration of these rationales for limitation periods affirms discoverability's application here. Even recognizing that shorter limitation periods indicate that Parliament put a premium on the certainty that comes with a limitation statute's function of repose (*Peixeiro*, at para. 34), balancing all of the competing interests underlying s. 36(4)(a)(i) weighs in favour of applying discoverability. The ability of plaintiffs to advance claims for loss arising from conduct contrary to Part VI of the *Competition Act* outweighs defendants' interests in barring them, especially where such conduct is, as I have already noted, concealed from plaintiffs (*Fanshawe*, at para. 46) (such that the evidentiary rationale — that is, the concern about evidence going “stale” — has no place in the analysis). To hold otherwise would create perverse incentives, encouraging continued concealment of anti-competitive behaviour until the two-year limitation period has elapsed. It would therefore not only bar plaintiffs from pursuing their claims, but reward concealment that has been “particularly effective” (*Fanshawe*, at para. 49).

[49] In contrast, applying discoverability to s. 36(4)(a)(i) would not unduly affect the defendant's interests, as discoverability does not excuse the plaintiff from moving matters along, such that the rationale of encouraging diligence is still served (*Peixeiro*, at para. 39). Where plaintiffs sleep on their rights or otherwise do not diligently pursue their

un contrevenant d'échapper à sa responsabilité alors que la victime du préjudice continue à en subir les conséquences (*M. (K.)*, p. 29). La deuxième justification se rattache à la *preuve* : les délais de prescription visent à empêcher que des éléments de preuve deviennent périmés, au détriment du demandeur ou du défendeur (*M. (K.)*, p. 30). Enfin, les délais de prescription servent à encourager les demandeurs à faire preuve de *diligence* dans la poursuite de leurs actions (*M. (K.)*, p. 30).

[48] L'examen des justifications qui sous-tendent les délais de prescription confirme que le principe de la possibilité de découvrir s'applique en l'espèce. Même si je reconnais que la brièveté d'un délai de prescription tend à indiquer que le législateur attache une grande importance à la certitude qui découle de toute loi visant à assurer la tranquillité d'esprit (*Peixeiro*, par. 34), j'estime que la mise en balance de l'ensemble des intérêts divergents sur lesquels repose le sous-al. 36(4)a(i) milite en faveur de l'application de la règle de la possibilité de découvrir. La capacité des demandeurs de poursuivre en justice pour les pertes découlant d'un comportement allant à l'encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* l'emporte sur l'intérêt des défendeurs à les en empêcher, surtout lorsqu'un tel comportement a lieu, comme je l'ai déjà mentionné, à l'insu des demandeurs (*Fanshawe*, par. 46) (de sorte que la justification rattachée à la preuve — la crainte que la preuve devienne « périmée » — n'a pas sa place dans l'analyse). Conclure autrement aurait pour effet indésirable d'inciter l'auteur du comportement anticoncurrentiel à continuer de garder le secret jusqu'à l'expiration du délai de prescription de deux ans. Non seulement les demandeurs ne pourraient pas intenter leurs recours, mais l'on se trouverait à récompenser l'auteur d'une tromperie qui a été [TRADUCTION] « particulièrement efficace » (*Fanshawe*, par. 49).

[49] Par contraste, l'application de la règle de la possibilité de découvrir au sous-al. 36(4)a(i) ne nuirait pas indûment aux intérêts des défendeurs, car la règle de la possibilité de découvrir ne dispense pas le demandeur de faire avancer sa cause, de sorte que l'objectif d'encourager la diligence demeure atteint (*Peixeiro*, par. 39). Le demandeur qui tarde

claims, discoverability will not operate to extend the limitation period (Mew et al., at p. 83).

[50] For all of these reasons, I find that the discoverability rule applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i), such that it begins to run only when the material facts on which Godfrey’s claim is based were discovered by him or ought to have been discovered by him by the exercise of reasonable diligence.

## (2) Fraudulent Concealment

[51] In light of my finding that discoverability applies to s. 36(4)(a)(i), it is, strictly speaking, unnecessary to consider the doctrine of fraudulent concealment. Given, however, the submissions and attention given to this issue at the courts below, I will comment briefly here on whether fraudulent concealment requires establishing a special relationship between the parties.

[52] Fraudulent concealment is an equitable doctrine that prevents limitation periods from being used “as an instrument of injustice” (*M. (K.)*, at pp. 58-59). Where the defendant fraudulently conceals the existence of a cause of action, the limitation period is suspended until the plaintiff discovers the fraud or ought reasonably to have discovered the fraud (*Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 390). It is a form of “equitable fraud” (*Guerin*, at p. 390; *M. (K.)*, at pp. 56-57), which is not confined to the parameters of the common law action for fraud (*M. (K.)*, at p. 57). As Lord Evershed, M.R. explained in *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), at p. 249, cited in *M. (K.)*, at pp. 56-57:

It is now clear . . . that the word “fraud” in s. 26(b) of the Limitation Act, 1939, is by no means limited to common law fraud or deceit. Equally, it is clear, having regard to

à exercer ses droits ou qui n’agit pas avec diligence dans la poursuite de son action ne pourra bénéficier de l’application de la règle de la possibilité de découvrir pour faire prolonger le délai de prescription (Mew et autres, p. 83).

[50] Pour toutes ces raisons, j’estime que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au délai de prescription du sous-al. 36(4)a)(i), de sorte que ce délai n’a commencé à courir qu’à la date à laquelle M. Godfrey a découvert les faits importants sur lesquels repose sa demande ou encore à la date à laquelle il les aurait découverts s’il avait fait preuve de diligence raisonnable.

## (2) Dissimulation frauduleuse

[51] Étant donné ma conclusion que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au sous-al. 36(4)a)(i), il est pour ainsi dire inutile d’examiner la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Toutefois, compte tenu de l’attention accordée à cette question devant les juridictions inférieures, ainsi que des observations qui ont été présentées à ce sujet, je me prononcerai brièvement sur la question de savoir si la dissimulation frauduleuse exige la preuve d’une relation spéciale entre les parties.

[52] La doctrine de la dissimulation frauduleuse est une doctrine d’équité qui vise à empêcher que les délais de prescription servent « à créer une injustice » (*M. (K.)*, p. 58-59). Si le défendeur a dissimulé frauduleusement l’existence d’une cause d’action, le délai de prescription est suspendu jusqu’au moment où le demandeur découvre, ou aurait raisonnablement dû découvrir, la fraude (*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 390). Il s’agit d’une forme de « fraude d’équité » (*Guerin*, p. 390; *M. (K.)*, p. 56-57), qui n’est pas limitée par les paramètres de l’action pour fraude de la common law (*M. (K.)*, p. 57). Comme l’a expliqué le maître des rôles lord Evershed dans l’arrêt *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), p. 249, cité dans l’arrêt *M. (K.)*, p. 56-57 :

[TRADUCTION] Il est maintenant évident [. . .] que le terme « fraude » employé à l’al. 26b) de la Limitation Act, 1939, n’est aucunement limité à une tromperie ou à une fraude de

the decision in *Beaman v. A.R.T.S., Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 465, that no degree of moral turpitude is necessary to establish fraud within the section. What is covered by equitable fraud is a matter which LORD HARDWICKE did not attempt to define two hundred years ago, and I certainly shall not attempt to do so now, but it is, I think, clear that the phrase covers conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other. [Emphasis added in *M. (K.)*.]

[53] While it is therefore clear that equitable fraud *can* be established in cases where a special relationship subsists between the parties, Lord Evershed, M.R. did not limit its establishment to such circumstances, nor did he purport to define exhaustively the circumstances in which it would or would not apply (see *T.P. v. A.P.*, 1988 ABCA 352, 92 A.R. 122, at para. 10). Indeed, he expressly refused to do so: “What is covered by equitable fraud is a matter which LORD HARDWICKE did not attempt to define two hundred years ago, and I certainly shall not attempt to do so now” (*Kitchen*, at p. 249 (emphasis added)).

[54] When, then, does fraudulent concealment arise so as to delay the running of a limitation period? Recalling that it is a form of *equitable* fraud, it becomes readily apparent that what matters is *not* whether there is a *special relationship* between the parties, but whether it would be, for *any* reason, *unconscionable* for the defendant to rely on the advantage gained by having concealed the existence of a cause of action. This was the Court’s point in *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at para. 39:

[Equitable fraud] “. . . refers to transactions falling short of deceit but where the Court is of the opinion that it is unconscientious for a person to avail himself of the advantage obtained” (p. 37). Fraud in the “wider sense” of a ground for equitable relief “is so infinite in its varieties that the Courts have not attempted to define it”, but “all kinds of unfair dealing and unconscionable conduct in matters of contract come within its ken” . . . [Emphasis added.]

common law. Il est également clair, compte tenu de l’arrêt *Beaman c. A.R.T.S., Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 465, qu’aucun degré de turpitude morale n’est nécessaire pour prouver qu’il y a fraude au sens de l’article. Ce que vise la fraude d’equity est une chose que LORD HARDWICKE n’a pas tenté de définir il y a deux cents ans et que je ne tenterai certainement pas de définir maintenant; toutefois, j’estime qu’il est clair que cette expression vise une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est une iniquité de la part de l’une envers l’autre. [Souligné dans *M. (K.)*.]

[53] S’il est donc évident que la fraude d’equity *peut* être établie dans les cas où il existe une relation spéciale entre les parties, le maître des rôles lord Evershed ne l’a pas limitée à ces cas, non plus qu’il n’a tenté de définir de façon exhaustive les cas où elle pourrait, ou non, s’appliquer (voir *T.P. c. A.P.*, 1988 ABCA 352, 92 A.R. 122, par. 10). Il a d’ailleurs refusé expressément de le faire : [TRADUCTION] « Ce que vise la fraude d’equity est une chose que LORD HARDWICKE n’a pas tenté de définir il y a deux cents ans et que je ne tenterai certainement pas de définir maintenant » (*Kitchen*, p. 249 (je souligne)).

[54] Mais alors quand la présence d’une dissimulation frauduleuse permet-elle de retarder le point de départ d’un délai de prescription? Rappelons qu’il s’agit d’une forme de fraude d’equity. Partant, il devient évident que ce qui importe, ce *n’est pas* de savoir s’il existe une *relation spéciale* entre les parties, mais si, *pour quelque raison que ce soit*, il serait *abusif* pour le défendeur de profiter de l’avantage obtenu en dissimulant l’existence d’une cause d’action. C’est ce qu’a expliqué la Cour dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, par. 39 :

[La fraude d’equity] « . . . s’entend également d’opérations qui ne sont pas dolosives, mais à l’égard desquelles le tribunal estime qu’il serait abusif de laisser une personne profiter de l’avantage obtenu » (p. 37). Au « sens plus large » de fraude donnant ouverture à une réparation en equity, la fraude se présente sous [TRADUCTION] « un nombre tellement infini de formes que les tribunaux n’ont pas tenté de la définir », mais « elle vise toutes sortes de manœuvres déloyales et de conduites abusives en matière contractuelle » . . . [Je souligne.]

It follows that the concern which drives the application of the doctrine of equitable fraud is not limited to the unconscionability of taking advantage of a special relationship with the plaintiff. Nor is the doctrine's application limited, as my colleague suggests, to cases where there is something "tantamount to or commensurate with" a special relationship between the plaintiff and the defendant (paras. 171 and 173-74). While a special relationship is *a* means by which a defendant might conceal the existence of a cause of action, equitable fraud may also be established by pointing to other forms of unconscionable behaviour, such as (for example) "some abuse of a confidential position, some intentional imposition, or some deliberate concealment of facts" (*M. (K.)*, at p. 57, citing *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1979), vol. 28, at para. 919). In short, the inquiry is not into the *relationship* within which the conduct occurred, but into the *unconscionability* of the conduct itself.

[55] The question of whether Pioneer's alleged conduct amounts to fraudulent concealment will, of course, fall to be decided by a trial judge. Nevertheless, I agree with the Court of Appeal and the certification judge that it is not "plain and obvious" that fraudulent concealment could not delay the running of the limitation period in this case (C.A. reasons, at para. 110).

B. *Umbrella Purchasers' Cause of Action Under Section 36(1) of the Competition Act*

[56] Toshiba argues that the certification judge erred by certifying the umbrella purchasers' claims brought under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*. For the following reasons, I disagree.

[57] Whether umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* is a question of law, reviewable on a standard of correctness. Since, as I explain below, I have concluded that umbrella purchasers *do* have a cause of action

Il s'ensuit que ce n'est pas seulement l'iniquité qui découle du fait de laisser une personne profiter de l'avantage d'une relation spéciale avec le demandeur qui justifie l'application de la doctrine de la fraude d'équité. L'application de la doctrine n'est pas non plus restreinte, comme le suggère ma collègue, aux cas où il y a quelque chose d'« équivalen[t] ou correspondant à » une relation spéciale entre le demandeur et le défendeur (par. 171 et 173-174). Bien qu'une relation spéciale soit pour le défendeur *un* moyen de dissimuler l'existence d'une cause d'action, la fraude d'équité peut aussi être établie en invoquant d'autres formes de conduite abusive, par exemple [TRADUCTION] « que l'on [a] abusé d'une situation de confiance, que l'on [a] délibérément abusé de la bonté de quelqu'un ou délibérément caché des faits » (*M. (K.)*, p. 57, citant *Halsbury's Laws of England* (4<sup>e</sup> éd. 1979), vol. 28, par. 919). Bref, l'examen ne porte pas sur la *relation* dans le cadre de laquelle le comportement a eu lieu, mais sur le *caractère abusif* du comportement lui-même.

[55] La question de savoir si le comportement reproché à Pioneer constitue de la dissimulation frauduleuse devra, bien sûr, être tranchée par le juge de première instance. Néanmoins, je conviens avec la Cour d'appel et le juge saisi de la demande d'autorisation qu'il n'est pas « évident et manifeste » que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne pouvait retarder le point de départ du délai de prescription en l'espèce (motifs de la C.A., par. 110).

B. *La cause d'action que reconnaît le par. 36(1) de la Loi sur la concurrence aux acheteurs sous parapluie*

[56] Toshiba soutient que le juge saisi de la demande d'autorisation a commis une erreur en autorisant les réclamations présentées par les acheteurs sous parapluie sur le fondement de l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec elle.

[57] La question de savoir si les acheteurs sous parapluie ont une cause d'action fondée sur l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* est une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Puisque, comme je l'explique plus loin, j'ai

under s. 36(1)(a), it is *not* plain and obvious that their claim cannot succeed. Godfrey’s pleadings disclose a cause of action for umbrella purchasers, thereby satisfying the conditions under s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act* for certification.

[58] The theory behind holding price-fixers liable to umbrella purchasers — who, it will be recalled are in this case persons who purchased ODDs or ODD products neither manufactured nor supplied by the defendants — is that the defendants’ anti-competitive cartel activity creates an “umbrella” of supra-competitive prices, causing non-cartel manufacturers to raise their prices (*Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87 (“*Shah (Ont. S.C.J.)*”), at para. 159). Additionally, the European Court of Justice in *Kone AG and Others v. ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] EUECJ C-557/12, explained umbrella pricing as:

Where a cartel manages to maintain artificially high prices for particular goods and certain conditions are met, relating, in particular, to the nature of the goods or the size of the market covered by that cartel, it cannot be ruled out that a competing undertaking, outside the cartel in question, might choose to set the price of its offer at an amount higher than it would have chosen under normal conditions of competition, that is, in the absence of that cartel. In such a situation, even if the determination of an offer price is regarded as a purely autonomous decision, taken by the undertaking not party to a cartel, it must none the less be stated that such a decision has been able to be taken by reference to a market price distorted by that cartel and, as a result, contrary to the competition rules. [Emphasis added; para. 29.]

[59] In short, a rising tide lifts all boats; under the theory of umbrella pricing, the entire market for the subject product is affected:

Umbrella effects typically arise when price increases lead to a diversion of demand to substitute products.

conclu que les acheteurs sous parapluie *ont effectivement* une cause d’action fondée sur l’al. 36(1)a), il *n’est pas* manifeste et évident que leur demande ne peut être accueillie. Les actes de procédure de M. Godfrey révèlent une cause d’action dont sont titulaires les acheteurs sous parapluie, répondant ainsi aux conditions d’autorisation prévues à l’al. 4(1)a) de la *Class Proceedings Act*.

[58] La logique qui sous-tend la recherche de la responsabilité des participants à un accord de fixation des prix envers les acheteurs sous parapluie — qui, rappelons-le, sont en l’espèce les personnes qui ont acheté des LDO ou des produits munis de LDO qui n’ont été ni fabriqués, ni fournis par les défenderesses — est que les activités anticoncurrentielles des défenderesses créent un « parapluie » ou une « ombrelle » de prix supraconcurrentiels qui provoque une hausse des prix chez les fabricants ne faisant pas partie du cartel (*Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87 (« *Shah (C.S.J. Ont.)* »), par. 159). En outre, la Cour de justice de l’Union européenne a expliqué en ces termes dans *Kone AG et autres c. ÖBB-Infrastruktur AG*, [2014] EUECJ C-557/12, l’effet d’ombrelle (ou effet parapluie) sur les prix :

Lorsqu’une entente parvient à maintenir un prix artificiellement élevé pour certains produits et que certaines conditions du marché sont réunies, tenant, notamment, à la nature du produit ou à la taille du marché couvert par cette entente, il ne peut être exclu que l’entreprise concurrente, extérieure à celle-ci, choisisse de fixer le prix de son offre à un montant supérieur à celui qu’elle aurait choisi dans des conditions normales de concurrence, c’est-à-dire en l’absence de ladite entente. Dans un tel contexte, même si la détermination d’un prix d’offre est considérée comme une décision purement autonome, adoptée par l’entreprise ne participant pas à une entente, il y a lieu cependant de constater que cette décision a pu être prise par référence à un prix du marché faussé par cette entente et, par conséquent, contraire aux règles de concurrence. [Je souligne; par. 29.]

[59] Bref, la marée monte également pour tous les bateaux; selon la théorie de l’effet parapluie sur les prix, c’est l’ensemble du marché du produit en cause qui est touché :

[TRADUCTION] L’effet parapluie se produit habituellement lorsqu’une augmentation des prix donne lieu à

Because successful cartels typically reduce quantities and increase prices, this diversion leads to a substitution away from the cartels' products toward substitute products produced by cartel outsiders. . . . [T]he increased demand for substitutes typically leads to higher prices for the substitute products. Such price increases are called umbrella effects and may arise either in the same relevant market . . . or in neighboring markets.

(R. Inderst, F. Maier-Rigaud and U. Schwalbe, "Umbrella Effects" (2014), 10 *J. Competition L. & Econ.* 739, at p. 740)

[60] Several decisions of lower courts have certified umbrella purchaser actions brought under s. 36(1)(a) without expressly considering whether such purchasers had a cause of action (see: *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270; *Pro-Sys Consultants Ltd v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (S.C.J.); *Crosslink Technology Inc. v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682, 54 C.P.C. (7th) 111). Appellate decisions in British Columbia and Ontario have, however, expressly considered the issue and concluded that they *do* (see: C.A. reasons, at para. 247; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721 ("*Shah (ONCA)*"), at para. 52).

[61] Whether umbrella purchasers have a cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* is a question of statutory interpretation. The text of s. 36(1)(a) must therefore be read in its entire context and in its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and objects of the *Competition Act*.

(1) Text of Section 36(1)

[62] As already noted, s. 36(1)(a) of the *Competition Act* creates a statutory cause of action which allows for the recovery of damages or loss that resulted from

un détournement de la demande vers des produits de substitution. Comme les participants à un cartel prospère s'entendent en général pour réduire les quantités et augmenter les prix, ce détournement se traduit par un abandon des produits du cartel au profit des produits fabriqués par des non participants au cartel. [. . .] [L]a demande accrue pour les produits de substitution entraîne habituellement une hausse des prix de ces produits. Cette hausse est appelée l'« effet parapluie » et cet effet peut se produire sur le même marché pertinent [. . .] ou sur des marchés voisins.

(R. Inderst, F. Maier-Rigaud et U. Schwalbe, « Umbrella Effects » (2014), 10 *J. Competition L. & Econ.* 739, p. 740)

[60] Dans plusieurs décisions, les juridictions inférieures ont autorisé des actions intentées par des acheteurs sous parapluie en vertu de l'al. 36(1)(a) sans se demander explicitement si ces acheteurs avaient une cause d'action (voir : *Fairhurst c. Anglo American PLC*, 2014 BCSC 2270; *Pro-Sys Consultants Ltd c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (C.S.J.); *Crosslink Technology Inc. c. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682, 54 C.P.C. (7th) 111). Des tribunaux d'appel de la Colombie-Britannique et de l'Ontario ont toutefois expressément abordé la question et conclu qu'ils en *avaient* une (voir : motifs de la C.A., par. 247; *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721 (« *Shah (ONCA)* »), par. 52).

[61] La question de savoir si les acheteurs sous parapluie ont une cause d'action fondée sur l'al. 36(1)(a) de la *Loi sur la concurrence* est une question d'interprétation législative. Le texte de l'al. 36(1)(a) doit donc être lu dans son contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la *Loi sur la concurrence*.

(1) Texte du par. 36(1)

[62] Comme je l'ai déjà expliqué, l'al. 36(1)(a) de la *Loi sur la concurrence* crée une cause d'action qui permet l'indemnisation d'une perte ou des dommages

conduct contrary to Part VI. The relevant portion states:

### Recovery of damages

**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 . . . sue for and recover from the person who engaged in the conduct . . . 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.

[63] Godfrey relies on “conduct that is contrary to . . . Part VI” (“Offences in Relation to Competition”), since he alleges that Toshiba acted contrary to s. 45(1)(b), (c), and (d) of the *Competition Act*. During the class period,<sup>1</sup> s. 45(1) stated:

### Conspiracy

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

...

(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

qui découlent d’un comportement allant à l’encontre de la partie VI. Voici les passages pertinents :

### Recouvrement de dommages-intérêts

**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 [. . .] réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement [. . .] une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu’elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer 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.

[63] M. Godfrey se fonde sur les termes « comportement allant à l’encontre [. . .] de la partie VI » (« Infractions relatives à la concurrence »), puisqu’il allègue que Toshiba a agi en contravention des al. 45(1)(b), (c), et d) de la *Loi sur la concurrence*. Durant la période visée par le recours collectif<sup>1</sup>, le par. 45(1) était rédigé comme suit :

### Complot

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

...

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 d’un produit, dans le prix d’assurances sur les personnes ou les biens;

<sup>1</sup> Section 45(1) was amended by the *Budget Implementation Act, 2009*, S.C. 2009, c. 2, s. 410. The amendments are not material to these reasons for judgment.

<sup>1</sup> Le paragraphe 45(1) a été modifié par la *Loi d’exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, c. 2, art. 410. Les modifications ne sont pas importantes pour les présents motifs.

(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 one million dollars or to both.

[64] The text of s. 36(1)(a) supports the view that umbrella purchasers have a cause of action thereunder for conduct contrary to s. 45(1) of the *Competition Act*. Section 36(1)(a) provides a cause of action to *any person* who has *suffered loss or damage* as a result of conduct contrary to s. 45. Significantly, Parliament’s use of “any person” does not narrow the realm of possible claimants. Rather, it empowers *any* claimant who can demonstrate that loss or damage was incurred as a result of the defendant’s conduct to bring a claim. On this point, the following paragraph from the Court of Appeal for Ontario’s decision in *Shah (ONCA)* (at para. 34) is apposite, and I adopt it as mine:

On a plain reading, if the umbrella purchasers can prove loss resulting from a proven conspiracy under s. 45, s. 36(1) grants those purchasers a statutory means by which to recover those losses. Taking the language at face value, the umbrella purchasers’ right of recovery is limited only by their ability to demonstrate two things: (1) that the respondents conspired within the meaning of s. 45; and (2) that the losses or damages suffered by the appellants resulted from that conspiracy.

(2) Purpose of the *Competition Act*

[65] As I have already recounted, the purpose of the *Competition Act* is to “maintain and encourage competition in Canada” with a view to providing consumers with “competitive prices and product choices” (s. 1.1). A conspiracy to price-fix is the “very antithesis of the *Competition Act*’s objective” (*Shah (ONCA)*, at para. 38). Monetary sanctions for such anti-competitive conduct therefore further the *Competition Act*’s purpose. This Court has also recognized two other objectives of the *Competition*

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

[64] Le texte de l’al. 36(1)a étaye le point de vue selon lequel, sous son régime, les acheteurs sous parapluie ont une cause d’action pour tout comportement allant à l’encontre du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence*. L’alinéa 36(1)a accorde un droit d’action à *toute personne* qui a *subi une perte ou des dommages* par suite d’un comportement allant à l’encontre de l’art. 45. Fait important, l’emploi, par le législateur, de l’expression « toute personne » n’a pas pour effet de restreindre les catégories de demandeurs éventuels. Cette expression a plutôt pour effet d’habiliter à intenter un recours *tout* demandeur capable de démontrer que la perte ou le dommage a été subi en raison du comportement du défendeur. Sur ce point, le paragraphe suivant tiré de l’arrêt *Shah (ONCA)* de la Cour d’appel de l’Ontario (par. 34) est pertinent et je le fais mien :

[TRADUCTION] Suivant le sens ordinaire des mots utilisés, si les acheteurs sous parapluie peuvent démontrer qu’ils ont subi une perte par suite d’un complot établi sur le fondement de l’art. 45, le par. 36(1) leur accorde un moyen de recouvrer cette perte. Interprété au pied de la lettre, le par. 36(1) confère aux acheteurs sous parapluie un droit de recouvrement qui n’est limité que par leur capacité à démontrer deux choses : (1) que les intimés ont comploté au sens de l’art. 45; et (2) que la perte ou les dommages subis par les appelants découlent de ce complot.

(2) Objet de la *Loi sur la concurrence*

[65] Comme je l’ai déjà mentionné, l’objet de la *Loi sur la concurrence* est de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada » dans le but d’assurer aux consommateurs « des prix compétitifs et un choix dans les produits » (art. 1.1). Comploter en vue de fixer les prix va [TRADUCTION] « totalement à l’encontre de l’objet de la *Loi sur la concurrence* » (*Shah (ONCA)*, par. 38). Les sanctions pécuniaires imposées dans de tels cas de conduite anticoncurrentielle favorisent ainsi l’atteinte de la fin visée par la *Loi sur*

Act of particular relevance here, being deterrence of anti-competitive behaviour, and compensation for the victims of such behaviour (*Infineon Technologies AG v. Option Consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600 (“*Infineon*”), at para. 111; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545 (“*Sun-Rype*”), at paras. 24-27; *Microsoft*, at paras. 46-49). Interpreting s. 36(1)(a) so as to permit umbrella purchaser actions furthers both of these objectives.

[66] Allowing umbrella purchaser actions furthers deterrence because it increases the potential liability falling upon those who engage in anti-competitive behaviour (*Shah (ONCA)*, at para. 38). Here, Godfrey alleges that four of the named defendants controlled 94 percent of the global ODD market (A.R., vol. II, at para. 70). While this means that Toshiba’s potential liability to the umbrella purchasers would only marginally increase its existing liability to non-umbrella purchasers, I accept that any increase in potential liability will likely carry a correspondingly deterrent effect.

[67] The objective of compensation is also furthered by allowing umbrella purchaser actions, because doing so affords umbrella purchasers recourse to recover from loss arising from what, for the purposes of these appeals, is assumed to have been anti-competitive conduct. Barring a class of purchasers who were, on the theory pleaded, intended by the defendants to pay higher prices as a result of their price-fixing is inconsistent with the compensatory goal of the *Competition Act*.

[68] Relatedly, and while far from determinative, departmental and parliamentary statements fortify my view that Parliament intended that the cause of action in s. 36(1)(a) be broadly available, such that anyone who suffers a loss from anti-competitive behaviour could bring a private action. The briefing document accompanying the first stage of the

*la concurrence*. Notre Cour a reconnu deux autres objectifs de la *Loi sur la concurrence* qui revêtent en l’espèce une importance particulière : la dissuasion des comportements anticoncurrentiels et l’indemnisation des victimes de ces comportements (*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600 (« *Infineon* »), par. 111; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545 (« *Sun-Rype* »), par. 24-27; *Microsoft*, par. 46-49). Interpréter l’al. 36(1)a de façon à autoriser les actions des acheteurs sous parapluie favorise l’atteinte de ces deux objectifs.

[66] Autoriser les actions des acheteurs sous parapluie favorise la dissuasion, en ce que le risque de responsabilité auquel s’exposent ceux qui se livrent à des comportements anticoncurrentiels augmente (*Shah (ONCA)*, par. 38). En l’espèce, M. Godfrey allègue que quatre des défenderesses désignées contrôlaient 94 p. 100 du marché global des LDO (d.a., vol. II, par. 70). Bien que cela signifie que la responsabilité potentielle à laquelle s’expose Toshiba à l’égard des acheteurs sous parapluie ne ferait qu’augmenter légèrement la responsabilité qu’elle a envers les autres acheteurs que ceux sous parapluie, je reconnais que toute augmentation de sa responsabilité éventuelle aura probablement un effet dissuasif correspondant.

[67] Autoriser les actions des acheteurs sous parapluie favorise également l’atteinte de l’objectif d’indemnisation, parce que ces acheteurs auraient ainsi la possibilité de recouvrer les pertes découlant de ce qui, pour les besoins des présents pourvois, est présumé être un comportement anticoncurrentiel. Exclure une catégorie d’acheteurs qui, selon la thèse avancée, devaient payer des prix plus élevés par suite du stratagème de fixation des prix établi par les défenderesses est incompatible avec l’objectif d’indemnisation de la *Loi sur la concurrence*.

[68] Dans le même ordre d’idées, bien que ce soit loin d’être concluant, certaines déclarations ministérielles et parlementaires me confortent dans mon opinion que le législateur entendait que la cause d’action prévue à l’al. 36(1)a soit largement accessible, de sorte que quiconque subit une perte par suite d’un comportement anticoncurrentiel peut intenter

modernization amendments (which introduced the original civil remedies provision) stated:

Under the existing law there is no civil recourse under the Act for persons injured by reason of the fact that others have participated in violation of the Combines Investigation Act. The provision dealing with civil damages, although it is expected to be of particular value to small businessmen who have been hurt by conduct contrary to the Act, will be equally available to consumers and to any other members of the public who have been so damaged.

The amendment provides that anyone who has suffered loss or damage because of such a violation . . . may . . . sue for and be awarded damages equal to the actual loss incurred . . . [Emphasis added.]

(Consumer and Corporate Affairs Canada, *Proposals for a New Competition Policy for Canada* (1973), at pp. 48-49)

This is further supported by parliamentary committee discussions on the introduction of a private cause of action. In committee, the responsible minister explicitly stated that there was no reason to limit consumers' recourse under the private cause of action to direct loss or damage (House of Commons, Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 45, 1st Sess., 30th Parl., May 8 1975, at p. 45:18).

### (3) Indeterminate Liability

[69] Toshiba argues that recognizing the umbrella purchasers as having a cause of action would expose Toshiba to a “potentially limitless scope of liability” (A.F. (Toshiba), at para. 97). This raises the question, first of all, of whether indeterminate liability is relevant *at all* to deciding the scope of possible s. 36(1)(a) claimants for conduct contrary to s. 45(1) of the *Competition Act*. On this point, the Court of Appeal considered that it might be relevant

une action privée. On peut lire ce qui suit dans le document d'information préparé à l'occasion de la première étape des modifications visant à moderniser la Loi (qui ont mené à l'adoption de la première disposition relative aux recours civils) :

En vertu de la loi actuelle, il n'existe pas de recours possible en dommages-intérêts pour les personnes lésées du fait que d'autres ont participé à des infractions à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. La disposition visant les dommages-intérêts sera d'une valeur particulière pour les petites entreprises lésées par des actions contraire (*sic*) à la Loi mais ladite disposition pourra également être invoquée par les consommateurs et par toutes personnes ayant été ainsi lésées.

La modification stipule que toute personne qui a subi des pertes ou un préjudice à cause d'une telle infraction [. . .] peut tenter des poursuites et recevoir des dommages-intérêts équivalents à la perte réelle subie . . . [Je souligne.]

(Consommation et Corporations Canada, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada* (1973), p. 45)

Cette opinion est de plus étayée par les délibérations du comité parlementaire sur la création d'une cause d'action en droit privé. En comité, le ministre responsable a expressément déclaré qu'il n'y avait aucune raison de limiter le recours par les consommateurs à la cause d'action en droit privé pour recouvrer la perte ou les dommages directement subis (Chambre des communes, Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques, *Procès-verbaux et témoignages*, fasc. n° 45, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., 8 mai 1975, p. 45:18).

### (3) Responsabilité indéterminée

[69] Toshiba soutient que la reconnaissance d'une cause d'action aux acheteurs sous parapluie aurait pour effet de l'exposer à une [TRADUCTION] « responsabilité potentiellement illimitée » (m.a. (Toshiba), par. 97). Ce qui nous amène, premièrement, à la question de savoir si la responsabilité indéterminée est un facteur d'une *quelconque* pertinence pour décider qui sont les demandeurs susceptibles de se prévaloir de l'al. 36(1)a par suite d'un comportement allant à

(on the express assumption that concerns about indeterminate liability might properly be considered outside the context of a negligence action) (C.A. reasons, at para. 227). I note, parenthetically, that whether that assumption is valid — that is, whether indeterminate liability might properly be considered *at all* in the context of a claim under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* — I am content to leave for another day since, for the reasons that follow, I am of the view that indeterminate liability would not arise in this case in any event.

[70] Toshiba argues that indeterminate liability is a relevant consideration here because the umbrella purchasers seek to recover for pure economic loss. Toshiba relies upon this Court’s statement in *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, that “[t]he risk of indeterminate liability is enhanced by the fact that the claims are for pure economic loss” (para. 100). In *Imperial Tobacco*, a class proceeding was brought against Imperial Tobacco by persons who purchased “light” or “mild” cigarettes. Imperial Tobacco issued third-party notices to the Government of Canada, alleging it was liable to tobacco companies for, *inter alia*, negligent misrepresentation. This Court held that “the prospect of indeterminate liability is fatal to the tobacco companies’ claims of negligent misrepresentation”, since “Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes” (para. 99). Similarly, Toshiba argues that it had no control over the quantity of ODDs sold to the umbrella purchasers by non-defendant manufacturers or the number of purchasers to whom it may be liable, such that the extent of its liability is indeterminate (A.F. (Toshiba), at para. 102).

[71] Several features of this case, however, lead me to the view that recognizing the umbrella purchasers’

l’encontre du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence*. Sur ce point, la Cour d’appel a jugé (en supposant expressément que les préoccupations au sujet de la responsabilité indéterminée pourraient valablement être examinées dans un contexte autre que celui d’une action pour négligence) qu’il pourrait s’agir d’un facteur pertinent (motifs de la C.A., par. 227). Je signale incidemment qu’il vaut mieux reporter à une autre occasion l’analyse de la question de savoir si cette hypothèse est valide — c’est-à-dire si la responsabilité indéterminée est *susceptible* d’être valablement examinée dans le contexte d’une demande fondée sur l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* — puisque, pour les motifs qui suivent, j’estime que la question de la responsabilité indéterminée ne se poserait pas en l’espèce de toute façon.

[70] Toshiba soutient que la responsabilité illimitée est une considération pertinente en l’espèce, parce que les acheteurs sous parapluie cherchent à être indemnisés d’une perte purement économique. Toshiba se fonde à cet égard sur une affirmation de notre Cour dans l’arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 : « Le risque de responsabilité indéterminée est aggravé par le caractère purement financier de la perte alléguée » (par. 100). Dans *Imperial Tobacco*, un recours collectif avait été intenté contre Imperial Tobacco par des consommateurs de cigarettes « légères » ou « douces ». Imperial Tobacco avait mis en cause le gouvernement du Canada, alléguant qu’il était responsable envers les compagnies de tabac, entre autres, pour avoir fait des déclarations inexactes par négligence. La Cour a conclu que « la possibilité d’une responsabilité indéterminée porte un coup fatal aux allégations des compagnies de tabac relatives aux déclarations inexactes faites par négligence », puisque le « Canada n’exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères » (par. 99). De même, toujours selon Toshiba, elle n’exerçait aucun contrôle sur le nombre de LDO vendus aux acheteurs sous parapluie par des fabricants autres que les défenderesses ou sur le nombre d’acheteurs envers qui elle risque d’être tenue responsable, de sorte que l’étendue de sa responsabilité est indéterminée (m.a. (Toshiba), par. 102).

[71] Toutefois, plusieurs éléments de la présente affaire m’amènent à conclure que la reconnaissance

cause of action under s. 36(1)(a) does not risk exposing Toshiba to indeterminate liability.

[72] First, Toshiba’s liability is limited by the class period, and by the specific products whose prices are alleged to have been fixed. Whereas in *Imperial Tobacco*, Canada had no control over who smoked light cigarettes (para. 99), the theory of umbrella effects links the pricing decisions of the non-defendant manufacturers to Toshiba’s anti-competitive behaviour (C.A. reasons, at para. 239). I have already noted that Godfrey’s pleadings allege that, during the class period, four of the named defendants collectively controlled 94 percent of the global ODD market. Godfrey also alleges that Toshiba intended to raise prices across that market (A.R., vol. II, at pp. 21-22). This allegation is rooted in the theory that, in order for Toshiba to profit from the conspiracy, the entire market price for ODDs had to increase. Otherwise, Toshiba would have lost market share to non-defendant manufacturers (transcript, at pp. 56-57, A.R., vol. III, at p. 166).

[73] This supports the submission made before us by Godfrey’s counsel that umbrella effects are “not just a known and foreseeable consequence of what the defendants are doing, it’s an intended consequence” (transcript, at p. 61). The point is that the results of Toshiba’s alleged anti-competitive behaviour are not indeterminate. Intended results are *not indeterminate*, but *pre-determined*. I therefore agree with the Court of Appeal that there is “no reason why defendants who intend to inflict damage on umbrella purchasers should be exonerated from liability on the basis that they exercised no control over their liability” (C.A. reasons, at para. 241).

[74] Secondly, and as I have already recounted, s. 36(1)(a) limits recovery to only those purchasers who can show that they suffered a loss or damage “as a result of” the defendants’ conspiratorial conduct. In

de la cause d’action des acheteurs sous parapluie fondée sur l’al. 36(1)a ne risque pas d’exposer Toshiba à une responsabilité indéterminée.

[72] Premièrement, la responsabilité de Toshiba est limitée par la période visée par le recours collectif et par les produits dont les prix auraient été fixés. Alors que dans l’affaire *Imperial Tobacco*, le Canada n’exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères (par. 99), la théorie de l’effet parapluie établit un lien entre les décisions prises par les fabricants autres que les défenderesses quant à l’établissement des prix et le comportement anti-concurrentiel de Toshiba (motifs de la C.A., par. 239). J’ai déjà mentionné que M. Godfrey allègue dans ses actes de procédure que, durant la période visée par le recours collectif, quatre des défenderesses désignées contrôlaient à elles seules 94 p. 100 du marché global des LDO. M. Godfrey a aussi allégué que Toshiba entendait augmenter les prix dans l’ensemble de ce marché (d.a., vol. II, p. 21-22). Cette allégation tire son origine de la thèse voulant que, pour que Toshiba puisse tirer profit du complot, les prix du marché global des LDO devaient augmenter. Sinon, Toshiba aurait perdu une part de marché en faveur des fabricants autres que les défenderesses (transcription, p. 56-57, d.a., vol. III, p. 166).

[73] Cela étaye l’observation faite devant nous par l’avocat de M. Godfrey selon qui l’effet parapluie n’est [TRADUCTION] « pas juste une conséquence connue et prévisible des agissements des défenderesses, c’est une conséquence voulue » (transcription, p. 61). Le fait est que les résultats du comportement anticoncurrentiel de Toshiba ne sont pas indéterminés. Des résultats voulus *ne* sont *pas indéterminés*, mais *déterminés à l’avance*. Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’il n’existe [TRADUCTION] « aucune raison pour que les défenderesses, dont l’intention était de causer un préjudice aux acheteurs sous parapluie, soient dégagées de toute responsabilité parce qu’elles n’exerçaient aucun contrôle sur leur responsabilité » (motifs de la C.A., par. 241).

[74] Deuxièmement, comme je l’ai déjà mentionné, l’al. 36(1)a limite le recours en indemnisation aux seuls acheteurs qui peuvent démontrer qu’ils ont subi une perte ou des dommages « par suite » du complot

order to recover under s. 36(1)(a), then, the umbrella purchasers will have to demonstrate that Toshiba engaged in anti-competitive behaviour, that the umbrella purchasers suffered “loss or damage”, and that such loss or damage was “as a result of” such behaviour. The statutory text “as a result of” imports both factual and legal causation into s. 36(1). Recovery under s. 36(1) is therefore limited to claimants with a loss that is not too remote from the conduct.

[75] Thirdly, the text of s. 45(1) in force during the class period is instructive. The elements of the wrongful conduct outlined therein were described by the British Columbia Court of Appeal in *Watson* (at paras. 73-74):

[T]he *actus reus* elements of former s. 45 are:

- i) the defendant conspired, combined, agreed, or arranged with another person; and
- ii) the agreement was to enhance unreasonably the price of a product, to lessen unduly the supply of a product, or to otherwise restrain or injure competition unduly.

The *mens rea* element of former s. 45 as defined in *[R.] v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606 (S.C.C.) at 659-660, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36 (S.C.C.), requires:

- i) the defendant had a subjective intention to agree and was aware of the agreement’s terms; and
- ii) the defendant had the required objective intention, that is, a reasonable business person would or should be aware that the likely effect of the agreement would be to lessen competition unduly.

(See also: *Shah (ONCA)*, at para. 50; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425, at para. 20 (CanLII).)

While the subjective *mens rea* does not require that the defendants’ conduct be directed specifically towards the claimant, s. 45(1) “limits the reach of

des défenderesses. Pour être indemnisés en vertu de l’al. 36(1)a), les acheteurs sous parapluie devront démontrer que Toshiba a eu un comportement anticoncurrentiel, qu’ils ont subi une « perte ou des dommages » et que cette perte ou ces dommages ont été subis « par suite » du comportement en question. L’expression « par suite » intègre tant la causalité factuelle que la causalité juridique au par. 36(1). Seuls les demandeurs ayant subi une perte qui n’est pas trop éloignée du comportement peuvent donc être indemnisés en vertu du par. 36(1).

[75] Troisièmement, le libellé du par. 45(1) qui était en vigueur durant la période visée par le recours collectif est instructif. Les éléments constitutifs du comportement répréhensible sont décrits par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Watson* (par. 73-74) :

[TRADUCTION] [L]es éléments constitutifs de l’*actus reus* requis par l’ancien art. 45 sont :

- i) le défendeur a comploté, s’est coalisé ou a conclu un accord ou un arrangement avec une autre personne;
- ii) l’accord visait à élever déraisonnablement le prix d’un produit, ou à réduire indûment la fourniture d’un produit ou, de toute autre façon, à restreindre indûment la concurrence ou à lui nuire indûment.

La *mens rea* de l’infraction prévue à l’ancien art. 45, telle que définie dans l’arrêt *[R.] c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (C.S.C.), p. 659-660, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36 (C.S.C.), exige ce qui suit :

- i) le défendeur avait une intention subjective de conclure un accord et il était au courant des modalités de l’accord;
- ii) le défendeur avait l’intention objective requise, c’est-à-dire qu’un homme ou une femme d’affaires raisonnable saurait ou devrait savoir que l’accord aura vraisemblablement pour effet de restreindre indûment la concurrence.

(Voir aussi : *Shah (ONCA)*, par. 50; *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425, par. 20 (CanLII).)

Bien que la *mens rea* subjective n’exige pas que le comportement des défendeurs soit dirigé directement contre le demandeur, le par. 45(1) [TRADUCTION] « limite

liability to those who, at a minimum, specifically intend to agree upon anti-competitive conduct” (*Shah (ONCA)*, at para. 51).

[76] Taken together, these features of ss. 36(1)(a) and 45(1) of the *Competition Act* limit the availability of this cause of action to those claimants who can demonstrate: (1) a causal link between the loss suffered and the conspiratorial conduct; and (2) that the defendants’ conduct satisfies the *actus reus* and *mens rea* elements of s. 45(1) of the *Competition Act*.

[77] This is not to say that umbrella purchasers’ actions will not be complex or otherwise difficult to pursue. Marshalling and presenting evidence to satisfy the conditions placed by Parliament on recovery under ss. 36(1)(a) and 45(1) — showing a causal link between loss and conspiratorial conduct, and proving the *actus reus* and *mens rea* of s. 45(1) — represents a significant burden. That said, this Court’s statement in *Microsoft* (at paras. 44-45) regarding indirect purchaser claims is, in my view, equally applicable to claims brought by umbrella purchasers:

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, . . . 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 . . .

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.

And, of course, in this case it will be for the trial judge to determine whether the umbrella purchaser

l’étendue de la responsabilité à ceux qui, au minimum, ont eu l’intention expresse de convenir d’un comportement anticoncurrentiel » (*Shah (ONCA)*, par. 51).

[76] Considérés ensemble, ces éléments de l’al. 36(1)a) et du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence* ont pour effet de limiter cette cause d’action aux demandeurs qui peuvent démontrer : (1) un lien de causalité entre la perte subie et le complot; et (2) que le comportement des défendeurs satisfait à l’*actus reus* et à la *mens rea* requis par le par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence*.

[77] Cela ne veut pas dire qu’il ne sera pas compliqué ou autrement difficile pour les acheteurs sous parapluie de poursuivre leurs actions. Rassembler et présenter suffisamment d’éléments de preuve pour satisfaire aux conditions d’indemnisation imposées par le législateur à l’al. 36(1)a) et au par. 45(1) — établir un lien de causalité entre la perte et le complot, ainsi que l’*actus reus* et la *mens rea* de l’infraction prévue au par. 45(1) — représente un lourd fardeau. Cela dit, la déclaration de notre Cour dans l’arrêt *Microsoft* (par. 44-45) au sujet des recours des acheteurs indirects s’applique, à mon avis, tout autant aux actions intentées par les acheteurs sous parapluie :

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, [. . .] 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 . . .

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.

Bien entendu, il appartiendra au juge de première instance de décider en l’espèce si les acheteurs sous

claimants have presented sufficient evidence to establish that, in the circumstances of the case and in the relevant market, Toshiba caused umbrella pricing.

[78] In view of the foregoing, it is not plain and obvious that the umbrella purchasers' cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* cannot succeed, and I would reject this ground of appeal.

C. *Section 36(1) of the Competition Act Does Not Bar Common Law or Equitable Claims*

[79] In addition to his statutory claims under the *Competition Act*, Godfrey advances claims in, *inter alia*, civil conspiracy.

[80] Toshiba argues that the courts below erred in two respects concerning the relationship between a statutory claim under the *Competition Act* and the tort of civil conspiracy. First, it says that the tort of civil conspiracy based on a breach of the predecessor statute to the *Competition Act* (the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23) was never available to plaintiffs prior to the enactment in 1975 of the private right of action. Secondly, and in any event, the courts below failed to recognize that, by legislating ss. 36(1) and 45(1) of the *Competition Act*, Parliament intended to oust the common law tort of civil conspiracy (A.F. (Toshiba), at para. 119).

[81] These arguments raise questions of law, and are therefore reviewed on a standard of correctness. For the reasons below, I reject both arguments, and it is therefore not plain and obvious that Godfrey's common law and equitable claims cannot succeed, except as was otherwise held by the certification judge.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> As recounted at para. 11, the certification judge held that the pleadings did not disclose a cause of action for unlawful means tort, or (in respect of the umbrella purchasers) for unjust enrichment and waiver of tort.

parapluie ont présenté suffisamment d'éléments de preuve pour établir que, dans les circonstances, Toshiba a entraîné un effet d'ombrelle sur les prix.

[78] Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas évident et manifeste que la cause d'action des acheteurs sous parapluie fondée sur l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* ne peut être accueillie et je rejetterais ce moyen d'appel.

C. *Le paragraphe 36(1) de la Loi sur la concurrence ne fait pas obstacle aux recours de common law ou d'equity*

[79] Outre le recours qu'il a intenté sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, M. Godfrey a intenté, entre autres, une action pour complot civil.

[80] Toshiba soutient que les tribunaux d'instance inférieure ont commis deux erreurs en ce qui concerne le lien entre une action intentée sous le régime de la *Loi sur la concurrence* et le délit de complot civil. Premièrement, elle fait valoir qu'un demandeur, avant l'adoption, en 1975, du droit d'action privé, ne pouvait jamais avoir recours au délit de complot civil fondé sur une violation de la loi qu'a remplacée la *Loi sur la concurrence* (la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23). Deuxièmement, en tout état de cause, les tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de ne pas reconnaître que, par l'adoption des par. 36(1) et 45(1) de la *Loi sur la concurrence*, le législateur entendait écarter le délit de common law qu'est le complot civil (m.a. (Toshiba), par. 119).

[81] Ces arguments soulèvent des questions de droit, et ils sont donc contrôlés suivant la norme de la décision correcte. Pour les motifs qui suivent, je rejette les deux arguments, si bien qu'il n'est pas évident et manifeste que les recours de common law ou d'equity exercés par M. Godfrey ne peuvent être accueillis, sauf indication contraire dans les conclusions du juge saisi de la demande d'autorisation<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Comme je l'ai mentionné au par. 11, le juge saisi de la demande d'autorisation a statué que les actes de procédure n'avaient pas révélé une cause d'action pour délit d'atteinte par un moyen illégal ou (à l'égard des acheteurs sous parapluie) pour enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel.

(1) The Tort of Civil Conspiracy Based on the Breach of a Statute Existed Prior to the Enactment of the Statutory Cause of Action

[82] To be clear, I do not dispute Toshiba’s submission that the 1975 amendments were significant. The predecessor to the *Competition Act* (the *Combines Investigation Act*) was exclusively penal — indeed, its constitutionality as an exercise of Parliament’s legislative authority over the criminal law was upheld in *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.). In 1975, Parliament supplemented this penal function with regulatory and civil enforcement provisions, including a civil remedy provision (now s. 36(1)) (*Watson*, at para. 36).

[83] All this said, our law had recognized the tort of civil conspiracy based on the breach of a statute long before Parliament legislated a civil right of action in 1975. In *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265, and *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435, this Court imposed liability on trade unions for unlawful means conspiracy for conduct prohibited by statute (*Therien*, at p. 280; *Gagnon*, at p. 446). And, in *Cement LaFarge v. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 S.C.R. 452, which was decided on the basis of the *Combines Investigation Act*, this Court affirmed not only the existence of the tort of civil conspiracy, but also that a breach of the *Combines Investigation Act* could satisfy the “unlawful” element of unlawful means conspiracy (pp. 471-72). Any question on this point was settled when *LaFarge* was cited in *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 64, for the same proposition — that a breach of statute could satisfy the “unlawful means” component of the tort of unlawful means conspiracy.

[84] The law admits of no ambiguity on this point. Prior to the enactment of the cause of action contained in what is now s. 36(1) of the *Competition Act*,

(1) Le délit de complot civil fondé sur la violation d’une loi existait avant l’adoption de la disposition conférant une cause d’action

[82] Pour être clair, je ne conteste pas l’argument de Toshiba selon lequel les modifications de 1975 étaient importantes. La loi ayant précédé la *Loi sur la concurrence* (la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*) était de nature exclusivement pénale — en effet, comme elle résultait de l’exercice du pouvoir législatif fédéral en matière de droit criminel, sa constitutionnalité a été confirmée dans l’arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.). En 1975, le législateur a suppléé à la fonction pénale de cette loi en adoptant des dispositions d’exécution de nature réglementaire et civile, dont une disposition prévoyant un recours civil (l’actuel par. 36(1)) (*Watson*, par. 36).

[83] Tout cela étant dit, notre droit avait reconnu le délit de complot civil fondé sur la violation d’une loi bien avant que le législateur ait adopté une disposition créant un droit d’action au civil en 1975. Dans les arrêts *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265, et *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435, notre Cour a tenu les syndicats responsables de complot exécuté par des moyens illégaux car ils avaient agi en contravention de la loi (*Therien*, p. 280; *Gagnon*, p. 446). Et dans l’arrêt *Cement LaFarge c. B.C. Lightweight Aggregate*, [1983] 1 R.C.S. 452, qui repose sur la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, notre Cour a non seulement confirmé l’existence du délit de complot civil, mais elle a aussi reconnu qu’une violation de cette loi pouvait constituer l’élément d’« illégalité » du délit de complot exécuté par des moyens illégaux (p. 471-472). S’il subsistait le moindre doute sur ce point, il a été écarté lorsque, dans l’arrêt *A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 CSC 12, [2014] 1 R.C.S. 177, par. 64, la Cour a cité l’arrêt *LaFarge* à l’appui de la même proposition — qu’une violation de la loi pouvait satisfaire à l’élément « moyens illégaux » du délit de complot exécuté par des moyens illégaux.

[84] Le droit ne laisse place à aucune ambiguïté sur ce point. Avant l’adoption de la disposition conférant une cause d’action qui se trouve dans ce qui est

a breach of s. 45(1) of the *Competition Act* was, as it still is, able to satisfy the “unlawful means” element of the tort of civil conspiracy.

(2) The Enactment of the Statutory Cause of Action Did Not Oust Common Law and Equitable Actions

[85] Turning to Toshiba’s other argument, the starting point in deciding whether a common law right of action has been legislatively ousted is the presumption that Parliament does not intend to abrogate common law rights (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 538). While s. 36(1) does not by its express terms oust common law causes of action, legislation may rebut this presumption by ousting the common law either expressly *or by necessary implication* (*Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at pp. 1315-16).

[86] In *Gendron*, this Court held, for three reasons, that the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (as amended by S.C. 1972, c. 18; S.C. 1977-78, c. 27) ousted the common law duty of fair representation by necessary implication. First, the content of the duty in the *Canada Labour Code* was co-extensive with the common law duty such that “[t]he common law duty is . . . not in any sense additive; it is merely duplicative” (p. 1316). Secondly, in enacting the *Canada Labour Code*, Parliament enacted a comprehensive and exclusive code, which indicated an intention for the *Canada Labour Code* to “occupy the whole field in terms of a determination of whether or not a union has acted fairly” (p. 1317). Finally, the *Canada Labour Code* provided a “new and superior method of remedying a breach” of the duty of fair representation (p. 1319).

[87] None of these considerations apply to s. 36(1) of the *Competition Act*, relative to the common law tort of civil conspiracy. Section 36(1) is neither duplicative of the tort of civil conspiracy nor does it provide a “new and superior” remedy. Claims under

devenu le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, une infraction au par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence* pouvait, et peut encore, satisfaire à l’élément « moyens illégaux » du délit de complot civil.

(2) L’adoption de la disposition conférant une cause d’action n’a pas écarté les recours de common law

[85] En ce qui concerne l’autre argument de Toshiba, le point de départ pour déterminer si un recours de common law a été écarté par une loi est la présomption que le législateur n’a pas l’intention d’abroger des droits reconnus par la common law (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 538). Si le par. 36(1) n’exclut pas expressément les causes d’action fondées sur la common law, il reste qu’une loi peut réfuter cette présomption en écartant la common law de façon expresse *ou par déduction nécessaire* (*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1315-1316).

[86] Dans l’arrêt *Gendron*, notre Cour a conclu, pour trois motifs, que le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, c. L-1 (modifié par S.C. 1972, c. 18; S.C. 1977-78, c. 27) avait écarté, par déduction nécessaire, le devoir de juste représentation reconnu par la common law. Premièrement, le contenu du devoir imposé par le *Code canadien du travail* correspond à celui de common law, de sorte que « ce devoir n’ajoute rien; il fait simplement double emploi » (p. 1316). Deuxièmement, en adoptant le *Code canadien du travail*, le législateur a adopté un code complet et exclusif, ce qui témoignait de son intention que le *Code canadien du travail* « occupe tout le champ lorsqu’il s’agit de déterminer si un syndicat a agi de façon juste » (p. 1317). Enfin, le *Code canadien du travail* prévoit « une nouvelle façon, [. . .] supérieure [au devoir de common law], de remédier à un manquement » au devoir de juste représentation (p. 1319).

[87] Aucune de ces considérations ne s’applique au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* relativement au délit de complot civil en common law. Le paragraphe 36(1) ne fait pas double emploi avec le délit de complot civil et il ne prévoit pas non plus de

s. 36(1) are subject to the limitation period stated in s. 36(4), whereas the tort of civil conspiracy is subject to provincial limitations statutes. Additionally, the tort of civil conspiracy allows for a broader range of remedies than is available under s. 36(1), such as punitive damages (*Watson*, at para. 57).

[88] Nor does s. 36(1) represent a comprehensive and exclusive code regarding claims for anti-competitive conspiratorial conduct. That this is so is made plain by s. 62 of the *Competition Act* (“Civil rights not affected”) which contemplates the subsistence of common law and equitable rights of action by providing that “nothing in this Part [which includes s. 45(1), in respect of which s. 36(1) creates a statutory right of action] shall be construed as depriving any person of any civil right of action”. This is also consistent with this Court’s conclusion in *Infineon* (at para. 95) that it was open for a plaintiff to proceed with its claim under art. 1457 of the *Civil Code of Québec* (“*C.C.Q.*”) for the alleged violation of s. 45(1) of the *Competition Act*. Were s. 36(1) a complete and exclusive code, no such claim under the *C.C.Q.* would have been possible.

[89] I therefore would reject this ground of appeal. The courts below correctly decided that it is not plain and obvious that Godfrey is precluded from bringing common law and equitable causes of action alongside his s. 36(1)(a) claim. Additionally, a breach of s. 45(1) of the *Competition Act* can supply the “unlawful” element of the tort of civil conspiracy. I see nothing in my colleague’s reasons (at paras. 193-203) that deviates in any respect from my own on this point.

#### D. *Certifying Loss as a Common Issue*

[90] Toshiba’s final ground of appeal relates to the requirement in s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act* that class members’ claims raise common issues.

« nouvelle façon [. . .] supérieure » de remédier à un manquement. Les actions fondées sur le par. 36(1) sont visées par le délai de prescription du par. 36(4), alors que le délit de complot civil est assujéti aux lois provinciales en matière de prescription. De plus, le délit de complot civil offre un éventail plus large de réparations que le par. 36(1), telles que les dommages-intérêts punitifs (*Watson*, par. 57).

[88] Le paragraphe 36(1) n’est pas non plus un code complet et exclusif régissant les actions pour comportement ou complot anticoncurrentiel. C’est ce qui ressort clairement de l’art. 62 de la *Loi sur la concurrence* (« Droits civils non atteints »), qui prévoit le maintien des droits d’action en common law et en equity : « . . . la présente partie [dont le par. 45(1), à l’égard duquel le par. 36(1) crée un droit d’action] n’a pas pour effet de priver une personne d’un droit d’action au civil ». Cela s’accorde également avec la conclusion de notre Cour dans l’arrêt *Infineon* (par. 95) qu’un demandeur pouvait choisir de se fonder sur l’art. 1457 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* ») pour faire valoir ses droits par suite d’une violation du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence*. Si le par. 36(1) avait constitué un code complet et exclusif, aucun recours n’aurait été possible sous le régime du *C.c.Q.*

[89] Je rejetterais donc ce moyen d’appel. Les tribunaux d’instance inférieure ont à juste titre décidé qu’il n’est pas évident et manifeste que M. Godfrey ne peut exercer des recours de common law et d’equity en même temps qu’une action fondée sur l’al. 36(1)a. J’ajouterai qu’une violation du par. 45(1) de la *Loi sur la concurrence* peut fournir l’élément d’« illégalité » du délit de complot civil. Je ne vois rien dans les motifs de ma collègue (par. 193-203) qui s’écarte d’une façon ou d’une autre de mon opinion sur ce point.

#### D. *Autorisation de la question de la perte en tant que question commune*

[90] Le dernier moyen d’appel avancé par Toshiba se rapporte à l’exigence imposée par l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act* que les demandes des membres du groupe soulèvent des questions communes.

[91] Godfrey sought to certify several loss-related questions as common issues, principally whether the class members suffered economic loss (Sup. Ct. reasons, at para. 143). These questions were stated broadly enough that they could be taken as asking whether *all* class members suffered economic loss or whether *any* class members suffered economic loss. And, because they could be taken in two different ways they might, following the common issues trial, be answered in different ways.

[92] The certification judge certified the common issues relating to loss on the basis that the standard outlined in *Microsoft* requires that a plaintiff's expert methodology need only establish loss at the indirect-purchaser level (Sup. Ct. reasons, at paras. 167 and 179). The questions, therefore, of whether *any* class members suffered loss and of whether *all* class members suffered loss, fulfill the requirements of a common question. Toshiba says that he erred, and argues that *Microsoft* requires, for loss to be certified as a common issue, that a plaintiff's expert's methodology be capable either of showing loss to *each and every class member*, or of distinguishing between those class members who suffered loss from those who did not (A.F. (Toshiba), at para. 63). Dr. Reutter's methodology, Toshiba says, does not meet this standard (A.F. (Toshiba), at para. 76).

[93] Godfrey responds that the courts below correctly held that *Microsoft* requires, as a condition of certifying loss as a common issue, only a methodology capable of establishing that overcharges were passed on to the indirect-purchaser level (R.F. (Toshiba Appeal), at para. 93). This standard is consistent with the principles underlying the commonality requirement, since a single answer to whether loss reached the indirect-purchaser level significantly advances the litigation. Dr. Reutter's methodology meets this standard (R.F. (Toshiba Appeal), at para. 94).

[91] M. Godfrey a demandé qu'un certain nombre de questions relatives à la perte soient autorisées en tant que questions communes, principalement celle de savoir si les membres du groupe avaient subi une perte économique (motifs de la C.S., par. 143). Ces questions sont formulées de façon suffisamment large pour qu'elles puissent être interprétées comme demandant si *tous* les membres du groupe ont subi une perte économique ou si *l'un* d'entre eux a subi une perte économique. Parce que ces questions peuvent être interprétées de deux façons différentes, elles pourraient donc, à la suite de l'audition des questions communes, appeler des réponses différentes.

[92] Le juge saisi de la demande d'autorisation a autorisé les questions communes liées à la perte au motif que, selon le critère établi dans l'arrêt *Microsoft*, la méthode proposée par l'expert d'un demandeur doit seulement permettre d'établir la perte subie par l'acheteur indirect (motifs de la C.S., par. 167 et 179). Les questions de savoir si *un* des membres du groupe a subi une perte et si *tous* les membres du groupe en ont subi une remplissent les conditions d'une question commune. Toshiba affirme qu'il s'agit là d'une erreur et que selon l'arrêt *Microsoft*, pour que la question de la perte puisse être autorisée en tant que question commune, la méthode proposée par l'expert d'un demandeur doit permettre soit d'établir la perte subie par *chacun des membres du groupe*, soit de faire la distinction entre les membres du groupe qui ont subi une perte et ceux qui n'en ont pas subi (m.a. (Toshiba), par. 63). La méthode proposée par M. Reutter, affirme Toshiba, ne respecte pas ce critère (m.a. (Toshiba), par. 76).

[93] M. Godfrey répond que les juridictions inférieures ont conclu à bon droit que l'arrêt *Microsoft* assujettit l'autorisation d'une question de perte en tant que question commune à la condition que la méthode proposée permette d'établir que la majoration a été refilée à l'acheteur indirect (m.i. (pourvoi de Toshiba), par. 93). Ce critère respecte les principes qui sous-tendent l'exigence du caractère commun, puisque la moindre réponse à la question de savoir si la perte a été refilée à l'acheteur indirect fait avancer substantiellement l'instance. La méthode proposée par M. Reutter satisfait à ce critère (m.i. (pourvoi de Toshiba), par. 94).

[94] The appropriate standard for certifying loss as a common issue at the certification stage is a question of law, to be reviewed on appeal for correctness. If I conclude that the certification judge identified the correct standard, then the certification judge's decision to certify the issues as common may not be disturbed absent a palpable and overriding error.

(1) Dr. Reutter's Methodology

[95] Application of the *Microsoft* standard here requires some review of Dr. Reutter's report. In that report, he drew two conclusions:

(1) . . . all members of the proposed Class would have been impacted by the actions of defendants as alleged in the *Amended Notice of Civil Claim*, and

(2) . . . there are accepted methods available to estimate any overcharge and aggregate damages that resulted from the alleged wrongdoing using evidence common to the proposed Class.

(A.R., vol. III, at p. 119)

[96] These conclusions were based on the presence of four economic factors during the period of the alleged conspiracy that suggest that the ODD industry was vulnerable to collusive conduct (A.R., vol. III, at pp. 122-23 and 136). These factors are:

(1) [ODDs] are commodity-like and manufactured to conform to industry standards,

(2) during the proposed Class period [the] defendants accounted for a majority of all [ODDs] manufactured worldwide,

(3) there are no economic substitutes for [ODDs], and;

(4) the manufacture of [ODDs] exhibits barriers to entry.

(A.R., vol. III, at pp. 119-20)

[94] La norme qu'il convient d'appliquer pour autoriser la question de la perte en tant que question commune au stade de l'autorisation est une question de droit qui doit être contrôlée en appel suivant la norme de la décision correcte. Si je conclus que le juge saisi de la demande d'autorisation a identifié la bonne norme, la décision du juge saisi de la demande d'autorisation ne peut être modifiée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante.

(1) Méthode proposée par M. Reutter

[95] L'application du critère de l'arrêt *Microsoft* à la présente affaire nous impose d'examiner le rapport de M. Reutter. Dans ce rapport, M. Reutter tire deux conclusions :

[TRADUCTION]

(1) . . . tous les membres du groupe projeté auraient été touchés par les actes des défenderesses, ainsi qu'il est allégué dans l'*Avis de poursuite civile modifié*.

(2) . . . des méthodes acceptables permettent d'estimer la valeur de toute majoration et de tout préjudice global qui ont découlé des actes fautifs reprochés, et ce, au moyen de la preuve commune du groupe projeté.

(d.a., vol. III, p. 119)

[96] Ces conclusions reposaient sur la présence, durant la période du complot allégué, de quatre facteurs économiques tendant à indiquer que l'industrie des LDO était vulnérable aux comportements collusoires (d.a., vol. III, p. 122-123 et 136). Voici ces facteurs :

[TRADUCTION]

(1) Les [LDO] s'apparentent à des produits de base et sont fabriqués selon les normes de l'industrie,

(2) durant la période visée par le recours collectif projeté, les défenderesses fabriquaient la majorité des [LDO] à l'échelle mondiale,

(3) il n'existe aucun substitut économique aux LDO, et

(4) la fabrication de LDO se heurte à des barrières à l'entrée.

(d.a., vol. III, p. 119-120)

Because of the presence of these four factors, and the laws of supply and demand, Dr. Reutter concluded that “any conspiratorial overcharge would have been absorbed in part and passed-through in part at each level of the distribution chain, thus impacting all members of the proposed Class” (A.R., vol. III, at pp. 120 and 148).

[97] In order to estimate overcharges and aggregate damages arising from the alleged price-fixing, Dr. Reutter developed a methodology to estimate the “but-for” price of the products subject to the anticompetitive conduct (A.R., vol. III, at p. 150). This involves use of mainstream and accepted economic methodologies based on multiple regression (Sup. Ct. reasons, at para. 158). In particular, it entails three steps:

First, for the matter at hand, an economic model describing the interaction of the supply of and demand for [ODDs] must be developed. Second, based on the economic model, data will need to be collected from various sources, including defendants (when available), as well as public and third party vendors. Third, standard statistical and econometric techniques are used to determine the extent to which the alleged conspiracy resulted in supra-competitive prices for [ODDs].

(A.R., vol. III, at p. 150)

[98] In order to quantify the aggregate damages suffered by the proposed class, Dr. Reutter proposes to quantify the damages suffered by direct and indirect purchasers in the proposed class, which quantification can occur on a class-wide basis, using accepted economic and statistical methods (Sup. Ct. reasons, at para. 159). Overcharge, once estimated, can then be allocated among the class members (A.R., vol. III, at p. 167). Both aggregate damages and overcharge can be estimated using defendant transaction data, supplemented with data collected from public and private sources (A.R., vol. III, at p. 120).

À cause de la présence de ces quatre facteurs, ainsi que des lois de l’offre et de la demande, M. Reutter a conclu que [TRADUCTION] « toute majoration découlant d’une collusion aurait été absorbée en partie et refilée en partie à chacun des niveaux de la chaîne de distribution, de sorte que tous les membres du groupe projeté ont été touchés » (d.a., vol. III, p. 120 et 148).

[97] Afin d’estimer la valeur de la majoration et du préjudice global ayant découlé de la fixation des prix alléguée, M. Reutter a conçu une méthode permettant d’évaluer le prix des produits en cause en l’absence de tout comportement anticoncurrentiel (d.a., vol. III, p. 150). Il faut pour cela recourir aux méthodes économiques courantes et reconnues fondées sur la régression multiple (motifs de la C.S., par. 158). La méthode comporte, plus précisément, trois étapes :

[TRADUCTION] Premièrement, s’agissant de l’affaire qui nous occupe, il faut élaborer un modèle économique qui décrit l’interaction entre l’offre et la demande de [LDO]. Deuxièmement, à partir de ce modèle économique, des données devront être recueillies auprès de diverses sources, notamment des défenderesses (si de telles données sont disponibles), ainsi que du public et des vendeurs autres que les défenderesses. Troisièmement, grâce à des techniques normalisées d’analyse statistique et économétrique, il faudra déterminer la mesure dans laquelle le complot allégué a mené à des prix supraconcurrentiels pour les [LDO].

(d.a., vol. III, p. 150)

[98] Afin de quantifier le préjudice global subi par le groupe proposé, M. Reutter propose de quantifier les dommages subis par les acheteurs directs et les acheteurs indirects du groupe proposé, ce qui peut se faire à l’échelle du groupe au moyen de méthodes reconnues d’analyse économique et statistique (motifs de la C.S., par. 159). Une fois estimée, la majoration peut être répartie entre les membres du groupe (d.a., vol. III, p. 167). Le préjudice global et la majoration peuvent être estimés à l’aide des données relatives aux opérations commerciales des défenderesses, ainsi que de renseignements recueillis auprès du public et de sources privées (d.a., vol. III, p. 120).

[99] The question of whether a plaintiff's methodology must show loss at the indirect purchaser level or loss to each and every class member appears to be moot, since Dr. Reutter opines that all class members were impacted by Toshiba's anti-competitive behaviour; his methodology therefore satisfies either standard. Toshiba, however, points to its cross-examination of Dr. Reutter at the certification hearing as obtaining the concession that his methodology cannot demonstrate that all class members suffered a loss (A.F. (Toshiba), at paras. 86-87). At the hearing before this Court, counsel for Godfrey argued that Toshiba's counsel mischaracterized what emerged from that cross-examination (transcript, at p. 59). Because of this dispute, it is important to examine what actually occurred.

[100] After confirming that Dr. Reutter would use an average selling price across the ODD market to estimate overcharge, the following exchange took place:

399 Q. And implicit in the average is the fact that some class members may not have suffered any loss, but they would be compensated by the amount of the average overcharge in relation to the purchase that they made?

A. It's an empirical question and I don't want to sound flippant, but it depends. There may be some -- there may be some small subset or subset, I don't want to put an adjective in front of it. There may be some subset that were not impacted. I don't, from an economic standpoint, understand how that would be if there was, in fact, a conspiracy that fixed the price at the upstream and then that was, in fact, passed through.

...

403 Q. ... But if you conclude that some members were not impacted once you do the analysis, then they would be compensated even though they suffered no loss?

[99] La question de savoir si la méthode proposée par un demandeur doit démontrer que l'acheteur indirect a subi une perte ou bien que chaque membre du groupe a subi une perte semble être devenue théorique, puisque M. Reutter s'est également dit d'avis que tous les membres du groupe ont été touchés par le comportement anticoncurrentiel de Toshiba; la méthode qu'il propose satisfait donc aux deux critères. Toshiba signale toutefois que, lorsqu'elle a contre-interrogé M. Reutter lors de l'audition de la requête en autorisation, celui-ci aurait admis que sa méthode ne permet pas d'établir que tous les membres du groupe ont subi une perte (m.a. (Toshiba), par. 86-87). Devant nous, l'avocat de M. Godfrey a fait valoir que l'avocat de Toshiba s'était mépris sur ce qui s'est dégagé de ce contre-interrogatoire (transcription, p. 59). Vu ce différend, il importe d'examiner ce qui s'est vraiment produit.

[100] Après que M. Reutter eut confirmé qu'il utiliserait le prix de vente moyen des LDO dans l'ensemble du marché afin d'estimer la valeur de la majoration, l'échange suivant a eu lieu :

[TRADUCTION]

399 Q. Et il ressort implicitement de la moyenne que certains membres du groupe pourraient n'avoir subi aucune perte, mais qu'ils seraient indemnisés du montant de la majoration moyenne par rapport à l'achat qu'ils ont fait?

R. C'est là une question empirique et, sans vouloir paraître facétieux, je dirais que ça dépend. Il se pourrait que -- il se pourrait que quelques petits sous-groupes ou des sous-groupes, je ne veux pas les qualifier. Il se pourrait que certains sous-groupes n'aient pas été touchés. D'un point de vue économique, je ne comprends pas comment cela pourrait arriver si, dans les faits, il y a eu complot pour fixer le prix en amont et puis si ce prix a été transféré en aval.

...

403 Q. ... Mais si, après analyse, vous concluez que certains membres n'ont pas été touchés, ils seraient alors indemnisés même s'ils n'ont subi aucune perte?

A. Again, it depends on how finely or where we want to draw the line of what we're analyzing or what we're measuring.

...

A. Someone could -- the average is an average and if you want to throw a zero in there, as Dr. Levinsohn does, and say that there could be zero damages, I can't deny that, you know, if you average zero with some other numbers you get something other than zero by the definition of mathematics.

...

407 Q. . . . Does the methodology which produces an average, is that average overcharge then applied to all class members irrespective of whether the average reflects the overage that they, in fact, incurred?

A. Yes.

408 Q. All right. And is there anything in the methodology that you are proposing that allows one to determine who those people are that suffered more or less? They're simply compensated on average?

...

410 ...

A. In identifying him, no. [Emphasis added.]

(A.R., vol. V, at pp. 216-19)

Dr. Reutter went on to explain that his methodology is capable of creating subgroups within the class. For example, if the evidence after discovery suggests that Toshiba stopped price-fixing for a few months and then resumed again, the class members who purchased ODDs during that time would be excluded from the model (A.R., vol. V, at pp. 220-21).

[101] It is not at all apparent that this exchange shows Dr. Reutter resiling from his opinion that *all*

R. Encore là, ça dépend du soin avec lequel nous voulons tracer la ligne ou encore de l'endroit où nous voulons la tracer pour ce qui est de ce que nous analysons ou de ce que nous mesurons.

...

R. Quelqu'un pourrait -- la moyenne est une moyenne et si vous voulez y mettre un zéro, comme le fait M. Levinsohn, et dire qu'il se pourrait qu'il n'y ait aucun préjudice, je ne peux pas nier que, vous savez, si vous faites la moyenne entre zéro et certains autres chiffres, vous obtenez autre chose que zéro, c'est ce que sont les mathématiques.

...

407 Q. . . . Selon la méthode utilisée pour faire une moyenne, est-ce que la majoration moyenne s'applique à tous les membres du groupe peu importe si cette moyenne reflète l'excédent qu'on leur a, en fait, refilé?

R. Oui.

408 Q. Très bien. Et y a-t-il quelque chose dans la méthode que vous proposez qui permet de savoir qui sont ceux pour qui le préjudice est plus grand ou moins grand? Ils sont simplement indemnisés selon la moyenne?

...

410 ...

R. De les identifier, non. [Je souligne.]

(d.a., vol. V, p. 216-219)

M. Reutter a ensuite expliqué que sa méthode permettait de créer des sous-groupes au sein du groupe. Par exemple, si après l'interrogatoire, la preuve démontre que Toshiba a cessé de fixer les prix pour ensuite recommencer à le faire quelques mois plus tard, les membres du groupe qui auraient acheté un LDO au cours de cette période seraient exclus du modèle (d.a., vol. V, p. 220-221).

[101] Il n'est absolument pas évident que cet échange démontre que M. Reutter est revenu sur

class members would be impacted. On the contrary, he stated that he did not understand, from an economic standpoint, how it would be possible for some members of the class *not* to have suffered a loss if there was a conspiracy and the fixed price was passed through. Dr. Reutter’s methodology therefore satisfies both the standards argued for by Toshiba and Godfrey.

[102] In any event, even were Dr. Reutter’s methodology incapable of showing loss to every class member, as I explain below, it is not necessary, in order to support certifying loss as a common question, that a plaintiff’s expert’s methodology establish that each and every class member suffered a loss. Nor is it necessary that Dr. Reutter’s methodology be able to identify those class members who suffered no loss so as to distinguish them from those who did. Rather, in order for loss-related questions to be certified as common issues, a plaintiff’s expert’s methodology need only be sufficiently credible or plausible to establish loss reached the requisite purchaser level. This leaves the only question being whether the courts below were correct in finding that Dr. Reutter’s proposed methodology satisfies that required standard of commonality (C.A. reasons, at paras. 125 and 149). I see no reason to interfere with the certification judge’s determination that Dr. Reutter’s methodology satisfies this standard.

(2) What Is the Standard Required to Certify Loss as a Common Issue?

[103] The *Class Proceedings Act* provides that in order for an issue to be common, the issue need not “predominate over issues affecting only individual members” (s. 4(1)(c)). Section 1 of the *Class Proceedings Act* defines “common issues” as meaning:

- (a) common but not necessarily identical issues of fact, or

son opinion que *tous* les membres du groupe avaient été touchés. Au contraire, il a dit qu’il ne comprenait pas, d’un point de vue économique, comment il serait possible que certains membres du groupe n’aient subi *aucune* perte alors qu’il y avait eu complot et que le prix établi leur avait été transféré. La méthode de M. Reutter satisfait donc aux normes proposées par Toshiba et par M. Godfrey.

[102] Quoi qu’il en soit, même si la méthode de M. Reutter ne permettait de démontrer que chaque membre du groupe a subi une perte, comme je l’expliquerai plus loin, il n’est pas nécessaire, pour justifier l’autorisation de la question de la perte en tant que question commune, que la méthode proposée par un expert du demandeur établisse que chaque membre du groupe a subi une perte. Il n’est pas non plus nécessaire que la méthode de M. Reutter permette d’identifier les membres du groupe qui n’ont subi aucune perte de manière à les distinguer de ceux qui en ont subi une. Pour que les questions relatives à la perte soient autorisées en tant que questions communes, la méthode de l’expert du demandeur n’a qu’à être suffisamment fiable ou acceptable pour établir que l’acheteur du niveau requis a subi une perte. Il reste seulement à déterminer si les juridictions inférieures ont eu raison de conclure que la méthode proposée par M. Reutter satisfait à la norme de communauté requise (motifs de la C.A., par. 125 et 149). Je ne vois aucune raison de modifier la décision du juge saisi de la demande d’autorisation portant que la méthode de M. Reutter satisfait à cette norme.

(2) Quelle est la norme applicable à l’autorisation d’une question liée à la perte en tant que question commune?

[103] La *Class Proceedings Act* dispose que, pour qu’une question soit commune, elle n’a pas à [TRADUCTION] « l’emporter sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels » (al. 4(1)(c)). Selon l’art. 1 de la *Class Proceedings Act*, « question commune » (« *common issues* ») s’entend, selon le cas :

[TRADUCTION]

- (a) d’une question de fait commune, mais pas nécessairement identique;

(b) common but not necessarily identical issues of law that arise from common but not necessarily identical facts

[104] In *Microsoft*, at para. 108, this Court reaffirmed the principles of “common issues” for the purpose of certification, as they were explained in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534:

In [*Dutton*] this Court addressed the commonality question, stating that “[t]he underlying question is whether allowing the suit to proceed as a [class proceeding] 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 [is] not necessary that common issues predominate over non-common issues. However, the class members’ claims must share a substantial common ingredient to justify a class [proceeding]. 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.

[105] In *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3, this Court clarified that the “common success” requirement in *Dutton* should be applied flexibly. “Common success” denotes not that success for one class member must mean success for all, but rather that success for one class member must not mean *failure* for another (para. 45). A question is

(b) d’une question de droit commune, mais pas nécessairement identique, qui découle de faits qui sont communs, mais pas nécessairement identiques;

[104] Au paragraphe 108 de l’arrêt *Microsoft*, la Cour a rappelé les principes relatifs à la « question commune » aux fins d’autorisation qu’elle avait expliqués dans *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 :

Dans l’arrêt [*Dutton*] 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 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.

[105] Dans l’arrêt *Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3, la Cour a précisé que le critère du « succès commun » dégagé dans *Dutton* devait être appliqué avec flexibilité. Le « succès commun » suppose non pas que le succès d’un membre du groupe entraîne celui de tous les membres du groupe, mais plutôt que le succès d’un membre du groupe

considered “common”, then, “if it can serve to advance the resolution of every class member’s claim”, even if the answer to the question, while positive, will vary among those members (para. 46).

[106] In *Microsoft*, the representative plaintiff sought to certify a class proceeding wherein the proposed class members consisted of the end consumers of products whose prices were allegedly fixed (“indirect purchasers”). After concluding that indirect purchasers have a cause of action for price-fixing, the Court considered the standard of expert methodology required to certify loss-related questions as common issues for indirect purchaser class proceedings. The key passage from the Court’s reasons states:

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.

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 [v. Bayer Inc. (2003), 63 O.R. (3d) 22]*, at para. 31). 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

ne doit pas provoquer l’*échec* d’un autre membre (par. 45). Une question sera considérée comme « commune », donc, « si elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe », même si la réponse qu’on lui donne, bien que favorable, peut différer d’un membre à l’autre du groupe (par. 46).

[106] Dans l’arrêt *Microsoft*, le représentant des demandeurs a demandé l’autorisation d’un recours collectif pour lequel le groupe proposé était composé des consommateurs finaux des produits dont le prix aurait été fixé (« acheteurs indirects »). Après avoir conclu que les acheteurs indirects avaient une cause d’action en raison de la fixation des prix, la Cour s’est penchée sur la norme applicable pour déterminer si la méthode d’expert permet d’autoriser les questions liées à la perte en tant que questions communes aux acheteurs indirects d’un recours collectif. Voici le passage clé des motifs de la Cour :

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.

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 [c. Bayer Inc. (2003), 63 O.R. (3d) 22]*, par. 31). À l’étape de [l’autorisation], 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 [l’autorisation], 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,

have been passed on to the indirect-purchaser level in the distribution chain.

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 *Infineon [Technologies AG v. Option Consommateurs]*, 2013 SCC 29, [2013] 3 S.C.R. 600 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). . . .

...

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. [Emphasis added; paras. 114-18.]

[107] While there may be some room for debate arising from the references to “class-wide basis” in the above passages, in my view, the Court was employing the term “class-wide basis” synonymously with “indirect-purchaser level”. *Microsoft*, therefore, directs that, for a court to certify loss-related questions as common issues in a price-fixing class proceeding, it must be satisfied that the plaintiff has shown a plausible methodology to establish that loss reached one or more purchasers — that is, claimants at the “purchaser level”. For indirect purchasers, this would involve demonstrating that the direct purchasers passed on the overcharge.

la méthode doit donc pouvoir établir que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution.

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 [l’autorisation] pour convaincre le tribunal qu’une méthode permet d’établir les conséquences communes à l’échelle du groupe. Dans l’affaire *Infineon [Technologies AG c. Option Consommateurs]*, 2013 CSC 29, [2013] 3 R.C.S. 600, 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). . . .

...

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. [Je souligne; par. 114-118.]

[107] Bien que la mention de la « perte à l’échelle du groupe » dans les passages précités puisse prêter à controverse, j’estime que la Cour a utilisé cette expression dans le même sens que « [niveau des] acheteurs indirects ». En conséquence, l’arrêt *Microsoft* prescrit que, pour autoriser les questions liées à la perte en tant que questions communes dans un recours collectif pour fixation du prix, le tribunal doit être convaincu que le demandeur a présenté une méthode valable pour établir que la perte a été transférée à un ou à plusieurs acheteurs, c’est-à-dire des demandeurs du « [niveau de] l’acheteur ». Dans le cas des acheteurs indirects, cela implique de démontrer que les acheteurs directs ont refile la majoration.

[108] Additionally, showing that loss reached the indirect purchaser level satisfies the criteria for certifying a common issue, since it will significantly advance the litigation, is a prerequisite to imposing liability upon Toshiba and will result in “common success” as explained in *Vivendi*, given that success for one class member will not result in failure for another. Showing loss reached the requisite purchaser level will advance the claims of all the purchasers at that level.

[109] When thinking about whether a proposed common question would “advance the litigation”, it is the perspective of the litigation, not the plaintiff, that matters. A common issues trial has the potential to either determine liability or terminate the litigation (W. K. Winkler et al., *The Law of Class Actions in Canada* (2014), at p. 108). Either scenario “advances” the litigation toward resolution. Here, if it cannot be shown that loss was suffered by any purchasers at the indirect purchaser level, then none of the indirect purchasers have a cause of action and the action with respect to all the indirect purchasers would fail. I endorse, in this regard, this statement of the Ontario Superior Court in *Shah (Ont. S.C.J.)* (at para. 69):

Thus, for the purposes of certification, the methodology about the existence of loss need only be shown to be a plausible one that the passing-on reached the indirect purchaser level of the distribution channel and that there might be individual issues about whether any particular class member experienced illegal price-fixing. If the plaintiff’s expert’s methodology failed in proof at trial, then the class members’ claim would fail across the indirect class members’ class because each and every one of them would have failed to prove a constituent element of their cause of action; i.e., that the price-fixing penetrated their place or “level” of the distribution channel, and the Defendants would secure a discharge of liability against all the class members. Conversely, if the methodology proved sound to show that overcharges reached the indirect purchaser place in the distribution channel, then there might have to be individual issues trials to determine each class member’s entitlement.

[108] Qui plus est, démontrer que la perte a été transférée aux acheteurs indirects satisfait au critère d’autorisation d’une question commune, puisqu’une telle démonstration permettra de faire progresser substantiellement l’instance, qu’elle est essentielle pour imposer une responsabilité à Toshiba et qu’elle débouche sur un « succès commun » tel que l’explique l’arrêt *Vivendi*, car le succès d’un membre du groupe ne se traduira pas par l’échec d’un autre membre. Démontrer que la perte a été transférée aux acheteurs du niveau requis fera progresser les réclamations de tous les acheteurs de ce niveau.

[109] Lorsqu’on pense à la question de savoir si une question commune proposée ferait « avancer l’instance », c’est le point de vue de l’instance et non celui du demandeur qui compte. L’audition des questions communes peut soit déterminer la responsabilité soit mettre fin au litige (W. K. Winkler et autres, *The Law of Class Actions in Canada* (2014), p. 108). Les deux scénarios « contribuent » au règlement du litige. En l’espèce, si l’on ne peut démontrer que la perte a été subie par quelque acheteur indirect que ce soit, aucun acheteur indirect n’a une cause d’action et l’action à l’égard de tous les acheteurs indirects échouerait. Je souscris à cet égard à l’affirmation qui suit de la Cour supérieure de l’Ontario dans *Shah (C.S.J. Ont.)* (par. 69) :

[TRADUCTION] Ainsi, aux fins d’autorisation, il faut seulement démontrer que la méthode permettant d’établir l’existence d’une perte est une méthode acceptable, que la perte a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution et que des questions individuelles quant à savoir si certains membres ont été touchés par la fixation illégale des prix peuvent être soulevées. Si la méthode d’expert du demandeur ne permet pas d’en faire la preuve au procès, alors la demande du groupe sera rejetée à l’égard de la catégorie des membres indirects parce que chacun d’eux aura échoué à prouver un élément constitutif de sa cause d’action; c.-à-d. que la fixation des prix s’est rendue à eux ou à leur « niveau » dans la chaîne de distribution, et les défenderesses seront déchargées de toute responsabilité à l’égard de l’ensemble des membres du groupe. À l’inverse, si la méthode se révèle valable pour démontrer que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval de la chaîne de distribution, il pourrait alors être nécessaire de tenir des audiences individuelles pour statuer sur le droit de chaque membre de faire partie du groupe.

(3) Does Dr. Reutter’s Methodology Meet the Standard?

[110] The certification judge identified the correct standard to certify commonality of loss as a common issue. As Toshiba acknowledges, the issue of whether the certification judge erred in applying that standard to Dr. Reutter’s evidence is “subject to . . . deference from an appellate court” (A.F. (Toshiba), at para. 42). The certification judge’s analysis of Dr. Reutter’s methodology as supporting certification should not be overturned absent a palpable and overriding error.

[111] I agree with the Court of Appeal that the reasoning of the certification judge reveals no basis for interfering with his common issues determination (C.A. reasons, at para. 163). There is no palpable and overriding error in the certification judge’s conclusion that Godfrey showed some basis in fact for finding the loss issues to be common (Sup. Ct. reasons, at para. 180). I would therefore reject this ground of appeal.

(4) Availability of Aggregate Damages

[112] I turn, finally, to Toshiba’s final argument, which goes to the availability of the aggregate damages provisions found in Division 2 of the *Class Proceedings Act*, s. 29(1)(b), which states:

**Aggregate awards of monetary relief**

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

...

(3) La méthode proposée par M. Reutter satisfait-elle à la norme?

[110] Le juge saisi de la demande d’autorisation a arrêté la norme applicable à l’autorisation, en tant que question commune, de la question de la communauté de la perte. Toshiba le reconnaît : la question de savoir si le juge saisi de la demande d’autorisation s’est trompé en appliquant cette norme au témoignage de M. Reutter [TRADUCTION] « oblige la cour d’appel à faire preuve de déférence » (m.a. (Toshiba), par. 42). L’analyse de la méthode proposée par M. Reutter sur laquelle repose la décision du juge saisi de la demande d’autorisation ne devrait pas être annulée en l’absence d’erreur manifeste et déterminante.

[111] Je conviens avec la Cour d’appel que le raisonnement du juge saisi de la demande d’autorisation ne révèle aucune raison de modifier la décision qu’il a rendue au sujet des questions communes (motifs de la C.A., par. 163). Il n’y a aucune erreur manifeste et déterminante dans sa conclusion que M. Godfrey a établi un certain fondement factuel permettant de qualifier de communes les questions liées à la perte (motifs de la C.S., par. 180). Je rejetterais donc ce moyen d’appel.

(4) Possibilité d’obtenir des dommages-intérêts globaux

[112] Je passe finalement au dernier argument de Toshiba, qui intéresse la possibilité d’invoquer les dispositions sur les dommages-intérêts globaux qui figurent à l’al. 29(1)(b) de la *Class Proceedings Act*, lequel prévoit :

[TRADUCTION]

**Octroi global d’une réparation pécuniaire**

29 (1) Le tribunal peut accorder une réparation pécuniaire pour tout ou partie de la responsabilité du défendeur à l’endroit des membres du groupe et rendre jugement en conséquence si

...

- (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 . . .

[113] Because all other issues of fact and law must be decided before the aggregate damages provisions could apply, it is plain that aggregate damages under s. 29(1)(b) are purely remedial, available only after all other common issues have been determined, including liability (see *Microsoft*, at para. 134). Irrespective, then, of whether aggregate damages are certified as a common issue, it is for the trial judge to determine, following the common issues trial, whether the statutory criteria are met such that the aggregate damages provisions can be applied to award damages (*Microsoft*, at para. 134; Winkler et al., at p. 121).

[114] Here, the certification judge certified the following common issues related to aggregate damages for the non-umbrella purchasers (para. 143):

- (k) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

...

- (w) Can the amount of restitution be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

As I will explain below, I would not disturb the certification judge’s decision to certify these issues as common issues. Again, it is important to remember that the certification of these issues in relation to the non-umbrella purchasers and the lack of certification in relation to the umbrella purchasers neither mandates nor forecloses the possibility of the trial judge awarding aggregate damages following the common issues trial. As this Court said in *Microsoft*

- (b) il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire afin de quantifier la responsabilité pécuniaire du défendeur . . .

[113] Comme il faut trancher toutes les questions de fait et questions de droit avant que les dispositions sur les dommages-intérêts globaux puissent s’appliquer, il est clair que les dommages-intérêts globaux au sens de l’al. 29(1)(b) ont un objectif purement réparateur et ne peuvent être octroyés qu’après le règlement de toutes les autres questions communes, y compris la responsabilité (voir *Microsoft*, par. 134). Peu importe, donc, si les dommages-intérêts globaux sont autorisés en tant que question commune, il revient au juge du procès de décider, au terme de l’audition des questions communes, si les critères établis par la loi sont respectés de sorte que les dispositions sur les dommages-intérêts globaux peuvent s’appliquer pour octroyer ceux-ci (*Microsoft*, par. 134; Winkler et autres, p. 121).

[114] En l’espèce, le juge saisi de la demande d’autorisation a autorisé les questions communes suivantes liées à l’octroi de dommages-intérêt globaux aux acheteurs qui ne sont pas sous parapluie (par. 143) :

[TRADUCTION]

- (k) Le montant des dommages-intérêts peut-il être arrêté globalement et, dans l’affirmative, quel est ce montant?

...

- (w) Le montant de la restitution peut-il être arrêté globalement et, dans l’affirmative, quel est ce montant?

Comme je vais l’expliquer plus loin, je ne suis pas d’avis de modifier la décision du juge saisi de la demande d’autorisation d’autoriser ces questions en tant que questions communes. Là encore, il importe de se rappeler que l’autorisation de ces questions à l’égard des acheteurs qui ne sont pas sous parapluie et l’absence d’autorisation à l’endroit des acheteurs sous parapluie ne commande ni n’exclut la possibilité que le juge du procès accorde des dommages-intérêts

(para. 134): “. . . 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”.

[115] Toshiba has not appealed the certification of these issues as common issues. Rather, it takes issue with the certification judge’s statement when discussing certification of the loss-related common issues that “the aggregate damage provisions [. . .] allow for an aggregate award even where some class members have suffered no financial loss” (Sup. Ct. reasons, at para. 169). Toshiba argues that this statement contradicts this Court’s direction in *Microsoft* regarding the purely procedural quality of rights conferred by the *Class Proceedings Act* (A.F. (Toshiba), at para. 54). More particularly, Toshiba says that, by not confining its liability to class members who are able to show actual loss, the certification judge used the *Class Proceedings Act* to confer substantive (and not merely procedural) rights so as to grant a remedy to persons who cannot prove a loss. In this way, Toshiba argues that the certification judge treated the indirect and umbrella purchasers as “juridical entities” and eliminated the distinction between proof of harm and aggregate damages (A.F. (Toshiba), at para. 7).

[116] On this point, I agree with Toshiba that the certification judge’s statement that the aggregate damages provisions allow for an award of damages for class members that suffered no loss is inconsistent with this Court’s jurisprudence. This Court has repeatedly affirmed that the advantages conferred by class proceeding legislation are purely procedural, and that they do not confer substantive rights (see: *Hollick*, at para. 14; *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at para. 17; *Microsoft*, at para. 131-32; *Sun-Rype*, at

globaux au terme de l’audition des questions communes. Comme l’a mentionné notre Cour au par. 134 de l’arrêt *Microsoft* : « . . . l’omission de proposer ou d’autoriser 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 ».

[115] Toshiba n’a pas porté en appel l’autorisation des questions précitées en tant que questions communes. Elle s’inscrit plutôt en faux contre ce que le juge saisi de la demande d’autorisation a dit au moment d’analyser l’autorisation des questions communes liées à la perte : [TRADUCTION] « . . . les dispositions relatives aux dommages-intérêts globaux [. . .] permettent d’adjudger ceux-ci même si certains membres du groupe n’ont subi aucune perte financière » (motifs de la C.S., par. 169). Selon Toshiba, cette affirmation contredit l’orientation qu’a donnée notre Cour dans l’arrêt *Microsoft* au sujet du caractère purement procédural des droits conférés par la *Class Proceedings Act* (m.a. (Toshiba), par. 54). Plus particulièrement, Toshiba affirme que, en ne restreignant pas la responsabilité aux membres du groupe capables d’établir qu’ils ont subi une véritable perte, le juge saisi de la demande d’autorisation a utilisé la *Class Proceedings Act* pour conférer des droits substantifs (et pas simplement procéduraux) de manière à accorder réparation aux personnes qui ne sont pas en mesure de prouver qu’elles ont subi une perte. Toshiba plaide ainsi que le juge saisi de la demande d’autorisation a traité les acheteurs indirects et sous parapluie comme des [TRADUCTION] « entités juridiques » et a éliminé la distinction entre la preuve du préjudice et les dommages-intérêts globaux (m.a. (Toshiba), par. 7).

[116] Sur ce point, je partage l’avis de Toshiba que l’affirmation du juge saisi de la demande d’autorisation — selon laquelle les dispositions sur les dommages-intérêts globaux permettent d’en adjudger aux membres du groupe qui n’ont subi aucune perte — est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour. Cette dernière a maintes fois répété que les avantages offerts par les lois en matière de recours collectifs sont purement procédurales et ne confèrent pas de droit substantiels (voir : *Hollick*, par. 14; *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC

para. 75). In *Microsoft*, this Court could not have been clearer that the aggregate damages provisions cannot be used to establish liability:

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.

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). [Emphasis added; paras. 131-32.]

[117] The foregoing signifies that, where (as here) loss is an element of the cause of action, using the aggregate damages provisions to distribute damages to class members who did not suffer a loss would be

19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 17; *Microsoft*, par. 131-132; *Sun-Rype*, par. 75). Dans l’arrêt *Microsoft*, notre Cour n’aurait pas pu dire plus clairement que les dispositions sur les dommages-intérêts globaux ne peuvent servir à établir la responsabilité :

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.

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] « [I]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). [Je souligne; par. 131-132.]

[117] Les passages précités signifient que lorsque la perte est un élément de la cause d’action (comme c’est le cas en l’espèce), le fait de recourir aux dispositions sur les dommages-intérêts globaux pour

inconsistent with the purely procedural quality of the advantages conferred by the *Class Proceedings Act*. It follows that the reliance by the courts below (Sup. Ct. reasons, at para. 169; C.A. reasons, at para. 161) on s. 31(1)(a)(i) of the *Class Proceedings Act* (which provides that the court may order an aggregate damages award where it would be impractical or inefficient to identify the class members entitled to share in the award) as indicating that the plaintiff need not establish loss to each and every class member was, in my respectful view, mistaken. Section 31(1)(a)(i) is applicable only once liability has been established; otherwise, it would effectively confer substantive rights.

[118] To be clear, I agree that the *Class Proceedings Act* permits individual members of the class to obtain a remedy where it may be difficult to demonstrate *the extent* of individual loss. What the jurisprudence of this Court maintains, however, is that, in order for individual class members to participate in the award of damages, the trial judge must be satisfied that each has *actually suffered* a loss where proof of loss is essential to a finding of liability (as it is for liability under s. 36 of the *Competition Act*). Therefore, ultimately, to use the aggregate damages provisions, the trial judge must be satisfied, following the common issues trial, either that *all* class members suffered loss, or that he or she can distinguish those who have not suffered loss from those who have.

[119] At this stage, it therefore remains possible that issues will arise, once it is determined that loss reached the indirect purchaser level, that affect individual class members' claims (*Microsoft*, at para. 140). In other words, while it was sufficient *for the purposes of certifying loss as a common issue* for Dr. Reutter's methodology to show merely that loss reached the indirect purchaser level, whether this methodology is sufficient *for the purposes of establishing* Toshiba's liability to *all* class members will depend on the findings of

accorder ceux-ci aux membres du groupe qui n'ont subi aucune perte serait incompatible avec le caractère purement procédural des avantages conférés par la *Class Proceedings Act*. Soit dit en tout respect, il s'ensuit que les juridictions inférieures (motifs de la C.S., par. 169; motifs de la C.A., par. 161) ont eu tort de s'appuyer sur le sous-al. 31(1)(a)(i) de la *Class Proceedings Act* (lequel prévoit que le tribunal peut ordonner l'octroi de dommages-intérêts globaux lorsqu'il serait irréaliste ou inefficace d'identifier les membres du groupe qui ont droit à une part du montant global des dommages-intérêts adjugés) pour conclure que le demandeur n'a pas à établir que chacun des membres du groupe a subi une perte. Le sous-al. 31(1)(a)(i) ne s'applique qu'une fois la responsabilité établie; autrement, il se trouverait à conférer des droits substantiels.

[118] Pour dissiper toute équivoque, je conviens que la *Class Proceedings Act* permet aux membres du groupe d'obtenir une réparation dans les cas où il peut être difficile d'établir *l'ampleur* de la perte individuelle. Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, pour que les membres du groupe participent à l'octroi des dommages-intérêts, le juge du procès doit être convaincu que chacun d'eux a *réellement subi* une perte lorsque la preuve de la perte est essentielle à une conclusion de responsabilité (comme c'est le cas de la responsabilité fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*). Par conséquent, au bout du compte, pour se prévaloir des dispositions relatives aux dommages-intérêts globaux, le juge du procès doit être convaincu, à l'issue de l'audition des questions communes, que *tous* les membres du groupe ont subi une perte, ou qu'il peut distinguer ceux qui n'ont pas subi de perte de ceux qui en ont subi une.

[119] À ce stade, il se peut donc toujours que des questions touchant les demandes de membres du groupe se posent, une fois qu'il est établi que la perte a été reflétée à l'acheteur indirect (*Microsoft*, par. 140). Autrement dit, bien qu'il ait été suffisant, *aux fins de l'autorisation de la perte en tant que question commune*, que la méthode de M. Reutter établisse simplement que la perte a été reflétée aux acheteurs indirects, la réponse à la question de savoir si cette méthode suffit *pour établir* la responsabilité

the trial judge. In this case, Godfrey intends to use Dr. Reutter's methodology to prove that all class members suffered loss. It follows from the foregoing that, if he is successful in doing so, the same methodology can be used to establish both that Toshiba is liable to all class members and that aggregate damages are available to be awarded.

[120] It should be borne in mind that the trial judge, following the common issues trial, might reach any one of numerous possible conclusions on the question of whether the class members suffered loss. For example, the trial judge might accept Dr. Reutter's evidence that *all* class members suffered a loss, in which case it would be open to the trial judge to use the aggregate damages provisions to award damages to all class members. Alternatively, the trial judge might conclude that *no* purchasers suffered a loss — for example, if the trial judge does not accept that Dr. Reutter's methodology demonstrates that loss reached the direct and indirect purchaser levels. Were that the case, the action would fail. Or, it might be that the trial judge finds that an *identifiable subset* of class members did not suffer a loss, in which case the trial judge could exclude those members from participating in the award of damages, and then use the aggregate damages provision in respect of the remaining class members' claims. Finally, the trial judge could accept Toshiba's argument that some class members suffered a loss and some did not, but that it is impossible to determine on the expert's methodology which class members suffered a loss. In such a case, individual issues trials would be required to determine the purchasers to whom Toshiba is liable and who are therefore entitled to share in the award of damages. At the certification stage, no comment can or should be made about the potential conclusions that the trial judge may reach. I outline these possibilities and the availability of aggregate damages merely to provide guidance.

de Toshiba envers *tous* les membres du groupe dépend des conclusions du juge du procès. En l'espèce, M. Godfrey compte employer la méthode de M. Reutter pour prouver que tous les membres du groupe ont subi une perte. Il s'ensuit de ce qui précède que, s'il parvient à faire cette démonstration, on peut employer la même méthode pour établir à la fois que Toshiba est responsable envers tous les membres du groupe et qu'il est possible d'accorder des dommages-intérêts globaux.

[120] Il convient de garder à l'esprit qu'après l'audition des questions communes, le juge du procès peut tirer l'une ou l'autre de nombreuses conclusions sur la question de savoir si les membres du groupe ont subi une perte. Par exemple, le juge du procès pourrait retenir le témoignage de M. Reutter selon lequel *tous* les membres du groupe ont subi une perte, auquel cas il serait loisible au juge du procès de recourir aux dispositions sur les dommages-intérêts globaux pour adjuger les dommages-intérêts à tous les membres du groupe. Le juge du procès pourrait aussi conclure qu'*aucun* acheteur n'a subi de perte — par exemple, s'il n'accepte pas que la méthode de M. Reutter démontre que la perte a été transférée aux acheteurs directs et indirects. Dans un tel cas, l'action échouerait. Peut-être encore que le juge du procès conclura qu'une *sous-catégorie identifiable* de membres du groupe n'a pas subi de perte, auquel cas il exclura ces membres de l'octroi des dommages-intérêts et recourra ensuite à la disposition sur l'octroi de dommages-intérêts globaux à l'égard des demandes de membres restants du groupe. Enfin, le juge du procès pourrait retenir l'argument de Toshiba selon lequel certains membres du groupe ont subi une perte tandis que d'autres n'en ont pas subie, mais conclure qu'il est impossible d'établir avec la méthode de l'expert quels membres du groupe ont subi une perte. Dans un tel cas, des procès portant sur des questions individuelles seraient nécessaires pour identifier les acheteurs envers qui Toshiba est responsable et qui ont donc le droit de prendre part à l'octroi des dommages-intérêts. Au stade de l'autorisation, il n'est pas possible ou indiqué de se prononcer sur les conclusions éventuelles du juge du procès. Je signale ces possibilités et l'ouverture à des dommages-intérêts globaux uniquement en vue de fournir des directives.

[121] But again, to be clear — neither the range of possible findings of the trial judge following the common issues trial, nor the unavailability of aggregate damages for class members that suffered no loss, is relevant to the decision to certify aggregate damages as a common issue. As was the case in *Microsoft*, “[t]he aggregate damages questions [the certification judge] certified relate solely to whether damages can be determined on an aggregate basis and if so in what amount” (para. 135). The certification judge’s decision to certify the questions related to aggregate damages for the non-umbrella purchasers should therefore not be disturbed.

## VI. Conclusion

[122] I would dismiss the appeals.

[123] Section 37(1) of the *Class Proceedings Act* provides that “neither the [British Columbia] Supreme Court nor the Court of Appeal may award costs to any party to an application for certification”. The parties appear to take this as precluding this Court from awarding costs at those courts, and seek only their costs at this Court. I would therefore award Godfrey costs in this Court only.

The following are the reasons delivered by

[124] CÔTÉ J. (dissenting in part) — These appeals raise a fundamental question: are courts at a stage where the balance struck by Parliament in Canada’s competition law should be upset by applying new principles of liability for price-fixing cases, resulting in near-automatic certification of class actions? In doing so, are courts going a bridge too far?

### I. Overview

[125] These appeals concern the certification of a proposed class action brought in British Columbia by

[121] Mais là encore, soyons clairs : ni l’éventail des conclusions que pourra tirer le juge du procès à l’issue de l’audition des questions communes, ni la possibilité d’accorder des dommages-intérêts globaux aux membres du groupe qui n’ont subi aucune perte, ne sont pertinents pour la décision d’autoriser les dommages-intérêts globaux en tant que question commune. Tout comme dans *Microsoft*, « [l]es questions [liées aux dommages-intérêts globaux que le juge saisi de la demande d’autorisation] certifie consistent seulement à savoir si le montant des dommages-intérêts peut être arrêté globalement et, dans l’affirmative, quel est ce montant » (par. 135). Il ne convient donc pas de modifier la décision du juge saisi de la demande d’autorisation d’autoriser les questions concernant l’octroi de dommages-intérêts globaux aux acheteurs qui ne sont pas sous parapluie.

## VI. Conclusion

[122] Je rejetterais les pourvois.

[123] Le paragraphe 37(1) de la *Class Proceedings Act* dispose que [TRADUCTION] « ni la Cour suprême [de la Colombie-Britannique] ni la Cour d’appel ne peuvent accorder des dépens à une partie à une demande d’autorisation ». Les parties semblent en avoir conclu que notre Cour ne peut octroyer des dépens devant ces cours et elles n’ont sollicité que leurs dépens devant notre Cour. J’accorderais donc à M. Godfrey ses dépens devant notre Cour seulement.

Version française des motifs rendus par

[124] LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) — Les présents pourvois soulèvent une question fondamentale : le moment est-il venu pour les tribunaux de rompre l’équilibre établi par le législateur dans les lois canadiennes sur la concurrence en appliquant de nouveaux principes de responsabilité dans des affaires de fixation des prix, de sorte que les recours collectifs seraient presque automatiquement autorisés? Ce faisant, les tribunaux iraient-ils trop loin?

### I. Aperçu

[125] Les présents pourvois concernent l’autorisation d’un recours collectif projeté intenté en

representative plaintiff Neil Godfrey (the “Plaintiff”, respondent in these appeals) against a number of defendants (the “Defendants”, appellants in these appeals) that manufacture or supply devices known as optical disc drives (“ODDs”). The Plaintiff alleges that the Defendants conspired to fix the prices of ODDs between January 1, 2004 and January 1, 2010 (the “Class Period”). He relies on five causes of action against the Defendants: a contravention of s. 45 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34 (which is actionable pursuant to s. 36(1) of that statute), the tort of unlawful means conspiracy, the tort of predominant purpose conspiracy, unjust enrichment, and waiver of tort.

[126] The proposed class is essentially comprised of three groups. Direct purchasers are the class members who purchased an ODD or an ODD product manufactured or supplied by a Defendant *from that Defendant*. Indirect purchasers are the class members who purchased an ODD or an ODD product manufactured or supplied by a Defendant *from a non-Defendant*. Neil Godfrey is one of those indirect purchasers. Finally, class members who purchased from a non-Defendant an ODD or an ODD product *that was not manufactured or supplied by a Defendant* are known as “Umbrella Purchasers”. The Plaintiff alleges that all of the class members in these three groups have claims against the Defendants in respect of the alleged price-fixing conspiracy.

[127] The Plaintiff’s action against most of the Defendants was commenced on September 27, 2010. He brought a separate action against certain additional Defendants — Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics (USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. and Pioneer Electronics of Canada Inc. (the “Pioneer Defendants”) — on August 16, 2013, roughly three and a half years following the end of the Class Period.

Colombie-Britannique par le représentant des demandeurs, Neil Godfrey (le « demandeur », l’intimé dans les présents pourvois), contre plusieurs défenderesses (les « défenderesses », les appelantes dans les présents pourvois) qui fabriquent ou fournissent des dispositifs appelés lecteurs de disques optiques (« LDO »). Le demandeur allègue que les défenderesses ont comploté dans le but de fixer les prix des LDO entre le 1<sup>er</sup> janvier 2004 et le 1<sup>er</sup> janvier 2010 (la « période visée par le recours collectif »). Il s’appuie sur cinq causes d’action contre les défenderesses : contravention à l’art. 45 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (qui ouvre droit à une action fondée sur le par. 36(1) de cette même loi), délit civil de complot exercé par des moyens illégaux, délit civil de complot visant principalement à causer un préjudice, enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel.

[126] Le groupe projeté est constitué essentiellement de trois catégories d’acheteurs. Les acheteurs directs sont les membres du groupe qui ont acheté un LDO ou un produit muni de LDO fabriqué ou fourni par une défenderesse *de cette défenderesse*. Les acheteurs indirects sont les membres du groupe qui ont acheté un LDO ou un produit muni de LDO fabriqué ou fourni par une défenderesse *d’une personne qui n’est pas une défenderesse*. Neil Godfrey est l’un de ces acheteurs indirects. Enfin, les membres du groupe qui ont acheté, d’une personne qui n’est pas une défenderesse, un LDO ou un produit muni de LDO *qui n’a pas été fabriqué ou fourni par une défenderesse* sont appelés les « acheteurs sous parapluie ». Le demandeur allègue que tous les membres du groupe faisant partie de ces catégories disposent de recours contre les défenderesses relativement au complot allégué de fixation des prix.

[127] Le recours du demandeur contre la plupart des défenderesses a été intenté le 27 septembre 2010. Le 16 août 2013, soit environ trois ans et demi après la fin de la période visée par le recours collectif, le demandeur a intenté une action distincte contre certaines autres défenderesses : Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics (USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. et Pioneer Électronique du Canada, Inc. (appelées collectivement les « défenderesses Pioneer »).

[128] At the certification stage, Masuhara J. (the “Certification Judge”) consolidated the two actions and conditionally certified them as class proceedings, in accordance with the criteria set out in s. 4(1) of British Columbia’s *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (2016 BCSC 844). The Defendants’ appeals to the British Columbia Court of Appeal were unanimously dismissed (2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319).

[129] The Defendants that challenge the Court of Appeal’s order before this Court in file no. 37810 (the “Toshiba Appeal”) contend that both the Certification Judge and the Court of Appeal erred in three respects: (a) by permitting the Umbrella Purchasers to claim under the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act*; (b) by allowing common law and equitable relief based on a breach of the anti-competitive prohibitions in Part VI of the *Competition Act*; and (c) by finding that loss-related issues were common among the indirect purchasers based on the expert methodology proposed by the Plaintiff.

[130] The appeal brought by the Pioneer Defendants in file no. 37809 (the “Pioneer Appeal”) raises those same issues, as well as two unique issues pertaining to the treatment of the limitation defence by the courts below. The Pioneer Defendants argue that the Certification Judge erred in holding that the action against them can proceed — notwithstanding that it was commenced more than two years following the end of the Class Period — based on the application of the discoverability rule and the doctrine of fraudulent concealment. In this Court, the Pioneer Defendants submit (a) that the discoverability rule does not apply to postpone the commencement of the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*, and (b) that the doctrine of fraudulent concealment cannot toll that limitation period unless the Plaintiff can establish that he and the other class members stand in a “special relationship” with the Pioneer Defendants. It follows, in their submission, that the Plaintiff’s pleadings do not disclose a cause of action against them in

[128] À l’étape de l’autorisation, le juge Masuhara (le « juge saisi de la demande d’autorisation ») a réuni les deux actions et les a conditionnellement autorisées à titre de recours collectif conformément aux critères énoncés au par. 4(1) de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (2016 BCSC 844). Les pourvois interjetés par les défenderesses devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont été rejetés à l’unanimité (2017 BCCA 302, 1 B.C.L.R. (6th) 319).

[129] Les défenderesses qui contestent l’ordonnance de la Cour d’appel devant notre Cour dans le dossier n° 37810 (le « pourvoi de Toshiba ») soutiennent que le juge saisi de la demande d’autorisation et la Cour d’appel ont commis trois erreurs : a) en autorisant les acheteurs sous parapluie à se prévaloir de la cause d’action prévue au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, b) en autorisant les recours de common law et d’equity fondés sur une violation des prohibitions de comportement anti-concurrentiel prévues à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*, et c) en concluant, d’après la méthode proposée par l’expert du demandeur, que les questions liées à la perte étaient communes aux acheteurs indirects.

[130] Le pourvoi interjeté par les défenderesses Pioneer dans le dossier n° 37809 (le « pourvoi de Pioneer ») soulève les mêmes questions, de même que deux questions uniques liées au traitement par les tribunaux d’instance inférieure de leur défense fondée sur la prescription. Les défenderesses Pioneer soutiennent que le juge saisi de la demande d’autorisation a commis une erreur en concluant que l’action intentée contre elles pouvait procéder — malgré le fait qu’elle avait été intentée plus de deux ans après la fin de la période visée par le recours collectif — compte tenu de l’application de la règle de la possibilité de découvrir et de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Devant notre Cour, les défenderesses Pioneer font valoir : a) que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas de façon à retarder le début du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence*, et b) que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne permet pas de repousser le point de départ du délai de prescription à moins que le demandeur puisse

accordance with s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act*.

[131] I would allow both appeals in part. With respect to the limitations issues raised in the Pioneer Appeal, my view is that the discoverability rule does not apply to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) because the event that triggers the commencement of the limitation period occurs without regard to the state of a plaintiff's knowledge. As for the doctrine of fraudulent concealment, my view is that it is not plain and obvious that it will toll the operation of the limitation period in this case only if the Plaintiff is capable of demonstrating a special relationship existed. It may be that something tantamount to or commensurate with the existence of a special relationship would be sufficient to toll the limitation period. However, simply establishing the existence of the conspiracy will not suffice.

[132] With respect to the issues raised in the Toshiba Appeal, which are common to both appeals, I agree with my colleague Brown J. — although for different reasons — that the *Competition Act* does not prevent a plaintiff from advancing a claim at common law or in equity together with, or instead of, a claim pursuant to the statutory cause of action in s. 36(1) in respect of the same anti-competitive prohibitions. I disagree with my colleague on the other two issues raised in that appeal, however. In my view, the Umbrella Purchasers cannot succeed in their claims against the Defendants under s. 36(1) of the *Competition Act*. Likewise, I cannot accept that a methodology capable of proving only that loss reached the indirect purchaser level in the distribution chain (and incapable of establishing loss in any individualized manner) is sufficient for the purpose of certifying the loss-related questions proposed by the Plaintiff as “common issues”, pursuant to s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*.

établir que lui et les autres membres du groupe entretiennent une « relation spéciale » avec les défenderesses Pioneer. Par conséquent, selon elles, les actes de procédure du demandeur ne révèlent aucune cause d'action contre elles en conformité avec l'al. 4(1)(a) de la *Class Proceedings Act*.

[131] Je suis d'avis d'accueillir les deux pourvois en partie. En ce qui concerne les questions relatives aux délais de prescription soulevées dans le pourvoi de Pioneer, j'estime que la règle de la possibilité de découvrir ne s'applique pas au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i), puisque l'événement qui marque le point de départ du délai de prescription se produit peu importe si un demandeur a connaissance du préjudice. En ce qui a trait à la dissimulation frauduleuse, il ne me semble pas évident et manifeste que cette doctrine repoussera le point de départ du délai de prescription en l'espèce seulement si le demandeur arrive à démontrer qu'il existait une relation spéciale. Il se peut que quelque chose d'équivalent ou correspondant à une relation spéciale suffise à reporter le point de départ du délai de prescription. Cependant, le simple fait d'établir l'existence du complot ne suffira pas.

[132] Pour ce qui est des questions soulevées dans le pourvoi de Toshiba, lesquelles sont communes aux deux pourvois, je conviens avec mon collègue le juge Brown — quoique pour des motifs différents — que la *Loi sur la concurrence* n'empêche pas le demandeur d'intenter un recours en common law ou en equity en même temps, ou au lieu, d'un recours fondé sur la cause d'action prévue au par. 36(1) à l'égard des mêmes pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, je ne souscris pas à l'opinion de mon collègue quant aux deux autres questions soulevées dans ce pourvoi. À mon sens, les acheteurs sous parapluie ne peuvent avoir gain de cause contre les défenderesses dans leurs réclamations fondées sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. De même, je ne puis accepter qu'une méthode permettant uniquement de prouver que la perte a atteint le niveau des acheteurs indirects dans la chaîne de distribution (et qui ne permet pas d'établir la perte de manière individuelle) suffit à l'autorisation des questions liées à la perte proposées par le demandeur en tant que « questions communes » au titre de l'al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*.

## II. The Pioneer Appeal

[133] The two unique issues raised in the Pioneer Appeal are as follows:

- (a) Does the discoverability rule apply to the limitation period established by s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act*?
- (b) Must there be a special relationship between the parties to an action in order for the doctrine of fraudulent concealment to toll the limitation period?

[134] The statutory cause of action under s. 36(1)(a) of the *Competition Act*, which allows a claimant to recover for loss or damage resulting from conduct contrary to any provision of Part VI of that Act, is subject to the limitation period established by s. 36(4). These two provisions read as follows:

**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, or
- (b) the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act,

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.

...

**(4)** No action may be brought under subsection (1),

- (a) in the case of an action based on conduct that is contrary to any provision of Part VI, after two years from
  - (i) a day on which the conduct was engaged in, or

## II. Le pourvoi de Pioneer

[133] Les deux questions uniques soulevées dans le pourvoi de Pioneer sont les suivantes :

- a) La règle de la possibilité de découvrir s'applique-t-elle au délai de prescription établi au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence*?
- b) Pour que la doctrine de la dissimulation frauduleuse repousse le point de départ du délai de prescription, doit-il y avoir une relation spéciale entre les parties à une action?

[134] La cause d'action prévue à l'al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence*, qui permet à une personne ayant subi une perte ou des dommages par suite d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI de cette loi de se faire indemniser, est assujettie au délai de prescription établi au par. 36(4). Ces deux dispositions sont ainsi libellées :

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

- a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;
- b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

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.

...

**(4)** Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

- a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :
  - (i) soit la date du comportement en question,

(ii) the day on which any criminal proceedings relating thereto were finally disposed of,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

whichever is the later . . .

...

...

[135] The Plaintiff’s action against the Pioneer Defendants, which is based in part on s. 36(1) of the *Competition Act*, was commenced on August 16, 2013 — more than two years following the end of the Class Period, which is the period during which the alleged price-fixing conspiracy took place. The Pioneer Defendants take the position that the Plaintiff’s claim for recovery under s. 36(1) of the *Competition Act* is time-barred by the limitation period in s. 36(4)(a)(i). The Plaintiff, for his part, says that both the discoverability rule and the doctrine of fraudulent concealment apply to toll that limitation period. If either applies, then the limitation clock will have begun ticking on the date that he discovered, or ought to have discovered, the existence of the alleged conspiracy.

[135] Fondée en partie sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, l’action du demandeur contre les défenderesses Pioneer a été intentée le 16 août 2013, plus de deux ans après la fin de la période visée par le recours collectif, soit la période durant laquelle le complot allégué de fixation des prix a eu lieu. Les défenderesses Pioneer sont d’avis que le recours en indemnisation intenté par le demandeur au titre du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* est prescrit en raison du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i). Le demandeur, quant à lui, affirme que tant la règle de la possibilité de découvrir que la doctrine de la dissimulation frauduleuse s’appliquent de manière à repousser le point de départ de ce délai de prescription. Si l’une ou l’autre s’applique, alors le délai de prescription aura commencé à courir à la date à laquelle le demandeur a découvert, ou aurait dû découvrir, l’existence du complot allégué.

[136] In order to succeed, therefore, the Pioneer Defendants must persuade this Court that *neither* the discoverability rule *nor* the doctrine of fraudulent concealment has any application in this case.

[136] Donc, pour obtenir gain de cause, les défenderesses Pioneer doivent convaincre notre Cour que *ni* la règle de la possibilité de découvrir *ni* la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne s’appliquent en l’espèce.

A. *Does the Discoverability Rule Apply to the Limitation Period Contained in the Statutory Cause of Action in Section 36 of the Competition Act?*

A. *La règle de la possibilité de découvrir s’applique-t-elle au délai de prescription applicable à la cause d’action prévue à l’art. 36 de la Loi sur la concurrence?*

[137] On this first limitations issue raised in the Pioneer Appeal, my colleague takes the view that the discoverability rule postpones the commencement of the limitation period in s. 36(4)(a)(i) until the time at which the potential claimant discovers, or is reasonably capable of discovering, the existence of the impugned conduct that forms the basis of a claim under s. 36(1). I respectfully disagree, for the reasons that follow.

[137] En ce qui concerne la première question relative aux délais de prescription soulevée dans le pourvoi de Pioneer, mon collègue se dit d’avis que la règle de la possibilité de découvrir reporte le début du délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a(i) jusqu’au moment où le demandeur éventuel découvre, ou est raisonnablement capable de découvrir, l’existence du comportement reproché qui constitue le fondement de l’action intentée au titre du par. 36(1). Avec égards, je ne partage pas cet avis pour les motifs qui suivent.

(1) The Discoverability Rule

[138] Limitation clauses are statutory provisions that place temporal limits on a claimant's ability to institute legal proceedings. The expiry of a limitation period has the effect of “extinguish[ing] a party's legal remedies and also, in some cases, a party's legal rights” (G. Mew, D. Rolph and D. Zacks, *The Law of Limitations* (3rd ed. 2016) (“Mew et al.”), at p. 3). As this Court explained in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, statutory limitation clauses reflect the balance struck by the legislature between three distinct policy rationales: granting repose to defendants, avoiding evidentiary issues relating to the passage of time, and encouraging diligence on the part of plaintiffs.

[139] As statutory provisions, limitation clauses give rise to a number of interpretative issues. One important issue is the point at which the limitation period begins running — and in particular, whether the legislature intended that it commence only when the plaintiff has knowledge that the event which sets the clock ticking (sometimes referred to as the “triggering event”) has in fact occurred. This is key, because a determination of when a limitation period expires depends on both its duration and its commencement (Mew et al., at pp. 69-70).

[140] Discoverability is a judge-made rule of statutory interpretation that assists in determining whether the event triggering the commencement of a limitation period depends upon the state of the plaintiff's knowledge. In *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, this Court recognized a “general rule that a cause of action arises for the purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence” (p. 224). What this means is that a limitation period that commences upon “the accrual of the [plaintiff's] cause of action”, or wording to that effect, will begin running only when the plaintiff discovers, or is reasonably capable of discovering,

(1) La règle de la possibilité de découvrir

[138] Les dispositions de prescription sont des dispositions statutaires qui visent à fixer des limites temporelles à la faculté du demandeur de se pourvoir devant les tribunaux. L'expiration d'un délai de prescription a pour effet [TRADUCTION] « d'éteindre les recours en justice d'une partie et, dans certains cas, d'éteindre ses droits » (G. Mew, D. Rolph et D. Zacks, *The Law of Limitations* (3<sup>e</sup> éd. 2016) (« Mew et autres »), p. 3). Comme l'a expliqué la Cour dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, les dispositions législatives en matière de prescription reflètent l'équilibre établi par le législateur entre trois justifications d'ordre public distinctes : procurer la tranquillité d'esprit aux défendeurs, éviter les problèmes de preuve liés à l'écoulement du temps, et encourager les demandeurs à être diligents.

[139] À titre de dispositions statutaires, les dispositions de prescription soulèvent plusieurs questions d'interprétation. Une question importante concerne le moment où le délai de prescription commence à courir; plus particulièrement, il s'agit de savoir si le législateur voulait que le délai commence à courir uniquement au moment où le demandeur sait que l'événement qui marque le point de départ du délai (parfois appelé le « fait déclencheur ») s'est effectivement produit. Il est crucial de répondre à cette question puisque, pour déterminer quand un délai de prescription expire, il faut d'abord établir sa durée et la date de son début (Mew et autres, p. 69-70).

[140] La règle de la possibilité de découvrir est une règle prétorienne d'interprétation statutaire qui aide à déterminer si l'événement qui marque le point de départ du délai de prescription dépend de la connaissance qu'en avait le demandeur. Dans *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, la Cour a reconnu une « règle générale selon laquelle une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable » (p. 224). Cette règle signifie qu'un délai de prescription qui commence quand [TRADUCTION] « la cause d'action [du demandeur] prend naissance », ou toute autre formulation allant dans le même sens,

the facts giving rise to the cause of action (Mew et al., at p. 69). That is the point at which that plaintiff's ability to sue the defendant crystallizes.

[141] This Court expanded upon the principles applicable to the discoverability rule in *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549. In that case, Major J. clarified that discoverability is not a general rule that applies *despite* the wording of a legislative enactment, but rather an “interpretive tool for the construing of limitations statutes which ought to be considered each time a limitations provision is in issue” (para. 37). In so doing, he endorsed the approach to this rule that had been taken by the Manitoba Court of Appeal in *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200:

In my opinion, the judge-made discoverability rule is nothing more than a rule of construction. Whenever a statute requires an action to be commenced within a specified time from the happening of a specific event, the statutory language must be construed. When time runs from “the accrual of the cause of action” or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained, the judge-made discoverability rule applies. But, when time runs from an event which clearly occurs without regard to the injured party's knowledge, the judge-made discoverability rule may not extend the period the legislature has prescribed. [para. 22]

[142] The limitation period in *Peixeiro* ran for two years from the time when “damages were sustained” by the plaintiff (para. 2). Applying the test in *Fehr*, Major J. found it “unlikely that by using the words ‘damages were sustained’, the legislature intended that the determination of the starting point of the limitation period should take place without regard to the injured party's knowledge” (para. 38). In his view, “[t]he use of the phrase ‘damages were sustained’ rather than ‘cause of action arose’ . . . is a distinction without a difference” (*ibid.*). He therefore concluded

ne commencera à courir qu'à partir du moment où le demandeur découvre, ou peut raisonnablement découvrir, les faits à l'origine de la cause d'action (Mew et autres, p. 69). Il s'agit du moment où la capacité du demandeur d'intenter une action contre le défendeur se concrétise.

[141] La Cour a expliqué plus en détail les principes applicables à la règle de la possibilité de découvrir dans *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549. Dans cet arrêt, le juge Major a précisé que la règle de la possibilité de découvrir ne constitue pas une règle générale qui s'applique *malgré* le libellé d'un texte de loi, mais constitue plutôt un « outil qui sert à interpréter les textes de loi établissant des délais de prescription et qui doit être pris en considération chaque fois qu'une telle disposition est en litige » (par. 37). Ce faisant, il a souscrit à la conception de cette règle qui avait été adoptée par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200 :

[TRADUCTION] À mon avis, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage n'est rien de plus qu'une règle d'interprétation. Dans tous les cas où une loi indique que l'action en justice doit être intentée dans un délai précis après un événement donné, il faut interpréter les termes de cette loi. Lorsque le délai court à partir du « moment où naît la cause d'action » ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu'au moment où la [partie lésée] prend connaissance du dommage, c'est la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le préjudice qui s'applique. Toutefois, si le délai court à compter de la date d'un événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu'en a la [partie lésée], cette règle ne peut prolonger le délai fixé par le législateur. [par. 22]

[142] Dans l'arrêt *Peixeiro*, le délai de prescription a couru durant deux ans à compter de la date où les « dommages ont été subis » par le demandeur (par. 2). Après avoir appliqué le critère établi dans l'arrêt *Fehr*, le juge Major a conclu qu'il était « peu probable qu'en utilisant les mots “où les dommages ont été subis” le législateur entendait que l'on détermine le point de départ du délai de prescription sans égard au moment où la personne blessée prend connaissance du préjudice » (par. 38). À son avis, « [l']utilisation des mots “date où les dommages ont

that the discoverability rule applied to the limitation period at issue in that case.

[143] A different conclusion was reached by this Court on the facts in *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53. That dispute turned, in part, on the interpretation of a limitation period that “prohibits an action brought six months after letters of probate or administration of the estate of the deceased have been granted, and after the expiration of one year from the date of death” (para. 18, referring to s. 5 of the *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32). Bastarache J., writing for a unanimous Court, once again affirmed the test set out in *Fehr* and reiterated that discoverability is not a general rule but rather an “interpretative tool for construing limitation statutes” (para. 23). Applying the *Fehr* test to the limitation provision at issue in that case, Bastarache J. concluded as follows:

Pursuant to the *Survival of Actions Act*, the limitation period is triggered by the death of the defendant or the granting by a court of the letters of administration or probate. The section is clear and explicit: time begins to run from one of these two specific events. The Act does not establish a relationship between these events and the injured party’s knowledge. I agree with the appellants that knowledge is not a factor: the death or granting of the letters occurs regardless of the state of mind of the plaintiff. We face here a situation in respect of which, as recognized by this Court in *Peixeiro*, the judge-made discoverability rule does not apply to extend the period the legislature has prescribed. Thus, I agree with the Court of Appeal that by using a specific event as the starting point of the “limitation clock”, the legislature was displacing the discoverability rule in all the situations to which the *Survival of Actions Act* applies. [Emphasis added; para. 27.]

[144] The Plaintiff in the instant case agrees that *Fehr* sets out the test for whether a limitation period

été subis” au lieu des mots “date où la cause d’action a pris naissance” [. . .] est une distinction sans importance » (*ibid.*). Il a donc conclu que la règle de la possibilité de découvrir s’appliquait au délai de prescription en cause dans cette affaire.

[143] Notre Cour a tiré une conclusion différente au vu des faits dans l’arrêt *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53. Le litige portait en partie sur l’interprétation d’un délai de prescription selon lequel « aucune action ne peut être intentée après les six mois qui suivent la délivrance de lettres d’homologation ou d’administration de la succession de la personne décédée et après l’expiration d’un délai d’un an suivant la date du décès » (par. 18, renvoyant à l’art. 5 de la *Survival of Actions Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-32). S’exprimant au nom d’une Cour unanime, le juge Bastarache a de nouveau confirmé le critère établi dans l’arrêt *Fehr* et a réaffirmé que la règle de la possibilité de découvrir n’est pas une règle générale, mais plutôt un « outil d’interprétation des lois qui établissent des délais de prescription » (par. 23). Après avoir appliqué le critère établi dans l’arrêt *Fehr* au délai de prescription en cause dans cette affaire, le juge Bastarache a conclu ce qui suit :

Aux termes de la *Survival of Actions Act*, le délai de prescription court à compter du décès du défendeur ou de la délivrance, par un tribunal, de lettres d’administration ou d’homologation. L’article est clair et explicite : le délai commence à courir au moment où survient l’un de ces deux faits particuliers. La Loi n’établit aucun lien entre ces faits et le moment où la partie lésée en prend connaissance. Je conviens avec les appelants que la connaissance n’est pas un facteur à considérer : le décès ou la délivrance des lettres survient indépendamment de l’état d’esprit du demandeur. En l’espèce, nous nous trouvons devant une situation où, comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Peixeiro*, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage ne s’applique pas pour prolonger le délai fixé par le législateur. Je suis donc d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’en désignant un fait particulier comme élément déclencheur du « compte à rebours de la prescription », le législateur se trouvait à écarter la règle de la possibilité de découvrir le dommage dans tous les cas où la *Survival of Actions Act* s’applique. [Je souligne; par. 27.]

[144] Le demandeur en l’espèce convient que l’arrêt *Fehr* établit le critère à appliquer pour décider si

is subject to the discoverability rule (R.F. (Pioneer Appeal), at para. 29), and my colleague affirms this approach at paras. 31-35 of his reasons. However, he goes on to opine that “where the event triggering the limitation period is an element of the cause of action, the legislature has shown its intention that the limitation period be linked to the cause of action’s accrual, such that discoverability will apply” (Brown J.’s reasons, at para. 38 (emphasis added)). In other words, he equates language referring to the *accrual* or *arising* of the cause of action in its entirety with language referring to the *occurrence of an element* of the cause of action; in his view, both evidence a legislative intent that the discoverability rule apply.

[145] Although this approach accords with the view expressed by the British Columbia Court of Appeal in this case (paras. 89-90), as well as by the Ontario Court of Appeal in *Fanshawe College of Applied Arts and Technology v. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81, at paras. 40, 43 and 45, my respectful view is that it expands the scope of the discoverability rule in a manner that is neither consistent with precedent nor justifiable in principle.

[146] First, the suggestion that discoverability applies in all cases where the triggering event is “the occurrence of an element of the underlying cause of action” (Brown J.’s reasons, at para. 44) broadens the test set out by the Manitoba Court of Appeal in *Fehr* — a test which my colleague purports to endorse at paras. 33-35 of his reasons. In that case, Twaddle J.A. was very clear in explaining that the discoverability rule applies “[w]hen time runs from ‘the accrual of the cause of action’ or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained” (para. 22). Only these two situations were identified; there was no indication whatsoever that the discoverability rule ought to apply *automatically* in circumstances where the triggering event is merely the occurrence of a component element of the cause of action (and not the accrual of the cause of action in its entirety).

un délai de prescription est assujéti à la règle de la possibilité de découvrir (m.i. (pourvoi de Pioneer), par. 29), et mon collègue confirme cette approche aux par. 31-35 de ses motifs. Il ajoute cependant que « lorsque l’événement marquant le point de départ du délai de prescription est un élément de la cause d’action, la législature a manifesté son intention que le délai de prescription soit lié à la naissance de la cause d’action, déclenchant du même coup l’application de la règle de la possibilité de découvrir » (motifs du juge Brown, par. 38 (je souligne)). Autrement dit, il assimile les mots désignant la *naissance* de la cause d’action dans son ensemble à ceux qui désignent la *survenance d’un élément* de la cause d’action; selon lui, les deux témoignent de l’intention du législateur que la règle de la possibilité de découvrir s’applique.

[145] Bien que cette approche concorde avec l’avis exprimé par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique en l’espèce (par. 89-90), ainsi qu’avec celui de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Fanshawe College of Applied Arts and Technology c. AU Optronics Corp.*, 2016 ONCA 621, 132 O.R. (3d) 81, par. 40, 43 et 45, à mon humble avis, cette approche étend la portée de la règle de la possibilité de découvrir d’une manière qui n’est ni conforme à la jurisprudence ni justifiable en principe.

[146] D’abord, l’idée selon laquelle la règle de la possibilité de découvrir s’applique dans tous les cas où le fait déclencheur est « la survenance d’un élément de la cause d’action » (motifs du juge Brown, par. 44) étend la portée du critère établi par la Cour d’appel du Manitoba dans l’arrêt *Fehr* — un critère auquel mon collègue semble souscrire aux par. 33-35 de ses motifs. Dans cette affaire, le juge Twaddle a expliqué très clairement que la règle de la possibilité de découvrir s’applique [TRADUCTION] « [l]orsque le délai court à partir du “moment où naît la cause d’action” ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu’au moment où la partie lésée prend connaissance du préjudice qu’elle a subi » (par. 22). Seules ces deux situations ont été mentionnées; rien n’indiquait que la règle de la possibilité de découvrir doit s’appliquer *automatiquement* dans les cas où le fait déclencheur n’est que la survenance d’un élément de la cause d’action (et non la naissance de la cause d’action dans son ensemble).

[147] Not only did this Court endorse *Fehr* in both *Peixeiro* and *Ryan*, but both appeals were resolved on a fairly straightforward application of this approach to discoverability. In *Peixeiro*, this Court reasoned that the limitation period — which commenced when “damages were sustained” — fell within the first category outlined in *Fehr* (to which the discoverability rule applies), given that this triggering event did *not* occur without regard to the plaintiff’s knowledge. Likewise, *Ryan* was decided on the basis that the events triggering the commencement of the limitation period at issue — the death of the defendant or the granting of letters of administration or probate — occurred regardless of the plaintiff’s state of mind and therefore fell within the second category in *Fehr*, to which the discoverability rule has no application (para. 27). Put simply, neither case was resolved by determining whether the triggering event was “related to”, “linked to the basis of” or “an element of” the plaintiff’s cause of action.

[148] It is true that this Court in *Ryan* stated that the discoverability rule does not apply where the limitation period “is explicitly linked by the governing legislation to a fixed event unrelated to the injured party’s knowledge or the basis of the cause of action” (para. 24 (emphasis added)). The Court of Appeal in the present case characterized this as an “unequivocal statement . . . that the rule can apply where the limitation period is linked to ‘the basis of the cause of action’” (para. 89). With respect, the Court of Appeal’s narrow focus on this specific statement ignores the broader context in which it was made. In the immediately preceding paragraph in *Ryan* (i.e. para. 23), Bastarache J. reaffirmed — and reproduced in full — the approach to discoverability set out in *Fehr*, and the statement in question appears to be nothing more than a paraphrased summary of this well-accepted approach. Moreover, in the same paragraph (i.e. para. 24), Bastarache J. explained that the discoverability rule *does* apply where the commencement of the limitation period is “related by the legislation to the arising or accrual of the cause

[147] Non seulement notre Cour a souscrit à l’arrêt *Fehr* dans *Peixeiro* et *Ryan*, mais les deux pourvois ont été tranchés en appliquant, de façon relativement simple, la règle de la possibilité de découvrir. Dans l’arrêt *Peixeiro*, la Cour a jugé que le délai de prescription — qui avait commencé à courir au moment où les « dommages ont été subis » — appartenait à la première catégorie énoncée dans l’arrêt *Fehr* (à laquelle s’applique la règle de la possibilité de découvrir), puisque ce fait déclencheur *n’était pas* survenu indépendamment de la connaissance qu’en avait le demandeur. De même, dans l’arrêt *Ryan*, le pourvoi a été tranché à partir du principe que les événements qui ont marqué le point de départ du délai de prescription en question — soit le décès du défendeur ou la délivrance de lettres d’homologation ou d’administration — étaient survenus indépendamment de l’état d’esprit du demandeur et appartenaient donc à la deuxième catégorie énoncée dans l’arrêt *Fehr*, à laquelle la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas (par. 27). Autrement dit, aucun des deux pourvois n’a été tranché en décidant si le fait déclencheur avait « un rapport avec » la cause d’action du demandeur, était « lié au fondement » de cette cause d’action ou « en constitu[ait] un élément ».

[148] Il est vrai que dans l’arrêt *Ryan*, notre Cour a déclaré que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas dans les cas où « la loi applicable lie expressément le délai de prescription à un événement déterminé qui n’a rien à voir avec le moment où la partie lésée en prend connaissance ou avec le fondement de la cause d’action » (par. 24 (je souligne)). En l’espèce, la Cour d’appel a estimé que ces propos équivalaient à une [TRADUCTION] « déclaration sans équivoque [. . .] que la règle peut s’appliquer lorsqu’un délai de prescription est lié au “fondement de la cause d’action” » (par. 89). Avec égards, par son interprétation étroite de cette phrase précise, la Cour d’appel ne tient pas compte du contexte plus large dans lequel elle a été formulée. Au paragraphe précédent dans l’arrêt *Ryan* (soit le par. 23), le juge Bastarache a réitéré — et reproduit en entier — la conception de la règle de la possibilité de découvrir établie dans l’arrêt *Fehr*, et l’énoncé en question semble n’être rien de plus qu’un résumé paraphrasé de cette approche bien acceptée. En outre, dans le même paragraphe (soit le par. 24), le juge Bastarache

of action”. From my reading of *Ryan*, I see no intent on the part of this Court to broaden the traditional approach to discoverability, and for this reason, my view is that the words “basis of the cause of action” in para. 24 of *Ryan* should be understood as essentially synonymous with the “arising or accrual of the cause of action”.

[149] In any event, principle also commands that the discoverability rule apply *only* where the limitation period runs from the “accrual of the cause of action” (or wording to that effect) or from the occurrence of some event that is related to the state of the plaintiff’s knowledge. This is because discoverability is nothing more than a tool of statutory interpretation. Where a legislature provides that a limitation period is triggered by an event whose occurrence depends on the plaintiff’s knowledge, courts give effect to this legislative direction by calculating the running of the limitation period from the point at which the plaintiff acquired or was capable of acquiring such knowledge. Conversely, where the legislature provides that a limitation period is triggered by an event that occurs without regard to the plaintiff’s state of mind, the courts do not — and indeed, cannot — apply the discoverability rule to postpone the commencement of the limitation period until such time as the plaintiff discovered, or ought to have discovered, that the event had taken place. Courts are bound to interpret and apply statutory law; they cannot rewrite it (*Reference re Pan-Canadian Securities Regulation*, 2018 SCC 48, [2018] 3 S.C.R. 189, at paras. 54-55 and 58).

[150] Limitation periods that begin running upon the accrual of the plaintiff’s cause of action evidently fall within the first category outlined in the preceding paragraph. Mew et al. note that a cause

a expliqué que la règle de la possibilité de découvrir s’applique lorsque « la loi lie le point de départ du délai de prescription à la naissance de la cause d’action ». À la lecture de l’arrêt *Ryan*, je ne puis discerner, de la part de la Cour, une quelconque intention d’étendre la conception traditionnelle de la règle de la possibilité de découvrir et, pour cette raison, je suis d’avis que l’expression « fondement de la cause d’action » figurant au par. 24 de l’arrêt *Ryan* devrait être considérée comme étant essentiellement synonyme de l’expression « naissance de la cause d’action ».

[149] Quoi qu’il en soit, le principe commande également que la règle de la possibilité de découvrir s’applique *uniquement* dans les affaires où le délai de prescription commence à courir au moment où « la cause d’action prend naissance » (ou toute autre formulation allant dans le même sens) ou au moment où survient un événement qui a un rapport avec la connaissance du demandeur. Il en est ainsi parce que la règle de la possibilité de découvrir n’est rien d’autre qu’un outil d’interprétation statutaire. Lorsque le législateur précise que le point de départ d’un délai de prescription est marqué par un événement dont la survenance dépend de la connaissance qu’en a le demandeur, les tribunaux donnent effet à cette intention législative en calculant la durée du délai de prescription à partir du moment où le demandeur a pris connaissance, ou pouvait prendre connaissance, de l’événement. À l’inverse, lorsque le législateur prévoit que le point de départ d’un délai de prescription est marqué par un événement qui survient indépendamment de l’état d’esprit du demandeur, les tribunaux n’appliquent pas — et, en fait, ne peuvent appliquer — la règle de la possibilité de découvrir pour reporter le point de départ du délai de prescription jusqu’à ce que le demandeur découvre, ou aurait dû découvrir, la survenance de l’événement. Les tribunaux sont tenus d’interpréter et d’appliquer la loi; ils ne peuvent pas la réécrire (*Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières*, 2018 CSC 48, [2018] 3 R.C.S. 189, par. 54-55 et 58).

[150] Les délais de prescription qui commencent à courir lorsque prend naissance la cause d’action du demandeur appartiennent évidemment à la première catégorie énoncée au paragraphe précédent. Selon

of action arises only “when all of the elements of a wrong existed, such that an action could be brought” (p. 69), and conversely, that “no cause of action can be said to have accrued unless there is a plaintiff available who is capable of commencing an action and a defendant in existence who is capable of being sued” (p. 70 (footnotes omitted)). Because a cause of action cannot accrue before the plaintiff discovers that they have the right to commence proceedings against the defendant, a legislature which provides for a limitation period that begins running at that point in time necessarily intends the discoverability rule to apply. This explains the reasoning behind the “general rule” set out by this Court in *Central Trust* (see para. 140 above) and affirmed in *M. (K.)*. It is essential to recognize that the limitation period in each case was triggered by the accrual or arising of the plaintiff’s cause of action.

[151] Conversely, “the occurrence of an element of the underlying cause of action” (Brown J.’s reasons, at para. 44) will not always fit within either category outlined above at para. 149. It may be that the occurrence of such an event does in fact depend on the state of the plaintiff’s knowledge, but unlike the accrual of a cause of action, this does not invariably follow as a matter of logical necessity. In *Peixeiro*, for example, this Court held that the point at which damages are sustained — a constituent element of (among other things) the tort of negligence — depends on when the plaintiff actually has knowledge of his or her injury. Knowledge will not form part of every element of the cause of action in negligence, however. A breach of a standard of care, for example, may occur years or even decades before the plaintiff first learns about it. Although such a breach is a prerequisite to a successful claim in negligence, it is also something that takes place without any regard to the plaintiff’s state of mind.

[152] It is for this reason that I disagree in principle with the proposition that the discoverability rule must

Mew et autres, une cause d’action prend naissance uniquement [TRADUCTION] « lorsque sont survenus tous les éléments constitutifs d’une faute, de sorte qu’une action pourrait être intentée » (p. 69) et, inversement, « aucune cause d’action n’est réputée avoir pris naissance à moins qu’il existe un demandeur disponible et capable d’intenter une action et un défendeur qui puisse être poursuivi » (p. 70 (notes en bas de page omises)). Puisque la cause d’action d’un demandeur ne peut prendre naissance tant que celui-ci n’a pas découvert qu’il est en droit d’intenter une action contre le défendeur, le législateur qui prévoit qu’un délai de prescription commence à courir à ce moment précis entend nécessairement que la règle de la possibilité de découvrir s’applique. Cela explique le raisonnement qui sous-tend la « règle générale » établie par la Cour dans l’arrêt *Central Trust* (voir le par. 140 précité) et confirmée dans *M. (K.)*. Il est essentiel de reconnaître que la naissance de la cause d’action du demandeur a marqué le point du délai de prescription dans tous les cas.

[151] Par contre, « la survenance d’un élément de la cause d’action » (motifs du juge Brown, par. 44) ne cadrera pas toujours avec l’une ou l’autre des catégories énoncées ci-dessus au par. 149. Il se peut que la survenance d’un tel élément dépende de la connaissance du demandeur, mais contrairement à la naissance de la cause d’action, cela ne constituera pas invariablement une nécessité logique. Dans l’arrêt *Peixeiro*, par exemple, la Cour a déclaré que le moment où les dommages sont subis — un élément constitutif du délit de négligence (entre autres) — dépend du moment où le demandeur a connaissance de son préjudice. Toutefois, la connaissance ne fera pas partie intégrante de chaque élément de la cause d’action dans un cas de négligence. Un manquement à la norme de diligence, par exemple, peut avoir eu lieu des années, voire des décennies, avant que le demandeur n’en ait pris connaissance. Bien que ce manquement constitue une condition préalable à remplir pour qu’une action pour négligence soit accueillie, il s’agit également d’un événement qui survient indépendamment de l’état d’esprit du demandeur.

[152] C’est pour cette raison que je suis en désaccord, en principe, avec la proposition selon laquelle

*always* apply where the triggering event “is related to”, “is linked to the basis of” or “constitutes an element of” the plaintiff’s cause of action. My position is instead consistent with that stated by Marshall J.A. of the Newfoundland Court of Appeal in *Snow v. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182:

Where the limitation period is set by the terms of the statute to run from the time when an action arises or accrues, as in *Kamloops [v. Nielsen, [1984] 2 S.C.R. 2,]* and *Central Trust*, there is room to imply that the legislation does not intend the period to commence until the injured party has, or ought to have, an awareness of the claim’s existence. The criteria under such legislation provisions, therefore, imports a mental element. However, when the limitation statute explicitly ties the prescription period to a specific occurrence, such as the termination of professional services, knowledge of the claimant cannot be construed as a factor. In such instances it is the happening of the factual event which is explicitly relevant and any interpretation implying the period to be related to the claimant’s consciousness of the circumstances is precluded. No scope exists to imply the discoverability rule into the legislative intent. [Emphasis added; para. 38.]

[153] With this in mind, I am respectfully of the view that my colleague’s approach is undermined by the well-settled principle that the discoverability rule is fundamentally a rule of statutory interpretation. The fact that a limitation period begins running upon the *occurrence of an element* (and not upon the *accrual* or *arising*) of the plaintiff’s cause of action is not, on its own, indicative of any legislative intent regarding the applicability of the discoverability rule. As I have already indicated, my colleague’s conclusion is the same as the one reached by the Court of Appeal in this case and by the Ontario Court of Appeal in *Fanshawe*: in such circumstances, according to him, discoverability applies automatically. This, however, creates an arbitrary distinction between triggering events that are related to the cause of action and those that are not, despite the fact that both may occur independently of the plaintiff’s state of mind. How can it fairly be said that the legislature

la règle de la possibilité de découvrir doit *toujours* s’appliquer lorsque le fait déclencheur « a un rapport avec », « est lié au fondement de » ou « constitue un élément de » la cause d’action du demandeur. Ma position concorde plutôt avec celle exprimée par le juge Marshall, de la Cour d’appel de Terre-Neuve, dans l’arrêt *Snow c. Kashyap* (1995), 125 Nfld. & P.E.I.R. 182 :

[TRADUCTION] Lorsque le libellé de la loi prévoit que le délai de prescription doit commencer à courir au moment où la cause d’action prend naissance, comme dans les arrêts *Kamloops [(Ville de) c. Nielsen, [1984] 2 R.C.S. 2,]* et *Central Trust*, il y a lieu de présumer que le législateur ne souhaitait pas que le délai de prescription ne commence à courir qu’une fois que la partie lésée a découvert, ou aurait dû découvrir, l’existence de la faute. Par conséquent, le critère prévu par ces dispositions législatives suppose un élément mental. Cependant, lorsque la loi en matière de prescription lie expressément le délai de prescription à un événement précis, comme la résiliation de services professionnels, la connaissance du demandeur ne peut être considérée comme un facteur. Dans de tels cas, c’est la survenance de l’événement qui importe expressément, et toute interprétation donnant à penser que le délai de prescription est lié à la connaissance qu’a le demandeur des circonstances est exclue. La règle de la possibilité de découvrir le dommage ne doit en aucun cas être interprétée comme une intention du législateur. [Je souligne; par. 38.]

[153] Compte tenu de ce qui précède, je suis respectueusement d’avis que l’approche de mon collègue est sapée par le principe bien établi selon lequel la règle de la possibilité de découvrir constitue fondamentalement une règle d’interprétation statutaire. Le fait qu’un délai de prescription commence à courir au moment où *survient un élément* de la cause d’action du demandeur (et non au moment où celle-ci *prend naissance*) n’indique pas, à lui seul, que le législateur avait une quelconque intention quant à l’applicabilité de la règle de la possibilité de découvrir. Comme je l’ai déjà mentionné, la conclusion de mon collègue est la même que celle tirée par la Cour d’appel en l’espèce, et la même que celle tirée par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Fanshawe* : en pareilles circonstances, selon lui, la règle de la possibilité de découvrir s’applique automatiquement. Cela crée toutefois une distinction arbitraire entre les faits déclencheurs ayant un rapport avec la cause

*intended* the discoverability rule to apply to one and not the other? Although knowledge is necessary for a cause of action to fully accrue to the plaintiff, it does not follow that an element of the cause of action also occurs only when the plaintiff has knowledge thereof.

[154] A preferable approach is instead one that considers each statutory limitation clause on its own terms, recognizing that a triggering event that relates to a cause of action can, *but need not*, be dependent upon the plaintiff’s state of mind. This approach is faithful to this Court’s jurisprudence, and respectful of the notion of discoverability as an interpretative tool and not a general rule that allows clear statutory wording to be disregarded. For my part, I would reaffirm the approach laid out in *Fehr* without any modification.

(2) Application of the Discoverability Rule to the Limitation Period in Section 36(4)(a)(i)

[155] Given the foregoing, it is no surprise that I disagree with my colleague that the discoverability rule applies to the limitation period in s. 36(4)(a)(i) of the *Competition Act* on the basis that “the event triggering this particular limitation period is an element of the underlying cause of action” (Brown J.’s reasons, at para. 44). Rather, the conclusion that results from applying the law as I explained it in the preceding section is that this limitation period commences on the day on which the conduct contrary to Part VI actually takes place, and not the day on which a potential claimant discovers, or is reasonably capable of discovering, that it took place.

[156] Section 36 of the *Competition Act* was “carefully constructed” to create a limited cause of action in respect of serious criminal offences under Part VI

d’action et ceux qui n’en ont pas, même si les deux peuvent se produire indépendamment de l’état d’esprit du demandeur. Comment peut-on dire en toute équité que la législature *souhaitait* que la règle de la possibilité de découvrir s’applique à l’un et non à l’autre? Bien que la connaissance soit nécessaire pour qu’une cause d’action soit pleinement dévolue au demandeur, il ne s’ensuit pas qu’un élément de la cause d’action survient uniquement lorsque le demandeur en a connaissance.

[154] Il vaut mieux plutôt examiner chaque disposition statutaire de prescription selon ses propres termes, en tenant compte du fait qu’un fait déclencheur ayant un rapport avec une cause d’action peut, *mais ne doit pas nécessairement*, dépendre de la connaissance du demandeur. Cette approche est fidèle à la jurisprudence de la Cour et respecte l’idée selon laquelle la règle de la possibilité de découvrir constitue un outil d’interprétation et non une règle générale qui permet de passer outre au texte clair de la loi. Pour ma part, je suis d’avis de réitérer l’approche adoptée dans l’arrêt *Fehr* sans aucune modification.

(2) Application de la règle de la possibilité de découvrir au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i)

[155] Compte tenu de ce qui précède, il n’est guère étonnant que je sois en désaccord avec mon collègue que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au délai de prescription prévu au sous-al. 36(4)a)(i) de la *Loi sur la concurrence* au motif que « le fait déclencheur de ce délai de prescription est un élément de la cause d’action sous-jacente » (motifs du juge Brown, par. 44). En fait, comme je l’ai expliqué dans la section précédente, l’application du droit mène à la conclusion que le délai de prescription commence à courir à la date à laquelle le comportement allant à l’encontre de la partie VI se produit, et non à la date où le demandeur éventuel découvre ou est raisonnablement capable de découvrir que le comportement en question s’est produit.

[156] L’article 36 de la *Loi sur la concurrence* a été « soigneusement défini », de manière à créer une cause d’action limitée à l’égard de certaines

of the *Competition Act* (*General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 689). For example, Parliament limited recovery to an amount “equal to the loss or damage proved to have been suffered” by the plaintiff as a result of the prohibited conduct, thereby foreclosing the availability of other types of damages, such as aggravated or punitive damages. Section 36(2) provides plaintiffs with a shortcut to proving conspiracy where the defendant was convicted of the underlying offence. And of significance for our purposes is the fact that this cause of action is circumscribed by a complex twofold limitation period at s. 36(4) that reflects the balance struck by Parliament among the certainty, evidentiary and diligence rationales that underlie this area of the law.

[157] The wording of the limitation period set out in s. 36(4)(a)(i) provides ample support for the proposition that the two-year period commences independently of when the plaintiff first learns of the wrongdoing. Rather than having the limitation period commence upon the accrual of the cause of action (as was the case in *Central Trust and M. (K.)*), Parliament decided that it would instead commence on “a day on which the conduct was engaged in” — which, contrary to the position taken by my colleague, is *not* “wording to [the same] effect” as “accrual of the cause of action” (paras. 37 and 41). There is simply no link between this triggering event and the plaintiff’s state of mind; it is, in short, an “event which clearly occurs without regard to the injured party’s knowledge”. The Certification Judge’s reading of this provision led him to the same conclusion (para. 54 (CanLII)). It was the existence of conflicting jurisprudence on this point that caused him “not [to be] satisfied that it is plain and obvious that the discoverability principle can never apply to the limitation period in s. 36(4)” (para. 58).

[158] I acknowledge that the “discoverability rule has been applied by this Court even to statutes of

infractions criminelles graves visées par la partie VI de la *Loi sur la concurrence* (*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 689). Par exemple, le Parlement a restreint le recouvrement des dommages-intérêts à une somme « égale au montant de la perte ou des dommages [que le demandeur est reconnu] avoir subis » par suite du comportement reproché, écartant ainsi la possibilité d’obtenir d’autres types de dommages-intérêts, comme des dommages-intérêts majorés ou punitifs. Le paragraphe 36(2) prévoit un raccourci qui permet au demandeur de prouver l’existence d’un complot lorsque le défendeur est déclaré coupable de l’infraction sous-jacente. Je tiens également à souligner que la présente cause d’action est circonscrite par un délai de prescription complexe à deux volets au par. 36(4) qui illustre l’équilibre établi par le Parlement entre les justifications propres à ce domaine de droit, soit la certitude, la preuve et la diligence.

[157] Le libellé du sous-al. 36(4)a(i) justifie amplement d’affirmer que le délai de prescription de deux ans commence à courir sans égard au moment où le demandeur apprend l’existence de l’acte fautif. Au lieu de prévoir que le délai de prescription commence à courir à la date où la cause d’action prend naissance (comme dans les affaires *Central Trust et M. (K.)*), le Parlement a décidé qu’il commençait plutôt à courir à la « date du comportement en question » — ce qui, contrairement à la position de mon collègue, *ne sont pas* des « mots [utilisés dans le] sens » de « naissance de la cause d’action » (par. 37 et 41). Il n’existe tout simplement aucun lien entre ce fait déclencheur et l’état d’esprit du demandeur. Il s’agit, en bref, d’un « événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu’en a la [partie lésée] ». L’interprétation que le juge saisi de la demande d’autorisation donne à cette disposition l’a amené à tirer la même conclusion (par. 54 (CanLII)). La jurisprudence contradictoire sur ce point a fait en sorte que le juge [TRADUCTION] « n’était pas convaincu qu’il est évident et manifeste que le principe de la possibilité de découvrir ne peut jamais s’appliquer au délai de prescription prévu au par. 36(4) » (par. 58).

[158] Je conviens que la « règle de la possibilité de découvrir le dommage a été appliquée par la Cour

limitation in which plain construction of the language used would appear to exclude the operation of the rule” (*Peixeiro*, at para. 38). However, a consideration of the context surrounding s. 36(4)(a)(i) lends further support to the conclusion that the discoverability rule does not apply.

[159] First, the cause of action in s. 36(1)(a) is based on two essential elements: (i) the defendant engaging in conduct contrary to any provision of Part VI, and (ii) the plaintiff suffering loss or damage as a result of such conduct. It is only upon the occurrence of both events that the plaintiff can commence proceedings on the basis of this statutory cause of action. Cognizant of this, and of the fact that conspiracies of this nature take place in secret, Parliament decided that the limitation period would not begin when the plaintiff actually sustained loss or damage, but rather when the defendant engaged in the prohibited conduct. It is important to keep in mind that the point at which the conduct is engaged in necessarily precedes the point at which a claimant will suffer loss or damage as a result of such conduct. I would also note that the offence under s. 45 is complete as soon as an unlawful agreement is made, meaning that the “conduct” is “engaged in” even if the agreement is not actually implemented or prices do not actually increase. It follows as a direct consequence of this legislative choice that the limitation period can in fact expire before the plaintiff is in a position to commence proceedings under s. 36(1)(a).

[160] Second, s. 36(4)(a)(ii) provides a mechanism for the plaintiff to advance a claim that may be barred by s. 36(4)(a)(i): even if two years have expired from the day on which the prohibited conduct was engaged in, the limitation period will restart on the day on which criminal proceedings relating to the impugned conduct are finally disposed of. While s. 36(4)(a)(ii) applies only where the alleged conduct contrary to Part VI is the subject of criminal prosecution, it nevertheless provides an indication that Parliament was aware of the strictness of

même à l’égard de textes de loi établissant des délais de prescription dont le libellé, interprété littéralement, semblait exclure l’application de la règle » (*Peixeiro*, par. 38). Toutefois, l’examen du contexte entourant le sous-al. 36(4)a(i) étaye davantage la conclusion que cette règle ne s’applique pas.

[159] Premièrement, la cause d’action prévue à l’al. 36(1)a) est fondée sur deux éléments essentiels : (i) le défendeur dont le comportement va à l’encontre d’une disposition de la partie VI, et (ii) le demandeur qui subit une perte ou des dommages par suite d’un tel comportement. Ce n’est que lorsque ces deux événements se produisent que le demandeur peut engager des poursuites sur le fondement de cette cause d’action prévue par la loi. Ainsi, et compte tenu de la nature secrète des complots de ce genre, le Parlement a décidé que le délai de prescription ne commencerait pas à courir à la date à laquelle le demandeur subit réellement une perte ou des dommages, mais plutôt à la date à laquelle le défendeur adopte le comportement reproché. Il est important de se rappeler que le moment où se produit le comportement en question précède forcément le moment où le demandeur subit une perte ou des dommages par suite d’un tel comportement. Je tiens également à faire remarquer que l’infraction prévue à l’art. 45 est commise dès la conclusion de l’accord illégal, ce qui signifie que le « comportement » a eu lieu même si l’accord n’est pas mis en œuvre ou il n’y a pas véritablement de majoration des prix. Le choix du législateur entraîne comme conséquence directe la possibilité que le délai de prescription expire avant que le demandeur soit en mesure d’intenter une action sur le fondement de l’al. 36(1)a).

[160] Deuxièmement, le sous-al. 36(4)a)(ii) prévoit un mécanisme permettant au demandeur d’intenter une action prescrite par le sous-al. 36(4)a)(i) : même s’il s’est écoulé deux ans depuis la date où le comportement prohibé a eu lieu, le délai de prescription recommence à courir à la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite criminelle visant le comportement reproché. Bien que le sous-al. 36(4)a)(ii) s’applique seulement dans les cas où le comportement reproché contraire à la partie VI fait l’objet d’une poursuite criminelle, ce sous-alinéa révèle

s. 36(4)(a)(i) and chose to enact this provision as the *only* means of relieving against it.

[161] Third, and unlike claims subject to the general limitation period in British Columbia's *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, s. 21, Parliament has not subjected claims under s. 36(1)(a) to any ultimate limitation period. Interpreting s. 36(4)(a)(i) as commencing only when the underlying conduct becomes discoverable will therefore have the effect of leaving defendants at risk of lawsuit indefinitely. As Paul-Erik Veel helpfully observes, the result would be that "[c]ompanies could face claims decades later, well after the employees involved in the alleged conspiracy may have left and documents lost, without any ability to defend themselves" (*Waiting forever for the axe to drop? Discoverability and the limitation period for Competition Act claims*, *Lenczner Slaght*, August 12, 2016 (online)). This runs contrary to the certainty and evidentiary rationales that underlie the law of limitations.

[162] Fourth, the two-year limitation period was enacted by Parliament at a time when limitation periods were comparatively much longer. For example, the provincial limitations statutes that were in force at the time in Ontario and British Columbia set out a general limitation period of six years (*The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, s. 45(1); *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, s. 3). The relatively short limitation period at issue here, which commences even before the cause of action fully crystalizes, provides a further indication of the premium that Parliament placed on granting repose to defendants and encouraging diligence by potential plaintiffs.

[163] The statutory provision at issue here is therefore akin to s. 138.14 of Ontario's *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, which this Court recently

néanmoins que le Parlement était conscient de la rigueur du sous-al. 36(4)a)(i) et a choisi de l'édicter parce qu'il s'agissait du *seul* moyen d'établir une exception à la règle.

[161] Troisièmement, contrairement aux demandes assujetties au délai de prescription général prévu par la *Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, art. 21, de la Colombie-Britannique, le Parlement n'a aucunement assorti le recours fondé sur l'al. 36(1)a) d'un délai de prescription ultime. Si l'on tient pour acquis que le délai prévu au sous-al. 36(4)a)(i) ne commence à courir que lorsque le comportement visé peut être découvert, il va sans dire que les défendeurs risquent de se faire poursuivre indéfiniment. Comme Paul-Erik Veel le fait observer à juste titre, il s'ensuivrait que [TRADUCTION] « [I]es entreprises risqueraient de se faire poursuivre des décennies plus tard, longtemps après que les employés ayant participé au complot allégué aient quitté leur poste et que les documents aient été égarés, et sans que les employés ne puissent se défendre » (*Waiting forever for the axe to drop? Discoverability and the limitation period for Competition Act claims*, *Lenczner Slaght*, 12 août 2016 (en ligne)). Cela va à l'encontre des justifications en matière de certitude et de preuve qui constituent le fondement du droit en matière de prescription.

[162] Quatrièmement, le Parlement a fixé le délai de prescription à deux ans à une époque où les délais étaient comparativement beaucoup plus longs. Par exemple, les lois provinciales sur la prescription en vigueur à l'époque en Ontario et en Colombie-Britannique prévoyaient un délai de prescription général de six ans (*The Limitations Act*, R.S.O. 1970, c. 246, par. 45(1); *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1960, c. 370, art. 3). Le délai relativement court en cause dans la présente affaire, qui commence à courir avant même que la cause d'action ne prenne entièrement forme, révèle là encore la grande importance que le Parlement a attachée aux objectifs d'assurer la tranquillité d'esprit des défendeurs et d'encourager les demandeurs potentiels à faire preuve de diligence.

[163] La disposition statutaire en cause dans l'affaire qui nous occupe s'apparente donc à l'art. 138.14 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990,

considered in *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Green*, 2015 SCC 60, [2015] 3 S.C.R. 801; because there is no suspension mechanism built into that statutory limitation clause, “the limitation period begins to run regardless of knowledge on the plaintiff’s part, be it on when a document containing a misrepresentation is released, when an oral statement containing a misrepresentation is made, or when there is a failure to make timely disclosure” (para. 79). Under both provisions, the limitation period is triggered by an event that is unrelated to the state of the plaintiff’s knowledge. This is consistent with a number of judicial decisions that considered this issue as it pertains to s. 36 of the *Competition Act* (see: *CCS Corp. v. Secure Energy Services Inc.*, 2014 ABCA 96, 575 A.R. 1, at para. 4; *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2008 FC 825, 67 C.P.R. (4th) 241, at para. 488; *Garford Pty Ltd. v. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 FC 996, 88 C.P.R. (4th) 7, at paras. 28-33; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 991, 80 C.P.R. (4th) 1, at para. 729; *Fairview Donut Inc. v. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252, at paras. 643-46 (CanLII)).

[164] On a different note, I am not persuaded that a short limitation period, to which the discoverability rule does not apply, will defeat the purpose for which Parliament enacted s. 36 and the rest of the *Competition Act*. Civil liability under s. 36 is not the exclusive means by which persons are held to account for anti-competitive conduct: the statute also provides for a variety of penal and administrative consequences for activities that reduce competition in the marketplace. Moreover, as I will explain later in these reasons, alleged wrongdoers may also be liable at common law or in equity for conduct that constitutes an offence under Part VI. A short limitation period for the cause of action under s. 36(1) therefore does not defeat Parliament’s objective of “maintain[ing] and encourag[ing] competition in Canada . . . in order to provide consumers with competitive prices and product choices” (*Competition Act*, s. 1.1).

c. S.5, de l’Ontario, sur lequel s’est penché récemment notre Cour dans *Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Green*, 2015 CSC 60, [2015] 3 R.C.S. 801. Faute de mécanisme interne de suspension prévu par la loi, « le délai de prescription commenc[e] à courir sans égard à la connaissance du demandeur, que ce soit lors de la publication d’un document contenant une déclaration inexacte de faits, lors d’une déclaration orale contenant une déclaration inexacte de faits, ou en cas de défaut de divulgation en temps utile » (par. 79). Selon les deux dispositions, le point de départ du délai de prescription est déclenché par un événement étranger à la connaissance du demandeur. Ce principe est conforme à plusieurs décisions judiciaires portant sur cette question, qui concerne l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* (voir : *CCS Corp. c. Secure Energy Services Inc.*, 2014 ABCA 96, 575 A.R. 1, par. 4; *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2008 CF 825, 67 C.P.R. (4th) 241, par. 488; *Garford Pty Ltd. c. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 CF 996, 88 C.P.R. (4th) 7, par. 28-33; *Eli Lilly and Co. c. Apotex inc.*, 2009 CF 991, 80 C.P.R. (4th) 1, par. 729; *Fairview Donut Inc. c. The TDL Group Corp.*, 2012 ONSC 1252, par. 643-646 (CanLII)).

[164] Dans un autre ordre d’idée, je ne suis pas convaincue qu’un court délai de prescription, auquel la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas, viendra contrecarrer l’objectif que visait le Parlement par l’adoption de l’art. 36 et du reste de la *Loi sur la concurrence*. La responsabilité civile prévue à l’art. 36 n’est pas le seul moyen de tenir une personne responsable d’un comportement anti-concurrentiel : la loi prévoit également un éventail de conséquences pénales et administratives pour des activités qui diminuent la concurrence sur le marché. En outre, comme je l’expliquerai plus loin, l’auteur allégué d’une faute risque d’être tenu responsable en common law ou en equity d’un comportement qui constitue une infraction visée à la partie VI. Par conséquent, le court délai de prescription applicable à la cause d’action prévue au par. 36(1) ne vient pas contrecarrer l’objectif du Parlement de « préserver et de favoriser la concurrence au Canada [. . .] dans le but d’assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits » (*Loi sur la concurrence*, art. 1.1).

[165] As a result, I disagree with my colleague that the limitation period in s. 36(4)(a)(i) begins to run on the date that the conduct contrary to Part VI is either discovered or discoverable by the plaintiff. Properly interpreted, the triggering event in this statutory provision “clearly occurs without regard to the injured party’s knowledge”, and the provision does not contain “wording to [the same] effect” as “accrual” of the s. 36 cause of action. A proper application of the *Fehr* test therefore leads to the conclusion that the discoverability rule does not apply. Applying discoverability would make the limitation period chosen by Parliament virtually meaningless and create uncertainty around the likelihood and timing of significant litigation.

B. *Must There Be a Special Relationship Between the Parties to an Action in Order for the Doctrine of Fraudulent Concealment to Toll the Limitation Period?*

[166] The fraudulent concealment doctrine is a doctrine that operates to prevent a limitation clause from being used as an instrument of injustice in circumstances where a defendant conceals the facts giving rise to a potential cause of action from a plaintiff. Because it would be unconscionable for that defendant to then rely on the limitation clause as a defence to the claim, equity “suspend[s] the running of the limitation clock until such time as the injured party can reasonably discover the cause of action” (*Giroux Estate v. Trillium Health Centre* (2005), 74 O.R. (3d) 341 (C.A.), at para. 28). The Canadian approach to this doctrine has its origin in the England and Wales Court of Appeal’s decision in *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), in which Lord Evershed, M.R., wrote as follows:

It is now clear . . . that the word “fraud” in s. 26(b) of the Limitation Act, 1939, is by no means limited to common law fraud or deceit. Equally, it is clear . . . that no degree of moral turpitude is necessary to establish fraud within the section. What is covered by equitable fraud is a matter which LORD HARDWICKE did not attempt to define two hundred years ago, and I certainly shall not attempt to

[165] Par conséquent, je suis en désaccord avec la conclusion de mon collègue selon laquelle le délai de prescription établi au sous-al. 36(4)a)(i) commence à courir à la date à laquelle le demandeur a découvert ou aurait pu découvrir le comportement allant à l’encontre de la partie VI. Si l’on interprète cette disposition correctement, le fait déclencheur dont il est question « survient clairement, et sans égard à la connaissance qu’en a la [partie lésée] » et la disposition en cause ne contient pas des « mots [dans le] sens » de « naissance » de la cause d’action fondée sur l’art. 36. L’application correcte du critère de l’arrêt *Fehr* mène à la conclusion que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas. Si cette règle s’appliquait, le délai de prescription choisi par le Parlement perdrait pratiquement tout son sens et laisserait planer l’incertitude quant à la probabilité d’engager de nombreuses poursuites et au moment de les engager.

B. *Pour que la doctrine de la dissimulation frauduleuse reporte le point de départ du délai de prescription, doit-il y avoir une relation spéciale entre les parties à une action?*

[166] La doctrine de la dissimulation frauduleuse vise à empêcher que le délai de prescription serve à créer une injustice lorsque le défendeur cache au demandeur les faits à l’origine d’une cause d’action potentielle. Puisqu’il serait abusif pour le défendeur d’invoquer la prescription comme défense, l’équité [TRADUCTION] « permet de suspendre l’écoulement du délai de prescription jusqu’à ce que la partie lésée puisse raisonnablement découvrir l’existence de la cause d’action » (*Giroux Estate c. Trillium Health Centre* (2005), 74 O.R. (3d) 341 (C.A.), par. 28). La conception canadienne de cette doctrine tire son origine de la décision de la Cour d’appel d’Angleterre et du Pays de Galles, *Kitchen c. Royal Air Forces Association*, [1958] 2 All E.R. 241 (C.A.), où le maître des rôles lord Evershed s’est exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Il est maintenant clair [. . .] que le mot « fraude » employé à l’al. 26b) de la Limitation Act, 1939, ne désigne pas uniquement une tromperie ou une fraude en common law. Il est également clair [. . .] qu’aucun degré de turpitude morale n’est nécessaire pour prouver qu’il y a une fraude au sens de la disposition. Ce que vise la fraude en equity est une chose que le LORD HARDWICKE

do so now, but it is, I think, clear that the phrase covers conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other. [Emphasis added; p. 249.]

[167] The Pioneer Defendants, relying on *Kitchen* and the jurisprudence that followed, argue that the existence of a “special relationship” between the plaintiff and the defendant is a necessary precondition to the application of the doctrine of fraudulent concealment. Because such a relationship was not pleaded by the Plaintiff, they say that this doctrine cannot operate to toll the limitation period and that the claim against them must fail accordingly.

[168] I would note that this Court has only ever considered the operation of fraudulent concealment in the context of a special relationship between the plaintiff and the defendant. This Court applied that doctrine in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, after Dickson J. (as he then was) found that the conduct of the Indian Affairs Branch of the federal government was “unconscionable, having regard to the fiduciary relationship between the Branch and the [Musqueam Indian] Band” (p. 390). Likewise, this Court recognized the existence of a special relationship between a parent and a child in *M. (K.)*, a case concerning incest. There, La Forest J. explained that such cases necessarily involve “a grievous abuse of a position of confidence”, since “incest is really a double wrong — the act of incest itself is followed by an abuse of the child’s innocence to prevent recognition or revelation of the abuse” (p. 58). Canadian courts have also found special relationships to exist between lawyers and clients, physicians and patients, employers and terminated employees, and trustees and beneficiaries (Mew et al., at p. 234).

[169] That said, I am not prepared to go so far as to say that a special relationship — which I understand to be one that is based on trust and confidence — is

n’a pas tenté de définir il y a deux cents ans et que je ne tenterai certainement pas de définir maintenant; toutefois, il m’apparaît clair que cette expression vise une conduite qui, compte tenu de l’existence d’une relation spéciale entre les parties concernées, est un abus de la part de l’une envers l’autre. [Je souligne; p. 249.]

[167] S’appuyant sur l’arrêt *Kitchen* et la jurisprudence subséquente, les défenderesses Pioneer font valoir que l’existence d’une « relation spéciale » entre le demandeur et le défendeur est une condition préalable nécessaire à l’application de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Vu que le demandeur en l’espèce n’a pas allégué l’existence d’une telle relation, elles affirment que cette doctrine ne permet pas de repousser le point de départ du délai de prescription et que la demande déposées contre elles est donc vouée à l’échec.

[168] Je ferais observer que notre Cour n’a toujours examiné l’application de la dissimulation frauduleuse que dans le contexte d’une relation spéciale entre le demandeur et le défendeur. Notre Cour a appliqué cette doctrine dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la suite de la conclusion du juge Dickson (plus tard juge en chef) qui qualifiait la conduite de la direction des Affaires indiennes du gouvernement fédéral, de « peu scrupuleuse, compte tenu du rapport fiduciaire qui exist[ait] entre la Direction et la bande [indienne Musqueam] » (p. 390). De même, notre Cour a reconnu l’existence d’une relation spéciale entre un parent et son enfant dans *M. (K.)*, une affaire d’inceste. Le juge La Forest y a expliqué que, forcément, dans de tels cas, « on abuse gravement d’une situation de confiance », puisque « l’inceste est réellement un double méfait — l’acte d’inceste est lui-même suivi d’un abus de l’innocence de l’enfant visant à l’empêcher de se rendre compte de l’agression ou d’en révéler l’existence » (p. 58). Les tribunaux canadiens ont également conclu à l’existence d’une relation spéciale entre les avocats et leurs clients, les médecins et leurs patients, les employeurs et les employés congédiés, ainsi que les fiduciaires et les bénéficiaires de la fiducie (Mew et autres, p. 234).

[169] Cela dit, je ne suis pas disposée à aller jusqu’à affirmer que l’existence d’une relation spéciale — fondée, selon moi, sur la confiance — constitue toujours

always a prerequisite or a necessary element for the operation of the fraudulent concealment doctrine. In *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, Binnie J. explained that fraud in equity is broader than it is at common law, as it captures “transactions falling short of deceit but where the Court is of the opinion that it is unconscientious for a person to avail himself of the advantage obtained” (para. 39 (emphasis added), citing *First City Capital Ltd. v. B.C. Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29 (B.C.S.C.), at p. 37). He further noted that this ground for equitable relief “is so infinite in its varieties that the Courts have not attempted to define it”, adding that “all kinds of unfair dealing and unconscionable conduct in matters of contract come within its ken” (*ibid.* (emphasis added), citing *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9 (Ont. H.C.), at p. 19). What constitutes “unconscionable conduct” for the purposes of the doctrine of equitable fraud will vary from case to case and will depend in part on the connection between the parties. This is helpfully explained by Ian Spry in his leading textbook, *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages* (9th ed. 2014):

Fraud in this sense includes, not only fraud in the sense of active dishonesty that gave rise to an action of deceit at law, but also the taking of active steps with the intention of concealing the existence of the material cause of action. The better view is that it includes also, in cases where the defendant is under a special duty to the plaintiff, a failure to disclose the events which have taken place and which give rise to the cause of action in question. So it was said by Lord Evershed that in this context fraud includes “conduct which, having regard to some special relationship between the two parties concerned, is an unconscionable thing for the one to do towards the other”. [p. 440]

[170] In effect, in the commercial context, limiting the application of the fraudulent concealment doctrine to only those situations where there is a special relationship between the parties presupposes that, in that context, there can be no injustice resulting

une condition préalable ou un élément nécessaire à l’application de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, le juge Binnie a expliqué que le terme « fraude » comporte un sens plus large en equity qu’en common law, car il s’entend également [TRADUCTION] « d’opérations qui ne sont pas dolosives, mais à l’égard desquelles le tribunal estime qu’il serait abusif de laisser une personne profiter de l’avantage obtenu » (par. 39 (je souligne), citant *First City Capital Ltd. c. B.C. Building Corp.* (1989), 43 B.L.R. 29 (C.S. C.-B.), p. 37). Le juge Binnie a également fait remarquer que la fraude donnant ouverture à une réparation en equity se présente sous « un nombre tellement infini de formes que les tribunaux n’ont pas tenté de la définir », et ajouté [TRADUCTION] « [qu’]elle vise toutes sortes de manœuvres déloyales et de conduites abusives en matière contractuelle » (*ibid.* (je souligne), citant *McMaster University c. Wilchar Construction Ltd.* (1971), 22 D.L.R. (3d) 9 (H.C. Ont.), p. 19). Déterminer en quoi consiste « une conduite abusive » pour l’application de la doctrine de la fraude en equity varie d’une affaire à l’autre et dépend en partie du lien qui unit les parties. C’est ce qu’explique de manière utile Ian Spry dans son ouvrage qui fait autorité, *The Principles of Equitable Remedies: Specific Performance, Injunctions, Rectification and Equitable Damages* (9<sup>e</sup> éd. 2014) :

[TRADUCTION] Dans ce sens, la fraude ne s’entend pas uniquement d’une activité malhonnête qui ouvre droit à une action pour dol, mais aussi de la prise de mesures concrètes dans le but de dissimuler l’existence de la cause d’action réelle. De fait, la fraude s’entend également, dans les cas où le défendeur assume un devoir particulier envers le demandeur, du défaut de révéler les faits qui se sont produits et qui donnent naissance à la cause d’action en question. Comme l’expliquait lord Evershed, dans ce contexte, le mot « fraude » vise « une conduite qui, compte tenu de la relation spéciale qui existe entre les parties concernées, est un abus de la part de l’une envers l’autre ». [p. 440]

[170] En fait, dans le contexte commercial, appliquer la doctrine de la dissimulation frauduleuse uniquement dans les cas où il existe une relation spéciale entre les parties suppose que, dans ce contexte, il ne peut y avoir d’injustice découlant de l’application

from the application of a limitation period *unless* a special relationship exists. Put differently, insofar as there may be situations in which the fraudulent concealment doctrine would rectify an injustice caused to a plaintiff by the application of a limitation period, *even though there exists no special relationship* between the parties, then limiting the doctrine by requiring such a relationship could be seen as contradicting the very spirit of a doctrine that aims to protect against unconscionable conduct.

[171] Based on this understanding of fraudulent concealment, my view is that it is not plain and obvious that equity can intervene to toll the applicable limitation period only in cases where there exists a special relationship; it may be that it can also intervene in cases — at least in the commercial context, as here — where the plaintiff can demonstrate something commensurate with or tantamount to a special relationship.

[172] To be sure, the mere allegation of a price-fixing agreement among defendants is not sufficient *on its own* for the fraudulent concealment doctrine to toll the applicable limitation period. If it were, the limitation period for which Parliament specifically provided in s. 36(4) of the *Competition Act* would be meaningless in these circumstances, given the fact that price-fixing agreements are, in practice, carried out in secret.

[173] In the case at hand, the Plaintiff did not plead that there was a special relationship between the class members and the Pioneer Defendants. However, as I explained above, it is not plain and obvious that this is fatal to the Plaintiff's fraudulent concealment claim, since a special relationship may not be a necessary precondition to the application of the fraudulent concealment doctrine. While the mere allegation of a price-fixing agreement among the Pioneer Defendants is not sufficient *on its own* for this doctrine to toll the applicable limitation period, in the commercial context, a showing of fraud in equity tantamount to or commensurate with the existence of a special relationship could be enough.

d'un délai de prescription *sauf* en présence d'une relation spéciale. Autrement dit, dans la mesure où il peut exister une situation dans laquelle cette doctrine corrigerait une injustice que fait subir à un demandeur l'application d'un délai de prescription, *malgré l'absence de relation spéciale* entre les parties, l'on pourrait considérer que restreindre l'application de la doctrine en exigeant la présence d'une telle relation contredit l'esprit même d'une doctrine qui vise à prévenir les comportements abusifs.

[171] Vu cette conception de la dissimulation frauduleuse, il ne me semble pas évident et manifeste que l'équité peut intervenir pour repousser le point de départ du délai de prescription uniquement dans les cas où il existe une relation spéciale; il se peut qu'elle puisse aussi intervenir dans les cas — du moins en matière commerciale, comme dans le cas présent — où le demandeur peut démontrer quelque chose correspondant ou d'équivalent à une relation spéciale.

[172] À n'en pas douter, la simple allégation que des défendeurs se sont entendus pour fixer les prix ne suffit pas *en soi* pour que la doctrine de la dissimulation frauduleuse repousse le point de départ du délai de prescription applicable. Si cette allégation était suffisante, le délai de prescription que le Parlement a expressément prévu au par. 36(4) de la *Loi sur la concurrence* serait dénué de sens dans les circonstances, vu que les ententes de fixation des prix sont, en pratique, mises en œuvre en secret.

[173] En l'espèce, le demandeur n'a pas invoqué l'existence d'une relation spéciale entre les membres du groupe et les défenderesses Pioneer. Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment, il n'est pas évident et manifeste que cette omission porte un coup fatal à l'allégation de dissimulation frauduleuse faite par le demandeur, car une relation spéciale ne saurait être une condition préalable à l'application de la doctrine de la dissimulation frauduleuse. Bien que la simple allégation qu'un accord de fixation des prix a été conclu entre les défenderesses Pioneer ne suffise pas, *à elle seule*, pour que cette doctrine repousse le point de départ du délai de prescription applicable, dans un contexte commercial, la démonstration qu'il y a eu fraude au sens de l'équité équivalente ou correspondant à l'existence d'une relation spéciale pourrait suffire.

[174] The Plaintiff pleaded that the Pioneer Defendants “took active steps to, and did, conceal the unlawful conspiracy from their customers” (R.F. (Pioneer Appeal, at para. 11)). Given that we are at the certification stage, I am prepared to conclude that it is not “plain and obvious” that the fraudulent concealment doctrine has no application in this case. Whether or not the Plaintiff will be successful in relying on this doctrine to toll the applicable limitation period in these circumstances, however, will depend on what he can prove at trial — that is, whether he can establish a special relationship, or maybe something tantamount to or commensurate with one could suffice.

[175] On the basis of the foregoing, while the discoverability rule does not apply to toll the limitation period, it may be that the fraudulent concealment doctrine does, and, accordingly, I would dismiss the Pioneer Appeal regarding that question. However, there remain three more issues, common to all Defendants, and because the Pioneer Defendants have adopted the submissions of the Toshiba Appeal with regards to these common issues, I will consider them together in the subsequent section. For the aforementioned reasons and for the reasons that follow, I would allow the Pioneer Appeal in part.

### III. The Toshiba Appeal

[176] The issues in the Toshiba Appeal, which are common to both appeals, are threefold:

- (a) Is it plain and obvious that the Umbrella Purchasers’ claims under s. 36(1)(a) of the *Competition Act* cannot succeed?
- (b) Is it plain and obvious that s. 36(1) bars a plaintiff from alleging common law and equitable causes of action in respect of conduct that breaches the prohibitions in Part VI of the *Competition Act*?

[174] Le demandeur a fait valoir que les défenderesses Pioneer [TRADUCTION] « ont pris des mesures concrètes pour dissimuler, et ont effectivement dissimulé, le complot illégal à leurs clients » (m.i. (pourvoi de Pioneer), par. 11). Comme l’affaire se trouve à l’étape de l’autorisation, je suis disposée à conclure qu’il n’est pas « évident et manifeste » que la doctrine de la dissimulation frauduleuse ne trouve pas application en l’espèce. Toutefois, le point de savoir si le demandeur réussira à faire reporter le point de départ du délai de prescription applicable dans ces circonstances dépendra de ce qu’il peut prouver au procès; autrement dit, sera-t-il en mesure d’établir une relation spéciale, ou peut-être que quelque chose d’équivalent ou de correspondant à cette relation suffira.

[175] Compte tenu de ce qui précède, même si la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas de manière à reporter le point de départ du délai de prescription, il se peut que la doctrine de la dissimulation frauduleuse s’applique et, par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi de Pioneer quant à cette question. Il reste cependant à trancher trois autres questions, communes à toutes les défenderesses, et, comme les défenderesses Pioneer ont fait leurs arguments du pourvoi de Toshiba sur ces questions communes, je les examinerai ensemble dans la prochaine section. Pour les motifs qui précèdent et ceux qui suivent, j’accueillerais le pourvoi de Pioneer en partie.

### III. Le pourvoi de Toshiba

[176] Le pourvoi de Toshiba soulève trois questions communes aux deux pourvois :

- a) Est-il évident et manifeste que les réclamations présentées par les acheteurs sous parapluie sur le fondement de l’al. 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* ne peuvent être accueillies?
- b) Est-il évident et manifeste que le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* empêche le demandeur d’exercer des recours de common law et d’équité à l’égard d’un comportement qui enfreint les prohibitions prévues à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*?

(c) What standard must a representative plaintiff meet in order to have loss-related questions certified as “common issues” among indirect purchasers, and has the Plaintiff met this standard in the present case?

[177] I write separately because my views diverge from those of my colleague on all three of these issues. I will address each in turn.

A. *Is it Plain and Obvious That the Umbrella Purchasers’ Claims Under Section 36(1) of the Competition Act Cannot Succeed?*

[178] The first issue in the Toshiba Appeal is whether the Certification Judge erred in holding that the Umbrella Purchasers can advance claims under s. 36(1) of the *Competition Act* against the Defendants. The Defendants submit that the Certification Judge did so err, and that upholding his conclusion on this point will have the effect of opening up “a potentially limitless scope of liability that could not have been contemplated by Parliament and is contrary to the scheme of the *Competition Act*” (A.F. (Toshiba Appeal), at para. 97).

[179] I agree with my colleague that resolving this issue requires an exercise in statutory interpretation, under which the words of the *Competition Act* are to “be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, citing E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). However, we must not lose sight of the fact that our contextual approach to statutory interpretation also draws on the relevant legal principles and norms (see *R. v. Alex*, 2017 SCC 37, [2017] 1 S.C.R. 967, at para. 31; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 43; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 48).

c) Quelle est la norme à laquelle doit satisfaire le représentant des demandeurs pour que les questions liées à la perte soient autorisées en tant que « questions communes » aux acheteurs indirects? Le demandeur satisfait-il à cette norme en l’espèce?

[177] Je rédige ces motifs distincts parce que mon opinion et celle de mon collègue divergent sur toutes ces trois questions. Je les examinerai à tour de rôle.

A. *Est-il évident et manifeste que les réclamations présentées par les acheteurs sous parapluie sur le fondement du par. 36(1) de la Loi sur la concurrence ne peuvent être accueillies?*

[178] La première question soulevée dans le pourvoi de Toshiba est de savoir si le juge saisi de la demande d’autorisation a commis une erreur en concluant que les acheteurs sous parapluie peuvent poursuivre les défenderesses en justice sur le fondement du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. Les défenderesses font valoir que le juge a commis une telle erreur et que la confirmation de sa conclusion sur ce point aura pour effet d’établir une [TRADUCTION] « responsabilité potentiellement illimitée qui ne saurait figurer parmi les objectifs du Parlement et qui va à l’encontre du régime établi par la *Loi sur la concurrence* » (m.a. (pourvoi de Toshiba), par. 97).

[179] À l’instar de mon collègue, j’estime que pour trancher cette question, il faut se livrer à un exercice d’interprétation statutaire consistant à lire les termes de la *Loi sur la concurrence* [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87). Cependant, nous ne devons pas perdre de vue le fait que notre méthode contextuelle d’interprétation des lois s’appuie également sur les normes et principes juridiques pertinents (voir *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967, par. 31; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 43; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 48).

[180] On its face, s. 36(1) appears to be worded broadly enough to capture claims by umbrella purchasers, so long as they can prove that they “suffered loss or damage as a result of” the conduct specified in para. (a) or (b). According to the Defendants, however, this statutory provision must be interpreted in a manner that is consistent with the principles that limit the extent of liability at common law (A.F. (Toshiba Appeal), at paras. 97-99). They point specifically to two legal principles that are relevant for the purposes of liability to umbrella purchasers: indeterminacy and remoteness. At its core, therefore, the issue under this heading raises the question of whether those principles can inform our interpretation of s. 36(1) of the *Competition Act* — and in particular, the extent of a defendant’s liability thereunder in the context of a price-fixing claim brought by persons whose ODD or ODD product was manufactured or supplied by a non-Defendant.

[181] *Indeterminacy* is a policy consideration that negates the imposition of a duty of care in negligence where it would expose the defendant to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class” (*Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y.C.A. 1931), at p. 444, per Cardozo C.J.). This concern arises where finding a duty of care between a plaintiff and a defendant would open the floodgates, resulting in “massive, uncontrolled liability” (A. M. Linden et al., *Canadian Tort Law* (11th ed. 2018), at p. 278). *Remoteness* is a related principle that limits the scope of liability in negligence where “the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable” (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 12, citing A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 360). According to the authors of the 11th edition of that text:

The losses or injuries incurred by plaintiffs must not be “too remote” a consequence of the defendants’ negligent

[180] À première vue, le libellé du par. 36(1) semble suffisamment général pour englober les réclamations des acheteurs sous parapluie, pourvu qu’ils puissent établir qu’ils ont « subi une perte ou des dommages par suite » des comportements énumérés aux al. a) et b). Les défenderesses affirment cependant qu’il faut interpréter cette disposition conformément aux principes qui limitent l’étendue de la responsabilité en common law (m.a. (pourvoi de Toshiba), par. 97-99). Elles invoquent précisément deux principes de droit pertinents pour la responsabilité envers les acheteurs sous parapluie : l’indétermination et le caractère éloigné. Essentiellement, la question à trancher sous cette rubrique consiste donc à savoir si ces principes peuvent guider notre interprétation du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* — en particulier l’étendue de la responsabilité des défenderesses dans le contexte d’une action pour fixation des prix intentée par des acheteurs de LDO et de produits munis de LDO fabriqués ou fournis par une personne qui n’est pas une défenderesse.

[181] L’*indétermination* correspond à une considération de politique générale qui vient écarter l’imposition d’une obligation de diligence en droit de la négligence lorsque le défendeur serait exposé à [TRADUCTION] « une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée » (*Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (C.A. N.Y. 1931), p. 444, le juge en chef Cardozo). Ce risque existe dans le cas où la reconnaissance d’une obligation de diligence entre le demandeur et le défendeur favoriserait la multiplication des actions en justice et entraînerait une [TRADUCTION] « responsabilité massive, échappant à tout contrôle » (A. M. Linden et autres, *Canadian Tort Law* (11<sup>e</sup> éd. 2018), p. 278). Le *caractère éloigné* est un principe connexe qui a pour effet de limiter l’étendue de la responsabilité pour négligence si [TRADUCTION] « le préjudice a trop peu de lien avec l’acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 12, citant A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8<sup>e</sup> éd. 2006), p. 360). Selon les auteurs de la 11<sup>e</sup> édition de cet ouvrage :

[TRADUCTION] Les pertes ou les préjudices que subissent les demandeurs ne doivent pas constituer une conséquence

act, in order for compensation to ensue. In other words, to use the older language, negligent defendants who owe a general duty of care are not liable unless their conduct is the “proximate cause” of the plaintiff’s losses. Causation alone is not enough; it must be demonstrated that the conduct was the *proximate* cause of the damage. This issue is better described as the scope or extent of liability issue. [Emphasis in original; p. 307.]

[182] Although both indeterminacy and remoteness relate primarily to liability in negligence, I agree with the Defendants that the same underlying concerns can inform our analysis of the issue at hand, which involves claims under s. 36 of the *Competition Act* for pure economic losses. In *Taylor v. 1103919 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 201, 602 A.R. 105, at para. 50, for example, the Alberta Court of Appeal discerned “no principled reason why [the principle of remoteness] ought not to apply” to the statutory cause of action in Alberta’s *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4. In *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, Rothstein J. considered the principle of remoteness, among other legal norms, in his analysis of whether indirect purchasers have a cause of action under s. 36 of the *Competition Act* (paras. 42-45).

[183] Similarly, in *Associated General Contractors v. Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983), the United States Supreme Court held that common law principles — including foreseeability and proximate cause, directness of injury, certainty of damages and privity of contract — can operate to limit the scope of a defendant’s liability under the statutory cause of action for anti-competitive conduct in § 4 of the *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15.<sup>3</sup> In that case, the

<sup>3</sup> That provision read as follows: “Any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.”

« trop éloignée » de la négligence des défendeurs pour qu’il puisse y avoir indemnisation. Autrement dit, pour reprendre l’ancien libellé, les défendeurs négligents qui ont une obligation générale de diligence n’engagent leur responsabilité que si leur conduite est la « cause immédiate » des pertes subies par les demandeurs. La causalité à elle seule ne suffit pas; il faut établir que la conduite était la cause *immédiate* du préjudice. Cette question concerne davantage l’étendue ou la portée de la responsabilité. [En italique dans l’original; p. 307.]

[182] Bien que l’indétermination et le caractère éloigné se rapportent principalement à la responsabilité pour négligence, je suis d’accord avec les défenderesses pour dire que les mêmes préoccupations sous-jacentes peuvent guider notre analyse de la question à trancher, qui concerne les réclamations fondées sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* pour des pertes purement économiques. Dans l’arrêt *Taylor c. 1103919 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 201, 602 A.R. 105, par. 50, par exemple, la Cour d’appel de l’Alberta n’a relevé [TRADUCTION] « aucune raison logique de ne pas appliquer [le principe du caractère éloigné] » à la cause d’action prévue par la *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4, de l’Alberta. Dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, le juge Rothstein a examiné le principe du caractère éloigné, parmi d’autres normes juridiques, dans son analyse de la question de savoir si l’acheteur indirect avait une cause d’action au titre de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* (par. 42-45).

[183] De même, dans *Associated General Contractors c. Carpenters*, 459 U.S. 519 (1983), la Cour suprême des États-Unis a statué que les principes de common law — dont la prévisibilité et la cause immédiate du préjudice, son caractère direct, la certitude du dommage et le lien contractuel — peuvent avoir pour effet de limiter l’étendue de la responsabilité du défendeur au regard du droit d’action prévu à l’art. 4 de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15<sup>3</sup> pour

<sup>3</sup> Cette disposition était ainsi rédigée : [TRADUCTION] « Toute personne qui a subi un préjudice dans ses activités commerciales ou relativement à ses biens par suite d’un comportement allant à l’encontre des lois antitrust peut engager des poursuites devant tout tribunal de district des États-Unis dans le district où le défendeur réside, se trouve ou dispose d’un mandataire, sans égard au montant en litige, et elle peut recouvrer le triple des dommages subis, ainsi que les dépens relatifs à l’instance, y compris les honoraires d’avocats raisonnables. »

majority held that a plaintiff could not recover under that provision for harm allegedly suffered by reason of the defendants' coercion of third parties. Although Stevens J. recognized that "[a] literal reading of the statute is broad enough to encompass every harm that can be attributed directly or indirectly to the consequences of an antitrust violation" (p. 529), he nevertheless held that

the question whether the [plaintiff] may recover for the injury it allegedly suffered by reason of the defendants' coercion against certain third parties cannot be answered simply by reference to the broad language of [the applicable statutory provision]. Instead . . . the question requires us to evaluate the plaintiff's harm, the alleged wrongdoing by the defendants, and the relationship between them. [p. 535]

[184] The issue in the instant case turns on whether the Defendants can be held liable for loss or damage of an economic nature suffered by the Umbrella Purchasers, a group of claimants who bought from non-Defendants ODDs that were manufactured or supplied by non-Defendants. Can the Umbrella Purchasers recover as against the Defendants — companies with which they have no commercial relationship whatsoever? In my view, the answer is no. Any overcharges that those claimants may have incurred were ultimately the direct result of pricing choices *made by those non-Defendant manufacturers and suppliers*, regardless of whether or not those choices were influenced by broader trends in the market. In short, the Defendants have control over their own business decisions, but not over those of non-Defendant manufacturers and suppliers. For this reason, and bearing in mind the principles underlying indeterminacy and remoteness, I am of the view that it would be unfair to hold the Defendants liable to the Umbrella Purchasers where they had no control over such liability. Indeed, interpreting s. 36(1) in the manner suggested by the Plaintiff might well expose the Defendants to unbounded liability — capable of encompassing not only the losses of those Umbrella Purchasers themselves, but also the losses of "[a]nyone who

comportement anticoncurrentiel. Dans cette affaire, les juges majoritaires ont conclu que le demandeur ne pouvait obtenir réparation en vertu de cette disposition pour un préjudice qu'il aurait subi par suite de la coercition exercée par le défendeur à l'endroit de tiers. Bien que le juge Stevens ait reconnu [TRANSDUCTION] « [qu'une] interprétation littérale de la loi est suffisamment large pour englober tout préjudice attribuable directement ou indirectement aux conséquences d'une violation des lois antitrust » (p. 529), il a néanmoins conclu ce qui suit :

[TRANSDUCTION] . . . pour trancher la question de savoir si le [demandeur] peut obtenir réparation pour le préjudice qu'il aurait subi par suite de la coercition exercée par les défendeurs à l'endroit de certains tiers, il ne suffit pas de faire uniquement mention du libellé général [de la disposition statutaire applicable]. En fait, [. . .] nous sommes appelés à évaluer le préjudice subi par le demandeur, la faute reprochée aux défendeurs, ainsi que la relation entre eux. [p. 535]

[184] La question en litige dans le cas présent consiste à savoir si les défenderesses peuvent être tenues responsables de la perte ou des dommages de nature économique subis par les acheteurs sous parapluie, un groupe de demandeurs qui ont acheté d'autres personnes que les défenderesses des LDO fabriqués ou fournis par des personnes qui ne sont pas les défenderesses. Ces acheteurs peuvent-ils se faire indemniser par les défenderesses — des entreprises avec lesquelles les acheteurs sous parapluie n'ont aucune relation commerciale? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Toute majoration que ces demandeurs auraient pu absorber était en fin de compte la conséquence directe des choix en matière de prix *effectués par ces fabricants et fournisseurs autres que les défenderesses*, que ces choix aient ou non été influencés par des tendances générales du marché. Bref, les défenderesses exercent un contrôle sur leur propres décisions d'affaires, mais non sur celles des autres fabricants et fournisseurs. Pour ce motif, et gardant à l'esprit les principes qui sous-tendent l'indétermination et le caractère éloigné, je suis d'avis qu'il serait injuste de tenir les défenderesses responsables envers les acheteurs sous parapluie alors qu'elles n'avaient aucun contrôle sur cette responsabilité. En effet, interpréter

was affected by the economic ripples downstream of umbrella purchasers” (A.F. (Toshiba Appeal), at para. 105). In my opinion, this provision must be construed in a manner that prevents such a cascade of liability.

[185] This is consistent with the views expressed by Perell J. of the Ontario Superior Court of Justice in *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87, and by a unanimous Divisional Court in *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2017 ONSC 2586, 413 D.L.R. (4th) 546. *Shah* involved the certification of a price-fixing class action brought by direct, indirect and umbrella purchasers of lithium ion batteries (“LIBs”) manufactured by various defendants. On the question of whether the umbrella purchasers in that case could succeed in their claim under s. 36(1) of the *Competition Act*, Perell J. held as follows:

. . . the Umbrella Purchasers’ claim would impose indeterminate liability on the Defendants and the claim would be unfair because the law, generally speaking, does not impose liability on one person for the conduct of others, and in the instance of the Umbrella Purchasers, the Plaintiffs seek to make the Defendants liable for the advertent, inadvertent, voluntary or involuntary conduct of the non-Defendants in taking advantage of the price-fixing. [para. 175]

The Divisional Court unanimously upheld Perell J.’s conclusion on this point. As Nordheimer J. (as he then was) explained:

What is alleged here is that the non-defendant [LIB] manufacturers took advantage of the higher market prices being set by the [defendants] through their conspiracy, to similarly increase the prices of their LIBs or LIB products. Assuming that that occurred, the [defendants] had no

le par. 36(1) de la manière suggérée par le demandeur pourrait fort bien exposer les défenderesses à une responsabilité illimitée — susceptible de viser non seulement les pertes subies par les acheteurs sous parapluie, mais aussi les pertes de [TRADUCTION] « [t]oute personne qui a subi les conséquences de nature économique en aval des acheteurs sous parapluie » (m.a. (pourvoi de Toshiba), par. 105). À mon sens, il y a lieu d’interpréter cette disposition de manière à prévenir une telle responsabilité en cascade.

[185] Cette conclusion cadre avec le point de vue exprimé par le juge Perell, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, dans *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148, 390 D.L.R. (4th) 87, et par la Cour divisionnaire à l’unanimité dans *Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2017 ONSC 2586, 413 D.L.R. (4th) 546. Cette affaire concernait l’autorisation d’un recours collectif en matière de fixation des prix, intenté par les acheteurs directs, indirects et sous parapluie de piles au lithium-ion (« Pli ») fabriquées par diverses défenderesses. S’agissant de la question de savoir si les acheteurs sous parapluie pouvaient obtenir gain de cause dans leur recours fondé sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*, le juge Perell a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . le recours des acheteurs sous parapluie imposerait aux défenderesses une responsabilité indéterminée et entraînerait une iniquité, car, de manière générale, le droit ne tient pas une personne responsable de la conduite d’autrui. Dans le cas des acheteurs sous parapluie, les demandeurs cherchent à tenir les défenderesses responsables de la conduite adoptée délibérément ou non en tirant un avantage volontairement ou non, par des personnes qui ne sont pas les défenderesses, car elles ont tiré parti de la fixation des prix. [par. 175]

La Cour divisionnaire a confirmé à l’unanimité la conclusion du juge Perell sur ce point. Comme l’expliquait le juge Nordheimer (maintenant juge à la Cour d’appel de l’Ontario) :

[TRADUCTION] Il est allégué en l’espèce que les fabricants de [Pli] autres que les défenderesses ont tiré avantage de la hausse des prix sur le marché fixés par les [défenderesses] à la suite du complot qu’elles ont formé pour faire ainsi augmenter le prix de leurs Pli et de leurs produits munis

control over the actions of the non-defendant manufacturers. First and foremost, they had no control over whether the non-defendant manufacturers chose to match prices. Second, they had no control over the volume of LIBs or LIB products, that the non-defendant manufacturers chose to produce and sell. [para. 34]

[186] Both Perell J. and Nordheimer J. analogized the issue of liability to umbrella purchasers in *Shah* to the issue of indeterminacy that had arisen in *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45. In that case, a number of tobacco companies were facing lawsuits relating to the sale of “light” or “mild” cigarettes. Those companies, in turn, brought third-party claims against the Government of Canada, alleging that if they were found liable to the plaintiffs, they would be entitled to compensation from Canada for (among other things) negligent misrepresentation. The argument was that Canada had negligently misrepresented the health attributes of low-tar cigarettes to consumers and to those tobacco companies. Canada countered that allowing the tobacco companies’ claims in negligent misrepresentation “would result in indeterminate liability”, as “Canada had no control over the number of cigarettes being sold” (para. 97). This Court accepted Canada’s argument; McLachlin C.J., writing for a unanimous Court, explained as follows:

I agree with Canada that the prospect of indeterminate liability is fatal to the tobacco companies’ claims of negligent misrepresentation. Insofar as the claims are based on representations to consumers, Canada had no control over the number of people who smoked light cigarettes. . . .

The risk of indeterminate liability is enhanced by the fact that the claims are for pure economic loss. In *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, the Court, *per* Rothstein J., held that “in cases of

de Pli. Si l’on tient cela pour avéré, les [défenderesses] n’exerçaient aucun contrôle sur les actes des autres fabricants. D’abord et avant tout, les défenderesses n’avaient aucun contrôle sur le choix des autres fabricants de fixer des prix identiques. Ensuite, les défenderesses n’avaient aucun contrôle sur la quantité de Pli et de produits munis de Pli que les autres fabricants avaient choisi de fabriquer et de vendre. [par. 34]

[186] Les juges Perell et Nordheimer ont fait une analogie entre la question de la responsabilité envers les acheteurs sous parapluie soulevée dans l’arrêt *Shah* et la question de l’indétermination soulevée dans l’arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45. Dans cette affaire, des compagnies de tabac ont fait l’objet de poursuites pour avoir vendu des cigarettes « légères » ou « douces ». À leur tour, ces compagnies ont mis en cause le gouvernement du Canada, alléguant que, si elles étaient tenues responsables envers les demandeurs, elles auraient le droit d’être indemnisées par le Canada, entre autres, pour déclarations inexactes faites par négligence. Elles ont fait valoir que le Canada avait fait preuve de négligence en déclarant faussement aux fumeurs et aux compagnies de tabac que la cigarette à teneur réduite en goudron serait moins nocive pour la santé. Le Canada s’est opposé à cet argument en soutenant que, si l’on acceptait les allégations des compagnies de tabac en matière de déclaration inexacte faite par négligence, « cela entraînerait une responsabilité indéterminée de sa part » puisque « le nombre de cigarettes vendues était indépendant de sa volonté » (par. 97). Notre Cour a accepté l’argument du Canada, et la juge en chef McLachlin, rédigeant les motifs unanimes, a expliqué ce qui suit :

Je suis d’accord avec le Canada pour dire que la possibilité d’une responsabilité indéterminée porte un coup fatal aux allégations des compagnies de tabac relatives aux déclarations inexactes faites par négligence. Dans la mesure où les allégations reposent sur des déclarations faites aux consommateurs, le Canada n’exerçait aucun contrôle sur le nombre de fumeurs de cigarettes légères. . .

Le risque de responsabilité indéterminée est aggravé par le caractère purement financier de la perte alléguée. Dans *Design Services Ltd. c. Canada*, 2008 CSC 22, [2008] 1 R.C.S. 737, sous la plume du juge Rothstein, la Cour a

pure economic loss, to paraphrase Cardozo C.J., care must be taken to find that a duty is recognized only in cases where the class of plaintiffs, the time and the amounts are determinate” (para. 62). If Canada owed a duty of care to consumers of light cigarettes, the potential class of plaintiffs and the amount of liability would be indeterminate. [Emphasis added; paras. 99-100.]

[187] Although that case concerned indeterminacy in relation to the imposition of a duty of care in negligence, I agree with Nordheimer J. that “the fundamental principle is the same” (para. 32): s. 36(1) should not be interpreted in a manner that makes the Defendants liable to an indeterminate class of people for losses of an indeterminate nature that occurred as a result of business decisions over which they had no control. This accords with the approach taken by the United States Supreme Court in respect of a similar statutory cause of action for anti-competitive conduct: “An antitrust violation may be expected to cause ripples of harm to flow through the Nation’s economy; but ‘despite the broad wording of § 4 [of the *Clayton Act*] there is a point beyond which the wrongdoer should not be held liable” (*Associated General Contractors*, at pp. 534-35, citing *Blue Shield of Virginia v. McCready*, 457 U.S. 465 (1982), at pp. 476-77, citing *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), at p. 760, per Brennan J. dissenting). In my view, a preferable reading of the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* is one that, consistent with the principles underlying indeterminacy and remoteness which operate at common law, limits the potential scope of liability faced by defendants of price-fixing claims to losses flowing from their own pricing decisions, not those of third parties. This promotes the value of certainty so that commercial enterprises “have some appreciation of what risk is to be borne by whom” (*Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1139).

[188] The Ontario Divisional Court’s decision in *Shah* was subsequently overturned by the Court of

mentionné que « dans les cas de perte purement financière, il faut, pour paraphraser le juge en chef Cardozo, prendre soin de ne reconnaître une obligation que dans la mesure où l’on peut déterminer la catégorie des demandeurs, la période et les montants en cause » (par. 62). Si le Canada avait une obligation de diligence envers les fumeurs de cigarettes légères, le nombre potentiel de demandeurs et l’ampleur de la responsabilité seraient indéterminés. [Je souligne; par. 99-100.]

[187] Même si cet arrêt concernait l’indétermination en lien avec l’imposition d’une obligation de diligence en négligence, je suis d’accord avec le juge Nordheimer pour dire que [TRADUCTION] « le principe fondamental est le même » (par. 32) : le par. 36(1) ne devrait pas être interprété de manière à ce que les défenderesses soient tenues responsables envers une catégorie indéterminée de personnes pour des pertes de nature indéterminée découlant de décisions d’affaires qui étaient indépendantes de leur volonté. Cette approche concorde avec celle adoptée par la Cour suprême des États-Unis à propos d’une cause d’action similaire conférée par la loi pour comportement anti-concurrentiel : [TRADUCTION] « On peut s’attendre à ce qu’une violation des lois antitrust ait des répercussions en chaîne sur l’économie de la nation; toutefois, “en dépit du libellé général de l’art. 4 [de la *Clayton Act*], le contrevenant ne peut être tenu responsable au-delà d’un certain point” » (*Associated General Contractors*, p. 534-535, citant *Blue Shield of Virginia c. McCready*, 457 U.S. 465 (1982), p. 476-477, citant *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), p. 760, le juge Brennan, dissident). À mon avis, il est préférable d’interpréter la cause d’action prévue au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* conformément aux principes sous-tendant l’indétermination et le caractère éloigné qui s’appliquent en common law, de manière à limiter l’étendue de la responsabilité des défendeurs dans des recours en matière de fixation des prix aux pertes découlant de leurs propres décisions, et non de celles prises par des tiers. Cette interprétation promeut la notion de certitude, de sorte que les entreprises commerciales ont « une idée du risque qui doit être assumé et par qui » (*Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1139).

[188] La décision *Shah* de la Cour divisionnaire de l’Ontario a été infirmée subséquemment par la Cour

Appeal, for reasons substantially similar to those set out by my colleague (*Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721). The unanimous panel in that case took the position that “normative concerns about indeterminate liability” in negligence do not apply in the context of the statutory claim under ss. 36 and 45 of the *Competition Act*, since those concerns “have already been taken care of by Parliament” (para. 47). Like my colleague, the panel stated that, first, the scope of s. 36(1) limits recovery to persons who can prove that they suffered loss or damage “as a result of” the alleged conspiratorial conduct and that, second, the subjective *mens rea* in s. 45 “limits the reach of liability to those who, at a minimum, specifically intend to agree upon anti-competitive conduct” (*ibid.*, at para. 51, cited in Brown J.’s reasons, at para. 75).

[189] In my respectful view, neither of those considerations actually protects against the risk of limitless liability that would flow from recognizing the availability of umbrella purchaser claims under s. 36(1). On the first point, the fact that the text of this provision reads as permitting recovery for any person capable of proving that their loss was sustained “as a result of” an alleged price-fixing conspiracy does not end the interpretative exercise. As I explained above, the dispute here concerns whether those words should be taken as allowing recovery for any and all losses that can conceivably be linked to the alleged wrongdoing, or whether relevant legal norms and principles can assist in construing the provision so as to circumscribe what might otherwise be potentially indeterminate liability. And on the second point, while I accept that the *mens rea* in s. 45 limits liability to defendants who intend to agree upon anti-competitive conduct, this still tells us nothing about the scope of their liability under s. 36(1) — in other words, it tells us *who* is liable but not for *what* they are actually liable.

d’appel, pour des motifs en substance semblables à ceux exposés par mon collègue (*Shah c. LG Chem, Ltd.*, 2018 ONCA 819, 142 O.R. (3d) 721). Dans cet arrêt, la formation unanime était d’avis que les [TRADUCTION] « préoccupations normatives quant à la responsabilité indéterminée » dans les causes de négligence ne s’appliquent pas dans le contexte des actions fondées sur les art. 36 et 45 de la *Loi sur la concurrence*, car « le législateur a déjà répondu à ces préoccupations » (par. 47). À l’instar de mon collègue, la formation unanime a affirmé, d’une part, que la portée du par. 36(1) limite l’indemnisation aux personnes qui peuvent démontrer avoir subi une perte ou des dommages « par suite » du complot allégué et, d’autre part, que la *mens rea* subjective requise à l’art. 45 [TRADUCTION] « limite l’étendue de la responsabilité à ceux qui, au minimum, ont eu l’intention expresse de convenir d’un comportement anticoncurrentiel » (*ibid.*, par. 51, cité dans les motifs du juge Brown, par. 75).

[189] Avec égards, aucune de ces considérations ne protège réellement les fabricants contre le risque de responsabilité illimitée qui découlerait du fait de reconnaître que les acheteurs sous parapluie peuvent déposer des réclamations sur le fondement du par. 36(1). En ce qui concerne le premier point, le fait que le libellé de cette disposition soit interprété comme permettant à toute personne pouvant démontrer qu’elle a subi une perte « par suite » du complot allégué de fixation des prix d’être indemnisée ne met pas fin à l’exercice d’interprétation. Comme je l’ai déjà expliqué, le litige en l’espèce porte sur la question de savoir s’il faut interpréter cette disposition comme autorisant l’indemnisation pour toute perte qui peut vraisemblablement être associée aux fautes reprochées ou si les normes et principes juridiques applicables peuvent aider à interpréter cette disposition de manière à circonscrire ce qui pourrait autrement être une responsabilité indéterminée. En ce qui concerne le deuxième point, bien que j’admette que la *mens rea* prévue à l’art. 45 limite la responsabilité aux défendeurs qui ont l’intention de s’entendre sur un comportement anticoncurrentiel, ceci ne nous apprend rien à propos de l’étendue de leur responsabilité prévue au par. 36(1). Autrement dit, il indique *qui* doit être tenu responsable, mais pas de *quoi* ces défendeurs sont réellement responsables.

[190] Before concluding, I will add one final thought. Permitting umbrella purchaser claims under s. 36(1) opens up the possibility of recovery for overcharges that result from “conscious parallelism” — a phenomenon which occurs when parties not involved in a price-fixing conspiracy deliberately *choose* to adjust their prices in order to match those of their competitors, in the absence of any actual collusion between them. As recently observed by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Proulx*, 2016 QCCA 1425, at para. 32 (CanLII), “[a]dopting a comparable or identical pricing policy without an agreement — which by definition requires a meeting of minds — does not fall within the scope of s. 45 of the *Competition Act*”.<sup>4</sup> An interpretation of s. 36(1) that allows umbrella purchaser claims for these kinds of independent pricing decisions would effectively grant a right to recover (a) in circumstances where those decisions — to which the umbrella purchasers’ alleged overcharges are directly attributable — are neither criminally prohibited nor actionable in and of themselves, and (b) from parties who neither made nor benefitted from those decisions.

[191] All of this leads me to conclude that s. 36(1) of the *Competition Act* should not be interpreted in a manner that would permit claimants to recover from defendants for *any* losses that in some way flowed from the alleged conspiracy. Doing so would have the undesirable effect of exposing defendants to liability that is potentially limitless in scope for loss and damage that are too remote from any price-fixing that occurred. I do not think that this could have been

<sup>4</sup> In its *Competitor Collaboration Guidelines* (December 2009), the Competition Bureau of Canada explains that it

does not consider that the mere act of independently adopting a common course of conduct with awareness of the likely response of competitors or in response to the conduct of competitors, commonly referred to as “conscious parallelism”, is sufficient to establish an agreement for the purpose of subsection 45(1). However, parallel conduct coupled with facilitating practices, such as sharing competitively sensitive information or activities that assist competitors in monitoring one another’s prices, may be sufficient to prove that an agreement was concluded between the parties. [p. 7]

[190] Avant de conclure, j’ajouterais une dernière réflexion. Laisser libre cours aux réclamations fondées sur le par. 36(1) des acheteurs sous parapluie ouvre la possibilité d’un recouvrement des hausses de prix découlant d’un « parallélisme conscient » — un phénomène qui se produit lorsque les parties ne participant pas à un complot de fixation des prix *choisissent* délibérément d’ajuster leurs prix à ceux de leurs concurrents, sans qu’on puisse parler de collusion. Comme l’a récemment fait remarquer la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425, par. 32 (CanLII), « [l]’adoption d’une politique de prix comparables ou identiques, sans l’existence d’une entente qui par définition nécessite l’accord de deux volontés, ne tombe donc pas sous le coup de l’article 45 de la *Loi sur la concurrence* »<sup>4</sup>. Interpréter le par. 36(1) de façon à permettre aux acheteurs sous parapluie d’intenter une action pour ce type de décision indépendante quant à l’établissement des prix conférerait un droit de recouvrement a) dans les cas où ces décisions — auxquelles la majoration alléguée qui aurait été refilee à ces acheteurs est directement attribuable — ne sont ni interdites par le droit criminel ni susceptibles de poursuites en soi, et b) auprès de parties qui n’ont pas pris ces décisions et n’en ont pas tiré profit.

[191] Tout cela m’amène à conclure que le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* ne devrait pas recevoir une interprétation qui permettrait aux demandeurs de se faire indemniser par des défendeurs pour *toute* perte découlant d’une façon ou d’une autre du complot allégué. Cela aurait pour effet indésirable d’exposer des défendeurs à une responsabilité potentiellement illimitée, ainsi qu’à une responsabilité à l’égard de pertes et de dommages qui sont trop éloignés de toute

<sup>4</sup> Dans ses *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* (décembre 2009), le Bureau de la concurrence du Canada explique qu’il

ne considère pas que le simple fait d’adopter indépendamment un comportement commun en connaissant la réaction probable des concurrents ou en réponse au comportement des concurrents, qu’on appelle communément « parallélisme conscient », suffit à établir qu’il y a eu entente au sens du paragraphe 45(1). Cependant, lorsqu’il est combiné à des pratiques facilitantes comme la mise en commun de renseignements délicats sur le plan de la concurrence ou des activités qui aident les concurrents à surveiller réciproquement leurs prix, le comportement parallèle peut suffire à prouver qu’une entente a été conclue entre les parties. [p. 7]

Parliament's intention when it enacted this statutory right of action.

[192] In light of the principles to which I have referred above, my view is that the line should be drawn at loss and damage that flowed from the pricing decisions of the Defendants themselves (that is, the loss claimed by the direct and indirect purchasers), and not those that are attributable to third parties who did not participate in — but who nevertheless would have benefitted from — the alleged price-fixing conspiracy. Because the Umbrella Purchasers' losses are indeed attributable to the pricing decisions of non-Defendant ODD manufacturers and suppliers, I find it plain and obvious that their claims in this action under s. 36(1) of the *Competition Act* cannot succeed.

B. *Is It Plain and Obvious That Section 36(1) Bars a Plaintiff From Alleging Common Law and Equitable Causes of Action in Respect of Conduct That Breaches the Prohibitions in Part VI of the Competition Act?*

[193] The second issue raised in the Toshiba Appeal turns on whether the cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* is the exclusive civil remedy for conduct that breaches the criminal offence provisions in Part VI of that statute. The Defendants argue that it is, and that allowing claims in respect of such conduct under common law and equitable causes of action undermines the principle of parliamentary sovereignty. The Plaintiff, by contrast, says that Parliament did not intend to preclude private law remedies for such conduct when it enacted s. 36(1) of the *Competition Act*.

[194] At its core, the issue under this heading is whether a claimant can rely on the common law and equity *as a supplement* to the right of action under s. 36(1) of the *Competition Act* — or put differently, whether a claimant can advance a common law or

fixation des prix. Je ne crois pas que cela ait pu être l'intention du Parlement lorsqu'il a édicté la disposition de la Loi qui confère ce droit d'action.

[192] Compte tenu des principes susmentionnés, je suis d'avis qu'une ligne de démarcation doit être tracée entre les pertes et dommages qui découlent des décisions des défenderesses elles-mêmes quant à la fixation des prix (c'est-à-dire les pertes déplorées par les acheteurs directs et indirects) et les pertes et dommages qui sont attribuables aux tiers qui n'ont pas participé au complot allégué de fixation des prix, mais qui en auraient néanmoins bénéficié. Comme les pertes des acheteurs sous parapluie sont attribuables aux décisions relatives à la fixation des prix prises par des fabricants et fournisseurs de LDO autres que les défenderesses, je suis d'avis qu'il est évident et manifeste que leurs réclamations fondées en l'espèce sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* ne peuvent être accueillies.

B. *Est-il évident et manifeste que le par. 36(1) empêche le demandeur d'exercer des recours de common law et d'equity à l'égard d'un comportement qui enfreint les prohibitions prévues à la partie VI de la Loi sur la concurrence?*

[193] La deuxième question soulevée dans le pourvoi de Toshiba consiste à savoir si la cause d'action fondée sur le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* est le seul recours civil possible contre un comportement allant à l'encontre des dispositions de la partie VI de cette loi relativement aux infractions criminelles. Les défenderesses répondent par l'affirmative et soutiennent qu'autoriser les réclamations liées à un tel comportement sur le fondement de la common law et de l'equity mine le principe de la souveraineté parlementaire. Le demandeur soutient plutôt que le Parlement n'avait pas l'intention d'écarter la possibilité d'exercer des recours en droit privé à l'encontre d'un tel comportement lorsqu'il a édicté le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*.

[194] La question à trancher sous cette rubrique consiste essentiellement à savoir si un demandeur peut se prévaloir de la common law et de l'equity *en sus* du droit d'action reconnu par le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. Autrement dit, il s'agit de

equitable cause of action instead of, or together with, the statutory cause of action in respect of the same allegation of anti-competitive conduct.

[195] In her leading textbook, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), Professor Ruth Sullivan explains that “[t]he issue of supplementation arises when there is overlap between legislation and the common law such that both may apply to a particular set of facts and also when legislation is incomplete in that it says nothing of, or does not fully address, a matter relating to the subject of the legislation” (p. 549). On this point, she adds the following:

When the issue of supplementing legislation arises, the focus may be on the application of common law rules, entitlement to common law remedies or access to common law courts. Although rules, remedies and jurisdiction raise distinct concerns, in each case the fundamental question is the same: is it permissible in the circumstances to supplement the legislation by resorting to the common law? If there is a conflict, the answer is clearly no. In the absence of conflict, the answer to the question depends first of all on legislative intent, which is discovered using the usual methods of interpretation. However, the courts pay particular attention to whether the legislation in question constitutes a complete or exhaustive code. The adequacy of the legislation and the continuing usefulness of the common law rule, remedy or jurisdiction are important considerations. [Emphasis added; p. 549.]

[196] As with the *Umbrella Purchasers* issue, resolving this issue requires an exercise in statutory interpretation: it must be determined, based on a proper reading of the *Competition Act*, whether Parliament intended s. 36(1) to provide the exclusive civil remedy for persons claiming to have suffered loss or damage as a result of conduct contrary to Part VI.

[197] Like my colleague, I begin my analysis with the presumption against interpreting legislation in a

déterminer si un demandeur peut invoquer une cause d’action fondée sur la common law ou l’equity au lieu d’une cause d’action prévue par la loi, ou les deux, à l’égard d’une même allégation de comportement anticoncurrentiel.

[195] Dans son ouvrage de premier plan intitulé *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), la professeure Ruth Sullivan explique que [TRADUCTION] « [l]a question de la complémentarité se pose lorsqu’il existe un chevauchement tel entre la loi et la common law que les deux peuvent s’appliquer à un ensemble de faits donné et également lorsque la loi est incomplète parce qu’elle ne fait aucune mention, ou ne traite pas entièrement, d’une question relative à l’objet du texte législatif » (p. 549). À cet égard, la professeure Sullivan ajoute ce qui suit :

[TRADUCTION] Lorsque la question de la complémentarité de la loi se pose, l’accent peut être mis sur l’application des règles de common law, sur le droit aux recours de common law ou sur l’accès aux tribunaux de common law. Bien que les règles, les recours et la compétence soulèvent des préoccupations distinctes, dans chaque cas, la question fondamentale est la même : est-il permis dans les circonstances de compléter la loi en ayant recours à la common law? S’il y a conflit, la réponse est manifestement non. En l’absence de conflit, la réponse à cette question dépend d’abord de l’intention du législateur, que l’on discerne par les méthodes habituelles d’interprétation. Toutefois, les tribunaux accordent une attention particulière à la question de savoir si la loi en question constitue un code complet ou exhaustif. Le caractère suffisant de la loi et l’utilité continue de la règle, du recours ou de la compétence de common law sont des considérations importantes. [Je souligne; p. 549.]

[196] Tout comme pour la question des acheteurs sous parapluie, un exercice d’interprétation législative s’impose pour trancher la question en cause : il faut déterminer, suivant une juste interprétation de la *Loi sur la concurrence*, si le Parlement voulait que le par. 36(1) réserve exclusivement le recours civil possible aux personnes qui prétendent avoir subi une perte ou un préjudice par suite d’un comportement allant à l’encontre de la partie VI.

[197] À l’instar de mon collègue, je me pencherai d’abord sur la présomption selon laquelle il ne faut

manner that would interfere with common law rights. According to Professor Sullivan, such a presumption allows “the courts to insist on precise and explicit direction from the legislature before accepting any change”, so as to shield the law “from inadvertent legislative encroachment” (p. 539). Such an intention can be found either in the express wording of the statute or by necessary implication (*Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at pp. 1315-16).

[198] I agree with my colleague that the *Competition Act* does not expressly preclude claimants from supplementing the right of action in s. 36(1) with claims based on causes of action at common law or in equity. However, I am not convinced that the reasoning in *Gendron* applies to the case at hand; while that case dealt with a statutory provision that *codified* a common law right, s. 36 of the *Competition Act* is distinguishable in that it *created* a new right that did not exist before. Instead, I would resolve this issue simply on the basis that the coexistence of statutory and common law or equitable claims arising from conduct contrary to Part VI of the *Competition Act* is in fact contemplated by s. 62 of that statute, which reads as follows:

**62** Except as otherwise provided in [Part VI], nothing in [Part VI] shall be construed as depriving any person of any civil right of action.

[199] In my view, this provision evinces a legislative intention that the provisions of Part VI (which is titled “Offences in Relation to Competition”) not abrogate any right of action a claimant has — which might include a right of action founded on the tort of unlawful means conspiracy or in unjust enrichment — that is predicated upon a breach of the offence provisions of the *Competition Act*. As the Manitoba Court of Appeal recognized in *Westfair Foods Ltd. v. Lippens Inc.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 335, the inclusion of this provision in the statutory framework suggests

pas interpréter une loi d’une manière qui porte atteinte aux droits reconnus par la common law. Selon la professeure Sullivan, une telle présomption permet aux [TRADUCTION] « tribunaux de mettre l’accent sur des directives précises et explicites formulées par le législateur avant d’accepter tout changement » afin d’éviter tout « empiètement législatif involontaire » sur la loi (p. 539). Pareille intention peut être dégagée du libellé explicite de la loi ou par inférence nécessaire (*Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1315-1316).

[198] Je suis d’accord avec mon collègue pour dire que la *Loi sur la concurrence* n’empêche pas expressément les demandeurs de présenter, en sus du droit d’action prévu au par. 36(1), des réclamations fondées sur des causes d’action reconnues en common law ou en equity. Je ne suis toutefois pas convaincue de l’applicabilité en l’espèce du raisonnement adopté dans *Gendron*; si cette affaire portait sur une disposition statutaire qui *codifiait* un droit issu de la common law, on peut distinguer l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* en ce qu’il a *créé* un nouveau droit qui n’existait pas auparavant. Je suis plutôt d’avis de régler cette question en affirmant simplement que la coexistence des recours fondés sur la loi et des recours fondés sur la common law ou l’equity découlant d’un comportement allant à l’encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* est en fait prévue à l’art. 62 de la Loi, qui est ainsi rédigé :

**62** Sauf disposition contraire de la [partie VI], celle-ci n’a pas pour effet de priver une personne d’un droit d’action au civil.

[199] À mon avis, cette disposition illustre une intention du législateur de prévoir que les dispositions de la partie VI (intitulée « Infractions relatives à la concurrence ») n’abrogent pas les droits d’action dont jouit un demandeur — y compris les droits fondés sur le délit de complot exercé par des moyens illégaux ou sur l’enrichissement sans cause — qui reposent sur une violation des dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière d’infractions. Comme l’a reconnu la Cour d’appel du Manitoba dans l’arrêt *Westfair Foods Ltd. c. Lippens Inc.* (1989), 64 D.L.R. (4th) 335,

that Parliament did not intend the provisions of the *Competition Act* to intrude upon the provinces' jurisdiction over civil rights and liberties.

[200] The fact that s. 62 applies only to Part VI of the *Competition Act* — and therefore is not *directly* applicable to s. 36(1), which is instead located in Part IV — is not, in my view, consequential. The cause of action created by s. 36(1)(a) is expressly tied to conduct that would constitute an offence under Part VI of the statute. This Court recognized in *General Motors*, at p. 673, that the purpose of this remedial provision is to “help enforce the substantive aspects of the Act”, such as the prohibitions against anti-competitive conduct.

[201] It is also essential to note that s. 62 uses the phrase “any civil right of action”, which suggests that Parliament contemplated the preservation of the various civil rights of action that may exist in respect of conduct prohibited under Part VI, beyond the one provided for in s. 36(1). Indeed, the former provision would be redundant and pointless if it merely affirmed what the latter already states: that perpetrators of conduct prohibited by Part VI are subject *both* to criminal prosecution *and* to civil proceedings under s. 36(1)(a). This is especially the case given that s. 36(2) and s. 36(4)(a)(ii) indicate that statutory claims can be brought against defendants even after any criminal proceedings against them were finally disposed of.

[202] Therefore, when I read the words of s. 62 “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament” (Driedger, at p. 87; *Bell ExpressVu*, at para. 26), I am led to the conclusion that this provision has the effect of preserving all civil rights of action that a claimant may have — over and above the right of action available under s. 36(1) of the *Competition Act* — in respect of anti-competitive conduct that would constitute an offence under Part VI of that Act. Indeed, s. 62 would be meaningless if s. 36(1)

l'inclusion de cette disposition dans le cadre législatif donne à penser que le Parlement ne voulait pas que les dispositions de la *Loi sur la concurrence* portent atteinte à la compétence des provinces sur les droits et libertés civils.

[200] Le fait que l'art. 62 s'applique seulement à la partie VI de la *Loi sur la concurrence* — et qu'il ne s'applique donc pas *directement* au par. 36(1), qui se trouve plutôt à la partie IV — me paraît sans conséquence. La cause d'action créée par l'al. 36(1)a) est expressément liée au comportement qui constituerait une infraction sous le régime de la partie VI de la Loi. Dans l'arrêt *General Motors*, p. 673, notre Cour a reconnu que l'objet de cette disposition réparatrice est de « faciliter l'exécution des aspects fondamentaux de la Loi », comme les prohibitions visant le comportement anticoncurrentiel.

[201] Il est également essentiel de souligner que l'art. 62 contient l'expression « un droit d'action au civil », ce qui donne à penser que le Parlement a envisagé de préserver les différents droits d'action au civil qui peuvent être exercés par suite d'un comportement interdit par la partie VI en plus de celui prévu au par. 36(1). En effet, l'art. 62 serait redondant et inutile s'il confirmait simplement ce que dit déjà le par. 36(1), à savoir que les auteurs d'un comportement prohibé par la partie VI peuvent faire l'objet *à la fois* de poursuites criminelles *et* de poursuites civiles en vertu de l'al. 36(1)a). Cela est d'autant plus vrai puisque le par. 36(2) et le sous-al. 36(4)a)(ii) prévoient qu'une action peut être intentée contre un défendeur même après qu'il eut été statué de façon définitive sur la poursuite au criminel.

[202] Par conséquent, lorsque je lis les termes de l'art. 62 [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du [Parlement] » (Driedger, p. 87; *Bell ExpressVu*, par. 26), j'en arrive à la conclusion que cette disposition a pour effet de préserver tous les droits d'action au civil que peut exercer le demandeur — en sus du droit d'action prévu au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* — relativement à un comportement anticoncurrentiel qui constituerait une infraction sous le régime de la partie VI de cette loi.

were to be interpreted as exhaustive in respect of civil claims for such conduct.

[203] On the basis of this reasoning, I agree with the result reached by my colleague: the courts below did not err in permitting the Plaintiff to advance the pleaded common law and equitable causes of action together with the statutory cause of action under s. 36(1) in this case.

C. *What Standard Must a Representative Plaintiff Meet in Order to Have Loss-Related Questions Certified as “Common Issues” Among Indirect Purchasers, and Has the Plaintiff Met This Standard in the Present Case?*

[204] The final issue on appeal relates to the requirement of common issues in s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*. What is it that the Plaintiff must be capable of establishing at the certification stage in order to provide the necessary assurance that his loss-related questions are capable of resolution on a common basis, and does his proposed methodology for establishing loss satisfy this requirement?

(1) Background

[205] The existence of common issues among the individual class members lies at the very heart of a class proceeding. The procedural ability to aggregate these issues and to consider them at once, and for all class members, during a common issues trial is what alleviates the need for each class member to seek redress via separate actions (M. A. Eizenga et al., *Class Actions Law and Practice* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 3-101). The authors of *The Law of Class Actions in Canada* explain the importance of commonality in the following terms:

The presence of significant common issues provides the access to justice and judicial economies that ultimately

En effet, l’art. 62 serait vide de sens si le par. 36(1) était interprété comme une disposition exhaustive en ce qui concerne les recours civils relatifs à ce type de comportement.

[203] Sur le fondement de ce raisonnement, je souscris au résultat auquel arrive mon collègue : les tribunaux d’instance inférieure n’ont pas commis d’erreur en permettant au demandeur de faire valoir les causes d’action en common law et en equity ainsi que la cause d’action fondée sur le par. 36(1) en l’espèce.

C. *Quelle est la norme à laquelle doit satisfaire le représentant des demandeurs pour que les questions liées à la perte soient autorisées comme des « questions communes » aux acheteurs indirects? Le demandeur satisfait-il à cette norme en l’espèce?*

[204] La dernière question à trancher dans le pourvoi concerne l’exigence des questions communes énoncée à l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*. À l’étape de l’autorisation, que doit être en mesure d’établir le demandeur pour convaincre le tribunal que ses questions liées à la perte peuvent être résolues sur une base commune, et est-ce que la méthode qu’il propose pour prouver la perte respecte cette exigence?

(1) Contexte

[205] L’existence de questions communes aux membres individuels du groupe est au cœur même d’un recours collectif. La capacité, sur le plan procédural, de regrouper ces questions communes et de les étudier une seule fois, et ce pour l’ensemble des membres du groupe, lors de l’audition des questions communes élimine la nécessité que chacun des membres du groupe demande réparation en intentant des actions distinctes (M. A. Eizenga et autres, *Class Actions Law and Practice* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 3-101). Les auteurs de *The Law of Class Actions in Canada* expliquent l’importance de la notion de caractère commun en ces termes :

[TRADUCTION] L’existence de questions communes importantes favorise l’accès à la justice et l’économie des

justify certifying a class proceeding. Common issues are what actually unite and define the class. The mere fact that a group of people suffers a wrong does not justify certifying a class proceeding unless there are common issues to be decided for the defendant and the members of the group.

(W. K. Winkler et al. (2014), at p. 107)

For this reason, the determination of what constitute the common issues in any proposed class action is a key aspect of a certification motion.

[206] In his Proposed Litigation Plan, the Plaintiff submitted a number of questions for resolution on a common basis at trial (A.R., vol. II, at pp. 125-27), including questions that essentially relate to whether the class members suffered a loss in connection with the alleged price-fixing conspiracy.

[207] In order to satisfy the Certification Judge that these loss-related questions were capable of resolution on a common basis, the Plaintiff adduced evidence from an expert economist named Dr. Keith Reutter. In his expert report, Dr. Reutter took the position that “all members of the proposed Class would have been impacted” by the alleged price-fixing conspiracy and that “there are accepted methods available to estimate any overcharge and aggregate damages that resulted from the alleged wrongdoing using evidence common to the proposed Class” (A.R., vol. III, at p. 119). His methods would involve constructing an economic model to estimate the “but-for” price of the ODDs, that is, their price if the alleged anti-competitive conduct had not occurred (Certification Judge’s reasons, at para. 156), and would include “econometric methods based on multiple regression to determine the overcharge and pass-through rates” (*ibid.*, at para. 158).

[208] The suggestion that Dr. Reutter’s methodology could establish that all class members would have been impacted by the alleged price-fixing conspiracy was called into question during his cross-examination,

ressources judiciaires, ce qui, au bout du compte, justifie l’autorisation d’un recours collectif. En fait, les questions communes unifient et définissent le groupe. Le simple fait qu’un groupe de personnes subisse un tort ne justifie pas l’autorisation d’un recours collectif, à moins qu’il faille se prononcer sur des questions communes au défendeur et aux membres du groupe.

(W. K. Winkler et autres (2014), p. 107)

Pour ce motif, dans le contexte d’une requête en autorisation d’un recours collectif projeté, il est essentiel d’identifier les questions communes.

[206] Dans le plan de déroulement de l’instance qu’il a proposé, le demandeur a énoncé plusieurs questions qui peuvent faire l’objet d’une résolution commune (d.a., vol. II, p. 125-127). Certaines de ces questions visaient essentiellement à savoir si les membres du groupe ont subi une perte liée au complot allégué de fixation des prix.

[207] Dans le but de convaincre le juge saisi de la demande d’autorisation que ces questions liées à la perte pouvaient faire l’objet d’une résolution commune, le demandeur a produit le rapport d’un économiste expert, M. Keith Reutter. Dans son rapport d’expert, M. Reutter soutient que [TRADUCTION] « tous les membres du groupe projeté auraient été touchés » par le complot allégué de fixation des prix et que « certaines méthodes permettraient d’estimer la valeur de toute hausse et de tout préjudice global ayant découlé des actes fautifs reprochés au moyen de la preuve commune au groupe projeté » (d.a., vol. III, p. 119). Ses méthodes supposeraient l’élaboration d’un modèle économique servant à évaluer le prix hypothétique des LDO s’il n’y avait pas eu comportement anticoncurrentiel (motifs du juge saisi de la demande d’autorisation, par. 156), de même que l’utilisation de [TRADUCTION] « méthodes économétriques fondées sur la régression multiple pour calculer la majoration et le montant de la perte transférée » (*ibid.*, par. 158).

[208] Toutefois, la suggestion selon laquelle la méthode de M. Reutter permettrait de prouver que tous les membres du groupe ont été touchés par le complot allégué de fixation des prix a été mise en question

however (see A.R., vol. V, at pp. 210-25). The Defendants therefore resisted certification of the loss-related questions, arguing that the Plaintiff's methodology could not address the issue of loss *on a class-wide basis* because it would not make it possible to answer the Plaintiff's proposed questions at trial in respect of every class member — either by establishing that all of them were overcharged for their ODDs, or by identifying those who were, and distinguishing them from those who were not. In the Defendants' submission, unless it could be determined at the common issues trial that a loss had actually been incurred by at least some specific indirect purchasers, then those loss-related questions could not be decided on a common basis at trial and should therefore not be certified as common issues.

[209] For his part, the Plaintiff argued that, from a factual standpoint, his expert's methodology would be capable of establishing that all class members (including the indirect purchasers) had suffered a loss. As an alternative legal argument, he submitted that he was not required to demonstrate to the Certification Judge that, using his expert's methodology, he would be able to prove at trial that all class members were harmed or to distinguish those who were from those who were not in an individualized fashion (R.F. (Toshiba Appeal), at para. 96). Instead, his position was that it would be sufficient, at the certification stage, if the methodology were simply capable of proving that loss had reached the indirect purchaser *level* in the distribution chain — that is, that some overcharges were passed on to some indirect purchasers, without having to identify which ones.

[210] What is key, for the purposes of the commonality issue, is the difference between demonstrating that loss reached the indirect purchaser *level* — that is, that some overcharges were passed on to some *unidentified* indirect purchasers — and proving that loss reached *all* or an *identified group* of indirect purchasers.

pendant son contre-interrogatoire (d.a., vol. V, p. 210-225). Les défenderesses se sont donc opposées à l'autorisation des questions liées à la perte. Elles ont fait valoir que la méthode du demandeur ne pouvait aborder la question de la perte subie à l'*échelle du groupe*, car elle ne permettra pas de répondre aux questions proposées par le demandeur au procès à l'égard de chacun des membres du groupe — que ce soit en prouvant que tous les membres du groupe ont payé un prix trop élevé pour leurs LDO ou en identifiant les membres qui ont payé un prix trop élevé et en les distinguant de ceux qui ont payé un juste prix. Selon les arguments des défenderesses, à moins qu'il ne soit déterminé lors de l'audition des questions communes qu'une perte a effectivement été subie par au moins quelques acheteurs indirects précis, ces questions liées à la perte ne peuvent être tranchées sur une base commune au procès et ne devraient donc pas être autorisées en tant que questions communes.

[209] Pour sa part, le demandeur a fait valoir que, du point de vue factuel, la méthode proposée par son expert permettrait de prouver que tous les membres du groupe (y compris les acheteurs indirects) ont subi une perte. À titre d'argument juridique subsidiaire, il a affirmé qu'il n'était pas tenu de démontrer au juge saisi de la demande d'autorisation que la méthode proposée par son expert lui permettrait de prouver au procès que tous les membres du groupe ont subi un préjudice ou d'établir de manière individuelle une distinction entre ceux qui ont subi un préjudice et ceux qui n'en ont pas subi (m.i. (pourvoi de Toshiba), par. 96). Le demandeur était plutôt d'avis qu'il lui suffirait de démontrer, à l'étape de l'autorisation, que sa méthode permet d'établir que la perte a atteint le *niveau* de l'acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution. Autrement dit, il lui suffirait d'établir qu'une certaine majoration atteint certains acheteurs indirects, sans avoir à les identifier individuellement.

[210] En ce qui concerne la question du caractère commun, l'élément clé est la différence entre la démonstration que la perte a atteint le *niveau* de l'acheteur indirect — c'est-à-dire qu'une certaine majoration a atteint quelques acheteurs indirects *non identifiés* — et la preuve que la perte a atteint *la totalité* des acheteurs indirects ou un *groupe précis* d'acheteurs indirects.

[211] My colleague seems to accept that there is some basis in fact for finding that Dr. Reutter’s methodology will have a reasonable prospect of establishing, at the common issues trial, that all of the indirect purchasers suffered a loss. In his view, however, nothing turns on this given his conclusion as to the law:

... it is not necessary, in order to support certifying loss as a common question, that a plaintiff’s expert’s methodology establish that each and every class member suffered a loss. Nor is it necessary that Dr. Reutter’s methodology be able to identify those class members who suffered no loss so as to distinguish them from those who did. Rather, in order for loss-related questions to be certified as common issues, a plaintiff’s expert’s methodology need only be sufficiently credible or plausible to establish loss reached the requisite purchaser level. [Emphasis added; para. 102.]

[212] For the purposes of my analysis, I am prepared to accept that there is some basis in fact on which the Certification Judge could have found that the proposed methodology would be capable of proving at trial that loss had reached the indirect purchaser level. My disagreement with my colleague lies elsewhere. In my view, a methodology that is incapable of establishing at trial that at least some *identifiable* indirect purchasers actually suffered a loss, but that can instead show only that loss occurred somewhere at the indirect purchaser *level* in the distribution chain, does not allow any of the loss-related questions proposed by the Plaintiff in this case to be answered on a “common” or “class-wide” basis.

## (2) Analysis

[213] In *Microsoft*, this Court affirmed that, in order to have a question certified as a common issue, the representative plaintiff must show that there is some basis in fact for the commonality requirement in s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act* — that is, that the question be capable of resolution *on a class-wide basis* (see paras. 99-114). What the “some basis in fact” standard requires in any given case depends on what it is that the proposed question asks;

[211] Mon collègue semble accepter qu’il existe un certain fondement factuel pour conclure que la méthode de M. Reutter permettra raisonnablement d’établir, lors de l’audition des questions communes, que tous les acheteurs indirects ont subi une perte. Il estime cependant que cela n’est pas pertinent compte tenu de sa conclusion à l’égard du droit :

... il n’est pas nécessaire, pour justifier l’autorisation de la question de la perte en tant que question commune, que la méthode proposée par un expert du demandeur établisse que chaque membre du groupe a subi une perte. Il n’est pas non plus nécessaire que la méthode de M. Reutter permette d’identifier les membres du groupe qui n’ont subi aucune perte de manière à les distinguer de ceux qui en ont subi une. Pour que les questions relatives à la perte soient certifiées en tant que questions communes, la méthode de l’expert du demandeur n’a qu’à être suffisamment valable ou acceptable pour établir que l’acheteur du niveau requis a subi une perte. [Je souligne; par. 102.]

[212] Aux fins de mon analyse, je suis disposée à accepter qu’il existe un certain fondement factuel permettant au juge saisi de la demande d’autorisation de conclure que la méthode proposée permettrait d’établir au procès que la perte a atteint le niveau des acheteurs indirects. Mon désaccord avec mon collègue porte sur un autre point. À mon sens, une méthode qui ne permet pas d’établir au procès qu’au moins un certain nombre d’acheteurs indirects *identifiables* ont effectivement subi une perte et qui permet seulement de démontrer que la perte a atteint le *niveau* de l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution ne peut être utilisée pour résoudre l’une ou l’autre des questions relatives à la perte proposées par le demandeur en l’espèce de façon commune ou à l’échelle du groupe.

## (2) Analyse

[213] Dans l’arrêt *Microsoft*, notre Cour a affirmé que pour qu’une question soit autorisée en tant que question commune, le représentant des demandeurs doit établir l’existence d’un certain fondement factuel pour respecter l’exigence de la question commune énoncée à l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*, c’est-à-dire que la question doit pouvoir faire l’objet d’une résolution *à l’échelle du groupe* (voir par. 99-114). Dans un cas donné, la norme fondée

different questions will impose different requirements upon the representative plaintiff.

[214] In the case at hand, the loss-related questions proposed by the Plaintiff include the following: What damages, if any, are payable to the Class Members pursuant to s. 36 of the *Competition Act*? Did the Class Members suffer economic loss? Have the Class Members suffered a corresponding deprivation in the amount of the overcharges on the sale of ODDs?

[215] The term “Class Member” or “Class Members” is defined in the Plaintiff’s Proposed Litigation Plan as “one or more members of the proposed class”, which is comprised of:

All persons resident in British Columbia who, during the period commencing at least as early as January 1, 2004 and continuing through January 1, 2010 (the “Class Period”), purchased optical disc drives (“ODD”) or products that contained ODD. [A.R., vol. II, at p. 114]

[216] The broad definition of the term “Class Members”, and the use of that term in stating the proposed loss-related questions, reflects the possibility that the Plaintiff might not be able to prove at trial that *everyone* who purchased an ODD or an ODD product actually suffered a loss in connection with the alleged price-fixing conspiracy. Rather, the evidence might be such that loss is provable only in respect of *some* class members. My colleague says that these questions are stated in such a way that they “could be taken as asking whether *all* class members suffered economic loss or whether *any* class members suffered economic loss”, and adds that “because they could be taken in two different ways they might, following the common issues trial, be answered in different ways” (para. 91 (emphasis in original)).

[217] Regardless of how flexible these questions might be, however, they cannot be answered on a “class-wide” or “common” basis at trial if the

sur l’existence d’« un certain fondement factuel » dépend de la teneur de la question proposée; des exigences différentes seront imposées au représentant des demandeurs selon les questions soulevées.

[214] En l’espèce, les questions liées à la perte proposées par le demandeur sont notamment les suivantes : Quel est le montant des dommages-intérêts, s’il en est, payables aux membres du groupe conformément à l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*? Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière? Les membres du groupe se sont-ils appauvris d’un montant égal à celui de la majoration du prix de vente des LDO?

[215] Les termes [TRADUCTION] « membre du groupe » et « membres du groupe » sont définis dans le plan de déroulement de l’instance proposé par le demandeur comme « un ou plusieurs membres du groupe projeté », qui est composé de :

[TRADUCTION] Tous les résidents de la Colombie-Britannique qui, pendant la période allant au moins du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 1<sup>er</sup> janvier 2010 (la « période visée par le recours collectif ») ont acheté des lecteurs de disques optiques (« LDO ») ou des produits munis de LDO. [d.a., vol. II, p. 114]

[216] La définition large du terme « membres du groupe », et l’utilisation de ce terme pour formuler les questions proposées liées à la perte, démontrent la possibilité que le demandeur ne soit pas en mesure de prouver au procès que *toutes* les personnes ayant acheté un LDO ou un produit muni d’un LDO ont effectivement subi une perte à cause du complot allégué de fixation des prix. En fait, la preuve pourrait être telle que seule la perte qu’auraient subie *certain*s membres du groupe est susceptible d’être prouvée. Mon collègue affirme que ces questions sont formulées de manière à ce qu’elles « puissent être interprétées comme demandant si *tous* les membres du groupe ont subi une perte économique ou si *l’un* d’entre eux a subi une perte économique » et il ajoute que, « [p]arce que ces questions peuvent recevoir deux interprétations différentes, elles pourraient donc, à la suite de l’audition des questions communes, appeler des réponses différentes » (par. 91 (en italique dans l’original)).

[217] Aussi souples ces questions soient-elles, cependant, elles ne peuvent faire l’objet d’une résolution commune ou d’une résolution à l’échelle du

Plaintiff's methodology is incapable of establishing loss in any identifiable manner. This is because mere proof that some loss reached the indirect purchaser level in the distribution chain does not dispose of any element of liability for any indirect purchaser, nor does it otherwise advance the litigation in any meaningful way.

- (a) *Proof at trial that loss reached the indirect purchaser level, without anything more, does not dispose of any element of liability for any indirect purchaser*

[218] As my colleague seems to implicitly acknowledge in his reasons, proof that loss reached the indirect purchaser level is insufficient for any finding of liability to be made at the common issues trial. This is because loss or deprivation suffered by the claimant is an essential element of the causes of action under s. 36 of the *Competition Act*, under the common law tort of civil conspiracy, and in unjust enrichment. This is key: the Defendants can be held liable under these causes of action only to those class members who (among other things) are found to have suffered a loss in connection with the price fixing.<sup>5</sup> For this reason, the common issues trial judge cannot impose any liability on the Defendants if the Plaintiff cannot show which class members actually suffered a loss. Individual trials will then be necessary (see Brown J.'s reasons, at para. 120; C.A. reasons, at para. 158; *Shah* (Ont. S.C.J.), at para. 69). Indeed, the Plaintiff acknowledges as much in his Proposed Litigation Plan, when he states the following:

The common issues trial will determine the existence and scope of the alleged conspiracy. The common issues trial

<sup>5</sup> The degree of "connection" varies among the different causes of action. For example, the cause of action under s. 36 of the *Competition Act* is for loss or damage that has occurred "as a result of" anti-competitive conduct. Recovery in unjust enrichment is available to a claimant who suffered a deprivation that "corresponds" to the defendant's enrichment in circumstances where there is no juristic reason for either the enrichment or the deprivation.

groupe au procès si la méthode du demandeur ne permet pas d'établir la perte d'une manière identifiable. Il en est ainsi parce que la simple preuve qu'une partie de la perte a atteint le niveau de l'acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution ne permet pas de démontrer l'existence d'une responsabilité quelconque envers les acheteurs indirects ou de faire progresser l'instance d'une manière utile.

- a) *La simple démonstration au procès que la perte a atteint le niveau de l'acheteur indirect ne prouve pas l'existence d'une responsabilité quelconque envers les acheteurs indirects*

[218] Comme semble le reconnaître implicitement mon collègue dans ses motifs, la preuve que la perte a atteint le niveau d'acheteurs indirects est insuffisante pour tirer une conclusion de responsabilité lors de l'audition des questions communes. Cela tient au fait que la perte ou l'appauvrissement subi par le demandeur est un élément essentiel des causes d'actions fondées sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, fondées sur le délit de complot civil reconnu en common law et en matière d'enrichissement sans cause. Ceci est un élément clé : les défenderesses peuvent être tenues responsables relativement à ces causes d'action seulement envers les membres du groupe à l'égard desquels (notamment) il est conclu qu'ils ont subi une perte liée à la fixation des prix<sup>5</sup>. Pour cette raison, le juge saisi des questions communes ne peut imputer une quelconque responsabilité aux défenderesses si le demandeur n'est pas en mesure d'identifier les membres du groupe qui ont effectivement subi une perte. Des procès individuels seraient donc nécessaires (voir les motifs du juge Brown, par. 120; motifs de la C.A., par. 158; *Shah* (C.S.J. Ont.), par. 69). En effet, le demandeur le reconnaît dans son plan de déroulement de l'instance proposé, où il affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] L'audition des questions communes permettra de déterminer l'existence et l'ampleur du complot

<sup>5</sup> Le degré d'un « lien » varie parmi les différentes causes d'action. Par exemple, la cause d'action fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* concerne la perte ou les dommages subis « par suite » d'un comportement anticoncurrentiel. Un demandeur ayant subi un appauvrissement qui « correspond » à l'enrichissement du défendeur peut demander un recouvrement pour enrichissement sans cause lorsqu'aucun motif juridique ne justifie l'enrichissement ou l'appauvrissement.

may also determine on a class-wide basis whether Class Members were injured, leading to a finding of liability and a determination of aggregate damages. If the common issues trial does not determine injury on a class-wide basis, liability and damages will be determined on an individual basis in a manageable process. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 118.]

[219] This, of course, makes sense when we consider the fact that a class action is essentially an aggregation of individual actions that share common issues of fact and law (*Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 27). In *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR Inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, this Court reiterated that the class proceeding is merely a procedural vehicle which “cannot be used to make up for the absence of one of the constituent elements of the cause of action”, adding that such a proceeding “can succeed only if each claim it covers, taken individually, could serve as a basis for court proceedings” (para. 52 (emphasis added)). By way of illustration, a claimant in an individual trial would not be entitled to a remedy under s. 36(1) of the *Competition Act* merely upon establishing that loss had reached some unidentified persons at his or her level in the distribution chain; that claimant would likewise have no such entitlement in a class proceeding (see *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545, at para. 75).

[220] Moreover, and again as my colleague’s reasons make clear, the aggregate damages provisions of the *Class Proceedings Act* (ss. 29 to 34) cannot be of any assistance to the Plaintiff in establishing liability to all of the class members in a case like this, where proof of loss is a constituent element of the cause(s) of action. As Rothstein J. explained in *Microsoft*:

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*

allégué. Elle permettra également de déterminer à l’échelle du groupe si les membres du groupe ont subi un préjudice, ce qui mènera à une conclusion de responsabilité et à la fixation des dommages-intérêts globaux. Si l’audition des questions communes ne permet pas de déterminer qu’un préjudice a été subi à l’échelle du groupe, la responsabilité et les dommages-intérêts seront établis individuellement au moyen d’un processus fonctionnel. [Je souligne; d.a., vol. II, p. 118.]

[219] Bien sûr, cela est logique lorsque nous tenons compte du fait qu’un recours collectif est essentiellement un regroupement d’actions individuelles qui partagent des questions communes de fait et de droit (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 27). Dans l’arrêt *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, notre Cour a réaffirmé que le recours collectif ne constitue qu’un mécanisme procédural dont « on ne peut s’autoriser [. . .] pour suppléer à l’absence d’un des éléments constitutifs du droit d’action », ajoutant qu’une telle procédure « ne pourra réussir que si chacune des réclamations prises individuellement justifiait le recours aux tribunaux » (par. 52 (je souligne)). À titre d’exemple, le demandeur qui intente une action à titre individuel n’aurait pas droit à une réparation au titre du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* simplement en établissant qu’une perte a été subie par des personnes non identifiées situées à son niveau de la chaîne de distribution; ce demandeur n’aurait pas non plus droit à une telle réparation dans un recours collectif (voir *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545, par. 75).

[220] De plus, et comme mon collègue l’indique clairement dans ses motifs, les dispositions de la *Class Proceedings Act* relatives aux dommages-intérêts globaux (art. 29 à 34) ne peuvent être d’aucune utilité au demandeur pour établir la responsabilité envers tous les membres du groupe dans une affaire comme celle qui nous occupe, où la preuve de la perte est un élément constitutif de la ou des causes d’action. Comme l’a expliqué le juge Rothstein dans *Microsoft* :

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

*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. [Emphasis added; para. 131.]

[221] The aggregate damages provisions of the *Class Proceedings Act* therefore cannot be interpreted and applied in such a way as to give a remedy to class members who could not obtain a remedy in an individual trial due to their inability to show that they suffered a loss in connection with the alleged conspiracy. It is important not to conflate the assessment of aggregate damages with the rationale for awarding them.

[222] What all of this means is that a determination at a common issues trial of whether loss reached the indirect purchaser *level* in the distribution chain is of no assistance in resolving the question of whether the Defendants are actually liable to any or all of the indirect purchasers under the causes of action listed above. From the Plaintiff's perspective, the best case scenario is that there is a need for individual trials on the question of which indirect purchasers actually suffered a loss. His worst case scenario is that it cannot be proved that any indirect purchasers suffered a loss at all, which would terminate the litigation altogether as it pertains to those class members. Contrary to what the Certification Judge stated in his reasons (at para. 168), establishing at trial that "the defendants took part in a conspiracy, that they sometimes or always overcharged direct purchasers, and that at least some direct purchasers passed on these overcharges" to the indirect purchasers will *not* be "sufficient to establish the fact of the defendants' liability". It follows, therefore, that the Certification Judge did not identify the correct

(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. [Je souligne; par. 131.]

[221] Les dispositions de la *Class Proceedings Act* relatives aux dommages-intérêts globaux ne peuvent donc être interprétées et appliquées de manière à accorder une réparation aux membres du groupe qui ne pouvaient en obtenir une dans un procès individuel en raison de leur incapacité à démontrer qu'ils ont subi une perte par suite du complot allégué. Il est important de ne pas confondre l'évaluation des dommages-intérêts globaux avec la justification de leur octroi.

[222] Compte tenu de tout ce qui précède, lors de l'audition des questions communes, déterminer si la perte a atteint le *niveau* d'acheteurs indirects situés en aval dans la chaîne de distribution ne permet pas d'établir si les défenderesses sont responsables envers l'ensemble ou une partie des acheteurs indirects relativement aux causes d'action énumérées ci-dessus. Du point de vue du demandeur, dans le meilleur des cas, il faudrait tenir des procès individuels afin de déterminer qui, parmi les acheteurs indirects, a réellement subi une perte. Le pire des cas serait de ne pas pouvoir démontrer que l'un ou l'autre des acheteurs indirects a subi une perte, ce qui mettrait carrément fin au litige visant ces membres du groupe. Contrairement à ce qu'a indiqué le juge saisi de la demande d'autorisation dans ses motifs (par. 168), démontrer au procès que [TRADUCTION] « les défenderesses ont participé à un complot, qu'elles ont parfois ou toujours imposé une majoration aux acheteurs directs et qu'au moins certains de ces acheteurs directs ont refilé ces majorations » aux acheteurs indirects « [*ne*] suffira [*pas*] à établir la responsabilité des défenderesses ». Par

standard for certifying loss as a common issue (see Brown J.'s reasons, at para. 110).

- (b) *Proof at trial that loss reached the indirect purchaser level, without anything more, does not allow for any loss-related determination that would advance the litigation in a manner that satisfies the commonality requirement*

[223] My colleague states that the loss-related questions proposed by the Plaintiff in this case satisfy the commonality requirement in s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*, based on a methodology that is capable of proving that overcharges were passed on somewhere at the indirect purchaser level, *even though* such a methodology cannot allow any finding of liability to be made at trial (see paras. 109 and 120). Similarly, the Plaintiff takes the position that a “single analysis of whether there was an overcharge and whether that overcharge was passed on to the indirect purchaser level would significantly advance the claim for all class members by avoiding repetition of the collection and analysis of large quantities of economic data” (R.F. (Toshiba Appeal), at para. 106).

[224] In light of the legal principles set out by my colleague at paras. 103-5 of his reasons, however, I cannot agree. To begin with, the fact that losses might have occurred somewhere at the indirect purchaser level in the distribution chain does not assist us in determining which specific indirect purchasers suffered losses in order to identify the class members to whom the Defendants might be liable. If the common issues trial judge finds that overcharges were passed on to at least one unidentifiable indirect purchaser, there would still be a need for individual trials; therefore, duplication of fact-finding would not be eliminated (*Dutton*, at para. 39). And if such individual trials are indeed required, then proof that loss occurred somewhere at the indirect purchaser level is not truly “necessary to the resolution of each class member’s claim”, is not a “substantial common ingredient” of their causes of action, and cannot in fact result in

conséquent, le juge saisi de la demande d’autorisation n’a pas appliqué la bonne norme pour autoriser la question de la perte en tant que question commune (voir les motifs du juge Brown, par. 110).

- b) *La simple démonstration au procès que la perte a atteint le niveau de l’acheteur indirect ne permet pas de rendre une décision sur la perte qui ferait progresser l’instance d’une manière qui respecte l’exigence d’une question commune*

[223] Mon collègue affirme que les questions de perte proposées par le demandeur en l’espèce répondent à l’exigence d’une question commune prévue à l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*, sur le fondement d’une méthode qui permet de prouver qu’une majoration a été refilée au niveau de l’acheteur indirect, *même si* cette méthode ne permet pas de tirer une conclusion de responsabilité au procès (voir par. 109 et 120). De même, le demandeur soutient que [TRADUCTION] « une seule analyse visant à déterminer s’il y a eu majoration et si celle-ci est passée au niveau de l’acheteur indirect ferait considérablement progresser la demande pour tous les membres du groupe, car elle aurait pour effet d’éviter de répéter la collecte et l’analyse de grandes quantités de données économiques » (m.i. (pourvoi de Toshiba), par. 106).

[224] Compte tenu des principes de droit énoncés par mon collègue aux par. 103-105 de ses motifs, cependant, je ne puis être d’accord. Premièrement, le fait que des acheteurs indirects situés en aval dans la chaîne de distribution pourraient avoir subi une perte ne nous aide pas à déterminer précisément de quels acheteurs indirects il s’agit, d’une manière qui nous permettrait d’identifier les membres du groupe envers lesquels les défenderesses pourraient être responsables. Si le juge appelé à statuer sur les questions communes conclut qu’une majoration a atteint le niveau d’au moins un acheteur indirect non identifiable, il serait tout de même nécessaire de tenir des procès individuels; la répétition de l’appréciation des faits ne serait donc pas éliminée (*Dutton*, par. 39). Et si de tels procès individuels sont vraiment nécessaires, la preuve qu’une perte a été subie quelque part au niveau des acheteurs indirects n’est

“success” for any of those indirect purchasers (*ibid.*, at paras. 39-40 (emphasis added)).

[225] My colleague nevertheless opines that the requisite commonality derives from the fact that failure to show that loss was suffered by *any* indirect purchasers would mean that *none* of them could succeed against the Defendants (para. 108). With respect, however, the function of the common issues trial is not to screen out unmeritorious claims; it is to allow issues of fact and law that are common among many claimants to be determined *at once*, so as to avoid the need for individual determinations for each and every class member. Furthermore, it is unclear why any representative plaintiff would seek the certification of a question that can meaningfully “advance the litigation” only if it results in failure for all indirect purchasers (see Brown J.’s reasons, at para. 109). In any event, I agree that “it would be a gross waste of private and public resources to litigate if the only prospective ‘benefit’ was to show that there was no point bringing the case in the first place” (K. Wright, T. Shikaze and E. Snow, “On the ‘Level’ After *Godfrey*: Proving Liability in Canadian Price Fixing Class Actions” (2017), 12 *C.A.D.Q.* 13, at p. 18).<sup>6</sup>

[226] All of this leads me to the conclusion that proof that loss reached the indirect purchaser *level* in the distribution chain would not, without more, allow the common issues trial judge to make any loss-related determinations on a class-wide basis so as to permit the proposed questions to be certified as common issues for trial.

pas réellement « nécessaire pour la résolution des demandes de chaque membre du groupe », n’est pas un « élément commun important » de leurs causes d’action et ne peut en fait entraîner le « succès » d’aucun de ces acheteurs indirects (*ibid.*, par. 39-40 (je souligne)).

[225] Mon collègue estime néanmoins que l’exigence d’une question commune découle du fait que si l’on ne peut démontrer que la perte a été subie par *quelque* acheteur indirect *que ce soit*, aucun d’entre eux ne peut obtenir gain de cause contre les défenderesses (par. 108). Avec égards, cependant, l’audition des questions communes n’a pas pour fonction d’écarter les demandes non fondées; elle sert plutôt à permettre de trancher *simultanément* des questions de fait et de droit qui sont communes à un grand nombre de demandeurs, de manière à éviter de devoir juger individuellement de ces questions pour chacun des membres du groupe. Qui plus est, on ne sait pas avec certitude pourquoi le représentant des demandeurs solliciterait l’autorisation d’une question qui peut uniquement « faire avancer l’instance » de façon utile si elle entraîne un échec pour tous les acheteurs indirects (voir les motifs du juge Brown, par. 109). Quoiqu’il en soit, je conviens que [TRADUCTION] « ce serait un énorme gaspillage de ressources privées et publiques d’intenter une poursuite si le seul “avantage” éventuel était de démontrer que, dès le départ, il n’y avait pas lieu de porter l’affaire devant les tribunaux » (K. Wright, T. Shikaze et E. Snow, « On the “Level” After *Godfrey* : Proving Liability in Canadian Price Fixing Class Actions » (2017), 12 *C.A.D.Q.* 13, p. 18)<sup>6</sup>.

[226] Tout ce qui précède m’amène à conclure que la preuve selon laquelle la perte a atteint le *niveau* de l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution, à elle seule, ne permettrait pas au juge appelé à statuer sur les questions communes de tirer une conclusion sur la perte à l’échelle du groupe, de manière à permettre l’autorisation des questions proposées en tant que questions communes pour audition.

<sup>6</sup> One of the authors of this article served as counsel for certain defendants in this litigation (although not before this Court) and in *Shah*.

<sup>6</sup> L’un des auteurs de cet article était l’avocat de certaines défenderesses en l’espèce (mais non devant notre Cour) et dans *Shah*.

(c) *Microsoft does not indicate that loss-related questions are certifiable in indirect purchaser class actions so long as the representative plaintiff has a plausible methodology for proving solely that some overcharges were passed on to the indirect purchaser level*

[227] Like the courts below, my colleague relies on this Court’s decision in *Microsoft* to support his conclusion that loss-related questions in indirect purchaser class actions are certifiable even if the representative plaintiff’s methodology can show only that loss reached the indirect purchaser *level* (but cannot establish loss on any individualized basis). Because that case raised a number of issues that are similar to those in the case at hand, it is worth analyzing it in some depth.

[228] As in this case, the class action in *Microsoft* was based on an allegation of price manipulation by the defendants, Microsoft Corporation and Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (collectively, “Microsoft”). The representative plaintiffs — Pro-Sys Consultants Ltd. and Neil Godfrey (collectively, “Pro-Sys”) — specifically alleged, on behalf of all class members, that Microsoft had engaged in unlawful conduct by overcharging for its operating systems. The class was made up of indirect purchasers who had acquired Microsoft products from resellers that had themselves purchased the products from Microsoft or another reseller higher up in the distribution chain. Pro-Sys pleaded causes of action under the common law torts of intentional interference with economic interests and conspiracy, sought damages pursuant to ss. 36, 45 and 52 of the *Competition Act*, and claimed in unjust enrichment and waiver of tort.

[229] Although the loss-related questions in that case are very similar to those proposed in the case at hand, they explicitly asked whether losses or overcharges had been passed on to *all* of the indirect

c) *Microsoft n’indique pas que les questions de perte peuvent être autorisées dans des recours collectifs formés par des acheteurs indirects dès que le représentant des demandeurs emploie une méthode acceptable pour prouver uniquement qu’une majoration a atteint le niveau de l’acheteur indirect*

[227] À l’instar des tribunaux d’instance inférieure, mon collègue se fonde sur l’arrêt *Microsoft* de notre Cour à l’appui de sa conclusion que les questions de perte dans des recours collectifs formés par des acheteurs indirects peuvent être autorisées même si la méthode proposée par le représentant des demandeurs permet seulement de démontrer que la perte a été refilée à l’acheteur indirect (sans prouver la perte de façon individuelle). Comme cette affaire a soulevé plusieurs questions semblables à celles en l’espèce, elle vaut la peine d’être examinée en profondeur.

[228] Comme dans le cas présent, le recours collectif dans *Microsoft* reposait sur une allégation de manipulation des prix de la part des défenderesses, Microsoft Corporation et Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (appelées collectivement « Microsoft »). Les représentants des demandeurs, Pro-Sys Consultants Ltd. et Neil Godfrey (appelées collectivement « Pro-Sys »), avaient précisément allégué, au nom de tous les membres du groupe, que Microsoft avait agi illégalement en majorant le prix de ses systèmes d’exploitation. Le groupe était composé d’acheteurs indirects qui avaient acheté des produits de Microsoft de revendeurs qui les avaient eux-mêmes achetés de Microsoft ou d’autres revendeurs situés en amont dans la chaîne de distribution. Pro-Sys invoquait des causes d’action pour délits d’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers et de complot reconnus en common law, sollicitait des dommages-intérêts sur le fondement des art. 36, 45 et 52 de la *Loi sur la concurrence* et demandait restitution pour enrichissement sans cause et renonciation au recours délictuel.

[229] Bien que les questions de perte dans cette affaire ressemblaient beaucoup à celles proposées en l’espèce, elles visaient expressément à savoir si la perte ou la majoration avait été transférée à *tous*

purchaser class members.<sup>7</sup> Among the issues at the certification stage was “whether Pro-Sys’ proposed methodology will be able to show the initial overcharges and the pass-through to the proposed class members” (*Pro-Sys v. Microsoft*, 2010 BCSC 285 (“*Microsoft* (BCSC)”), at para. 8 (CanLII) (emphasis added)).

[230] Rothstein J., writing for a unanimous Court, clarified that the onus on the representative plaintiff at the certification stage is to establish that there is some basis in fact for the commonality requirement. In the context of loss-related questions, he observed that this requires the proposed methodology to “offer a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis” (para. 118 (emphasis added)). Importantly, Rothstein J. also expanded on how commonality can be established in indirect purchaser class actions where expert evidence is adduced to show that the issue of loss is resolvable on a class-wide basis:

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). 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

<sup>7</sup> The loss-related questions proposed by Pro-Sys included the following: Are the Class Members entitled to losses or damages pursuant to s. 36 of the *Competition Act*, and, if so, in what amount? Did the Class Members suffer economic loss? Did the Class Members suffer economic loss as a result of the Defendants’ interference? Have the Class Members suffered a corresponding deprivation in the amount of the Overcharge? (See *Microsoft*, Appendix.) The term “Class Members” was defined in Pro-Sys’s proposed litigation plan to mean “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” (*Pro-Sys A.R.*, vol. III, at p. 196 (emphasis added)).

les acheteurs indirects du groupe<sup>7</sup>. Au nombre des questions soulevées à l’étape de l’autorisation, il y avait celle de savoir [TRADUCTION] « si la méthode proposée par Pro-Sys permettra d’établir la majoration initiale ainsi que son transfert aux membres du groupe projeté » (*Pro-Sys c. Microsoft*, 2010 BCSC 285 (« *Microsoft* (BCSC) »), par. 8 (CanLII) (je souligne)).

[230] Rédigeant l’arrêt unanime de la Cour, le juge Rothstein a précisé qu’à l’étape de l’autorisation, il incombe au représentant des demandeurs d’établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l’exigence d’une question commune. Dans le cas des questions de perte, il a fait remarquer que la méthode proposée doit « offrir une possibilité réaliste d’établir la perte à l’échelle du groupe » (par. 118 (je souligne)). Fait important, le juge Rothstein a également donné des précisions sur la manière dont le caractère commun de la perte peut être établi dans le cadre de recours collectifs formés par des acheteurs indirects où une preuve d’expert est présentée pour démontrer que la question de la perte peut être résolue à l’échelle du groupe :

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*, 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

<sup>7</sup> Les questions de perte proposées par Pro-Sys étaient notamment les suivantes : 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? Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière? Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière par suite de cette atteinte? Les membres du groupe se sont-ils appauvris d’un montant égal à celui de la majoration? (Voir *Microsoft*, annexe.) Selon le plan de déroulement de l’instance proposé par Pro-Sys, le terme « membres du groupe » signifie [TRADUCTION] « toutes les personnes résidant en Colombie-Britannique qui, depuis le 1<sup>er</sup> 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 » (d.a. *Pro-Sys*, vol. III, p. 196 (je souligne)).

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. [Emphasis added; para. 115.]

[231] In the case at hand, the courts below interpreted this passage as meaning that loss-related questions will always be certifiable as common issues in the context of indirect purchaser class actions so long as the representative plaintiff’s methodology is capable of showing loss at the indirect purchaser level of the distribution chain. Respectfully, this reading of *Microsoft* — which focuses almost exclusively on the final sentence in the above-reproduced passage — is not consistent with the reasons as a whole, when read alongside those of the motion judge in that case.

[232] For our purposes, it is significant that the loss-related questions in *Microsoft* concerned whether *all* of the indirect purchasers had suffered a loss. Rothstein J. agreed that the class members’ claims raised common issues because the resolution of those issues “would appear to advance the claims of the entire class and to answer them commonly will avoid duplication in legal and factual analysis” (para. 111). He also declined to interfere with the motion judge’s finding that Pro-Sys “has a credible or plausible methodology to show that all class members were harmed by Microsoft’s alleged illegal activities” (*Microsoft* (BCSC), at para. 122 (emphasis in original); see also *Microsoft*, at para. 126). This led Rothstein J. to conclude as follows:

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

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. [Je souligne; par. 115.]

[231] Dans le cas présent, les tribunaux d’instance inférieure ont interprété cet extrait comme signifiant que les questions de perte pourront toujours être autorisées en tant que questions communes dans le contexte de recours collectifs formés par des acheteurs indirects dans la mesure où la méthode proposée par le représentant des demandeurs permet de démontrer que la perte a atteint le niveau de l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution. Avec égards, cette interprétation de *Microsoft* — axée presque exclusivement sur la dernière phrase de l’extrait reproduit ci-dessus — ne cadre pas avec les motifs dans leur ensemble, lorsqu’ils sont lus conjointement avec ceux du juge saisi de la requête dans cette affaire.

[232] Pour les besoins du présent dossier, il est révélateur que les questions de perte dans *Microsoft* visaient à établir si *tous* les acheteurs indirects avaient subi une perte. Le juge Rothstein a convenu que les réclamations des membres du groupe soulevaient des questions communes, car la résolution de ces questions « 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 » (par. 111). Il a également refusé de modifier la conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle Pro-Sys [TRADUCTION] « [a] adopt[é] une méthode valable ou acceptable pour démontrer que tous les membres du groupe ont été lésés par les activités illégales reprochées à Microsoft » (*Microsoft* (BCSC), par. 122 (souligné dans l’original); voir également *Microsoft*, par. 126). Le juge Rothstein a donc conclu ce qui suit :

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

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 [the motion judge] that, at the certification stage, he found the common issues to predominate over issues affecting only individual class members. [Emphasis added; para. 140.]

[233] A careful reading of *Microsoft* therefore makes it clear that Pro-Sys's loss-related questions were found to be resolvable on a "class-wide" basis because there was a credible and plausible methodology capable of answering them in respect of *all of the class members* at the common issues trial. Rothstein J. most likely referred to a methodology that is "able to establish that the overcharges have been passed on to the indirect purchaser level in the distribution chain" (para. 115) because of the motion judge's observation that, in order to succeed, Pro-Sys "must show that the alleged increased charges to the direct customers were not absorbed by any subsequent level in the distribution channel" before reaching the indirect purchasers who formed part of the class (*Microsoft* (BCSC), at para. 6). Indeed, Rothstein J. went so far as to say that "[t]he 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", and that what the plaintiff "must demonstrate [is] that 'sufficient proof [is] available, for use at trial, to prove antitrust impact common to all the members of the class' (*In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002)), at p. 155)" (para. 115 (emphasis added)).

[234] *Microsoft* is therefore a case in which the representative plaintiffs obtained the certification of questions asking whether *all* indirect purchasers had suffered a loss, by providing the motion judge with

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 souligne; par. 140.]

[233] Il ressort donc d'une lecture attentive de l'arrêt *Microsoft* que notre Cour a conclu que les questions de perte soulevées par Pro-Sys pouvaient être réglées à « l'échelle du groupe », car il existait une méthode valable et acceptable permettant d'y répondre pour *tous les membres du groupe* lors de l'audition des questions communes. La mention, dans les motifs du juge Rothstein, d'une méthode pouvant « établir que la majoration a été transférée à l'acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution » (par. 115) reprend fort probablement la remarque du juge saisi de la requête selon laquelle, pour avoir gain de cause, Pro-Sys [TRADUCTION] « doit démontrer que la majoration alléguée transférée aux clients directs n'a pas été absorbée par un niveau subséquent de la chaîne de distribution » avant d'être refilée aux acheteurs indirects qui faisaient partie du groupe (*Microsoft* (BCSC), par. 6). En effet, le juge Rothstein est allé jusqu'à dire que « [l]a 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 », et que le demandeur « [doit] démontrer qu'une [TRADUCTION] "preuve permettra d'établir, lors du procès, les conséquences antitrust qui sont communes à tous les membres du groupe" (*In Re: Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002)), p. 155) » (par. 115 (je souligne)).

[234] Ainsi, *Microsoft* est une affaire où les représentants des demandeurs ont obtenu l'autorisation de questions visant à déterminer si *tous* les acheteurs indirects ont subi une perte, en fournissant au juge

some basis in fact on which to find that the representative plaintiffs would be capable of proving at trial that they all had. Because the methodology made it possible for the common issues trial judge to resolve a necessary component of everyone's claim at once, without the need for individual trials, the commonality requirement was clearly met. As I have explained, however, *Microsoft* does not support the proposition that loss-related questions concerning indirect purchasers are certifiable, as a matter of course, so long as the plaintiff's methodology can show that some loss reached their level in the distribution chain. My colleague provides no reason for reading *Microsoft* in any other way (see Brown J.'s reasons, at para. 107).

### (3) Conclusion on the Commonality Issue

[235] The legal dispute between the parties turns on whether loss-related questions that pertain to indirect purchasers in a price-fixing class action can be certified as common issues *even if* the representative plaintiff's methodology is capable only of establishing at trial that loss was occasioned somewhere at the indirect purchaser level of the distribution chain. I would respectfully answer this question in the negative. If the methodology is such that the common issues trial judge will be unable to make any findings as to which class members actually suffered a loss (for the purpose of making determinations as to liability), then those loss-related questions proposed by the plaintiff will not be capable of resolution on a "class-wide" or "common" basis. Indeed, this Court explained in *Sun-Rype* that "where the proposed certified causes of action require proof of loss as a component of proving liability, the certification judge must be satisfied that there is some basis in fact that at least two persons can prove they incurred a loss" (para. 76 (emphasis added)). No two persons can prove that *they* are the ones who incurred a loss if a representative plaintiff's methodology can demonstrate only that loss reached some unidentified persons at their level in the distribution chain; by itself, such a methodology does not establish an

saisi de la requête un certain fondement factuel sur lequel s'appuyer pour conclure que les représentants des demandeurs seraient en mesure de prouver au procès qu'ils avaient tous subi une perte. Comme la méthode a permis au juge appelé à statuer sur les questions communes de régler en même temps un élément nécessaire des demandes de tous, sans la tenue de procès individuels, l'exigence d'une question commune a manifestement été respectée. Cependant, comme je l'ai expliqué, *Microsoft* ne permet pas d'affirmer que les questions de perte subie par les acheteurs indirects peuvent être automatiquement autorisées, dès que la méthode proposée par le demandeur permet de démontrer qu'une perte a été refilée à leur niveau dans la chaîne de distribution. Mon collègue n'indique pas pourquoi il y a lieu d'interpréter autrement cet arrêt (voir les motifs du juge Brown, par. 107).

### (3) Conclusion sur la question du caractère commun

[235] Le litige juridique opposant les parties porte sur la question de savoir si les questions de perte visant les acheteurs indirects dans un recours collectif en matière de fixation des prix peuvent être autorisées en tant que questions communes *même si* la méthode proposée par le représentant des demandeurs permet seulement d'établir au procès qu'une perte a été subie quelque part au niveau de l'acheteur indirect dans la chaîne de distribution. Avec égards, je réponds à cette question par la négative. Si la méthode proposée est telle que le juge appelé à statuer sur les questions communes sera incapable de tirer des conclusions quant à l'identité des membres du groupe ayant réellement subi une perte (afin de trancher la question de la responsabilité), ces questions de perte proposées par le demandeur ne pourront donc pas être résolues « à l'échelle du groupe » ou en « commun ». En effet, dans *Sun-Rype*, notre Cour a expliqué que « dans les cas où les causes d'action proposées assujettissent la preuve de la responsabilité notamment à celle de la perte, le juge saisi de la demande d'autorisation doit être convaincu qu'il existe un certain fondement factuel pour dire qu'au moins deux personnes sont en mesure de démontrer avoir essuyé une perte » (par. 76 (je souligne)). Deux personnes ne peuvent prouver qu'*elles* sont celles qui

essential element of liability for anyone. The need for individual trials in those circumstances is indicative of the absence of commonality.

[236] That being said, what is required of the Plaintiff in this case is a methodology capable of answering the loss-related questions on an individualized basis, either by showing that all of the indirect purchasers suffered a loss or at least by identifying those who did and separating them from those who did not or those about whom we cannot be sure (and for whom individual hearings will therefore be necessary). In light of “Dr. Reutter’s admissions on cross-examination that there may be some subset of class members who were not impacted, and that it would not be possible, using his methodology, to determine which class members were actually harmed” (C.A. reasons, at para. 125), the loss-related questions should not have been certified as common issues under s. 4(1)(c) of the *Class Proceedings Act*.

#### IV. Conclusion

[237] Regarding the limitations issues raised in the Pioneer Appeal, I respectfully disagree that the discoverability rule has any application to s. 36(4)(a)(i). As for the doctrine of fraudulent concealment, the Plaintiff did not plead that there is any special relationship between the Pioneer Defendants and the class members, but did plead that the Pioneer Defendants took active steps to conceal the existence of the alleged conspiracy. While these pleadings are sufficient for the purposes of s. 4(1)(a) of the *Class Proceedings Act*, whether any such steps are sufficient to trigger the operation of this equitable doctrine will depend on what the Plaintiff actually proves at trial. As I explained earlier, what is necessary in the commercial context, such as here, could be the demonstration of the existence of *either* a

ont subi une perte si une méthode du représentant des demandeurs permet seulement de démontrer qu’une perte a été transférée à des personnes non identifiées situées à leur niveau dans la chaîne de distribution; à elle seule, cette méthode ne permet pas d’établir un élément essentiel de la responsabilité pour qui que ce soit. La nécessité de tenir des procès individuels dans ces circonstances témoigne de l’absence de caractère commun.

[236] Cela dit, il incombe au demandeur en l’espèce de proposer une méthode permettant de répondre aux questions liées à la perte de façon individuelle : en démontrant que tous les acheteurs indirects ont subi une perte ou, à tout le moins, en identifiant ceux qui ont subi une perte et en les distinguant de ceux qui n’en ont pas subi, ou de ceux à l’égard de qui il est impossible d’affirmer avec certitude qu’ils en ont subi une (et pour qui il sera donc nécessaire de tenir des audiences individuelles). À la lumière des [TRADUCTION] « admissions faites par M. Reutter en contre-interrogatoire voulant qu’il existe peut-être un certain sous-groupe au sein du groupe qui n’a pas été touché et qu’il soit impossible, à l’aide de sa méthode, d’identifier les membres du groupe qui ont réellement été lésés » (motifs de la C.A., par. 125), ces questions de perte n’auraient pas dû être autorisées en tant que questions communes en application de l’al. 4(1)(c) de la *Class Proceedings Act*.

#### IV. Conclusion

[237] En ce qui a trait aux questions de prescription soulevées dans le pourvoi de Pioneer, avec égards, je ne suis pas d’accord que la règle de la possibilité de découvrir s’applique au sous-al. 36(4)(a)(i). Pour ce qui est de la doctrine de la dissimulation frauduleuse, le demandeur n’a pas invoqué l’existence d’une relation spéciale entre les défenderesses Pioneer et les membres du groupe, mais il a plaidé que ces défenderesses ont pris des mesures concrètes pour dissimuler l’existence du complot allégué. Bien que ces arguments soient suffisants pour l’application de l’al. 4(1)(a) de la *Class Proceedings Act*, la question de savoir si de telles mesures suffisent à déclencher l’application de cette doctrine d’équité dépendra de ce que le demandeur réussira à prouver au procès. Comme je l’ai déjà expliqué, ce qu’il faut peut-être

special relationship, *or* something tantamount to or commensurate with one.

[238] Regarding the issues in the Toshiba Appeal, which are common to both appeals, I agree with my colleague — though for different reasons — that the existence of the statutory cause of action in s. 36(1) of the *Competition Act* does not preclude claimants from also advancing claims at common law or in equity based on the same conduct prohibited by Part VI. However, I part ways with my colleague in two important respects. First, I do not agree that the Umbrella Purchasers have a claim against the Defendants under s. 36(1) of the *Competition Act*. Second, I cannot accept that the questions proposed by the Plaintiff that pertain to the commonality of loss among indirect purchasers can be certified where his proposed methodology will be capable of showing nothing more than the fact that some overcharges reached the indirect purchaser level of the distribution chain. In class actions where loss is an essential element of liability (as here), my view is that loss-related questions can be certified as common issues only if the representative plaintiff will be able to actually identify which class members suffered a loss at trial — either by proving that they all did or by distinguishing those who did from those who did not. Because Dr. Reutter admitted on cross-examination that his methodology would be incapable of allowing the Plaintiff to make such an identification at trial, it follows that the loss-related questions proposed by the Plaintiff in this case should not have been certified.

[239] I would therefore allow the appeals in part.

*Appeals dismissed with costs, CÔTÉ J. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellants Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics*

accomplir en matière commerciale, comme en l'espèce, c'est de démontrer l'existence d'une relation spéciale *ou* de quelque chose d'équivalent ou de correspondant à une telle relation.

[238] En ce qui concerne les questions soulevées dans le pourvoi Toshiba qui sont communes aux deux pourvois, je conviens avec mon collègue — bien que pour des motifs différents — que l'existence de la cause d'action prévue au par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* n'empêche pas les demandeurs d'intenter des recours en common law ou en equity qui visent le même comportement interdit par la partie VI. Cependant, je ne suis pas d'accord avec mon collègue sur deux aspects importants. Premièrement, je ne suis pas d'avis que les acheteurs sous parapluie ont un recours contre les défenderesses en vertu du par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence*. Deuxièmement, je ne saurais accepter que les questions proposées par le demandeur quant au caractère commun de la perte entre les acheteurs indirects peuvent être autorisées si la méthode qu'il propose permettra seulement de démontrer qu'une majoration a atteint le niveau des acheteurs indirects de la chaîne de distribution. Dans des recours collectifs où la perte constitue un élément essentiel pour établir la responsabilité (comme en l'espèce), je suis d'avis que les questions de perte ne peuvent être autorisées en tant que questions communes que si le représentant des demandeurs est capable d'identifier les membres du groupe qui ont subi une perte — soit en prouvant qu'ils ont tous subi une perte ou en distinguant ceux qui ont subi une perte de ceux qui n'en ont pas subi. Comme M. Reutter a admis en contre-interrogatoire que sa méthode ne permettrait pas au demandeur de procéder à une telle identification au procès, il s'ensuit que les questions de perte proposées par le demandeur en l'espèce n'auraient pas dû être autorisées.

[239] Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois en partie.

*Pourvois rejetés avec dépens, la juge CÔTÉ est dissidente en partie.*

*Procureurs des appelantes Pioneer Corporation, Pioneer North America, Inc., Pioneer Electronics*

*(USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. and Pioneer Electronics of Canada Inc.: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Toshiba Corporation, Toshiba Samsung Storage Technology Corp., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. Korea, Toshiba of Canada Ltd. and Toshiba America Information Systems, Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Electronics Canada Inc. and Samsung Electronics America, Inc.: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Koninklijke Philips Electronics N.V., Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation, Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc. and Philips Electronics Ltd.: McMillan, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Panasonic Corporation, Panasonic Corporation of North America and Panasonic Canada Inc.: Bennett Jones, Toronto.*

*Solicitors for the appellants BENQ Corporation, BENQ America Corporation and BENQ Canada Corp.: Shapray Cramer Fitterman Lamer, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Siskinds, London.*

*Solicitors for the intervener Option consommateurs: Belleau Lapointe, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Consumers Council of Canada: Harrison Pensa, London.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Consumers' Association of Canada: Sotos, Toronto.*

*(USA) Inc., Pioneer High Fidelity Taiwan Co., Ltd. et Pioneer Électronique du Canada, inc. : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.*

*Procureurs des appelantes Toshiba Corporation, Toshiba Samsung Storage Technology Corp., Toshiba Samsung Storage Technology Corp. Korea, Toshiba du Canada Limitée et Toshiba America Information Systems, Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs des appelantes Samsung Electronics Co., Ltd., Samsung Electronics Canada Inc. et Samsung Electronics America, Inc. : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs des appelantes Koninklijke Philips Electronics N.V., Lite-On IT Corporation of Taiwan, Philips & Lite-On Digital Solutions Corporation, Philips & Lite-On Digital Solutions USA, Inc. et Philips Electronics Ltd. : McMillan, Toronto.*

*Procureurs des appelantes Panasonic Corporation, Panasonic Corporation of North America et Panasonic Canada Inc. : Bennett Jones, Toronto.*

*Procureurs des appelantes BENQ Corporation, BENQ America Corporation et BENQ Canada Corp. : Shapray Cramer Fitterman Lamer, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Siskinds, London.*

*Procureurs de l'intervenante Option consommateurs : Belleau Lapointe, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant Consumers Council of Canada : Harrison Pensa, London.*

*Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada : Sotos, Toronto.*