

**Sun-Rype Products Ltd. and
Wendy Weberg** *Appellants/Respondents on
cross-appeal*

v.

**Archer Daniels Midland Company,
Cargill, Incorporated,
Cerestar USA, Inc., formerly known as
American Maize-Products Company,
Corn Products International, Inc.,
Bestfoods, Inc., formerly known as
CPC International, Inc.,
ADM Agri-Industries Company,
Cargill Limited, Casco Inc. and Unilever PLC
doing business as Unilever Bestfoods
North America** *Respondents/Appellants on
cross-appeal*

and

**Attorney General of Canada and Canadian
Chamber of Commerce** *Interveners*

**INDEXED AS: SUN-RYPE PRODUCTS LTD. v. ARCHER
DANIELS MIDLAND COMPANY**

2013 SCC 58

File No.: 34283.

2012: October 17; 2013: October 31.

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

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

*Civil procedure — Class actions — Certification —
Direct and indirect purchasers — Plaintiffs allege that
defendants fixed price of high-fructose corn syrup and
overcharged direct purchasers and overcharge was
passed on to indirect purchasers — Whether indirect
purchasers have right to bring action against alleged
overcharger — Whether inclusion of indirect and direct*

**Sun-Rype Products Ltd. et
Wendy Weberg** *Appelantes/Intimées au
pourvoi incident*

c.

**Archer Daniels Midland Company,
Cargill, Incorporated,
Cerestar USA, Inc., auparavant connue sous
le nom d’American Maize-Products Company,
Corn Products International, Inc.,
Bestfoods, Inc., auparavant connue sous
le nom de CPC International, Inc.,
ADM Agri-Industries Company,
Cargill Limitée, Casco Inc. et
Unilever PLC faisant affaire sous la
dénomination d’Unilever Bestfoods
North America** *Intimées/Appelantes au
pourvoi incident*

et

**Procureur général du Canada et Chambre de
commerce du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SUN-RYPE PRODUCTS LTD.
c. ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY**

2013 CSC 58

N° du greffe : 34283.

2012 : 17 octobre; 2013 : 31 octobre.

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

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

*Procédure civile — Recours collectifs — Certification
— Acheteurs directs et indirects — Allégations des
demandereses selon lesquelles le prix du sirop de
maïs à haute teneur en fructose aurait été fixé par les
défenderesses, qui auraient vendu cet édulcorant aux
acheteurs directs à un prix majoré, et la majoration
aurait été transférée aux acheteurs indirects — Les*

purchasers in proposed class warrants dismissing action — Whether case meets certification requirement of having an identifiable class of indirect purchasers — Whether direct purchasers have cause of action in constructive trust — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 4(1).

The appellants, direct and indirect purchasers, brought a class action alleging that the respondents engaged in an illegal conspiracy to fix the price of high-fructose corn syrup (“HFCS”) resulting in harm to manufacturers, wholesalers, retailers and consumers. HFCS is a sweetener used in various food products, including soft drinks and baked goods. The respondents are the leading producers of HFCS in North America. On the application for certification, it was determined that the pleadings disclosed causes of action for the direct purchasers in constructive trust and for the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act*, in tort and in restitution. The action was certified. On appeal, the majority of the court allowed the appeal with respect to the indirect purchasers and held that it was “plain and obvious” that indirect purchasers did not have a cause of action. The appeal with respect to direct purchasers was dismissed. The matter was remitted to the British Columbia Supreme Court to reconsider the certification of the action of the direct purchasers alone. In this Court, the appellants challenge the decision that the indirect purchasers have no cause of action. On cross-appeal, the respondents request dismissal of the direct purchasers’ claim in constructive trust.

Held (Cromwell and Karakatsanis JJ. dissenting on the appeal): The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ.: Having decided in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, that indirect purchasers have the right to bring an action, a question in this case is whether the additional challenges that arise where the class is made up of indirect and direct purchasers are sufficient to warrant dismissing the action. The inclusion of indirect and direct purchasers in the proposed class does not

acheteurs indirects ont-ils un droit de recours contre l’auteur présumé de la majoration? — La composition du groupe proposé, formé à la fois d’acheteurs directs et d’acheteurs indirects, justifie-t-elle le rejet du recours? — Est-il satisfait en l’espèce au critère de certification relatif à l’existence d’un groupe identifiable d’acheteurs indirects? — Les acheteurs directs ont-ils un droit de recours en imposition d’une fiducie par interprétation? — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).

Les appelantes, des acheteurs directs et indirects, ont intenté un recours collectif, faisant valoir que les intimées ont participé à un complot illégal pour fixer le prix du sirop de maïs à haute teneur en fructose (« SMHTF »), ce qui a porté préjudice à des fabricants, grossistes, détaillants et consommateurs. Cet édulcorant entre dans la confection de diverses denrées alimentaires, dont les boissons gazeuses et les produits de boulangerie. Les intimées sont les principaux fabricants de SMHTF en Amérique du Nord. Il a été décidé à l’instruction de la demande de certification que les actes de procédure révèlent des causes d’action, pour les acheteurs directs, en imposition d’une fiducie par interprétation, et, pour les acheteurs indirects, en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, en responsabilité délictuelle et en restitution. Le recours collectif a été certifié. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli l’appel en ce qui concerne les acheteurs indirects et conclu qu’il était « manifeste » que ces derniers n’avaient aucune cause d’action. L’appel a été rejeté en ce qui concerne les acheteurs directs. L’affaire a été renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour qu’elle réexamine seulement la certification du recours collectif des acheteurs directs. Les appelantes contestent en l’espèce la décision de ne reconnaître aux acheteurs indirects aucune cause d’action. Dans l’appel incident, les intimées sollicitent le rejet de la demande des acheteurs directs visant l’imposition d’une fiducie par interprétation.

Arrêt (les juges Cromwell et Karakatsanis sont dissidents quant au pourvoi) : Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver et Wagner : Puisque la Cour a décidé dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, que les acheteurs indirects ont le droit de se pourvoir en justice, la question à trancher est celle de savoir si les défis supplémentaires que pose un groupe composé à la fois d’acheteurs indirects et d’acheteurs directs sont suffisants pour justifier le rejet du recours. Ce n’est pas le cas.

produce difficulties that would warrant dismissing the action. Where indirect and direct purchasers are included in the same class and the evidence of the experts at the trial of the common issues will determine the aggregate amount of the overcharge, there will be no double or multiple recovery. The court also possesses the power to modify settlement and damage awards in accordance with awards already received in other jurisdictions if the respondents are able to satisfy it that double recovery may occur.

Assuming all facts pleaded to be true, a plaintiff satisfies the requirement that the pleadings disclose a cause of action unless it is plain and obvious that the claim cannot succeed. In relation to the causes of action in restitution for the indirect purchasers, the requirement that there be a direct relationship between the defendant and the plaintiff for a claim in unjust enrichment is not settled. Case law does not appear to necessarily foreclose a claim where the relationship between the parties is indirect. It is not plain and obvious that a claim in unjust enrichment should fail at the certification stage on this ground alone. As to the recognition of passed-on losses — the injury suffered by indirect purchasers is recognized at law as is their right to bring actions to recover for those losses. No insurmountable problem is created by allowing the claims in restitution to be brought. Nor is it plain and obvious that a cause of action for the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act* cannot succeed and this cause of action should therefore not be struck out.

A court must certify a proceeding if, among other requirements, there is an identifiable class of two or more persons. The difficulty lies where there is insufficient evidence to show some basis in fact that two or more persons will be able to determine if they are in fact a member of the class. Allowing a class proceeding to go forward without identifying two or more persons who will be able to demonstrate that they have suffered a loss at the hands of the alleged overchargers subverts the purpose of class proceedings, which is to provide a more efficient means of recovery for plaintiffs who have suffered harm but for whom it would be impractical or unaffordable to bring a claim individually. Here, there is no basis in fact to demonstrate that the information necessary to determine class membership is possessed by any of the putative class members. The appellants have not introduced evidence to establish some basis in fact that at least two class members could prove they purchased a product actually containing HFCS during the

Lorsque le groupe est composé d'acheteurs indirects et directs et que la preuve des experts lors de l'examen au fond des questions communes permet d'établir le montant global de la majoration, il n'y a pas de recouvrement double ou multiple. En outre, les tribunaux disposent du pouvoir de modifier un règlement et les dommages-intérêts octroyés en fonction de ceux déjà obtenus dans d'autres ressorts si les intimés réussissent à les convaincre qu'il y a risque de recouvrement double.

À supposer que tous les faits invoqués soient vrais, il est satisfait à l'exigence selon laquelle les actes de procédure doivent révéler une cause d'action à moins qu'il ne soit manifeste que la demande ne peut être accueillie. Quant aux causes d'action en restitution des acheteurs indirects, il n'est pas établi qu'un lien direct entre le défendeur et le demandeur constitue une condition préalable à une action pour enrichissement injustifié. La jurisprudence ne semble pas exclure nécessairement une action opposant des parties unies par un lien indirect. Il n'est pas manifeste qu'une action pour enrichissement injustifié doit être rejetée à l'étape de la certification pour ce seul motif. Quant au transfert de la perte, le préjudice subi par les acheteurs indirects est reconnu en droit, tout comme leur droit d'exercer des recours pour recouvrer le montant de ces pertes. Le fait de permettre la présentation de la demande en restitution ne pose aucun obstacle insurmontable. Il n'est pas manifeste non plus que la cause d'action des acheteurs indirects fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* est vouée à l'échec et, par conséquent, elle ne doit pas être radiée.

Le tribunal doit certifier qu'il s'agit d'un recours collectif s'il existe, notamment, un groupe identifiable de deux personnes ou plus. Or, lorsque la preuve ne permet pas de conclure qu'un certain fondement factuel établit qu'au moins deux personnes sauront si elles appartiennent ou non au groupe, c'est là où le bât blesse. Certifier un recours collectif sans connaître au moins deux personnes qui seront en mesure de prouver les pertes que leur ont fait subir les auteurs présumés de la majoration contrecarre l'objectif des recours collectifs, qui est d'offrir une voie de recours plus efficace aux demandeurs ayant subi un préjudice mais pour qui il serait irréaliste d'exercer un recours individuel ou qui n'ont pas les moyens de le faire. En espèce, aucun fondement factuel ne permet d'établir qu'un seul des membres du groupe proposé dispose des renseignements nécessaires pour déterminer s'il appartient ou non au groupe. Les appelantes n'ont pas établi qu'un certain fondement factuel permet de conclure qu'au moins deux

class period and were therefore identifiable members of the class. The problem in this case lies in the fact that indirect purchasers, even knowing the names of the products affected, will not be able to know whether the particular item that they purchased did in fact contain HFCS. While there may have been indirect purchasers who were harmed by the alleged price-fixing, they cannot self-identify using the proposed definition. The foundation upon which an individual action could be built must be equally present in the class action setting. That foundation is lacking here. In the end, given the finding that an identifiable class cannot be established for the indirect purchasers, the class action as it relates to the indirect purchasers cannot be certified.

With respect to the one cause of action remaining to the direct purchasers, it is determined that the cause of action in constructive trust should fail. Neither the requirement of a proprietary nexus nor the requirement that the constructive trust be imposed only where a monetary remedy was found to be inadequate were met in this case and as such it is plain and obvious that the direct purchaser claim in constructive trust has no chance of succeeding.

Per Cromwell and Karakatsanis JJ. (dissenting on the appeal): In this case, there is some basis in fact to find an identifiable class of two or more persons that includes indirect purchasers.

The requirement that the class be identifiable does not include the requirement that individual members be capable of proving individual loss. The *Class Proceedings Act* (“CPA”) is designed to permit a means of recovery for the benefit of the class as a whole, without proof of individual loss, even where it is difficult to establish class membership. Thus, if no individual seeks an individual remedy, it will not be necessary to prove individual loss. Such class actions permit the disgorgement of unlawful gains and serve not only the purposes of enhanced access to justice and judicial economy, but also the broader purpose of behaviour modification. Further, the aggregate damages provisions in the CPA are tools which are intended to permit access to justice and behaviour modification in cases where liability to the class has been proven but individual membership in the class is difficult or impossible to determine. The legislation explicitly contemplates difficulties or, in some cases, impossibility in self-identification. Such difficulties have not been

membres pourraient démontrer l’achat au cours de la période visée par le recours d’un produit contenant bel et bien du SMHTF, et par le fait même leur appartenance à un groupe identifiable. Le problème en l’espèce tient au fait que les acheteurs indirects ne seront pas en mesure de savoir si l’article qu’ils ont acheté contenait ou non du SMHTF même s’ils connaissent le nom des produits en cause. Bien que la fixation des prix reprochée ait peut-être porté préjudice à des acheteurs indirects, ils ne peuvent démontrer qu’ils font partie du groupe à la lumière de la définition proposée. Le fondement sur lequel reposerait le recours individuel doit pouvoir se transposer au recours collectif. Or, ce fondement fait défaut en l’espèce. En définitive, puisqu’il est conclu à l’impossibilité d’établir l’existence d’un groupe identifiable composé des acheteurs indirects, le recours collectif dans leur cas ne peut être certifié.

Quant aux acheteurs directs, la seule cause d’action qui leur est reconnue, en imposition d’une fiducie par interprétation, doit être rejetée. Il n’est pas satisfait en l’espèce à la condition d’un lien avec un bien, ni à celle voulant que la fiducie par interprétation soit imposée uniquement si une réparation pécuniaire est jugée inadéquate. Il est donc manifeste que la demande des acheteurs directs visant l’imposition de ce type de fiducie est vouée à l’échec.

Les juges Cromwell et Karakatsanis (dissidents quant au pourvoi) : En l’espèce, un certain fondement factuel permet de conclure à l’existence d’un groupe identifiable de deux personnes ou plus auquel appartiennent les acheteurs indirects.

Pour qu’il y ait un groupe identifiable, il ne faut pas que chacun des membres du groupe soit en mesure d’établir une perte individuelle. La *Class Proceedings Act* (la « CPA ») est conçue de manière à donner un recours au groupe dans son ensemble, sans qu’il soit nécessaire de prouver une perte individuelle, même s’il est difficile d’établir l’appartenance au groupe. En conséquence, si personne ne cherche à obtenir une réparation individuelle, il ne sera pas nécessaire de prouver une perte individuelle. De tels recours collectifs permettent la restitution de gains provenant d’activités illégales et répondent non seulement aux objectifs d’accès à la justice et d’économie des ressources judiciaires, mais aussi à l’objectif général de modification des comportements. En outre, les dispositions autorisant l’octroi de dommages-intérêts globaux prévues à la CPA favorisent l’accès à la justice et la modification des comportements dans les cas où la responsabilité envers le groupe a été démontrée, mais où l’appartenance au groupe est difficile ou impossible

considered fatal to authorizations under the *CPA* provided that there is some basis in fact that the class exists. The criteria for membership must be clearly defined — not the ability of a given individual to prove that they meet the criteria. Whether claimants can prove their claim for an individual remedy is a separate issue that need not be resolved at the certification stage.

Here, the record contained an evidentiary basis to establish the existence of the class and to show that the members of the class suffered harm. It may never be necessary or legally required to identify individual class members. The *CPA*, while primarily a procedural statute, also creates a remedy that recognizes that damages to the class as a whole can be proven, even when proof of individual members' damages is impractical, and that is available even if those who are not members of the class can benefit. The statute should be construed generously to give life to its purpose of encouraging judicial economy and access to justice and modifying the behaviour of wrongdoers.

Even though it is not necessary at the certification stage to show that individual class members could stand alone as plaintiffs, this record contains a sufficient evidentiary basis to establish the existence of an identifiable class of two or more persons. Direct purchasers of HFCS used it extensively in products that were sold widely to retailers and to consumers. Given the nature of a price-fixing case, loss flows directly from the purchase of HFCS, or in the case of indirect purchasers, products containing HFCS. Claimants will not have to prove definitively that they purchased a particular product that contained HFCS. It will be sufficient if the trial judge is satisfied, upon expert or other evidence, that an individual claimant probably purchased a product containing it. The requirement that there be an evidentiary foundation — or some basis in fact — to support the certification criteria does not include a preliminary merits test and does not require the plaintiffs to indicate the evidence upon which they will prove these claims. The question at the certification stage is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action. The appellants in this case have tendered evidence which establishes some basis in fact to show that the proposed class is identifiable and that individual class members may be able to establish individual loss on a balance of

à établir. La loi prévoit expressément la possibilité qu'il soit difficile, voire impossible, pour certaines personnes de s'estimer visées. De telles difficultés n'ont pas été jugées fatales à la certification sous le régime de la *CPA* dans la mesure où l'existence d'un groupe repose sur un certain fondement factuel. Les critères d'appartenance au groupe doivent être clairement définis — et non la faculté d'une personne donnée de prouver qu'elle y satisfait. Que les demandeurs puissent ou non établir le bien-fondé de leur demande de réparation individuelle est une question distincte n'ayant pas à être tranchée à l'étape de la certification.

Le dossier permet de conclure que le groupe existe et que les membres du groupe ont subi un préjudice. Il ne sera peut-être jamais nécessaire ni impératif en droit que les membres individuels du groupe soient connus. La *CPA*, une loi à caractère principalement procédural, crée également une réparation qui reconnaît que les préjudices causés au groupe dans son ensemble peuvent être prouvés, même si la preuve des préjudices individuels est irréaliste, et qui peut être ordonnée même si elle est susceptible de profiter à des non-membres. Cette loi doit être interprétée libéralement pour donner effet à l'objectif du législateur, à savoir favoriser l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification du comportement des malfaiteurs.

Même s'il n'est pas nécessaire à l'étape de la certification d'établir que chacun des membres du groupe aurait la capacité pour agir seul, le dossier en l'espèce étaye suffisamment l'existence d'un groupe identifiable de deux personnes ou plus. Les acheteurs directs de SMHTF ont utilisé largement cet édulcorant dans la confection de produits qui ont été vendus à grande échelle aux détaillants et consommateurs. En matière de fixation des prix, la perte découle directement de l'achat du SMHTF, ou dans le cas des acheteurs indirects, de produits en contenant. Les demandeurs n'auront pas à démontrer, preuves à l'appui, avoir acheté un certain produit contenant du SMHTF. Il suffira que le juge de première instance soit convaincu, à la lumière de la preuve, notamment d'expert, qu'un demandeur donné a probablement acheté un produit contenant l'édulcorant en question. L'exigence que chacun des critères de certification repose sur un certain fondement factuel n'emporte pas d'examen sommaire au fond du recours et n'exige pas l'énumération des éléments à l'appui de la demande. La question à cette étape n'est pas s'il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s'il convient de procéder par recours collectif. En l'espèce, les appelantes ont établi un certain fondement factuel permettant de conclure que le groupe

probabilities. Individual claimants, including indirect purchasers, would be able to self-identify as potential plaintiffs based on knowledge of the products in which HFCS is known to have been commonly used.

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, rev'g 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90; **referred to:** *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Option consommateurs v. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), aff'd 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Tracy (Guardian ad litem of) v. Instaloans Financial Solutions Centres (B.C.) Ltd.*, 2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577; *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5th) 351; *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774; *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379.

By Karakatsanis J. (dissenting on the appeal)

Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Steele v. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271; *Risorto v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (2007), 38

proposé est identifiable et que chacun des membres du groupe pourrait être en mesure d'établir, suivant la prépondérance des probabilités, une perte individuelle. Des demandeurs, dont des acheteurs indirects, pourraient s'estimer membres éventuels s'ils savaient les produits dans la composition desquels il a été reconnu qu'entraîne régulièrement du SMHTF.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt appliqué : *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, inf. 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90; **arrêts mentionnés :** *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272; *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), conf. par 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Tracy (Guardian ad litem of) c. Instaloans Financial Solutions Centres (B.C.) Ltd.*, 2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577; *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *VitaPharm Canada Ltd. c. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5th) 351; *Fairhurst c. Anglo American PLC*, 2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45; *British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172; *Sauer c. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774; *Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379.

Citée par le juge Karakatsanis (dissidente quant au pourvoi)

Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271; *Risorto c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (2007), 38

C.P.C. (6th) 373; *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774; *Gilbert v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2004), 3 C.P.C. (6th) 35; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2009), 98 O.R. (3d) 543; *Ford v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758; *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301; *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214.

Statutes and Regulations Cited

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, c. 50, ss. 4(1), 29, 31(1), 34.
Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 36, Part VI.

Authors Cited

Blynn, Daniel. “Cy Pres Distributions: Ethics & Reform” (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435.
 Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated May 2013, release 22).
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. I. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Donald, Lowry and Frankel J.J.A.), 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, 515 W.A.C. 55, 331 D.L.R. (4th) 631, [2011] B.C.J. No. 689 (QL), 2011 CarswellBC 931, setting aside a decision of Rice J., 2010 BCSC 922, [2010] B.C.J. No. 1308 (QL), 2010 CarswellBC 1749. Appeal dismissed, Cromwell and Karakatsanis J.J. dissenting. Cross-appeal allowed.

J. J. Camp, Q.C., Reidar Mogerman, Melina Buckley and Michael Sobkin, for the appellants/respondents on cross-appeal.

D. Michael Brown, Gregory J. Nash and David K. Yule, for the respondents/appellants on cross-appeal Archer Daniels Midland Company and ADM Agri-Industries Company.

J. Kenneth McEwan, Q.C., and Eileen M. Patel, for the respondents/appellants on cross-appeal Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., formerly known as American Maize-Products Company and Cargill Limited.

38 C.P.C. (6th) 373; *Sauer c. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774; *Gilbert c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2004), 3 C.P.C. (6th) 35; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank* (2009), 98 O.R. (3d) 543; *Ford c. F. Hoffmann-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758; *Alfresh Beverages Canada Corp. c. Hoechst AG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301; *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214.

Lois et règlements cités

Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1), 29, 31(1), 34.
Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 36, partie VI.

Doctrine et autres documents cités

Blynn, Daniel. « Cy Pres Distributions : Ethics & Reform » (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435.
 Eizenga, Michael A., et al. *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009 (loose-leaf updated May 2013, release 22).
 Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*, vol. I. Toronto : Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated May 2013, release 10).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Donald, Lowry et Frankel), 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, 515 W.A.C. 55, 331 D.L.R. (4th) 631, [2011] B.C.J. No. 689 (QL), 2011 CarswellBC 931, qui a infirmé une décision du juge Rice, 2010 BCSC 922, [2010] B.C.J. No. 1308 (QL), 2010 CarswellBC 1749. Pourvoi rejeté, les juges Cromwell et Karakatsanis sont dissidents. Pourvoi incident accueilli.

J. J. Camp, c.r., Reidar Mogerman, Melina Buckley et Michael Sobkin, pour les appelantes/intimées au pourvoi incident.

D. Michael Brown, Gregory J. Nash et David K. Yule, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Archer Daniels Midland Company et ADM Agri-Industries Company.

J. Kenneth McEwan, c.r., et Eileen M. Patel, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., auparavant connue sous le nom d’American Maize-Products Company et Cargill Limitée.

Stephen R. Schachter, Q.C., Geoffrey B. Gomery, Q.C., and Peter R. Senkpiel, for the respondents/appellants on cross-appeal Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., formerly known as CPC International, Inc., Casco Inc. and Unilever PLC doing business as Unilever Bestfoods North America.

John S. Tyhurst, for the intervener the Attorney General of Canada.

Davit D. Akman and Adam Fanaki, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
Reasons of Rothstein J.	
I. Introduction	1
II. Background.....	4
III. Summary of the Proceedings Below	6
A. Commencement of the Action	6
B. Pre-certification Motion to Strike	7
C. Certification Proceedings in the British Columbia Supreme Court	8
D. Appeal of the Certification to the British Columbia Court of Appeal.....	10
IV. Analysis	13
A. Indirect Purchaser Actions (the “Passing On” Issue).....	16

Stephen R. Schachter, c.r., Geoffrey B. Gomery, c.r., et Peter R. Senkpiel, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., auparavant connue sous le nom de CPC International, Inc., Casco Inc. et Unilever PLC faisant affaire sous la dénomination d’Unilever Bestfoods North America.

John S. Tyhurst, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Davit D. Akman et Adam Fanaki, pour l’intervenante la Chambre de commerce du Canada.

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
Motifs du juge Rothstein	
I. Introduction	1
II. Contexte.....	4
III. Résumé des instances devant les juridictions inférieures	6
A. Genèse de l’instance	6
B. Requête en radiation présentée avant la certification du recours collectif	7
C. Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique	8
D. Appel de la certification à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique	10
IV. Analyse	13
A. Recours collectif intenté par les acheteurs indirects (la question du « transfert de la perte »).....	16

(1) Double or Multiple Recovery as Between Indirect and Direct Purchasers.....	17	(1) Recouvrement double ou multiple par les acheteurs indirects et les acheteurs directs	17
(2) Over-Recovery as Between Jurisdictions.....	21	(2) Trop-perçu découlant de recours exercés dans plusieurs ressorts	21
(3) Restitutionary Law Principles	22	(3) Principes du droit de la restitution.....	22
(4) Deterrence and Compensation	24	(4) Dissuasion et indemnisation	24
B. The Certification of the Class Action	28	B. La certification du recours collectif.....	28
(1) Do the Pleadings Disclose a Cause of Action?	31	(1) Les actes de procédure révèlent-ils une cause d'action?.....	31
(a) Restitution — Indirect Purchasers	33	a) Restitution — Acheteurs indirects	33
(b) Constructive Trust — Direct Purchasers	39	b) Fiducie par interprétation — Acheteurs directs	39
(c) Section 36 of the <i>Competition Act</i> — Indirect Purchasers.....	42	c) Article 36 de la <i>Loi sur la concurrence</i> — Acheteurs indirects	42
(i) Passed-On Losses Recognized at Law	42	(i) Transfert de la perte reconnu en droit.....	42
(ii) Jurisdiction Over Extraterritorial Conduct.....	44	(ii) Compétence sur les actes commis à l'étranger	44
(2) Are There Common Issues?	48	(2) Existe-t-il une question commune?	48
(3) Is There an Identifiable Class?	52	(3) Existe-t-il un groupe identifiable?	52
(4) Conclusion on Identifiable Class	77	(4) Conclusion sur la question du groupe identifiable.....	77
V. Conclusion.....	80	V. Conclusion.....	80

Reasons of Karakatsanis J.

I. Overview	81
II. Class Requirements — General Principles	89
III. Application to This Case	92
A. The Record and Position of the Parties	92
B. Class Identification Does Not Require That Individual Class Members Can Prove Individual Loss	96
C. Some Basis in Fact to Show That Individuals Could Prove Personal Loss/Class Members Are Identifiable	110
IV. Conclusion	121

APPENDIX: Common Issues Certified by Rice J.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] In price-fixing cases, indirect purchasers are customers who did not purchase a product directly from the alleged price-fixers/overchargers but who purchased it indirectly from a party further down the chain of distribution. Those who say indirect purchasers should not be able to bring actions against their alleged overchargers cite complexities in tracing the overcharge, risks of

Motifs de la juge Karakatsanis

I. Aperçu	81
II. Conditions préalables à la reconnaissance du groupe — principes généraux	89
III. Application à la présente affaire	92
A. Le dossier et la position des parties	92
B. La détermination de l'appartenance au groupe n'exige pas que chacun des membres soit en mesure d'établir une perte individuelle	96
C. Un certain fondement factuel permet d'établir que chacun des membres pourrait prouver une perte individuelle et donc que l'appartenance au groupe est déterminable	110
IV. Conclusion	121

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Rice

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Dans les affaires de fixation des prix, l'acheteur indirect est celui qui s'est procuré un produit, non pas directement auprès de la personne à qui on reproche d'en avoir fixé le prix (l'auteur de la majoration), mais auprès d'une partie intervenant à une autre étape de la chaîne de distribution. Les personnes qui préconisent l'irrecevabilité au Canada des recours des acheteurs indirects contre l'auteur

double or multiple recovery and failure to deter anti-competitive behaviour as reasons why they should not be permitted in Canada. These were some of the issues before the Court in the companion case of *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477 (“*Pro-Sys*”). In that case, a proposed indirect purchaser class action, those arguments were found to be insufficient bases upon which to deny indirect purchasers the right to bring an action against the alleged overcharger.

[2] In this case, both the indirect and direct purchasers are class members. Having decided in *Pro-Sys* that indirect purchasers have the right to bring an action, a question in this case is whether the additional challenges that arise where the class is made up of indirect and direct purchasers are sufficient to warrant dismissing the action. If the Court finds that the action may proceed, it must then consider whether the class action should have been certified by the applications judge.

[3] For the reasons that follow, I would find that the inclusion of indirect and direct purchasers in the proposed class does not produce difficulties that would warrant dismissing the action. However, I find this case cannot meet the certification requirements because there is not an identifiable class of indirect purchasers as required for certification under the British Columbia *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (“*CPA*”). I would dismiss the appeal on that basis. The case of the direct purchasers, which is restricted to constructive trust, is dismissed as I find there is no cause of action. The cross-appeal is therefore allowed.

II. Background

[4] Sun-Rype Products Ltd., a juice manufacturer, is the direct purchaser representative plaintiff and Wendy Bredin (formerly Wendy Weberg) is the indirect purchaser representative plaintiff in

de la majoration invoquent la difficulté de suivre la majoration d’un maillon à l’autre de cette chaîne, le risque de recouvrement double ou multiple et l’omission de décourager le comportement anticoncurrentiel comme autant de raisons justifiant leur argument. Il s’agit de certaines des questions dont est saisie la Cour dans l’affaire connexe *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 (« *Pro-Sys* »). Dans cette dernière, un recours collectif projeté formé par des acheteurs indirects, les arguments mentionnés précédemment ont été jugés insuffisants pour refuser à ces acheteurs le droit de poursuivre en justice l’auteur présumé de la majoration.

[2] En l’espèce, le groupe est formé à la fois des acheteurs indirects et des acheteurs directs. Puisque la Cour a décidé dans *Pro-Sys* que les acheteurs indirects ont le droit de se pourvoir en justice, la question à trancher est celle de savoir si les défis supplémentaires que pose un groupe composé à la fois d’acheteurs indirects et d’acheteurs directs sont suffisants pour justifier le rejet du recours. Si la Cour conclut que le recours collectif peut suivre son cours, elle doit alors se demander si le juge saisi de la demande aurait dû le certifier ou non.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, j’estime que la composition du groupe projeté — formé d’acheteurs indirects et directs — n’engendre pas de difficultés justifiant le rejet du recours collectif. Par contre, je conclus que la présente instance ne respecte pas les critères de certification prévus à la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (la « *CPA* »), de la Colombie-Britannique, vu l’absence de groupe identifiable d’acheteurs indirects. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi pour cette raison. L’unique action des acheteurs directs, en imposition d’une fiducie par interprétation, est rejetée, faute de cause d’action. Par conséquent, l’appel incident est accueilli.

II. Contexte

[4] Sun-Rype Products Ltd., un fabricant de jus, est la demanderesse-représentante des acheteurs directs, et Wendy Bredin (auparavant Weberg) remplit le même rôle au nom des acheteurs indirects en

this action. The representative plaintiffs (referred to collectively as the “appellants”), brought the class action pursuant to the *CPA*. They allege that Archer Daniels Midland Company and ADM Agri-Industries Company (the “ADM respondents”), Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., formerly known as American Maize-Products Company, and Cargill Limited (the “Cargill respondents”), and Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., formerly known as CPC International, Inc., Casco Inc. and Unilever PLC doing business as Unilever Bestfoods North America (the “Casco respondents”) (collectively, the “respondents”), engaged in an illegal conspiracy to fix the price of high-fructose corn syrup (“HFCS”) resulting in harm to manufacturers, wholesalers, retailers and consumers.

[5] HFCS is a sweetener used in various food products, including soft drinks and baked goods. The respondents are the leading producers of HFCS in North America. The appellants claim that between January 1, 1988 and June 30, 1995, the respondents engaged in an “intentional, secret and illegal conspiracy to fix the price of HFCS”, which allowed them to charge the class members more for HFCS than they would have charged but for the alleged illegal conduct (A.F., at paras. 9 and 11).

III. Summary of the Proceedings Below

A. *Commencement of the Action*

[6] The appellants commenced this class action in June 2005 on behalf of “all persons resident in British Columbia and elsewhere in Canada who purchased HFCS or products containing HFCS manufactured by the [respondents] (collectively, the ‘class’) from January 1, 1988 to June 30, 1995 (the ‘Class Period’)” (2010 BCSC 922 (CanLII), at para. 2). It alleged the following causes of action (*ibid.*, at para. 27):

l’espèce. Les demanderesse-représentantes (collectivement les « appelantes ») ont intenté le recours collectif en vertu de la *CPA*. Selon elles, Archer Daniels Midland Company et ADM Agri-Industries Company (les « intimées ADM »), Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., auparavant connue sous le nom d’American Maize-Products Company et Cargill Limitée (les « intimées Cargill ») ainsi que Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., auparavant connue sous le nom de CPC International, Inc., Casco Inc. et Unilever PLC, faisant affaire sous la dénomination d’Unilever Bestfoods North America (les « intimées Casco ») (collectivement les « intimées »), ont participé à un complot illégal pour fixer le prix du sirop de maïs à haute teneur en fructose (« SMHTF »), ce qui a porté préjudice à des fabricants, grossistes, détaillants et consommateurs.

[5] Le SMHTF est un édulcorant utilisé dans la fabrication de diverses denrées alimentaires, dont les boissons gazeuses et les produits de boulangerie. Les intimées sont les principaux fabricants de SMHTF en Amérique du Nord. Les appelantes prétendent que, du 1^{er} janvier 1988 au 30 juin 1995, les intimées ont participé à un [TRADUCTION] « complot intentionnel, secret et illégal en vue de fixer le prix du SMHTF », ce qui leur a permis de faire payer aux membres du groupe un prix plus élevé pour le SMHTF que celui qu’elles auraient établi, n’eussent été les actes illégaux qu’on leur reproche (m.a., par. 9 et 11).

III. Résumé des instances devant les juridictions inférieures

A. *Genèse de l’instance*

[6] Les appelantes ont intenté le recours collectif en juin 2005 au nom de [TRADUCTION] « tous les résidents de la Colombie-Britannique et d’ailleurs au Canada qui ont acheté du SMHTF fabriqué par les [intimées] ou des produits en contenant (collectivement le “groupe”) entre le 1^{er} janvier 1988 et le 30 juin 1995 (la “période visée par le recours”) » (2010 BCSC 922 (CanLII), par. 2). Le groupe a fait valoir les causes d’action suivantes (*ibid.*, par. 27) :

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> a) contravention of s. 45(1) of Part VI of the <i>Competition Act</i> giving rise to a right of damages under s. 36(1) of that Act; b) tortious conspiracy and intentional interference with economic interests; c) unjust enrichment, waiver of tort and constructive trust; and d) punitive damages. | <ul style="list-style-type: none"> a) infraction au par. 45(1) de la partie VI de la <i>Loi sur la concurrence</i> ouvrant droit à des dommages-intérêts au titre du par. 36(1) de cette loi; b) délit civil de complot et atteinte intentionnelle à des intérêts financiers; c) enrichissement injustifié, renonciation à un recours délictuel et fiducie par interprétation; d) dommages-intérêts punitifs. |
|---|---|

B. *Pre-certification Motion to Strike*

[7] The respondents brought a pre-certification motion to strike the appellants' claims on the basis that they were statute-barred. In an order dated May 10, 2007, the motions judge only allowed the claim for a remedial constructive trust because it was subject to a longer (10-year) limitation period than the other claims (2007 BCSC 640, 72 B.C.L.R. (4th) 163). The respondents appealed the order to the British Columbia Court of Appeal ("B.C.C.A.") and the appellants cross-appealed (2008 BCCA 278, 81 B.C.L.R. (4th) 199). The result was that the B.C.C.A. found that the direct purchaser representative plaintiff, Sun-Rype, could maintain only its cause of action in remedial constructive trust and that all of its claims for damages, including damages under the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, were statute-barred. As to the indirect purchaser representative plaintiff, Wendy Bredin, the B.C.C.A. found that she could maintain all of her causes of action because the limitation period on her claims did not begin until "she received the telephone call from her lawyer advising her of the proposed class action" (para. 138).

B. *Requête en radiation présentée avant la certification du recours collectif*

[7] Avant la certification du recours collectif, les intimées ont présenté une requête en radiation des demandes des appelantes pour cause de prescription. Par ordonnance datée du 10 mai 2007, le juge des requêtes a accueilli uniquement la demande relative à l'imposition d'une fiducie par interprétation à titre de réparation parce qu'elle était assujettie à un délai de prescription plus long (10 ans) que les autres (2007 BCSC 640, 72 B.C.L.R. (4th) 163). Les intimées ont interjeté appel de l'ordonnance à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (« C.A.C.-B. »), et les appelantes ont formé un appel incident (2008 BCCA 278, 81 B.C.L.R. (4th) 199). La Cour d'appel a conclu que la demanderesse-représentante des acheteurs directs, Sun-Rype, pouvait maintenir uniquement sa demande en imposition d'une fiducie par interprétation à titre de réparation, et que ses demandes en dommages-intérêts, notamment celles présentées en vertu de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, étaient prescrites. Quant à la demanderesse-représentante des acheteurs indirects, Wendy Bredin, la Cour d'appel a conclu qu'elle pouvait continuer à faire valoir toutes ses causes d'action parce que le délai de prescription applicable à ses demandes n'avait commencé à courir qu'au moment où [TRADUCTION] « elle a reçu l'appel de son avocat qui l'a avisée de l'existence du recours collectif projeté » (par. 138).

C. *Certification Proceedings in the British Columbia Supreme Court, 2010 BCSC 922 (CanLII)*

[8] The British Columbia Supreme Court (“B.C.S.C.”) dealt with the appellants’ application for certification by its decision dated June 30, 2010. As to the issue of whether indirect purchasers could bring actions against their alleged overchargers, Rice J. found that it was “not plain and obvious” that indirect purchaser claims were unavailable as a matter of law in Canada (para. 58).

[9] Rice J. then addressed the requirement under s. 4(1)(a) of the *CPA* that the pleadings disclose a cause of action. Excluding the portions of the claim struck by the pre-certification decision on the limitation periods, Rice J. found that the pleadings disclosed causes of action for the direct purchasers in constructive trust and for the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act*, in tort and in restitution. Rice J. also found that the remaining certification requirements, namely (i) whether there were common issues; (ii) whether there was an identifiable class; (iii) whether the class action was the preferable procedure; and (iv) whether Sun-Rype and Wendy Bredin could adequately represent the class, were met. He certified the action identifying common issues relating to the indirect purchasers’ claims seeking statutory, common law and equitable damages and restitution based on allegations that the respondents engaged in an international and unlawful conspiracy to fix the price of HFCS during the class period. The common issues certified by Rice J. are listed in the appendix to these reasons.

D. *Appeal of the Certification to the British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55*

[10] The majority of the B.C.C.A. (*per* Lowry J.A., Frankel J.A. concurring) held that it was “plain and obvious” that indirect purchasers did not have

C. *Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 922 (CanLII)*

[8] La Cour suprême de la Colombie-Britannique (« C.S.C.-B. ») tranche la demande des appelantes visant la certification d’un recours collectif le 30 juin 2010. Pour ce qui est de savoir si les acheteurs indirects peuvent poursuivre l’auteur présumé de la majoration, le juge Rice conclut qu’il [TRADUCTION] « n’est pas manifeste » que les demandes d’acheteurs indirects sont irrecevables en droit au Canada (par. 58).

[9] Le juge Rice analyse ensuite la condition prévue à l’al. 4(1)(a) de la *CPA* voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Faisant fi des éléments de l’action radiés par suite de la décision sur les délais de prescription rendue avant la certification du recours collectif, le juge Rice arrive à la conclusion que les actes de procédure révèlent des causes d’action, pour les acheteurs directs, en imposition d’une fiducie par interprétation, et pour les acheteurs indirects, en vertu de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, en responsabilité délictuelle et en restitution. Selon lui, les autres conditions de certification d’un recours collectif sont réunies, à savoir i) l’existence d’une question commune; ii) l’existence d’un groupe identifiable; iii) le recours collectif est la meilleure procédure; iv) Sun-Rype et Wendy Bredin peuvent représenter le groupe de manière appropriée. Il certifie le recours collectif, sur la foi d’allégations de complot international et illégal par les intimées en vue de fixer le prix du SMHTF au cours de la période visée par le recours, et détermine les questions communes des acheteurs indirects intéressant leurs demandes en restitution et en dommages-intérêts légaux, de common law et d’equity. Les questions communes certifiées par le juge Rice sont énumérées à l’annexe.

D. *Appel de la certification à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55*

[10] Les juges majoritaires de la C.A.C.-B. (le juge Lowry, avec l’accord du juge Frankel) concluent qu’il est [TRADUCTION] « manifeste » que les

a cause of action (para. 97). The majority reached this conclusion for the same reasons as in its decision in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corp.*, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90: it held that the rejection of the passing-on defence in Canada carried as its necessary corollary a corresponding rejection of the offensive use of passing on in the form of an indirect purchaser action. The majority found Canadian law “to be consistent with American federal law as established by the Supreme Court of the United States in *Hanover Shoe . . . and Illinois Brick*” (*Pro-Sys* (C.A.), at para. 74).

[11] With respect to the indirect purchasers, the majority allowed the appeal and found that the pleadings did not disclose a cause of action on their part (para. 98). However, with respect to direct purchasers, the majority found that the appeal should be dismissed (para. 74). The B.C.C.A. set aside the certification order of Rice J. and remitted the matter to the B.C.S.C. to reconsider the certification of the action of the direct purchasers alone.

[12] Donald J.A., dissenting, as he did in *Pro-Sys*, would have found that indirect purchaser actions were permitted as a matter of law in Canada and would have certified the action for both direct and indirect purchasers, finding that all of the requirements in s. 4(1) of the *CPA* were met.

IV. Analysis

[13] This appeal was brought concurrently with the appeal in the companion case of *Pro-Sys*. Counsel for the appellants are the same in both cases, and the appellants in this case rely heavily on the appellants’ submissions in *Pro-Sys* to support their arguments. In view of the significant overlap in issues, these reasons will frequently refer to the reasons in *Pro-Sys*.

[14] In this Court, the three groups of respondents filed separate factums. However, each adopts the pleadings of the others in the appeal and the cross-appeal. In the appeal, the respondents argue first

acheteurs indirects n’ont aucune cause d’action (par. 97). Ils parviennent à cette conclusion pour les mêmes motifs que dans leur arrêt *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corp.*, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90 : selon eux, le rejet de la défense de transfert de la perte au Canada emporte nécessairement le rejet du transfert de la perte comme cause d’action, c’est-à-dire de l’action intentée par les acheteurs indirects. Les juges majoritaires estiment que le droit canadien [TRADUCTION] « s’accorde avec le droit fédéral américain, tel qu’il a été établi par la Cour suprême des États-Unis dans *Hanover Shoe* [. . .] et *Illinois Brick* » (*Pro-Sys* (C.A.), par. 74).

[11] Quant aux acheteurs indirects, les juges majoritaires accueillent l’appel et concluent que les actes de procédure ne révèlent aucune cause d’action (par. 98). Quant aux acheteurs directs cependant, les juges majoritaires sont d’avis de rejeter l’appel (par. 74). Ils annulent l’ordonnance de certification du juge Rice et renvoient l’affaire à la C.S.C.-B. pour qu’elle réexamine seulement la certification du recours collectif des acheteurs directs.

[12] Le juge Donald, dissident en l’espèce tout comme il l’est dans *Pro-Sys*, estime que les recours des acheteurs indirects sont recevables en droit au Canada, et il est d’avis de certifier le recours collectif des acheteurs directs et des acheteurs indirects, estimant que toutes les conditions prévues au par. 4(1) de la *CPA* sont réunies.

IV. Analyse

[13] Le présent pourvoi a été interjeté en même temps que celui dans l’affaire connexe *Pro-Sys*. Les avocats des appelants sont les mêmes dans ces deux dossiers, et les appelantes en l’espèce fondent en bonne partie leurs arguments sur ceux des appelants dans *Pro-Sys*. Vu l’important chevauchement des questions, les présents motifs renvoient souvent à ceux de l’arrêt *Pro-Sys*.

[14] Les trois groupes d’intimées ont déposé des mémoires distincts à la Cour, mais chacun de ces groupes fait siens les actes de procédure des autres dans l’appel et l’appel incident. En appel,

and foremost that indirect purchasers do not have a cause of action. They also argue that the class action should be decertified in respect of the indirect purchasers because the class is not identifiable as required by s. 4(1)(b) of the *CPA*. On the cross-appeal, the respondents request dismissal of the direct purchasers' claim in constructive trust on the grounds that the elements required to establish a constructive trust are not present. They also seek decertification of the class action on the basis that Rice J. applied the wrong standard of proof in his analysis of the certification requirements.

[15] As indicated, I am unable to find an identifiable class as it relates to the indirect purchasers and would dismiss the appeal on that basis. Nonetheless, for completeness, the various arguments presented in this case are assessed below. I turn first to the indirect purchaser question and then consider the arguments pertaining to the certification of the class action.

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

[16] The appellants largely adopt the submissions of Pro-Sys Consultants Ltd. on the passing-on issue. As the offensive use of passing on has been analysed in the reasons in *Pro-Sys*, it is unnecessary to repeat it in its entirety here. I add only the following to address the differences that arise with regard to passing on where indirect purchasers and direct purchasers are part of the same class.

(1) Double or Multiple Recovery as Between Indirect and Direct Purchasers

[17] The respondents argue that the “fundamental difficulty with the case of the indirect purchasers is that they seek recovery of amounts to which the direct purchasers have a valid claim, such that,

les intimées soutiennent d’abord et avant tout que les acheteurs indirects sont dépourvus de cause d’action. Elles ajoutent qu’il faut annuler la certification du recours collectif à l’égard des acheteurs indirects parce qu’ils ne forment pas un groupe identifiable, comme l’exige l’al. 4(1)(b) de la *CPA*. Dans l’appel incident, elles sollicitent le rejet de la demande des acheteurs directs visant l’imposition d’une fiducie par interprétation, plaidant l’absence des éléments requis pour l’établir. Elles sollicitent également l’annulation de la certification du recours collectif parce que le juge Rice aurait appliqué la mauvaise norme de preuve dans son analyse des conditions de certification.

[15] Comme je le mentionne précédemment, selon moi les acheteurs indirects ne forment pas un groupe identifiable, et je suis d’avis de rejeter le pourvoi pour cette raison. Néanmoins, par souci d’exhaustivité, j’analyse les divers arguments avancés dans la présente affaire. Je me penche sur la question des acheteurs indirects avant d’examiner les arguments relatifs à la certification du recours collectif.

A. *Recours collectif intenté par les acheteurs indirects (la question du « transfert de la perte »)*

[16] Les appelantes souscrivent en bonne partie aux arguments de Pro-Sys Consultants Ltd. sur la question du transfert de la perte. Vu que le transfert de la perte comme cause d’action a été analysé dans les motifs de l’arrêt *Pro-Sys*, point n’est besoin de refaire toute cette analyse. Je n’ajoute les remarques suivantes que dans la mesure où elles sont nécessaires pour traiter des distinctions engendrées lorsque le groupe est composé à la fois d’acheteurs indirects et directs.

(1) Recouvrement double ou multiple par les acheteurs indirects et les acheteurs directs

[17] Les intimées font valoir que la [TRADUCTION] « difficulté fondamentale que présente le dossier des acheteurs indirects tient à ce qu’ils cherchent à obtenir le recouvrement de sommes d’argent que

to recognize the claim of the indirect purchasers would be to recognize an overlapping claim to the same amount and the prospect of double recovery” (Cargill factum, at para. 54). They argue that, because the passing-on defence has been rejected in Canada, the direct purchasers are entitled to 100 percent of the amount of the overcharge. Consequently they say that indirect purchasers “make a duplicative and overlapping claim to an overcharge to which the direct purchasers are entitled based on settled principles” (para. 61).

[18] For the reasons given in the *Pro-Sys* appeal, this argument is insufficient to deny indirect purchasers the right to be included in the class action. I agree with Rice J. that, by including both direct and indirect purchasers in the class and by using economic methodologies to ascertain the aggregate amount of the loss, there will be no over-recovery from the respondents (B.C.S.C., at para. 53).

[19] In this case, the appellants seek recovery of a defined sum equal to the aggregate of the overcharge. Where indirect and direct purchasers are included in the same class and the evidence of the experts at the trial of the common issues will determine the aggregate amount of the overcharge, there will be no double or multiple recovery. Recovery is limited to that aggregate amount, no matter how it is ultimately shared by the direct and indirect purchasers. This was the view of the B.C.C.A. in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (“*Infineon*”), at para. 78, and of the Quebec Court of Appeal in *Option consommateurs v. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), at para. 114. The appeal of the latter decision was heard together with *Pro-Sys* and this case. See *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600.

les acheteurs directs peuvent valablement réclamer. Ainsi, en reconnaissant le droit d’action des acheteurs indirects, on reconnaît un autre droit d’action sur une somme d’argent unique et la possibilité d’un recouvrement double » (mémoire de Cargill, par. 54). Selon elles, comme la défense de transfert de la perte a été écartée au Canada, les acheteurs directs ont le droit de recouvrer la totalité de la majoration. Elles disent donc que la demande des acheteurs indirects en recouvrement du montant de la majoration « télescope celle des acheteurs directs, qui y ont droit en vertu de principes établis » (par. 61).

[18] Pour les motifs exposés dans *Pro-Sys*, cet argument ne suffit pas à refuser aux acheteurs indirects le droit de participer au recours collectif. Je conviens avec le juge Rice que si le groupe est formé des acheteurs directs et des acheteurs indirects et si des méthodes économiques servent à établir le montant global de la perte, les intimées ne seront pas tenues de verser une indemnité supérieure au montant global de la majoration (C.S.C.-B., par. 53).

[19] Dans la présente affaire, les appelantes demandent le recouvrement d’une somme précise équivalente au montant global de la majoration. Lorsque le groupe est composé d’acheteurs indirects et directs et que le témoignage des experts lors de l’examen au procès des questions communes permet d’établir le montant global de la majoration, il n’y a pas de recouvrement double ou multiple. Le recouvrement intégral est limité à cette somme, peu importe comment elle sera finalement répartie entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects. C’est l’avis exprimé par la C.A.C.-B. dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (« *Infineon* »), par. 78, et par la Cour d’appel du Québec dans *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), par. 114. L’appel dans cette dernière affaire a été entendu en même temps que celui dans l’affaire *Pro-Sys* et le présent pourvoi. Voir *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600.

[20] To the extent that there is conflict between the class members as to how the aggregate amount is to be distributed upon the awarding of a settlement or upon a successful action, this is not a concern of the respondents and is not a basis for denying indirect purchasers the right to be included in the class action.

(2) Over-Recovery as Between Jurisdictions

[21] In addition to concern of double recovery as between indirect and direct purchasers, the respondents also express concerns of over-recovery arising from actions in the U.S. Specifically, the respondents state that in the U.S., direct purchasers of HFCS have already reached a settlement with the respondents for the entire overcharge. They claim that if the rights of the indirect purchasers to bring an action are recognized in Canada, this will create “overlapping claims to the same loss between direct purchasers in the U.S. and indirect purchasers in British Columbia” (Cargill factum, at para. 71). As stated in the *Pro-Sys* reasons, the court is equipped to deal with these risks. The court possesses the power to modify settlement and damage awards in accordance with awards already received by plaintiffs in other jurisdictions if the respondents are able to satisfy it that double recovery may occur. If the respondents adduce relevant evidence, the court will be able to ensure that double recovery does not occur.

(3) Restitutionary Law Principles

[22] The majority of the B.C.C.A. rejected the offensive use of passing on based on the theory that once the passing-on *defence* is rejected, the direct purchasers would be entitled to the whole amount by which they were overcharged:

. . . I am unable to see why the [direct purchasers] would not as a matter of law be entitled to the whole of the amount they overpaid regardless of any amount that may

[20] Même si les membres du groupe ne s’entendaient pas sur la répartition de la somme globale dans l’éventualité d’un règlement ou d’un gain de cause, ce problème ne regarde pas les intimées et ne justifie pas que l’on refuse aux acheteurs indirects le droit de participer au recours collectif.

(2) Trop-perçu découlant de recours exercés dans plusieurs ressorts

[21] En plus du recouvrement double par les acheteurs indirects d’une part et les acheteurs directs d’autre part, les intimées disent craindre un trop-perçu résultant de la combinaison du présent recours et de ceux exercés aux États-Unis. Plus précisément, les intimées affirment que les acheteurs directs américains ont déjà conclu un règlement avec elles à propos du montant intégral de la majoration. Elles prétendent que, si le droit des acheteurs indirects d’exercer un recours est reconnu au Canada, [TRADUCTION] « les demandes des acheteurs indirects de la Colombie-Britannique télescoperont celles des acheteurs directs américains à l’égard de la même perte » (mémoire de Cargill, par. 71). Comme il est mentionné dans les motifs de l’arrêt *Pro-Sys*, les tribunaux peuvent gérer ces risques. Ils disposent du pouvoir de modifier un règlement et les dommages-intérêts octroyés en fonction de ceux déjà obtenus par les demandeurs dans d’autres ressorts si les intimés réussissent à leur prouver qu’il y a risque de recouvrement double. Si les intimés présentent des éléments de preuve pertinents à cet égard, le tribunal sera en mesure de leur éviter pareille situation.

(3) Principes du droit de la restitution

[22] Les juges majoritaires de la C.A.C.-B. ont refusé le transfert de la perte comme cause d’action suivant le principe que dès lors que cette *défense* est rejetée, les acheteurs directs ont droit au recouvrement intégral du montant de la majoration :

[TRADUCTION] . . . je n’arrive pas à voir pourquoi en droit les [acheteurs directs] ne pourraient pas recouvrer l’intégralité du montant de la majoration, peu importe

have been passed on to the [indirect purchasers] in the same way they would if they were the only plaintiffs in the action. Anything less would serve to disadvantage them because of the nature of the proceedings such that they would be deprived of what they would legally be entitled to recover. [para. 84]

[23] I would agree that absent an action by indirect purchasers or absent the inclusion of indirect purchasers in the action, the direct purchasers would be able to recover the entire amount of the overcharge because the overcharger would be unable to invoke the passing-on defence. However, this is not the same as saying the direct purchasers are *entitled* to the entire amount of the overcharge. The disgorgement of amounts obtained through wrongdoing is one of the fundamental principles of restitutionary law (P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf ed.), vol. I, at p. 3-1). Restitutionary law is “a tool of corrective justice” that seeks to take money away from the party who has unjustly taken it and return it to the party who unjustly lost it (*Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, 2007 SCC 1, [2007] 1 S.C.R. 3, at paras. 32 and 47). While a defendant cannot invoke the passing-on defence, the direct purchasers cannot deny that they have passed on the overcharge to the indirect purchasers. Where indirect purchasers are able to demonstrate that overcharges were passed on to them, they are entitled to claim those overcharges.

(4) Deterrence and Compensation

[24] As part of their argument that indirect purchaser actions should not be allowed, the respondents make much of the fact that in many other price-fixing cases in Canada, awards to indirect purchasers have been disbursed in the form of *cy-près* payments because the amounts in question were so small as to make identification of and distribution to each individual class member impractical. They claim that *cy-près* distributions do not advance the deterrence objective of the Canadian competition laws because any deterrence function could be achieved to an equal extent by a claim made solely by direct purchasers. They also argue

le surcoût potentiellement transféré aux [acheteurs indirects], comme s'ils étaient les seuls demandeurs. Leur accorder moins les défavoriserait compte tenu de la nature de l'instance, de sorte qu'ils seraient privés de ce qu'ils sont en droit de recouvrer. [par. 84]

[23] Je conviens que, si les acheteurs indirects n'exercent aucun recours, seuls ou avec les acheteurs directs, ces derniers seraient à même de recouvrer le montant intégral de la majoration vu l'impossibilité pour l'auteur de cette dernière d'invoquer le transfert de la perte en défense. Or, cela ne revient pas à dire que les acheteurs directs ont *droit* à l'intégralité de cette somme d'argent. La remise des biens mal acquis constitue l'une des pierres angulaires du droit de la restitution (P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (éd. à feuilles mobiles), vol. I, p. 3-1). Le droit de la restitution constitue « un outil de la justice corrective » qui cherche à reprendre à la partie qui a acquis injustement des fonds pour les rendre à celle qui les a perdus injustement (*Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, par. 32 et 47). Si un défendeur ne peut invoquer le transfert de la perte en défense, les acheteurs directs ne peuvent nier avoir refilé la majoration aux acheteurs indirects. Dans les cas où les acheteurs indirects peuvent le démontrer, ils ont le droit de demander le remboursement du montant de la majoration.

(4) Dissuasion et indemnisation

[24] À l'appui de leur argument selon lequel le recours des acheteurs indirects doit être rejeté, les intimées font tout particulièrement valoir que, dans nombre d'autres affaires de fixation des prix au Canada, l'indemnité accordée à ce type d'acheteurs a été versée suivant le principe de l'aussi-près (*cy-près doctrine*) parce que le montant de l'indemnité individuelle adjugée était si faible qu'il aurait été irréaliste de dénicher tous les membres du groupe pour la leur verser. Toujours selon les intimées, une indemnité versée suivant ce principe ne sert pas l'objectif de dissuasion des lois canadiennes sur la concurrence parce qu'une

that because the award would be distributed to a not-for-profit entity in place of the class members, the compensation goal of the Canadian competition laws is also frustrated.

[25] There is merit to these arguments; however, the precedent for *cy-près* distribution is well established (see M. A. Eizenga et al., *Class Actions Law and Practice* (loose-leaf), at § 9.19). While *cy-près* distributions may not appeal to some on a policy basis, this method of distributing settlement proceeds or damage awards is contemplated by the CPA, at s. 34(1):

34 (1) The court may order that all or any part of an award under this Division that has not been distributed within a time set by the court be applied in any manner that may reasonably be expected to benefit class or subclass members, even though the order does not provide for monetary relief to individual class or subclass members.

[26] It is also a method the courts have used in indirect purchaser price-fixing cases, as demonstrated by the respondents' summary of nine cases in which distribution of the settlement funds was made on a *cy-près* basis. And, while its very name, meaning "as near as possible", implies that it is not the ideal mode of distribution, it allows the court to disburse the money to an appropriate substitute for the class members themselves (see D. Blynn, "Cy Pres Distributions: Ethics & Reform" (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435, at p. 435).

[27] As such, while the compensation objective is not furthered by a *cy-près* distribution, it cannot be said that deterrence is reduced by the possibility that a settlement will eventually be distributed in that manner. These factors do not preclude indirect purchasers from bringing an action or from being included in the class.

demande présentée uniquement par les acheteurs directs serait tout aussi dissuasive. Elles ajoutent qu'elle ne sert pas non plus l'objectif d'indemnisation, car elle serait versée à un organisme à but non lucratif plutôt qu'aux membres du groupe.

[25] Ces arguments sont valables, mais la jurisprudence en matière de versement suivant le principe de l'aussi-près est bien établie (voir M. A. Eizenga et autres, *Class Actions Law and Practice* (feuilles mobiles), § 9.19). Bien qu'il puisse ne pas plaire à certains pour des raisons de principe, ce mode de distribution de l'indemnité accordée par suite d'un règlement ou des dommages-intérêts adjugés est prévu au par. 34(1) de la CPA :

[TRADUCTION]

34 (1) Le tribunal peut ordonner que la totalité ou une partie du montant adjugé en vertu de la présente section qui n'a pas été répartie dans le délai qu'il a fixé soit affectée d'une façon dont il est raisonnable de s'attendre qu'elle profite aux membres du groupe ou du sous-groupe même si l'ordonnance ne prévoit pas de mesures de redressement pécuniaire pour les membres du groupe ou du sous-groupe.

[26] Ce mode de distribution a également été employé par les tribunaux dans les affaires de fixation des prix intéressant des acheteurs indirects, comme le démontre le résumé que les intimées ont présenté de neuf affaires où il avait été ordonné. Et, bien qu'il ressorte de son propre nom, dérivé de l'expression [TRADUCTION] « aussi près que possible », qu'il ne s'agit pas du mode de distribution idéal, il permet au tribunal de verser l'argent à un substitut convenable du groupe (voir D. Blynn, « Cy Pres Distributions : Ethics & Reform » (2012), 25 *Geo. J. Legal Ethics* 435, p. 435).

[27] Par conséquent, même si le versement suivant le principe de l'aussi-près de l'indemnité accordée par suite d'un règlement ne sert pas l'objectif d'indemnisation, on ne saurait dire qu'il desserve l'objectif de dissuasion. Ces considérations n'empêchent pas les acheteurs indirects d'exercer un recours ou de faire partie du groupe.

B. *The Certification of the Class Action*

[28] Having determined that indirect purchasers may pursue actions against their alleged overchargers, the issue is now whether this action should be certified. The analysis of the certification requirements was carried out by the applications judge, Rice J., but was not addressed by the majority of the B.C.C.A. The majority of the B.C.C.A. disposed of the action based solely on its finding that passing on could not be used offensively to allow indirect purchasers to bring an action.

[29] The requirements for certification under the *CPA* are set forth in s. 4(1):

- 4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:
- (a) the pleadings disclose a cause of action;
 - (b) there is an identifiable class of 2 or more persons;
 - (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;
 - (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;
 - (e) there is a representative plaintiff who
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
 - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and

B. *La certification du recours collectif*

[28] Ayant conclu que les acheteurs indirects ont un droit de recours contre l'auteur présumé de la majoration, je dois maintenant décider s'il y a lieu de certifier le présent recours collectif. Les conditions de certification ont été analysées par le juge saisi de la demande, le juge Rice, mais les juges majoritaires de la C.A.C.-B. n'en ont pas traité. Ils ont tranché le recours uniquement sur le fondement de leur conclusion que le transfert de la perte ne constitue pas une cause d'action, de sorte que les acheteurs indirects se trouvent privés de recours.

[29] Les conditions de certification prévues à la *CPA* sont énoncées en son par. 4(1) :

[TRADUCTION]

- 4 (1) Le tribunal saisi d'une demande visée à l'article 2 ou 3 certifie une instance à titre de recours collectif lorsque les conditions suivantes sont réunies :
- (a) les actes de procédure révèlent une cause d'action;
 - (b) il existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus;
 - (c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l'emporte ou non sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels;
 - (d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour régler la question commune de manière juste et efficace;
 - (e) un demandeur-représentant :
 - (i) défendrait de manière juste et appropriée les intérêts du groupe,
 - (ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan qui établit une méthode praticable de faire progresser l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif,

(iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

[30] The respondents contest only three of the certification criteria. The first is whether the pleadings disclose a cause of action as required under s. 4(1)(a). They argue that the remaining cause of action of the direct purchasers in constructive trust should be struck and that the indirect purchaser causes of action in restitution and under s. 36 of the *Competition Act* should fail. They do not contest the indirect purchasers' causes of action in tort. Second, they say that the requirement under s. 4(1)(c) that the claims raise common issues is not met. Third, they argue that the class is not identifiable as it relates to the indirect purchasers as required under s. 4(1)(b).

[30] Les intimées font valoir qu'il n'est pas satisfait à trois des conditions de certification. Premièrement, les actes de procédure révèlent-ils une cause d'action, comme l'exige l'al. 4(1)(a)? Elles soutiennent qu'il faut radier la cause d'action restante des acheteurs directs en imposition d'une fiducie par interprétation et rejeter la cause d'action des acheteurs indirects en restitution et celle fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*. Elles ne contestent pas les causes d'action des acheteurs indirects en responsabilité délictuelle. Deuxièmement, elles affirment qu'il n'est pas satisfait à la condition prévue à l'al. 4(1)(c) voulant que les demandes soulèvent une question commune. Troisièmement, elles font valoir que le groupe n'est pas identifiable au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 4(1)(b) dans la mesure où il est formé d'acheteurs indirects.

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

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

[31] Section 4(1)(a) of the *CPA* requires that the pleadings disclose a cause of action. This requirement is judged on the standard of proof applied in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980, namely that a plaintiff satisfies this requirement unless, assuming all facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff's claim cannot succeed (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261 (“*Alberta Elders*”), at para. 20; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25).

[31] L'alinéa 4(1)(a) de la *CPA* exige que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Cette analyse s'effectue selon la norme de preuve appliquée dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980, à savoir que le demandeur répond à l'exigence à moins qu'il ne soit manifeste que sa demande ne peut être accueillie, à supposer que tous les faits invoqués soient vrais (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 (« *Alberta Elders* »), par. 20; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25).

[32] I first consider the respondents' arguments in relation to the causes of action in restitution for both the indirect and direct purchasers (remedial constructive trust) and then turn to the arguments against the cause of action of the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act*.

[32] Je vais d'abord examiner les arguments des intimées relatifs aux causes d'action en restitution des acheteurs indirects et des acheteurs directs (imposition d'une fiducie par interprétation à titre de réparation) avant de me pencher sur les arguments qu'elles invoquent à l'encontre de la cause d'action des acheteurs indirects fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*.

(a) *Restitution — Indirect Purchasers*

[33] In the alternative, the appellants claim that the respondents have been unjustly enriched as a result of the alleged overcharge on the sale of HFCS and that the class members have suffered a deprivation in the amount of the overcharge attributable to the sale of HFCS in B.C. and in Canada. They plead that this overcharge resulted from wrongful or unlawful acts and that there can thus be no juristic reasons for the enrichment. The appellants seek the disgorgement of the alleged overcharge paid to the respondents by the class members.

[34] The respondents argue that “both the benefit conferred and deprivation (or loss) suffered was that of the direct purchasers alone” and as such, it is the direct purchasers alone who can bring a claim for restitution for wrongful conduct. They submit that no benefit was conferred directly by the indirect purchaser to the overcharger and that the deprivation in question was suffered by the direct purchasers and *not* the indirect purchasers, because the passing on of losses is not recognized at law (Cargill factum, at para. 30).

[35] I understand the respondents to be making two separate points: one, that a direct relationship between a plaintiff and a defendant is needed to ground a claim in unjust enrichment; and two, that because indirect purchasers cannot base a claim on passed-on losses, they have no cause of action in unjust enrichment. Both of these arguments have been addressed in the reasons in *Pro-Sys*.

[36] The requirement that there be a direct relationship between the defendant and the plaintiff for a claim in unjust enrichment is not settled. As indicated in the *Pro-Sys* reasons, *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, states only that “[t]he cases in which claims for unjust enrichment have been made out generally deal with benefits conferred directly and specifically on the defendant” (p. 797 (emphasis added)). *Peel* requires only that a claim in unjust enrichment must

a) *Restitution — Acheteurs indirects*

[33] Subsidairement, les appelantes prétendent que les intimées se sont injustement enrichies, car elles auraient majoré le prix du SMHTF, et que les membres du groupe ont subi un appauvrissement correspondant au montant du surcoût découlant de la vente du SMHTF en C.-B. et ailleurs au Canada. Selon elles, cette majoration est imputable à des actes fautifs ou illicites et aucun motif juridique ne saurait donc justifier l’enrichissement. Les appelantes réclament la restitution du surcoût que les membres du groupe auraient payé aux intimées.

[34] Les intimées affirment que [TRADUCTION] « tant l’avantage conféré que l’appauvrissement subi (la perte) touche exclusivement les acheteurs directs » et ainsi ils sont les seuls à pouvoir présenter une demande en restitution pour des actes fautifs. Elles prétendent que l’acheteur indirect n’a conféré directement aucun avantage à l’auteur de la majoration et que l’appauvrissement en question a été subi par les acheteurs directs, et *non* par les acheteurs indirects, vu que le transfert de la perte n’est pas reconnu en droit (mémoire de Cargill, par. 30).

[35] Je crois comprendre que les intimées avancent deux arguments distincts : premièrement, pour fonder une action pour enrichissement injustifié, il doit y avoir un lien direct entre le demandeur et le défendeur; deuxièmement, puisque les acheteurs indirects ne peuvent invoquer le transfert de la perte en demande, ils n’ont aucune cause d’action pour enrichissement injustifié. Ces deux arguments sont examinés dans les motifs de l’arrêt *Pro-Sys*.

[36] Il n’est pas établi qu’un lien direct entre le défendeur et le demandeur constitue une condition préalable à une action pour enrichissement injustifié. Comme il est indiqué dans les motifs de l’arrêt *Pro-Sys*, la Cour affirme seulement dans *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, que « [l]es affaires dans lesquelles l’enrichissement sans cause a été établi concernent généralement des avantages conférés directement et expressément au défendeur » (p. 797 (je souligne)).

be based on “more than an incidental blow-by” and that “[a] secondary collateral benefit will not suffice” (p. 797). These words would appear not to necessarily foreclose a claim where the relationship between the parties is indirect. However, as in *Pro-Sys*, this does not resolve the issue. First, it is not apparent here that the benefit received by the respondents was mere “incidental blow-by” or “collateral benefit”. Second, the appellants in *Pro-Sys* argue that *Alberta Elders* is an example of a case where an unjust enrichment was found absent a direct relationship, calling the requirement into question. Accordingly, it cannot be said that it is plain and obvious that a claim in unjust enrichment should fail at the certification stage on this ground alone.

[37] As to the recognition of passed-on losses, that question has been answered conclusively: the injury suffered by indirect purchasers is recognized at law as is their right to bring actions to recover for those losses. For the reasons previously explained, no insurmountable problem is created by allowing the claims in restitution to be brought by a class comprised of both direct and indirect purchasers. Unjustly obtained amounts are recoverable on the basis that they have been extracted at the plaintiffs’ expense (Maddaugh and McCamus, at p. 3-9). That is what is alleged to have occurred in this case. The appellants allege that the respondents committed wrongful acts that were directed at both the direct and the indirect purchasers and as such both groups should be able to recover their losses.

[38] It is true that, absent indirect purchasers, the rejection of the passing-on defence entitles direct purchasers to 100 percent of the amount of the overcharge. However, this entitlement is altered when indirect purchasers are included in the action. As explained above, this does not mean, as the respondents suggest, that to allow indirect purchasers to join the action would be “to admit of the possibility that a plaintiff could recover twice

Peel vient établir uniquement que le fondement d’une action pour enrichissement sans cause ne doit pas revêtir « qu’un caractère purement incident » et qu’« [u]n avantage secondaire et accessoire ne suffit pas » (p. 797). Ces propos ne semblent pas exclure nécessairement une action opposant des parties unies par un lien indirect. Toutefois, tout comme dans l’affaire *Pro-Sys*, cela ne règle pas la question. Premièrement, il n’est pas évident en l’espèce que l’avantage obtenu par les intimées ne revêtait qu’un « caractère purement incident » ou n’était que « secondaire ». Deuxièmement, les appelants dans l’affaire *Pro-Sys* soutiennent qu’*Alberta Elders* est un exemple d’arrêt où la Cour a conclu à l’enrichissement injustifié malgré l’absence d’un lien direct, ce qui soulève un doute sur le caractère impératif de cette condition. On ne saurait donc dire qu’il est manifeste qu’une action pour enrichissement injustifié doit être rejetée à l’étape de la certification pour ce seul motif.

[37] Quant au transfert de la perte, la Cour répond de façon concluante à cette question : le préjudice subi par les acheteurs indirects est reconnu en droit, tout comme leur droit d’exercer des recours pour recouvrer le montant de ces pertes. Pour les motifs énoncés précédemment, le fait de permettre à un groupe formé à la fois d’acheteurs directs et d’acheteurs indirects de présenter une demande en restitution ne pose aucun obstacle insurmontable. Il est possible de recouvrer les fonds mal acquis parce qu’ils l’ont été au détriment des demandeurs (Maddaugh et McCamus, p. 3-9). C’est ce qui serait arrivé en l’espèce. Les appelantes prétendent que les intimées ont commis des actes fautifs à l’endroit des acheteurs directs et des acheteurs indirects et soutiennent que les deux groupes devraient avoir le droit de recouvrer le montant de leurs pertes.

[38] Certes, s’il est fait abstraction des acheteurs indirects, l’impossibilité d’invoquer en défense le transfert de la perte se traduit pour les acheteurs directs par un droit à la totalité de la majoration. Cependant, la participation d’acheteurs indirects au recours altère ce droit. Comme je l’explique précédemment, cela ne signifie pas, tel que les intimées le laissent entendre, que le fait de permettre aux acheteurs indirects de participer au recours

— once from the person who is the immediate beneficiary of the payment or benefit . . . and again from the person who reaped an incidental benefit” (Cargill factum, at para. 32, citing *Peel*, at p. 797). Rather, it means that the indirect and direct purchasers will share the aggregate amount recovered in the event that the action is successful. To the extent that there are competing claims among the direct and indirect purchasers, I agree with Rice J. that this may be sorted out at a later stage of the proceeding (B.C.S.C., at para. 195). At this stage, both groups share the common interest of maximizing the amount recoverable from the respondents. The indirect purchasers’ cause of action in restitution should therefore not be struck out.

(b) *Constructive Trust — Direct Purchasers*

[39] On cross-appeal, with respect to the one cause of action remaining to the direct purchasers, the respondents argue that the cause of action in constructive trust should fail.

[40] The respondents claim that neither the requirement of a “proprietary nexus” nor the requirement that the constructive trust be imposed only where a monetary remedy was found to be inadequate were met in this case. As such it is plain and obvious that the direct purchaser claim in constructive trust has no chance of succeeding (see Casco cross-appeal factum, at para. 28, citing *Tracy (Guardian ad litem of) v. Instaloans Financial Solution Centres (B.C.) Ltd.*, 2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577, for the requirements of a constructive trust). I agree.

[41] In *Pro-Sys*, noting that *Kerr v. Baranow*, 2011 SCC 10, [2011] 1 S.C.R. 269, was the relevant controlling authority, I found that the claim in constructive trust must fail because there was no referential property and no explanation by the appellants why a monetary remedy would be inappropriate or insufficient. For the same reasons,

reviendrait à [TRADUCTION] « admettre la possibilité d’un double recouvrement par le demandeur — d’abord, de la personne qui bénéficie immédiatement du paiement ou de l’avantage [. . .] et ensuite, de la personne qui en a tiré un avantage incident » (mémoire de Cargill, par. 32, citant l’arrêt *Peel*, p. 797). Cela signifie plutôt que les acheteurs indirects et les acheteurs directs se partageront la somme globale recouvrée s’ils ont gain de cause. Dans l’éventualité où les acheteurs directs et les acheteurs indirects présentent des demandes concurrentes, je partage l’avis du juge Rice qu’il est possible de régler ce point plus tard au cours de l’instance (C.S.C.-B., par. 195). À ce stade, les deux groupes ont en commun l’intérêt à récupérer la somme d’argent la plus élevée possible auprès des intimées. En conséquence, il ne faut pas radier la cause d’action en restitution des acheteurs indirects.

b) *Fiducie par interprétation — Acheteurs directs*

[39] Dans l’appel incident, les intimées soutiennent que la seule cause d’action reconnue aux acheteurs directs, en imposition d’une fiducie par interprétation, doit être rejetée.

[40] Les intimées prétendent qu’il n’est pas satisfait en l’espèce à la condition d’un [TRADUCTION] « lien avec un bien », ni à celle voulant que la fiducie par interprétation soit imposée uniquement si une réparation pécuniaire est jugée inadéquate. Il est donc manifeste que la demande des acheteurs directs visant l’imposition de ce type de fiducie est vouée à l’échec (voir mémoire d’appel incident de Casco, par. 28, citant *Tracy (Guardian ad litem of) c. Instaloans Financial Solution Centres (B.C.) Ltd.*, 2010 BCCA 357, 320 D.L.R. (4th) 577, à propos des conditions d’une fiducie par interprétation). Je suis d’accord.

[41] Concluant dans l’arrêt *Pro-Sys* que *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, constitue l’arrêt de principe en la matière, j’estime dans la première que les allégations relatives à l’existence d’une fiducie par interprétation doivent être rejetées étant donné qu’aucun bien n’est en cause et que les appelantes ne précisent pas en quoi une

I find it plain and obvious that Sun-Rype’s claim in constructive trust in this case must fail and should be struck.

(c) *Section 36 of the Competition Act — Indirect Purchasers*

(i) Passed-On Losses Recognized at Law

[42] Section 36 of the *Competition Act* provides a cause of action to “[a]ny person who has suffered loss or damage as a result of (a) conduct that is contrary to any provision of Part VI”. The respondents, basing their argument on their fundamental position that passed-on losses are not recognized at law, assert that s. 36 was not intended to provide a right of action to indirect purchasers.

[43] For the reasons explained in *Pro-Sys*, this argument is rejected. It is not plain and obvious that a cause of action for the indirect purchasers under s. 36 of the *Competition Act* cannot succeed.

(ii) Jurisdiction Over Extraterritorial Conduct

[44] The respondents argue that “an alleged conspiracy entered into outside Canada, among foreign defendants, to fix prices of products sold to foreign direct purchasers does not constitute an offence under the *Competition Act* giving rise to a right of civil action” (ADM factum, at para. 54). They claim that the jurisdiction of Canadian courts over violations of the *Competition Act* by foreign defendants “will have to be determined by reference to the presumptive connecting factors identified in *Club Resorts*, which determination is beyond the scope of the present appeal” (para. 53) and that conduct cannot be contrary to Part VI of the *Competition Act* “unless there is a real and substantial link between that conduct and Canada” (para. 60).

réparation pécuniaire est inappropriée ou insuffisante. Pour les mêmes motifs, il est manifeste à mon avis que la demande de Sun-Rype visant à faire reconnaître l’existence d’une fiducie par interprétation est vouée à l’échec et doit être radiée.

c) *Article 36 de la Loi sur la concurrence — Acheteurs indirects*

(i) Transfert de la perte reconnu en droit

[42] L’article 36 de la *Loi sur la concurrence* confère une cause d’action à « [t]oute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite : a) soit d’un comportement allant à l’encontre d’une disposition de la partie VI ». S’appuyant sur leur position fondamentale selon laquelle le transfert de la perte n’est pas reconnu en droit, les intimées affirment que l’objet de l’art. 36 ne saurait être d’accorder un droit d’action aux acheteurs indirects.

[43] Pour les motifs donnés dans *Pro-Sys*, cet argument est rejeté. Il n’est pas manifeste que la cause d’action des acheteurs indirects fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* est vouée à l’échec.

(ii) Compétence sur les actes commis à l’étranger

[44] Les intimées soutiennent qu’[TRADUCTION] « un complot prétendument noué à l’extérieur du Canada par des défendeurs étrangers pour fixer le prix de produits vendus à des acheteurs directs étrangers ne constitue pas une infraction prévue par la *Loi sur la concurrence* qui fait naître un droit d’action au civil » (mémoire d’ADM, par. 54). Selon elles, la compétence des tribunaux canadiens à l’égard des infractions à la *Loi sur la concurrence* perpétrées par des défendeurs étrangers « doit être établie à l’aune des facteurs de rattachement créant une présomption qui sont énumérés dans *Club Resorts*, ce qui déborde le cadre du présent pourvoi » (par. 53). Elles font valoir également qu’un comportement ne peut aller à l’encontre de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* « à moins qu’il n’existe un lien réel et substantiel entre ce comportement et le Canada » (par. 60).

[45] I agree with the respondents that the framework proposed in *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572, will need to be applied in establishing whether there is “real and substantial connection” sufficient to find that Canadian courts have jurisdiction in this case. However, I would question the respondents’ characterization of the factual situation.

[46] The conduct in question, while perpetrated by foreign defendants, allegedly involved each respondent’s Canadian subsidiary acting as its agent. The sales in question were made in Canada, to Canadian customers and Canadian end-consumers. There is at least some suggestion in the case law that where defendants conduct business in Canada, make sales in Canada and conspire to fix prices on products sold in Canada, Canadian courts have jurisdiction (see *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5th) 351 (Ont. S.C.J.), at paras. 58, 63-86 and 101-2 (“It is arguable that a conspiracy that injures Canadians gives rise to liability in Canada, even if the conspiracy was formed abroad”: para. 58); *Fairhurst v. Anglo American PLC*, 2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45, at para. 32 (the B.C.C.A. refusing to deny certification of a class action based on the argument that Canadian courts had no jurisdiction over *Competition Act* violations occurring outside of Canada); *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263, at paras. 32-45 (“A conspiracy occurs in British Columbia if the harm is suffered here, regardless of where the ‘wrongful conduct’ occurred. On that basis, the court has jurisdiction over the *ex juris* defendants who are alleged to be parties to the conspiracy”: para. 41)).

[47] The respondents have not demonstrated that it is plain and obvious that Canadian courts have no jurisdiction over the alleged anti-competitive acts committed in this case. The cause of action under s. 36 of the *Competition Act* should not be struck out.

[45] Je partage l’opinion des intimées qu’il faut appliquer le cadre proposé dans *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572, pour déterminer s’il existe un « lien réel et substantiel » suffisant pour conclure à la compétence des tribunaux canadiens en l’espèce. J’ai toutefois des doutes quant à la perspective des intimées quant aux faits.

[46] Bien qu’ils aient été commis par des défendeurs étrangers, les actes reprochés impliquent la filiale canadienne de chacune des intimées agissant à titre de mandataire de ces dernières. Les ventes ont été réalisées au Canada auprès de clients canadiens et, au dernier maillon de la chaîne de distribution, de consommateurs canadiens. Selon un certain courant jurisprudentiel, les tribunaux canadiens sont compétents à l’égard des instances mettant en cause des défendeurs faisant affaire au Canada, y réalisant des ventes et complotant en vue de fixer les prix de produits vendus au Canada (voir *VitaPharm Canada Ltd. c. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.* (2002), 20 C.P.C. (5th) 351 (C.S.J. Ont.), par. 58, 63-86 et 101-102 ([TRADUCTION] « Il est possible de soutenir qu’un complot portant préjudice à des Canadiens engage la responsabilité de ses auteurs au Canada même s’il a été ourdi à l’étranger » (par. 58)); *Fairhurst c. Anglo American PLC*, 2012 BCCA 257, 35 B.C.L.R. (5th) 45, par. 32 (la C.A.C.-B. a refusé d’infirmar la certification d’un recours collectif contestée au motif que les infractions à la *Loi sur la concurrence* perpétrées à l’étranger ne ressortissent pas aux tribunaux canadiens); *British Columbia c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2006 BCCA 398, 56 B.C.L.R. (4th) 263, par. 32-45 ([TRADUCTION] « Il y a complot en Colombie-Britannique si le préjudice y est subi, quel que soit l’endroit où l’“acte fautif” a été commis. Par conséquent, la cour a compétence à l’égard des défendeurs d’un autre ressort à qui l’on reproche de participer au complot » (par. 41))).

[47] Les intimées n’ont pas démontré qu’il est manifeste que les agissements anticoncurrentiels qui auraient été commis en l’espèce ne sont pas du ressort des tribunaux canadiens. La cause d’action fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* ne doit pas être radiée.

(2) Are There Common Issues?

[48] Section 4(1)(c) of the *CPA* requires that the claims of the class members raise common issues. The respondents' arguments as to the commonality requirement centre on the standard of proof to be applied to this and the other certification requirements other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action. Here, as in *Pro-Sys*, the respondents urge the Court to resolve the remainder of the certification requirements on a balance of probabilities. They say the Court should adopt the U.S. approach of weighing conflicting evidence at the certification stage. For the reasons set out in *Pro-Sys*, the standard to be applied here is "some basis in fact" and not a balance of probabilities.

[49] As to the standard to be applied to the expert evidence, the respondents do not argue that it is insufficient to demonstrate commonality; rather, they submit that Rice J. erred in that he applied the wrong standard of proof to the expert methodologies that he examined.

[50] The reasons in *Pro-Sys* have set out that the standard to be applied to expert evidence is one requiring a credible and plausible methodology capable of proving harm on a class-wide basis.

[51] It is evident that on the certification application, Rice J. analysed the significant amount of expert evidence that was before him and that he applied the correct standard to both the certification requirements ("plain and obvious" for s. 4(1)(a) and "some basis in fact" for s. 4(1)(b) to (e)) and the expert methodology required to establish some basis in fact (whether the expert evidence consisted of a credible and plausible model capable of proving harm on a class-wide basis). There is no basis upon which to interfere with his common issues determination.

(2) Existe-t-il une question commune?

[48] Aux termes de l'al. 4(1)(c) de la *CPA*, les demandes des membres du groupe doivent soulever une question commune. Les arguments des intimées à ce sujet sont axés sur la norme de preuve qu'il convient d'appliquer aux conditions de certification, sauf à celle relative à la cause d'action. Tout comme dans *Pro-Sys*, les intimées en l'espèce exhortent la Cour à statuer sur ces conditions de certification selon la prépondérance des probabilités. Selon elles, la Cour doit suivre l'exemple des tribunaux américains, qui soupèsent les éléments de preuve contradictoires à l'étape de la certification. Pour les motifs exposés dans *Pro-Sys*, la norme de preuve applicable en l'espèce est celle d'un « certain fondement factuel », et non celle de la prépondérance des probabilités.

[49] Quant à la norme applicable à la preuve d'expert, les intimées ne soutiennent pas qu'il ne suffit pas d'établir la communauté. Elles font plutôt valoir que le juge Rice a appliqué la mauvaise norme à la preuve relative aux méthodes d'experts qu'il a examinées.

[50] Dans *Pro-Sys*, il est établi que la norme qui s'applique à la preuve d'expert est celle de la méthode valable et acceptable permettant de prouver le préjudice à l'échelle du groupe.

[51] Il ressort à l'évidence que, lors de l'instruction de la demande visant la certification, le juge Rice a analysé la preuve d'expert volumineuse dont il disposait et qu'il a appliqué la bonne norme tant aux conditions de certification (celle du caractère [TRADUCTION] « manifeste » pour l'al. 4(1)(a) et celle du « certain fondement factuel » pour les al. 4(1)(b) à (e)) qu'à la méthode d'expert employée pour établir l'existence d'un certain fondement factuel (celle de la méthode valable et acceptable permettant de prouver qu'un préjudice a été causé à l'échelle du groupe). Il n'y a aucune raison de modifier sa conclusion sur les questions communes.

(3) Is There an Identifiable Class?

[52] Section 4(1)(b) of the *CPA* provides that the court must certify a proceeding if, among other requirements, there is an identifiable class of two or more persons. *Hollick* provides that this certification requirement will be satisfied by demonstrating “some basis in fact” to support it (para. 25).

[53] The class definition proposed by the appellants is “all persons resident in British Columbia and elsewhere in Canada who purchased HFCS or products containing HFCS manufactured by the defendants (collectively, the ‘class’) from January 1, 1988 to June 30, 1995 (the ‘Class Period’)” (B.C.S.C., at para. 2).

[54] The respondents take issue with the inclusion of indirect purchasers in the class. They acknowledge that while impracticability or impossibility in distributing class action proceeds to indirect purchasers does not necessarily preclude finding an “identifiable class”, the facts of this particular case are such that the class cannot be found to be “identifiable” to the extent that it includes indirect purchasers (ADM factum, at para. 85). The respondents argue that the inclusion of indirect purchasers in the class in the present case runs contrary to the purpose of the “identifiable class” requirement because indirect purchasers are not able, based on the class definition, to determine if they are members of the class. Relying on *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, the respondents argue that the identifiable class requirement should allow for class membership to be determinable.

[55] They argue that the proposed class definition does not allow for indirect purchasers to determine if they are in fact members of the class as defined. Contrary to the *Infineon* and *Pro-Sys* cases where there was evidence that class membership could likely be determined, here “it is simply impossible to make a determination of the presence, or lack of presence, of HFCS in particular products a

(3) Existe-t-il un groupe identifiable?

[52] L’alinéa 4(1)(b) de la *CPA* prévoit l’une des conditions préalables à la certification d’un recours collectif, à savoir l’existence d’un groupe identifiable de deux personnes ou plus. Il ressort de l’arrêt *Hollick* qu’il est satisfait à cette condition dès lors qu’un « certain fondement factuel » est établi (par. 25).

[53] La définition du groupe proposée par les appelantes est la suivante : [TRADUCTION] « . . . tous les résidents de la Colombie-Britannique et d’ailleurs au Canada qui ont acheté du SMHTF fabriqué par les défenderesses ou des produits en contenant (collectivement le “groupe”) entre le 1^{er} janvier 1988 et le 30 juin 1995 (la “période visée par le recours”) » (C.S.C.-B., par. 2).

[54] Les intimées contestent l’inclusion des acheteurs indirects dans le groupe. Elles reconnaissent que la distribution impossible ou irréaliste aux acheteurs indirects des indemnités accordées à l’issue du recours collectif n’empêche pas nécessairement de conclure à l’existence d’un « groupe identifiable ». Elles estiment toutefois que, vu les faits de l’espèce, le groupe ne peut être jugé « identifiable » dans la mesure où il comprend les acheteurs indirects (mémoire d’ADM, par. 85). Selon elles, l’appartenance de ces acheteurs au groupe en l’espèce ne respecte pas la condition relative à l’existence d’un « groupe identifiable » parce qu’ils ne sont pas en mesure, d’après la définition du groupe, de déterminer s’ils en font partie ou non. Invoquant *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, les intimées soutiennent que, pour qu’il soit satisfait à cette condition, l’appartenance au groupe devrait être déterminable.

[55] De l’avis des intimées, la définition du groupe proposée ne permet pas aux acheteurs indirects d’établir s’ils appartiennent ou non au groupe. À la différence des affaires *Infineon* et *Pro-Sys*, où la preuve montrait que l’appartenance au groupe était vraisemblablement déterminable, la présente affaire est un cas où [TRADUCTION] « il est tout simplement impossible de confirmer la présence ou l’absence de

consumer in British Columbia may have purchased between 1988 and 1995” (ADM factum, at para. 97). They argue that prominent direct purchasers such as Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc., Ocean Spray Cranberries and George Weston Limited have used both HFCS and liquid sugar in their products. In many cases, the labels on the products sold in Canada by these direct purchasers did not reflect which sweetener was used. They also point out that on cross-examination on her affidavit, the representative plaintiff Wendy Bredin stated that “she did not know whether any product she purchased during the class period actually contained HFCS” (para. 18). They state that “[i]f the proposed representative Plaintiff in this action is unable to say whether any product she bought in the class period contained HFCS, it is difficult to see how any other potential class member could be aware of this fact” (para. 103).

[56] This is not a typical ground on which the “identifiable class” requirement is challenged. Here, there is no question whether the class definition is too narrow or too broad, whether the definition contains subjective criteria or whether the class definition creates a need to consider the merits. However, when the purpose for which there must be a class definition that designates an “identifiable class” is examined, the problems with the appellants’ case become evident.

[57] I agree with the courts that have found that the purpose of the class definition is to (i) identify those persons who have a potential claim for relief against the defendants; (ii) define the parameters of the lawsuit so as to identify those persons who are bound by its result; (iii) describe who is entitled to notice of the action (*Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (Ont. S.C.J.), at paras. 26 and 30; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), at para. 10; Eizenga et al., at § 3.31). *Dutton* states that “[i]t is necessary . . . that any particular person’s claim to membership in the class be determinable by stated, objective criteria” (para. 38).

SMHTF dans les produits qu’un consommateur de la Colombie-Britannique aurait achetés entre 1988 et 1995 » (mémoire d’ADM, par. 97). Elles font valoir que des acheteurs directs importants comme Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc., Ocean Spray Cranberries et George Weston limitée ont utilisé tantôt du SMHTF tantôt du sucre liquide dans leurs produits. Dans bien des cas, les étiquettes des produits vendus au Canada par ces acheteurs directs n’indiquaient pas l’édulcorant utilisé. Les intimées soulignent également que, lorsqu’elle a été contre-interrogée sur son affidavit, la demanderesse-représentante, Wendy Bredin, a dit « ignorer si elle avait acheté au cours de la période visée par le recours un seul produit contenant du SMHTF » (par. 18). Elles notent que « [s]i la personne disposée à agir à titre de demanderesse-représentante en l’espèce n’est pas en mesure de savoir si elle a acheté un seul produit contenant du SMHTF au cours de cette période, on voit mal comment un autre membre éventuel du groupe le pourrait » (par. 103).

[56] Il ne s’agit pas d’un motif habituellement invoqué pour contester l’existence d’un [TRADUCTION] « groupe identifiable ». Il n’est pas question de déterminer si la définition du groupe est trop étroite ou trop large, si elle repose sur des critères subjectifs ou si elle emporte un examen du bien-fondé du recours. Par contre, les problèmes qui grèvent la cause des appelantes apparaissent clairement dès lors qu’on analyse les objets visés par la condition relative au « groupe identifiable ».

[57] Je suis d’accord avec les tribunaux qui sont arrivés à la conclusion que la définition du groupe a les objets suivants : i) recenser les personnes susceptibles d’avoir un droit de réparation contre les défendeurs; ii) établir les paramètres de la poursuite afin de circonscrire les personnes liées par son issue; iii) déterminer les personnes ayant le droit d’être avisées de l’existence du recours (*Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (C.S.J. Ont.), par. 26 et 30; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 10; Eizenga et autres, § 3.31). Pour citer l’arrêt *Dutton*, « [i]l est [. . .] nécessaire que l’appartenance d’une personne au groupe

According to Eizenga et al., “[t]he general principle is that the class must simply be defined in a way that will allow for a later determination of class membership” (§ 3.33).

[58] I do not take issue with the class definition on its face. It uses objective criteria, it does not turn on the merits of the claim, and it cannot be narrowed without excluding members who may have a valid claim. Where the difficulty lies is that there is insufficient evidence to show some basis in fact that two or more persons will be able to determine if they are in fact a member of the class.

[59] The appellants claim that the respondents “attempt to use the complexity inherent in claims arising from a large-scale price-fixing conspiracy to deny those injured by the alleged conduct a legal remedy” and that “courts have found that class definitions similar or identical to that proposed in this case were appropriate” (response factum, at paras. 58 and 61). The appellants rely on the instruction in *Dutton*, at para. 38, that “[i]t is not necessary that every class member be named or known.” They cite *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (Ont. S.C.J.), in support of the proposition that courts can engage in a “relatively elaborate factual investigation in order to determine class membership” and that “[t]he fact that particular persons may have difficulty in proving that they satisfy the conditions for membership is often the case in class proceedings and is not, by itself, a reason for finding that the class is not identifiable” (para. 67, citing *Sauer*, at para. 28).

[60] However, in *Sauer* the passage relied upon pertained to the issue of the objectivity of the criteria used in the class definition. In that case, a class action involving cows infected with bovine spongiform encephalopathy (“BSE”) or “mad cow disease”, the class was defined to include “all cattle farmers in Canada”, except Quebec (para. 11). The representative plaintiff adduced evidence of his

puisse être déterminée sur des critères explicites et objectifs » (par. 38). Selon Eizenga et autres, [TRADUCTION] « [l]e principe général veut que le groupe soit tout simplement défini de manière à permettre de déterminer par la suite qui en fait partie » (§ 3.33).

[58] La définition du groupe ne me pose pas problème a priori. Elle repose sur des critères objectifs, n’est pas fonction du bien-fondé de la demande et ne peut être restreinte sans que soient exclus des membres susceptibles d’avoir un droit de recours valable. Or, la preuve ne permet pas de conclure qu’un certain fondement factuel établit que deux personnes ou plus sauront si elles appartiennent ou non au groupe, et c’est là où le bât blesse.

[59] Les appelantes prétendent que les intimées [TRADUCTION] « tentent d’exciper de la complexité inhérente aux demandes résultant d’un complot de fixation des prix à grande échelle pour priver de recours judiciaire les personnes lésées par les actes reprochés » et que « les tribunaux ont jugé adéquates des définitions de groupe semblables ou identiques à celle proposée en l’espèce » (mémoire en réponse, par. 58 et 61). Les appelantes invoquent la directive donnée dans *Dutton* selon laquelle « [i]l n’est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient nommés ou connus » (par. 38). Elles citent *Sauer c. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (C.S.J. Ont.), qui dit que les tribunaux peuvent se livrer à une [TRADUCTION] « analyse assez approfondie des faits en vue d’établir l’appartenance au groupe » et qu’« [i]l arrive souvent dans un recours collectif que certaines personnes aient du mal à prouver qu’elles satisfont aux conditions d’appartenance, ce qui ne permet pas en soi de conclure que le groupe n’est pas identifiable » (par. 67, citant *Sauer*, par. 28).

[60] Par contre, l’extrait de la décision *Sauer* invoqué par les appelantes porte sur l’objectivité des critères qui figurent dans la définition du groupe. Dans cette affaire, un recours collectif concernant des vaches atteintes d’encéphalopathie spongiforme bovine (« ESB ») ou « maladie de la vache folle », le groupe s’entendait de [TRADUCTION] « tous les éleveurs de bovins au Canada », outre ceux du

own personal losses as well as those of others in the community as a result of the BSE crisis. The defendants challenged the term “cattle farmers” as being too broad and creating a problem for those farmers seeking to self-identify. Lax J. of the Ontario Superior Court of Justice held that in such situations the court could engage in a factual investigation to determine class membership.

[61] That is not the situation in this case. Here, there is no basis in fact to demonstrate that the information necessary to determine class membership is possessed by any of the putative class members. The appellants have an obligation at the certification stage to introduce evidence to establish some basis in fact that at least two class members can be identified. Here, they have not met even this relatively low evidentiary standard.

[62] This is not a case of mere difficulty in proving membership in a defined class. That is what distinguishes this case from *Pro-Sys*. In *Pro-Sys*, even if class membership is not immediately evident to potential class members based on the class definition, records of purchase or the presence of the application software or operating systems that form the subject of the appeal on the computers of the putative class members would serve to identify them as part of the identifiable class. Further, in *Pro-Sys*, Sam Leung, president and director of Pro-Sys Consultants Ltd., one of the representative plaintiffs, offered proof that he had purchased the product in question in the form of the invoice for the purchase of the computer. That evidence demonstrated that class membership was determinable and established some basis in fact that there was an identifiable class.

[63] Conversely, in this case, the respondents’ evidence is that HFCS and liquid sugar had been used interchangeably by direct purchasers during the class period. They also claim that

Québec (par. 11). Le demandeur-représentant avait produit la preuve des pertes que lui et des confrères avaient essuyées par suite de la crise de l’ESB. Selon les défendeurs, le terme « éleveurs de bovins » était trop large et posait problème aux agriculteurs cherchant à être reconnus comme membres du groupe. La juge Lax, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, a conclu que dans de telles situations, le tribunal peut examiner les faits pour déterminer l’appartenance au groupe.

[61] Or, ce n’est pas le cas en l’espèce. Aucun fondement factuel ne permet d’établir qu’un seul des membres du groupe proposé dispose des renseignements nécessaires pour déterminer s’il appartient ou non au groupe. Les appelantes ont l’obligation, à l’étape de la certification, de démontrer l’existence d’un certain fondement factuel permettant de conclure qu’au moins deux membres pourront être connus. Elles n’ont même pas satisfait à cette norme de preuve relativement peu exigeante.

[62] Il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où il est simplement difficile d’établir l’appartenance à un groupe défini. C’est ce qui différencie la présente affaire de l’affaire *Pro-Sys*. Dans cette dernière, même si l’appartenance au groupe ne paraît pas évidente à première vue aux éventuels membres du groupe à la lumière de la définition de celui-ci, des reçus d’achat ou la présence dans l’ordinateur du membre du groupe proposé du logiciel d’application ou d’un système d’exploitation visé par l’appel permettraient de conclure à l’appartenance au groupe. De plus, dans *Pro-Sys*, Sam Leung, président-directeur de Pro-Sys Consultants Ltd., l’un des demandeurs-représentants, a prouvé qu’il avait acheté le produit en question, en produisant la facture constatant l’achat de l’ordinateur. Cette preuve démontrait qu’il était possible de déterminer l’appartenance au groupe et que l’existence d’un groupe identifiable reposait sur un certain fondement factuel.

[63] À l’inverse, dans la présente affaire, la preuve des intimées montre que les acheteurs directs ont utilisé de façon interchangeable le SMHTF et le sucre liquide au cours de la période visée par le recours. En outre, les intimées prétendent que

Canadian labelling requirements during the class period were such that food and beverage producers were not required to specify which of the two sweeteners was contained in their products. A generic label indicating “sugar/glucose-fructose” could be used for either liquid sugar or HFCS. The result is that a consumer who purchased such a product during the class period would have had no way of determining whether that product contained HFCS, even if they had bothered to check the label. [ADM factum, at para. 100]

[64] The appellants say only that “hundreds of millions of dollars of HFCS was sold to Canadian direct purchasers during the Class Period” and that this HFCS was used in “products such as soft drinks, baked goods and other food products which are purchased by restaurants, grocery wholesalers, supermarkets, convenience stores, movie theatres and others” (response factum, at para. 69). Their expert offers evidence that the amount of HFCS used and the specific products which contained it are identifiable (para. 69, citing the Leitzinger Report, at paras. 10-11, 18-20 and 27 (A.R., vol. II, at pp. 85-86, 89-91 and 95-96)).

[65] The question, however, is not one of whether the identified products contained HFCS, or even whether the overcharge would have reached the indirect purchaser level (i.e. whether passing on had occurred). The problem in this case lies in the fact that indirect purchasers, even knowing the names of the products affected, will not be able to know whether the particular item that they purchased did in fact contain HFCS. The appellants have not offered evidence that could help to overcome the identification problem created by the fact that HFCS and liquid sugar were used interchangeably.

[66] Even Ms. Bredin testified that she is unable to state whether the products she purchased contained HFCS. This fact will remain unchanged because, as noted above, liquid sugar and HFCS were used interchangeably and a generic label indicating only “sugar/glucose-fructose” could be used for either type of sweetener. Ms. Bredin presented no evidence to show that there is some basis in fact that she would be able to answer this question. On

[TRADUCTION] les règles canadiennes d’étiquetage en vigueur au cours de la période visée par le recours n’obligeaient pas les fabricants d’aliments et de boissons à indiquer lequel des deux édulcorants entraient dans la composition de leurs produits. Elles permettaient que le terme générique « sucre/glucose-fructose » désigne tantôt le sucre liquide, tantôt le SMHTF sur l’étiquette. Il s’ensuit que le consommateur ayant acheté un tel produit au cours de la période visée par le recours n’aurait pu dire s’il contenait du SMHTF même s’il s’était donné la peine de lire l’étiquette. [mémoire d’ADM, par. 100]

[64] Les appelantes affirment seulement que [TRADUCTION] « les ventes de SMHTF aux acheteurs directs canadiens représentaient des centaines de millions de dollars au cours de la période visée par le recours » et que ce SMHTF entraient dans la fabrication de « denrées alimentaires comme les boissons gazeuses et les produits de boulangerie achetées par des restaurants, grossistes, supermarchés, dépanneurs, cinémas et autres établissements » (mémoire en réponse, par. 69). Selon leur expert, il est possible d’établir la quantité de SMHTF utilisé et de déterminer les produits précis qui en contenaient (par. 69, citant le rapport de M. Leitzinger, par. 10-11, 18-20 et 27 (d.a., vol. II, p. 85-86, 89-91 et 95-96)).

[65] Par contre, il ne s’agit pas de déterminer si certains produits contenaient du SMHTF ou encore si la majoration a été refilee aux acheteurs indirects (autrement dit, s’il y a eu transfert de la perte). Le problème en l’espèce tient au fait que les acheteurs indirects ne seront pas en mesure de savoir si l’article qu’ils ont acheté contenait ou non du SMHTF même s’ils connaissent le nom des produits en cause. Les appelantes n’ont pas fourni de preuve susceptible de remédier au problème relatif à l’appartenance que soulève l’interchangeabilité du SMHTF et du sucre liquide.

[66] M^{me} Bredin elle-même a affirmé ne pas être en mesure de dire si les produits qu’elle avait achetés contenaient du SMHTF. Cet état de fait ne changera pas parce que, répétons-le, le sucre liquide et le SMHTF étaient utilisés de façon interchangeable et qu’une étiquette portant seulement le générique « sucre/glucose-fructose » était susceptible d’indiquer la présence de l’un ou l’autre édulcorant. M^{me} Bredin n’a pas démontré qu’un certain

the evidence presented on the application for certification, it appears impossible to determine class membership.

[67] The appellants claim that “although some class members may not be able to self-identify, class membership is determinable by reference to the nature of the purchases made by each individual and the quantity of HFCS in the products purchased” (response factum, at para. 71). However, this is no answer to the self-identification problem. While there may have been indirect purchasers who were harmed by the alleged price-fixing, they cannot self-identify using the proposed definition. Allowing a class proceeding to go forward without identifying two or more persons who will be able to demonstrate that they have suffered loss at the hands of the alleged overchargers subverts the purpose of class proceedings, which is to provide a more efficient means of recovery for plaintiffs *who have suffered harm* but for whom it would be impractical or unaffordable to bring a claim individually. In this case, class membership is not determinable.

[68] Built into the class certification framework is the requirement that the class representative present sufficient evidence to support certification and to allow the opposing party to respond with its own evidence (*Hollick*, at para. 22). The goal at the certification stage is to ensure that this is an appropriate matter to proceed as a class proceeding (*Pro-Sys*, at para. 104). And while the certification stage is not a preliminary trial of the merits, “the judge must be satisfied of certain basi[c] facts required by [the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6] as the basis for a certification order” (*Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Gen. Div.), at p. 381).

fondement factuel permet de conclure qu’elle pourra répondre à cette question. Vu la preuve produite dans le cadre de la demande de certification, il paraît impossible de déterminer l’appartenance au groupe.

[67] La prétention des appelantes que, [TRADUCTION] « même s’il est possible que certains membres ne puissent se reconnaître comme tels, l’appartenance au groupe peut s’établir eu égard à la nature des achats réalisés par chaque personne et à la quantité de SMHTF contenue dans les produits achetés » (mémoire en réponse, par. 71). Or, ce n’est pas une solution au problème qu’éprouveront les membres éventuels à se reconnaître comme tels. Bien que la fixation des prix reprochée ait peut-être porté préjudice à des acheteurs indirects, ils ne peuvent démontrer qu’ils font partie du groupe à la lumière de la définition proposée. Certifier un recours collectif sans connaître au moins deux personnes qui seront en mesure de prouver les pertes que leur ont fait subir les auteurs présumés de la majoration contrecarre l’objectif des recours collectifs, qui est d’offrir une voie de recours plus efficace aux demandeurs *ayant subi un préjudice* mais pour qui il serait irréaliste d’exercer un recours individuel ou qui n’ont pas les moyens de le faire. Il est impossible de déterminer l’appartenance au groupe en l’espèce.

[68] Le cadre de certification des recours collectifs oblige le représentant du groupe à présenter une preuve suffisante à l’appui de la certification et permet à la partie adverse de produire à son tour sa propre preuve (*Hollick*, par. 22). À l’étape de la certification, l’objet consiste à vérifier que le litige se prête bien au recours collectif (*Pro-Sys*, par. 104). Et bien que l’instruction de la demande de certification ne constitue pas un procès préliminaire sur le bien-fondé du recours, [TRADUCTION] « le juge doit être convaincu de l’existence de certains faits élémentaires qui, aux termes de [la *Class Proceedings Act, 1992*, L.O. 1992, ch. 6], constituent le fondement obligatoire d’une ordonnance de certification » (*Taub c. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 379 (Div. gén.), p. 381).

[69] In this case, the appellants argue that denying that there is an identifiable class is to confuse the ability to identify a class with the ability to identify each individual member of that class (response factum, at para. 72). I agree that it is not necessary for each individual class member to be identified at the outset of the litigation in order for the class to be certified. However, as set out in the legislation, the matter will only be certified if, *inter alia*, “there is an identifiable class of 2 or more persons” (s. 4(1)(b)). In this case, the problem is that the indirect purchaser plaintiff did not offer any evidence to show some basis in fact that two or more persons could prove they purchased a product actually containing HFCS during the class period and were therefore identifiable members of the class.

[70] Justice Karakatsanis says that there is some basis in fact to conclude that some indirect purchasers could prove that they probably purchased products containing HFCS (para. 115). With respect, no evidence was provided to establish some basis in fact that any individual indirect purchasers could do so. Allowing the class to be certified in such circumstances would be to lower the evidentiary standard necessary to satisfy the criteria at the certification stage from some basis in fact to mere speculation.

[71] Justice Karakatsanis also states that “expert evidence may provide a credible and plausible method offering a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis” (para. 108). However, even if expert evidence satisfies the certification judge that the class as a whole was harmed, that does not obviate the need for the certification judge to be satisfied that there is some basis in fact indicating that at least two persons can prove they incurred a loss.

[72] A key component in any class action is that two or more persons fit within the class definition.

[69] En l’espèce, selon les appelantes, refuser de reconnaître l’existence d’un groupe identifiable c’est confondre la possibilité de déterminer le groupe et la possibilité d’en déterminer chacun des membres (mémoire en réponse, par. 72). Je conviens qu’il n’est pas nécessaire que chaque membre soit connu au début de l’instance pour que le recours puisse être certifié. Toutefois, aux termes de la Loi, le tribunal ne certifie le recours que s’il [TRADUCTION] « existe un groupe identifiable de 2 personnes ou plus » (al. 4(1)(b)), entre autres conditions. En l’espèce, le problème est le suivant. La représentante des acheteurs indirects n’a produit aucune preuve qu’un certain fondement factuel sous-tend l’hypothèse selon laquelle deux personnes ou plus pourraient démontrer l’achat au cours de la période visée par le recours d’un produit contenant bel et bien du SMHTF, et démontrer ainsi leur appartenance à un groupe identifiable.

[70] La juge Karakatsanis est d’avis qu’un certain fondement factuel permet de conclure que des acheteurs indirects pourraient prouver avoir probablement acquis des produits contenant du SMHTF (par. 115). Malgré tout le respect que je porte à ma collègue, je constate qu’aucun fondement factuel ne démontre qu’un seul des acheteurs indirects le pourrait. Permettre la certification du recours dans de telles circonstances équivaldrait à substituer à la norme de preuve applicable aux critères de certification, c’est-à-dire celle d’un certain fondement factuel, celle des simples conjectures.

[71] Pour reprendre les propos de ma collègue, « la preuve d’expert peut présenter une méthode valable et acceptable offrant une possibilité réaliste d’établir la perte pour l’ensemble du groupe » (par. 108). Cependant, même si le juge saisi de la demande de certification est convaincu, à la lumière de la preuve d’expert, que le groupe en entier a subi le préjudice, cela n’empêche pas qu’il doive être convaincu de même qu’un certain fondement factuel établit qu’au moins deux personnes sont en mesure de prouver la perte.

[72] Un élément essentiel de tout recours collectif est la nécessité pour deux personnes ou

If, as in this case, there is no basis in fact to show that at least someone can prove they fit within the class definition, the class cannot be certified because the criteria of “an identifiable class of 2 or more persons” is not met. No amount of expert evidence establishing that the defendants have harmed the class as a whole does away with this requirement.

[73] This is not to say that an identifiable class could never be found in similar circumstances as appear in this case. An identifiable class could be found if evidence was presented that provided some basis in fact that at least two persons could prove they had suffered individual harm. The problem in this case is that no such evidence was tendered.

[74] Justice Karakatsanis writes that “if no individual seeks an individual remedy, it will not be necessary to prove individual loss” (para. 97), and that the aggregate damages provisions of the *CPA* allow class actions to proceed “where *liability to the class* has been proven but individual membership in the class is difficult or impossible to determine” (para. 102 (emphasis in original)).

[75] As I understand it, Justice Karakatsanis’s point is that where liability to the class has been proven, there is no requirement to prove that any person is a member of a class or that any person has suffered individual damage. The necessary implication is that class proceeding legislation alters existing causes of action. For example, s. 36 of the *Competition Act* creates a cause of action for “[a]ny person who has suffered loss or damage”. My colleague’s approach would suggest a class action claim could proceed under s. 36 of the *Competition Act* without any person establishing that they had suffered loss or damage. However, the *CPA* neither creates a new cause of action nor alters the basis of existing causes of action. Rather, it allows claimants

plus d’être visées par la définition. Si, comme en l’espèce, aucun fondement factuel ne permet de démontrer que c’est le cas, le recours ne peut être certifié puisqu’il n’est pas satisfait au critère relatif à l’existence d’[TRADUCTION] « un groupe identifiable de 2 personnes ou plus ». Aucune preuve d’expert établissant le préjudice causé par les défenderesses au groupe en entier, si abondante soit-elle, ne pourrait faire disparaître cette exigence.

[73] Il ne s’ensuit pas qu’il sera toujours impossible de conclure à l’existence d’un groupe identifiable dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire. Un tribunal pourrait déterminer qu’il existe un groupe identifiable au vu de preuves établissant qu’un certain fondement factuel permet de croire qu’au moins deux personnes pourraient démontrer avoir subi un préjudice individuel. Ce qui pose problème en l’espèce, c’est l’absence d’une telle preuve.

[74] Selon ma collègue, « si personne ne cherche à obtenir une réparation individuelle, il ne sera pas nécessaire de prouver une perte individuelle » (par. 97) et les dispositions de la *CPA* autorisant l’octroi de dommages-intérêts globaux permettent que soit intenté un recours collectif dans le cas « où la *responsabilité envers le groupe* a été démontrée, mais où l’appartenance au groupe est difficile ou impossible à établir » (par. 102 (en italique dans l’original)).

[75] Si je comprends bien l’argument de ma collègue, dès lors que la responsabilité envers le groupe est démontrée, il n’est pas nécessaire de démontrer que quiconque appartient au groupe ou a subi un préjudice individuel. Il découlerait nécessairement de ce qui précède que la législation régissant les recours collectifs agit sur la cause d’action. Par exemple, l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* donne un droit de recours à « [t]oute personne qui a subi une perte ou des dommages ». Suivant la thèse de ma collègue, il pourrait y avoir recours collectif fondé sur l’art. 36 sans que qui que ce soit n’établisse avoir subi une perte ou des dommages. Or, la *CPA* n’a pas pour effet de modifier le fondement d’une cause d’action ni d’en créer de nouvelles; elle

with causes of action to unite and pursue their claims as a class.

[76] The aggregate damages provisions of the *CPA* allow the court to dispense with the need to calculate the quantum of damages for each individual class member and permits distribution of the proceeds on a *cy-près* basis rather than to individual members of the class. However, where the proposed certified causes of action require proof of loss as a component of proving liability, the certification judge must be satisfied that there is some basis in fact that at least two persons can prove they incurred a loss. Establishing that the class as a whole has suffered loss does not obviate this requirement.

(4) Conclusion on Identifiable Class

[77] The goal of the certification stage, as indicated by McLachlin C.J. in *Hollick*, is to determine if, procedurally, the action is best brought in the form of a class action (para. 16). In this case, given that the appellants did not show that there was some basis in fact to believe that at least two persons can establish they are members of the class, I am unable to answer that question in the affirmative.

[78] An advantage of a class proceeding is that it serves judicial economy by allowing similar individual actions to be aggregated (*Hollick*, at para. 15; *Dutton*, at para. 27). In my view, implicit in this objective is that the foundation upon which an individual action could be built must be equally present in the class action setting. That foundation is lacking here.

[79] I do not disagree with Justice Karakatsanis that behaviour modification can be an objective of class proceedings. However, the circumstances here demonstrate that class proceedings are not always the appropriate means of addressing behaviour modification. In cases in which loss or damage due to price-fixing cannot be proven, the appropriate

habilite les demandeurs ayant en commun une cause d'action à s'unir pour la faire valoir collectivement.

[76] Les dispositions de la *CPA* autorisant l'octroi de dommages-intérêts globaux évitent au tribunal le calcul des dommages-intérêts individuels et en permettent le versement suivant le principe de l'aussi-près, plutôt qu'aux membres du groupe. Cependant, dans les cas où les causes d'action proposées assujettissent la preuve de la responsabilité notamment à celle de la perte, le juge saisi de la demande de certification doit être convaincu qu'il existe un certain fondement factuel pour dire qu'au moins deux personnes sont en mesure de démontrer avoir essuyé une perte. Démontrer que le groupe en entier a subi le préjudice ne permet pas d'éliminer pareille exigence.

(4) Conclusion sur la question du groupe identifiable

[77] Comme le mentionne la juge en chef McLachlin dans *Hollick*, l'étape de la certification vise à déterminer si, sur le plan de la forme, il vaut mieux procéder par recours collectif (par. 16). En l'espèce, étant donné que les appelantes n'ont pas établi qu'un certain fondement factuel permettrait de croire qu'au moins deux personnes peuvent démontrer qu'elles sont membres du groupe, j'estime ne pas pouvoir répondre à cette question par l'affirmative.

[78] L'un des avantages du recours collectif est qu'il favorise l'économie des ressources judiciaires par le regroupement d'actions individuelles semblables (*Hollick*, par. 15; *Dutton*, par. 27). À mon sens, cet objectif implique que le fondement sur lequel reposerait le recours individuel doit pouvoir se transposer au recours collectif. Or, ce fondement fait défaut en l'espèce.

[79] Je ne suis pas en désaccord avec la juge Karakatsanis selon qui la modification des comportements peut constituer un objectif des recours collectifs. Or, la présente situation démontre qu'il ne convient pas toujours de procéder par recours collectif pour obtenir un tel résultat. S'il se révèle impossible d'établir la perte ou les dommages

recourse may be for the Commissioner of Competition to charge the defendants under the *Competition Act*. A process commenced by the Commissioner requires only proof of price-fixing. There is no need to prove passing on or that any particular consumer overpaid for a particular product. Whether the Competition Bureau intends to prosecute the respondents in this case is not known. Regardless, it does not change the fact that in a case such as this, where certification criteria cannot be met, such prosecutions may have to be considered if behaviour modification is the objective.

V. Conclusion

[80] Given the finding that an identifiable class cannot be established for the indirect purchasers, the class action as it relates to the indirect purchasers cannot be certified. I would dismiss the appeal with costs. Given the finding that the pleadings do not disclose a cause of action in constructive trust, the claim of the direct purchasers cannot succeed and should be dismissed. The class action as it relates to the direct purchasers cannot be certified. The cross-appeal is allowed with costs.

The reasons of Cromwell and Karakatsanis JJ. were delivered by

KARAKATSANIS J. (dissenting on the appeal) —

I. Overview

[81] I disagree with my colleague's conclusion that the claim by the indirect purchasers fails to meet the certification requirement under s. 4(1)(b) of the *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 (*CPA*). In my view, there is "some basis in fact" to find "an identifiable class of 2 or more persons". Accordingly, I would allow the appeal and remit the matter to the British Columbia Supreme Court for trial.

attribuables à la fixation des prix, il peut être opportun pour le commissaire de la concurrence de porter des accusations contre les défendeurs en vertu de sa loi habilitante. Lorsqu'il intente une poursuite, le commissaire n'a qu'à établir la fixation des prix. Point n'est besoin de démontrer le transfert de la perte ou de prouver qu'un consommateur donné a payé trop cher un certain produit. On ne sait pas si le Bureau de la concurrence poursuivra les intimées en l'espèce. Quoi qu'il en soit, cela ne change rien au fait que, dans un cas comme celui qui nous occupe, où il n'est pas satisfait aux critères de certification, il pourrait falloir envisager de telles poursuites si l'objectif recherché est la modification des comportements.

V. Conclusion

[80] Puisqu'il est conclu à l'impossibilité d'établir l'existence d'un groupe identifiable composé des acheteurs indirects, le recours collectif dans leur cas ne peut être certifié. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Vu ma conclusion que les actes de procédure ne révèlent pas de cause d'action relative à la reconnaissance d'une fiducie par interprétation, la demande des acheteurs directs est vouée à l'échec et doit être rejetée. Le recours collectif, quant aux acheteurs directs, ne peut être certifié. L'appel incident est accueilli avec dépens.

Version française des motifs des juges Cromwell et Karakatsanis rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente quant au pourvoi) —

I. Aperçu

[81] Je ne souscris pas à la conclusion de mon collègue selon laquelle le recours des acheteurs indirects ne satisfait pas à la condition de certification prévue à l'al. 4(1)(b) de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (*CPA*). Selon moi, un « certain fondement factuel » permet de conclure à l'existence d'un [TRADUCTION] « groupe identifiable de 2 personnes ou plus ». Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour instruction.

[82] The appellants' proposed class definition includes "all persons resident in British Columbia and elsewhere in Canada who purchased HFCS or products containing HFCS manufactured by the defendants (collectively, the 'class') from January 1, 1988 to June 30, 1995 (the 'Class Period')" (2010 BCSC 922 (CanLII), at para. 2).

[83] This class includes both the direct and indirect purchasers of high-fructose corn syrup (HFCS) — the subject of alleged price fixing. At issue is the identification of a class which would include indirect purchasers — the retailers and consumers — who purchased products containing HFCS.

[84] Justice Rothstein notes that this definition of the class appears to satisfy the requirements of an identifiable class on its face. It uses objective criteria; it does not turn on the merits of the claim; and it cannot be narrowed without excluding members who may have a valid claim (*Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 38). However, the class of indirect purchasers is challenged on the basis that individuals will be unable to determine whether they purchased a product containing HFCS and thus whether they are a member of the class. The issue of the appropriateness of the representative plaintiff is not before the Court.

[85] Justice Rothstein concludes that there is no basis in fact to identify a class because there is no or insufficient evidence that class members can be identified or can self-identify (paras. 58 and 65-67). He concludes that it is impossible for the indirect purchasers to prove they purchased a product containing HFCS and thus suffered loss.

[86] I have two objections to this conclusion. First, I am not persuaded that the requirement that the class be identifiable includes the requirement that individual members of the class be capable of proving individual loss. Indeed, as discussed below, the *CPA* provides for remedies when the *class* has

[82] La définition du groupe proposée par les appelantes comprend [TRADUCTION] « tous les résidents de la Colombie-Britannique et d'ailleurs au Canada qui ont acheté du SMHTF fabriqué par les défenderesses ou des produits en contenant (collectivement le "groupe") entre le 1^{er} janvier 1988 et le 30 juin 1995 (la "période visée par le recours") » (2010 BCSC 922 (CanLII), par. 2).

[83] Ce groupe comprend à la fois les acheteurs directs et les acheteurs indirects du sirop de maïs à haute teneur en fructose (SMHTF) dont on aurait fixé le prix. Il faut se demander en l'espèce si un groupe qui comprendrait les acheteurs indirects, à savoir les détaillants et les consommateurs ayant acquis des produits contenant du SMHTF, peut être reconnu comme étant identifiable.

[84] Le juge Rothstein fait remarquer que cette définition du groupe semble a priori satisfaire aux exigences d'un groupe identifiable. Elle repose sur des critères objectifs, n'est pas fonction du bien-fondé du recours et ne peut être restreinte sans que soient exclus des membres susceptibles d'avoir un droit de recours valable (*Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 38). Cependant, un groupe incluant les acheteurs indirects est contesté au motif qu'il ne sera possible pour aucun d'eux de déterminer s'il a acheté un produit contenant du SMHTF et s'il est donc membre du groupe. La Cour n'est pas appelée à trancher la question de savoir si le choix de la représentante des demandeurs est convenable.

[85] Selon le juge Rothstein, aucun fondement factuel ne permet de reconnaître l'existence du groupe, parce que la preuve ne montre guère que les membres du groupe pourront être déterminés ou se reconnaître comme tels (par. 58 et 65-67). Il conclut qu'il est impossible pour les acheteurs indirects de prouver qu'ils ont acheté un produit contenant du SMHTF et qu'ils ont donc subi une perte.

[86] Je ne souscris pas à cette conclusion pour deux motifs. Premièrement, je ne suis pas convaincue que pour qu'il y ait un groupe identifiable, il faut que chacun des membres du groupe soit en mesure d'établir une perte individuelle. En fait, comme nous le verrons, la *CPA* prévoit que des mesures de

suffered harm that are available without proof of individual loss. Such an approach best serves the purposes of class proceedings, which are designed not only to provide enhanced access to justice and judicial economy, but also to motivate behaviour modification.

[87] Second, even if proof of individual loss is necessary to establish an identifiable class under the *CPA*, I do not agree that, on this record, it will be impossible to determine whether an individual is a member of the class.

[88] The application judge, Rice J., held that the appellants satisfied the requirement that there is an identifiable class. The Court of Appeal did not address this issue (2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55). For the reasons that follow, I conclude that there is no basis to set aside the decision of the application judge.

II. Class Requirements — General Principles

[89] Section 4(1)(b) of the *CPA* requires that there be “an identifiable class of 2 or more persons”.

[90] In *Dutton*, this Court addressed the specific certification requirement that there be an identifiable class (para. 38):

First, the class must be capable of clear definition. Class definition is critical because it identifies the individuals entitled to notice, entitled to relief (if relief is awarded), and bound by the judgment. It is essential, therefore, that the class be defined clearly at the outset of the litigation. The definition should state objective criteria by which members of the class can be identified. While the criteria should bear a rational relationship to the common issues asserted by all class members, the criteria should not depend on the outcome of the litigation. It is not necessary that every class member be named or known. It is necessary, however, that any particular person’s claim to membership in the class be determinable by stated, objective criteria

réparation peuvent être accordées lorsque le *groupe* a subi un préjudice, sans qu’il soit nécessaire d’établir une perte individuelle. C’est là l’approche qui répond le mieux aux objectifs des recours collectifs, lesquels visent à favoriser non seulement l’accès à la justice et l’économie des ressources judiciaires, mais aussi la modification des comportements.

[87] Deuxièmement, même si la preuve d’une perte individuelle était nécessaire pour que soit établie l’existence d’un groupe identifiable sous le régime de la *CPA*, je ne crois pas, au vu du dossier, qu’il sera impossible de déterminer l’appartenance d’une personne donnée au groupe.

[88] Le juge saisi de la demande, le juge Rice, a conclu que les appelantes avaient satisfait à l’exigence relative à l’existence d’un groupe identifiable. La Cour d’appel n’a pas examiné cette question (2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55). Pour les motifs qui suivent, j’estime que rien ne permet d’annuler la décision du premier.

II. Conditions préalables à la reconnaissance du groupe — principes généraux

[89] Aux termes de l’al. 4(1)(b) de la *CPA*, il doit y avoir [TRADUCTION] « un groupe identifiable de 2 personnes ou plus ».

[90] Dans l’arrêt *Dutton*, la Cour examine la condition de certification relative à l’existence d’un groupe identifiable (par. 38) :

Premièrement, le groupe doit pouvoir être clairement défini. La définition du groupe est essentielle parce qu’elle précise qui a droit aux avis, qui a droit à la réparation (si une réparation est accordée), et qui est lié par le jugement. Il est donc primordial que le groupe puisse être clairement défini au début du litige. La définition devrait énoncer des critères objectifs permettant d’identifier les membres du groupe. Les critères devraient avoir un rapport rationnel avec les revendications communes à tous les membres du groupe mais ne devraient pas dépendre de l’issue du litige. Il n’est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient nommés ou connus. Il est toutefois nécessaire que l’appartenance d’une personne au groupe puisse être déterminée sur des critères explicites et objectifs

[91] Obviously, it is not sufficient to make a bald assertion that a class exists. The record must contain a sufficient evidentiary basis to establish the existence of the class (*Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (Ont. S.C.J.), at para. 23). But the evidentiary standard at the certification stage is not onerous: the applicant must establish that there is “some basis in fact” for each of the requirements (*Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25). This standard falls below the standard used in the United States and purposefully avoids a trial on the merits at the certification stage. See *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, at para. 102.

III. Application to This Case

A. *The Record and Position of the Parties*

[92] The respondents led evidence establishing that prominent direct purchasers such as Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc., Ocean Spray Cranberries and George Weston Limited have used both HFCS and liquid sugar in their products. At the time, the relevant laws permitted the use of a generic label indicating “sugar/glucose-fructose” for either type of sweetener. In many cases, the labels on the products sold in Canada by these direct purchasers did not reflect which sweetener was used. Indeed, the representative plaintiff stated on cross-examination that she did not know whether any product she purchased during the class period actually contained HFCS.

[93] HFCS was used in “products such as soft drinks, baked goods and other food products which [were] purchased by restaurants, grocery wholesalers, supermarkets, convenience stores, movie theatres and others” (appellants’ response factum, at para. 69). The appellants filed expert evidence and proposed methodology to show that the amount of HFCS used and the specific products which contained it are identifiable (*ibid.*, citing the Leitzinger Report, at paras. 10-11, 18-20 and 27). The expert evidence also provides specific industry research confirming that the use of HFCS in the soft-drink

[91] De toute évidence, il ne suffit pas de simplement affirmer qu’un groupe existe. Le dossier doit étayer suffisamment la déclaration (*Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (C.S.J. Ont.), par. 23). La norme de preuve applicable à l’étape de la certification n’est toutefois pas exigeante : le demandeur doit établir qu’« un certain fondement factuel » sous-tend chacune des conditions (*Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25). Cette norme est moins rigoureuse que celle qui s’applique aux États-Unis, et vise expressément à éviter un examen au fond à l’étape de la certification. Voir *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 102.

III. Application à la présente affaire

A. *Le dossier et la position des parties*

[92] Les intimées ont produit une preuve établissant que d’importants acheteurs directs comme Coke, Pepsi, Vitality Foodservice Canada Inc., Ocean Spray Cranberries et George Weston limitée ont utilisé tantôt du SMHTF tantôt du sucre liquide dans la confection de leurs produits. À l’époque, les lois applicables permettaient que le terme générique « sucre/glucose-fructose » désigne l’un ou l’autre édulcorant sur l’étiquette. Dans bien des cas, l’étiquette de produits vendus au Canada par ces acheteurs directs n’indiquait pas lequel des deux ingrédients avait été utilisé. En fait, en contre-interrogatoire, la demanderesse-représentante a dit ignorer si elle avait acheté un seul produit qui contenait bel et bien du SMHTF au cours de la période visée par le recours.

[93] Le SMHTF entrait dans la fabrication de [TRADUCTION] « denrées alimentaires comme les boissons gazeuses et les produits de boulangerie achetées par des restaurants, grossistes, supermarchés, dépanneurs, cinémas et autres établissements » (mémoire en réponse des appelantes, par. 69). Les appelantes ont déposé une preuve d’expert et proposé une méthode pour démontrer qu’il est possible d’établir la quantité de SMHTF utilisée et de déterminer les produits précis qui en contenaient (*ibid.*, citant le rapport de M. Leitzinger, par. 10-11, 18-20 et 27). La preuve

industry was more prevalent as time went on, and largely had replaced liquid sugar as early as two years into the class period (A.R., vol. II, at p. 94; Leitzinger Report, at para. 24).

[94] The respondents' position is that because HFCS was used interchangeably with liquid sugar, and because labeling requirements during the class period did not require food and beverage producers to specify which of the two sweeteners was contained in their products, indirect purchasers (retailers and consumers) would have had no way of determining whether the product contained HFCS, even if they had checked the label (factum of Archer Daniels Midland Company and ADM Agri-Industries Company, at paras. 99-100).

[95] The appellants submit that "although some class members may not be able to self-identify, class membership is determinable by reference to the nature of the purchases made by each individual and the quantity of HFCS in the products purchased" (response factum, at para. 71). Indeed, the industry research data suggests that such information may be more readily available for indirect purchasers who are commercial retailers with more consistent recording practices.

B. Class Identification Does Not Require That Individual Class Members Can Prove Individual Loss

[96] Justice Rothstein accepts that the class definition complies on its face with the *Dutton* criteria. However, he concludes that there is insufficient evidence to show that any persons will be able to determine if they bought a product containing HFCS and thus if they are a member of the class. My colleague says that if individuals cannot show they have suffered individual loss, this "subverts the purpose of class proceedings,

d'expert fait également état de travaux de recherche portant sur l'industrie des boissons gazeuses, lesquels confirment que l'utilisation du SMHTF était à la hausse depuis quelques années et que, deux ans après le début de la période visée par le recours, cette substance avait déjà largement remplacé le sucre liquide (d.a., vol. II, p. 94; rapport de M. Leitzinger, par. 24).

[94] Parce que le SMHTF et le sucre liquide étaient utilisés de façon interchangeable et que les règles d'étiquetage en vigueur au cours de la période visée par le recours n'obligeaient pas les fabricants d'aliments et de boissons à indiquer lequel des deux édulcorants entrainé dans la confection de leurs produits, les intimés font valoir que les acheteurs indirects (détaillants et consommateurs) n'auraient pu dire s'ils avaient acheté un produit contenant du SMHTF, même s'ils avaient vérifié l'étiquette (mémoire d'Archer Daniels Midland Company et d'ADM Agri-Industries Company, par. 99-100).

[95] Les appelantes soutiennent que [TRADUCTION] « même s'il est possible que certains membres ne puissent se reconnaître comme tels, l'appartenance au groupe peut s'établir eu égard à la nature des achats réalisés par chaque personne et à la quantité de SMHTF contenue dans les produits achetés » (mémoire en réponse, par. 71). En fait, selon des recherches sur cette industrie, ce genre de renseignements pourrait s'obtenir plus facilement pour les acheteurs indirects qui sont des commerçants au détail, habitués de ce fait à une tenue de livres rigoureuse, que pour les autres.

B. La détermination de l'appartenance au groupe n'exige pas que chacun des membres soit en mesure d'établir une perte individuelle

[96] Le juge Rothstein reconnaît que la définition du groupe satisfait a priori aux critères établis dans *Dutton*. Il conclut toutefois que la preuve ne suffit pas à démontrer qu'il sera possible pour quiconque de savoir s'il a acheté un produit contenant du SMHTF et s'il appartient donc au groupe. De l'avis de mon collègue, l'impossibilité pour des membres du groupe d'établir une perte individuelle « contrecarre l'objectif des recours collectifs, qui

which is to provide a more efficient means of recovery for plaintiffs *who have suffered harm* but for whom it would be impractical or unaffordable to bring a claim individually” (para. 67 (emphasis in original)).

[97] This is not the only purpose of class actions. Behaviour modification is an important goal, especially in price-fixing cases. While class proceedings are clearly intended to create a more efficient means of recovery for plaintiffs who have suffered harm, there are strong reasons to conclude that class proceedings are not limited to such actions. As I detail below, the CPA is designed to permit a means of recovery for the benefit of the class as a whole, without proof of individual loss, even where it is difficult to establish class membership. Thus, if no individual seeks an individual remedy, it will not be necessary to prove individual loss. Such class actions permit the disgorgement of unlawful gains and serve not only the purposes of enhanced access to justice and judicial economy, but also the broader purpose of behaviour modification. Therefore, I am not persuaded that it is a prerequisite that individual members of the class can ultimately prove individual harm. See, for example, *Steele v. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271.

[98] An identifiable class serves to give individual members notice so that they can exercise their willingness to be a member and to claim relief. Nonetheless, there will often be circumstances where it is difficult for class members to self-identify based on the class definition.

[99] In *Dutton*, at para. 38, McLachlin C.J. held: “It is not necessary that every class member be named or known.” In *Risorto v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (2007), 38 C.P.C. (6th) 373 (Ont. S.C.J.), Cullity J. held, at para. 31: “The fact that particular persons may have difficulty in proving that they satisfy the conditions for membership is often the case in class proceedings and

est d’offrir une voie de recours plus efficace aux demandeurs *ayant subi un préjudice* mais pour qui il serait irréaliste d’exercer un recours individuel ou qui n’ont pas les moyens de le faire » (par. 67 (en italique dans l’original)).

[97] Il ne s’agit pas là du seul objectif des recours collectifs. La modification des comportements en constitue un objet important, tout particulièrement en matière de fixation des prix. Si ce type d’action vise manifestement à offrir une voie de recours plus efficace aux demandeurs ayant subi un préjudice, il y a des raisons sérieuses de conclure que les recours collectifs ne se limitent pas à de tels effets. Comme nous le verrons en détail, la CPA est conçue de manière à donner un recours au groupe dans son ensemble, sans qu’il soit nécessaire de prouver une perte individuelle, même s’il est difficile d’établir l’appartenance au groupe. En conséquence, si personne ne cherche à obtenir une réparation individuelle, il ne sera pas nécessaire de prouver une perte individuelle. De tels recours collectifs permettent la restitution de gains provenant d’activités illégales et répondent non seulement aux objectifs d’accès à la justice et d’économie des ressources judiciaires, mais aussi à l’objectif général de modification des comportements. Je ne suis donc pas convaincue qu’il faut que chaque membre du groupe puisse, à terme, prouver un préjudice individuel. Voir, par exemple, *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 14 B.C.L.R. (5th) 271.

[98] La condition relative au groupe identifiable a pour objet d’informer les membres éventuels et ainsi permettre d’exprimer leur volonté d’appartenir au groupe et de demander réparation. Quoiqu’il en soit, il sera souvent difficile pour certaines personnes de s’estimer membres du groupe à la lumière de cette définition.

[99] Dans l’arrêt *Dutton*, la juge en chef McLachlin tient les propos suivants, au par. 38 : « Il n’est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient nommés ou connus. » Dans *Risorto c. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (2007), 38 C.P.C. (6th) 373 (C.S.J. Ont.), le juge Cullity s’est exprimé en ces termes, au par. 31 : [TRADUCTION] « Il arrive souvent dans un recours collectif que

is not, by itself, a reason for a finding that the class is not identifiable.” See also *Sauer v. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (Ont. S.C.J.), at para. 28.

[100] As already noted, the statute provides for aggregate damages and *cy-près* awards that permit recovery and disgorgement of ill-gotten gains, without proof of individual loss and even where individual members cannot be identified. Section 29 of the *CPA* permits “an order for an aggregate monetary award in respect of all or any part of a defendant’s liability to class members”, upon certain conditions, including when:

- (c) the aggregate or a part of the defendant’s liability to some or all class members can reasonably be determined without proof by individual class members.

Section 31(1) of the *CPA* provides:

31(1) If the court makes an order under section 29 [for an aggregate monetary award], the court may further order that all or a part of the aggregate money award be applied so that some or all individual class or subclass members share in the award on an average or proportional basis if

- (a) it would be impractical or inefficient to
 - (i) identify the class or subclass members entitled to share in the award . . .

certaines personnes aient du mal à prouver qu’elles satisfont aux conditions d’appartenance et cela ne permet pas en soi de conclure que le groupe n’est pas identifiable. » Voir aussi *Sauer c. Canada (Agriculture)*, 2008 CanLII 43774 (C.S.J. Ont.), par. 28.

[100] Comme nous l’avons vu, la Loi prévoit la possibilité d’accorder des dommages-intérêts globaux et de verser une indemnité suivant le principe de l’aussi-près (*cy-près doctrine*), qui permettent le recouvrement et la restitution de gains mal acquis, sans qu’il soit nécessaire de prouver une perte individuelle et même lorsque l’identité de certains membres ne peut être connue. En effet, suivant l’art. 29 de la *CPA*, [TRADUCTION] « [1]e tribunal peut fixer par ordonnance le montant global des dommages-intérêts quant à la totalité ou à une partie de la responsabilité pécuniaire d’un défendeur envers les membres du groupe, et rendre jugement en conséquence » si certaines conditions sont remplies, et notamment si :

- (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 des membres n’aient à en faire la preuve individuellement.

Le paragraphe 31(1) de la *CPA* prévoit :

[TRADUCTION]

31(1) S’il rend une ordonnance en vertu de l’article 29 [ordonnance fixant le montant global des dommages-intérêts], le tribunal peut également ordonner que la totalité ou une partie du montant global des dommages-intérêts soit affectée de façon que tous les membres du groupe ou du sous-groupe ou certains d’entre eux se partagent les dommages-intérêts selon la règle de la moyenne ou selon celle de la proportionnalité s’il estime à la fois

- (a) qu’il serait irréaliste ou inefficace
 - (i) soit d’identifier les membres du groupe ou du sous-groupe qui ont droit à une part du montant global des dommages-intérêts adjugés . . .

And s. 34 of the *CPA* provides:

34 . . .

- (3) The court may make an order under subsection (1) whether or not all the class or subclass members can be identified or all their shares can be exactly determined.
- (4) The court may make an order under subsection (1) even if the order would benefit
 - (a) persons who are not class or subclass members . . .

[101] Section 34 has been interpreted to authorize *cy-près* awards — awards made to charities in situations where some class members cannot be identified. Interpreting the equivalent Ontario provision, s. 26 of the Ontario *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, Winkler J. remarked that this vision of the class determination permitted “a settlement that is entirely Cy pres” (*Gilbert v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2004), 3 C.P.C. (6th) 35 (Ont. S.C.J.), at para. 15 (emphasis added)). See also *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* (2009), 98 O.R. (3d) 543 (S.C.J.), at paras. 15 and 17.

[102] And, while aggregate damages provisions are tools which are intended to be resorted to only upon an antecedent finding of liability (see *Pro-Sys*, at para. 131), they nonetheless permit access to justice and behaviour modification in cases where *liability to the class* has been proven but individual membership in the class is difficult or impossible to determine. The aggregate assessment of damages is an important common issue at the heart of the behaviour modification goal of class actions. It is a powerful tool for class actions.

Et l’art. 34 de la *CPA* prévoit :

[TRADUCTION]

34 . . .

- (3) Le tribunal peut rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (1), que tous les membres du groupe ou du sous-groupe soient identifiables ou non, ou que la part de chacun d’eux puisse être ou non établie exactement.
- (4) Le tribunal peut rendre une ordonnance en vertu du paragraphe (1), même si cette ordonnance profiterait
 - (a) à des personnes qui ne sont pas membres du groupe ou du sous-groupe . . .

[101] Selon l’interprétation qui en a été donnée, l’art. 34 autorise le versement selon le principe de l’aussi-près — c’est-à-dire à des organismes de bien-faisance dans les situations où certains membres du groupe ne peuvent être connus. Le juge Winkler fait remarquer à propos de l’art. 26 de la *Class Proceedings Act, 1992*, L.O. 1992, ch. 6, la disposition équivalente en Ontario, que cette conception du groupe permettait que soit ordonné [TRADUCTION] « un règlement par versement suivant le principe de l’aussi-près exclusivement » (*Gilbert c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2004), 3 C.P.C. (6th) 35 (C.S.J. Ont.), par. 15 (je souligne)). Voir aussi *Cassano c. Toronto-Dominion Bank* (2009), 98 O.R. (3d) 543 (C.S.J.), par. 15 et 17.

[102] Et, bien que leur application soit subordonnée à une conclusion préalable de responsabilité (voir *Pro-Sys*, par. 131), les dispositions autorisant l’octroi de dommages-intérêts globaux favorisent néanmoins l’accès à la justice et la modification des comportements dans les cas où la *responsabilité envers le groupe* a été démontrée, mais où l’appartenance au groupe est difficile ou impossible à établir. L’évaluation globale des dommages-intérêts constitue une question commune importante qui touche directement à l’objectif de modification des comportements des recours collectifs. Il s’agit d’un outil puissant en la matière.

[103] Thus, the legislation explicitly contemplates difficulties or, in some cases, impossibility in self-identification in the class procedural vehicle. Such difficulties have not been considered fatal to authorization under the *CPA* (in B.C. and in its equivalent in Ontario) provided that there is “some basis in fact” that the class exists and there is a rational connection between the class and the common issues. See, for example, *Lau*, at paras. 21-22, and *Steele*.

[104] This Court noted in *Dutton* that “any particular person’s claim to membership in the class [should] be determinable by stated, objective criteria” (para. 38). This requirement speaks to the need to clearly define the criteria for membership — not to the ability of a given individual to prove that they meet the criteria. Whether the claimants can prove their claim for an individual remedy is a separate issue that need not be resolved at the certification stage.

[105] Here, the record contains a sufficient evidentiary basis to establish the *existence* of the class (*Lau*, at para. 23). Direct purchasers of HFCS used it extensively in products that were sold widely to retailers and to consumers. Given the nature of a price-fixing case, loss flows directly from the purchase of HFCS, or, in the case of indirect purchasers, products containing HFCS. An individual who purchased such a product during the relevant time period would have the foundation for an individual suit. All indirect purchasers share the same basis for establishing harm. There is a rational connection between the class as defined and the asserted common issues. See *Ford v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758 (S.C.J.), at paras. 22-23; *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301 (Ont. S.C.J.), at para. 11.

[106] Nor is it seriously disputed that there is some basis in fact to show that indirect purchasers as a class were harmed by the alleged price fixing

[103] En conséquence, la loi prévoit expressément la possibilité qu’il soit difficile, voire impossible, pour certaines personnes de s’estimer visées par le mécanisme procédural du recours collectif. De telles difficultés n’ont pas été jugées fatales à la certification sous le régime de la *CPA* (en C.-B. et en Ontario), dans la mesure où l’existence d’un groupe repose sur un « certain fondement factuel » et où un lien rationnel entre le groupe et les questions communes est établi. Voir, par exemple, *Lau*, par. 21-22, et *Steele*.

[104] La Cour souligne dans *Dutton* que « l’appartenance d’une personne au groupe [devrait pouvoir] être déterminée sur des critères explicites et objectifs » (par. 38). Cette exigence a trait à la nécessité de définir clairement les critères d’appartenance au groupe — et non à la capacité d’une personne donnée de prouver qu’elle y satisfait. Que les demandeurs puissent ou non établir le bien-fondé de leur demande de réparation individuelle est une question distincte n’ayant pas à être tranchée à l’étape de la certification.

[105] Le dossier en l’espèce étaye suffisamment l’*existence* du groupe (*Lau*, par. 23). Les acheteurs directs de SMHTF ont utilisé largement cet édulcorant dans la confection de produits qui ont été vendus à grande échelle aux détaillants et consommateurs. En matière de fixation des prix, la perte découle directement de l’achat du SMHTF, ou, dans le cas des acheteurs indirects, de produits en contenant. La personne ayant acheté un tel produit durant la période pertinente serait fondée à intenter une poursuite en son propre nom. Les acheteurs indirects ont en commun ce fondement pour établir le préjudice. Il existe un lien rationnel entre le groupe tel qu’il est défini et les questions communes énoncées. Voir *Ford c. F. Hoffmann-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758 (C.S.J.), par. 22-23; *Alfresh Beverages Canada Corp. c. Hoechst AG* (2002), 16 C.P.C. (5th) 301 (C.S.J. Ont.), par. 11.

[106] Il n’est pas non plus contesté sérieusement qu’un certain fondement factuel permet de conclure que la fixation des prix reprochée a porté préjudice

and thus the members of the class suffered harm. The methodology proposed to establish the harm to the class members purports to ascertain an aggregate amount by which the class members were overcharged. Indeed, as Justice Rothstein finds, it has some basis in fact and there is a high probability that any award stemming from these proceedings would be distributed on a *cy-près* basis. This means that it may never be necessary or legally required to identify individual members of the class.

[107] For these reasons, I am not persuaded that the issue of whether an individual can prove individual loss is a necessary enquiry at certification. In sum, while class actions are a procedural vehicle, they are not *merely* procedural. They make possible claims that are very complex or could not be prosecuted individually, not only because it would be inefficient or unaffordable, but also because it may be extremely difficult to prove individual claims. The *CPA* does have substantive implications: it creates a remedy that recognizes that damages to the class as a whole can be proven, even when proof of individual members' damages is impractical, and that is available even if those who are not members of the class can benefit.

[108] I agree with Justice Rothstein that the aggregate damages provisions relate to the assessment of damages and cannot be used to establish liability. However, where proof of loss or detriment is essential to a finding of liability, for example in a cause of action under s. 36 of the *Competition Act*, or in tort, expert evidence may provide a credible and plausible method offering a realistic prospect of establishing loss on a class-wide basis. See *Pro-Sys*, at paras. 120 and 140. While these provisions do not create new causes of action, they permit individual members of the class to obtain remedies that may not be available to them on an individual suit because of difficulties of proving the extent of their individual loss. The aggregate damage

aux acheteurs indirects collectivement et donc que les membres du groupe ont subi un dommage. La méthode proposée pour démontrer le préjudice causé aux membres du groupe vise à établir le montant global du surcoût. En fait, comme le conclut le juge Rothstein, cette méthode repose sur un certain fondement factuel, et il est fort probable que le versement de toute indemnité ordonnée à l'issue de la présente instance sera effectué suivant le principe de l'aussi-près. Ainsi, il ne sera peut-être jamais nécessaire ni impératif en droit que les membres individuels du groupe soient connus.

[107] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincue qu'il faut à l'étape de la certification se demander s'il sera possible de prouver une perte individuelle. En somme, bien qu'ils constituent un mécanisme procédural, les recours collectifs ne ressortissent pas *simplement* à la procédure. Ils rendent possibles des réclamations très complexes ou hors de portée d'un justiciable seul, non seulement parce qu'une telle procédure se révélerait inefficace ou inabordable, mais aussi parce qu'il peut être extrêmement difficile de prouver les réclamations individuelles. La *CPA* a bel et bien des répercussions sur le fond : elle crée une réparation qui reconnaît que les préjudices causés au groupe dans son ensemble peuvent être prouvés, même si la preuve des préjudices individuels est irréaliste, et qui peut être ordonnée même si elle est susceptible de profiter à des non-membres.

[108] Je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que les dispositions autorisant l'octroi de dommages-intérêts globaux se rapportent à l'évaluation de la réparation et ne peuvent servir à établir la responsabilité. Cependant, lorsque celle-ci est subordonnée à la preuve de la perte ou des dommages, par exemple dans une action fondée sur l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence* ou une action en responsabilité délictuelle, la preuve d'expert peut présenter une méthode valable et acceptable offrant une possibilité réaliste d'établir la perte pour l'ensemble du groupe. Voir *Pro-Sys*, par. 120 et 140. Bien qu'elles ne créent pas de nouvelles causes d'action, ces dispositions permettent à chaque membre du groupe d'obtenir des

provision and *cy-près* awards promote behaviour modification and provide access to justice where it otherwise may be difficult to achieve.

[109] This Court cautioned in *Hollick* that class proceedings legislation should be construed generously and not narrowly to give life to the statute's purpose, namely to encourage judicial economy and access to justice, and to modify the behaviour of wrongdoers (paras. 14-15).¹

C. *Some Basis in Fact to Show That Individuals Could Prove Personal Loss/Class Members Are Identifiable*

[110] Justice Rothstein accepts the respondents' position and concludes that the appellants fail to provide evidence that would overcome the identification problem created by the fact that HFCS and liquid sugar were used interchangeably during the class period and that labeling at the time did not differentiate between them. He concludes that it appears impossible to show that an indirect purchaser had, in fact, bought a particular product that contained HFCS (para. 66). He found this failure fatal to the certification application.

[111] In my view, the record does not lead to the conclusion that it will be impossible to prove an individual is a member of the class — or that individual members of the group could not stand alone as plaintiffs. As I have explained, I do not agree that this is a necessary inquiry at the certification stage. Even so, I agree with the judge of

réparations qui lui seraient éventuellement refusées à l'issue d'une poursuite individuelle en raison des difficultés qu'il aurait à prouver l'étendue de sa propre perte. Les dispositions autorisant l'octroi de dommages-intérêts globaux et les versements suivant le principe de l'aussi-près favorisent la modification des comportements et l'accès à la justice dans les cas où ces objectifs pourraient par ailleurs se révéler difficiles à atteindre.

[109] La Cour souligne dans l'arrêt *Hollick* que les lois sur les recours collectifs doivent être interprétées libéralement, et non restrictivement, pour donner effet à l'objectif du législateur, à savoir favoriser l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification du comportement des malfaiteurs (par. 14-15).¹

C. *Un certain fondement factuel permet d'établir que chacun des membres pourrait prouver une perte individuelle et donc que l'appartenance au groupe est déterminable*

[110] Le juge Rothstein accepte la position des intimées et conclut que les appelantes n'ont pas produit de preuve susceptible de remédier au problème relatif à l'appartenance au groupe découlant de l'interchangeabilité des deux édulcorants pendant la période visée par le recours et du fait que les étiquettes à l'époque ne les distinguaient pas. Selon lui, il paraît impossible d'établir qu'un acheteur indirect avait bel et bien acquis un produit donné contenant du SMHTF (par. 66). Il a conclu que ce problème portait un coup fatal à la demande de certification.

[111] Le dossier ne mène pas à mon avis à la conclusion qu'il sera impossible de prouver l'appartenance au groupe — ou l'impossibilité pour les membres du groupe d'agir individuellement à titre de demandeurs. Comme je l'ai expliqué, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de répondre à cette question à l'étape de la certification. Cela étant dit, je

¹ Although the Court considered Ontario legislation in *Hollick*, similar reasoning has been adopted for British Columbian class action legislation (see, e.g., *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, 2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214, at para. 16).

¹ Bien que la Cour dans *Hollick* se soit penchée sur la loi ontarienne sur les recours collectifs, un raisonnement semblable a été adopté à l'égard de la loi équivalente de la Colombie-Britannique (voir, p. ex., *MacKinnon c. National Money Mart Co.*, 2006 BCCA 148, 265 D.L.R. (4th) 214, par. 16).

first instance that there is “some basis in fact” to show that individual loss is capable of being proven.

[112] In effect, Justice Rothstein focuses on the difficulties that individual claimants will have to prove personal loss. Here, he accepts that expert evidence meets the standard of “some basis in fact” and consists of a credible and plausible model capable of proving harm on a class-wide basis. However, he is not satisfied that the evidence provides “some basis in fact” that there will be evidence capable of proving individual loss.

[113] Justice Rothstein’s conclusion sets the evidentiary standard too high. In this price-fixing case, personal loss will follow if indirect purchasers can prove that they purchased a product containing HFCS. Even at the merits stage, however, claimants will not have to prove *definitively* that they purchased a *particular* product that contained HFCS. Labeling — if indeed generic labeling was used throughout — is not the only way to prove an individual loss. It will be sufficient if the trial judge is satisfied, upon expert or other evidence, that an individual claimant *probably* purchased a product containing it.

[114] The requirement that there be an evidentiary foundation — or some basis in fact — to support the certification criteria does not include a preliminary merits test and does not require the plaintiffs to indicate the evidence upon which they will rely to prove these claims. “The question at the certification stage is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action” (see *Hollick*, at paras. 16 and 25).

[115] A claim under s. 36 of the *Competition Act* requires that the fact of loss — rather than the amount of loss — be proven in order to establish liability. As Justice Rothstein accepts, the expert

suis d’accord avec le juge de première instance pour dire qu’[TRADUCTION] « un certain fondement factuel » permet d’établir qu’une perte individuelle peut être prouvée.

[112] En fait, le juge Rothstein met l’accent sur les difficultés qu’auront les demandeurs à faire la preuve d’une perte individuelle. Il convient que la preuve d’expert en l’espèce satisfait à la norme du « certain fondement factuel » et propose une méthode valable et acceptable d’établir qu’un préjudice a été causé à l’échelle du groupe. Il n’est toutefois pas convaincu qu’« un certain fondement factuel » permet d’établir qu’une perte individuelle pourra être prouvée.

[113] Le juge Rothstein établit une norme de preuve trop exigeante. Dans la présente affaire, la perte individuelle sera démontrée si les acheteurs indirects sont en mesure de prouver avoir acquis un produit contenant du SMHTF. Néanmoins, même à l’étape de l’examen au fond, les demandeurs n’auront pas à démontrer, *preuves à l’appui*, avoir acheté un *certain* produit contenant du SMHTF. L’étiquette — si effectivement le terme générique figurait sur l’étiquette au cours de toute la période — n’est pas le seul moyen de prouver qu’une perte individuelle a été subie. Il suffira que le juge de première instance soit convaincu, à la lumière de la preuve, notamment d’expert, qu’un demandeur donné a *probablement* acheté un produit contenant l’édulcorant en question.

[114] L’exigence que chacun des critères de certification repose sur un certain fondement factuel n’emporte pas d’examen sommaire au fond du recours et n’exige pas l’énumération des éléments que les demandeurs présenteront à l’appui de la demande. « La question à cette étape n’est pas s’il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s’il convient de procéder par recours collectif » (voir *Hollick*, par. 16 et 25).

[115] Une demande fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* exige la preuve de la perte — et non celle du montant de la perte — pour l’établissement de la responsabilité. Le juge Rothstein

evidence in this case is capable of proving the fact of loss to the class. Here, the appellants have provided evidence and a framework capable of proving — on a balance of probabilities — that products containing HFCS were purchased. While it may prove challenging, there is “some basis in fact” to conclude that some indirect purchasers could prove that they *probably* purchased products that contained price-fixed HFCS during the relevant period. Evidence of market practices, the prevalence of the product, and the nature of the purchases may provide a sufficient basis for a trial judge to make the necessary findings.

[116] For example, the expert report tendered by the appellants, authored by Dr. Leitzinger, included the following information. The respondents jointly controlled the “vast majority of production” of HFCS and therefore likely possessed monopoly power (A.R., vol. II, at p. 81; Leitzinger Report, at para. 6). Soft drink manufacturers are the leading purchasers of HFCS, and HFCS products are purchased by restaurants, food wholesalers, grocery and convenience stores, cinemas, and others (paras. 10-11). The Canadian soft-drink industry “uses about 20 times as much HFCS as it does sugar as the sweetening agent” (para. 27), and the extent to which HFCS overcharges were passed on to indirect consumers could be analyzed using existing economic modeling techniques (paras. 56-57). Dr. Leitzinger expected that at least some of any overcharge for HFCS would have been passed on to indirect purchasers, and that the extent of the overcharge could be calculated using publicly available information together with discovery data (paras. 58-64 and 75-77).

[117] To take a simple example, since a significant proportion of soft drinks contain HFCS, a trial judge may have no difficulty in finding that wholesalers of soft drinks, grocery stores or even individual persons — all possible indirect purchasers of HFCS — *probably* purchased some products

convient que la preuve d’expert en l’espèce permet d’établir que le groupe a effectivement subi une perte. Les appelantes ont produit des éléments de preuve et un cadre permettant de démontrer — selon la prépondérance des probabilités — l’achat de produits contenant du SMHTF. Bien qu’une telle preuve puisse être difficile à faire, « un certain fondement factuel » permet de conclure que des acheteurs indirects pourraient établir qu’ils ont *probablement* acheté durant la période pertinente des produits contenant du SMHTF dont le prix a été fixé. La preuve des pratiques commerciales, de la forte présence de cet ingrédient et de la nature des achats pourrait suffire au juge de première instance pour tirer les conclusions nécessaires.

[116] À titre d’exemple, le rapport d’expert produit par les appelantes et établi par M. Leitzinger renfermait les renseignements suivants. Les intimées contrôlaient conjointement la [TRADUCTION] « majeure partie de la production » de SMHTF et détenaient donc vraisemblablement un monopole (d.a., vol. II, p. 81; rapport de M. Leitzinger, par. 6). Les fabricants de boissons gazeuses représentent les premiers acheteurs de SMHTF, et les restaurants, grossistes en denrées alimentaires, supermarchés et dépanneurs, cinémas et autres établissements achètent les produits contenant cet édulcorant (par. 10-11). L’industrie canadienne des boissons gazeuses « utilise environ 20 fois plus de SMHTF que de sucre » (par. 27), et la valeur de la majoration du prix du SMHTF transférée aux acheteurs indirects pourrait être évaluée suivant les techniques actuelles de modélisation économique (par. 56-57). Selon M. Leitzinger, au moins une partie de la majoration aura été refilee aux acheteurs indirects, et sa valeur pourrait être calculée à l’aide de données tombées dans le domaine public de même que de celles divulguées à l’enquête préalable (par. 58-64 et 75-77).

[117] Par exemple, puisqu’une proportion appréciable de boissons gazeuses contient du SMHTF, un juge de première instance n’aurait éventuellement aucune difficulté à conclure que des grossistes, des épiceries ou même des particuliers — qui sont tous des acheteurs indirects éventuels de SMHTF — ont

containing HFCS, and in determining the loss based upon the percentage of the products purchased that contained the substance.

[118] There was debate between the appellants' and the respondents' expert witnesses regarding the existence, extent and determinability of HFCS overcharges and pass-through to indirect consumers. However, the weighing of expert evidence is a matter for the trial on the merits. The point is simply that the appellants have tendered evidence which establishes some basis in fact to show that the proposed class is identifiable and that individual class members may be able to establish individual loss on a balance of probabilities, overcoming the identification problem to which Justice Rothstein refers (para. 65).

[119] And although the representative plaintiff, Wendy Bredin (formerly Weberg), could not state with certainty that she had purchased products containing HFCS, she and other individuals would be able to self-identify as potential plaintiffs based on knowledge of the products in which HFCS is known to have been commonly used. For indirect purchasers, such as wholesalers and grocery stores, the inquiry would likely be simplified, given the likelihood of more extensive record-keeping systems regarding purchases of products that likely contained HFCS.

[120] Thus, in my view, the evidentiary difficulties relied upon by my colleague and the respondents are not fatal to this certification application.

IV. Conclusion

[121] For these reasons, I agree with the application judge, Rice J., that the appellants have established that there is some basis in fact that there is an identifiable class in accordance with s. 4(1)(b) of the *CPA*. As for the other elements of certification discussed by Rothstein J., I agree with the reasons of my colleague.

probablement acheté certains produits contenant du SMHTF et à déterminer la perte subie, compte tenu du pourcentage des produits achetés contenant l'édulcorant en question.

[118] Les témoins experts des appelantes et des intimées ont débattu la réalité, la valeur et l'appré- ciabilité de la majoration du prix du SMHTF et de son transfert aux acheteurs indirects. Cependant, l'évaluation de la preuve d'expert relève du juge chargé de l'instruction sur le fond. Tout simplement, l'important c'est que les appelantes ont établi un certain fondement factuel permettant de conclure que le groupe proposé est identifiable et que chacun des membres du groupe pourrait être en mesure d'établir, suivant la prépondérance des probabilités, une perte individuelle, ce qui remédierait au problème relatif à l'appartenance dont parle le juge Rothstein (par. 65).

[119] Et bien que la demanderesse-représentante, Wendy Bredin (auparavant Weberg), n'était pas certaine d'avoir acheté des produits contenant du SMHTF, elle et d'autres personnes pourront s'estimer membres éventuels si elles savent les produits dans la composition desquels il a été reconnu qu'entraînait régulièrement du SMHTF. Pour les acheteurs indirects comme les grossistes et les supermarchés, l'enquête serait sans doute plus simple encore, leurs livres constatant leurs achats de produits contenant vraisemblablement du SMHTF.

[120] À mon avis, les difficultés de preuve invoquées par mon collègue et les intimées ne portent donc pas un coup fatal à la demande de certification en l'espèce.

IV. Conclusion

[121] Pour ces motifs, je conviens avec le juge Rice, saisi de la demande, que les appelantes ont établi que l'existence d'un groupe identifiable, au sens où il faut entendre ce terme pour l'application de l'al. 4(1)(b) de la *CPA*, repose sur un certain fondement factuel. Quant aux autres critères de certification analysés par le juge Rothstein, je souscris aux motifs de ce dernier.

[122] I would allow the appeal with costs and remit the matter to the British Columbia Supreme Court for trial. I agree with Justice Rothstein's disposition of the cross-appeal.

[122] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de renvoyer l'affaire à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour instruction. Je souscris au dispositif proposé par le juge Rothstein dans l'appel incident.

APPENDIX: Common Issues Certified by Rice J.

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Rice

Breach of the *Competition Act*

Violation de la *Loi sur la concurrence*

- (a) Did the defendants, or any of them, engage in conduct which is contrary to s. 45 of the *Competition Act*? If yes, what was the duration of such conduct?
- (b) What damages, if any, are payable by the non-settling defendants to the Class Members pursuant to s. 36 of the *Competition Act*?
- (c) Should the non-settling defendants, or any of them, pay the full costs, or any, of the investigation into this matter pursuant to s. 36 of the *Competition Act*?

- a) Les défenderesses, ou l'une d'elles, se sont-elles livrées à un comportement allant à l'encontre de l'art. 45 de la *Loi sur la concurrence*? Dans l'affirmative, pendant combien de temps?
- b) À combien s'établit le montant des dommages-intérêts que les défenderesses non parties aux règlements doivent verser, s'il y a lieu, aux membres du groupe en vertu de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*?
- c) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, sont-elles tenues d'assumer le coût en totalité ou en partie de l'enquête relativement à l'affaire aux termes de l'art. 36 de la *Loi sur la concurrence*?

Conspiracy

Complot

- (d) Did the defendants, or any of them, conspire to harm the Class Members?
- (e) Did the defendants, or any of them, act in furtherance of the conspiracy?
- (f) Was the predominant purpose of the conspiracy to harm the Class Members?
- (g) Did the conspiracy involve unlawful acts?
- (h) Did the defendants, or any of them, know that the conspiracy would likely cause injury to the Class Members?
- (i) Did the Class Members suffer economic loss? If yes, what was the duration of such economic loss?
- (j) What damages, if any, are payable by the non-settling defendants, or any of them, to the Class Members?

- d) Les défenderesses, ou l'une d'elles, ont-elles participé à un complot visant à causer un préjudice aux membres du groupe?
- e) Les défenderesses, ou l'une d'elles, ont-elles agi en vue de la réalisation du complot?
- f) Le complot visait-il principalement à causer un préjudice aux membres du groupe?
- g) Les auteurs du complot ont-ils eu recours à des actes illégaux?
- h) Les défenderesses, ou l'une d'elles, savaient-elles que le complot causerait vraisemblablement un préjudice aux membres du groupe?
- i) Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière? Dans l'affirmative, pendant combien de temps?
- j) Quel est le montant des dommages-intérêts, s'il en est, payables par les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, aux membres du groupe?

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

- k) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?

Tortious Interference with Economic Interests

- (l) Did the defendants, or any of them, intend to injure the Class Members?
- (m) Did the defendants, or any of them, interfere with the economic interests of the Class Members by unlawful or illegal means?
- (n) Did the Class Members suffer economic loss as a result of the defendants' interference? If yes, what was the duration of such economic loss?
- (o) What damages, if any, are payable by the non-settling defendants, or any of them, to the Class Members?
- (p) Can the amount of damages be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

Atteinte délictuelle à des intérêts financiers

- l) Les défenderesses, ou l'une d'elles, ont-elles eu l'intention de nuire aux membres du groupe?
- m) Les défenderesses, ou l'une d'elles, ont-elles porté atteinte aux intérêts financiers des membres du groupe par des moyens illégaux?
- n) Les membres du groupe ont-ils subi une perte financière par suite de cette atteinte? Dans l'affirmative, pendant combien de temps?
- o) Quel est le montant des dommages-intérêts, s'il en est, payables par les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, aux membres du groupe?
- p) Le montant des dommages-intérêts peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?

Unjust Enrichment, Waiver of Tort and Constructive Trust

- (q) Have the non-settling defendants, or any of them, been unjustly enriched by the receipt of overcharges on the sale of HFCS?
- (r) Have the Class Members suffered a corresponding deprivation in the amount of the overcharges on the sale of HFCS?
- (s) Is there a juridical reason why the non-settling defendants, or any of them, should be entitled to retain the overcharges on the sale of HFCS?
- (t) What restitution, if any, is payable by the non-settling defendants, or any of them, to the Class Members based on unjust enrichment?
- (u) Should the non-settling defendants, or any of them, be constituted as constructive trustees in favour of the Class Members for all of the overcharges from the sale of HFCS?
- (v) What is the quantum of overcharges, if any, that the non-settling defendants, or any of them, hold in trust for the Class Members?

Enrichissement sans cause, renonciation au recours délictuel et fiducie par interprétation

- q) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, se sont-elles enrichies sans cause par suite de la majoration du prix du SMHTF?
- r) Les membres du groupe se sont-ils appauvris d'un montant égal à celui de la majoration du prix du SMHTF?
- s) Une cause juridique justifie-t-elle les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, de conserver le fruit de la majoration du prix du SMHTF?
- t) Quelle somme les défenderesses non parties au règlement, ou l'une d'elles, doivent-elles restituer aux membres du groupe, le cas échéant, sur le fondement de l'enrichissement sans cause?
- u) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, doivent-elles être constituées fiduciaires par interprétation au bénéfice des membres du groupe quant à la totalité de la majoration du prix du SMHTF?
- v) À combien se monte la majoration, s'il en est, que les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, détiennent en fiducie pour les membres du groupe?

- (w) What restitution, if any, is payable by the non-settling defendants to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (x) Are the non-settling defendants, or any of them, liable to account to the Class Members for the wrongful profits that they obtained on the sale of HFCS to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (y) Can the amount of restitution be determined on an aggregate basis and if so, in what amount?

Punitive Damages

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

Interest

- (aa) What is the liability, if any, of the non-settling defendants, or any of them, for court order interest?

Availability of Pass-Through Defence

- (bb) To what extent, if at all, are the non-settling defendants entitled to assert a pass-through defence to any or all of the Class Members' causes of action?

Distribution of Damages and/or Trust Funds

- (cc) What is the appropriate distribution of damages and/or trust funds and interest to the Class Members and who should pay for the cost of that distribution?
- (dd) Are the non-settling defendants, or any of them, liable to account to the Class Members for the wrongful profits that they obtained on the sale of HFCS to the Class Members based on the doctrine of waiver of tort?
- (ee) Can the amount of restitution be determined on an aggregate basis and if so, in what amount? [A.R., vol. I, at pp. 69-71]

- w) Quelle somme, s'il en est, les défenderesses non parties aux règlements doivent-elles restituer aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- x) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, sont-elles tenues de comptabiliser à l'intention des membres du groupe les profits illégitimes réalisés par la vente du SMHTF aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- y) Le montant de la restitution peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il?

Dommages-intérêts punitifs

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

Intérêts

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

Possibilité d'invoquer le transfert de la perte en défense

- bb) Dans quelle mesure, le cas échéant, les défenderesses non parties aux règlements peuvent-elles opposer le transfert de la perte aux causes d'action des membres du groupe?

Distribution des dommages-intérêts ou des fonds détenus en fiducie

- cc) Quel est le bon mode de distribution aux membres du groupe des dommages-intérêts ou des fonds détenus en fiducie et de l'intérêt, et qui doit assumer le coût de cette distribution?
- dd) Les défenderesses non parties aux règlements, ou l'une d'elles, sont-elles tenues de comptabiliser pour les membres du groupe les profits illégitimes réalisés par la vente du SMHTF aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?
- ee) Le montant de la restitution peut-il être établi globalement et, dans l'affirmative, quel est-il? [d.a., vol. I, p. 69-71]

Appeal dismissed with costs, CROMWELL and KARAKATSANIS JJ. dissenting. Cross-appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Archer Daniels Midland Company and ADM Agri-Industries Company: Norton Rose Fulbright, Toronto; Nash & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., formerly known as American Maize-Products Company and Cargill Limited: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., formerly known as CPC International, Inc., Casco Inc. and Unilever PLC doing business as Unilever Bestfoods North America: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CROMWELL et KARAKATSANIS sont dissidents. Pourvoi incident accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes/intimées au pourvoi incident : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Archer Daniels Midland Company et ADM Agri-Industries Company : Norton Rose Fulbright, Toronto; Nash & Company, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Cargill, Incorporated, Cerestar USA, Inc., auparavant connue sous le nom d'American Maize-Products Company et Cargill Limitée : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident Corn Products International, Inc., Bestfoods, Inc., auparavant connue sous le nom de CPC International, Inc., Casco Inc. et Unilever PLC faisant affaire sous la dénomination d'Unilever Bestfoods North America : Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

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

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