



**COUR SUPRÊME DU CANADA**

**RÉFÉRENCE :** Pioneer Corp. c. Godfrey, 2019  
CSC 42

**APPELS ENTENDUS :** 11 décembre 2018  
**JUGEMENT RENDU :** 20 septembre 2019  
**DOSSIERS :** 37809, 37810

**ENTRE :**

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

Appelantes

et

**Neil Godfrey**  
Intimé

**ET ENTRE :**

**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

et

**Neil Godfrey**  
Intimé

- et -

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

**TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE**

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

**MOTIFS DE JUGEMENT :** Le juge Brown (avec l'accord du juge en chef Wagner et des  
(par. 1 à 123) juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Rowe et  
Martin)

**MOTIFS DISSIDENTS EN PARTIE :** La juge Côté  
(par. 124 à 239)

**NOTE :** Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa  
version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

---

PIONEER CORP. c. GODFREY

**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**

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 complété pour fixer les prix des LDO et des produits munis de LDO entre 2004 et 2010 (la « 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 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 (les « 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 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 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 « toute 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 « toute 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 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 limite 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, tel 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 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 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 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'equity 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'equity 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 alinéas a) et b) du paragraphe (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 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 civils. 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 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.

## **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.

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; *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.*, 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**

*Code canadien du travail*, L.R.C. 1970, c. L-1 [mod. 1972, c. 18; 1977-78, c. 27].

*Clayton Act*, 15 U.S.C. § 15, art. 4.

*Code civil du Québec*, art. 1457.

*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 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).

*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 les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5.

*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.

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 1.1, 36, partie VI, 45, 52, 62.

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, art. 1, 4(1), division 2, 29-34, 37(1).

*Limitation Act*, S.B.C. 2012, c. 13, art. 6-8, 21.

*Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, c. L-8.5, art. 5.

*Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5-7.

### **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*, 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).

*Halsbury's Laws of England*, vol. 28, 4th ed., London, Butterworths, 1979.

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

(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. 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. Mogerman, 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, Jean-Marc Metrailler et Michael Sobkin*, pour l'intervenante 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 produits munis de LDO (produits qui contiennent des LDO). M. Godfrey allègue que les défenderesses ont complété 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, « 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 (la « 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 : 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) *La prétention de 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 qu' [TRADUCTION] « 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 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 « 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) 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 refilée 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 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). Subsidiairement, 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] 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 « 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, 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 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 c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 20; *Hollick c. Toronto*

(*Ville*), 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25; *Microsoft*, 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 saisi de la demande d'autorisation de trancher cette question (motifs de la C.A., par. 68).

(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. 33, 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. 6-8 et 21; *The Limitations Act*, S.S. 2004, c. L-16.1, art. 5-7, *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 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 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 préjudice subi, c'est la règle prétorienne de la possibilité de découvrir qui

s'applique. Toutefois, si le délai court à compter de la date d'un événement qui survient clairement sans égard à la connaissance qu'en a la partie lésée, cette règle ne peut prolonger le délai fixé par la législature.  
[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 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; renvoi omis.]

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 existe un texte 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] 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 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 « les mots “fondement de la cause of action” » figurant au par. 24 de l'arrêt *Ryan* doivent être considérés comme essentiellement synonymes de la « naissance de la cause d'action » (par. 148). Comme l'a conclu la Cour dans *Pexeiro*, 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 « 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) 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] Le texte du sous-al. 36(4)a)(i) prévoit que les actions visées au paragraphe (1) 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] 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'efficacité 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 dénier pratiquement de son sens la cause d'action reconnue par l'al. 36(1)a). Je conviens avec la Cour d'appel qu'[TRADUCTION]« 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 soupesé en regard de l'iniquité qui consiste à permettre à 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 « 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 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 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 Hardwick 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. [Je souligne.]

[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] « [c]e que vise la fraude d'equity est une chose que lord Hardwick 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.]

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'equity. 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'« équivalent ou correspondant à » une relation spéciale entre le demandeur et le défendeur (par. 171, 173 et 174). Bien qu'une relation spéciale soit pour le défendeur *un* moyen de dissimuler l'existence d'une cause d'action, la fraude d'equity 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 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*, C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317, 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 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 & 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 le par. 36(1) de la *Loi sur la concurrence* est une question d'interprétation législative. Le texte du par. 36(1) 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 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;
- 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

---

<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.

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 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 % 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 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 intenter 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. 48-49)

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*, 1<sup>ère</sup> sess., 50<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 « 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 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 : « [l]e 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 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 anticoncurrentiel 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 % 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 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, p. 659-660, (1992) 93 D.L.R. (4th) 36, 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).

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 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) 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 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 rejeterais 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>.

(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;

---

<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.

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 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 par. 36(1) ne fait pas double emploi avec le délit de complot civil et il ne prévoit pas non plus de « 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 le par. 36(1). 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] Monsieur 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] 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;
4. La fabrication de LDO se heurte à des barrières à l'entrée.

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

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] 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?

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?

A. 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?

[...]

A. De les identifier, non.

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

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 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

établit 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'article 1 de la *Class Proceedings Act*, « question commune » s'entend, selon le cas :

[TRADUCTION]

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

(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 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, 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] 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) 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) 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 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 directs et indirects 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 adjuger 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 19, [2006] 1 R.C.S. 666, par. 17; *Microsoft*, par. 131-132; *Sun-Byte*, 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] « [L]es juges majoritaires reconnaissent clairement que l'art. 24 [de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, L.O. 1992, ch. 6] est de nature procédurale et ne peut servir d'assise à l'établissement de la responsabilité » (par. 55). [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 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 refilée 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 refilée aux acheteurs indirects, la réponse à la question de savoir si cette méthode suffit *pour établir* la responsabilité 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] 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 pertinentes 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] a autorisées 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 rejeterais 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

LA JUGE CÔTÉ —

[124] 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 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] 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 anticoncurrentiel 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 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. 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) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite.

[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] 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. *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] 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) 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 « la cause d'action du demandeur prend naissance », ou toute autre formulation allant dans le même sens, 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 préjudice qu'elle a subi, 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 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 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 à 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 ait un rapport avec 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 à 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] 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 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, 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 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 de 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 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 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 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 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 a été appliquée par la Cour 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 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] « les 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, 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 anticoncurrentiel : 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] 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 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'equity [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 fraude au sens de la disposition. Ce que vise la fraude en equity est une chose que le lord Hardwick 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 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 « 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 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 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'equity 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'equity équivalente ou correspondant à l'existence d'une relation spéciale pourrait suffire.

[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'accueillerai 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'equity à l'égard d'un comportement qui enfreint les prohibitions prévues à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*?
  
- (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 de l'al. 36(1)a 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* « 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] 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 alinéas 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 « 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 « 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. [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 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 qu'[TRADUCTION] « [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 :

[TRADUCTION] 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]

---

<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. »

[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 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 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 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, 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 anticoncurrentiel : [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 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] Avant de conclure, j'ajouterai 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 au par. 32 de l'arrêt *R. c. Proulx*, 2016 QCCA 1425 (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

---

<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]

une responsabilité à l'égard de pertes et de dommages qui sont trop éloignés de toute 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 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] « [1]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 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, 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*

*concurrency* 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*, à la page 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. 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 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 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] 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, à l'appui de 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 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* (par. 99-114). Dans un cas donné, la norme fondée 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 « membre du groupe » et « membres du groupe » sont définis dans le plan de déroulement de l'instance proposé par le demandeur comme [TRADUCTION] « 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 « puisse[nt] être interprété[es] comme demandant si *tous* les membres du groupe ont subi une perte économique ou si *certain*s membres du groupe ont 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, donner lieu à différentes réponses » (par. 91 (souligné 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 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 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

---

<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.

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 (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 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'alinéa 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 à 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 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). Quoi qu'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.

- (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

---

<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*.

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* 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 —

---

<sup>7</sup> Les questions de perte proposées par Pro-Sys étaient notamment les suivantes : Les membres du groupe ont-ils droit, suivant l'article 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)).

être susceptible de prouver « les conséquences communes », comme le conclut un tribunal américain dans une affaire antitrust, *In Re : Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). Les demandeurs doivent démontrer qu'une [TRADUCTION] « preuve permettra d'établir, lors du procès, les conséquences antitrust qui sont communes à tous les membres du groupe » (*ibid.*, p. 155). À l'étape de la certification, point n'est besoin que la méthode établisse la perte réellement subie par le groupe dans la mesure où le demandeur démontre qu'une méthode permet de le faire. Dans le cadre d'actions d'acheteurs indirects, la méthode doit donc pouvoir établir que la majoration a été transférée à l'acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution. [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 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 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 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'alinéa 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'equity dépendra de ce que le demandeur réussira à prouver au procès. Comme je l'ai déjà expliqué, ce qu'il faut peut-être 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. 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 Mogeran, Vancouver; Siskinds, London.*

*Procureurs de l'intervenante Option consommateurs : Belleau Lapointe, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante 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.*