



COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Société des loteries de l'Atlantique c.
Babstock, 2020 CSC 19

APPELS ENTENDUS : 3 décembre 2019
JUGEMENT RENDU : 24 juillet 2020
DOSSIER : 38521

ENTRE :

Société des loteries de l'Atlantique
Appelante

et

Douglas Babstock et Fred Small
Intimés

ET ENTRE :

**VLC, Inc., IGT-Canada Inc., International Game
Technology, Spielo International Canada ULC et
Tech Link International Entertainment Limited**
Appelantes

et

Douglas Babstock et Fred Small
Intimés

- et -

**Procureur général de l'Ontario, procureur général du Manitoba, procureur
général de la Saskatchewan, Bally Gaming Canada Ltd., Bally Gaming Inc.,
Western Canada Lottery Corporation, Alberta Gaming, Liquor, and Cannabis
Commission, Canadian Gaming Association, Chambre de commerce du Canada
et British Columbia Lottery Corporation**
Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

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

MOTIFS DE JUGEMENT :
(par. 1 à 72)

Le juge Brown (avec l'accord des juges Abella, Moldaver,
Côté et Rowe)

MOTIFS DISSIDENTS EN PARTIE :
(par. 73 à 173)

La juge Karakatsanis (avec l'accord du juge en chef Wagner
et des juges Martin et Kasirer)

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*.

LOTERIES DE L'ATLANTIQUE c. BABSTOCK

Société des loteries de l'Atlantique

Appelante

c.

**Douglas Babstock et
Fred Small**

Intimés

- et -

**VLC, Inc., IGT-Canada Inc.,
International Game Technology,
Spielo International Canada ULC et
Tech Link International Entertainment Limited**

Appelantes

c.

**Douglas Babstock et
Fred Small**

Intimés

et

**Procureur général de l'Ontario,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
Bally Gaming Canada Ltd., Bally Gaming Inc.,
Western Canada Lottery Corporation,
Alberta Gaming, Liquor, and Cannabis Commission,
Canadian Gaming Association,
Chambre de commerce du Canada et**

British Columbia Lottery Corporation

Intervenants

Répertorié : Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock

2020 CSC 19

N° du greffe : 38521.

2019 : 3 décembre; 2020 : 24 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Procédure civile — Recours collectifs — Autorisation d'exercer un recours collectif — Actes de procédure — Causes d'action — Demandeurs alléguant que les défendeurs ont tiré profit d'appareils de loterie vidéo dangereux et trompeurs — Demandeurs invoquant les causes d'action de renonciation au recours délictuel, violation de contrat et enrichissement sans cause et cherchant à obtenir une réparation fondée sur les gains réalisés — Action des demandeurs autorisée en tant que recours collectif — Les demandes présentées par les demandeurs révèlent-elles une cause d'action raisonnable?

La SLA, constituée par les gouvernements des quatre provinces de l'Atlantique, a le pouvoir d'approuver l'exploitation des appareils de loterie vidéo (« ALV ») à Terre-Neuve-et-Labrador. Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation d'un recours collectif contre la SLA, au nom de toute personne physique résidant à Terre-Neuve-et-Labrador ayant payé pour jouer sur des ALV dans cette province au cours des six années précédant l'introduction du recours collectif. Les demandeurs font valoir que les ALV sont intrinsèquement dangereux et trompeurs. S'appuyant sur trois causes d'action (renonciation au recours délictuel, violation de contrat et enrichissement sans cause), les demandeurs sollicitent une réparation fondée sur les gains réalisés, calculée en fonction des profits que la SLA a touchés en accordant des licences d'utilisation des ALV.

La SLA a présenté une demande visant à faire radier l'action des demandeurs au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable, et les demandeurs ont demandé l'autorisation d'exercer leur action à titre de recours collectif. Le juge d'autorisation a rejeté la demande de la SLA, concluant en outre que les demandeurs avaient satisfait aux conditions nécessaires à l'autorisation. La Cour d'appel a confirmé en grande partie les conclusions du juge d'autorisation et a permis l'instruction des demandes fondées sur la renonciation au recours délictuel, la violation de contrat et l'enrichissement sans cause présentées par les demandeurs.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer dissidents en partie) : Les pourvois sont accueillis, l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif est annulée et la déclaration des demandeurs est radiée en entier.

*Les juges Abella, Moldaver, Côté, **Brown** et Rowe* : Toutes les demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec parce qu'elles ne révèlent aucune cause d'action raisonnable.

Les demandeurs ne peuvent invoquer la renonciation au recours délictuel en tant que cause d'action indépendante en restitution des gains illicites. Cette nouvelle cause d'action n'existe pas en droit canadien et n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie au procès. De plus, le terme « renonciation au recours délictuel » prête à confusion et devrait donc être abandonné. Bien qu'il soit accepté depuis longtemps, ce terme est inexact. Plutôt que de pardonner au défendeur sa conduite fautive ou de fermer les yeux sur le caractère fautif de celle-ci, le demandeur qui invoque la doctrine choisit simplement de demander une réparation subsidiaire, fondée sur les gains réalisés.

La restitution pour enrichissement sans cause et la restitution des gains illicites pour cause d'acte fautif sont deux types de réparations fondées sur les gains réalisés. En l'espèce, les demandeurs sollicitent la restitution des gains illicites, qui ne nécessite pas de prouver que le demandeur a subi un appauvrissement, mais seulement que le défendeur a obtenu un avantage. La restitution est accordée en réponse à l'élément causal d'un enrichissement sans cause, lorsque le gain réalisé par

le défendeur correspond à l'appauvrissement subi par le demandeur. La restitution des gains illicites devrait être considérée comme une réparation subsidiaire pour certaines formes de conduite fautive, non comme une cause d'action indépendante. Pour établir le bien-fondé d'une demande en restitution des gains illicites, le demandeur doit d'abord établir l'inconduite donnant ouverture à l'action. En plaçant la restitution des gains illicites en tant que cause d'action indépendante, cependant, les demandeurs en l'espèce cherchent à créer une toute nouvelle catégorie de comportement fautif — qui s'apparente à la négligence mais qui n'exige pas de preuve de l'existence d'un préjudice. Bien que la restitution des gains illicites soit possible pour certaines formes d'actes fautifs sans qu'il soit nécessaire de prouver le préjudice (par exemple, en cas de manquement à une obligation fiduciaire), il est cependant difficile de conclure que la restitution des gains illicites sans preuve de préjudice est disponible de façon générale en cas de conduite négligente du défendeur. Accorder la restitution des gains illicites pour cause de négligence sans preuve de préjudice donnerait lieu à une réparation issue d'un néant juridique, et serait un changement radical tout à fait nouveau. Ce n'est pas le type de changement progressif qui relève de la compétence des tribunaux appliquant la common law.

L'allégation des demandeurs selon laquelle les ALV sont « analogues » au jeu de bonneteau au sens indiqué à l'art. 206 du *Code criminel* et que leur exploitation est donc interdite n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie. L'interprétation des lois exige de dégager l'intention du législateur en lisant le texte législatif dans son contexte global, selon le sens ordinaire et grammatical qui

s'harmonise avec l'économie et les objets de la loi. Lorsqu'il s'agit de déterminer quels jeux peuvent être considérés « analogues » au bonneteau, il faut garder à l'esprit que les tribunaux ne peuvent créer de crimes de common law en procédant par interprétation. De plus, bien qu'elle puisse aider la cour à décider si les éléments constitutifs d'une infraction sont établis pour une accusation en particulier, la preuve d'expert ne peut servir à définir les éléments d'une infraction. Le libellé de la disposition et son contexte tendent à indiquer que l'interdiction visant les jeux analogues au bonneteau était dirigée vers les attributs réels du jeu et non vers la caractéristique abstraite de la tromperie. Si le législateur avait voulu interdire les jeux de hasard trompeurs en général, il l'aurait fait sans détour. Les jeux « analogues » au bonneteau supposent donc nécessairement, à tout le moins, qu'un joueur parie sur l'endroit où se trouve un objet après une série de manipulations. Rien dans les actes de procédure ne décrit les ALV comme fonctionnant de cette manière.

La demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs est aussi vouée à l'échec. La question de savoir si cette demande révèle une cause d'action raisonnable devrait être examinée à la lumière des réparations que les demandeurs cherchent à obtenir — c'est-à-dire la restitution des gains illicites et les dommages punitifs — et la question de savoir si les demandeurs ont droit à ces réparations, en tenant les faits allégués pour avérés. La réparation pécuniaire habituelle pour violation de contrat est l'octroi de dommages-intérêts, calculés en fonction de la situation dans laquelle le demandeur se serait trouvé si le contrat avait été exécuté. La restitution des gains illicites pour violation de contrat peut convenir

dans certaines circonstances exceptionnelles, mais seulement dans la mesure où, à tout le moins, les autres réparations ne conviennent pas et les circonstances justifient d'accorder cette réparation. Pour ce qui est de ces circonstances, les tribunaux devraient en particulier établir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d'exercer ses activités lucratives. L'élément essentiel pour élaborer les principes d'une indemnisation fondée sur les gains réalisés en cas de violation de contrat consiste à se demander quel intérêt légitime une telle mesure vise à défendre. Une approche cohérente qui concilierait la réparation accordée et la structure de la violation de contrat en tant que cause d'action devrait être privilégiée. Il est vrai que les circonstances dans lesquelles il conviendra d'accorder une réparation fondée sur les gains réalisés ne peuvent pas être clairement définies à l'avance, mais on peut penser qu'à l'avenir, les intérêts légitimes protégés par une telle réparation ressembleront à ceux qui ont été protégés par le passé. Les tribunaux ont longtemps accordé, dans certaines circonstances exceptionnelles, des réparations pécuniaires s'écartant de l'évaluation ordinaire de l'indemnisation pour la perte du profit escompté. Un montant octroyé qui serait calculé en fonction du gain réalisé par le défendeur pourrait servir un objectif compensatoire qui le distingue de la restitution des gains illicites et qui tend donc à fonder le recouvrement. Lorsque, comme en l'espèce, le demandeur soutient que le montant de la perte équivaut aux gains réalisés par le défendeur, mais qu'il intente simplement un recours en restitution des gains illicites, la réparation fondée sur les gains réalisés ne convient pas. De plus, la violation de contrat qu'allèguent les demandeurs n'a rien d'exceptionnel : une fois les allégations de conduite criminelle écartées, les demandeurs prétendent simplement

qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. On ne peut affirmer que les demandeurs ont un intérêt légitime dans les activités lucratives de la SLA, et les demandeurs n'ont aucune chance raisonnable d'obtenir la restitution des gains illicites pour violation de contrat.

L'octroi de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat est aussi une mesure exceptionnelle, mais elle sera accordée si la violation alléguée du contrat équivaut à une faute indépendante donnant ouverture à l'action. Il n'est pas nécessaire que la faute donnant ouverture à action soit d'ordre délictuel : des dommages-intérêts punitifs peuvent aussi être accordés lorsque le défendeur contrevient à une obligation contractuelle. Toutefois, ce ne sont pas tous les contrats qui imposent aux parties contractantes des obligations d'agir de bonne foi donnant ouverture à action : bien que la bonne foi soit un principe directeur du droit canadien des contrats, c'est un principe qui se manifeste dans des situations précises et son application se limite généralement aux catégories existantes de contrats et d'obligations. Le contrat qui unirait la SLA et les demandeurs n'entre dans aucune des catégories de bonne foi établies; par conséquent, leur demande de dommages-intérêts punitifs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

Enfin, la demande pour enrichissement sans cause présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie. Le cadre d'analyse de l'enrichissement sans cause requiert qu'ils établissent que la SLA s'est enrichie, qu'ils ont subi un appauvrissement correspondant et que l'enrichissement et

l'appauvrissement correspondant ont eu lieu en l'absence d'un motif juridique. L'élément de motif juridique comporte deux étapes : premièrement, le demandeur doit démontrer qu'aucune des catégories établies de motifs juridiques ne peut justifier l'enrichissement du défendeur; et deuxièmement, le défendeur peut réfuter la preuve du demandeur en démontrant qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'aller au-delà de la première étape. Les demandeurs allèguent dans leurs propres actes de procédure qu'il y avait un contrat entre eux et la SLA, en vertu duquel ils devaient payer pour jouer sur les ALV, et rien dans les actes de procédure ne pourrait entacher la validité du contrat qui serait intervenu entre les demandeurs et la SLA. Un défendeur qui tire un avantage dans le cadre d'un contrat valide est justifié de conserver cet avantage.

*Le juge en chef Wagner et les juges **Karakatsanis**, Martin et Kasirer (dissidents en partie) :* Le pourvoi devrait être accueilli en partie. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire qu'un simple manquement à une obligation de diligence, en l'absence de perte, ne peut fonder une demande de restitution des gains illicites. Il y a également accord pour dire que les ALV ne peuvent constituer un jeu de « bonneteau » au sens donné à ce terme dans le *Code criminel*, et que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause présentée par les demandeurs doit être radiée. Toutefois, il y a désaccord avec l'analyse de la question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une cause d'action raisonnable, et avec la conclusion selon laquelle il n'y a aucune réparation possible pour cette violation. L'action des demandeurs devrait être autorisée en tant que

recours collectif portant sur les questions communes relatives à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et au caractère approprié de la réparation de restitution des gains illicites.

Les éléments d'une cause d'action pour violation de contrat sont l'existence d'un contrat et la violation d'une condition de celui-ci. La perte n'est pas un élément essentiel. Les demandeurs ont invoqué la nature du contrat, les conditions qu'ils affirment être implicites et la manière dont la SLA aurait violé le contrat conclu entre eux. La première condition implicite invoquée est une garantie que les ALV n'étaient pas intrinsèquement dangereux. Subsidiairement, les demandeurs soutiennent que la SLA a violé une condition implicite par laquelle la SLA était tenue de mettre en garde le groupe de demandeurs contre tout danger inhérent à la consommation des jeux et de s'assurer de la sécurité de ceux-ci. Enfin, les demandeurs soutiennent que la SLA aurait violé une condition implicite d'agir de bonne foi. Il n'est pas évident et manifeste que l'incorporation de ces conditions implicites toucherait ou entraverait indûment le pouvoir de la SLA en tant qu'organisme de réglementation public des ALV.

La demande fondée sur la violation de contrat ne devrait pas être radiée du fait qu'il est évident et manifeste qu'il n'y a aucune réparation possible. Plusieurs réparations pourraient être accordées aux demandeurs au vu de leurs actes de procédure, notamment des dommages-intérêts symboliques, un jugement déclaratoire, la restitution des gains illicites et les dommages-intérêts punitifs.

Un tribunal qui conclut à la violation de contrat pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement en conséquence soit ou puisse être demandé ou non. Les dommages-intérêts symboliques peuvent toujours être accordés pour des causes d'action, comme la violation de contrat, qui ne nécessitent pas une preuve de perte. Ce fait à lui seul exclut la radiation de la demande.

La question de savoir si la restitution des gains illicites est une réparation appropriée pour la violation de contrat en l'espèce doit être tranchée au procès et ne peut l'être au vu des actes de procédure à eux seuls. Même si la réparation habituelle pour violation de contrat est l'indemnisation évaluée sous forme de dommages-intérêts en fonction de la perte de profit escompté, dans certaines situations, la restitution des gains illicites du défendeur peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat. La restitution des gains illicites est une réparation exceptionnelle, qui peut être accordée lorsqu'un demandeur démontre que les réparations ordinaires du droit des contrats sont inadéquates pour protéger et défendre son droit contractuel. Bien que les dommages-intérêts compensatoires aident souvent à créer un effet dissuasif à l'égard de la conduite fautive, ils ne seront pas toujours adéquats ou appropriés eu égard aux circonstances de la violation. La portée de la réparation de restitution des gains illicites a implicitement un effet de dissuasion et est dictée par le montant minimal nécessaire pour rendre la faute non profitable.

Les réparations de restitution des gains illicites ne se limitent pas aux situations où elles servent une fin compensatoire. Une violation intéressée et

délibérée; l'impossibilité pratique de calculer la perte; et l'intérêt légitime du demandeur à empêcher les activités lucratives du défendeur, y compris le cas où le défendeur a une obligation quasi-fiduciaire envers le demandeur, militent en faveur d'une réparation de restitution des gains illicites. Aucun facteur à lui seul n'est forcément décisif ou déterminant. Les prétentions que formulent les demandeurs dans leurs actes de procédure en l'espèce correspondent à plusieurs facteurs qui, s'ils sont établis au procès, pourraient donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites, notamment le fait que les demandeurs étaient vulnérables à l'abus de pouvoir de la SLA et que la violation qu'a commise la SLA était intéressée, délibérée et de mauvaise foi. Le juge du procès pourrait aussi conclure qu'il est impossible en pratique de fixer le montant réellement perdu, puisque les ALV ne sont pas conçus pour créer des relevés identifiant les utilisateurs et les montants d'argent qu'ils ont perdu.

Les demandeurs ont en outre plaidé un fondement suffisant au soutien d'une demande de dommages-intérêts punitifs. Les dommages-intérêts punitifs se rattachent à la conduite répréhensible du défendeur, et non à la perte du demandeur, et il n'est pas nécessaire que le demandeur ait subi un préjudice pour que des dommages-intérêts punitifs soient accordés. Les demandeurs ont plaidé un manquement à l'obligation d'exécution honnête, qui peut constituer une faute donnant ouverture à action susceptible de fonder une demande de dommages-intérêts punitifs.

À l'égard de l'autorisation, le représentant du groupe doit établir l'existence d'un certain « fondement factuel » selon lequel il existe un groupe identifiable d'au moins deux personnes, il y a au moins une question commune, et le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions. Cette norme assure qu'il existe une preuve sur laquelle peut reposer l'ordonnance d'autorisation.

La définition du groupe proposée s'appuie sur des critères objectifs qui permettront l'identification des personnes qui peuvent attester avoir pris part aux jeux, et il existe des motifs de croire qu'au moins deux personnes seront capables d'établir qu'ils ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur un ALV durant la période visée par le recours collectif.

Une question est commune lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Les questions relatives à la violation de contrat, à la restitution des gains illicites et aux dommages-intérêts punitifs sont des questions communes appropriées, mais la question relative aux mesures de redressement pécuniaire global ne l'est pas. Pour ce qui est de la violation de contrat, les actes de procédure invoquent une faute civile qui est commune à tous les membres du groupe : la question de savoir si les conditions qu'allèguent les demandeurs sont effectivement implicites, et celle de savoir si le fonctionnement des ALV viole systématiquement ces conditions, seront les mêmes pour chaque consommateur. Quant à la restitution des gains illicites, le fait d'établir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, de sorte que les autres

réparations contractuelles sont inadéquates, est un élément important de la demande de chaque membre et profitera à tous les membres du groupe. En ce qui a trait aux dommages-intérêts punitifs, la conduite de la SLA et le manquement allégué à l'obligation d'agir de bonne foi seraient des questions communes à tous les membres du groupe.

Toutefois, il n'y a pas de fondement factuel permettant de certifier le redressement pécuniaire global comme question commune. Avant d'accorder une réparation de restitution des gains illicites, le tribunal doit être convaincu que la violation du contrat a un lien de causalité avec le gain à restituer. Pour faire en sorte que la responsabilité totale de la SLA se limite à celle découlant de la violation, il faut une méthode plausible pour estimer la responsabilité financière de la SLA au titre de sa violation de contrat, y compris ce qu'auraient été ses profits si elle n'avait pas violé ses obligations contractuelles. Or, aucune méthode n'a été proposée.

Enfin, eu égard à la question du meilleur moyen, la clé de voûte de l'action des demandeurs est une tromperie commune à tous les membres du groupe. Il est plus pratique et efficace de déterminer le contenu d'un contrat auquel est partie chaque membre et d'établir si le contrat a été systématiquement violé, que d'intenter des actions à titre individuel, et cette façon de faire n'exige pas d'évaluations individuelles. Un recours collectif a la possibilité de reconnaître, de défendre et de protéger l'intérêt contractuel de chaque joueur à jouer à un jeu sûr et juste.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêt appliqué : *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; **arrêt examiné :** *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; **arrêts mentionnés :** *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Pro - Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, [2018] 3 R.C.S. 303; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Das c. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Andersen c. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660; *Serhan (Estate Trustee) c. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296; *Ewert c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268; *Authentic T-Shirt Co. ULC c. King*, 2016 BCCA 59; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Arrow Transfer Co. Ltd. c. Banque royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1

R.C.S. 402; *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204; *The King c. Rosen and Lavoie* (1920), 61 D.L.R. 500; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Rogers & Rogers Inc. c. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R. (4th) 142; *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 649; *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Sunshine Exploration Ltd. c. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] R.C.S. 2; *Wrotham Park Estate Co. c. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All E.R. 321; *Smith c. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (4th) 48; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente en partie)

R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Montreal Trust Co. of Canada c. Hickman*, 2001 NFCA 42, 204 Nfld. & P.E.I.R. 58; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Minnes c. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Société hôtelière Canadien Pacifique c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Andrews*

c. Canada (Attorney General), 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy c. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Owners of the Steamship “Mediana” c. Owners, Master and Crew of the Lightship “Comet”*, [1900] A.C. 113; *Place Concorde East Ltd. Partnership c. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141; *Saskatchewan Government Insurance c. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8; *Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *Robinson c. Harman* (1848), 1 Ex. 850; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d’assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3; *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415; *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Attorney-General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109; *Banque Royale du Canada c. W. Got Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 408; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 649; *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75; *Cassell & Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027; *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458; *Experience Hendrix LLC c. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323; *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 7; *Vercoe c. Rutland Management Ltd.*, [2010] EWHC 424; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*,

2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Jiang c. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1; *Williams c. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54, conf. par (2003), 226 D.L.R. (4th) 112; *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42; *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *Ramdath c. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Chace c. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264; *Pederson c. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. 661; *Chalmers c. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 186; *Fakhri c. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227.

Lois et règlements cités

Class Actions Act, S.N.L. 2001, c. C-18.1, art. 5, 8(d), 29(1), 37.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 206, 207(1)a), (4)a), 209.

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.C.R. 1985, c. C-44, art. 15(1).

Lotteries Act, S.N.L. 1991, c. 53, art. 5.

Rules of the Supreme Court, 1986, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D, r. 7.16, 14.2(1), 14.24.

Video Lottery Regulations, C.N.L.R. 760/96, art. 2(e), 3, 4, 5, 6, 8, 10.

Doctrine et autres documents cités

American Law Institute. *Restatement of the Law, Third : Restitution and Unjust Enrichment*, vol. 2, St. Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 2011.

Barnett, Katy. *Accounting for Profit for Breach of Contract : Theory and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

Barton, Sandra, Mark Hines, and Shawn Therien. « Neither Cause of Action nor Remedy : Doing Away with Waiver of Tort », in Todd L. Archibald and Randell Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2015*, Toronto, Carswell, 2015.

Beatson, J. « The Nature of Waiver of Tort » (1978-1979), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1.

Benson, Peter. « Contract as a Transfer of Ownership » (2007), 48 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673.

Birks, Peter. « Restitutionary damages for breach of contract : *Snepp* and the fusion of law and equity » (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421.

Botterell, Andrew. « Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract » (2010), 16 *Legal Theory* 135.

Burrows, Andrew. *The Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 2, 5^e sess., 13^e lég., 11 avril 1921, p. 1857-1858.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 5^e sess., 13^e lég., 6 mai 1921, p. 3005-3006.

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « *three-card monte* ».

Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies : The Law of Damages*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2014.

- Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 33rd ed., by H. G. Beale, et al., eds., London, Sweet & Maxwell, 2018.
- Edelman, James. *Gain-Based Damages : Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Portland (Or.), Hart Publishing, 2002.
- Edelman, James. *McGregor on Damages*, 20th ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2018.
- Eisenberg, Melvin A. *Foundational Principles of Contract Law*, New York, Oxford University Press, 2018.
- Friedmann, Daniel. « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 131.
- Friedmann, Daniel. « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong » (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504.
- Gannage, Mark. « Nominal Damages for Breach of Contract in Canada » (2011), 69 *The Advocate* 833.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Iacobucci, Edward M., and Michael J. Trebilcock. « An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions » (2016), 66 *U.T.L.J.* 173.
- Jones, Craig. « Panacea or Pandemic : Comparing “Equitable Waiver of Tort” to “Aggregate Liability” in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation » (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp. L.* 301.
- Jones, Craig. « The Class Action as Public Law », in Janet Walker and Gary D. Watson, eds., *Class Actions in Canada : Cases, Notes, and Materials*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2014, 28.
- Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. 1, Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated December 2019, release 24).
- Martin, J. M. « Waiver of Tort : An Historical and Practical Study » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 473.
- McCamus, John D. « Disgorgement for Breach of Contract : A Comparative Perspective » (2003), 36 *Loyola of Los Angeles L. Rev.* 943.
- McCamus, John D. « Waiver of Tort : Is There a Limiting Principle? » (2014), 55 *Rev. can. dr. comm.* 333.

- McInnes, Mitchell. « Gain-Based Relief for Breach of Contract : *Attorney General v. Blake* » (2001), 35 *Rev. can. dr. comm.* 72.
- McInnes, Mitchell. *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- O'Hagan, Cara-Marie. « Remedies », in Lewis N. Klar, et al., eds., *Remedies in Tort*, vol. 4, Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2020, release 5).
- Pitch, Harvin D., and Ronald M. Snyder. *Damages for Breach of Contract*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 1989 (loose-leaf updated 2019, release 4),
- Pitel, Stephen G. A., and Matthew B. Lerner. « Resolving Questions of Law : A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Adv. Q.* 344.
- Rosenberg, H. Michael. « Waiving Goodbye : The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings » (2010), 6 *Rev. Can. R. C.* 37.
- Sage, Nicholas W. « Disgorgement : From Property to Contract » (2016), 66 *U.T.L.J.* 244.
- Sangiuliano, Anthony Robert. « A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149.
- Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.
- Sharpe, Robert J. « Commercial Law Damages : Market Efficiency or Regulation of Behaviour? », in The Law Society of Upper Canada, ed., *Special Lectures 2005 : The Modern Law of Damages*, Toronto, Irwin Law, 2006, 327.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, loose-leaf ed., Toronto, Thomson Reuters, 1992 (loose-leaf updated November 2019, release 28).
- Smith, Lionel D. « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract : Property, Contract, and “Efficient Breach” » (1995), 24 *Rev. can. dr. comm.* 121.
- Smith, Lionel D. « The Province of the Law of Restitution » (1992), 71 *Can. Bar. Rev.* 672.
- Stevens, Robert. *Torts and Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Swan, Angela, Jackuk Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.

- Virgo, Graham. *The Principles of the Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2015.
- Waddams, Stephen. *Principle and Policy in Contract Law : Competing or Complementary Concepts?*, New York, Cambridge University Press, 2011.
- Waddams, Stephen M. « Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1.
- Watterson, Stephen. « Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales », in Ewoud Hondius and André Janssen, eds., *Disgorgement of Profits : Gain-Based Remedies throughout the World*, 29.
- Weber, Greg. « Waiver of Tort : Disgorgement *Ex Nihilo* » (2014), 40 *Queen's L.J.* 389.
- Weinrib, Ernest J. « Causal Uncertainty » (2016), 36 *Oxford J. Leg. Stud.* 135.
- Weinrib, Ernest J. « Punishment and Disgorgement as Contract Remedies » (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55.
- Weinrib, Ernest J. « Restitutionary Damages as Corrective Justice » (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1.
- Weinrib, Ernest J. *The Idea of Private Law*, rev. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Winterton, David. « Contract Theory and Gain-Based Recovery » (2013), 76 *M.L.R.* 1129.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Green, Welsh et Harrington), 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1, 53 C.C.L.T. (4th) 12, [2018] N.J. No. 383 (QL), 2018 CarswellNfld 470 (WL Can.), qui a confirmé en partie des décisions du juge Faour, 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307, [2016] N.J. No. 443 (QL), 2016 CarswellNfld 532 (WL Can.), et 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, 1108 A.P.R. 293, [2014] N.J. No. 288 (QL), 2014 CarswellNfld 281 (WL Can.). Pourvois accueillis, le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Martin et Kasirer sont dissidents en partie.

Julie Rosenthal, Mike Eizenga, Sarah Stothart et Jonathan G. Bell, pour l'appelante la Société des loteries de l'Atlantique.

Ian F. Kelly, c.r., et *Daniel M. Glover*, pour les appelantes VLC, Inc., IGT-Canada Inc. et International Game Technology.

Colm St. R. Seviour, c.r., et *Koren A. Thomson*, pour l'appelante Spielo International Canada ULC.

Jorge P. Segovia, pour l'appelante Tech Link International Entertainment Limited.

Kirk M. Baert et Celeste Poltak, pour les intimés.

Brent Kettles et Tom McKinlay, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Denis Guénette et Tom Dobson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Jared G. Biden, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Paul D. Dicks, c.r., Michael D. Lipton, c.r., et Kevin J. Weber, pour les intervenantes Bally Gaming Canada Ltd. et Bally Gaming Inc.

Keith Kilback, c.r., et Alexander Shalashniy, pour l'intervenante Western Canada Lottery Corporation.

Mandy L. England et Michael Sobkin, pour l'intervenante Alberta Gaming, Liquor, and Cannabis Commission.

Brandon Kain, Gillian P. Kerr et Adam Goldenberg, pour l'intervenante Canadian Gaming Association.

Matthew Milne-Smith, pour l'intervenante la Chambre de commerce du Canada.

K. Michael Stephens, Shannon Ramsay et Aubin Calvert, pour l'intervenante British Columbia Lottery Corporation.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Côté, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] L'appelante la Société des loteries de l'Atlantique Inc. (« SLA »), constituée par les gouvernements des quatre provinces de l'Atlantique, a le pouvoir d'approuver l'exploitation des appareils de loterie vidéo (« ALV ») à Terre-Neuve-et-Labrador en vertu du règlement intitulé *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96. Les intimés, Douglas Babstock et Fred Small (« les demandeurs »), ont présenté une demande d'autorisation d'un recours collectif contre la SLA, au nom de toute personne physique résidant à Terre-Neuve-et-Labrador ayant payé pour jouer sur des ALV dans cette province au cours des six années précédant l'introduction du recours collectif, ou pour le compte de la succession de telles personnes. Les autres appelantes sont des sociétés qui fournissent des ALV, que la SLA a désignées comme tierces parties défenderesses.

[2] Les demandeurs font valoir essentiellement que les ALV sont intrinsèquement dangereux et trompeurs. De fait, ils affirment que les ALV sont à ce point trompeurs qu'ils contreviennent aux dispositions du *Code criminel* interdisant les jeux analogues au jeu de « bonneteau » (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 206). S'appuyant sur trois causes d'action (« renonciation au recours délictuel », violation de contrat et enrichissement sans cause), les demandeurs sollicitent une

réparation fondée sur les gains réalisés, calculée en fonction des profits que la SLA a touchés en accordant des licences d'utilisation des ALV¹.

[3] Plus particulièrement, et pour ce qui est de la renonciation au recours délictuel, les demandeurs soutiennent que la SLA a manqué à son obligation de mise en garde contre les dangers inhérents aux ALV, notamment le risque de dépendance et d'idées suicidaires. C'est sur ce manquement, affirment-ils, que repose leur demande fondée sur la renonciation au recours délictuel qui, ajoutent-ils, est une cause d'action indépendante ouvrant droit à une réparation fondée sur les gains réalisés [TRADUCTION] « qui sera établie lors de l'instruction des questions communes sans la participation des membres du groupe » (d.a., vol. II, p. 104).

[4] Quant à la demande fondée sur la violation de contrat, les demandeurs affirment que le contrat en question existe du fait que la SLA offre des ALV au public et que les demandeurs acceptent en payant pour jouer. Selon eux, il découle implicitement de ce contrat que la SLA doit offrir des jeux sécuritaires qui sont propres à être utilisés et de qualité marchande, faire preuve d'une compétence et d'une diligence raisonnables lorsqu'elle fournit des jeux sur ALV, et agir de bonne foi. Ils soutiennent que la SLA a manqué à ces obligations en fournissant des ALV trompeurs.

¹ Bien que les actes de procédure fassent état d'autres causes d'action, celles-ci ont été radiées par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, et les demandeurs n'ont pas formé d'appel incident de cette décision.

[5] Enfin, les demandeurs affirment que la SLA s'est enrichie sans cause à leurs dépens.

[6] Les demandeurs ont réussi à obtenir l'autorisation devant la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, et cette décision a été confirmée pour l'essentiel par la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador. À mon humble avis, cependant, aucune de ces demandes n'a de chance raisonnable d'être accueillie. Je serais donc d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif et de radier les demandes introduites à l'encontre de la SLA.

II. Aperçu des décisions des instances inférieures

- (1) Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador — 2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293; 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307

[7] L'affaire a été soumise au juge d'autorisation sous la forme de deux demandes : (1) la demande de la SLA, fondée sur l'al. 14.2(1)a) des *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, ann. D (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293), visant à faire radier l'action des demandeurs au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable, et (2) la demande présentée par les demandeurs visant l'autorisation d'exercer leur action à titre de recours collectif en vertu de la *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1. Les parties ont convenu que la décision rendue par le juge d'autorisation saisi de la demande de la SLA permettrait

aussi d'établir si les demandeurs avaient satisfait au premier critère d'autorisation prévu à l'art. 5 de la *Class Actions Act* — soit que [TRADUCTION] « les actes de procédure révèlent une cause d'action ».

[8] Le juge a rejeté la demande de la SLA, concluant en outre que les demandeurs avaient satisfait aux conditions nécessaires à l'autorisation. Plus particulièrement, et parce que les demandeurs entendaient solliciter une réparation collective (calculée en fonction des profits réalisés par la SLA) sans prouver l'existence d'un préjudice individuel, il a conclu qu'il était préférable que certaines des questions communes aux membres du groupe soient tranchées dans le cadre d'un recours collectif.

(2) Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador — 2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1

[9] La SLA a interjeté appel des décisions rendues sur les deux demandes par le juge saisi de la demande d'autorisation. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Green a confirmé en grande partie les conclusions du juge d'autorisation et il a permis l'instruction des demandes fondées sur la renonciation au recours délictuel, la violation de contrat et l'enrichissement sans cause présentées par les demandeurs.

[10] En ce qui concerne la renonciation au recours délictuel, les juges majoritaires ont conclu que la doctrine pouvait constituer une cause d'action indépendante en restitution des gains illicites, dans la mesure où elle contribuerait à

l'atteinte de l'objectif de dissuasion des comportements fautifs. En outre, selon les juges majoritaires, il n'est pas nécessaire que les demandeurs alléguant la négligence prouvent l'existence d'un préjudice pour avoir droit à la restitution des gains illicites. Tout cela a amené les juges majoritaires à conclure que l'action pour renonciation au recours délictuel — c'est-à-dire, pour restitution des gains illicites à titre de réparation pour négligence en l'absence de preuve démontrant un préjudice — révélait une cause d'action raisonnable (par. 185 et 189).

[11] Répondant aux allégations de conduite criminelle formulées par les demandeurs, les juges majoritaires ont conclu qu'une preuve d'expert serait nécessaire pour établir si les ALV sont analogues au jeu de bonneteau et s'ils sont donc interdits par l'art. 206 du *Code criminel*. Ces allégations, selon les juges majoritaires, devraient être tranchées lors du procès.

[12] Enfin, les juges majoritaires ont conclu que les faits allégués, particulièrement compte tenu des allégations de conduite criminelle, pouvaient raisonnablement étayer une demande de restitution des gains illicites à titre de réparation pour violation de contrat. Étant donné leur conclusion selon laquelle la renonciation à un recours délictuel constituait une cause d'action indépendante, les juges majoritaires ont jugé inutile de se prononcer sur [TRADUCTION] « les questions soulevées lors de l'argumentation portant sur l'enrichissement sans cause *simpliciter*, c.-à-d. à savoir si l'acte de procédure révèle une cause d'action fondée sur l'enrichissement sans cause, commandant l'application du critère traditionnel à trois

volets énoncé dans des décisions comme [*Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629] » (par. 230).

[13] Dissidente, la juge Welsh aurait accueilli l'appel de la SLA et radié toutes les demandes. À son avis, les demandes en responsabilité contractuelle et délictuelle n'avaient aucune chance raisonnable d'être accueillies étant donné que les demandeurs n'avaient pas fait valoir que, individuellement, ils avaient subi un préjudice; qu'il était évident et manifeste que les ALV n'étaient pas analogues au jeu de bonneteau; et qu'il y avait une cause juridique à l'enrichissement de la SLA aux dépens des demandeurs.

III. Analyse

[14] La requête en radiation présentée par la SLA est fondée sur le par. 14.24(1) des *Rules of the Supreme Court*, qui permet à la cour de radier toute partie d'une déclaration qui ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Les parties conviennent que le fait d'établir si la déclaration des demandeurs révèle une cause d'action raisonnable satisfera aussi à la première condition de la demande d'autorisation des demandeurs. Le critère devant être appliqué dans le cas des deux demandes est donc celui de savoir s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que chacune des demandes formulées par les demandeurs ne révèle aucune cause d'action raisonnable. En termes simples, si une demande n'a aucune possibilité raisonnable d'être accueillie, elle ne devrait pas

pouvoir suivre son cours (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17).

[15] L'une des principales questions dans la présente affaire découle du recours par les demandeurs à la doctrine de la renonciation au recours délictuel. Ceux-ci affirment qu'une demande fondée sur la renonciation au recours délictuel en tant que cause d'action indépendante en restitution des gains illicites a au moins une chance raisonnable d'être accueillie au procès. Avant que la Cour d'appel ne rende sa décision en l'espèce, cependant, aucune autorité canadienne n'avait reconnu une telle cause d'action, bien que les demandeurs aient invoqué une série de décisions en matière d'autorisation de recours collectifs dans lesquelles les tribunaux se sont *abstenus* de conclure qu'il est évident et manifeste qu'une telle cause d'action n'existe *pas*. Les demandeurs accordent une importance considérable à l'arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 (« *Microsoft* »), dans lequel la Cour, citant des décisions contradictoires sur le sujet, a refusé de trancher la question (par. 97).

[16] À mon avis, les changements survenus depuis l'arrêt *Microsoft* et les particularités de la présente affaire nous permettent de trancher définitivement la question de savoir si la nouvelle cause d'action proposée par les demandeurs existe en droit canadien. Quatre raisons justifient cette affirmation.

[17] Premièrement, l'argument en faveur de la reconnaissance de la nouvelle cause d'action invoquée par les demandeurs repose sur le lien entre le concept de

renonciation au recours délictuel et le droit plus général en matière de restitution (ou, comme on l'appelle maintenant communément au Canada, le droit relatif à l'enrichissement sans cause). Ce domaine de notre droit a rapidement évolué au cours des dernières années de manière à ce que nous ayons maintenant une compréhension plus approfondie de l'enrichissement sans cause (voir, p. ex., *Moore c. Sweet*, 2018 CSC 52, [2018] 3 R.C.S. 303; M. McInnes, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution* (2014), p. vii-ix; J. D. McCamus, « Waiver of Tort: Is There a Limiting Principle? » (2014), 55 *Can. Bus L.J.* 333, p. 334; A. Burrows, *The Law of Restitution* (3^e éd. 2011), p. 3-9). Plus particulièrement, plusieurs auteurs ont, depuis l'arrêt *Microsoft*, apporté des contributions utiles en s'exprimant expressément sur le sujet de la renonciation au recours délictuel en tant que cause d'action indépendante (voir, p. ex., G. Weber, « Waiver of Tort: Disgorgement *Ex Nihilo* » (2014), 40 *Queen's L.J.* 389; S. Barton, M. Hines et S. Therien, « Neither Cause of Action nor Remedy: Doing Away with Waiver of Tort », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation, 2015* (2015); E. M. Iacobucci et M. J. Trebilcock, « An Economic Analysis of Waiver of Tort in Negligence Actions » (2016), 66 *U.T.L.J.* 173). Ce qui était considéré comme un état d'incertitude juridique à l'époque où l'arrêt *Microsoft* a été rendu est maintenant beaucoup plus clair.

[18] Deuxièmement, et depuis qu'elle a rendu l'arrêt *Microsoft*, la Cour a reconnu, dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, qu'un virage culturel s'imposait afin de favoriser « l'accès expéditif et abordable au système de justice civile » (par. 2). Dans la mesure du possible, les tribunaux doivent donc

veiller au règlement rapide des litiges plutôt que les renvoyer pour instruction d'un procès complet (par. 24-25 et 32); cela comprend le fait de résoudre des questions de droit en radiant les demandes qui ne présentent aucune chance raisonnable d'être accueillies (S. G. A. Pitel et M. B. Lerner, « Resolving Questions of Law: A Modern Approach to Rule 21 » (2014), 43 *Adv. Q.* 344, p. 351-352). De fait, le pouvoir de radier les demandes vaines constitue « une importante mesure de gouverne judiciaire essentielle à l'efficacité et à l'équité des procès » (*Imperial Tobacco*, par. 19).

[19] Bien sûr, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour une requête en radiation. Le droit n'est pas immuable, et les demandes inédites qui pourraient représenter une évolution graduelle du droit devraient pouvoir être instruites (*Imperial Tobacco*, par. 21; *Das c. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173, par. 73; voir aussi *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670). Cela dit, une demande ne pourra survivre à une requête en radiation simplement parce qu'elle est inédite. Il est bénéfique, et même essentiel à la viabilité de la justice civile et à l'accès du public à celle-ci que les demandes, y compris les demandes inédites, qui sont vouées à l'échec soient tranchées tôt dans l'instance. Il en est ainsi parce que de telles demandes ne présentent pas « matière à un procès long et coûteux » (*Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83, par. 19). Si un tribunal ne reconnaît pas une demande inédite dans le cas où les faits allégués sont tenus pour avérés, la demande est manifestement vouée à l'échec et doit être radiée. Il n'est pas rare qu'en rendant de telles décisions, les tribunaux règlent des questions complexes de droit et de principe (voir, p. ex.,

Imperial Tobacco; Cooper c. Hobart, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Syl Apps; Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261).

[20] Les observations de la juge Lax dans la décision *Andersen c. St. Jude Medical, Inc.*, 2012 ONSC 3660, sont particulièrement pertinentes, puisqu'elle a entendu les arguments sur la portée de la renonciation au recours délictuel après un procès de 138 jours. Dans les circonstances, elle n'avait pas à trancher la question, mais la juge Lax a noté que les parties [TRADUCTION] « n'avaient invoqué aucun élément de preuve [. . .] pour étayer ou contester l'élargissement de la doctrine de la renonciation au recours délictuel à un cas de négligence », et les demandeurs n'avaient pas non plus « présenté de preuve de principe pour expliquer pourquoi la renonciation au recours délictuel devrait être possible » (par. 585 (CanLII)). Elle a conclu que « trancher la question de la renonciation au recours délictuel n'exige pas nécessairement un procès et qu'il pourrait être possible de régler le débat d'une autre façon » (par. 587).

[21] Troisièmement, le fait de ne pas se prononcer sur l'existence d'une cause d'action indépendante pour renonciation au recours délictuel perpétuera un état d'incertitude non souhaitable. Comme l'écrit Greg Weber : [TRADUCTION] « [l]a renonciation au recours délictuel est devenue une doctrine vide de sens et intrinsèquement contradictoire, à tel point que les juges et les parties ne savent ni comment ni quand une cause d'action peut ouvrir droit à la restitution des gains illicites » (p. 392). L'incertitude quant à savoir si une action en restitution des gains

illicites peut être intentée en l'absence de preuve de préjudice a des conséquences importantes, qui ressortent davantage dans le contexte des recours collectifs. Au cours des 16 années qui ont suivi la décision *Serhan (Estate Trustee) c. Johnson & Johnson* (2004), 72 O.R. (3d) 296 (C. sup.), de telles demandes ont souvent été introduites, mais n'ont jamais été instruites au fond. Pendant ce temps, les juges saisis d'une demande d'autorisation n'avaient [TRADUCTION] « d'autres choix que de dire que la question du recours à la doctrine est effectivement une question devant être tranchée à l'issue d'un procès, qui peut donner lieu, et qui donne effectivement lieu, à une autorisation au détriment du défendeur, qui est alors à toutes fins pratiques contraint de verser une somme à titre de règlement au demandeur » (J. M. Martin, « Waiver of Tort: An Historical and Practical Study » (2012), 52 *Can. Bus L.J.* 473, par. 476 (note en bas de page omise); voir aussi H. M. Rosenberg, « Waiving Goodbye: The Rise and Imminent Fall of Waiver of Tort in Class Proceedings » (2010), 6 *Can. Class Action Rev.* 37, p. 38). De fait, la décision de la Cour de s'abstenir de radier la demande relative à la renonciation au recours délictuel dans l'arrêt *Microsoft* a été considérée comme une confirmation de la viabilité de telles demandes (voir, p. ex., les motifs de la C.A., par. 182; *Ewert c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187, 25 B.C.L.R. (6th) 268, par. 73; *Authentic T-Shirt Co. ULC c. King*, 2016 BCCA 59, par. 41-42 (CanLII)). Laisser cette question en suspens fait perdre beaucoup de temps aux tribunaux ainsi que des ressources importantes aux parties en litige, et il n'y a là rien à gagner.

[22] Enfin, même si la renonciation au recours délictuel à titre de nouvelle cause d'action n'était pas une question centrale dans l'arrêt *Microsoft*, elle l'est dans les présents pourvois. En conséquence, la Cour d'appel a examiné de manière exhaustive le droit applicable et a conclu non seulement que l'action des demandeurs devait faire l'objet d'une instruction, mais aussi que la renonciation au recours délictuel devrait être définitivement reconnue à titre de cause d'action indépendante. En appel devant la Cour, les parties et les intervenants ont de la même façon accordé beaucoup d'attention à la question. Celle-ci est donc mûre pour une décision, et les présents pourvois offrent l'occasion de la trancher.

A. *Restitution des gains illicites pour faute délictueuse*

(1) Restitution des gains illicites en tant que nouvelle cause d'action

[23] Comme je l'expliquerai ci-après, le terme « renonciation au recours délictuel » porte à confusion et devrait être abandonné. La préoccupation ne se rapporte pas à l'uniformité de la terminologie en tant que fin en soi, mais plutôt à la clarté du sens : les affaires portant sur des réparations fondées sur les gains réalisés tendent à employer une terminologie incohérente, ce qui crée de la confusion. Même le terme « restitution » n'est pas employé de manière uniforme, référant parfois à l'élément causal de l'enrichissement sans cause et parfois à une mesure de réparation (McInnes (2014), p. 10-11). À mon avis, la *restitution* correspond à cette dernière définition — c'est-à-dire que la restitution est la mesure réparatrice applicable en droit lorsque l'avantage qu'avait le demandeur passe au défendeur, et que ce dernier

est tenu de remettre cet avantage. Par ailleurs, la restitution se distingue d'une autre mesure de réparation, la *restitution des gains illicites*, qui s'entend d'une somme octroyée calculée exclusivement en fonction du gain illicite du défendeur, qu'elle corresponde ou non au préjudice subi par le demandeur et, de fait, que le demandeur ait même subi un préjudice ou non (McInnes (2014), p. 11-12; voir aussi L. D. Smith, « The Province of the Law of Restitution » (1992), 71 *Can. Bar. Rev.* 672; J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), p. 65-93). Bien que dans les décisions de la Cour, la restitution des gains illicites soit parfois appelée « restitution de l'avantage obtenu » ou « restitution consécutive à un acte fautif », l'ambiguïté inhérente à cette terminologie commande une plus grande précision (voir, p. ex., *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 25; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, par. 33).

[24] En résumé, donc, la restitution pour enrichissement sans cause et la restitution des gains illicites pour cause d'acte fautif sont deux types de réparations fondées sur les gains réalisés (McInnes (2014), p. 144-149; L. D. Smith, « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract, and 'Efficient Breach' » (1995), 24 *Can. Bus. L. J.* 121, p. 121-123; G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (3^e éd. 2015), p. 415-417; Burrows, p. 9-12). Chaque notion est distincte de l'autre : la *restitution des gains illicites* exige seulement que le défendeur ait obtenu un avantage (sans qu'il soit nécessaire de prouver que le demandeur a subi un appauvrissement), alors que la *restitution* est

accordée en réponse à l'élément causal d'un enrichissement sans cause (analysé récemment par la Cour dans l'arrêt *Moore*), lorsque le gain réalisé par le défendeur correspond à l'appauvrissement subi par le demandeur (Edelman, p. 80-86).

[25] En l'espèce, les demandeurs sollicitent la *restitution des gains illicites*, non la restitution : ils affirment avoir droit à une réparation calculée exclusivement en fonction des gains réalisés par la SLA, sans égard au préjudice que l'un ou l'autre d'entre eux a pu subir. Il existe deux écoles de pensée quant à la place qu'occupe la restitution des gains illicites dans la structure juridique globale des obligations privées. L'opinion dominante correspond à ce que je viens tout juste d'énoncer. La restitution des gains illicites, à titre de réparation fondée sur les gains réalisés, est exactement cela : une *réparation*, accordée dans certaines circonstances lorsque le demandeur satisfait à tous les éléments constitutifs d'une ou de plusieurs causes d'action différentes (plus précisément, la violation d'une obligation en responsabilité délictuelle ou contractuelle ou en equity).

[26] Certains auteurs voient cependant la restitution des gains illicites comme une cause d'action indépendante qui permet de remédier à l'enrichissement sans cause mais qui n'a pas le même fondement que le cadre d'analyse adopté en ce domaine par la Cour (P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution*, vol. 1 (feuilles mobiles), p. 3-4 à 3-7; voir aussi J. Beatson, « The Nature of Waiver of Tort », (1978-1979), 17 *U.W.O. L. Rev.* 1; D. Friedmann, « Restitution for Wrongs: The Basis of Liability », dans W.R. Cornish et al., dir., *Restitution: Past, Present and*

Future: Essays in Honour of Gareth Jones (1998), 133). De plus, quelques-uns d'entre eux ont suggéré qu'il devrait être possible de demander la restitution des gains illicites dans les affaires qui s'apparentent à de la négligence, mais où le demandeur ne peut prouver — ou choisit de ne pas prouver — qu'il a subi un préjudice (McCamus; C. Jones, « Panacea or Pandemic: Comparing 'Equitable Waiver of Tort' to 'Aggregate Liability' in Cases of Mass Torts with Indeterminate Causation » (2016), 2 *Can. J. of Compar. & Contemp. L.* 301). La demande fondée sur la renonciation au recours délictuel présentée par les demandeurs s'appuie sur cette dernière proposition.

[27] Comme je vais l'expliquer, la restitution des gains illicites devrait être considérée comme une réparation subsidiaire pour certaines formes de conduite fautive, non comme une cause d'action indépendante. Ce point de vue découle naturellement des origines historiques de l'enrichissement sans cause et plus généralement des réparations fondées sur les gains réalisés.

[28] Le droit moderne en matière d'enrichissement sans cause tire son origine du bref d'*assumpsit* (*Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 786-788). Le recours au bref d'*assumpsit* permettait aux demandeurs d'échapper aux restrictions imposées par les autres formes d'action, qui auraient pu empêcher leur action de suivre son cours (McInnes (2014), p. 34; Martin, p. 482-484). Même si le bref reposait sur la prémisse que le défendeur s'était engagé à verser une somme d'argent au demandeur et qu'il n'avait pas respecté sa promesse, le recours spécial

indebitatus assumpsit permettait aux demandeurs de profiter des avantages de l'*assumpsit* alors qu'un tel engagement n'existait pas vraiment. Il créait la fiction juridique d'un contrat implicite, qui permettait aux demandeurs d'intenter une action en *assumpsit*, [TRADUCTION] « même lorsque l'imputation d'une promesse de payer était absurde, comme lorsque le défendeur a tiré un avantage de la perpétration d'un délit » (McInnes (2014), p. 34-35; voir aussi Martin, p. 489-496).

[29] Lorsque le délit avait été établi mais que le demandeur avait choisi de recourir au bref d'*assumpsit* pour recouvrer les gains illicites réalisés par le défendeur, il était réputé avoir [TRADUCTION] « renoncé au recours délictuel » (Edelman, p. 121-122). Bien qu'il soit accepté depuis longtemps, le terme renonciation au recours délictuel est inexact. Plutôt que de pardonner au défendeur sa conduite fautive ou de fermer les yeux sur le caractère fautif de celle-ci, le demandeur qui invoquait la doctrine choisissait simplement de demander une réparation subsidiaire, fondée sur les gains réalisés (Edelman, p. 122; voir aussi *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank Ltd.*, [1941] 1 A.C. 1 (H.L.), p. 13 et 18). La doctrine s'est toujours appliquée comme [TRADUCTION] « un simple choix entre des réparations possibles », et *non* comme une cause d'action indépendante (*United Australia*, p. 13; Martin, p. 504-505). C'est ce qui ressort des décisions de la Cour, dont l'arrêt *Arrow Transfer Co. Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845, où le juge Laskin (plus tard juge en chef), s'exprimant au nom des juges majoritaires sur ce point, a conclu que l'action du demandeur visant une réparation fondée sur les gains réalisés reposait sur la perpétration du délit de détournement (p. 877).

[30] Deux éléments se dégagent de ce qui précède. D'abord, comme le démontre la présente affaire, le terme renonciation au recours délictuel prête à confusion et devrait donc être abandonné (Edelman, p. 122). Ensuite, et dans le même ordre d'idées, pour établir le bien-fondé d'une demande en restitution des gains illicites, le demandeur *doit* d'abord établir l'inconduite donnant ouverture à l'action.

[31] Reconnaître que la restitution des gains illicites est simplement une réparation pour certaines formes de comportement fautif met en contexte la question se trouvant au cœur de la présente affaire. En plaidant la restitution des gains illicites en tant que cause d'action indépendante, les demandeurs cherchent à créer une toute nouvelle catégorie de comportement fautif — qui s'apparente à la négligence mais qui n'exige pas de preuve de l'existence d'un préjudice. Les tenants de ce type d'action affirment qu'[TRADUCTION] « il n'y a tout simplement aucune raison de principe pour laquelle les règles applicables à l'octroi de dommages-intérêts compensatoires devraient être identiques à celles de la restitution des gains illicites » (McCamus, p. 359) et que, étant donné que la restitution des gains illicites vise à décourager les comportements fautifs plutôt qu'à fournir une indemnisation, il n'y a aucune raison d'exiger une preuve de préjudice (p. 354).

[32] Je reconnais que la restitution des gains illicites est possible pour certaines formes d'actes fautifs sans qu'il soit nécessaire de prouver le préjudice (par exemple, en cas de manquement à une obligation fiduciaire). Il est cependant difficile de conclure que la restitution des gains illicites sans preuve de préjudice est

disponible de façon générale en cas de conduite négligente du défendeur. Déterminer la réparation qui convient en cas de négligence, lorsque la responsabilité pour négligence n'a pas déjà été établie, est futile et même insensé car cela permet de « mettre la charrue (la réparation) devant les bœufs (la responsabilité) » (*Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 55). Cette observation s'applique tout autant au demandeur qui cherche à obtenir la restitution des gains illicites, car la disponibilité de la réparation fondée sur les gains réalisés tient au fait que [TRADUCTION] « la réparation doit être en adéquation avec l'injustice qu'elle corrige » (E. J. Weinrib, « Restitutionary Damages as Corrective Justice » (2000), 1 *Theor. Inq. L.* 1, p. 23 (je souligne)).

[33] Par conséquent, il est important de se demander ce qui fait que la conduite négligente d'un défendeur est fautive. Comme l'a dit la Cour : « [l]e défendeur à une action en négligence n'est pas l'auteur d'un tort en général; il est uniquement l'auteur du préjudice qu'il cause réellement au demandeur » (*Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 16). Le droit d'être à l'abri de l'éventualité d'un préjudice n'existe pas; il existe seulement un droit de ne pas *subir* de préjudice découlant de l'exposition à un risque déraisonnable (E. J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (éd. rév. 2012), p. 153 et 157-158; R. Stevens, *Torts and Rights* (2007), p. 44-45 et 99). En d'autres mots, de « simples rumeurs » de négligence — la simple création d'un risque — ne constituent pas un comportement fautif. Accorder la restitution des gains illicites pour cause de négligence sans preuve de préjudice donnerait lieu à une réparation [TRADUCTION] « issue d'un néant juridique » (Weber,

p. 424). Ce serait là un changement radical tout à fait nouveau, [TRADUCTION] « [donnant] naissance du jour au lendemain à un nouveau délit » (Barton, Hines et Therien, p. 147).

[34] La difficulté est à tout le moins normative, mais elle n'est pas que ça. La difficulté pratique que pose la reconnaissance d'une action en négligence sans preuve de préjudice devient apparente lorsqu'on s'attarde au fonctionnement d'une telle action. Comme l'a reconnu la Cour d'appel, la possibilité pour tout demandeur exposé au risque généré par le défendeur de demander la restitution des gains illicites permettrait à *tout* demandeur d'avoir droit à *tous les gains* réalisés par le défendeur. Aucune réponse n'est donnée à la question de savoir pourquoi un demandeur précis est autorisé à recouvrer l'ensemble des gains réalisés par le défendeur. Pourtant, la justice réparatrice, le fondement de l'indemnisation en matière délictuelle, exige *précisément cela* : une explication quant aux raisons pour lesquelles *le demandeur est la partie qui a droit à la réparation* (Clements, par. 7; Weinrib (2000), p. 1-7). En droit de la responsabilité délictuelle, les demandeurs ne sont pas considérés comme de [TRADUCTION] « simples intermédiaires pratiques de conséquences sociales », mais plutôt comme « des personnes à qui des dommages-intérêts sont dus pour réparer le tort causé » (Weinrib (2000), p. 6). Une cause d'action qui favorise une course au recouvrement, en accordant un gain fortuit au premier demandeur qui se présente en cour, mine ce principe fondamental du droit de la responsabilité délictuelle.

[35] Ce n'est pas le type de changement progressif qui relève de la compétence des tribunaux appliquant la common law (*Salituro*, p. 670). Il s'ensuit que la nouvelle cause d'action proposée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie au procès.

(2) Restitution des gains illicites pour délit complet de négligence

[36] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que, même si la restitution des gains illicites pour acte fautif n'est pas une cause d'action indépendante, les demandeurs ont valablement plaidé les éléments du délit de négligence, et peuvent donc solliciter la restitution des gains illicites pour faute délictueuse pour cette raison. Bien que la restitution des gains illicites pour faute délictueuse ait d'abord été appliquée seulement dans le contexte des délits de nature propriétaire, dont le détournement, le dol et l'intrusion, son application s'est élargie à la fin du 20^e siècle (Martin, p. 505-506). Certains ont même laissé entendre que la restitution des gains illicites pourrait être disponible en cas de négligence dans certaines circonstances, et la question n'a pas encore été réglée (Edelman, p. 129-130; C.-M. O'Hagan, « Remedies », dans L. N. Klar et al., dir., *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 4, §200). Bien que cette question puisse devoir être tranchée dans le cadre d'une affaire qui s'y prête, comme je vais l'expliquer, les demandeurs n'ont pas valablement plaidé la négligence, et il est inutile de trancher la question en l'espèce.

[37] Le fait de causer un préjudice est un élément requis du délit de négligence. Comme je l'ai expliqué, la conduite du défendeur à une action en

négligence n'est fautive que dans la mesure où elle *cause* un préjudice (*Clements*, par. 16). Bien que les demandeurs soutiennent que la SLA avait une obligation de mise en garde contre les dangers inhérents aux ALV, notamment le risque de dépendance et de suicide, il n'est pas allégué que ces dangers se sont concrétisés. Les demandeurs ne font pas valoir que, grâce à une mise en garde adéquate, ils auraient dépensé moins d'argent en jouant sur des ALV ou encore qu'ils les auraient complètement évités.

[38] Par conséquent, je ne peux souscrire à la conclusion de la Cour d'appel portant que [TRADUCTION] « rien n'empêcherait [les demandeurs] de présenter des éléments de preuve montrant que le manquement à l'obligation (à supposer qu'il puisse être prouvé) a causé un certain préjudice » (par. 186). Je répète que le fait de causer un préjudice est un élément requis de la cause d'action en négligence, et qu'il doit être invoqué. En l'espèce, non seulement les demandeurs n'ont *pas* allégué avoir subi un préjudice, mais leurs actes de procédure mentionnent expressément qu'ils n'ont pas l'intention de le faire. Ils reconnaissent que l'absence d'allégation de préjudice découle d'une stratégie intentionnelle visant à accroître la probabilité d'obtenir l'autorisation d'exercer leur action en tant que recours collectif en évitant d'avoir à prouver le préjudice individuel. Cette demande n'a pas non plus de chance raisonnable d'être accueillie.

B. *Allégation de conduite criminelle*

[39] Les demandeurs affirment par ailleurs que le *Code criminel* interdit l'exploitation des ALV. Bien que la violation d'une loi ne soit pas une cause d'action reconnue (*La Reine c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 225), les allégations de conduite criminelle visent un double objectif. Premièrement, les demandeurs affirment que l'existence d'une conduite criminelle justifie l'octroi de réparations exceptionnelles en cas de violation de contrat, plus précisément la restitution des gains illicites ou les dommages-intérêts punitifs. Deuxièmement, les demandeurs soutiennent que si le comportement de la SLA est criminel, il n'y a aucun motif juridique pour l'enrichissement de la SLA au détriment des demandeurs, ce qui est le fondement de leur action pour enrichissement sans cause.

[40] Les demandeurs font valoir que les ALV sont intrinsèquement trompeurs au point où ils devraient être considérés comme un jeu « analogue » au jeu de bonneteau au sens indiqué à l'art. 206 du *Code criminel*, qui prévoit en partie ce qui suit :

206 (1) Est coupable d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans. . . quiconque, selon le cas :

...

(g) décide une personne à risquer ou hasarder de l'argent ou quelque autre bien ou chose de valeur sur le résultat d'un jeu de dés, d'un jeu de bonneteau, d'une planchette à poinçonner, d'une table à monnaie, ou sur le fonctionnement d'une roue de fortune;

...

(2) Au présent article, *bonneteau* s'entend du jeu communément appelé « *three-card monte* »; y est assimilé tout autre jeu analogue, qu'il soit

joué avec des cartes ou non et nonobstant le nombre de cartes ou autres choses utilisées dans le dessein de jouer.

Bien que l'al. 207(1)a) du *Code criminel* fasse bénéficier d'une exception les systèmes de loterie provinciaux relativement à la plupart des interdictions en matière de jeux et de paris, cette exception ne s'applique pas au jeu de bonneteau (al. 207(4)a)). Ainsi, selon cet argument, si les ALV sont des jeux analogues au jeu de bonneteau, leur exploitation serait illégale, même si elle relève d'un système de loterie provincial.

[41] Il est bien établi que l'interprétation des lois exige de dégager l'intention du législateur en lisant le texte législatif dans son contexte global, selon le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la loi. Lorsqu'il s'agit de déterminer quels jeux peuvent être considérés « analogues » au bonneteau, je garde aussi à l'esprit que les tribunaux ne peuvent créer de crimes de common law en procédant par interprétation (*R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 3).

[42] La Cour d'appel a conclu qu'une preuve d'expert est nécessaire pour savoir ce qui constitue l'essence du jeu de bonneteau, pour pouvoir ensuite évaluer si les ALV partagent les mêmes caractéristiques essentielles que celui-ci (par. 208). En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Bien qu'elle puisse aider la cour à décider si les éléments constitutifs d'une infraction sont établis pour une accusation en particulier, la preuve d'expert ne peut servir à définir les éléments d'une infraction

(*R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204, par. 73). Même si la preuve d'expert admissible peut en conséquence décrire les *caractéristiques* des ALV en vue d'établir les similarités avec le jeu de bonneteau, il appartient à la cour, et seulement à celle-ci, de dégager l'intention qu'avait le législateur en interdisant les jeux « analogues » au bonneteau.

[43] Si je commence par le libellé de l'interdiction, je constate que le par. 206(2) renvoie au « jeu communément appelé “*three-card monte*” » (je souligne). Le *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. 2004) définit le « *three-card monte* » comme un jeu qui se joue avec trois cartes [TRADUCTION] « où les joueurs parient sur une des trois cartes placées face cachée qu'ils croient être la reine ». De même, et peu avant que le Parlement ait adopté cette interdiction du *Code criminel*, la Cour d'appel du Québec a décrit le bonneteau comme [TRADUCTION] « un jeu qui se joue avec trois cartes [. . .] brassées ou manipulées par le donneur et placées face cachée, et où le joueur mise sur son aptitude à repérer une carte en particulier » (*The King c. Rosen and Lavoie* (1920), 61 D.L.R. 500 (C.A. Qué.), p. 502-503).

[44] Cependant, le libellé du par. 206(2) a une portée plus large, car il englobe tout jeu « analogue, qu'il soit joué avec des cartes ou non et nonobstant le nombre de cartes ou autres choses utilisées dans le dessein de jouer ». Les demandeurs soutiennent que cette définition élargie vise à englober tous les jeux de nature trompeuse en général. À mon avis, il ressort toutefois du contexte historique, des énoncés expliquant pourquoi la disposition a été adoptée et du libellé de la disposition

même, considéré dans son contexte, que cette interdiction n'a pas une portée aussi large.

[45] L'état du droit avant l'adoption de cette disposition nous éclaire de manière importante sur son objet. Dans l'arrêt *Rosen and Lavoie*, la Cour d'appel du Québec a conclu que le bonneteau ne contrevenait pas à l'infraction prévue dans le *Code criminel* qui consiste à tricher au jeu (art. 209). Peu après, le député de Jacques-Cartier a présenté un projet de loi d'initiative parlementaire visant à interdire particulièrement le bonneteau. Lors de la deuxième lecture, il a déclaré que les modifications proposées répondaient directement à l'arrêt *Rosen and Lavoie* et ciblaient précisément le jeu de bonneteau (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 2, 5^e sess., 13^e lég., 11 avril 1921, p. 1899). Quant à savoir pourquoi il était nécessaire d'aller plus loin en interdisant les jeux *analogues* au bonneteau, il a expliqué ce qui suit :

Si nous défendions de jouer avec trois cartes on jouerait peut-être avec quatre ou avec d'autres instruments que des cartes. Voilà pourquoi nous avons cru devoir étendre la portée de l'article de manière à comprendre les autres cas.

Le ministre de la Justice a fait siennes les déclarations du député et a décidé d'inclure les nouvelles dispositions dans un projet de loi général proposant des modifications au *Code criminel* (*Débat de la Chambre des communes*, vol. 2, p. 1898; voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, vol. 4, 5^e sess., 13^e lég., 6 mai 1921, p. 3006).

[46] Bien que la Cour ait reconnu que les déclarations de certains députés ne reflètent pas nécessairement l'intention générale du législateur (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 788-789), les propos rapportés ici ont été tenus par ceux qui étaient directement responsables de l'adoption de la disposition prohibant le bonneteau, et constituent à ce titre une preuve pertinente de l'intention du législateur. On y voit que le terme « analogue » a été inclus au par. 206(2) afin d'englober les jeux consistant à parier sur l'endroit où se trouve un objet en particulier après une série de mouvements, que le jeu soit joué avec trois cartes ou autrement.

[47] Le libellé de la disposition et son contexte tendent aussi à indiquer que l'interdiction visant les jeux *analogues* au bonneteau était dirigée vers les attributs réels du jeu et non vers la caractéristique abstraite de la tromperie. Il est permis de présumer que, si le législateur avait voulu interdire les jeux de hasard trompeurs en général, il l'aurait fait sans détour (*R. Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 207-208). Il n'est pas logique que le législateur ait choisi de créer une telle infraction en interdisant le jeu de bonneteau. Qui plus est, le bonneteau fait partie d'une liste de plusieurs autres types de jeux de hasard définis selon leurs caractéristiques physiques (planchette à poinçonner, table à monnaie et roue de fortune). Il serait anormal d'interpréter l'inclusion du jeu de bonneteau dans cette liste comme témoignant d'une intention d'interdire tous les jeux trompeurs (*Sullivan*, p. 230-234).

[48] Tout cela m'amène à conclure que les jeux « analogues » au bonneteau supposent, à tout le moins, qu'un joueur parie sur l'endroit où se trouve un objet après une série de manipulations. Rien dans les actes de procédure ne décrit les ALV comme fonctionnant de cette manière. Ainsi, l'allégation selon laquelle les ALV sont analogues au jeu de bonneteau n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

C. *Violation de contrat*

[49] À première vue, la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs pourrait recevoir un traitement différent que leur demande fondée sur la responsabilité délictuelle, puisque la violation de contrat — à la différence du délit de négligence — n'exige pas la preuve d'une perte comme élément de la cause d'action (*Rogers & Rogers Inc. c. Pinehurst Woodworking Co.* (2005), 14 B.L.R (4th) 142 (C. S. J. Ont.), par. 91). Or, cela n'est pas pertinent en l'espèce, puisque les demandeurs ont indiqué clairement — dans leurs actes de procédure et devant chaque juridiction — qu'ils sollicitaient seulement des réparations de nature *non compensatoire* pour la violation de contrat, soit la restitution des gains illicites et des dommages-intérêts punitifs. La question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs révèle une cause d'action *raisonnable* devrait être examinée à la lumière des réparations qu'ils cherchent à obtenir. La question que nous sommes ici appelés à trancher, en conséquence, est celle de savoir si les demandeurs ont droit à ces réparations, en tenant les faits allégués pour avérés.

(1) Restitution des gains illicites pour violation de contrat

[50] La réparation pécuniaire habituelle pour violation de contrat est l'octroi de dommages-intérêts, calculés en fonction de la situation dans laquelle le demandeur se serait trouvé si le contrat avait été exécuté (*Banque d'Amérique*, par. 25). En conséquence, les tenants de l'opinion traditionnelle soutiennent que la restitution des gains illicites réalisés par le défendeur n'est pas une réparation à laquelle donne droit la violation de contrat (H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-36 à 1-39; S. Watterson, « Gain-Based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales », dans E. Hondius et A. Janssen, dir., *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies throughout the World*, 29, p. 55; voir aussi *Asamera Oil Corp. Ltd. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 673).

[51] Plus récemment, les tribunaux ont reconnu que la restitution des gains illicites peut être possible en cas de violation de contrat dans certaines circonstances exceptionnelles (*Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.); *Banque d'Amérique*, par. 25 et 30-31). Dans l'arrêt *Blake*, le défendeur, un ancien membre du service du renseignement britannique, était devenu agent pour l'Union soviétique. Après avoir été découvert, il a été condamné à une peine d'emprisonnement de 42 ans, mais il s'est échappé de prison avant de fuir le pays. M. Blake a par la suite conclu un contrat pour la publication de ses mémoires, contrevenant ainsi à la clause de confidentialité du contrat de travail qu'il avait signé avec le service du

renseignement. La cour a cependant jugé que l'information contenue dans ses mémoires n'était [TRADUCTION] « plus confidentielle et que sa divulgation ne portait pas non plus atteinte à l'intérêt public » (p. 275). Par ailleurs, les obligations fiduciaires de M. Blake ont pris fin lorsqu'il a été congédié de son poste. La seule question était donc celle de savoir si la Couronne pouvait le poursuivre en restitution des gains illicites pour ne pas avoir respecté son contrat.

[52] S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Chambre, lord Nicholls a conclu que la restitution des gains illicites pour violation de contrat pouvait convenir dans certaines circonstances exceptionnelles, mais seulement dans la mesure où, à tout le moins, les dommages-intérêts, l'exécution en nature et l'injonction ne convenaient pas (*Blake*, p. 285; *One Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All. E.R. 649, par. 64; voir aussi Watterson, p. 55). Pour ce qui est des circonstances qui devraient être considérées exceptionnelles, lord Nicholls a conclu :

[TRADUCTION] Aucune règle fixe ne peut être prescrite. La cour tiendra compte de l'ensemble des circonstances, notamment de l'objet du contrat et de la clause qui n'a pas été respectée, des circonstances dans lesquelles la violation s'est produite, des conséquences de cette violation et du contexte dans lequel s'inscrit le recours. Un indice utile et général, quoique non exhaustif, réside dans la réponse à la question de savoir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d'exercer ses activités lucratives et de le priver ainsi de ses profits. [Je souligne; p. 285.]

[53] Rien en droit canadien ne va à l'encontre de la norme des circonstances « exceptionnelles » énoncée par lord Nicholls dans l'arrêt *Blake*. D'ailleurs,

l'observation suivante faite par la Cour au par. 31 de l'arrêt *Banque d'Amérique* — « [I]es tribunaux évitent généralement de recourir à cette méthode de calcul des dommages-intérêts [de la restitution] » — confirme que, à l'instar de la Chambre des lords dans l'arrêt *Blake*, elle estime que la restitution des gains illicites n'est pas une réparation généralement disponible. En particulier, et encore comme il a été conclu dans l'arrêt *Blake*, la restitution des gains illicites pour cause de violation de contrat n'est possible que si les autres réparations ne conviennent pas et que si les circonstances justifient d'accorder cette réparation. Pour ce qui est de ces circonstances, les tribunaux devraient en particulier établir si le demandeur avait un intérêt légitime à empêcher le défendeur d'exercer ses activités lucratives.

[54] En définitive, lord Nicholls a conclu dans l'arrêt *Blake* que les circonstances de l'affaire dont il était saisi étaient effectivement « exceptionnelles ». La mesure ordinaire de l'indemnisation pour la perte du profit escompté ne permettait pas de défendre l'intérêt de la Couronne, car la publication des mémoires de M. Blake n'avait causé aucun préjudice économique. Par ailleurs, de l'avis de lord Nicholls, la Couronne avait un intérêt légitime dans les profits réalisés par M. Blake parce que la clause de confidentialité à laquelle il était soumis [TRADUCTION] « se rapprochait d'une obligation fiduciaire » (p. 287). J'ouvre ici une parenthèse pour dire que, en toute déférence, je ne partage pas cette opinion quant au dernier point. La création d'une relation « quasi-fiduciaire », par application de la loi, est une notion étrangère au droit canadien (*RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada*

Inc., 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79, par. 51-54, la juge Abella (dissidente)). Je préfère donc l'opinion suivante du professeur McInnes :

[TRADUCTION]

Imposer dans un contexte contractuel une mesure de redressement sur le fondement d'une conception non définie de l'obligation *quasi*-fiduciaire néglige dangereusement la mise en garde formulée par le juge Sopinka, à savoir que de telles obligations « ne devraient pas être superposées [. . .] simplement pour améliorer la nature ou la portée du redressement ». Non seulement l'approche du lord Nicholls ne laisse voir aucun motif valable de responsabilité, mais elle invite implicitement les tribunaux d'instance inférieure à manipuler ainsi la doctrine d'*equity* à des fins utiles. Une telle pratique est incompatible avec l'élaboration d'un principe cohérent.

(« Gain-Based Relief for Breach of Contrat: *Attorney General v. Blake* » (2001), 35 *Can. Bus. L.J.* 72, p. 85, citant *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, p. 312)

[55] Quant aux circonstances qui *créeront* un intérêt légitime dans les activités lucratives du défendeur, je conviens avec le lord Nicholls que les limites de cette mesure de réparation [TRADUCTION] « doivent être forgées sur l'enclume de cas concrets » (*Blake*, p. 291). Je me permettrai, cependant, de faire quelques observations.

[56] Plusieurs universitaires ont reconnu qu'il est difficile de concilier la restitution des gains illicites pour violation de contrat et les principes de droit privé (voir, p. ex., E. J. Weinrib, « Punishment and Disgorgement as Contract Remedies » (2003), 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55, p. 70; D. Winterton, « Contract Theory and Gain-Based Recovery » (2013), 76 *M.L.R.* 1129; McInnes (2001)). La Cour est même allée plus loin en précisant que les décisions octroyant la restitution des gains illicites

pourraient avoir l'effet indésirable de décourager les « inexécution[s] contractuelle[s] [...] rentable[s] » (*Banque d'Amérique*, par. 30-31; Weinrib (2003), p. 73). Plus important encore, il est difficile d'expliquer la restitution des gains illicites pour violation de contrat sous l'angle de la justice réparatrice (Weinrib (2003), p. 57). Certes, il y a eu certaines tentatives pour formuler un principe de justice réparatrice, mais elles ont fait l'objet de nombreuses critiques (voir P. Benson, « Contract as a Transfer of Ownership » (2007) 48:5 *Wm. & Mary L. Rev.* 1673; A. Botterell, « Contractual Performance, Corrective Justice, and Disgorgement for Breach of Contract » (2010), 16 *Legal Theory* 135; et A. R. Sangiuliano, « A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, p. 160-174).

[57] À mon avis, l'élément essentiel pour élaborer les principes d'une indemnisation fondée sur les gains réalisés en cas de violation de contrat consiste à se demander quel intérêt légitime une telle mesure vise à défendre. Une approche cohérente qui concilierait la réparation accordée et la structure de la violation de contrat en tant que cause d'action devrait être privilégiée (McInnes (2001), p. 88-93; voir aussi N. W. Sage, « Disgorgement: From Property to Contract » (2016), 66 *U.T.L.J.* 244). À cette fin, il est utile de rappeler que les tribunaux ont longtemps accordé, dans certaines circonstances exceptionnelles, des réparations pécuniaires s'écartant de l'évaluation ordinaire de l'indemnisation pour la perte du profit escompté. C'est donc dire que, si les montants accordés au titre de la restitution des gains illicites quantifiés uniquement en fonction du profit réalisé par le défendeur sont

relativement nouveaux, d'autres réparations fondées sur les gains n'ont rien de nouveau. Par exemple, la Cour a accordé des dommages-intérêts calculés en fonction du montant que le défendeur avait économisé en raison d'une exécution fautive, alors que le demandeur ne se serait pas trouvé en meilleure position si le contrat avait été exécuté (*Sunshine Exploration Ltd. c. Dolly Varden Mines Ltd. (N.P.L.)*, [1970] R.C.S. 2). La Cour d'appel du Nunavut a suggéré une mesure de réparation semblable dans un cas où le préjudice causé par l'exécution fautive du défendeur était simplement trop difficile à quantifier (*Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, par. 88 (« *Inuit of Nunavut* »)). Des tribunaux ont aussi accordé ce que l'on pourrait appeler des [TRADUCTION] « dommages-intérêts tenant lieu de négociations » en vue d'empêcher un défendeur d'obtenir gratuitement un avantage qu'il n'avait pas négocié (*Wrotham Park Estate Co. c. Parkside Homes Ltd.*, [1974] 2 All. E.R. 321 (Ch. D.); *Smith c. Landstar Properties Inc.*, 2011 BCCA 44, 14 B.C.L.R. (4th) 48, par. 39-44; voir aussi *Morris-Garner*, par. 91-100). Comme l'a récemment expliqué la Cour suprême du Royaume-Uni dans l'arrêt *Morris-Garner*, au par. 95 :

[TRADUCTION] Des dommages-intérêts tenant lieu de négociations peuvent être accordés pour violation de contrat si la perte subie par le demandeur est dûment calculée en fonction de la valeur économique du droit qui a été violé, considéré comme un élément d'actif. [. . .] La raison en est que le demandeur a en substance été privé d'un élément d'actif important, et que sa perte peut donc être évaluée en calculant la valeur économique du droit en question, considéré comme un élément d'actif. Le défendeur a pris quelque chose sans rien fournir en retour, chose pour laquelle le demandeur a le droit d'exiger le paiement. [Je souligne.]

[58] Comme le démontrent ces divers exemples, un montant octroyé qui serait calculé en fonction du gain réalisé par le défendeur pourrait, dans certaines circonstances, servir un objectif compensatoire qui le distingue de la restitution des gains illicites et qui tend donc à fonder le recouvrement (McInnes (2001), p. 76-80; Weinrib (2003), p. 71-72; voir aussi *Morris-Garner*, par. 39-40). Qu'elles soient ou non considérées comme étant de nature compensatoire, ces affaires montrent le genre de circonstances dans lesquelles un demandeur a droit à une réparation pécuniaire qui lui aurait permis d'être dans une situation économique allant au-delà de celle dans laquelle il aurait été si le contrat avait été exécuté (voir Burrows, p. 672-677; McInnes (2014), p. 285). Il est vrai que les circonstances dans lesquelles il conviendra d'accorder une réparation fondée sur les gains réalisés ne peuvent pas être clairement définies à l'avance (*Blake*, p. 285; *Morris-Garner*, par. 94), mais on peut penser qu'à l'avenir, les intérêts légitimes protégés par une telle réparation ressembleront à ceux qui ont été protégés par le passé.

[59] Revenant à la présente affaire et appliquant la norme énoncée dans l'arrêt *Blake*, je ne peux que constater que la demande en restitution des gains illicites présentée par les demandeurs est manifestement vouée à l'échec. Je dis cela avant tout parce que la restitution des gains illicites n'est possible pour la violation de contrat que lorsque, à tout le moins, les autres réparations ne conviennent pas, ce qui se produit lorsque la nature de l'intérêt du demandeur est telle qu'il ne peut la faire valoir par d'autres formes de réparation. C'est ce qui arrive lorsque, par exemple, la perte subie par le demandeur est [TRADUCTION] « impossible à calculer » ou lorsque

l'intérêt du demandeur à ce que le contrat soit exécuté ne peut se traduire en termes purement économiques (*Inuit of Nunavut*, par. 80; voir aussi *Morris-Garner*, par. 39-40; Burrows, p. 676). Lorsque, comme en l'espèce, le demandeur soutient que le montant de la perte équivaut aux gains réalisés par le défendeur, mais qu'il intente simplement un recours en restitution des gains illicites, la réparation fondée sur les gains réalisés ne convient pas.

[60] Ma collègue la juge Karakatsanis laisse entendre que les dommages-intérêts compensatoires peuvent ne pas convenir en l'espèce parce que les ALV ne créent pas de relevés pour des clients précis et que la conduite de la SLA pourrait avoir contribué au manque de preuve des demandeurs. Cependant, les demandeurs ne font pas de telles allégations. Surtout, on ne peut dire que les dommages-intérêts compensatoires ne conviennent pas simplement parce que le demandeur refuse de prouver la perte, ou qu'il ne dispose pas d'une preuve suffisante pour l'établir (*Inuit of Nunavut*, par. 85; voir aussi *Morris-Garner*, par. 90). De plus, comme le démontre l'arrêt *Inuit of Nunavut*, le caractère inadéquat découle *non pas* de la disponibilité de la preuve, mais de la nature de l'intérêt du demandeur. Dans cette affaire, l'intérêt du demandeur visait le fait que le gouvernement du Canada avait accepté d'élaborer un plan général de surveillance afin de soutenir la collecte et l'analyse de [TRADUCTION] « renseignements sur l'état et la santé à long terme [. . .] de la région du Nunavut » (par. 9). Alors que le défaut du gouvernement canadien d'exécuter cette obligation a donné lieu à une perte déterminable pour les Inuits du Nunavut, cette perte ne pouvait être quantifiée du point de vue monétaire. La Cour

d'appel du Nunavut a donc reconnu qu'il conviendrait d'accorder des dommages-intérêts fondés sur les gains réalisés, évalués en fonction du montant que le gouvernement du Canada a épargné en contrevenant à l'entente. On est loin de la situation des demandeurs en l'espèce. Leurs pertes découlant du jeu sont facilement quantifiables et un octroi de dommages-intérêts compensatoires peut y remédier.

[61] La restitution des gains illicites pour violation de contrat est une mesure de réparation exceptionnelle; le demandeur ne peut choisir de s'en prévaloir pour éviter des questions de preuve. De plus, la violation de contrat qu'allèguent les demandeurs n'a rien d'exceptionnel. Une fois les allégations de conduite criminelle écartées (puisque j'ai conclu qu'elles devraient être radiées), les demandeurs prétendent simplement qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. On ne peut affirmer que les demandeurs ont un intérêt légitime dans les activités lucratives de la SLA.

[62] Il s'ensuit que les demandeurs n'ont aucune chance raisonnable d'obtenir la restitution des gains illicites pour violation de contrat.

(2) Dommmages-intérêts punitifs pour violation de contrat

[63] L'octroi de dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat est aussi une mesure exceptionnelle, mais elle sera accordée si la violation alléguée du contrat équivaut à une faute indépendante donnant ouverture à l'action (*Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 78). Comme l'a conclu la

Cour dans l'arrêt *Whiten*, il n'est pas nécessaire que la faute donnant ouverture à action soit d'ordre délictuel : des dommages-intérêts punitifs peuvent aussi être accordés lorsque le défendeur contrevient à une obligation contractuelle d'agir de bonne foi (par. 79).

[64] Comme j'ai conclu que toutes les autres demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec, la seule autre faute donnant ouverture à action est que la SLA aurait manqué à l'obligation d'agir de bonne foi qu'elle avait envers les demandeurs en vertu du contrat allégué. À cet égard, les demandeurs soutiennent :

[TRADUCTION] [L]a nature du contrat entre les parties et la vulnérabilité des demandeurs suppose une obligation d'agir de bonne foi qui exige que le défendeur tienne compte des intérêts des demandeurs au moins autant que des siens et qu'il n'offre ni ne fournisse un service ou un produit intrinsèquement dangereux. Le défendeur a manqué à son obligation implicite d'agir de bonne foi par ses activités de conception, de mise à l'essai, de recherche, de formulation, de mise au point, de fabrication ou de modification, de production, d'étiquetage, de publicité, de promotion, de distribution et/ou de vente ayant pour objet des ALV qui étaient intrinsèquement dangereux pour les utilisateurs, et que le défendeur savait ou aurait dû savoir qu'ils pouvaient mener à une dépendance.

(d.a., vol. II, p. 101-102)

[65] La Cour a cependant expliqué, dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 7, [2014] 3 R.C.S. 494, que ce ne sont pas tous les contrats qui imposent aux parties contractantes des obligations d'agir de bonne foi donnant ouverture à action. Bien que la bonne foi soit un principe directeur du droit canadien des contrats, c'est un principe qui se manifeste dans des situations précises. En particulier, son application se limite généralement aux catégories existantes de contrats et d'obligations (par. 66). Le

contrat qui unirait la SLA et les demandeurs n'entre dans aucune des catégories de bonne foi établies. Les demandeurs n'ont pas non plus soulevé d'argument visant à élargir ces catégories reconnues.

[66] En conséquence, la demande de dommages-intérêts punitifs présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

(3) La demande devrait-elle subsister pour ouvrir droit à des dommages-intérêts symboliques?

[67] La dernière question qui se pose quant à la violation de contrat est de savoir si la demande présentée par les demandeurs devrait subsister en tant que cause d'action vide de sens n'ouvrant droit à aucune des réparations sollicitées. Je ne le crois pas. Bien que je sois d'accord avec ma collègue la juge Karakatsanis pour dire qu'un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts symboliques sont possibles en théorie en tant que réparation pour la violation du contrat, une demande raisonnable en est une qui a une chance raisonnable d'atteindre le résultat recherché par le demandeur. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Certes, la situation qui nous occupe est inhabituelle. Non seulement les demandeurs ne revendiquent qu'une réparation fondée sur les gains réalisés et des dommages-intérêts punitifs (et j'ai conclu que ces deux mesures n'étaient pas disponibles dans les circonstances), mais les demandeurs ont expressément renoncé aux réparations quantifiées en fonction de la perte individuelle. En aucun temps les demandeurs n'ont fait valoir que leur demande devrait subsister parce que des dommages-intérêts symboliques étaient possibles. À

mon avis, la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs devrait être évaluée en fonction des questions soumises à la Cour — soit celle de savoir si une réparation fondée sur les gains ou des dommages-intérêts punitifs sont possibles dans les circonstances. Il est donc évident que la demande fondée sur la violation de contrat introduite par les demandeurs ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Permettre l'instruction de cette demande ne ferait que retarder l'inévitable et ne rendrait pas compte de « procédures de règlement des litiges [. . .] proportionnées » (*Hryniak*, par. 27).

(4) Autorisation d'exercer un recours collectif

[68] Même si la demande fondée sur la violation de contrat devait subsister, la décision d'autorisation du juge saisi de la demande devrait être revue. Étant donné ma conclusion que chacune des demandes présentées par les demandeurs devrait être radiée, il n'est pas nécessaire d'aborder la question de l'autorisation en détail. Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord avec ma collègue, cependant, pour dire que la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs, à elle seule, satisferait au critère du meilleur moyen prévu à l'al. 5(1)d) de la *Class Actions Act* (motifs de la juge Karakatsanis, par. 165-170). Comme je l'ai expliqué, les demandeurs n'ont pas droit à des dommages-intérêts punitifs ni à la restitution des gains illicites. Sans ces réparations, les demandeurs intenteraient une action pour violation de contrat dans laquelle chacun des demandeurs choisit en fait de réclamer des dommages-intérêts symboliques plutôt que des dommages-intérêts fondés sur la

perte réellement subie. Une telle action n'atteindrait pas les principaux objectifs du recours collectif, à savoir l'économie de ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice (*Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 27-28).

D. *Enrichissement sans cause*

[69] Les demandeurs se fondent également sur le cadre d'analyse de l'enrichissement sans cause (ou sur ce que la Cour d'appel a appelé [TRADUCTION] « l'enrichissement sans cause *simpliciter* »). Une telle action requiert qu'ils établissent que la SLA s'est enrichie, qu'ils ont subi un appauvrissement correspondant et que l'enrichissement et l'appauvrissement correspondant ont eu lieu en l'absence d'un motif juridique (*Moore*, par. 37). Les appelantes soutiennent que cette action est vouée à l'échec parce que, même si la SLA s'est enrichie aux dépens des demandeurs, un motif juridique justifie l'échange qui a eu lieu.

[70] L'élément de motif juridique de l'analyse de l'enrichissement sans cause comporte deux étapes. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'aucune des catégories établies de motifs juridiques ne peut justifier l'enrichissement du défendeur. Si aucune des catégories établies de motifs juridiques ne s'applique, le demandeur aura alors établi une preuve *prima facie* d'enrichissement sans cause. À la deuxième étape, le défendeur peut réfuter la preuve *prima facie* du demandeur en démontrant qu'il existe un autre motif de refuser le recouvrement (*Moore*, par. 57-58).

[71] En l'espèce, je n'ai pas besoin d'aller au-delà de la première étape de l'analyse. Les demandeurs allèguent dans leurs propres actes de procédure qu'il y avait un contrat entre eux et la SLA, en vertu duquel ils devaient payer pour jouer sur les ALV. Un défendeur qui tire un avantage dans le cadre d'un contrat valide est justifié de conserver cet avantage (*Moore*, par. 57). Rien dans les actes de procédure, à part peut-être les allégations de conduite criminelle qui, comme je l'ai conclu, sont vouées à l'échec, ne pourrait entacher la validité du contrat qui serait intervenu entre les demandeurs et la SLA. En conséquence, je conviens avec les appelantes que la demande pour enrichissement sans cause présentée par les demandeurs n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

IV. Conclusion

[72] Toutes les demandes présentées par les demandeurs sont vouées à l'échec parce qu'elles ne révèlent aucune cause d'action raisonnable. J'accueillerais donc les pourvois, j'annulerais l'ordonnance autorisant l'exercice du recours collectif et je radierais la déclaration des demandeurs en entier. Les appelantes n'ont pas demandé que leurs dépens soient adjugés; par conséquent, je n'en adjugerais aucun.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Karakatsanis, Martin et Kasirer rendus par

I. Introduction

[73] Les demandeurs dans le présent recours collectif projeté font valoir que les jeux sur appareils de loterie vidéo (ALV) offerts par la Société des loteries de l'Atlantique (SLA) à Terre-Neuve-et-Labrador sont trompeurs, nocifs et intrinsèquement générateurs de dépendance. Ils soutiennent aussi que la SLA, qui est à la fois un organisme de réglementation et une société commerciale, a délibérément mis les membres du public payant à risque de dépendance en les trompant dans le seul but de faire de l'argent. Dans leur déclaration, ils sollicitent une réparation fondée sur les gains réalisés en invoquant sept causes d'action possibles.

[74] Le juge saisi de la demande à la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté la demande de la SLA en radiation de la déclaration des demandeurs et a autorisé le recours collectif. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador ont radié deux demandes, mais ont permis que les autres prennent la forme d'un recours collectif. La SLA et plusieurs tierces parties interjettent maintenant appel devant la Cour.

[75] La Cour est appelée à trancher deux questions principales : s'il y a lieu de radier les demandes présentées par les demandeurs et s'il y a lieu d'autoriser leur recours collectif. La Cour n'a pas à se prononcer sur la question de savoir si les demandeurs auront gain de cause dans leur action, mais plutôt sur l'opportunité de permettre que celle-ci soit instruite, et ce, par voie de recours collectif.

[76] Je suis d'accord avec le juge Brown pour dire qu'un simple manquement à une obligation de diligence, en l'absence de perte, ne peut fonder une demande de restitution des gains illicites et que l'expression « renonciation au recours délictuel » ne devrait pas être employée pour désigner une cause d'action. Je suis également d'accord pour dire que les ALV ne peuvent constituer un jeu de « bonneteau » au sens donné à ce terme dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et que la demande fondée sur l'enrichissement sans cause présentée par les demandeurs doit être radiée. Toutefois, je ne souscris pas à son analyse de la question de savoir si la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une cause d'action raisonnable, ni à sa conclusion selon laquelle il n'y a aucune réparation possible pour cette violation.

[77] Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure que les questions communes liées à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et à la possibilité d'ordonner la restitution des gains illicites de la SLA à titre de réparation ont été certifiées à bon droit. Toutefois, au vu du dossier, je ne certifierais pas la question de la possibilité d'accorder des mesures de redressement pécuniaire global en tant que question commune. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les présents pourvois en partie seulement : je permettrais que la demande fondée sur la violation de contrat suive son cours et demeure certifiée à titre de recours collectif.

II. Déclaration et historique procédural

[78] La SLA est une personne morale constituée sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44 (*LCSA*), dont les actionnaires sont les gouvernements des quatre provinces de l'Atlantique, y compris Terre-Neuve-et-Labrador. En vertu du règlement intitulé *Video Lottery Regulations*, C.N.L.R. 760/96, pris en application de la *Lotteries Act*, S.N.L. 1991, c. 53, la SLA est autorisée à offrir des jeux de hasard au public. Dans le cadre de cette entreprise, la SLA offre des jeux au moyen d'ALV à des emplacements approuvés.

[79] Les demandeurs, Douglas Babstock et Fred Small, sont des particuliers qui veulent représenter les demandeurs dans un recours collectif contre la SLA. Dans leur déclaration, les demandeurs intentent un recours collectif au nom des personnes et des successions qui ont été lésées par les jeux de hasard sur des ALV que la défenderesse, la SLA, administre dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador. La SLA n'a pas encore déposé sa défense.

[80] Les demandeurs affirment que la SLA est à la fois un organisme de réglementation et une société commerciale à but lucratif, qui verse à la province des profits de l'ordre de 60 à 90 millions de dollars annuellement. Dans leur déclaration, ils soutiennent que la SLA sait ou devrait savoir que les ALV sont — et ont été conçus pour être — intrinsèquement trompeurs, générateurs de dépendance et dangereux, programmés pour créer des distorsions cognitives des perceptions chez les consommateurs quant aux possibilités de gagner. Les demandeurs affirment que la SLA a agi de mauvaise foi, et que le caractère répréhensible de la conduite de la SLA

est pertinent en ce qui concerne la question de la réparation. Ils ne réclament rien au titre de préjudices personnels, mais sollicitent plutôt, entre autres réparations, des dommages-intérêts d'un montant égal au gain illicite total obtenu par la SLA auprès des membres du groupe, la restitution des gains illicites de la SLA et des dommages-intérêts punitifs.

[81] La SLA a mis en cause plusieurs tiers, y compris VLC, Inc.; IGT-Canada Inc.; International Game Technology; Spielo International Canada ULC; et Tech Link International Entertainment Limited (collectivement, les tierces parties), qui sont des fabricants et fournisseurs d'ALV et qui ont fourni des ALV à la SLA pendant la période visée par le recours collectif projeté.

[82] Les demandeurs ont présenté une demande d'autorisation d'exercer un recours collectif sous le régime de la *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1 (CAA), et la SLA a présenté une requête en radiation de la déclaration des demandeurs en application de l'art. 14.24 des *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D.

III. Décisions sur la demande fondée sur la violation de contrat et sur l'autorisation d'exercer le recours collectif

A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador (2014 NLTD(G) 114, 356 Nfld. & P.E.I.R. 293, et 2016 NLTD(G) 216, 93 C.P.C. (7th) 307 (le juge Faour))*

[83] Statuant sur la demande de la SLA en radiation de l'action, le juge a conclu que la violation de contrat était une cause d'action raisonnable et que la restitution des gains illicites pouvait éventuellement être accordée à titre de réparation. Il a rejeté l'argument voulant que, en raison de la qualité d'organisme de réglementation de la SLA, il ne pouvait y avoir de conditions implicites dans ses contrats avec les demandeurs, et a conclu qu'il n'était pas évident et manifeste que la SLA serait en mesure d'opposer une défense à chaque allégation sur le fondement de sa qualité d'organisme de réglementation. Selon le juge, le fait que les demandeurs n'aient pas plaidé de préjudice ou de perte individuelle découlant de la violation de contrat, mais qu'ils ont plutôt réclamé le gain que les défendeurs ont tiré de la violation, ne faisait pas obstacle à leur cause d'action. Dans ses motifs relatifs à l'autorisation (qui portaient sur d'autres demandes, outre la violation de contrat), le juge Faour a conclu que les critères en vue de l'autorisation du recours collectif avaient été établis.

B. *Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2018 NLCA 71, 29 C.P.C. (8th) 1 (les juges Green, Welsh et Harrington))*

[84] En Cour d'appel, le juge Green, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a confirmé la conclusion du juge saisi de la demande, selon laquelle la violation de contrat était une cause d'action raisonnable parce qu'elle donnait ouverture à action en l'absence de perte plaidée ou prouvée. Les juges majoritaires ont conclu que la restitution des gains illicites était une réparation possible en raison de ses paramètres incertains; on ne pouvait affirmer que la demande de restitution des

gains illicites était vouée à l'échec. Les juges majoritaires ont en outre refusé de radier la demande de dommages-intérêts punitifs présentée par les demandeurs, en raison de leurs allégations selon lesquelles la SLA s'était livrée à un comportement répréhensible et abusif. Enfin, les juges majoritaires ont conclu que le juge saisi de la demande n'avait pas commis d'erreur en autorisant le recours collectif des demandeurs.

[85] La juge Welsh, dissidente, a conclu que la demande fondée sur la violation de contrat devrait être radiée parce que les demandeurs n'avaient pas plaidé de perte ou de préjudice.

IV. Analyse

[86] Dans les présents motifs, j'examine deux questions. D'abord, la violation de contrat est-elle une cause d'action raisonnable au vu des actes de procédure en l'espèce? Ensuite, l'action en violation de contrat devrait-elle demeurer autorisée en tant que recours collectif?

A. *Norme applicable à la requête en radiation*

[87] Un acte de procédure peut être radié ou modifié au motif qu'il ne révèle aucune cause d'action ou moyen de défense raisonnable (*Rules of the Supreme Court, 1986*, al. 14.24(1a)). Pour décider s'il y a lieu de radier un acte de procédure pour ce motif, la question est de savoir si la demande n'a « aucune possibilité raisonnable

d'être accueillie » (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17), ou s'il est « évident et manifeste » que l'action ne saurait aboutir (*Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980). Il s'agit d'une norme élevée qui s'applique aux conclusions de fait, aux conclusions de droit et aux conclusions mixtes de fait et de droit. Les faits allégués sont présumés vrais « sauf s'ils ne peuvent manifestement pas être prouvés » (*Imperial Tobacco*, par. 22).

[88] Lorsqu'il est saisi d'une requête en radiation, le tribunal doit interpréter la déclaration « de manière aussi libérale que possible et [. . .] remédier à tout vice de forme, imputable à une carence rédactionnelle, qui aurait pu se glisser dans les allégations » (*Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 451), parce que [TRADUCTION] « les causes doivent, si possible, être jugées au fond » (*Montreal Trust Co. of Canada c. Hickman*, 2001 NFCA 42, 204 Nfld. & P.E.I.R. 58, par. 12). Parfois, une cause d'action alléguée est si nettement contraire à la jurisprudence, au principe sous-jacent et aux conséquences sociales souhaitables que, sans égard à la preuve présentée au procès, le tribunal peut affirmer avec certitude que l'action ne saurait aboutir. Ce n'est toutefois pas souvent le cas, et notre système de common law évolue généralement sur le fondement d'éléments de preuve concrets présentés à des juges dans le cadre de procès.

[89] Voilà pourquoi les demandes qui ne contiennent pas de « vice fondamental » (*Hunt*, p. 980) devraient néanmoins être instruites. Les tribunaux doivent se demander si les actes de procédure suffisent pour informer le défendeur de

l'essence de la réclamation du demandeur (*Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 15) et si [TRADUCTION] « les faits allégués appuieraient une ou plusieurs causes d'action défendables » (*Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2009 NWTCA 3, 524 A.R. 1, par. 5). Dans l'arrêt *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, la Cour a expliqué qu'un « fait générateur », c'est-à-dire une cause d'action, « est un état de fait qui fonde une action en justice » (par. 27).

[90] En conséquence, le seuil à atteindre pour la radiation d'une demande est élevé. Lorsque la demande a une possibilité raisonnable d'être accueillie, il faut permettre qu'elle soit instruite (*Imperial Tobacco*, par. 17 et 21). La Cour doit donc se demander si les actes de procédure, tels qu'ils sont rédigés ou peuvent raisonnablement être modifiés, révèlent une question qui n'est pas vouée à l'échec (*Hunt*, p. 978, citant *Minnes c. Minnes* (1962), 39 W.W.R. 112 (C.A.C.-B), p. 116 et 122).

B. *Violation de contrat*

(1) La violation de contrat en tant que cause d'action

[91] Les éléments d'une cause d'action pour violation de contrat sont l'existence d'un contrat et la violation d'une condition de celui-ci. Pour faire radier la demande fondée sur la violation de contrat, la SLA et les tierces parties doivent démontrer soit qu'un fait nécessaire n'est pas allégué, soit qu'il existe un motif d'ordre juridique pour lequel aucune condition contractuelle n'existait ou ne pouvait

être violée. À mon avis, elles n'ont fait ni l'un ni l'autre. Comme je l'explique plus loin, les demandeurs ont fait valoir tous les éléments nécessaires pour étayer une demande fondée sur la violation de contrat en l'espèce. J'examine d'abord la déclaration des demandeurs de façon plus générale avant d'aborder la demande fondée sur la violation de contrat.

[92] Les demandeurs soutiennent qu'un nombre disproportionné de joueurs d'ALV ont développé une dépendance au jeu et sont la source d'une part disproportionnellement grande des revenus que la SLA tire des ALV dans la province. Selon les actes de procédure, à Terre-Neuve-et-Labrador, 9,7 p. 100 des joueurs d'ALV courent un risque modéré de devenir des joueurs à problèmes et un autre 8,6 p. 100 sont des joueurs à problèmes, en comparaison à un taux de jeu problématique de seulement 3 p. 100 environ pour les autres formes de jeu de hasard. Les demandeurs n'ont pas fait valoir que l'un ou l'autre des représentants des demandeurs est un joueur à problèmes.

[93] De plus, les demandeurs affirment dans leur déclaration que les ALV sont trompeurs en ce sens que le fonctionnement du jeu de même que les probabilités de gagner sont tenus secrets. Les ALV seraient munis de rouleaux virtuels asymétriques programmés pour pondérer la distribution de symboles de sorte que les rouleaux visuels donnent une fausse impression des probabilités de gagner. Les demandeurs soutiennent aussi que les appareils sont munis d'un bouton d'arrêt qui crée l'illusion de contrôle sur le résultat, mais qui est trompeur en ce qu'il ne procure pas un tel

contrôle : en réalité, le résultat est fondé sur un générateur de numéros aléatoires. De plus, les demandeurs font valoir dans les actes de procédure que la SLA connaît ou devrait connaître la nature trompeuse des ALV et que ces caractéristiques de conception trompeuses peuvent être éliminées de sorte que les ALV soient une forme relativement sûre de jeu et représentent une source raisonnable de profits.

[94] Quant à la demande fondée sur la violation de contrat, les demandeurs affirment qu'il existait entre les parties un contrat [TRADUCTION] « ayant pour objet d'offrir une façon sûre, interactive et divertissante de jouer à des jeux de hasard donnant la possibilité de gagner de petits lots en argent en contrepartie de petites mises d'argent fréquentes » (déclaration, par. 46). En raison de l'absence de contrat écrit entre les parties, leur demande repose sur l'existence d'un contrat implicite. Selon les demandeurs, la SLA a violé certaines conditions du contrat.

[95] La première condition implicite est une garantie que les ALV étaient de qualité marchande et propres à être utilisés — c'est-à-dire qu'ils n'étaient pas intrinsèquement dangereux. La SLA aurait violé cette condition par ses activités [TRADUCTION] « de conception, de mise à l'essai, de recherche, de formulation, de mise au point, de fabrication ou de modification, de production, d'étiquetage, de publicité, de promotion, de distribution et/ou de vente » ayant pour objet des ALV qui étaient « intrinsèquement dangereux pour les utilisateurs » (déclaration, par. 47). Les demandeurs soutiennent que la SLA savait ou aurait dû savoir que l'utilisation des ALV mènerait à une dépendance et à une accoutumance. Subsidiairement, les

demandeurs affirment que la SLA a violé une deuxième condition contractuelle implicite, à savoir celle de faire preuve de compétence et de diligence raisonnables dans la fourniture de jeux sur ALV. Selon les demandeurs, un élément accessoire nécessaire découle de cette deuxième condition implicite, soit que la SLA avait envers le groupe de demandeurs une obligation de mise en garde contre tout danger inhérent à la consommation des jeux et de s'assurer de la sécurité des jeux, obligation dont la SLA ne se serait pas acquittée selon eux. Enfin, les demandeurs soutiennent que la SLA aurait violé une condition implicite d'agir de bonne foi.

[96] En l'espèce, les demandeurs ont invoqué la nature du contrat entre les parties, les conditions qu'ils affirment être implicites et la manière dont la SLA aurait violé le contrat conclu entre eux. L'existence et la violation de ces conditions implicites constituent donc des questions qui feraient habituellement l'objet d'un procès. De fait, comme l'a confirmé la Cour dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, il peut y avoir introduction dans un contrat de conditions implicites

fondées sur l'existence d'une intention présumée des parties, soit la condition implicite dont l'introduction est nécessaire « pour donner à un contrat de l'efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de "l'observateur objectif", [condition] dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu'elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise » . . .

(par. 27, citant *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, p. 775)

[97] Il s'agit de la manière la plus couramment invoquée d'inférer l'existence de conditions implicites dans un contrat, et elle exige une détermination factuelle fondée sur la preuve présentée dans une affaire donnée. Par conséquent, on dit souvent de ces conditions qu'elles sont « implicites en fait », et l'existence d'une telle condition dans un contrat est une question de fait qui doit être établie au procès (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3e éd. 2016), p. 176-178).

[98] Les tierces parties soutiennent toutefois que les parties n'auraient pas pu incorporer implicitement ces conditions contractuelles parce que la SLA, une des parties au contrat allégué, est un organisme de réglementation public. Ils soutiennent que le contrat en l'espèce vise simplement le droit de jouer à un jeu sur ALV qui a été approuvé par la SLA en sa qualité d'organisme de réglementation, dont les pouvoirs ne peuvent être limités ou entravés par l'incorporation de conditions implicites dans le contrat de jeu.

[99] Je ne vois aucune raison de conclure, à ce stade préliminaire, que les conditions que les demandeurs prétendent être implicites en fait ne peuvent pas être invoquées en droit. Sans trancher la question de savoir si la SLA agissait en sa qualité de personne physique en lien avec ses opérations liées aux ALV, je remarque que la SLA est habilitée à conclure des contrats, étant donné qu'elle a la capacité, les droits, pouvoirs et privilèges d'une personne physique (*LCSA*, par. 15(1)). Dans le cadre d'une requête en radiation, il ne suffit pas que les tierces parties invoquent de façon générale le rôle de la SLA en tant qu'« organisme de réglementation » pour établir

l'existence d'un obstacle juridique à l'incorporation implicite de ces conditions contractuelles.

[100] De fait, les tierces parties n'ont pas renvoyé à quoi que ce soit dans le régime réglementaire qui écarterait manifestement les conditions que les demandeurs prétendent être implicites lorsque la SLA vend des jeux aux membres du public joueurs. En vertu de l'art. 5 de la *Lotteries Act*, le lieutenant-gouverneur en conseil est autorisé à prendre des règlements en lien avec les loteries, notamment en ce qui a trait aux montants et aux valeurs des lots, aux modalités et conditions qui s'y rattachent et à la contrepartie à payer ou à donner pour obtenir une chance de gagner des lots (al. 5d) et e)). L'article 8 du *Video Lottery Regulations* énonce quelques-unes de ces conditions et interdit l'exploitation d'ALV qui ne respectent pas certaines exigences — y compris le montant des mises, le risque pécuniaire encouru par un joueur sur un jeu et les montants minimal et maximal des lots par rapport à l'argent accepté (entre 80 p. 100 et 96 p. 100). Bien que certaines règles du jeu soient ainsi énoncées dans ce régime réglementaire, celui-ci laisse place à l'incorporation de conditions implicites qui touchent à l'essentiel de ce dont se plaignent les demandeurs, à savoir la dissimulation du fonctionnement du jeu, des probabilités de gagner et des rouleaux visuels asymétriques qui donnent aux joueurs une illusion de contrôle.

[101] Autrement dit, à ce stade préliminaire, je ne vois rien dans le régime réglementaire qui empêcherait l'application régulière du droit des contrats ou qui soit incompatible avec une condition contractuelle liée à la façon dont la SLA assure la

sécurité et la transparence des jeux qu'elle offre au public. Qui plus est, il n'est pas évident et manifeste que l'incorporation de conditions implicites qu'allègent les demandeurs toucherait ou entraverait indûment le pouvoir de la SLA. En vertu du *Video Lottery Regulations*, la SLA est autorisée à approuver les loteries vidéo (c'est-à-dire un système ou une entreprise constitués d'un ou de plusieurs ALV) et leurs emplacements et la publicité faite à leur égard (al. 2e) et art. 3, 5 et 10); la fabrication, la fourniture et l'exploitation d'ALV (art. 4 et 6); et l'exploitation de jeux de loterie vidéo (art. 4). Toutefois, il est préférable que la question de l'incidence éventuelle des conditions implicites alléguées sur le pouvoir de la SLA et celle de l'interaction, s'il en est, entre un tel contrat et les principes constituant une entrave, soient tranchées en fonction d'un dossier factuel complet et étoffé (voir *Andrews c. Canada (Attorney General)*, 2014 NLCA 32, 354 Nfld. & P.E.I.R. 42; *Levy c. British Columbia (Crime Victim Assistance Program)*, 2018 BCCA 36, 7 B.C.L.R. (6th) 84). Cela est d'autant plus vrai compte tenu des questions d'ordre public en jeu, soulevant l'introduction de conditions implicites qui visent à protéger la sécurité du public par l'élimination du risque de dépendance ou la mise en garde contre ce risque.

[102] Il n'est donc pas évident et manifeste que les modalités contractuelles alléguées sont inexistantes en droit. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les demandeurs, dans leur déclaration, invoquent une modalité contractuelle et une violation de celle-ci — les éléments nécessaires d'une demande fondée sur la violation de contrat.

(2) Réparations possibles pour violation de contrat

[103] Le juge Brown conclut que la cause d'action pour violation de contrat, telle que formulée, est vouée à l'échec car il est évident et manifeste qu'il n'y a aucune réparation possible pour cette demande. Comme je vais l'expliquer, je ne peux convenir qu'il n'y a pas de cause d'action valable pour violation de contrat du fait qu'il n'y a *aucune* réparation possible. À mon avis, plusieurs réparations pourraient être accordées aux demandeurs au vu de leurs actes de procédure, notamment des dommages-intérêts symboliques, un jugement déclaratoire, la restitution des gains illicites et les dommages-intérêts punitifs.

(a) *Dommages-intérêts symboliques ou jugement déclaratoire*

[104] Contrairement à une demande fondée sur la négligence, la perte n'est pas un élément essentiel d'une cause d'action pour violation de contrat. À mon avis, il y a matière à action en justice pour violation de contrat et matière à obtention de réparations contre la SLA même si les actes de procédure ne font pas état d'une perte personnelle en particulier. Par exemple, un tribunal qui conclut à la violation de contrat pourra faire des déclarations de droit obligatoires, qu'un redressement en conséquence soit ou puisse être demandé ou non, et qu'un jugement déclaratoire soit demandé ou non à titre de réparation (*Rules of the Supreme Court, 1986*, par. 7.16; voir aussi L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4e éd. 2016), p. 5-6; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, p. 647-648).

[105] De plus, des dommages-intérêts symboliques peuvent être accordés dans tous les cas de violation de contrat comme manière [TRADUCTION] « d'affirmer [. . .] qu'il y a atteinte à un droit reconnu par la loi » (*Owners of the Steamship "Mediana" c. Owners, Master and Crew of the Lightship "Comet"*, [1900] A.C. 113 (H.L.), p. 116, motifs du lord chancelier Halsbury). Par conséquent, les dommages-intérêts symboliques peuvent toujours être accordés pour des causes d'action, comme la violation de contrat, qui ne nécessitent pas une preuve de perte, même s'ils ne sont pas demandés dans les actes de procédure (voir, p. ex., *Place Concorde East Ltd. Partnership c. Shelter Corp. of Canada Ltd.* (2006), 211 O.A.C. 141, par. 56 et 75-78; *Saskatchewan Government Insurance c. Wilson*, 2012 SKCA 106, 405 Sask. R. 8, par. 13; J. Edelman, *McGregor on Damages* (20e éd. 2018), p. 406-407; M. Gannage, « Nominal Damages for Breach of Contract in Canada » (2011), 69 *The Advocate* 833, p. 834; J. Cassels et E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages* (3e éd. 2014), p. 355). À supposer que les demandeurs puissent, au final, prouver l'existence d'un contrat et la violation de celui-ci par la SLA, ils pourraient avoir droit à des dommages-intérêts symboliques.

[106] Les plaideurs ont le droit de faire valoir des causes d'action raisonnables pour défendre leurs droits. À mon avis, la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs est une cause d'action raisonnable. Puisqu'elle donne ouverture à une action sans preuve de perte, elle implique toujours, nécessairement, des dommages-intérêts symboliques. Ce fait à lui seul exclut la radiation de la demande.

(b) *Restitution des gains illicites*

[107] Bien que je sois d'accord avec le juge Brown pour dire que la restitution des gains illicites n'est pas une *cause d'action* indépendante et n'a aucune chance raisonnable de succès à ce titre, il ne s'ensuit pas que la restitution des gains illicites ne peut pas être plaidée en tant que *réparation* pour violation de contrat. Comme je l'expliquerai, la restitution des gains illicites peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat, même si la question de savoir si elle est appropriée en l'espèce doit être tranchée au procès, et ne peut l'être au vu des actes de procédure à eux seuls.

[108] La réparation habituelle pour violation de contrat est l'indemnisation, généralement évaluée sous forme de dommages-intérêts en fonction de la perte du profit escompté (*Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 26; L. D. Smith, « Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and 'Efficient Breach' » (1995) 24 *Can. Bus. L.J.* 121, p. 123; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 645). Cela signifie que le demandeur a généralement droit à des « dommages-intérêts [qui le] place[nt] dans la situation où [il] se serait trouvé[. . .] si le contrat avait été exécuté » (*Robinson c. Harman* (1848), 1 Ex. 850, p. 855; voir aussi *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, par. 27).

[109] Néanmoins, malgré cette approche habituelle, le principe d'indemnisation ne s'applique pas toujours; il existe des exceptions bien établies à ce principe et d'autres formes de réparation peuvent être appropriées, comme l'exécution en nature du contrat ou l'injonction (*IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, par. 36; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415, par. 14; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (feuilles mobiles), p. 2-1).

[110] Par ailleurs, dans certaines situations, la restitution des gains illicites du défendeur peut être une réparation appropriée en cas de violation de contrat. La restitution des gains illicites est une mesure de redressement fondée uniquement sur le profit du défendeur, plutôt que sur la perte du demandeur (Edelman (2018), p. 472-473). Il s'agit d'une réparation exceptionnelle, qui peut être accordée lorsqu'un demandeur démontre que les réparations ordinaires du droit des contrats sont inadéquates pour protéger et défendre son droit contractuel.

[111] Dans l'arrêt *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), la Chambre des lords a ordonné la restitution des gains illicites à titre de réparation pour une violation de contrat. En 1989, George Blake, ancien membre du service secret du renseignement du Royaume-Uni (et espion soviétique), a conclu un contrat de publication d'un livre contenant des secrets d'État qu'il s'était engagé à ne jamais révéler, violant ainsi son engagement contractuel. Cependant, au moment de la publication, les renseignements n'étaient pas confidentiels et leur divulgation ne causait aucun préjudice à Sa Majesté. Il n'y avait donc rien à indemniser. Des

dommages-intérêts compensatoires ne pouvaient ni défendre le droit contractuel du gouvernement, ni dissuader et dénoncer la faute commise par le défendeur.

[112] Les juges majoritaires de la Chambre des lords ont conclu que la restitution des gains illicites tirés de ce contrat de publication — environ 90 000 £ — était la réparation appropriée eu égard à l'ensemble des circonstances pour la violation de l'engagement. En statuant que la restitution des gains illicites était la réparation appropriée, le lord Nicholls a expliqué ce qui suit :

[TRADUCTION] Normalement, les réparations que sont les dommages-intérêts, l'exécution en nature et l'injonction, conjuguées à la qualification de certaines obligations contractuelles en tant qu'obligations fiduciaires, fourniront une réponse adéquate à une violation de contrat. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles, lorsque ces réparations sont inadéquates, que se posera la question de la remise des profits.
[p. 285]

[113] Le lord Nicholls a statué qu'[TRADUCTION] « [a]ucune règle fixe ne peut être prescrite » dans cette analyse et il a souligné l'importance de tenir compte de l'ensemble des circonstances, y compris :

- a) l'objet du contrat;
- b) l'objet de la clause contractuelle qui a fait l'objet de la violation;
- c) les circonstances dans lesquelles la violation s'est produite;

d) les conséquences de cette violation;

e) les circonstances dans lesquelles la réparation est demandée.

[114] Les juges majoritaires de la Chambre des lords ont conclu que la restitution des gains illicites était appropriée dans les circonstances, notamment les suivantes : le procureur général avait un intérêt légitime à empêcher M. Blake de tirer profit de la divulgation de renseignements confidentiels; M. Blake avait une obligation quasi-fiduciaire envers le service du renseignement; les profits de M. Blake provenaient indirectement des violations qu'il avait commises dans les années 1950 (qui lui ont apporté la notoriété ayant mené au contrat de publication); et le fait de donner aux agents un incitatif financier à violer leur engagement aurait mis en péril l'efficacité du service du renseignement (p. 286-287).

[115] Bien que l'arrêt *Blake* ait établi une norme ouvrant droit à la restitution des gains illicites dans des « circonstances exceptionnelles », certains ont souligné la nécessité de circonscrire davantage la réparation et de mieux la concilier avec les principes de droit privé (voir, p. ex., A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4e éd. 2018), p. 582; S. M. Waddams, « Breach of Contract and the Concept of Wrongdoing » (2000), 12 *S.C.L.R.* (2d) 1, p. 7-13). La réparation de restitution des gains illicites peut paraître plus difficile à justifier au regard des principes contractuels traditionnels que les dommages-intérêts compensatoires ou restitutoires, puisque l'évaluation du redressement n'est pas fondée sur ce qui a été

transféré ou soustrait du demandeur (J. Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (2002), p. 81).

[116] Toutefois, les réparations de nature non compensatoire pour violation de contrat ne sont pas intrinsèquement contraires aux principes de droit privé. Par exemple, des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés pour violation de contrat, même s'ils n'ont pas de lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir comme compensation (voir, p. ex., *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, par. 92). Ainsi, la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs pour violation de contrat confirme que les réparations fondées sur les gains réalisés, comme la restitution des gains illicites, sont compatibles avec le système actuel de réparations pour les fautes de droit privé (R. J. Sharpe, « Commercial Law Damages: Market Efficiency or Regulation of Behaviour? », *The Law Society of Upper Canada, dir., Special Lectures 2005: The Modern Law of Damages* (2006), 327, p. 346).

[117] De fait, certains considèrent que l'existence de la restitution des gains illicites en tant que réparation se justifie principalement par la nécessité de dissuader la conduite fautive, que sous-tend le principe récurrent du droit des contrats voulant que l'auteur d'une faute ne devrait pas pouvoir profiter de sa propre faute (Edelman (2002), p. 81-83; K. Barnett, *Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice* (2012), p. 12 et 26; *Attorney-General c. Observer Ltd.*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.), p. 286; J. D. McCamus, « Disgorgement for Breach of Contract: A

Comparative Perspective » (2003), 36 *Loyola of Los Angeles L. Rev.* 943, p. 945). Bien que les dommages-intérêts compensatoires aident souvent à créer un effet dissuasif à l'égard de la conduite fautive (*Banque Royale du Canada c. W. Got & Associates Electric Ltd.*, [1999] 3 R.C.S. 408, par. 28), ils ne seront pas toujours adéquats ou appropriés eu égard aux circonstances de la violation. De plus, puisque les réparations de restitution des gains illicites se limitent au montant du profit, la portée de la réparation a implicitement un effet de dissuasion et est [TRADUCTION] « dictée par le montant minimal nécessaire pour rendre la faute non profitable » (Edelman (2002), p. 83).

[118] De plus, il est clair que les réparations de restitution des gains illicites ne se limitent pas aux situations où elles servent une fin compensatoire. Bien que la Cour suprême du Royaume-Uni ait reconnu que certaines réparations qui semblent fondées sur les gains réalisés servent des fins compensatoires (*One-Step (Support) Ltd. c. Morris-Garner*, [2018] UKSC 20, [2018] 3 All E.R. 649, par. 91), la réparation dont il est question dans l'arrêt *Blake* ne saurait être qualifiée de compensatoire. Il ressort clairement des faits dans l'arrêt *Blake* qu'une réparation de restitution des gains illicites peut être ordonnée sans que le demandeur ait subi une perte devant être indemnisée, et les tribunaux canadiens ont laissé entendre que la restitution des gains illicites pouvait être ordonnée lorsque [TRADUCTION] « les dommages-intérêts en fonction de la perte du profit escompté ne sont pas facilement quantifiables, ou lorsque les circonstances de l'affaire commandent une évaluation différente des dommages-intérêts pour accorder une réparation efficace » (*Nunavut Tunngavik Inc.*

c. Canada (Attorney General), 2014 NUCA 2, 580 A.R. 75, par. 85 (je souligne)).

Les principes d'indemnisation du droit des contrats n'expliquent pas pourquoi une réparation de restitution des gains illicites peut être nécessaire pour défendre ou protéger un droit contractuel dans une affaire donnée.

[119] Par exemple, bien qu'elle ne puisse pas nécessairement justifier à elle seule la restitution des gains illicites, une violation intéressée et délibérée milite en faveur de la restitution des gains illicites dans les cas où l'octroi de dommages-intérêts compensatoires seulement ne dissuaderait pas les auteurs de fautes qui sont [TRADUCTION] « disposés à faire du tort à quelqu'un » parce qu'ils « pourraient bien gagner quelque chose en agissant de la sorte » (Edelman (2002), p. 84, citant *Cassell & Co. Ltd. c. Broome*, [1972] A.C. 1027 (H.L.), p. 1094; voir aussi P. Birks, « Restitutionary damages for breach of contract: *Snepp* and the fusion of law and equity » (1987), 4 *L.M.C.L.Q.* 421; American Law Institute, *Restatement of the Law, Third: Restitution and Unjust Enrichment* (2011), vol. 2, §40).

[120] Qui plus est, lorsque le calcul de la perte est impossible en pratique, le fait de s'en tenir uniquement à l'indemnisation peut décharger un auteur d'une faute de l'obligation de réparer le tort qu'il a causé, alors qu'une réparation de restitution des gains illicites fait en sorte que ceux qui violent leurs contrats ne le font pas impunément (voir *Nunavut Tunngavik*, par. 85 et 88; *Esso Petroleum Co. Ltd. c. Niad Ltd.*, [2001] EWHC Ch. 458, par. 63).

[121] Par ailleurs, il existe de multiples situations où un demandeur a un intérêt légitime à empêcher les activités lucratives du défendeur, même lorsqu'il n'a pas lui-même subi de perte. Ces situations comprennent le cas où le défendeur s'est engagé expressément à ne pas faire la chose qui constituait la violation (*Chitty on Contracts*, vol. 1, *General Principles* (33e éd. 2018), par. 26-063; *Experience Hendrix LLC c. PPX Enterprises Inc.*, [2003] EWCA Civ. 323, par. 30 et 36); le cas où le défendeur a une obligation quasi-fiduciaire envers le demandeur (*Blake*, p. 287); et le cas où le droit contractuel du demandeur est quasi-propiétal, comme dans l'arrêt *Blake*, où les renseignements révélés par M. Blake [TRADUCTION] « appartenaient, en un sens, au gouvernement », mais ont été utilisés pour son propre gain (S. Waddams, *Principle and Policy in Contract Law: Competing or Complementary Concepts?* (2011), p. 201; voir aussi D. Friedmann, « Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong » (1980), 80 *Colum. L. Rev.* 504).

[122] Je ne peux me rallier à la thèse voulant qu'il est évident et manifeste qu'une obligation quasi-fiduciaire devrait être rejetée à titre de facteur justifiant une réparation de restitution des gains illicites. La Cour a expressément mentionné l'existence d'obligations quasi-fiduciaires en tant que question non réglée et il ne convient pas de régler cette question dans le cadre de la présente requête en radiation en l'absence d'arguments (voir *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2008 CSC 54, [2008] 3 R.C.S. 79, par. 22). En conséquence, je n'écarterais pas la possibilité que des relations contractuelles fondées sur la confiance

et la protection de la vulnérabilité découlant de cette relation puissent donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites même si elles ne sont pas strictement fiduciaires (voir A. R. Sangiuliano, « A Corrective Justice Account of Disgorgement for Breach of Contract by Analogy to Fiduciary Remedies » (2016), 29 *Can. J.L. & Jur.* 149, p. 178). Dans de tels cas, comme l'a écrit le lord Steyn dans l'arrêt *Blake*, on peut soutenir qu'il est possible que [TRADUCTION] « [l]a raison qui sous-tend la règle applicable aux fiduciaires » s'applique au défendeur (p. 292 (je souligne)), même si la règle elle-même ne s'y applique pas.

[123] La principale question à se poser avant d'ordonner la restitution des gains illicites pour violation de contrat est de savoir si, eu égard à toutes les circonstances, d'autres réparations ne permettraient pas de protéger ou de défendre adéquatement le droit contractuel (*Blake*, p. 285; Edelman (2002), p. 154-155; Barnett, p. 11; McCamus, p. 961). J'accepte les propos du lord Nicholls dans l'arrêt *Blake* selon lesquels il faut préférer, lorsqu'on évalue si la restitution des gains illicites est appropriée, une liste non exhaustive de facteurs à une règle absolue. Aucun facteur à lui seul n'est forcément décisif ou déterminant; ces considérations peuvent aller de pair pour étayer une réparation de restitution des gains illicites (Waddams (2001), p. 200-201; voir aussi *Blake*, p. 295; *Chitty on Contracts*, par. 26-063).

[124] Les prétentions que formulent les demandeurs dans leurs actes de procédure correspondent à plusieurs facteurs qui, s'ils sont établis au procès, pourraient donner lieu à une réparation de restitution des gains illicites. Par exemple,

la prétention selon laquelle la violation qu'a commise la SLA était intéressée, délibérée et de mauvaise foi pourrait faire intervenir la logique de la dissuasion. De même, la prétention des demandeurs selon laquelle ils étaient vulnérables à l'abus de pouvoir de la SLA et la confiance du public peuvent mettre en jeu certaines valeurs qui sous-tendent les relations fiduciaires, comme c'était le cas dans l'arrêt *Blake*. La prétention selon laquelle la relation des demandeurs avec la SLA implique la confiance et la vulnérabilité tend à la distinguer d'une relation commerciale ordinaire, facteur qui étaye le recouvrement (voir *Vercoe c. Rutland Management Ltd.*, [2010] EWHC 424, par. 340-343).

[125] En conséquence, même si je suis d'accord avec le juge Brown pour dire que la restitution des gains illicites ne peut être ordonnée que dans des circonstances exceptionnelles pour violation de contrat, à mon avis, il est clair que seul le juge de première instance peut trancher la question de savoir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles. Je ne suis pas convaincue que le juge de première instance conclura inévitablement que la présente affaire n'a rien d'exceptionnel, ou que les demandeurs prétendent simplement qu'ils ont payé pour jouer à un jeu de hasard et qu'ils n'ont pas obtenu exactement ce pour quoi ils ont payé. Les demandeurs ont soutenu que la SLA, une société chargée d'administrer un système de loteries à but lucratif offert au public, avait intentionnellement trompé les membres du public joueurs en fournissant sciemment un jeu injuste et en les exposant à un risque de dépendance au jeu afin de réaliser un profit. Ils ont expressément plaidé qu'ils avaient un intérêt légitime à ce que la SLA exécute son obligation

contractuelle d'offrir des jeux sûrs et que les réparations autres que la restitution des gains illicites ne conviendraient pas pour dissuader la SLA d'adopter une conduite fautive. Lorsqu'il évalue si d'autres réparations seraient inadéquates pour protéger leurs droits contractuels, le juge de première instance peut aussi conclure qu'il est impossible en pratique de fixer le montant réellement perdu, puisque les ALV sont conçus pour que les joueurs aient la possibilité de [TRADUCTION] « gagner de petits lots en argent en contrepartie de petites mises d'argent fréquentes » et non pour créer des relevés identifiant les utilisateurs ou les montants d'argent qu'ils ont perdu. Le juge de première instance peut même conclure que la conduite de la SLA en ce qu'elle a approuvé un tel fonctionnement peut, à dessein ou non, avoir contribué à cette impossibilité pratique, de sorte que les demandeurs n'ont pas simplement *refusé* de prouver leur perte. Ce sont là des questions que le juge de première instance doit trancher.

[126] La décision des demandeurs de ne pas prouver une perte individualisée, un préjudice personnel ou des demandes particulières fondées sur la dépendance n'est pas fatale. Comme il ressort clairement de l'arrêt *Blake*, la perte n'est pas une condition légale préalable pour la restitution des gains illicites. Les demandeurs sollicitent plutôt des réparations fondées sur une violation de contrat dont tous les membres du groupe auraient été victimes, et ce qui compte en définitive est de savoir si les autres réparations pour violation de contrat seraient inadéquates pour défendre et protéger les droits contractuels des demandeurs.

[127] Enfin, le juge Brown conclut que parce que les demandeurs n'ont pas démontré l'existence d'un lien de causalité entre la réparation sollicitée et la violation de contrat alléguée, les actes de procédure en l'espèce ne donnent pas ouverture à une réparation de restitution des gains illicites. Cependant, il n'est pas nécessaire que les actes de procédure énoncent la preuve sur laquelle les parties s'appuieront. La question de savoir si les demandeurs seront capables de prouver la causalité entre la violation et le gain à restituer est une question de preuve, comme je l'expliquerai, mais n'exclut pas la restitution des gains illicites en tant que réparation possible en droit.

[128] Comme l'a fait observer le lord Steyn dans l'arrêt *Blake*, les situations où il convient d'accorder la restitution des gains illicites est une question à laquelle il vaut mieux répondre en [TRADUCTION] « forgeant sur l'enclume de cas concrets » (p. 291). La meilleure façon de le faire est de s'appuyer sur la preuve au procès.

(c) *Dommages-intérêts punitifs*

[129] Les demandeurs ont en outre plaidé un fondement suffisant au soutien d'une demande de dommages-intérêts punitifs : leurs allégations de conduite répréhensible et de tromperie dans l'exécution d'un contrat ont mis en cause l'obligation d'exécution honnête.

[130] Les dommages-intérêts punitifs ont pour objet de punir le défendeur, plutôt que d'indemniser le demandeur (*Whiten*, par. 36). Il y a lieu de les accorder

lorsque la conduite du défendeur est « si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour » (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196). Fait crucial, les dommages-intérêts punitifs se rattachent à la conduite répréhensible du défendeur, et non à la perte du demandeur (*Whiten*, par. 73), et il n'est pas nécessaire que le demandeur ait subi un préjudice pour que des dommages-intérêts punitifs soient accordés (H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (feuilles mobiles), p. 4-1 à 4-2).

[131] L'inconduite en cause doit « être d'une nature propre à provoquer davantage que la réprobation entourant l'inexécution d'un contrat », et on ne doit avoir recours aux dommages-intérêts punitifs que dans des « cas exceptionnels » (*Fidler*, par. 62). Outre cette exigence que la conduite soit exceptionnelle, la conduite du défendeur qui donne lieu à la demande doit elle-même être une faute indépendante donnant ouverture à action (*Whiten*, par. 78; *Fidler*, par. 63).

[132] Dans l'arrêt *Whiten*, la Cour a confirmé qu'une faute indépendante donnant ouverture à action n'exige pas un délit indépendant, et a statué qu'un manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi peut constituer une « faute donnant ouverture à action » susceptible de fonder une demande de dommages-intérêts punitifs (par. 79). Je souligne que depuis le dépôt en 2012 des actes de procédure en l'espèce, la Cour, dans l'arrêt *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, a reconnu l'existence d'une obligation d'exécution honnête applicable à *tous* les contrats à titre de « doctrine générale du droit des contrats »

(par. 74-75 et 93) : les parties « ne doivent pas se mentir ni autrement s'induire intentionnellement en erreur au sujet de questions directement liées à l'exécution du contrat » (par. 73). L'affaire *Bhasin* a été tranchée sur le fondement d'un manquement à cette seule obligation.

[133] Les demandeurs ont plaidé un manquement à l'obligation d'exécution honnête reconnue dans l'arrêt *Bhasin*. Ils affirment que les relations contractuelles entre la SLA et les consommateurs de jeux sur ALV sont soumises à une condition implicite de bonne foi. Outre cette allégation, les actes de procédure sont remplis de nombreuses allégations de malhonnêteté — que les ALV sont [TRADUCTION] « intrinsèquement trompeurs », qu'ils « donnent une fausse impression des probabilités de gagner », qu'ils « manipulent » les consommateurs et qu'ils sont munis d'un bouton d'arrêt qui est « trompeur » (déclaration, par. 12, 14, 19 et 21) — et ils allèguent que la SLA était parfaitement consciente de cette tromperie. Dans l'arrêt *Bhasin*, le juge Cromwell a reconnu que les allégations de malhonnêteté suffisaient à mettre en cause l'obligation d'exécution honnête (par. 19).

[134] Par conséquent, je ne souscris pas à la conclusion du juge Brown selon laquelle le contrat allégué entre la SLA et les demandeurs ne donne pas naissance à une obligation établie d'agir de bonne foi. Les demandeurs ont expressément plaidé les dommages-intérêts punitifs, ainsi que les faits qui les justifient, avec suffisamment de précision (*Whiten*, par. 85-86). Il n'y a aucune raison de conclure que des

dommages-intérêts punitifs ne peuvent pas être accordés en droit aux demandeurs en l'espèce.

(3) Conclusion sur la requête en radiation de la demande fondée sur la violation de contrat

[135] En conséquence, je conclus que la déclaration des demandeurs révèle une cause d'action raisonnable pour violation de contrat, et que plusieurs réparations sont susceptibles d'être accordées en droit aux demandeurs. Rien ne justifie de radier leur demande fondée sur la violation de contrat.

C. *Autorisation d'exercer un recours collectif*

[136] Cinq conditions doivent être réunies pour l'autorisation d'un recours collectif : (1) les actes de procédure doivent révéler une cause d'action, (2) il doit exister un groupe identifiable d'au moins deux personnes, (3) le représentant proposé doit être approprié, (4) il doit y avoir au moins une question commune et (5) le recours collectif doit être le meilleur moyen de régler ces questions (CAA, art. 5).

[137] Les parties ont convenu que l'issue de la requête en radiation déterminerait le premier facteur de l'analyse en ce qui concerne l'autorisation aux termes du par. 5(1), et la demande fondée sur la violation de contrat remplit donc cette condition. Il n'y a pas de contestation sérieuse que les représentants proposés sont appropriés. Les tierces parties contestent les trois conditions restantes.

[138] Le représentant du groupe doit établir l'existence d'un certain « fondement factuel » pour chacune des conditions restantes (*Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 99; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25). L'autorisation exige que le représentant des demandeurs offre un « minimum d'éléments probants » (*Hollick*, par. 24 (souligné dans l'original), citant *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.), p. 380-381), et la norme du « fondement factuel » assure qu'il existe une preuve sur laquelle peut reposer l'ordonnance d'autorisation, même si cette preuve n'est pas exhaustive ou n'est pas propre à présider au débat sur le fond (*AIC Limited c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, par. 41, citant *McCracken c. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445, 111 O.R. (3d) 745, par. 75-76). Le processus d'autorisation « ne permet pas d'apprécier toutes les difficultés et tous les défis que le demandeur devra surmonter pour prouver ses allégations au procès » et l'approche consiste à ne pas se livrer « à une analyse rigoureuse sur le fond à l'étape de la certification » (*Microsoft*, par. 105), mais plutôt à assurer que l'action se prête à un recours collectif (*Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419, par. 65; *Hollick*, par. 16).

[139] En première instance, le juge saisi de la demande a décidé d'autoriser le recours relativement à certaines questions communes (voir l'annexe). Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont modifié l'ordonnance d'autorisation à la lumière des demandes qu'ils ont radiées, mais ont autrement conclu que les arguments que

faisaient valoir la SLA et les tierces parties en appel revenaient à une tentative de plaider à nouveau les questions de fait et relevant du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande tranchées par celui-ci.

(1) Groupe identifiable d'au moins deux personnes

[140] Dans la demande d'autorisation, le groupe est défini comme suit : [TRADUCTION] « personnes physiques et leurs successions, résidant à Terre-Neuve-et-Labrador qui, durant la période visée par le recours collectif, ont payé la défenderesse [la SLA] pour jouer à des jeux de hasard sur des ALV, excluant les jeux de vidéopoker et de keno, à Terre-Neuve-et-Labrador ». Les tierces parties affirment que le groupe est [TRADUCTION] « indéterminé », parce qu'il « est impossible de concevoir une façon de vérifier qui en sont les membres ».

[141] La condition voulant que le groupe soit identifiable permet de déterminer les personnes ayant le droit d'être avisées, celles ayant droit à la réparation et celles qui seront liées par le jugement final (*Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545, par. 57). Il doit y avoir un certain fondement factuel selon lequel au moins deux personnes s'identifieront comme membres du groupe, et l'appartenance d'une personne au groupe doit pouvoir « être déterminée sur des critères explicites et objectifs » (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 38; *Jiang c. Peoples Trust Co.*, 2017 BCCA 119, 408 D.L.R. (4th) 1, par. 81).

[142] En l'espèce, la définition du groupe proposée s'appuie sur des critères objectifs qui permettront l'identification des personnes qui peuvent attester avoir pris part aux jeux, et il existe des motifs de croire qu'au moins deux personnes seront capables d'établir qu'ils ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur un ALV durant la période visée par le recours collectif. Cette situation se distingue de celle du groupe proposé dans l'arrêt *Sun-Rype*, qui avait été défini comme les personnes qui avaient acheté des produits contenant un ingrédient en particulier, lequel était souvent utilisé de façon interchangeable avec un autre, et avec des étiquettes de produits qui ne l'identifiait pas. Dans cette affaire, aucun fondement factuel ne permettait d'établir que les membres du groupe proposé auraient disposé des renseignements nécessaires pour déterminer s'ils appartenaient ou non au groupe (*Sun-Rype*, par. 61-65). En l'espèce, aucun problème de preuve semblable n'empêcherait les individus de déterminer s'ils appartiennent au groupe, et le fait que le nombre de membres du groupe ou l'identité de chaque membre de celui-ci ne soit pas déterminé ou ne puisse peut-être pas l'être n'empêche pas l'autorisation du recours collectif (CAA, al. 8d).

(2) Questions communes

[143] La condition relative à l'existence d'une question commune pour qu'il y ait autorisation du recours collectif est remplie si les [TRADUCTION] « demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci soit ou non la question dominante » (CAA, al. 5(1)(c)). Une question est commune lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du

groupe (*Dutton*, par. 39). Lorsqu'elles dépendent de conclusions de fait qui doivent être tirées à l'égard de chaque demandeur individuel, les questions ne sont pas communes (*Williams c. Mutual Life Assurance Co. of Canada* (2000), 51 O.R. (3d) 54 (C.S.J.), par. 39, conf. par (2003), 226 D.L.R. (4th) 112 (C.A. Ont.)). Une cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard des conclusions tirées par le juge saisi de la demande sur ces questions (*Microsoft*, par. 111). Comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, par. 110-111, l'identification d'une question comme étant commune aux membres du groupe est une question de fait qui entraîne l'application de la norme de contrôle de l'erreur manifeste et déterminante.

[144] Compte tenu des causes d'action qui ont été radiées de la déclaration des demandeurs, seulement quatre des questions communes certifiées par le juge saisi de la demande demeurent pertinentes à l'égard de la demande fondée sur la violation de contrat présentée par les demandeurs :

[TRADUCTION]

e) La défenderesse a-t-elle manqué à une obligation ayant un fondement contractuel ou délictuel?

f) Des mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l'échelle du groupe et, dans l'affirmative, quel en est le montant?

g) Si la réponse à la question f) est négative, la perte ou le préjudice peut-il être calculé en fonction du gain réalisé par la défenderesse et, dans

l'affirmative, quelle est la réparation par restitution appropriée et quel en est le montant?

...

i) Y a-t-il lieu de condamner la défenderesse à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, quel devrait en être le montant?

[145] Ces questions se recourent, elles emploient des termes imprécis en matière de restitution pour décrire la demande restante pour la restitution des gains illicites et elles renvoient à des demandes qui ont été radiées. À mon avis, il reste quatre questions fondamentales à examiner dans le présent recours collectif proposé :

- a) La SLA a-t-elle manqué à une obligation contractuelle?
- b) La restitution des gains illicites de la SLA est-elle une réparation appropriée?
- c) Les mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l'échelle du groupe et, dans l'affirmative, quel en est le montant?

- d) Y a-t-il lieu de condamner la SLA à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, de quel montant?

Je conclus que ce sont toutes des questions communes appropriées, à l'exception de celle relative aux mesures de redressement pécuniaire globales.

(a) *Violation de contrat*

[146] Les tierces parties soutiennent que la responsabilité n'est pas une question commune, car seulement certains membres du groupe sont devenus des joueurs à problèmes. Selon eux, il faudra déterminer au cas par cas si chaque personne est devenue un joueur à problèmes et si la perte de contrôle de cette personne a été causée par les caractéristiques des appareils.

[147] Je ne suis pas de cet avis. En premier lieu, les tierces parties ont abordé cette question comme si la demande présentée par les demandeurs visait le recouvrement des pertes propres à chaque joueur à problèmes; cette approche ne correspond pas au groupe proposé ni à la thèse des demandeurs, puisqu'ils ont choisi de ne pas prouver les pertes individuelles ni de s'appuyer sur le préjudice personnel pour évaluer les dommages-intérêts. Les actes de procédure invoquent plutôt une faute civile qui est commune à tous les membres du groupe. En second lieu, les ALV servent de véhicule à un contrat entre la SLA et le consommateur. Chaque fois qu'un consommateur verse de l'argent pour jouer sur un ALV, il conclut le même contrat

implicite, exécuté de la même façon, fondé sur la programmation des ALV. Selon l'affidavit de l'expert, ce que les joueurs voient à l'écran de l'ALV dissimule et représente faussement le fonctionnement réel du jeu. La question de savoir si les conditions qu'allèguent les demandeurs sont effectivement implicites sera la même pour chaque consommateur. La question de savoir si le fonctionnement des ALV viole systématiquement ces conditions serait également la même pour chaque consommateur et il faudra y répondre pour trancher la demande de chaque membre (*Dutton*, par. 39). Je suis d'avis de ne pas modifier la conclusion des juridictions inférieures selon laquelle la violation de contrat est une question commune.

(b) *Restitution des gains illicites*

[148] Les demandeurs sollicitent une remise ou la restitution des gains illicites de la SLA au titre de la demande fondée sur la violation de contrat. Les tierces parties affirment que pour évaluer le gain qu'a tiré la SLA de la violation de contrat, il faudrait le faire au cas par cas, car certains joueurs sont devenus des joueurs à problèmes et d'autres non. Ils soutiennent que le montant de tout bénéfice de la SLA découlant de la violation de contrat devra être déterminé au cas par cas. Bref, selon les tierces parties, le succès d'un membre du groupe ne signifie pas le succès de tous.

[149] Bien que je sois d'accord pour dire que le lien de causalité exigé pour la restitution des gains illicites est susceptible d'empêcher la certification de certains aspects de l'analyse portant sur la restitution des gains illicites (comme le quantum, dont il est question ci-dessous en lien avec les mesures de redressement pécuniaire

globales), je ne suis pas convaincue qu'*aucun* aspect de la restitution des gains illicites en tant que réparation ne peut être tranché à l'échelle du groupe. À mon avis, la question de savoir si une réparation de restitution des gains illicites est appropriée, en fonction de l'analyse multifactorielle décrite ci-dessus, peut être tranchée pour l'ensemble du groupe en une seule fois sur le fondement de la preuve et d'une analyse qui sera commune à tous les membres du groupe.

[150] Bien que les dommages-intérêts compensatoires soient le redressement normalement accordé en cas de violation de contrat, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils seront pratiques ou adéquats pour les membres du groupe en l'espèce. L'analyse relative à la restitution des gains illicites porte principalement sur le gain du défendeur, et chacun de ces contrats aurait été conclu dans les mêmes circonstances quant au fond et violé par la même conduite. Si les violations commises par la SLA sont intéressées et délibérées relativement aux représentants des demandeurs, elles le sont aussi relativement au groupe au complet; s'il est impossible en pratique de déterminer le montant de la perte subie par les représentants des demandeurs en raison de ces violations — parce que les ALV fonctionnent avec de l'argent comptant et ne produisent pas de reçus ou d'autres relevés pour des clients donnés, ou même parce que la conduite de la SLA contribuait à cette impossibilité pratique — il est aussi impossible en pratique de le faire pour le groupe en entier. La question de savoir si les demandeurs ont un intérêt légitime à l'égard des activités lucratives de la SLA serait commune à tous les membres du public qui jouent sur des ALV. Les circonstances de la violation et l'intérêt à dissuader les violations de

contrats de cette nature seront semblables pour tous les membres; une enquête commune portant sur les allégations de conduite généralisée d'une société dans un système de loterie monopolistique offert au public permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits et de l'analyse juridique (*Dutton*, par. 39).

[151] Une question peut être commune [TRADUCTION] « même si elle ne constitue qu'un aspect très limité de la question de la responsabilité » (*Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), par. 53). En l'espèce, le fait d'établir si les circonstances de la présente affaire sont exceptionnelles, de sorte que les autres réparations contractuelles sont inadéquates, est un élément important de la demande de chaque membre et profitera à tous les membres du groupe. En conséquence, je conclurais que cet aspect de la responsabilité éventuelle de la SLA envers les demandeurs au titre de la restitution des gains illicites se prête à un jugement commun, et je formulerais la question ainsi : « Les réparations ordinaires du droit des contrats seraient-elles inadéquates pour protéger ou défendre le droit contractuel des membres du groupe, de sorte que la restitution des gains illicites pourrait être accordée comme réparation? »

(c) *Redressement pécuniaire global*

[152] La troisième question commune potentielle est de savoir si le redressement pécuniaire peut être évalué globalement, à l'échelle du groupe, et, dans l'affirmative, d'en déterminer le montant. À mon avis, au vu du dossier dont nous

disposons, il n'y a pas de « fondement factuel » permettant de certifier cette question comme question commune.

[153] Le paragraphe 29(1) de la CAA énonce trois conditions préalables à l'octroi d'un redressement pécuniaire global : a) le redressement pécuniaire doit être demandé au nom de tous les membres du groupe ou de certains d'entre eux; b) il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit se rapportant à l'évaluation du redressement pécuniaire afin de fixer le montant correspondant à l'obligation pécuniaire du défendeur; et c) la totalité ou une partie de la responsabilité du défendeur envers tous les membres du groupe ou certains d'entre eux peut raisonnablement être établie sans que les membres du groupe aient à en faire la preuve individuellement. Dans le cadre de l'enquête, la Cour est appelée à se demander si la preuve non individualisée présentée par les demandeurs est suffisamment fiable, si le recours à la preuve produira une iniquité ou une injustice envers le défendeur (p. ex., en surestimant la responsabilité de celui-ci) et si le refus d'une approche globale priverait les demandeurs de l'accès à la justice ou réduirait cet accès (voir *Ramdath c. George Brown College of Applied Arts and Technology*, 2015 ONCA 921, 392 D.L.R. (4th) 490, par. 76).

[154] La principale préoccupation que soulève la certification de cette question est de savoir s'il existe un fondement factuel permettant de déterminer en totalité ou en partie la responsabilité totale de la SLA en raison de sa violation de contrat. Il s'agit principalement d'une question de causalité. Que la réparation soit ultimement

fondée sur l'indemnisation d'une perte à l'échelle du groupe ou sur la restitution des gains illicites de la SLA, le lien de causalité entre la violation de contrat et le montant accordé devra être prouvé.

[155] Comme l'a reconnu Ernest J. Weinrib dans le contexte de l'indemnisation, la causalité unit le demandeur et le défendeur [TRADUCTION] « en tant qu'auteur et victime d'une même injustice » (« Causal Uncertainty » (2016), 36 *Oxford J. Leg. Stud.* 135, p. 136). Le même raisonnement exige un lien de causalité entre une faute et un gain. Par conséquent, bien que le caractère approprié d'une réparation de restitution des gains illicites en matière contractuelle soit ultimement une question contextuelle, le tribunal doit, avant d'accorder la réparation, être convaincu que la *violation* du contrat a un lien de causalité avec le *gain* à restituer — une exigence que l'on trouve aussi dans d'autres contextes où la restitution des gains illicites peut être accordée à titre de réparation. Par exemple, dans le contexte d'un manquement à une obligation fiduciaire, la restitution des gains illicites est une réparation courante, mais elle ne peut être ordonnée que si le manquement à l'obligation est lié au gain (*Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 77). Un autre exemple est celui de l'inventeur qui demande la remise des profits, lequel « a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l'invention » — conformément à une conception normale du lien de causalité avec le manquement (*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, par. 101).

[156] Dans le contexte d'une violation de contrat, il est tout aussi important d'établir le lien entre la violation et le gain à restituer. En effet, James Edelman écrit que [TRADUCTION] « la seule différence entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts de restitution des gains illicites est que les premiers visent à placer le demandeur dans la situation où il se trouverait si la faute n'avait pas eu lieu et que les derniers visent à placer le défendeur dans cette situation » (Edelman (2002), p. 103; voir également Barnett, p. 12; M. A. Eisenberg, *Foundational Principles of Contract Law* (2018), p. 335). Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Mutual Trust*, cette réparation peut être appropriée lorsque « le défendeur a réalisé, du fait de sa propre inexécution, un gain supérieur à celui qu'il pouvait escompter si le contrat avait été exécuté » (par. 30 (je souligne)). L'application de la norme du « facteur déterminant » (parfois décrite au moyen des mots « n'eût été ») assure un lien de causalité entre le montant du gain et le droit du demandeur (Smith, p. 136; Barnett, p. 189, 192 et 210).

[157] En définitive, les demandeurs doivent fournir une méthode qui est « suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l'exigence d'une question commune », c'est-à-dire une possibilité réaliste d'évaluer globalement le redressement pécuniaire à l'échelle du groupe (*Microsoft*, par. 118).

[158] Les demandeurs sollicitent la restitution du « gain illicite » et ont fait valoir que les ALV peuvent être [TRADUCTION] « une forme raisonnablement sûre de

jeu [qui] représente une source raisonnable de profits » n'eût été des violations alléguées (déclaration, par. 31). Au vu de cette allégation, les demandeurs doivent identifier une méthode pour déterminer le montant qui excède la « source raisonnable de profits » que la SLA aurait touchés n'eût été la violation de contrat. La preuve des demandeurs sur ce point est limitée, vu que leur expert a été chargé uniquement d'estimer la partie des recettes que la SLA a tirée des jeux de lignes sur ALV qui provenait de joueurs à problèmes. Toutefois, la composition du groupe de demandeurs ne se limite pas aux joueurs à problèmes et englobe plutôt toutes les personnes physiques ou successions qui ont payé la SLA pour jouer à des jeux de hasard sur des ALV. De plus, l'expert ne fournit aucune estimation ou méthode pour comptabiliser les recettes que la SLA aurait pu toucher si elle avait respecté et exécuté son contrat avec le groupe, en offrant des jeux sur ALV sûrs et non trompeurs aux membres du groupe ou en les mettant en garde contre les dangers inhérents à ces jeux.

[159] Pour établir le lien de causalité exigé et faire en sorte que la responsabilité totale de la SLA se limite à celle découlant de la violation et ne soit pas surestimée, il faut une méthode plausible, fondée sur les faits et les données de l'espèce, pour estimer la responsabilité financière de la SLA au titre de sa violation de contrat, y compris ce qu'auraient été les profits de la SLA si elle n'avait pas violé ses obligations contractuelles envers les membres du groupe. Or, aucune méthode n'a été proposée.

[160] Je remarque que les demandeurs ont aussi fait valoir que la nature trompeuse des ALV est à ce point intégrée dans leur production de profits que les jeux sur ALV n'auraient pas pu être commercialisés du tout sans la faute. Bien que cette allégation figure dans la partie où est plaidée la restitution des gains illicites en tant que cause d'action (et elle serait radiée en sa forme actuelle, car elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable), j'admets qu'elle peut être rétablie. Au vu de cette allégation, le montant à restituer au groupe dans son ensemble serait l'intégralité des profits que la SLA a tirés des jeux sur ALV, ce qui simplifie les questions de causalité. Toutefois, une simple allégation dans un acte de procédure ne suffit pas pour établir un « certain fondement factuel ». L'exigence du fondement factuel a pour objet de faire en sorte que le recours collectif ne « s'écroule[. . .] [pas] à l'étape de l'examen au fond » (*Microsoft*, par. 104). En l'espèce, l'expert des demandeurs n'a fourni aucune preuve laissant entendre que les ALV ne pouvaient pas être commercialisés sans qu'il y ait de faute. Il s'agit d'une simple allégation et elle ne peut donc pas fournir un certain fondement factuel selon lequel un redressement pécuniaire peut, au final, être établi à l'échelle du groupe.

[161] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincue qu'il existe un certain fondement factuel pour certifier, en tant que question commune, la question de savoir si le montant du redressement pécuniaire peut être évalué globalement, à l'échelle du groupe. Ni l'un ni l'autre des actes de procédure subsidiaires ne révèle un fondement factuel selon lequel le montant du redressement pécuniaire dû à tous les membres du groupe pourrait être raisonnablement déterminé.

[162] Le fait que le calcul du redressement pécuniaire global n'ait pas été certifié en tant que question commune n'empêche pas le juge de première instance de se fonder au final sur les dispositions de la CAA relatives à l'octroi d'un montant global s'il l'estime indiqué (*Pioneer*, par. 114, citant *Microsoft*, par. 134).

(d) *Dommmages-intérêts punitifs*

[163] Je souscris à l'opinion du juge saisi de la demande voulant que la demande de dommages-intérêts punitifs est une question commune. Comme je l'ai expliqué, l'aspect auquel il faut s'attacher en matière de dommages-intérêts punitifs est la conduite répréhensible du *défendeur*, et non la perte du demandeur (*Whiten*, par. 73).

[164] La Cour a reconnu que les dommages-intérêts punitifs peuvent être traités comme une question commune, notamment dans les affaires où la responsabilité a trait à des victimes en tant que groupe et où le tribunal se livrera « exactement [au] genre de recherche des faits à laquelle le tribunal devra se livrer pour déterminer si des dommages-intérêts exemplaires sont justifiés » (*Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, par. 34). En l'espèce, la conduite de la SLA et le manquement allégué à l'obligation d'agir de bonne foi seraient des questions communes à tous les membres du groupe. Il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la conclusion du juge saisi de la demande selon laquelle [TRADUCTION] « une décision sur cette question abordera les intérêts communs de tous les membres

du groupe » (motifs de la décision de la division de première instance de la C.S. T.-N.-L. sur l'autorisation, par. 119) et je ne vois aucune raison d'intervenir.

(3) Procédure constituant le meilleur moyen

[165] Le paragraphe 5(2) de la CAA prévoit que pour établir si le recours collectif serait le meilleur moyen de régler les questions communes de manière juste et efficace, le tribunal peut tenir compte de tous les facteurs pertinents, notamment les suivants :

- a) les questions de fait ou de droit communes aux membres du groupe l'emportent sur celles touchant uniquement les membres individuels;
- b) un nombre important de membres du groupe ont véritablement intérêt à mener individuellement la poursuite d'actions distinctes;
- c) le recours collectif comprend des demandes qui ont été ou qui font l'objet d'autres instances;
- d) les autres modes de règlement sont moins pratiques ou efficaces;

e) la gestion du recours collectif créerait de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen pour solliciter le redressement.

[166] Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Hollick*, il convient d'analyser la question du meilleur moyen en fonction des trois principaux avantages du recours collectif — l'économie de ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements — et il faut examiner l'importance des questions communes par rapport à l'ensemble des demandes (par. 27 et 30). Les tierces parties soutiennent que les questions individuelles l'emportent sur les questions communes et que les demandes se réduisent à une détermination au cas par cas en ce qui concerne tant la responsabilité que le quantum. Cependant, encore une fois, je souscris à l'opinion du juge saisi de la demande voulant que les objections de la SLA et des tierces parties ne répondent pas à l'action telle qu'elle est formulée et présupposent plutôt que les demandeurs cherchent à obtenir le recouvrement des pertes subies, ventilées pour chaque membre du groupe.

[167] La clé de voûte de l'action des demandeurs est une tromperie commune à tous les membres du groupe. Il est assurément plus pratique et efficace de déterminer le contenu d'un contrat auquel est partie chaque membre du groupe et d'établir si le contrat a été systématiquement violé, que d'obliger chaque membre du groupe à intenter une action à titre de demandeur individuel, et cette façon de faire n'exige pas d'évaluations individuelles pour chaque membre du groupe. Cette considération à elle seule fait du recours collectif le meilleur moyen.

[168] Qui plus est, une seule appréciation des faits permettra au juge de première instance d'établir, sans double emploi, si d'autres réparations contractuelles défendront et protégeront adéquatement l'intérêt contractuel des membres du groupe à jouer à un jeu sûr et honnête offert par une société chargée de diriger un système public monopolistique.

[169] Pour ce qui est des dommages-intérêts punitifs en particulier, la SLA soutient que le recours collectif n'est pas le meilleur moyen de régler la question, car l'octroi de dommages-intérêts punitifs en l'absence d'autres mesures de redressement pécuniaire permettrait aux demandeurs de jouer le rôle de [TRADUCTION] « procureur général privé ». Toutefois, les dommages-intérêts punitifs ne dépendent pas nécessairement de la perte ou du préjudice personnel que subit le demandeur. Le fait que les dommages-intérêts punitifs sont axés sur la conduite du défendeur rend le recours collectif [TRADUCTION] « particulièrement adapté » à de tels octrois (*Chace c. Crane Canada Inc.* (1997), 44 B.C.L.R. (3d) 264 (C.A.), par. 24), surtout lorsque l'allégation de responsabilité est fondée sur une faute systémique (voir, p. ex., *Rumley*, par. 34). La dissuasion de la conduite fautive est un des principaux objectifs des recours collectifs (C. Jones, « The Class Action as Public Law », dans J. Walker et G. D. Watson, dir., *Class Actions in Canada: Cases, Notes and Materials* (2014), 28, p. 29), et les dommages-intérêts punitifs sont calculés, en partie, pour assurer la dissuasion (*Whiten*, par. 111).

[170] Le recours collectif est le meilleur moyen de régler l'action des demandeurs, même si certaines évaluations au cas par cas sont ultimement nécessaires (voir, p. ex., *Pederson c. Saskatchewan*, 2016 SKCA 142, 408 D.L.R. 661, par. 80-94; *Chalmers c. AMO Canada Co.*, 2010 BCCA 560, 297 B.C.A.C. 86, par. 25-35; *Fakhri c. Capers Community Markets*, 2004 BCCA 549, 203 B.C.A.C. 227, par. 20-26). L'existence de questions individuelles n'empêche pas le recours collectif (*Microsoft*, par. 140). L'idée même d'un recours collectif est que les gens peuvent s'unir pour faire valoir, en tant que groupe, une cause d'action qu'ils pourraient chacun faire valoir individuellement en droit. L'économie liée au recours collectif découle en partie des coûts épargnés en matière de frais de justice et en partie du retrait des obstacles auxquels ces gens feraient autrement face (*Rumley*, par. 39). Ce dernier élément est particulièrement convaincant en raison des nombreux obstacles d'ordre pécuniaire, social et psychologique auxquels peuvent faire face les joueurs individuels ou les joueurs à problèmes, en se manifestant et en faisant valoir une demande fondée sur la violation de contrat contre la SLA par des voies individuelles. Cela est d'autant plus vrai étant donné que les individus qui ont souffert particulièrement de la violation reprochée à la SLA peuvent être ceux qui sont les moins capables de faire valoir une demande. Le recours collectif « permet de surmonter les obstacles aux litiges en fournissant un moyen procédural d'arriver à une fin substantielle » (*Fischer*, par. 34). En l'espèce, cette fin comprend la possibilité de reconnaître, de défendre et de protéger l'intérêt contractuel de chaque joueur à jouer à un jeu sûr et juste, ou d'encourager une modification du comportement et de punir une conduite qui serait trompeuse, manipulatrice et abusive dans la prestation de ces

jeux. Même si la violation de contrat était la seule question commune, un procès pour trancher la question de savoir si la SLA a systématiquement violé les contrats intervenus avec des joueurs d'ALV permettrait dans une certaine mesure de reconnaître les intérêts contractuels des joueurs et, éventuellement, de défendre et de protéger ces intérêts.

(4) Conclusion sur l'autorisation du recours collectif

[171] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'action des demandeurs devrait être autorisée en tant que recours collectif portant sur les questions communes relatives à la violation de contrat, aux dommages-intérêts punitifs et au caractère approprié de la réparation de restitution des gains illicites.

V. Conclusion

[172] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois en partie, et de radier la restitution des gains illicites (appelée « renonciation au recours délictuel » dans les actes de procédure) et l'enrichissement sans cause en tant que causes d'action. J'autoriserais le recours collectif portant sur les questions communes suivantes :

(1) La SLA a-t-elle manqué à une obligation contractuelle?

(2) S'il y a eu violation de contrat, les réparations ordinaires du droit des contrats seraient-elles inadéquates pour protéger ou défendre le droit contractuel des membres du groupe, de sorte que la restitution des gains illicites pourrait être accordée à titre de réparation?

(3) S'il y a eu violation de contrat, y a-t-il lieu d'octroyer des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, quel devrait en être le montant?

[173] Bien entendu, les demandeurs peuvent demander de modifier leurs actes de procédure conformément aux présents motifs. Comme l'art. 37 de la CAA exclut généralement l'adjudication de dépens relativement aux demandes d'autorisation de recours collectifs, j'ordonnerais que les parties assument leurs propres dépens.

ANNEXE

Questions communes certifiées par le juge Faour (d.a., p. 117)

[TRADUCTION]

- a) Le *Code criminel* autorise-t-il l'exploitation de loteries vidéo par des exploitants de site, compte tenu de l'al. 206(1)g) qui interdit les jeux analogues au « bonneteau »?
- b) Le *Code criminel* autorise-t-il l'exploitation de loteries vidéo par des exploitants de site, compte tenu de l'art. 201, qui interdit la tenue d'une maison de jeu?
- c) La défenderesse s'est-elle enrichie sans cause?
- d) La défenderesse a-t-elle contrevenu à l'art. 52 de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. 1985, c. C-34]?
- e) La défenderesse a-t-elle manqué à une obligation ayant un fondement contractuel ou délictuel?
- f) Les mesures de redressement pécuniaire peuvent-elles être évaluées globalement, à l'échelle du groupe et, dans l'affirmative, quel en est le montant?
- g) Si la réponse à la question f) est négative, la perte ou le préjudice peut-il être calculé en fonction du gain réalisé par la défenderesse et, dans l'affirmative, quelle est la réparation par restitution appropriée et quel en est le montant?
- h) La défenderesse a-t-elle contrevenu aux dispositions du *Statute of Anne, 1710* [9 Anne, c. 19], et la réparation de dommages-intérêts triples devrait-elle être accordée, et dans l'affirmative, quel en serait le montant approprié?
- i) Y a-t-il lieu de condamner la défenderesse à verser des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires et, dans l'affirmative, quel devrait en être le montant?

Pourvois accueillis, le juge en chef WAGNER et les juges KARAKATSANIS,

MARTIN et KASIRER sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelante la Société des loteries de l'Atlantique : Goodmans, Toronto; Bennett Jones, Toronto.

Procureurs des appelantes VLC, Inc., IGT-Canada Inc. et International Game Technology : Curtis, Dawe, St. John's.

Procureurs de l'appelante Spielo International Canada ULC : Stewart McKelvey, St. John's.

Procureurs de l'appelante Tech Link International Entertainment Limited : Cox & Palmer, St. John's.

Procureurs des intimés : Koskie Minsky, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs des intervenantes Bally Gaming Canada Ltd. et Bally Gaming Inc. : Benson Buffett, St. John's; Dickinson Wright, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Western Canada Lottery Corporation : Kanuka Thuringer, Regina.

Procureur de l'intervenante Alberta Gaming, Liquor, and Cannabis Commission : Alberta Justice and Solicitor General, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Canadian Gaming Association : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Lottery Corporation : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.