

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Sun-Rype Products Ltd. *c.* Archer Daniels Midland Company, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545 | **Date :** 20131031  **Dossier :** 34283 |

Entre :

Sun-Rype Products Ltd. et Wendy Weberg

Appelantes/Intimées au pourvoi incident

et

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

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 80)  **Motifs dissidents :**  (par. 81 à 122) | Le juge Rothstein (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella, Moldaver et Wagner)  La juge Karakatsanis (avec l’accord du juge Cromwell) |

Sun-Rype Products Ltd. *c.* Archer Daniels Midland Company, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545

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**

No 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 demanderesses 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 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. 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 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* (« *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 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 produitcontenant 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 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’entrait 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 la 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 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*, *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  II. Contexte  III. Résumé des instances devant les juridictions inférieures  A. Genèse de l’instance  B. Requête en radiation présentée avant la certification du  recours collectif  C. Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie‑Britannique  D. Appel de la certification à la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique  IV. Analyse  A. Recours collectif intenté par les acheteurs indirects (la question du « transfert de la perte »)  (1) Recouvrement double ou multiple par les acheteurs indirects et les acheteurs directs  (2) Trop‑perçu découlant de recours exercés dans plusieurs ressorts  (3) Principes du droit de la restitution  (4) Dissuasion et indemnisation  B. La certification du recours collectif  (1) Les actes de procédure révèlent‑ils une cause d’action?  a) Restitution — Acheteurs indirects  b) Fiducie par interprétation — Acheteurs directs  c) Article 36 de la *Loi sur la concurrence* — Acheteurs indirects  (i) Transfert de la perte reconnu en droit  (ii) Compétence sur les actes commis à l’étranger  (2) Existe‑t‑il une question commune?  (3) Existe‑t‑il un groupe identifiable?  (4) Conclusion sur la question du groupe identifiable  V. Conclusion  **Motifs de la juge Karakatsanis**  I. Aperçu  II. Conditions préalables à la reconnaissance du groupe — principes généraux  III. Application à la présente affaire  A. Le dossier et la position des parties  B. La détermination de l’appartenance au groupe n’exige pas que chacun des membres soit en mesure d’établir une perte individuelle  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  IV. Conclusion  ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Rice | 1  4  6  6  7  8  10  13  16  17  21  22  24 28  31  33  39  42  42  44 48  52  77  80  81  89  92  92  96  110  121 |

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 —

1. Introduction
2. 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 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.
3. 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.
4. 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 (« *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.
5. Contexte
6. 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 l’espèce. Les demanderesses‑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.
7. 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 1er 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).
8. Résumé des instances devant les juridictions inférieures
   1. Genèse de l’instance
9. Les appelantes ont intenté le recours collectif en juin 2005 au nom de [traduction] « tous les résidants 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 1er 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) :
10. infraction au par. 45(1) de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* ouvrant droit à des dommages‑intérêts au titre du par. 36(1) de cette loi;
11. délit civil de complot et atteinte intentionnelle à des intérêts financiers;
12. enrichissement injustifié, renonciation à un recours délictuel et fiducie par interprétation;
13. dommages‑intérêts punitifs.
    1. Requête en radiation présentée avant la certification du recours collectif
14. 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). 
    1. Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie‑Britannique, 2010 BCSC 922 (CanLII)
15. 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).
16. 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.
    1. Appel de la certification à la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55
17. 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 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).
18. 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.
19. 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.
20. Analyse
21. 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*.
22. 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, 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.
23. 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.
    1. Recours collectif intenté par les acheteurs indirects (la question du « transfert de la perte »)
24. 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
25. 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 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).
26. 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).
27. 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.
28. 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.
    * 1. Trop‑perçu découlant de recours exercés dans plusieurs ressorts
29. 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.
    * 1. Principes du droit de la restitution
30. 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 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]

1. 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.
   * 1. Dissuasion et indemnisation
2. 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 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.
3. 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.

1. 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).
2. 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.
   1. La certification du recours collectif
3. 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.
4. 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) n’a pas de conflit d’intérêts avec d’autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

1. 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. Les actes de procédure révèlent‑ils une cause d’action?
2. 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).
3. 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 — Acheteurs indirects

1. Subsidiairement, 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.
2. 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).
3. 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*.
4. 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)). *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.
5. 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.
6. 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 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

1. 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.
2. 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.
3. 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 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

* + - * 1. Transfert de la perte reconnu en droit

1. 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.
2. 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*.*
   * + - 1. Compétence sur les actes commis à l’étranger
3. 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).
4. 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.
5. 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’infirmer 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)).
6. 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.
   * 1. Existe‑t‑il une question commune?
7. 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.
8. 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.
9. 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.
10. 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.
    * 1. Existe‑t‑il un groupe identifiable?
11. 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).
12. La définition du groupe proposée par les appelantes est la suivante : [traduction] « . . . tous les résidants 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 1er janvier 1988 et le 30 juin 1995 (la “période visée par le recours”) » (C.S.C.-B., par. 2).
13. 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 [traduction] « 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.
14. 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 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).
15. 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 ».
16. 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 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).
17. 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.
18. 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).
19. 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’encéphalopathiespongiforme bovine (« ESB ») ou « maladie de la vache folle », le groupe s’entendait de [traduction] « tous les éleveurs de bovins au Canada », outre ceux du 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.
20. 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.
21. 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.
22. 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

[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 entrait 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]

1. 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 entrait 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)).
2. Par contre, il ne s’agit pas de déterminer si certains produits contenaient du SMHTF ou encore si la majoration a été refilée 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.
3. Mme 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. MmeBredin n’a pas démontré qu’un certain 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.
4. 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.
5. 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).
6. 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.
7. 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 équivaudrait 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.
8. 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.
9. Un élément essentiel de tout recours collectif est la nécessité pour deux personnes ou 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.
10. 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.
11. 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)).
12. 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 habilite les demandeurs ayant en commun une cause d’action à s’unir pour la faire valoir collectivement.
13. 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.
    * 1. Conclusion sur la question du groupe identifiable
14. 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 permettait 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.
15. 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.
16. 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 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.
17. Conclusion
18. 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) —

1. Aperçu
2. 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.
3. La définition du groupe proposée par les appelantes comprend [traduction] « tous les résidants 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 1er janvier 1988 et le 30 juin 1995 (la “période visée par le recours”) » (2010 BCSC 922 (CanLII), par. 2).
4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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 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.
8. 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.
9. 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.
10. Conditions préalables à la reconnaissance du groupe — principes généraux
11. Aux termes de l’al. 4(1)(b) de la *CPA*, il doit y avoir [traduction] « un groupe identifiable de 2 personnes ou plus ».
12. 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 . . .

1. 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.
2. Application à la présente affaire
   1. Le dossier et la position des parties
3. 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.
4. 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 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).
5. 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 entrait dans la confection de leurs produits, les intimées 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).
6. 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.
   1. La détermination de l’appartenance au groupe n’exige pas que chacun des membres soit en mesure d’établir une perte individuelle
7. 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 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)).
8. 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.
9. La condition relative au groupe identifiable a pour objet d’informer les membres éventuels et ainsi leur permettre d’exprimer leur volonté d’appartenir au groupe et de demander réparation. Quoi qu’il en soit, il sera souvent difficile pour certaines personnes de s’estimer membres du groupe à la lumière de cette définition.
10. 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 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.
11. 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] « [l]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 :

[traduction]

(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 . . .

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 . . .

1. 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 bienfaisance 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.
2. 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.
3. 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*.
4. 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.
5. 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.
6. 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 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.
7. 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.
8. 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 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.
9. 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]](#footnote-1).
   1. 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
10. 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.
11. 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 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.
12. 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.
13. 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* produitcontenant 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.
14. 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).
15. 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 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.
16. 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 refilée 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).
17. 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 *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.
18. Les témoins experts des appelantes et des intimées ont débattu la réalité, la valeur et l’appréciabilité 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).
19. 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’entrait 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.
20. 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.
21. Conclusion
22. 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.
23. 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.

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Rice

Violation de la *Loi sur la concurrence*

1. 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?
2. 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*?
3. 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*?

Complot

1. Les défenderesses, ou l’une d’elles, ont‑elles participé à un complot visant à causer un préjudice aux membres du groupe?
2. Les défenderesses, ou l’une d’elles, ont‑elles agi en vue de la réalisation du complot?
3. Le complot visait‑il principalement à causer un préjudice aux membres du groupe?
4. Les auteurs du complot ont‑ils eu recours à des actes illégaux?
5. Les défenderesses, ou l’une d’elles, savaient‑elles que le complot causerait vraisemblablement un préjudice aux membres du groupe?
6. Les membres du groupe ont‑ils subi une perte financière? Dans l’affirmative, pendant combien de temps?
7. 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?
8. Le montant des dommages‑intérêts peut‑il être établi globalement et, dans l’affirmative, quel est‑il?

Atteinte délictuelle à des intérêts financiers

1. Les défenderesses, ou l’une d’elles, ont‑elles eu l’intention de nuire aux membres du groupe?
2. Les défenderesses, ou l’une d’elles, ont‑elles porté atteinte aux intérêts financiers des membres du groupe par des moyens illégaux?
3. Les membres du groupe ont‑ils subi une perte financière par suite de cette atteinte? Dans l’affirmative, pendant combien de temps?
4. 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?
5. Le montant des dommages‑intérêts peut‑il être établi globalement et, dans l’affirmative, quel est‑il?

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

1. 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?
2. Les membres du groupe se sont‑ils appauvris d’un montant égal à celui de la majoration du prix du SMHTF?
3. 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?
4. 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?
5. 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?
6. 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?
7. 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?
8. 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?
9. Le montant de la restitution peut‑il être établi globalement et, dans l’affirmative, quel est‑il?

Dommages‑intérêts punitifs

1. 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

1. 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

1. 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

1. 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?
2. 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?
3. Le montant de la restitution peut‑il être établi globalement et, dans l’affirmative, quel est‑il? [d.a., vol. I, p. 69‑71]

*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.

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). [↑](#footnote-ref-1)