

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Pro-Sys Consultants Ltd. *c.* Microsoft Corporation, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 | **Date :** 20131031**Dossier :** 34282 |

**Entre :**

**Pro-Sys Consultants Ltd. et Neil Godfrey**

Appelants

et

**Microsoft Corporation et Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE**

Intimées

- et -

**Procureur général du Canada**

Intervenant

**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 143) | Le juge Rothstein (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner) |

Pro-Sys Consultants Ltd. *c.* Microsoft Corporation, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477

Pro‑Sys Consultants Ltd. et

Neil Godfrey Appelants

c.

Microsoft Corporation et

Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE Intimées

et

Procureur général du Canada Intervenant

**Répertorié : Pro‑Sys Consultants Ltd. *c.* Microsoft Corporation**

2013 CSC 57

No du greffe : 34282.

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 indirects — Action intentée contre les défenderesses au motif qu’elles auraient agi illégalement en majorant le prix de leurs systèmes d’exploitation et de leurs logiciels d’application pour ordinateur personnel — Demande de certification d’une action à titre de recours collectif en application des dispositions provinciales sur les recours collectifs — L’acheteur indirect dispose-t‑il d’un recours en droit canadien? — Respect des conditions de certification — Class Proceedings Act, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 4(1).*

 P a intenté contre M un recours collectif dans lequel elle allègue que, à compter de 1988, M a agi illégalement en majorant le prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application pour ordinateur personnel compatibles avec le processeur Intel. P a demandé la certification de son action à titre de recours collectif en application de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« *CPA* »). Le groupe proposé se compose des consommateurs finaux, appelés « acheteurs indirects », qui ont acheté des produits de M à des revendeurs.

 La Cour suprême de la Colombie‑Britannique a conclu que les conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA* étaient réunies et elle a certifié l’action. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli l’appel de M, annulé l’ordonnance de certification et rejeté l’action après avoir statué que l’acheteur indirect n’a pas de recours en droit canadien et que les membres du groupe n’avaient donc pas de cause d’action comme l’exige l’al. 4(1)(a) de la *CPA*.

 *Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

 L’acheteur indirect a une cause d’action contre l’auteur de la majoration qui se situe au sommet de la chaîne de distribution et qui l’aurait indirectement lésé du fait que la majoration lui a été « transférée » en aval dans la chaîne de distribution. On ne peut retenir l’argument selon lequel l’acheteur indirect ne doit se voir reconnaître aucune cause d’action en raison du rejet du transfert de la perte comme moyen de défense au Canada.

 Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, généralement invoqué par l’auteur de la majoration situé au sommet de la chaîne de distribution, voulait que si l’acheteur direct absorbait la majoration puis la transférait à ses propres clients, l’auteur de la majoration ne réalisait pas le bénéfice au détriment de l’acheteur direct, celui‑ci ne subissant aucune perte. Ce « transfert » de la majoration était donc invoqué en défense à l’action intentée par l’acheteur direct contre l’auteur de la majoration. La Cour a rejeté ce moyen de défense dans *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau‑Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, et ce rejet ne vaut pas que pour l’imposition d’une taxe *ultra vires*; le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est toujours exclu aux fins du droit de la restitution.

 Cependant, le rejet du transfert de la perte comme moyen de défense n’entraîne pas son exclusion comme cause d’action. En conséquence, l’acheteur indirect ne doit pas se voir empêcher de recouvrer le montant de la perte qui lui a été transférée. Le tribunal peut gérer le risque de recouvrement double ou multiple lorsque l’action de l’acheteur direct et celle de l’acheteur indirect sont en instance simultanément ou lorsque des poursuites sont intentées parallèlement dans d’autres ressorts. Par ailleurs, il n’y a pas lieu de faire totalement obstacle à l’action de l’acheteur indirect pour la seule raison qu’il sera ardu d’établir le préjudice subi. L’acheteur indirect qui intente une action contracte volontairement l’obligation d’établir qu’il a subi une perte, et la question de savoir s’il s’est acquitté ou non de son fardeau de preuve tient aux faits de l’espèce. En outre, permettre d’alléguer en demande le transfert de la perte ne nuira pas aux objectifs de dissuasion des dispositions canadiennes sur la concurrence. Dans certaines circonstances, l’action de l’acheteur indirect peut offrir le seul moyen de recouvrer la majoration et d’assurer la dissuasion. Enfin, permettre à l’acheteur indirect d’intenter une action en justice s’accorde avec l’objectif de réparation du droit de la restitution, car la personne qui a effectivement subi un préjudice, et non seulement l’acheteur direct qui a pu en fait transférer la majoration, peut ainsi être indemnisée.

 La première condition de certification prévue au par. 4(1) de la *CPA* veut que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Le demandeur ne satisfait pas à la condition lorsque, à supposer que les faits invoqués soient vrais, la demande ne pourrait manifestement pas être accueillie. En l’espèce, les actes de procédure révèlent des causes d’action qu’on ne saurait radier à ce stade de l’instance.

 Premièrement, on ne peut affirmer que les actes de procédure ne révèlent pas une cause d’action fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*. La prétention que la cause d’action fondée sur l’art. 36 est irrégulièrement plaidée parce qu’elle ne figure pas dans la déclaration et que le délai de prescription de deux ans imparti au par. 36(4) de la Loi fait obstacle à l’ajout de cette cause d’action est purement technique et doit être rejetée. Celle voulant que c’est au Tribunal de la concurrence qu’il appartient de faire respecter le droit de la concurrence doit également être rejetée puisque l’art. 36 confère expressément compétence à une cour de justice pour statuer sur toute réclamation d’une personne à qui une violation de la partie VI a infligé une perte.

 Ensuite, on ne saurait dire qu’il ne peut manifestement pas être fait droit à l’allégation relative au délit civil de complot visant principalement à causer un préjudice. La thèse voulant que l’allégation ne soit pas étayée parce que la déclaration ne révèle pas un véritable objet principal, mais en énumère en fait plusieurs qui se chevauchent, doit être rejetée à ce stade de l’instance. Il convient également de rejeter la demande de radiation de l’allégation de complot entre une société mère et une filiale visant principalement à causer un préjudice car il n’est pas manifeste que, sur le plan juridique, une société mère et une filiale à 100 p. 100 agissent toujours de concert.

 Aussi, l’inexistence d’une cause d’action en responsabilité délictuelle pour complot en vue de recourir à des moyens illégaux ou pour atteinte intentionnelle aux intérêts financiers n’est pas manifeste à ce stade. Ces causes d’action alléguées doivent être examinées sommairement car, dans le dossier *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.‑B. (2e) 215, autorisation d’appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v., actuellement en délibéré, notre Cour ne s’est pas encore prononcée sur l’approche qui s’impose à l’égard de l’exigence, commune aux deux délits civils, du recours à des moyens illégaux. Selon l’issue du pourvoi dans *Bram*, M pourra demander à la juridiction de première instance de statuer sur ce point si elle le juge opportun.

 S’agissant de la demande de restitution fondée sur l’enrichissement sans cause, il n’est pas manifeste qu’il ne peut y être fait droit. En ce qui concerne la thèse voulant que l’enrichissement de M provienne des acheteurs directs, et non des membres du groupe, et que son absence de lien direct avec ces derniers scelle le sort de l’allégation d’enrichissement sans cause, il n’est pas manifeste que l’enrichissement sans cause ne sera établi que si le lien entre la demanderesse et la défenderesse est direct. Il n’y a pas lieu, à ce stade de l’instance, de statuer sur la question de savoir si les contrats entre M et les acheteurs directs et entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects, lesquels pourraient constituer la cause juridique de l’enrichissement, sont illégaux et nuls; il appartient au juge du procès de le faire.

 Les allégations relatives à l’existence d’une fiducie par interprétation doivent être radiées. Pour faire la preuve d’une fiducie par interprétation, le demandeur doit pouvoir établir un lien ou un rapport de causalité entre sa contribution et l’acquisition d’un bien. Nul bien n’est en cause en l’espèce. P réclame seulement une réparation pécuniaire. Étant donné qu’elle n’indique pas en quoi une réparation pécuniaire serait inappropriée ou insuffisante, et qu’elle n’établit pas de lien avec un bien en particulier, l’allégation ne satisfait pas aux conditions d’imposition d’une fiducie par interprétation. Au vu des actes de procédure, il est manifeste qu’on ne saurait faire droit à cette allégation.

 Enfin, il n’est pas manifeste que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera débouté. Le droit est contradictoire quant à savoir si le délit civil sous‑jacent doit être prouvé ou non pour les besoins d’une action fondée sur la renonciation au recours délictuel. Il ne convient pas de statuer plus avant, dans le cadre du pourvoi, sur le droit applicable en matière de renonciation au recours délictuel, ni sur le contexte particulier dans lequel on peut invoquer celle‑ci.

 Le point de départ pour déterminer la norme de preuve applicable aux autres conditions de certification réside dans l’arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 : le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions que prévoient les dispositions provinciales sur les recours collectifs, sauf celle voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action. L’examen au fond est écarté à l’étape de la certification, laquelle intéresse plutôt la forme et le caractère approprié de la poursuite par voie de recours collectif. Suivant la norme de preuve applicable,la question n’est pas celle de savoir si la demande a un certain fondement factuel, mais bien si un certain fondement factuel établit chacune des conditions de certification. Bien que la preuve importe aux fins de la certification, la norme de preuve n’exige pas une preuve selon la prépondérance des probabilités. La procédure de certification ne comporte pas d’examen au fond de la demande et elle ne vise pas à déterminer le bien‑fondé des allégations; elle intéresse plutôt la forme que revêt l’action pour déterminer s’il convient de procéder par recours collectif. L’issue d’une affaire dépend des faits qui lui sont propres. Suffisamment de faits doivent permettre de convaincre le tribunal que les conditions de certification sont réunies de telle sorte que l’instance puisse suivre son cours sous forme de recours collectif sans s’écrouler à l’étape de l’examen au fond à cause du non‑respect des conditions applicables.

 En l’espèce, la conclusion du juge selon laquelle les demandes soulèvent des questions communes commande la déférence. Établir la communauté des questions n’exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu; à ce stade, il faut plutôt établir que les questions soulevées sont communes à tous les membres du groupe. Démontrer le caractère commun des questions — la perte subie par les membres peut‑elle être circonscrite à l’échelle du groupe? — commande le recours à une preuve d’expert. La méthode d’expert doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l’exigence d’une question commune; elle doit offrir une possibilité réaliste d’établir la perte à l’échelle du groupe, de sorte que, si la majoration est établie à l’issue de l’examen des questions communes au procès, un moyen permette de démontrer qu’elle est commune aux membres du groupe. Il ne peut s’agir d’une méthode purement théorique ou hypothétique; elle doit reposer sur les faits de l’affaire, et l’existence des données auxquelles la méthode est censée s’appliquer doit être étayée par quelque preuve. Trancher entre des preuves d’expert contradictoires relève du juge du procès et ne doit pas intervenir à l’étape de la certification.

 La décision de certifier à titre de questions communes l’opportunité d’établir les dommages‑intérêts de manière globale et, dans l’affirmative, la détermination du montant de ces dommages‑intérêts, ne doit pas être réformée. La question de savoir si l’octroi de dommages‑intérêts globaux constitue une réparation appropriée peut être certifiée comme question commune. Cependant, cette question commune ne sera tranchée qu’au procès, une fois la responsabilité établie. La décision relative à l’applicabilité des dispositions de la *CPA* sur les dommages‑intérêts globaux doit appartenir en fin de compte au juge du procès appelé à statuer sur les questions communes. L’omission de proposer ou de certifier à titre de question commune l’opportunité d’accorder des dommages‑intérêts globaux ou une autre réparation n’empêche pas le juge du procès de se fonder sur les dispositions s’il l’estime indiqué.

 La conclusion du juge saisi des demandes selon laquelle le recours collectif constitue la meilleure procédure ne doit pas être modifiée. Dans la présente affaire, non seulement l’existence de causes d’action, mais aussi la perte subie par les membres du groupe, constituent des questions communes. On peut dire que la perte constitue une question commune car il a été déterminé qu’une méthode proposée par un expert permettrait assez certainement d’établir la perte à l’échelle du groupe. Le règlement des questions communes devrait permettre de statuer sur la responsabilité de M et sur le transfert de la majoration aux acheteurs indirects. Puisqu’il est essentiel de statuer sur ces points afin que les membres du groupe puissent recouvrer le montant de la perte, le règlement des questions communes ferait progresser substantiellement l’instance.

**Jurisprudence**

 **Arrêts mentionnés :** *Sun‑Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.*, 2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55, conf. par 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau‑Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3; *Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51; *Colombie‑Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74; *Southern Pacific Co. c. Darnell‑Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918); *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977); *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22; *California c. ARC America Corp.*, 490 U.S. 93 (1989); *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306; *Golden Capital Securities Ltd. c. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54; *Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452; *Smith c. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81, autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xii; *Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353; *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1; *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.‑B. (2e) 215, autorisation d’appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v; *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269; *United Australia, Ltd. c. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1; *Serhan (Trustee of) c. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665; *National Trust Co. c. Gleason*, 77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. c. United States Sugar Equalization Board, Inc.*, 268 F. 575 (1920); *Mahesan c. Malaysia Government Officers’ Co‑operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374; *Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366; *Zidaric c. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61; *Reid c. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII); *Pro‑Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272, inf. 2008 BCSC 575 (CanLII); *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401; *In re : Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F.3d 305 (2008); *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358; *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *In Re : Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (2002); *Wal‑Mart Stores, Inc. c. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011); *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389; *2038724 Ontario Ltd. c. Quizno’s Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721.

**Lois et règlements cités**

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 1 « *common issues* » (question commune), 4(1), (2), 5(4), (7), 10(1), 29(1), (2).

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C‑34, art. 36, partie VI, 45(1), 52(1).

**Doctrine et autres documents cités**

Antitrust Modernization Commission. *Antitrust Modernization Commission : Report and Recommendations*. Washington, D.C. : The Commission, 2007 (online : http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\_recommendation/toc.htm).

Beatson, J. *The Use and Abuse of Unjust Enrichment : Essays on the Law of Restitution*. Oxford : Clarendon Press, 1991.

Colombie‑Britannique. *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, No. 20, 4th Sess., 35th Parl., June 6, 1995, p. 15078.

Cullity, Maurice. « Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of “Some Basis in Fact” » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407.

Eizenga, Michael A., et al.  *Class Actions Law and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009 (loose‑leaf updated March 2013, release 21).

Friedmann, Daniel. « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », in W. R. Cornish, et al., eds., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones*. Oxford : Hart Publishing, 1998, 133.

Gavil, Andrew I. « Thinking Outside the *Illinois Brick* Box : A Proposal for Reform » (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167.

Glover, J. Maria. « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law » (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137.

Harris, Robert G., and Lawrence A. Sullivan. « Passing On the Monopoly Overcharge : A Comprehensive Policy Analysis » (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269.

Landes, William M., and Richard A. Posner. « Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick* » (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602.

Landes, William M., and Richard A. Posner. « The Economics of Passing On : A Reply to Harris and Sullivan » (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose‑leaf updated September 2005).

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Toronto : Canada Law Book, 2013 (loose‑leaf updated May 2013, release 10).

O’Connor, Kevin J. « Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling?  » (2001), 15:3 *Antitrust* 34.

Osborne, Philip H. *The Law of Torts*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.

Thimmesch, Adam. « Beyond Treble Damages : *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.*» (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649.

Van Cott, Charles C. « Standing at the Fringe : Antitrust Damages and the Fringe Producer » (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763.

Werden, Gregory J., and Marius Schwartz. « *Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis » (1984), 35 *Hastings L.J.* 629.

 POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique (les juges Donald, Lowry et Frankel), 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90, 513 W.A.C. 90, 331 D.L.R. (4th) 671, [2011] B.C.J. No. 688 (QL), 2011 CarswellBC 930, qui a infirmé une décision du juge Myers, 2010 BCSC 285, [2010] B.C.J. No. 380 (QL), 2010 CarswellBC 508, et des décisions du juge Tysoe, 2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111, [2007] 1 W.W.R. 541, 44 C.C.L.T. (3d) 146, [2006] B.C.J. No. 3035 (QL), 2006 CarswellBC 2892, et 2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323, [2006] 11 W.W.R. 688, 40 C.C.L.T. (3d) 45, [2006] B.C.J. No. 1564 (QL), 2006 CarswellBC 1691. Pourvoi accueilli.

 *J. J. Camp*, *c.r.*, *Reidar Mogerman*, *Melina Buckley* et *Michael Sobkin*, pour les appelants.

 *Neil Finkelstein*, *James Sullivan*, *Catherine Beagan Flood* et *Brandon Kain*, pour les intimées.

 *John S. Tyhurst*, pour l’intervenant.

 Version française du jugement de la Cour rendu par

 Le juge Rothstein —

 **TABLE DES MATIÈRES**

 Paragraphe

I. Introduction 1

II. Contexte 3

III. Décisions des tribunaux inférieurs 6

A. Procédure de certification devant la Cour suprême de la
Colombie‑Britannique 6

B. Appel de la certification devant la Cour d’appel de la
Colombie‑Britannique 10

IV. Analyse 14

A. Action de l’acheteur indirect (la question du « transfert de la perte ») 15

(1) Rejet du transfert de la perte comme moyen de défense 18

(2) Importance en l’espèce du moyen de défense fondé sur le transfert
de la perte 30

(3) L’argument du « corollaire nécessaire » 34

a) Recouvrement double ou multiple 35

b) Caractère indirect et complexité 42

c) Effet dissuasif 46

d) Principes de la restitution 50

e) Dérogation à la règle établie aux États‑Unis dans l’arrêt
*Illinois* *Brick* 51

f) Doctrine 52

(4) Conclusion sur l’allégation en demande du transfert de la perte 60

B. Certification du recours collectif 61

(1) Les conditions de certification selon la *Class Proceedings Act* de la Colombie‑Britannique 62

(2) Les actes de procédure révèlent‑ils une cause d’action? 63

a) Article 36 de la *Loi sur la concurrence* 65

b) Responsabilité délictuelle 72

(i) Complot visant principalement à causer un préjudice 74

(ii) Complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et atteinte
intentionnelle aux intérêts financiers 80

c) Restitution 84

(i) Enrichissement sans cause 85

(ii) Fiducie par interprétation 90

(iii) Renonciation au recours délictuel 93

(3) Les autres conditions présidant à la certification 98

a) Norme de preuve 99

b) Les demandes des membres du groupe soulèvent‑elles des
questions communes? 106

(i) Preuve d’expert dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects 114

(ii) Détermination globale du montant des dommages‑intérêts 127

c) Le recours collectif constitue‑t‑il la meilleure procédure pour
régler les questions communes? 136

(4) Conclusion sur la certification du recours collectif 142

V. Conclusion 143

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Myers

I. Introduction

1. Ce n’est pas tâche facile que de statuer sur la responsabilité et de répartir les dommages‑intérêts lorsque le fautif et les parties lésées se trouvent aux extrémités d’une chaîne de distribution longue et complexe constituée de nombreuses personnes, qu’il s’agisse d’acheteurs, de revendeurs ou d’intermédiaires. Là réside la difficulté que présente l’action intentée par l’acheteur indirect, lequel se situe en aval dans la chaîne de distribution, en vue de recouvrer la majoration illégale qui lui aurait été transférée d’un maillon à l’autre de la chaîne.
2. La complexité de l’action de l’acheteur indirect s’accentue lorsqu’il y a regroupement au sein d’un recours collectif. Les tribunaux doivent alors non seulement se colleter avec les problèmes liés à une telle action, mais aussi déterminer si les conditions de certification d’un recours collectif sont réunies. Telles sont les questions sur lesquelles la Cour doit se prononcer dans le présent pourvoi.

II. Contexte

1. Les demandeurs constitués représentants en l’espèce, Pro‑Sys Consultants Ltd. et Neil Godfrey (collectivement, « Pro‑Sys »), ont intenté un recours collectif contre Microsoft Corporation et Microsoft Canada Co./Microsoft Canada CIE (collectivement, « Microsoft »). Ils allèguent qu’à compter de 1988, Microsoft a agi illégalement en majorant le prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application pour ordinateur personnel compatibles avec le processeur Intel. Selon Pro‑Sys, le comportement illégal de Microsoft a eu pour conséquence directe que tous les membres du groupe et elle ont payé et paient toujours, pour les systèmes d’exploitation et les logiciels d’application de Microsoft, un prix supérieur à celui qu’ils auraient payé n’eût été ce comportement.
2. Pro‑Sys a demandé la certification de l’action à titre de recours collectif en application de la *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50 (« *CPA* »).
3. Le groupe proposé se compose des consommateurs finaux qui ont acheté des produits Microsoft à des revendeurs qui les avaient eux‑mêmes achetés soit directement à Microsoft, soit à d’autres revendeurs situés en amont dans la chaîne de distribution. On les qualifie d’« acheteurs indirects ». Le groupe proposé est défini comme suit dans la déclaration :

 [traduction] . . . toutes les personnes résidant en Colombie‑Britannique qui, depuis le 1er janvier 1994, ont acquis indirectement une licence pour un système d’exploitation ou un logiciel d’application de Microsoft à leur usage personnel, et non aux fins de revente ou de location.

(2010 BCSC 285 (CanLII), par. 16)

III. Décisions des tribunaux inférieurs

A. Procédure de certification devant la Cour suprême de la Colombie‑Britannique

1. Pro‑Sys a déposé sa déclaration initiale à la Cour suprême de la Colombie‑Britannique (« C.S.C.-B. ») en décembre 2004. Puis, avec l’approbation du juge Tysoe, elle y a apporté de nombreuses modifications pour arriver finalement à la troisième déclaration modifiée. Une quatrième déclaration modifiée n’a pas été officiellement déposée au dossier.
2. En 2006, Microsoft a demandé la radiation de la demande et le rejet de l’action. À titre subsidiaire, elle a demandé la radiation de certaines parties seulement de la demande. Les parties conviennent que le sort réservé à la demande de radiation sera déterminant sur le respect de la condition de certification, prévue à l’al. 4(1)(a) de la *CPA*, voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action.
3. Le juge Tysoe conclut, pour les besoins de l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C‑34, à l’existence de causes d’action en responsabilité délictuelle pour complot et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers, et en restitution pour renonciation au recours délictuel (2006 BCSC 1047, 57 B.C.L.R. (4th) 323). Il ordonne que les éléments des actes de procédure qui concernent l’enrichissement sans cause et la fiducie par interprétation soient radiés au motif que, dans leur libellé actuel et sauf modification par Pro-Sys, ils n’appuient pas les allégations. Sur demande de modification des actes de procédure, le juge Tysoe autorise ensuite leur modification (2006 BCSC 1738, 59 B.C.L.R. (4th) 111) afin qu’ils appuient les allégations d’un enrichissement sans cause et d’une fiducie par interprétation.
4. Après avoir statué sur les demandes de radiation et de modification, le juge Tysoe a été nommé à la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique (« C.A.C.-B. »), et le juge Myers s’est vu confier la gestion de l’instance. Le juge Myers a examiné les autres conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA*, à savoir (i) l’existence d’un groupe identifiable de personnes (al. 4(1)(b)), (ii) le fait que les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune (al. 4(1)(c)), (iii) le fait que le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler la question (al. 4(1)(d)) et (iv) l’aptitude de Pro‑Sys et de Neil Godfrey à bien représenter le groupe (al. 4(1)(e)). Il a certifié le recours et conclu que ces quatre autres conditions étaient réunies (2010 BCSC 285 (CanLII)). Les questions communes certifiées par le juge Myers sont énumérées en annexe.

B. Appel de la certification devant la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique, 2011 BCCA 186, 304 B.C.A.C. 90

1. Microsoft a porté en appel les décisions des juges Tysoe et Myers. Les juges majoritaires de la Cour d’appel, par la voix du juge Lowry (avec l’accord le juge Frankel), accueillent l’appel, annulent l’ordonnance de certification et rejettent l’action au motif qu’il est manifeste que les membres du groupe n’ont pas de cause d’action comme l’exige l’al. 4(1)(a) de la *CPA*. Ils arrivent à cette conclusion après avoir établi qu’un acheteur indirect ne peut légalement intenter une action au Canada. Ils n’examinent donc pas les autres conditions de certification.
2. Dissident, le juge Donald aurait rejeté l’appel et certifié l’action car, selon lui, l’acheteur indirect peut poursuivre au Canada et l’action est suffisamment étayée.
3. La Cour d’appel a entendu l’appel de pair avec un autre dont l’objet est assez semblable, soit *Sun‑Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Co.*,2011 BCCA 187, 305 B.C.A.C. 55. Les demandeurs étaient représentés par les mêmes avocats, et les deux appels ont été entendus par la même formation de juges. Dans *Sun‑Rype*, comme en l’espèce, la question déterminante était celle de savoir si, au Canada, un acheteur indirect peut intenter un recours. Dans des motifs rendus en même temps que dans la présente affaire, les juges majoritaires de la Cour d’appel réservent le même sort à l’appel,annulent la certification et rejettent le recours collectif des acheteurs indirects au motif que le droit canadien n’autorise pas le recours de l’acheteur indirect. Dissident, le juge Donald conclut que l’acheteur indirect possède un recours.
4. L’autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée dans les deux affaires. Il y a eu audition commune des deux appels, ainsi que d’*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, une autre affaire de recours collectif intenté au Québec par des acheteurs indirects dans laquelle les juges LeBel et Wagner se prononcent dans des motifs distincts. Dans *Sun-Rype*, les motifs se retrouvent sous la référence neutre 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545.

IV. Analyse

1. La Cour examine les questions en litige dans l’ordre suivant :

(1) Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique ont-ils tort de conclure qu’un acheteur indirect ne peut légalement intenter une action au Canada?

(2) Le juge Tysoe a‑t‑il raison de conclure que les actes de procédure révèlent une cause d’action comme l’exige l’al. 4(1)(a) de la *CPA*?

(3) La conclusion du juge Myers sur les autres conditions de certification prévues au par. 4(1) de la *CPA* est‑elle fondée?

A. Action de l’acheteur indirect (la question du « transfert de la perte »)

1. Les parties au pourvoi soulèvent de nombreuses questions, dont celle qui revient le plus souvent dans les mémoires et les plaidoiries, à savoir si l’acheteur indirect peut intenter une action pour recouvrer la perte qui lui a été transférée. D’aucuns estiment qu’il s’agit de savoir s’il a ou non qualité pour agir. Je pense qu’il convient davantage d’y voir une question préliminaire à trancher avant l’examen des causes d’action précises alléguées dans la demande de certification du recours collectif.
2. Comme je l’indique précédemment, l’acheteur indirect est un consommateur qui n’a pas acheté le produit directement à l’auteur de la majoration, mais à un acheteur direct ou à un autre intermédiaire dans la chaîne de distribution. Dès lors, a‑t‑il une cause d’action contre l’auteur de la majoration qui se situe au sommet de la chaîne de distribution et qui l’aurait indirectement lésé du fait que la majoration lui a été « transférée » à l’autre extrémité de la chaîne de distribution?
3. Microsoft fait valoir que l’acheteur indirect ne doit pas se voir reconnaître une telle cause d’action, car selon elle, l’autoriser à ester contre l’auteur allégué de la majoration pour recouvrer la perte qui lui a été « transférée » est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour, qui écarte le moyen de défense fondé sur pareil transfert. Microsoft affirme que le rejet du transfert de la perte comme *moyen de défense* implique nécessairement son exclusion comme cause d’action aux fins de recouvrer la perte qui découle d’une majoration refilée à l’acheteur indirect. Je ferai d’abord état du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, puis j’examinerai son incidence sur l’action de l’acheteur indirect.

 (1) Rejet du transfert de la perte comme moyen de défense

1. Le transfert de la perte a généralement été invoqué en défense par l’auteur de la majoration situé au sommet de la chaîne de distribution. L’argument voulait que si l’acheteur direct absorbait la majoration puis la transférait à ses propres clients, l’auteur de la majoration ne réalisait pas le bénéfice au détriment de l’acheteur direct, car celui‑ci ne subissait aucune perte. Ce « transfert » de la majoration était donc invoqué en défense à l’action intentée par l’acheteur direct contre l’auteur de la majoration.
2. Les tribunaux tant canadiens qu’américains ont rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. La question a d’abord été examinée en 1968 par la Cour suprême des États‑Unis dans *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*,392 U.S. 481 (1968). Dans cette affaire, Hanover avait poursuivi United en dommages‑intérêts sous le régime des dispositions américaines antitrust au motif que cette dernière offrait seulement la location, et non la vente, de ses équipements de fabrication de chaussures, ce qui coûtait plus cher. Unitedavait fait valoir que Hanover avait transféré le surcoût à ses propres clients et n’avait donc pas subi de préjudice. La Cour suprême des États‑Unis (le juge White, sous réserve de la dissidence du juge Stewart) a rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Elle a invoqué la difficulté de déterminer la nature et la portée du transfert du surcoût :

 [traduction] Même si l’on pouvait montrer que l’acheteur a augmenté son prix à cause du surcoût, et en proportion du surcoût, et que sa marge bénéficiaire et son chiffre de ventes total n’ont pas baissé après cela, il resterait une difficulté quasi insurmontable, c’est‑à‑dire de démontrer que, n’eût été le surcoût, le demandeur en cause n’aurait pas pu augmenter ou n’aurait pas augmenté ses prix, ou qu’il n’aurait pas pu maintenir le prix plus élevé si le surcoût n’avait pas été imposé. Comme la preuve de l’applicabilité du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte exigerait une démonstration convaincante à l’égard de chacune de ces données pratiquement impossible à établir, la tâche se révélerait normalement insurmontable. [p. 493]

1. La cour ajoute que reconnaître une cause d’action au seul acheteur indirect, qui [traduction] « n’a qu’un intérêt minime dans la poursuite judiciaire et que peu d’intérêt à intenter un recours collectif » revient à permettre à « celui qui enfreint les dispositions antitrust interdisant la fixation des prix ou la monopolisation de conserver le fruit de ses actes illégaux » (*Hanover Shoe*, p. 494). Elle rejette donc le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Depuis *Hanover Shoe*,le défendeur qui impose un surcoût illégal ou effectue une majoration illégale ne peut invoquer le transfert de la perte en défense pour échapper à sa responsabilité envers son acheteur direct.
2. Au Canada, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a été rejeté dans *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau‑Brunswick (Finances)*, 2007 CSC 1, [2007] 1 R.C.S. 3, une affaire de recouvrement de taxes payées en application de dispositions *ultra vires*. Le litige découlait d’une action intentée par Kingstreet Investments, qui exploitait entre autres des boîtes de nuit, pour recouvrer le montant de redevances d’exploitation perçues illégalement par la province du Nouveau‑Brunswick sur les boissons alcooliques. Au nom des juges unanimes de la Cour, le juge Bastarache conclut que l’autorité publique qui perçoit illégalement une taxe ne peut limiter sa responsabilité à cet égard en établissant simplement que le contribuable a refilé la taxe à ses clients en totalité ou en partie.
3. Le juge Bastarache estime que ce moyen de défense est incompatible avec le fondement premier du droit de la restitution. Les principes fondamentaux applicables en la matière « pourvoient à la restitution au demandeur de [traduction] “ce qui lui a été pris ou a été reçu de lui sans justification” [. . .] La possibilité que le demandeur obtienne un profit fortuit n’a pas d’importance du point de vue du droit de la restitution, précisément parce que celui‑ci ne repose pas sur le concept de l’indemnisation d’une perte » (*Kingstreet*,par. 47, citant *Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51 (H.C.A.), p. 71). Par conséquent, « [d]u point de vue des rapports entre le contribuable et l’État, la question de savoir si le contribuable a été en mesure de récupérer sa perte auprès d’une autre source n’est tout simplement pas pertinente » (*Kingstreet*,par. 45, citant P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (feuilles mobiles 2005), p. 11-45).
4. Le juge Bastarache conclut en outre que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n’est pas « judicieux sur le plan économique » (*Kingstreet*, par. 48). Il admet ainsi que déterminer l’identité de celui à qui incombe en dernier ressort la charge de la taxe « s’avère extrêmement difficile, et il ne convient pas de refuser une réparation en se basant sur ce motif » (par. 44). Revenant sur les réserves exprimées dans *Hanover Shoe*, il évoque à l’appui de sa conclusion la difficulté de déterminer les effets que l’élasticité du marché aura sur les prix demandés par les acheteurs directs. Il conclut qu’en raison de cette difficulté, il est impossible de dire quelle partie de la perte, s’il en est, a été effectivement transférée (*Kingstreet*, par. 48).
5. Selon Pro‑Sys, l’arrêt *Kingstreet* ne milite en faveur du rejet du moyen de défense que dans le contexte du prélèvement d’une taxe *ultra vires*. J’estime toutefois qu’il y a lieu trois raisons de conclure que le juge Bastarache n’écarte pas le transfert de la perte comme moyen de défense que dans ce seul cas.
6. Premièrement, la jurisprudence de notre Cour appuie le rejet général du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Dans *Colombie‑Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74 (« *Canfor*»), la Couronne invoquait la « diminution de la valeur du bois » qu’elle avait vendu par suite d’un incendie de forêt imputable en grande partie à Canfor. Même si, en fin de compte, la Cour conclut que la Couronne n’a pas subi de préjudice puisqu’elle a pu recouvrer ses pertes grâce au régime réglementaire applicable, le juge Binnie fait remarquer (de manière incidente) qu’« [i]l n’est généralement pas loisible à l’auteur d’une faute de contester l’existence d’une perte au motif qu’elle a été “transférée” par le demandeur », car pareille prétention obligerait le tribunal à entreprendre « la tâche interminable et futile de suivre chaque opération jusqu’à son aboutissement ultime » (par. 111, citant *Southern Pacific Co. c. Darnell‑Taenzer Lumber Co.*, 245 U.S. 531 (1918), p. 534). De même, le juge LeBel, dissident, mais non sur ce point, opine qu’« au regard des faits de l’espèce et en général, il ne faut pas laisser ce moyen de défense s’enraciner dans la jurisprudence canadienne » (par. 197). Selon lui, admettre ce moyen de défense obligerait le demandeur à prouver non seulement qu’il a subi une perte, mais aussi qu’il n’a pas réalisé d’autres opérations commerciales qui l’ont indemnisé de la perte, ce qui serait ardu (par. 203).
7. Dans *Kingstreet*, le juge Bastarache souscrit aux motifs pour lesquels, dans *Canfor*, le juge LeBel rejette le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte en droit de la responsabilité délictuelle et opine que ce rejet vaut tout autant, sinon plus, en droit de la restitution (par. 49).
8. Deuxièmement, dans *Kingstreet*, le juge Bastarache conclut qu’écarter le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est compatible avec les principes fondamentaux du droit de la restitution. Plus précisément, c’est observer la règle qui interdit l’enrichissement sans cause ou la maxime *nullus commodum capere potest de injuria sua propria* (selon laquelle le fautif ne saurait tirer avantage de son acte illégal). Empêcher le défendeur d’invoquer le transfert de la perte en défense contribue à faire en sorte que le fautif ne puisse conserver le gain mal acquis seulement parce qu’il est difficile de circonscrire le préjudice avec précision. De même, en matière de restitution, il importe de s’assurer que le fautif qui majore le prix exigé de l’acheteur ne le fasse pas impunément parce que la difficulté de retracer le parcours de la majoration d’un maillon à l’autre de la chaîne de distribution ne permet pas d’établir sa responsabilité.
9. Enfin, l’exclusion générale du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte trouve appui chez les auteurs de doctrine. Ainsi, selon Maddaugh et McCamus, l’arrêt *Kingstreet* constitue une [traduction] « exclusion globale à la fois péremptoire et manifeste » du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte au Canada; « [p]our tirer cette conclusion, la Cour adhère au large consensus international sur l’inapplicabilité de ce moyen de défense » ((feuilles mobiles 2013), p. 11‑46).
10. C’est pourquoi je conclus que le rejet de ce moyen de défense dans *Kingstreet* ne vaut pas que pour l’imposition d’une taxe *ultra vires*. Nul motif rationnel ne permet d’écarter le moyen de défense dans un contexte, mais pas dans un autre; il est toujours exclu aux fins du droit de la restitution.

 (2) Importance en l’espèce du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte

1. Comme je l’indique précédemment, le transfert de la perte comme cause d’action fonderait le recours de l’acheteur indirect. Pour Microsoft, le rejet par notre Cour du transfert de la perte comme moyen de défense a nécessairement pour corollaire son rejet comme cause d’action. Or, si l’auteur de la majoration ne peut invoquer le transfert de la perte en défense, l’acheteur indirect ne devrait pas non plus pouvoir l’invoquer en demande.
2. Microsoft cite l’arrêt *Illinois Brick Co. c. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977), rendu par la Cour suprême des États‑Unis en 1977. Illinois Brick fabriquait des blocs de béton qu’elle vendait à des entrepreneurs en maçonnerie qui, à leur tour, fournissaient leurs services à des entrepreneurs généraux. Ces derniers utilisaient les blocs de béton pour construire des bâtiments qu’ils vendaient notamment à l’État de l’Illinois, lequel était donc un acheteur indirect des produits d’Illinois Brick (p. 726). À titre d’acheteur indirect, l’État a poursuivi Illinois Brick pour participation à un complot visant à fixer le prix des blocs de béton, contrairement aux dispositions américaines antitrust (p. 727).
3. La Cour suprême des États‑Unis l’a débouté. À son avis, puisque le transfert de la perte ne pouvait être invoqué en défense suivant l’arrêt *Hanover Shoe*, l’acheteur indirect ne pouvait non plus ester en alléguant que la majoration de prix lui avait été transférée. Selon la cour, [traduction] « quelle que soit la règle applicable au transfert de la perte pour les besoins d’une action antitrust en dommages‑intérêts, elle doit s’appliquer tant au demandeur qu’au défendeur » (*Illinois Brick*, p. 728).
4. Selon Microsoft, étant donné que, dans *Illinois Brick*,l’impossibilité d’invoquer en demande le transfert de la perte est considérée comme le corollaire nécessaire du rejet, dans *Hanover Shoe*, du transfert de la perte comme moyen de défense, le rejet du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans *Kingstreet* doit emporter la même exclusion en demande au Canada. Les juges de première instance en l’espèce ayant été saisis des demandes avant l’arrêt *Kingstreet*, la question du transfert de la perte n’a pas été soulevée devant eux. Toutefois, les juges majoritaires de la C.A.C.‑B. font droit à la prétention et rejettent l’action de Pro‑Sys.

 (3) L’argument du « corollaire nécessaire »

1. Comme je l’explique plus loin, malgré le rejet du transfert de la perte comme moyen de défense, les arguments invoqués par Microsoft pour justifier également son exclusion comme cause d’action ne sont pas convaincants. À défaut d’une justification suffisante, la symétrie ne peut étayer à elle seule la thèse du « corollaire nécessaire ». À mon avis, la thèse avancée par Microsoft n’offre pas une telle justification.

 a) *Recouvrement double ou multiple*

1. Microsoft soutient que l’allégation en demande du transfert de la perte par un acheteur indirect lui fait courir le risque d’être tenue responsable vis‑à‑vis de tous les acquéreurs dans la chaîne de distribution. Elle ajoute que l’impossibilité d’invoquer en défense le transfert de la perte permettra à l’acheteur direct d’obtenir le recouvrement intégral de la somme payée en trop. Si l’acheteur indirect intente lui aussi une action, tant l’acheteur direct que l’acheteur indirect pourront tenter de recouvrer la même somme. Microsoft fait valoir que ce risque de recouvrement double, voire multiple, justifie que l’on exclut l’allégation en demande du transfert de la perte.
2. Dans *Illinois Brick*,la Cour suprême des États‑Unis estime que le recouvrement multiple constitue un [traduction] « risque sérieux » et elle se dit « non disposée à y donner ouverture » (p. 730-731, le juge White) :

 [traduction] L’application asymétrique de l’arrêt *Hanover Shoe* augmente considérablement le risque de décisions contradictoires et, par conséquent, de responsabilité multiple imputée sans fondement au défendeur en ce qu’elle présume qu’un des demandeurs (l’acheteur direct) a droit au recouvrement intégral et qu’elle refuse au défendeur le droit d’invoquer cette présomption contre l’autre demandeur . . . [Italiques omis; p. 730.]

1. On ne saurait écarter cette préoccupation à la légère, mais j’estime que des arguments à l’effet contraire doivent être considérés. Dans les faits, les tribunaux peuvent gérer le risque de recouvrement double ou multiple. Dans *Illinois Brick*, le juge Brennan, dissident, indique que ce risque n’existe que lorsque d’autres poursuites sont intentées après l’indemnisation ou que les actions d’acheteurs directs et indirects sont simultanément en instance. Selon lui, le risque demeure faible dans les deux cas (p. 762-764).
2. Dans le premier cas, le juge Brennan affirme que la complexité et la durée des poursuites antitrust, auxquelles s’ajoute le court délai de prescription de quatre ans, [traduction] « peuvent empêcher les demandeurs éventuels d’attendre le prononcé d’un premier jugement pour faire valoir leurs droits » (*Illinois Brick*, p. 764). Le même raisonnement vaut au Canada pour les actions intentées sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, qui sont tout aussi complexes et auxquelles s’applique un délai de prescription de seulement deux ans lorsqu’une personne réclame une somme égale au montant des dommages qu’elle a subis (voir la *Loi sur la concurrence*,al. 36(4)*a*)).
3. Dans le second cas — le risque de double indemnisation lorsque l’action de l’acheteur direct et celle de l’acheteur indirect sont en instance simultanément —, le défendeur peut présenter une preuve de ce risque au juge du procès et lui demander de modifier en conséquence tout octroi de dommages‑intérêts. Dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, au nom des juges majoritaires, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dit ce qui suit lorsqu’il se penche sur le risque que le demandeur invoque des régimes législatifs distincts pour être indemnisé deux fois :

 Les cours sont à même d’empêcher le double recouvrement dans le cas théorique et peu probable où des demandeurs cherchent à se faire indemniser en vertu des deux ensembles de dispositions. [. . .] [À] l’étape finale dans laquelle elle conclut à la responsabilité et en fixe le montant, la cour peut empêcher le double recouvrement si, en fait, un défendeur a déjà versé une indemnité et produit une reddition de compte. Aucune cour ne permettra le double recouvrement. [p. 191]

Si le défendeur est en mesure de le convaincre que le risque ne peut être géré par le tribunal, le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de rejeter la demande.

1. De même, si le défendeur établit que des poursuites sont intentées parallèlement dans d’autres ressorts et qu’elles peuvent entraîner une indemnisation supplémentaire, le juge peut rejeter la demande ou modifier l’octroi de dommages‑intérêts en fonction des réparations sollicitées ou accordées dans les autres ressorts afin d’empêcher le cumul des indemnités.
2. Au vu de ces mécanismes dont disposent les tribunaux, je conviens avec le juge Donald, de la C.A.C.-B., dissident dans *Sun‑Rype*, que [traduction] « la règle théorique selon laquelle il ne peut y avoir double recouvrement ne devrait pas s’appliquer pour faire obstacle à une action dans une affaire réelle où il est possible d’empêcher le double recouvrement » (par. 30). À ce stade de l’instance, Microsoft n’a produit aucun élément de preuve selon lequel les tribunaux de la Colombie‑Britannique ne peuvent empêcher le recouvrement double ou multiple. Je suis donc d’avis de ne pas écarter l’action de l’acheteur indirect en raison du risque de recouvrement multiple.

 b) Caractère indirect et complexité

1. Microsoft soutient deuxièmement que le caractère indirect de la majoration et la difficulté d’établir la perte subie constituent [traduction] « des obstacles “importants” et “fondamentaux” à la preuve du transfert de la perte » (m.i., par. 20). Ces obstacles seraient sources de confusion et d’incertitude et grèveraient les capacités institutionnelles des tribunaux appelés à retracer le parcours de chacune des majorations jusqu’à son aboutissement final.
2. Microsoft invoque le raisonnement de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Chadha c. Bayer Inc.* (2003), 63 O.R. (3d) 22, où cette dernière refuse de certifier l’action d’un acheteur indirect en raison [traduction] « des nombreux problèmes de preuve qui attendent les appelants [. . .], y compris le nombre des maillons de la chaîne de distribution et la “multitude de variables” qui jouent dans la détermination du prix d’achat final » (par. 45 (adhérant aux conclusions de la Cour divisionnaire)). Selon Microsoft, si quelque partie de la majoration était absorbée par l’un de ses maillons, [traduction] « la chaîne serait rompue » et il serait d’autant plus ardu de retracer le parcours de la majoration d’un maillon à l’autre (m.i., par. 22, citant *Chadha*, par. 45). Il appert des motifs formulés sur ce point dans *Illinois Brick*, etsur lesquels Microsoft insiste beaucoup, que [traduction] « l’analyse des décisions en matière de prix et de production comporte une grande part d’incertitude et de difficulté lorsqu’elle intervient “dans le monde économique réel plutôt que dans le cadre d’un modèle économique fictif” » (p. 731-732). Le tribunal déplore « les coûts supportés par le système judiciaire et les mécanismes d’application des dispositions antitrust lorsqu’il s’agit de reconstituer ces décisions en salle d’audience » (p. 732)*.*
3. L’action intentée par un acheteur indirect, surtout sur le fondement des dispositions antitrust, comporte souvent une preuve volumineuse, la formulation de théories économiques complexes et l’existence de nombreuses parties le long de la chaîne de distribution, de sorte qu’il est d’autant plus ardu de retracer le parcours de la majoration d’un maillon à l’autre jusqu’à son aboutissement final. Toutefois, selon le juge Brennan, dissident dans *Illinois Brick*, il s’agit de caractéristiques communes à la plupart des affaires antitrust et elles ne devraient donc pas empêcher l’acheteur indirect de prouver ses allégations :

 [traduction] Certes, dans bien des cas, le demandeur ne sera pas en mesure de prouver le transfert de la majoration. Dans d’autres, la partie transférée ne pourra être déterminée qu’approximativement. Mais là encore, ce problème distingue à peine l’espèce d’une autre affaire antitrust. Dans ce domaine, toute instance exige une estimation raisonnée, mais « bien que les dommages [dans les affaires de cette nature] ne puissent être déterminés au moyen de simples spéculations ou conjectures, il suffira d’inférer de manière juste et raisonnable l’étendue des dommages, même si le résultat ne sera qu’approximatif. » [. . .] L’imprécision de la répartition des dommages‑intérêts entre l’acheteur direct et l’acheteur indirect n’est donc pas une considération suffisante pour priver l’acheteur indirect de la possibilité d’établir le préjudice subi. [Texte entre crochets dans l’original; p. 759-760.]

1. L’acheteur indirect qui intente une action contracte volontairement l’obligation d’établir qu’il a subi une perte, ce qui peut fort bien nécessiter le témoignage d’experts et une preuve complexe de nature économique. À mon avis, la question de savoir si ces éléments lui permettront de s’acquitter de cette obligation tient aux faits de l’espèce. Il n’y a pas lieu de faire totalement obstacle à l’action de l’acheteur indirect pour la seule raison qu’il sera ardu d’établir le préjudice subi.

 c) Effet dissuasif

1. Selon un troisième argument que ne soulève pas Microsoft, mais qui est examiné dans *Illinois Brick* et qui vaut particulièrement dans le cas d’actes anticoncurrentiels, permettre d’invoquer en demande le transfert de la perte ferait obstacle à l’application des dispositions sur la concurrence et nuirait ainsi à la dissuasion. Bien que cette application incombe généralement à l’État, une personne privée peut, suivant l’art. 36, faire respecter la loi et demander le recouvrement d’une somme par suite de la violation de la partie VI de la *Loi sur la concurrence*.
2. Dans *Illinois Brick*, les juges majoritaires concluent de l’arrêt *Hanover Shoe* que [traduction] « les lois antitrust seront mieux appliquées si on assure le recouvrement intégral de la majoration par l’acheteur direct au lieu de permettre à chacune des personnes touchées par la majoration de recouvrer uniquement la partie qu’elle peut prouver avoir absorbée » (p. 735). Ils partagent ce point de vue et estiment que l’acheteur direct est le mieux placé pour ester en justice, car [traduction] « la preuve volumineuse et les théories compliquées » associées à l’instance engagée impose un trop lourd fardeau à l’acheteur indirect, de sorte qu’il est peu probable qu’il ait gain de cause, ce qui va à l’encontre des fins dissuasives des dispositions antitrust (p. 741).
3. À mon avis, permettre d’alléguer en demande le transfert de la perte ne devrait pas nuire aux objectifs de dissuasion des dispositions canadiennes sur la concurrence. Je conviens avec le juge Brennan, dissident dans *Illinois Brick*, que contrairement au fait d’invoquer le transfert de la perte en défense, le fait d’alléguer le transfert de la perte en demande risque peu de faire en sorte que l’auteur de la majoration échappe à sa responsabilité et que la dissuasion soit compromise; [traduction] « [l]es mêmes principes qui consistent à assurer l’efficacité constante de l’action [antitrust] et à empêcher le fautif de conserver le gain mal acquis militent plutôt en faveur de la possibilité que l’acheteur indirect prouve que la majoration lui a été refilée » (p. 753). L’exclusion du transfert de la perte comme moyen de défense, afin de ne pas nuire à l’application de la loi, ne justifie pas de refuser son allégation en demande dans une action par ailleurs bien‑fondée intentée contre l’auteur de la majoration.
4. En outre, malgré la preuve des intimées dans *Sun‑Rype* voulant que l’acheteur direct soit souvent le plus susceptible de poursuivre l’auteur de la majoration, il peut arriver qu’un acheteur direct hésite à intenter une action contre le fautif par crainte de mettre en péril de bonnes relations d’affaires. On soutient en l’espèce que les acheteurs directs sont parties aux arrangements de majoration de Microsoft, de sorte qu’il est peu probable qu’ils intentent quelque recours. Dans ces circonstances, les actions d’acheteurs indirects peuvent offrir le seul moyen de recouvrer la majoration et d’assurer la dissuasion. Exclure ces actions en pareil cas augmenterait le risque que la majoration demeure entre les mains du fautif. Pour ces motifs, je suis d’avis qu’écarter tout recours de l’acheteur indirect de sorte que seul l’acheteur direct puisse se pourvoir en justice n’accroîtrait pas nécessairement l’effet dissuasif.

 d) Principes de la restitution

1. De nature réparatrice, le droit de la restitution a pour objet le recouvrement du gain mal acquis (voir Maddaugh et McCamus (2013), p. 3-1 à 3-3). J’estime que permettre à l’acheteur indirect d’intenter une action en justice s’accorde avec l’objectif de réparation du droit de la restitution, car la personne qui a effectivement subi un préjudice, et non seulement l’acheteur direct qui a pu en fait transférer la majoration, peut ainsi être indemnisée.

 e) Dérogation à la règle établie aux États‑Unis dans l’arrêt Illinois Brick

1. Bien que l’arrêt *Illinois Brick* établisse toujours le droit applicable au palier fédéral, de nombreux États l’ont écarté par voie législative ou judiciaire. En 2007, la commission de modernisation des lois antitrust a déposé au Congrès un rapport selon lequel [traduction] « plus de trente‑cinq États permettaient à l’acheteur indirect, comme à l’acheteur direct, d’intenter une action en dommages‑intérêts en application de la loi de l’État » (*Antitrust Modernization Commission : Report and Recommendations* (2007) (en ligne), p. 269). Elle recommandait l’« abrogation » de la règle issue de l’arrêt *Illinois Brick* par une loi fédérale (p. 270). Dans *California c. ARC America Corp.*,490 U.S. 93 (1989), la Cour suprême des États‑Unis a été appelée à se prononcer sur la validité des « lois abrogatoires ». Elle a conclu que l’arrêt *Illinois Brick* ne faisait pas obstacle à l’adoption de dispositions antitrust par un État, même si ces dispositions avaient pour effet d’écarter la règle issue de cet arrêt. Voilà des éléments qui sont de nature à remettre en cause la thèse du « corollaire nécessaire » retenue dans *Illinois Brick*.

 f) Doctrine

1. Les débats des auteurs sur le recours de l’acheteur indirect demeurent axés sur les échanges qui ont tout juste suivi la publication de l’arrêt *Illinois Brick*. Peu après celle‑ci, les Américains William M. Landes et Richard A. Posner (maintenant juge de la Cour d’appel des États‑Unis pour le septième circuit) ont défendu dans un article la règle qui refusait le droit d’action à l’acheteur indirect (voir « Should Indirect Purchasers Have Standing To Sue Under the Antitrust Laws? An Economic Analysis of the Rule of *Illinois Brick* » (1979), 46 *U. Chi. L. Rev.* 602, p. 634-635). Selon eux, réserver à l’acheteur direct le droit d’intenter une action contre l’auteur de la majoration était l’option la plus susceptible de promouvoir les dispositions antitrust. Ils ajoutent que permettre à l’acheteur indirect d’intenter une action n’aura pas d’effet ou en aura peu sur la réalisation des objectifs d’indemnisation et de dissuasion, car l’acheteur direct sera plus susceptible de constater la majoration et, ensuite, de disposer des données et des ressources nécessaires pour avoir gain de cause dans une action antitrust. Ils voient dans l’acheteur direct un « agent efficace d’application » des dispositions antitrust et font valoir que permettre à l’acheteur indirect de se pourvoir en justice rendra la répartition des dommages‑intérêts si coûteuse que les intéressés hésiteront à poursuivre et que le partage du droit d’action entre de multiples parties réduira l’importance des demandes et affaiblira l’effet dissuasif (p. 608-609). Quant à l’indemnisation, ils soutiennent que, même s’il n’a pas de droit d’action indépendant, l’acheteur indirect sera néanmoins « indemnisé » grâce à la faculté de l’acheteur direct d’intenter une action, car ce dernier répercutera sur le prix demandé à l’acheteur indirect les retombées éventuelles d’une action antitrust contre l’auteur de la majoration (p. 605).
2. Peu après la publication de l’article de Landes et Posner, deux autres spécialistes du droit antitrust, Robert G. Harris et Lawrence A. Sullivan, ont exprimé l’opinion contraire (voir « Passing On the Monopoly Overcharge : A Comprehensive Policy Analysis » (1979), 128 *U. Pa. L. Rev.* 269, p. 351-352). Selon Harris et Sullivan, l’acheteur direct hésitera à compromettre ses bonnes relations avec son fournisseur et sera donc plus enclin à refiler la note à ses clients à lui. Il ne serait donc pas un « agent efficace d’application » des dispositions antitrust; pour les besoins de l’effet dissuasif, mieux vaudrait reconnaître la qualité pour agir à l’acheteur indirect.
3. L’année suivante, Landes et Posner répliquaient directement à la thèse de Harris et Sullivan (voir « The Economics of Passing On : A Reply to Harris and Sullivan » (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 1274). En réponse à la thèse de leurs détracteurs, à savoir qu’un acheteur direct hésitera à intenter une action en justice afin de ne pas compromettre de bonnes relations commerciales, ils affirment que [traduction] « l’omission de l’acheteur direct d’intenter une action en justice sera récompensée. Le fournisseur doit verser quelque chose pour s’attacher l’acheteur direct et il s’agit en quelque sorte d’une indemnisation antitrust » (p. 1278). En d’autres termes, l’acheteur direct obtient pour sa participation au complot une gratification financière qui peut être transmise à l’acheteur indirect.
4. Depuis ce débat entre Landes et Posner, d’une part, et Harris et Sullivan, d’autre part, la question du droit d’action de l’acheteur indirect et, en particulier, la règle issue de l’arrêt *Illinois Brick*, continuent d’alimenter la discussion. Plus récemment, de nombreux auteurs ont cependant préconisé la neutralisation de l’arrêt afin de favoriser la réalisation des objectifs des dispositions antitrust.
5. Certains, dont Gregory J. Werden et Marius Schwartz, se sont joints à Harris et Sullivan pour critiquer Landes et Posner. Ils qualifient d’[traduction] « assez invraisemblable » l’idée que l’acheteur indirect puisse bénéficier des retombées pour l’acheteur direct d’un recouvrement anticipé (« *Illinois Brick* and the Deterrence of Antitrust Violations — An Economic Analysis » (1984), 35 *Hastings L.J.* 629, p. 638-639).
6. La thèse voulant qu’un acheteur direct hésite à poursuivre un fournisseur important par crainte de mettre en péril ses rapports avec lui a aussi ses tenants parmi les auteurs de doctrine (voir p. ex. K. J. O’Connor, « Is the *Illinois Brick* Wall Crumbling? » (2001), 15:3 *Antitrust* 34, p. 38 (selon lequel l’acheteur indirect est peut‑être plus susceptible d’intenter une poursuite que l’acheteur direct parce qu’il ne risque pas la rupture de ses [traduction] « liens d’affaires directs avec le présumé contrevenant »); A. Thimmesch, « Beyond Treble Damages : *Hanover Shoe* and Direct Purchaser Suits After *Comes v. Microsoft Corp.* » (2005), 90 *Iowa L. Rev.* 1649, p. 1668 et note en bas de page 127 (selon lequel, dans bien des cas, l’acheteur direct est en situation de dépendance vis‑à‑vis du fournisseur et hésitera donc à le poursuivre). Tout récemment, en 2012, on a avancé la même idée : [traduction] « Cela est particulièrement vrai lorsque l’acheteur direct peut transférer au consommateur toute somme payée en trop par suite d’une entorse à la concurrence. [. . .] [L]a règle par laquelle la Cour suprême [des États-Unis] refuse catégoriquement à “l’acheteur indirect le droit de poursuivre l’auteurˮ de la majoration a une portée excessive » (J. M. Glover, « The Structural Role of Private Enforcement Mechanisms in Public Law » (2012), 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 1137, p. 1187).
7. En ce qui concerne l’objectif d’indemnisation, plusieurs auteurs font observer que la règle issue de l’arrêt *Illinois Brick* va en fait à l’encontre de sa réalisation; l’un d’eux dit de cette décision qu’elle est celle qui [traduction] « s’écarte le plus de l’objectif d’indemnisation » (C. C. Van Cott, « Standing at the Fringe : Antitrust Damages and the Fringe Producer » (1983), 35 *Stan. L. Rev.* 763, p. 775). Dans le même ordre d’idées, selon Andrew I. Gavil, spécialiste en matière antitrust, [traduction] « indemniser toutes les victimes du comportement illégal pour les préjudices causés par le contrevenant constitue un objectif secondaire, mais aussi essentiel, d’un régime de réparation complet, un objectif que l’arrêt *Illinois Brick* méconnaît dans bien des situations courantes » (« Thinking Outside the *Illinois Brick* Box : A Proposal for Reform » (2009), 76 *Antitrust L.J.* 167, p. 170).
8. Comme il appert de cet aperçu, malgré son appui initial par des auteurs de renom du domaine antitrust, la règle dégagée dans l’arrêt *Illinois Brick* ne remporte plus la faveur des juristes versés en la matière.

 (4) Conclusion sur l’allégation en demande du transfert de la perte

1. Malgré l’impossibilité d’invoquer le transfert de la perte en défense à une action en restitution, l’acheteur indirect ne doit pas pour autant se voir empêcher de recouvrer la perte qui lui a été transférée. En bref, voici les éléments à retenir :

(1) Le risque de recouvrement multiple et les obstacles liés à la complexité de la preuve et au caractère indirect de la majoration ne constituent pas des considérations suffisantes pour priver l’acheteur indirect d’un recours contre l’auteur de la majoration dont le montant lui aurait été transféré.

(2) Le recours de l’acheteur indirect ne portera vraisemblablement pas atteinte à l’effet dissuasif que sont censées avoir les dispositions canadiennes sur la concurrence.

(3) Même si invoquer le transfert de la perte en défense à une action va à l’encontre des principes fondamentaux de la restitution, permettre son allégation en demande est dans le droit fil de ces mêmes principes.

(4) Bien que, aux États‑Unis, la règle issue de l’arrêt *Illinois Brick* demeurevalable au palier fédéral, son « abrogation » dans de nombreux États et le rapport recommandant au Congrès de l’infirmer remettent en question sa raison d’être.

(5) Malgré un certain appui initial, la doctrine récente penche en faveur de la suppression de la règle.

Pour ces motifs, je ne conviens pas avec Microsoft que le rejet par notre Cour dans des affaires antérieures et en l’espèce du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte fait obstacle au recours de l’acheteur indirect.

B. Certification du recours collectif

1. Après avoir tranché la question préliminaire et conclu que l’acheteur indirect peut invoquer le transfert de la perte en demande, j’examine maintenant s’il y a lieu ou non de certifier l’action intentée en l’espèce à titre de recours collectif. Étant donné que les juges majoritaires de la C.A.C.‑B. statuent que l’acheteur indirect ne peut pas légalement intenter d’action au Canada, ils ne se penchent pas sur les conditions de certification examinées par le juge Tysoe (cause d’action exigée à l’al. 4(1)(a) de la *CPA*) et par le juge Myers (les autres conditions prévues aux al. 4(1)(b) à (e) de la *CPA*). Il nous faut donc contrôler l’analyse des deux juges saisis des demandes en ce qui concerne la certification. Microsoft ne conteste leurs conclusions qu’à l’égard de trois des conditions : (1) les actes de procédure révèlent une cause d’action, (2) les demandes soulèvent une question commune et (3) le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler cette question.

 (1) Les conditions de certification selon la *Class Proceedings Act* de la Colombie‑Britannique

1. Le paragraphe 4(1) de la *CPA* dispose :

 [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 deux 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.

 (2) Les actes de procédure révèlent‑ils une cause d’action?

1. La première condition de certification veut que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Dans *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 (« *Alberta Elders* »), notre Cour explique que le respect de cette condition est apprécié au regard de la norme de preuve applicable à la requête en radiation selon l’arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Le demandeur ne satisfait donc pas à la condition lorsque, à supposer que les faits invoqués soient vrais, la demande ne pourrait manifestement pas être accueillie (*Alberta Elders*, par. 20; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25).
2. Pro‑Sys prétend avoir des causes d’action (1) suivant l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, (2) en responsabilité délictuelle pour complot et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers et (3) en restitution pour enrichissement sans cause, existence d’une fiducie par interprétation et renonciation au recours délictuel. Pour les motifs qui suivent, je conviens avec le juge Tysoe que les actes de procédure révèlent des causes d’action qu’on ne saurait radier à ce stade de l’instance.

 a) Article 36 de la Loi sur la concurrence

1. Selon l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite d’un comportement contraire à la partie VI de la Loipeut réclamer et recouvrer une somme égale au montant de la perte ou des dommages subis. Voici le libellé de l’art. 36 :

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

 *a*) . . . d’un comportement allant à l’encontre d’une disposition de la partie VI;

. . .

 peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n’a pas obtempéré à l’ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu’elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n’excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l’affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

1. La partie VI de la *Loi sur la concurrence* est intitulée « Infractions relatives à la concurrence ». Les infractions qu’elle crée et dont la perpétration est alléguée en l’espèce sont (1) le complot, au par. 45(1), et (2) les indications fausses ou trompeuses, au par. 52(1). Voici quel était le libellé de ces dispositions lors de l’audience présidée par le juge Tysoe :

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

 *a*) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d’emmagasinage ou de négoce d’un produit quelconque;

 *b*) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d’un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

 *c*) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l’achat, le troc, la vente, l’entreposage, la location, le transport ou la fourniture du produit, ou dans le prix d’assurances sur les personnes ou les biens;

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

 **52.** (1) [Indications fausses ou trompeuses] Nul ne peut, de quelque manière que ce soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l’utilisation d’un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, donner au public, sciemment ou sans se soucier des conséquences, des indications fausses ou trompeuses sur un point important.

1. Microsoft conteste l’existence d’une cause d’action fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* et fait essentiellement valoir que le transfert de la perte ne peut être allégué en demande. Vu ma conclusion que l’acheteur indirect peut ester en justice, cette prétention n’importe plus aux fins du pourvoi.
2. Toutefois, Microsoft soutient par ailleurs que la cause d’action fondée sur l’art. 36 est irrégulièrement plaidée devant notre Cour car elle ne figure pas dans la déclaration de Pro‑Sys. Selon elle, le délai de prescription de deux ans imparti au par. 36(4) de la Loi fait obstacle à l’ajout de cette cause d’action. Or, le juge Donald de la C.A.C.‑B., dissident, conclut qu’il s’agit d’une prétention d’ordre purement technique et qu’elle ne permet pas de rejeter la demande. Je suis d’accord. Selon la troisième déclaration modifiée, le comportement illégal se poursuivait, ce qui doit être tenu pour avéré aux fins du pourvoi. On ne saurait donc dire que l’action n’a pas été déposée dans le délai prescrit.
3. Par ailleurs, selon le libellé même de la troisième déclaration modifiée, [traduction] « [l]es demandeurs invoquent [. . .] la partie VI de la *Loi sur la concurrence* » (par. 109, d.a., vol. II, p. 48) et réclament des dommages‑intérêts en conséquence. Bien que le document ne renvoie pas expressément à l’art. 36, le recouvrement pour violation de la partie VI de la *Loi sur la concurrence* ne peut être demandé par une personne privée que sur le fondement de cette disposition. Je conviens avec le juge Donald que [traduction] « les parties ont considéré l’art. 36 lors de l’audition de la demande de certification, de sorte que nulle allégation de surprise ou de préjudice ne saurait être retenue » (C.A.C.‑B., par. 59). C’est pourquoi je ne fais pas droit à la prétention de Microsoft selon laquelle le délai de prescription imparti par la *Loi sur la concurrence* fait obstacle à la demande.
4. Microsoft invoque d’autres motifs succincts à l’encontre de la reconnaissance d’une cause d’action fondée sur l’art. 36. Devant le juge Tysoe, elle a fait valoir qu’il devait incomber au Tribunal de la concurrence de faire respecter le droit de la concurrence. Je conviens que certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* confèrent compétence au Tribunal de la concurrence plutôt qu’à une cour de justice. Or, ce n’est pas le cas de l’art. 36, qui prévoit expressément que toute personne à qui une violation de la partie VI inflige une perte peut se pourvoir en recouvrement devant une cour de justice.
5. Pour tous ces motifs, il n’est pas manifeste qu’une demande fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence* ne serait pas accueillie. Pour l’application de l’al. 4(1)(a) de la *CPA*, on ne saurait affirmer que les actes de procédure ne révèlent pas une cause d’action fondée sur l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*.

 b) Responsabilité délictuelle

1. Pro‑Sys soutient que Microsoft s’est associée à diverses personnes pour commettre les délits civils financiers que sont le complot (tant celui qui vise principalement à causer un préjudice que celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux) et l’atteinte illégale aux intérêts financiers. Il y a complot lorsqu’au moins deux personnes conviennent [traduction] « d’accomplir un acte illégal ou un acte légal par des moyens illégaux » (*Mulcahy c. The Queen* (1868), L.R. 3 H.L. 306, p. 317). Même si l’existence du délit civil de complot remonte [traduction] « au Moyen Âge, [il] ne s’agit pas aujourd’hui d’un délit civil bien établi quant à son utilité actuelle ou à la portée de la réparation qu’il permet » (*Golden Capital Securities Ltd. c. Holmes*, 2004 BCCA 565, 205 B.C.A.C. 54, par. 42).
2. Il demeure que, au Canada, deux types de complot donnent ouverture à une action en droit de la responsabilité délictuelle : celui qui vise principalement à causer un préjudice et celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux. J’examine d’abord la thèse avancée relativement au complot qui vise principalement à causer un préjudice. Je me penche ensuite sur le complot qui prévoit le recours à des moyens illégaux et sur l’atteinte illégale aux intérêts financiers, que j’examine de pair puisque les motifs de contestation de ces causes d’action touchent à l’exigence, commune aux deux délits civils, du recours à des « moyens illégaux ».

 (i) Complot visant principalement à causer un préjudice

1. L’existence du complot visant principalement à causer un préjudice est établie lorsque le comportement du défendeur vise principalement à causer un préjudice au demandeur par des moyens légaux ou illégaux, et que le demandeur subit effectivement un préjudice à cause de ce comportement. Lorsque des moyens légaux sont employés à la même fin, les actes deviennent illégaux (*Ciments Canada LaFarge Ltée c. British Columbia Lightweight Aggregate Ltd.*, [1983] 1 R.C.S. 452, p. 471-472).
2. Mentionnons que, dans *Ciments LaFarge*, le juge Estey opine que le complot visant principalement à causer un préjudice constitue un « anachronisme commercial » et qu’il y aurait lieu d’en limiter l’application :

 Le délit civil de complot en vue de nuire, même s’il n’est pas étendu de manière à comprendre un complot en vue d’accomplir des actes illégaux lorsqu’il y a une intention implicite de causer un préjudice, a été la cible de nombreuses critiques partout dans le monde de la *common law*. Comme l’indique si bien lord Diplock dans l’arrêt *Lonrho*, précité, aux pp. 188 et 189, il s’agit réellement d’un anachronisme commercial. En fait, il est possible que dans le contexte commercial actuel cette action ait perdu en grande partie son utilité et qu’elle survive comme une anomalie dans notre droit. Quoi qu’il en soit, il est maintenant trop tard pour déraciner de la *common law* le délit civil de complot en vue de nuire. Sans aucun doute, les cours tenteront dans l’avenir, pour les mêmes motifs que certains invoquent actuellement à l’appui de sa suppression, de limiter l’application de ce délit civil. [p. 473]

Néanmoins, la question de savoir si ce délit civil devrait voir sa portée limitée de sorte que les faits de la présente espèce n’y soient pas assimilés ne doit pas être tranchée dans le cadre d’une demande de radiation.

1. Au paragraphe 91 de sa troisième déclaration modifiée, sous une rubrique portant à la fois sur le complot qui vise principalement à causer un préjudice et celui qui prévoit l’emploi de moyens illégaux, Pro‑Sys affirme que [traduction] « [l]es défenderesses entendaient comploter », puis elle énumère les trois « objectifs principaux » de celles-ci : (1) causer un préjudice aux demandeurs en exigeant qu’ils achètent les produits de Microsoft plutôt que ceux de concurrents, (2) causer un préjudice aux demandeurs en exigeant d’eux un prix majoré de façon artificielle et (3) accroître illégalement leurs profits (d.a., vol. II, p. 43).
2. Microsoft soutient que le délit civil de complot visant principalement à causer un préjudice n’est pas étayé, car la déclaration de Pro‑Sys ne révèle pas un véritable objet principal, mais en énumère plutôt [traduction] « plusieurs qui se chevauchent » (m.i., par. 93). À son avis, lorsque Pro‑Sys allègue que Microsoft était « motivée uniquement par des considérations d’ordre financier » (par. 94), elle admet en fait que l’objet principal du comportement reproché ne pouvait être de lui causer un préjudice comme l’exige la loi.
3. Il y a désaccord entre les parties sur la portée des allégations de Pro-Sys. Microsoft affirme qu’elles n’établissent pas que le véritable objet principal du complot était de causer un préjudice aux demandeurs. Pro‑Sys fait valoir que, suivant ses allégations, les actes de Microsoft visaient principalement à causer un préjudice aux membres du groupe et qu’ils ont notamment eu pour effet d’accroître ses profits. Même si les actes de procédure auraient pu être rédigés de manière plus précise et directe, j’hésite à statuer définitivement, sur demande de radiation, que l’allégation d’un complot visant principalement à causer un préjudice est si lacunaire qu’aucune cause d’action n’est révélée. Pour l’heure, je ne peux écarter l’explication de Pro‑Sys selon laquelle l’intention première de Microsoft était de causer un préjudice aux demandeurs et l’accroissement illégal de ses profits a résulté de cette intention. C’est pourquoi je ne saurais dire qu’il ne peut manifestement pas être fait droit à l’allégation de Pro‑Sys selon laquelle il y a eu complot visant principalement à causer un préjudice.
4. Microsoft ajoute que l’allégation doit être radiée dans la mesure où elle vise des sociétés liées, car [traduction] « [s]ociétés mères et filiales à 100 p. 100 agissent toujours de concert » (m.i., par. 95). Pro‑Sys rétorque que [traduction] « [l]a prétention est infondée en droit » (mémoire en réponse des appelants, par. 55). Les deux invoquent entre autres le par. 19 de l’arrêt *Smith c. National Money Mart Co.* (2006), 80 O.R. (3d) 81 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xii, où la Cour d’appel dit [traduction] « qu’il peut y avoir complot entre une société mère et une filiale ». À mon sens, cet énoncé paraît permettre que le complot visant principalement à causer un préjudice puisse constituer une cause d’action même lorsque le complot serait le fait de sociétés liées. Là encore, il ne convient pas de statuer définitivement sur ce point au stade de la demande de radiation. Dans les circonstances, je ne peux conclure que l’allégation de complot entre une société mère et sa filiale visant principalement à causer un préjudice doit manifestement être radiée à ce stade de l’instance.

 (ii) Complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et atteinte intentionnelle aux intérêts financiers

1. Pour le deuxième type de complot — celui « qui prévoit le recours à des moyens illégaux » —, point n’est besoin d’objet principal; il faut seulement que le comportement illégal soit dirigé contre le demandeur, que le défendeur doive savoir que le demandeur en subira vraisemblablement un préjudice et que le demandeur subisse effectivement un préjudice (*Ciments LaFarge*, p. 471-472).
2. La raison d’être du délit civil d’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers est l’indemnisation des victimes de pratiques commerciales délibérément préjudiciables (*Correia c. Canac Kitchens*, 2008 ONCA 506, 91 O.R. (3d) 353, par. 98; *OBG Ltd. c. Allan*, [2007] UKHL 21, [2008] 1 A.C. 1). Les trois éléments essentiels de ce délit civil sont (1) l’intention du défendeur de porter atteinte aux intérêts financiers du demandeur, (2) le recours à des moyens illégaux et (3) le préjudice consécutif subi par le demandeur (voir P. H. Osborne, *The Law of Torts* (4e éd. 2011), p. 336).
3. Microsoft fait valoir que les allégations de complot prévoyant le recours à des moyens illégaux et d’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers doivent être radiées vu l’impossibilité d’établir l’élément qui leur est commun, soit le recours à des « moyens illégaux ».
4. Ces causes d’action alléguées doivent être examinées sommairement car, dans le dossier *Bram Enterprises Ltd. c. A.I. Enterprises Ltd.*, 2012 NBCA 33, 387 R.N.-B. (2e) 215, autorisation d’appel accordée, [2012] 3 R.C.S. v, actuellement en délibéré, notre Cour ne s’est pas encore prononcée sur l’approche qui s’impose à l’égard de cet élément commun aux deux délits civils. Il suffit de constater que, pour l’heure, l’inexistence d’une cause d’action fondée sur le complot prévoyant le recours à des moyens illégaux ou sur l’atteinte intentionnelle aux intérêts financiers n’est pas manifeste. Je suis donc d’avis de ne pas radier les allégations. Selon l’issue du pourvoi dans *Bram*, Microsoft pourra demander à la Cour suprême de la Colombie‑Britannique de statuer sur ce point si elle le juge opportun.

 c) Restitution

1. Pro‑Sys demande restitution sur le fondement de l’enrichissement sans cause, de la fiducie par interprétation et de la renonciation au recours délictuel.

 (i) Enrichissement sans cause

1. Les éléments qui doivent être réunis pour qu’il y ait enrichissement sans cause sont bien connus : (1) l’enrichissement du défendeur, (2) l’appauvrissement corrélatif du demandeur et (3) l’absence d’une cause juridique de cet enrichissement (p. ex., un contrat) (voir *Alberta Elders*, par. 82; *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, par. 30; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 455; *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834). Selon Pro‑Sys, Microsoft s’est injustement enrichie par la majoration du prix exigé de ses acheteurs directs, lesquels ont transféré cette majoration aux membres du groupe situés en aval dans la chaîne de distribution.
2. Microsoft prétend que l’enrichissement, s’il en est, provient des acheteurs directs, et non des membres du groupe, et que son absence de lien direct avec ces derniers scelle le sort de l’allégation d’enrichissement sans cause. Elle ajoute que les contrats qu’elle a conclus avec les acheteurs directs et ceux intervenus entre les acheteurs directs et les acheteurs indirects (dont l’existence n’est pas contestée) constituent la cause juridique de l’enrichissement.
3. À l’appui de sa première prétention, Microsoft invoque l’arrêt *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*,[1992] 3 R.C.S. 762, où la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) conclut à la p. 797 que « [l]es affaires dans lesquelles l’enrichissement sans cause a été établi concernent généralement des avantages conférés directement et expressément au défendeur ». Pour fonder l’allégation d’enrichissement sans cause, l’avantage conféré ne doit pas revêtir qu’un « caractère purement incident. Un avantage secondaire et accessoire ne suffit pas. En effet, permettre qu’il y ait recouvrement à l’égard d’avantages accessoires et incidents reviendrait à 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 » (*Peel*,p. 797). Les mots employés danscet arrêt paraissent écarter en eux‑mêmes la possibilité d’un lien indirect entre le demandeur et le défendeur, mais la question n’est pas résolue pour autant. Premièrement, il n’est pas évident que l’avantage obtenu par Microsoft revêt un caractère « purement incident » ou qu’il est « accessoire ». Deuxièmement, Pro‑Sys invoque l’arrêt *Alberta Elders*, selon lequel il peut y avoir enrichissement sans cause lorsque l’avantage conféré est indirect et qu’il a été transféré par un tiers. À ce stade, je ne peux conclure qu’il est manifeste que l’enrichissement sans cause ne sera établi que si le lien entre le demandeur et le défendeur est direct.
4. En ce qui concerne la prétendue cause juridique de l’enrichissement de Microsoft, Pro‑Sys fait valoir que les contrats en cause sont [traduction] « illégaux et nuls » en ce qu’ils portent atteinte à la liberté du commerce en common law, ils enfreignent les dispositions américaines antitrust, ils vont à l’encontre des politiques d’entreprise de Microsoft et ils contreviennent à la partie VI de la *Loi sur la concurrence*. Elle soutient qu’il ne s’agit donc pas d’une cause juridique de l’enrichissement. Il n’y a pas lieu, à ce stade de l’instance, de statuer sur la légalité et la validité des contrats. Il appartiendra au juge du procès de le faire.
5. Je ne saurais donc conclure qu’il ne peut manifestement pas être fait droit à l’allégation d’enrichissement sans cause.

 (ii) Fiducie par interprétation

1. Pro‑Sys soutient qu’en guise de réparation de l’enrichissement sans cause allégué, Microsoft devrait détenir en fiducie pour le compte des membres du groupe une somme égale au montant de la majoration du prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application vendus en Colombie‑Britannique. En d’autres termes, elle demande que Microsoft soit constituée fiduciaire par interprétation à son bénéfice.
2. L’arrêt *Kerr c. Baranow*, 2011 CSC 10, [2011] 1 R.C.S. 269, est décisif en matière de fiducies par interprétation. Le juge Cromwell y explique que pour faire la preuve d’une fiducie par interprétation, le demandeur doit pouvoir établir un lien ou un rapport de causalité entre sa contribution et l’acquisition du bien en cause :

 . . . la fiducie [par interprétation] est un outil général, souple et juste qui permet de déterminer le droit de propriété véritable (*Pettkus*, p. 843-844 et 847‑848). Si le demandeur peut établir un lien ou un rapport de causalité entre ses contributions et l’acquisition, la conservation, l’entretien ou l’amélioration du bien en cause, une part proportionnelle à l’enrichissement sans cause peut faire l’objet d’une fiducie [par interprétation] en sa faveur (*Pettkus*, p. 852-853; *Sorochan*, p. 50). [par. 50]

1. Nul bien n’est en cause en l’espèce; Pro‑Sys réclame seulement une réparation pécuniaire. La fiducie par interprétation sert à « déterminer le droit de propriété véritable » lorsqu’« une réparation pécuniaire est inappropriée ou insuffisante » (*Kerr*, par. 50). Étant donné que Pro‑Sys n’indique pas en quoi une réparation pécuniaire serait inappropriée ou insuffisante, et qu’elle n’établit pas de lien avec un bien en particulier, l’allégation ne satisfait pas aux conditions d’imposition d’une fiducie par interprétation. Au vu des actes de procédure, il est manifeste qu’on ne saurait faire droit à l’allégation de Pro‑Sys selon laquelle Microsoft devrait conserver en fiducie pour le compte des membres du groupe une somme égale au montant de la majoration du prix de ses systèmes d’exploitation et de ses logiciels d’application vendus en Colombie‑Britannique. Les éléments des actes de procédure qui concernent l’existence d’une fiducie par interprétation doivent être radiés.

 (iii) Renonciation au recours délictuel

1. Subsidiairement à une cause d’action en responsabilité délictuelle, Pro‑Sys invoque la renonciation au recours délictuel et demande à recouvrer une somme égale à l’enrichissement sans cause obtenu par Microsoft. Il y a renonciation au recours délictuel lorsque le demandeur renonce à son droit d’intenter une action en responsabilité délictuelle et choisit plutôt de se pourvoir en restitution et [traduction] « de recouvrer ainsi le bénéfice que le défendeur a tiré de la conduite délictueuse » (Maddaugh et McCamus (2013),p. 24-1). Les causes d’action en responsabilité délictuelle et en restitution ne s’excluent pas mutuellement, mais offrent plutôt des mesures de réparation qui peuvent être réclamées simultanément (*United Australia, Ltd. c. Barclays Bank, Ltd.*, [1941] A.C. 1 (H.L.), p. 18). La renonciation au recours délictuel a pour prémisse que, [traduction] « dans certains cas de délit civil, le demandeur peut avoir avantage à recouvrer l’enrichissement sans cause obtenu par le défendeur plutôt qu’à obtenir des dommages‑intérêts dans le cadre d’une action en responsabilité délictuelle » (Maddaugh et McCamus, p. 24‑1 et 24‑2). D’aucuns considèrent que l’action fondée sur la renonciation au recours délictuel confère un avantage au demandeur en ce qu’elle peut le dispenser de prouver la perte au regard des règles de la responsabilité délictuelle ou même de quelque manière (Maddaugh et McCamus, p. 24‑4).
2. Microsoft fait valoir deux motifs de radier cette allégation. Premièrement, Pro‑Sys invoque la renonciation au recours délictuel dans une optique de réparation, et non à titre de cause d’action, de sorte que la preuve de la perte est essentielle. Deuxièmement, si la renonciation au recours délictuel est effectivement invoquée comme cause d’action, il faut donc établir le délit civil sous‑jacent, y compris la perte. À mon avis, aucun des deux motifs avancés ne permet de conclure que la demande fondée sur la renonciation au recours délictuel ne peut manifestement pas être accueillie.
3. Dans *Serhan (Trustee of) c. Johnson & Johnson* (2006), 85 O.R. (3d) 665 (C.S.J. (C. div.)), la juge Epstein (maintenant juge de la Cour d’appel de l’Ontario) examine minutieusement la notion de renonciation au recours délictuel. Elle constate que de nombreux auteurs reconnaissent sa validité comme cause d’action pour la restitution par le défendeur de l’enrichissement sans cause obtenu par des moyens répréhensibles, et non seulement pour la réparation de cet enrichissement sans cause. Ces auteurs diffèrent cependant d’avis quant à savoir si le délit civil sous‑jacent doit être prouvé ou non pour les besoins de l’action fondée sur la renonciation au recours délictuel.
4. Les tribunaux américains et britanniques, ainsi que les auteurs de doctrine en la matière, écartent pour la plupart l’obligation du demandeur d’établir le délit civil sous‑jacent pour qu’il puisse avoir gain de cause sur le fondement de la renonciation au recours délictuel (voir *Serhan*, par. 51-68, citant Maddaugh et McCamus (2005), p. 24‑20; J. Beatson, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment : Essays on the Law of Restitution* (1991); D. Friedmann, « Restitution for Wrongs : The Basis of Liability », dans W. R. Cornish et autres, dir., *Restitution : Past, Present and Future : Essays in Honour of Gareth Jones* (1998), 133; *National Trust Co. c. Gleason*,77 N.Y. 400 (1879); *Federal Sugar Refining Co. c. United States Sugar Equalization Board, Inc.*,268 F. 575 (S.D.N.Y. 1920); *Mahesan c. Malaysia Government Officers’ Co‑operative Housing Society Ltd.*, [1979] A.C. 374 (P.C.); *Universe Tankships Inc. of Monrovia c. International Transport Workers Federation*, [1983] A.C. 366 (H.L.)). Selon un autre courant jurisprudentiel, il ne peut y avoir de cause d’action fondée sur la renonciation au recours délictuel que s’il est établi que le défendeur a commis le délit civil y donnant ouverture (voir *United Australia*, p. 18; *Zidaric c. Toshiba of Canada Ltd.* (2000), 5 C.C.L.T. (3d) 61 (C.S.J. Ont.), par. 14; *Reid c. Ford Motor Co.*, 2006 BCSC 712 (CanLII)). Dans au moins une de ces affaires (*Reid*), le tribunal laisse entendre que la réticence à écarter l’obligation de prouver la perte comme élément de la cause d’action explique en partie qu’il faille prouver le délit civil sous-jacent (par. 17).
5. La juge Epstein conclut au final que, vu l’état contradictoire du droit, [traduction] « [o]n ne saurait affirmer, de toute évidence, que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera assurément débouté »; elle ajoute que le débat « sur les conséquences de la reconnaissance de la renonciation au recours délictuel comme cause d’action indépendante dans des circonstances comme celles de l’espèce fait intervenir des principes sur lesquels il ne convient pas de prononcer à l’étape de l’examen des allégations » (*Serhan*, par. 68). Je suis d’accord. À mon avis, il ne convient pas de statuer plus avant, dans le cadre du pourvoi, sur le droit applicable en matière de renonciation au recours délictuel, ni sur le contexte particulier dans lequel on peut invoquer celle‑ci. Je ne peux affirmer que le demandeur qui fonde son action sur la renonciation au recours délictuel sera manifestement débouté.

 (3) Les autres conditions présidant à la certification

1. Les causes d’action que confère l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*,en responsabilité délictuelle et en restitution (sauf sur le fondement de la fiducie par interprétation) remplissent la première condition de certification voulant que les actes de procédure révèlent une cause d’action. Je me penche maintenant sur la prétention de Microsoft selon laquelle les demandes des membres du groupe doivent néanmoins être rejetées parce qu’elles ne satisfont pas à deux des autres conditions, à savoir qu’une question commune soit soulevée et que le recours collectif constitue la meilleure procédure pour régler cette question.

 a) Norme de preuve

1. Le point de départ pour déterminer la norme de preuve applicable aux autres conditions de certification réside dans l’arrêt de principe *Hollick* où la juge en chef McLachlin énonce succinctement cette norme : « . . . le représentant du groupe doit établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions énumérées [dans] la Loi, autre que l’exigence que les actes de procédure révèlent une cause d’action » (par. 25 (je souligne)). La Juge en chef signale que « [l]a Loi écarte carrément un examen au fond à l’étape de la certification » (par. 16). Cette étape intéresse plutôt la forme et le caractère approprié de la poursuite par voie de recours collectif (voir *Hollick*,par. 16; *Pro‑Sys Consultants Ltd. c.* *Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 98 B.C.L.R. (4th) 272 (« *Infineon* »), par. 65; *Cloud c. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), par. 50).
2. Suivant la norme de preuve issue de l’arrêt *Hollick*,la question n’est pas celle de savoir si la demande a un certain fondement factuel, mais plutôt si un certain fondement factuel établit chacune des conditions de certification. La juge en chef McLachlin signale cependant que la preuve importe aux fins de la certification. Elle fait remarquer que « le rapport [. . .] du comité consultatif du procureur général [sur la réforme du recours collectif] envisageait manifestement que le représentant du groupe serait tenu d’étayer sa demande de certification » (par. 25).
3. Bien qu’elle souscrive à la norme fondée sur l’existence d’« un certain fondement factuel », Microsoft fait valoir que [traduction] « pour respecter la norme de preuve, les demandeurs doivent établir *selon la prépondérance des probabilités* que le recours collectif proposé soulève une question commune et qu’il constitue la meilleure procédure pour régler cette question » (m.i., par. 41 (en italique dans l’original)). Elle invoque à l’appui les propos du juge Cullity, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, selon lesquels, [traduction] « [d]ans la mesure où l’exigence d’un certain fondement factuel est liée au fait que la demande de certification revêt un caractère procédural et que son examen ne doit pas porter sur le fond des allégations, rien ne paraît justifier l’application d’une norme moins stricte aux conditions essentielles qui président à la certification et qui échapperont à la compétence du tribunal lors du procès » (« Certification in Class Proceedings — The Curious Requirement of “Some Basis in Fact” » (2011), 51 *Rev. can. dr. comm.* 407, p. 422). En d’autres termes, le juge Cullity indique qu’en raison de leur nature procédurale, les conditions de certification ne feront pas l’objet d’un nouvel examen lors du procès. Il n’y a donc aucune raison de statuer sur le respect de ces conditions selon une norme moins stricte que celle de la « prépondérance des probabilités » généralement appliquée en matière civile. Microsoft ajoute que notre Cour devrait, à l’instar des tribunaux américains, tirer des conclusions de fait à l’étape de la certification selon la prépondérance de la preuve et exiger du juge saisi de la demande de certification qu’il évalue la preuve de façon à régler les différends d’ordre factuel ou juridique à cette étape, même lorsque ces différends touchent le fond du litige (voir m.i., par. 42, citant *In re : Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*,552 F.3d 305 (3rd Cir. 2008), p. 307, et m.i., par. 43).
4. Je ne saurais souscrire aux observations de Microsoft sur ce point. Si la juge en chef McLachlin avait voulu que le respect des conditions de certification soit assujetti à la norme de la « prépondérance des probabilités », elle l’aurait précisé. Or, la règle établie est claire. Les tribunaux n’ont jamais considéré que l’arrêt *Hollick* exigeait une preuve selon la prépondérance des probabilités. En outre, en s’appuyant sur le droit américain, Microsoft adopte une approche nouvelle et rompt avec la norme de l’arrêt *Hollick*. La norme fondée sur l’existence d’« un certain fondement factuel » n’exige pas que le tribunal se prononce sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l’étape de la certification. Elle tient plutôt compte du fait que, à cette étape, [traduction] « le tribunal n’est pas en mesure de statuer sur les éléments contradictoires de la preuve non plus que de déterminer sa valeur probante à l’issue d’une analyse nuancée » (*Cloud*,par. 50; *Irving Paper Ltd. c. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (C.S.J.), par. 119, citant *Hague c. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (C.S.J. Ont.)). La procédure de certification ne comporte pas d’examen au fond de la demande et elle ne vise pas à déterminer le bien‑fondé des allégations; [traduction] « elle intéresse plutôt la forme que revêt l’action pour déterminer s’il convient de procéder par recours collectif » (*Infineon*, par. 65).
5. De toute manière, plus d’une décennie s’est écoulée depuis *Hollick* et il convient de confirmer l’importance que revêt la procédure de certification comme mécanisme de filtrage efficace. La norme de preuve appliquée au stade de la certification n’emporte pas de [traduction] « conclusion sur le bien‑fondé de l’instance » (*CPA*, par. 5(7)); elle ne donne pas lieu non plus à un examen du caractère suffisant de la preuve qui soit superficiel au point d’être strictement symbolique.
6. Quoi qu’il en soit, j’estime en toute déférence qu’il serait peu utile de tenter de définir « un certain fondement factuel » dans l’abstrait. L’issue d’une affaire dépend des faits qui lui sont propres. Suffisamment de faits doivent permettre de convaincre le juge saisi des demandes que les conditions de certification sont réunies de telle sorte que l’instance puisse suivre son cours sous forme de recours collectif sans s’écrouler à l’étape de l’examen au fond à cause du non‑respect des conditions prévues au par. 4(1) de la *CPA*.
7. Enfin, je fais observer que les tribunaux canadiens ont refusé d’adopter l’approche américaine et de se livrer à une analyse rigoureuse sur le fond à l’étape de la certification. En conséquence, la certification du recours collectif ne garantit aucunement que les demandeurs auront gain de cause lors de l’examen des questions communes au procès. J’estime qu’il importe de souligner que l’approche canadienne à l’étape de la certification ne permet pas d’apprécier toutes les difficultés et tous les défis que le demandeur devra surmonter pour prouver ses allégations au procès. Une fois le recours certifié, de nouvelles données peuvent apparaître et remettre en question le respect des conditions du par. 4(1). C’est la raison pour laquelle la *CPA* consacre le pouvoir du tribunal de révoquer la certification du recours collectif à tout moment où il est établi que les conditions de certification ne sont plus réunies (par. 10(1)).

 b) Les demandes des membres du groupe soulèvent‑elles des questions communes?

1. L’exigence d’une question commune a été qualifiée de [traduction] « [f]ondamentale au recours collectif » (M. A. Eizenga et autres, *Class Actions Law and Practice* (feuilles mobiles), p. 3‑34.6). Elle repose sur l’idée que [traduction] « les personnes qui soulèvent une question de droit “commune” doivent pouvoir obtenir le règlement de cette question commune dans le cadre d’une seule instance plutôt que d’instances multiples et répétitives confinant à l’inefficacité » (*ibid.*)*.*
2. L’alinéa 4(1)(c) de la *CPA* dispose que le tribunal certifie qu’il s’agit d’un recours collectif lorsque, notamment, [traduction] « 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 ». Selon l’article 1 de la *CPA*, « question commune » s’entend, selon le cas, « (a) d’une question de fait commune, mais pas nécessairement identique ou (b) d’une question de droit commune, mais pas nécessairement identique, qui découle de faits qui sont communs, mais pas nécessairement identiques ».
3. Dans l’arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*,2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, notre Cour aborde la notion de communauté et conclut que « [l]a question sous‑jacente est de savoir si le fait d’autoriser le recours collectif permettra d’éviter la répétition dans l’appréciation des faits ou l’analyse juridique » (par. 39). J’énumère les autres paramètres établis par la juge en chef McLachlin et qui figurent aux par. 39-40 de l’arrêt :
4. Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l’objet.
5. Une question n’est « commune » que lorsque son règlement est nécessaire au règlement des demandes de chacun des membres du groupe.
6. Il n’est pas essentiel que les membres du groupe soient tous dans la même situation par rapport à la partie adverse.
7. Il n’est pas nécessaire que les questions communes l’emportent sur les questions non communes. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Le tribunal évalue l’importance des questions communes par rapport aux questions individuelles.
8. Le succès d’un membre du groupe emporte nécessairement celui de tous. Tous les membres du groupe doivent profiter du dénouement favorable de l’action, mais pas nécessairement dans la même proportion.
9. Microsoft fait valoir que les différences entre les membres du groupe proposé sont trop importantes et ne permettent pas de satisfaire à l’exigence d’une question commune. Selon elle, les demandeurs allèguent avoir subi un préjudice à l’occasion de comportements fautifs distincts, que ces actes ont eu lieu sur une période de 24 ans, qu’ils ont visé 19 produits différents, que diverses personnes ont pris part au complot et que d’innombrables licences sont en cause. Elle ajoute que le transfert de la majoration aux membres du groupe en aval dans la chaîne de distribution rend impossible la preuve de la perte de chacun des membres du groupe aux fins d’établir l’existence d’une question commune.
10. La multitude de variables que font intervenir les actions d’acheteurs indirects pourrait fort bien présenter un défi de taille à l’étape de l’examen au fond. Toutefois, plusieurs questions communes paraissent discernables. Établir la communauté des questions n’exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu. À ce stade, il faut plutôt établir que les questions soulevées sont communes à tous les membres du groupe.
11. Le juge Myers conclut que les demandes soulèvent des questions communes. Je conviens que leur règlement est en effet nécessaire à celui de la réclamation de chacun des membres du groupe. Il permettrait de faire progresser l’examen des allégations du groupe dans son ensemble et d’éviter la répétition dans l’analyse du droit et des faits. Une cour d’appel doit faire preuve de déférence à l’égard de ces conclusions.
12. À mon sens, les différences invoquées par Microsoft ne permettent pas d’écarter la conclusion qu’il y a questions communes. L’arrêt *Dutton* confirme que même des différences assez importantes entre les membres du groupe n’empêchent pas de conclure à l’existence de questions communes. En tout état de cause, comme le fait remarquer la juge en chef McLachlin, « [s]i des différences importantes surviennent, le tribunal réglera la question le moment venu » (*Dutton*,par. 54).
13. Outre celles liées à l’existence et à la portée des causes d’action invoquées, les autres questions communes certifiées par le juge Myers portent sur la perte qu’auraient subie les membres du groupe et sur la possibilité d’établir les dommages-intérêts de manière globale. Démontrer le caractère commun des questions liées à la perte — la perte subie par les membres peut-elle être circonscrite à l’échelle du groupe? — commande le recours à une preuve d’expert. La norme de preuve applicable à cette preuve est contestée, et je l’examine ci‑après. On soulève par ailleurs la question de savoir si les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent servir à fonder la responsabilité. J’examine ce point ensuite.

 (i) Preuve d’expert dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects

1. L’une des difficultés que pose le recours d’acheteurs indirects a trait à l’appréciation du caractère commun des questions liées au préjudice ou à la perte. Pour que ces questions puissent satisfaire à la norme d’« un certain fondement factuel », il doit être assez certain qu’elles peuvent faire l’objet d’un règlement commun. Dans le cadre d’actions intentées par des acheteurs indirects, les demandeurs tentent généralement de satisfaire à cette exigence en offrant une preuve d’expert qui revêt la forme de modèles et de méthodes économiques.
2. La méthode proposée par l’expert vise à établir que la majoration a été transférée aux acheteurs indirects, ce qui rend la question commune au groupe dans son ensemble (voir *Chadha*,par. 31). À l’étape de la certification, la méthode n’a pas à déterminer le montant des dommages-intérêts, mais doit plutôt — et c’est là l’élément crucial — être susceptible de prouver « les conséquences communes », comme le conclut un tribunal américain dans une affaire antitrust, *In Re : Linerboard Antitrust Litigation*, 305 F.3d 145 (3rd Cir. 2002). Les demandeurs doivent démontrer qu’une [traduction] « preuve permettra d’établir, lors du procès, les conséquences antitrust qui sont communes à tous les membres du groupe » (*ibid.*, p. 155). À l’étape de la certification, point n’est besoin que la méthode établisse la perte réellement subie par le groupe dans la mesure où le demandeur démontre qu’une méthode permet de le faire. Dans le cadre d’actions d’acheteurs indirects, la méthode doit donc pouvoir établir que la majoration a été transférée à l’acheteur indirect situé en aval dans la chaîne de distribution.
3. La question la plus vivement débattue au chapitre de l’utilisation de la preuve d’expert est celle de savoir à quel point la preuve doit être concluante à l’étape de la certification pour convaincre le tribunal qu’une méthode permet d’établir les conséquences communes à l’échelle du groupe. Dans l’affaire *Infineon*, la C.A.C.‑B.a invité la demanderesse à ne présenter [traduction] « qu’une méthode valable ou acceptable » pour ensuite conclure qu’« [i]l est bien établi que l’analyse de régression statistique offre en principe une estimation raisonnable du bénéfice ou du préjudice global et de l’étendue du transfert de la perte lorsqu’il y a eu fixation des prix » (par. 68). C’est le critère appliqué par le juge Myers en l’espèce, de sorte qu’il conclut que les méthodes employées par les parties demanderesses permettaient de satisfaire à l’exigence d’une question commune.
4. Microsoft soutient que le critère de la « méthode valable ou acceptable » adopté par le juge Myers est trop laxiste et ouvre la voie à des demandes étayées par une preuve insuffisante. Elle fait valoir que le par. 5(4) de la *CPA* oblige les parties à déposer des affidavits qui énoncent tous les faits importants qu’elles entendent invoquer et que le juge Myers avait donc l’obligation de mettre en balance les éléments de preuve des deux parties en cas de conflit. Elle allègue que, au mépris de cette exigence, le juge Myers ne soupèse pas la preuve d’expert de Pro‑Sys au regard de la sienne, mais conclut simplement que la preuve d’expert de Pro‑Sys n’est [traduction] « pas inacceptable » et que l’appréciation des éléments de preuve contradictoires « ne peut et ne doit pas intervenir à l’étape de la certification » (m.i., par. 43, citant le par. 144 des motifs du juge Myers). Or, selon Microsoft, cette approche est erronée et incompatible avec la norme applicable à cette étape. Invoquant encore une fois la jurisprudence américaine, elle exhorte notre Cour à apprécier les témoignages d’expert contradictoires à l’étape de la certification, et ce, de manière [traduction] « stricte » et « rigoureuse » (m.i., par. 45-48, citant *Hydrogen Peroxide*,p. 323, et *Wal‑Mart Stores, Inc*. *c. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2011), p. 2551).
5. À mon avis, la méthode d’expert doit être suffisamment valable ou acceptable pour établir un certain fondement factuel aux fins du respect de l’exigence d’une question commune. Elle doit donc offrir une possibilité réaliste d’établir la perte à l’échelle du groupe, de sorte que, si la majoration est établie à l’issue de l’examen des questions communes au procès, un moyen permette de démontrer qu’elle est commune aux membres du groupe (c.‑à‑d. que le transfert a eu lieu). Or, il ne peut s’agir d’une méthode purement théorique ou hypothétique; elle doit reposer sur les faits de l’affaire. L’existence des données auxquelles la méthode est censée s’appliquer doit être étayée par quelque preuve.
6. Il ne convient pas, à l’étape de la certification, de soumettre la méthode à la norme stricte ou rigoureuse que préconise Microsoft, notamment d’exiger du demandeur qu’il prouve le préjudice effectivement subi. Au Canada, contrairement à ce qui a cours aux États‑Unis, il n’y a pas d’emblée un droit à la communication de documents avant la certification. Même si le juge saisi des demandes a le pouvoir discrétionnaire de l’ordonner, Microsoft s’y est opposée et le juge Myers a refusé de l’ordonner en l’espèce (2007 BCSC 1663, 76 B.C.L.R. (4th) 171). Microsoft peut difficilement plaider en faveur d’un examen strict ou rigoureux, alors qu’elle s’est opposée à la communication de documents avant la certification et que le juge saisi des demandes a retenu son opposition.
7. En l’espèce, la preuve d’expert de Pro‑Sys est constituée de méthodes proposées par deux économistes, les professeurs James Brander et Janet Netz. Dans son affidavit, le professeur Brander déclare enseigner le commerce international pour la zone Asie‑Pacifique à la Sauder School of Business de l’Université de la Colombie‑Britannique et exercer la fonction de conseiller principal au sein du Delta Economics Group. Selon son affidavit, la professeure Netz est économiste et associée fondatrice d’ApplEcon LLC, un cabinet de services‑conseils en économie établi à Ann Arbor, au Michigan, professeure agrégée permanente d’économie à l’Université Purdue, ainsi que professeure agrégée invitée à l’Université du Michigan. Elle a été témoin expert dans plusieurs instances semblables engagées contre Microsoft aux États‑Unis. Son témoignage s’appuie en grande partie sur les éléments de preuve qu’elle a présentés à titre d’experte dans ces instances.
8. La professeure Netz estime que les méthodes employées aux États‑Unis peuvent également l’être en l’espèce. Selon elle, ces méthodes permettent d’établir la majoration que Microsoft a imposée initialement à ses acheteurs directs, ainsi que son transfert aux acheteurs indirects. Elle fait état de trois méthodes pour évaluer le préjudice subi et établir le montant des dommages‑intérêts. Les deux premières méthodes, à savoir celle fondée sur le taux de rentabilité (« *rate of return method* ») et celle fondée sur la marge bénéficiaire (« *profit margin method* »), permettent de déterminer la majoration intervenue au sommet de la chaîne de distribution — soit la majoration directe par Microsoft lors de la vente à ses propres clients. Ces méthodes ne permettent pas à elles seules d’établir le transfert de la majoration, mais elles visent à déterminer la somme totale touchée par Microsoft par suite de la majoration. En ce qui concerne la troisième méthode, celle fondée sur l’augmentation du prix (« *price premium method* »), l’analyse commence à l’autre extrémité de la chaîne de distribution, là où se situe le consommateur final.
9. La professeure Netz décrit comme suit la méthode fondée sur l’augmentation du prix :

 [traduction] Cette méthode sert à calculer l’augmentation du prix au *détail* des produits de Microsoft par rapport à ceux de concurrents pour les produits en cause et pour un ensemble de produits de référence lorsqu’il n’y a pas eu d’allégations de comportement anticoncurrentiel. La majoration correspond au pourcentage de diminution du prix au *détail* des produits en question qui permettrait à Microsoft de toucher la même augmentation du prix au *détail* que pour les produits de référence (à savoir des produits offerts sur des marchés non touchés par le comportement illégal de Microsoft). [En italique dans l’original; 2010 BCSC 285, par. 26.]

1. Une fois déterminée la majoration du prix au détail, on établit le montant des dommages‑intérêts en multipliant par le pourcentage de majoration le total des dépenses faites par les membres du groupe pour les produits en question.
2. Selon la professeure Netz, l’analyse de régression peut servir à déterminer l’étendue du transfert afin d’établir la perte subie par l’acheteur indirect. Faisant fond sur l’application concluante de ces méthodes aux États‑Unis, elle précise que, [traduction] « [s]ur le plan théorique, rien ne s’oppose à ce que les méthodes s’appliquent à la vente des logiciels de Microsoft au Canada » (affidavit de la professeure Netz, par. 49 (d.a., vol. II, p. 177)). Il appert implicitement de son témoignage que les données nécessaires à l’application des méthodes existent au Canada.
3. Aux paragraphes 131-164 de ses motifs, le juge Myers se penche sur les critiques formulées par Microsoft à l’égard du témoignage de la professeure Netz. Microsoft reproche au témoin de ne pas tenir compte du contexte canadien, de n’offrir aucune preuve à l’appui de ses conclusions, de ne pas bien choisir les produits de référence et de proposer des méthodes inapplicables. Le juge Myers conclut que la professeure Netz fait néanmoins état d’une méthode acceptable pour établir la perte infligée à l’échelle du groupe. Il n’examine donc pas les méthodes proposées par le professeur Brander (par. 164).
4. Il se peut effectivement que, au procès, le témoignage d’expert présenté par Microsoft se révèle plus convaincant et plus digne de foi que ceux de la professeure Netz et du professeur Brander. Or, trancher entre des preuves d’expert contradictoires relève du juge du procès et ne doit pas intervenir à l’étape de la certification (voir *Infineon*,par. 68; *Irving*,par. 143). Le juge du procès disposera d’un dossier complet qui lui permettra de se prononcer sur le caractère approprié de tout octroi de dommages‑intérêts fondé sur la méthode proposée. Aux fins de la certification, et compte tenu de la déférence à laquelle a droit le juge saisi des demandes sur ce point, je suis d’avis de ne pas modifier les conclusions du juge Myers sur le caractère commun des questions touchant à la perte subie.

 (ii) Détermination globale du montant des dommages‑intérêts

1. La question qui se pose en l’espèce est celle de savoir s’il y a lieu de certifier comme questions communes celles se rapportant à l’opportunité de dommages-intérêts globaux. Les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux prévoient l’établissement de la réparation pécuniaire à l’échelle du groupe. Voici le libellé des par. 29(1) et (2) de la *CPA* :

[traduction]

 **29** (1) Le 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 :

 (a) une réparation pécuniaire est demandée au nom de tous les membres du groupe ou de certains d’entre eux;

 (b) il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire afin de fixer le montant de la responsabilité pécuniaire du défendeur;

 (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.

(2) Avant de rendre l’ordonnance visée au paragraphe (1), le tribunal permet au défendeur de présenter des observations sur toute question qui touche l’ordonnance proposée, y compris sur ce qui suit :

 (a) le bien‑fondé de l’ordonnance rendue en application de ce paragraphe ou le montant des dommages‑intérêts qui y sont accordés;

 (b) la nécessité d’une preuve individuelle du droit à la réparation pécuniaire étant donné la nature individuelle de celle-ci.

1. Dans la présente affaire, les questions communes qui ont été certifiées sont les suivantes : peut‑on établir les dommages-intérêts de manière globale et, dans l’affirmative, à combien se montent‑ils? Pour les motifs qui suivent, la décision du juge saisi des demandes de certifier ces questions ne doit pas être réformée. Toutefois, même si les questions que certifie le juge Myers relativement aux dommages-intérêts globaux n’ont trait qu’à la détermination de leur montant, et non à la preuve de la perte, ses motifs créent une certaine incertitude quant à savoir si les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour prouver la perte lorsque la preuve de celle‑ci est un élément essentiel de l’établissement de la responsabilité. Cette question a été tranchée différemment par les tribunaux de l’Ontario et de la Colombie‑Britannique, deux provinces dont les dispositions pertinentes s’apparentent suffisamment entre elles pour qu’on puisse les comparer.
2. Dans la présente affaire, le juge Myers conclut que ces dispositions peuvent être invoquées pour établir ce qui me paraît être la preuve de la perte qui permet d’établir la responsabilité. Il dit que [traduction] « les dispositions de la *Class Proceedings Act* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux permettent de prouver le préjudice infligé globalement au groupe en entier » (par. 126) et aussi qu’« il faut considérer que, pour la Cour d’appel, la certification d’une demande d’indemnisation n’exige pas la démonstration qu’une méthode permet d’établir le préjudice infligé à tous les membres du groupe et, en outre, les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour établir la responsabilité » (C.S.C.‑B., par. 125).
3. Pour arriver à la conclusion que les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux peuvent être invoquées pour prouver la perte infligée au groupe dans son ensemble, le juge Myers s’appuie sur la jurisprudence de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique. Son raisonnement figure dans *Infineon* :

 [traduction] Dans *Knight*, la Cour confirme la certification de la réparation pécuniaire globale fondée sur la *CPA* comme question commune dans une instance en restitution des profits tirés du comportement fautif sans détermination préalable de la responsabilité du défendeur — en fait, l’évaluation globale établirait à la fois le fait que le défendeur a tiré profit de son comportement fautif et l’étendue de ce profit. [par. 39]

(Voir également *Steele c. Toyota Canada Inc.*, 2011 BCCA 98, 329 D.L.R. (4th) 389, par. 50-52.)

1. Soit dit en tout respect, je n’adhère pas à ce raisonnement. Les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux ont trait à la réparation, sont de nature procédurale et ne peuvent permettre d’établir la responsabilité (*2038724 Ontario Ltd. c.* *Quizno’s Canada Restaurant Corp.*, 2010 ONCA 466, 100 O.R. (3d) 721, par. 55). Le libellé de l’al. 29(1)(b*)* veut qu’il ne reste à trancher que des questions de fait ou de droit touchant à la détermination de la réparation pécuniaire pour qu’une réparation pécuniaire globale puisse être accordée. À mon sens, il faut une conclusion préalable de responsabilité avant d’appliquer les dispositions de la *CPA* sur l’octroi de dommages-intérêts globaux, ce qui comprend, lorsque l’exige une cause d’action comme celles prévues à l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, une conclusion sur la preuve de la perte. Je ne vois pas comment une disposition visant à accorder des dommages-intérêts de manière globale pourrait être le fondement d’une conclusion sur quelque volet de la responsabilité.
2. Je souscris à la conclusion de la juge Feldman dans *Chadha*, à savoirque les dispositions sur l’octroi de dommages-intérêts globaux [traduction] « s’appliquent seulement une fois la responsabilité établie et offrent une méthode d’évaluation globale des dommages‑intérêts, mais ne permettent pas d’établir le préjudice » (par. 49). Je conviens également avec le juge Masuhara de la Cour suprême de la Colombie‑Britannique qu’[traduction] « établir la responsabilité exige de prouver que le transfert de la perte a atteint les membres du groupe. Il faut statuer sur ce point avant d’appliquer les dispositions sur l’évaluation globale des dommages‑intérêts, lesquelles n’offrent qu’un moyen d’attribuer l’indemnité » (voir *Infineon*, 2008 BCSC 575 (CanLII), par. 176). Aussi, je partage l’avis de la Cour d’appel de l’Ontario dans *Quizno’s* selon lequel [traduction] « [l]es juges majoritaires reconnaissent clairement que l’art. 24 [de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l’Ontario, L.O. 1992, ch. 6] est de nature procédurale et ne peut servir d’assise à l’établissement de la responsabilité » (par. 55).
3. Ce raisonnement traduit l’intention du procureur général de la Colombie‑Britannique. Lorsque ce dernier a présenté la *CPA* à l’Assemblée législative de la province, il a précisé que la loi visait à permettre aux personnes ayant des réclamations apparentées de réunir leurs demandes individuelles et de poursuivre collectivement : [traduction] « En somme, le but est seulement de trouver un moyen de reconnaître aussi à un regroupement de personnes le droit d’ester en justice que l’on reconnaît à une personne individuelle » (l’hon. C. Gabelmann, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly (Hansard)*, vol. 20, no 20, 4e sess., 35e lég., 6 juin 1995, p. 15078). La *CPA* ne visait pas à permettre à un groupe de personnes de prouver ce que nulle personne individuelle ne pouvait prouver. L’un de ses principaux objectifs était plutôt de faire en sorte que les personnes qui ont des réclamations individuelles prouvables puissent se regrouper et voir ainsi leurs démarches judiciaires facilitées.
4. La question de savoir si l’octroi de dommages-intérêts globaux constitue une réparation appropriée peut être certifiée comme question commune. Cependant, cette question commune ne sera tranchée qu’au procès, une fois la responsabilité établie. La décision relative à l’applicabilité des dispositions de la *CPA* sur les dommages-intérêts globaux doit appartenir en fin de compte au juge du procès appelé à statuer sur les questions communes. En outre, l’omission de proposer ou de certifier à titre de question commune l’opportunité d’accorder des dommages-intérêts globaux ou une autre réparation n’empêche pas le juge de se fonder sur les dispositions s’il l’estime indiqué.
5. Toutefois, rappelons que même si les dispositions sur les dommages-intérêts globaux ne sauraient servir à prouver la perte, la décision du juge Myers de certifier que leur application soulève une question commune demeure valable. Même s’il conclut à tort qu’elles peuvent être invoquées pour établir la responsabilité, il ajoute que point n’est besoin de les invoquer en l’espèce (voir par. 119-120 et 127). Les questions qui s’y rapportent et qu’il certifie consistent seulement à savoir si le montant des dommages-intérêts peut être arrêté globalement et, dans l’affirmative, quel est ce montant. Puisque le juge Myers ne s’appuie pas véritablement sur sa conclusion que les dispositions peuvent être invoquées pour prouver la responsabilité, sa décision de certifier des questions communes touchant à l’octroi de dommages-intérêts globaux n’a pas à être modifiée.

 c) Le recours collectif constitue‑t‑il la meilleure procédure pour régler les questions communes?

1. Le paragraphe 4(2) de la *CPA* prévoit que le recours collectif doit constituer la meilleure procédure pour régler une question commune :

 [traduction]

(2)  Pour déterminer si le recours collectif serait la meilleure procédure pour régler la question commune de manière juste et efficace, le tribunal tient compte des facteurs applicables et se demande notamment ce qui suit :

 (a) la question de fait ou de droit qui est commune aux membres du groupe l’emporte-t-elle sur celle qui touche uniquement les membres individuels;

 (b) un nombre important de membres du groupe ont-ils véritablement intérêt à poursuivre des instances séparées;

 (c) le recours collectif comprend-il des demandes qui ont été ou qui font l’objet d’autres instances;

 (d) les autres modes de règlement sont-ils moins pratiques ou efficaces;

 (e) la gestion du recours collectif crée-t-elle de plus grandes difficultés que l’adoption d’un autre moyen?

1. Dans l’arrêt *Hollick*, notre Cour confirme que le fait de constituer ou non la meilleure procédure pour régler les questions communes est fonction des trois principaux avantages du recours collectif : « . . . l’économie des ressources judiciaires, l’accès à la justice et la modification des comportements » (par. 27).
2. Selon Microsoft, l’absence de caractéristiques communes aux membres du groupe et le grand nombre de questions individuelles font que le recours collectif n’est pas un moyen [traduction] « juste, efficace et pratique de faire progresser l’instance » comme l’exige l’arrêt *Hollick* (m.i., par. 84, citant *Hollick*, par. 28). Elle ajoute que la certification de l’action ne saurait remplir la fonction du recours collectif qui consiste à faciliter l’accès à la justice, car l’action se fragmenterait inévitablement en de nombreux procès individuels, ce qui causerait des retards au détriment des membres du groupe. Microsoft soutient en outre que les actions d’acheteurs indirects donnent généralement lieu à des versements selon le principe de l’aussi‑près (en anglais, « *cy près doctrine* ») — lorsqu’il est irréaliste de distribuer la somme accordée aux demandeurs individuels —, ce qui n’est pas non plus de nature à favoriser l’accès à la justice. En ce qui concerne l’objectif de modifier les comportements, Microsoft soutient qu’il relève plutôt du commissaire de la concurrence et que les instances susceptibles d’être engagées par cet organisme offrent le meilleur moyen de statuer sur les actes fautifs allégués en l’espèce.
3. Je ne puis faire droit à ces prétentions. Dans *Hollick*, la juge en chef McLachlin estime que le demandeur ne satisfait pas aux conditions de certification en ce que le recours collectif ne constitue pas la meilleure procédure. Selon elle, la question de savoir si la défenderesse a émis illégalement du méthane et d’autres polluants est commune à tous les membres du groupe. Sur la question de savoir si la perte peut être établie à l’échelle du groupe, elle conclut cependant que, en raison de différences trop nombreuses entre les membres du groupe, il n’y a pas lieu de voir dans la perte une question commune. En d’autres termes, bien qu’elle conclue que l’existence d’une cause d’action soulève une question commune, la Juge en chef estime que les questions liées à la perte ne sont pas communes à tous les membres du groupe. Elle refuse de certifier le recours collectif au motif que, « [u]ne fois la question commune considérée dans le contexte global de la demande, il devient difficile d’affirmer que le règlement de la question commune fera progresser substantiellement l’instance » (par. 32).
4. Dans la présente affaire, non seulement l’existence de causes d’action, mais aussi la perte subie par les membres du groupe, constituent des questions communes. Contrairement à l’affaire *Hollick*, on peut dire en l’espèce que la perte constitue une question commune car il a été déterminé qu’une méthode proposée par un expert permettrait assez certainement d’établir la perte à l’échelle du groupe. Le règlement des questions communes devrait permettre de statuer sur la responsabilité de Microsoft et sur le transfert de la majoration aux acheteurs indirects. Puisqu’il est essentiel de statuer sur ces points afin que les membres du groupe puissent recouvrer le montant de la perte, on peut soutenir en l’espèce que le règlement des questions communes fera progresser substantiellement l’instance. Bien qu’il soit possible que des questions individuelles soient soulevées à l’audition des questions communes, le juge Myers indique implicitement dans ses motifs que, à l’étape de la certification, les questions communes l’emportent sur les questions qui ne touchent que des membres individuels. Je suis d’accord. Dans les circonstances, je suis d’avis de ne pas modifier sa conclusion portant que le recours collectif constituerait la meilleure procédure pour régler les questions communes.
5. De plus, il est trop tôt pour présumer que la réparation accordée en l’espèce donnera lieu à des versements selon le principe de l’aussi‑près ou que, le cas échéant, l’objectif de favoriser l’accès à la justice sera compromis. En outre, bien que, sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, la dissuasion et la modification des comportements relèvent en premier lieu du commissaire de la concurrence, le Bureau de la concurrence a indiqué qu’il ne poursuivrait pas Microsoft dans le présent dossier. Par conséquent, si le recours collectif n’est par certifié, les objectifs de dissuasion et de modification des comportements ne feront l’objet d’aucune mesure. Non seulement le recours collectif constitue la meilleure procédure pour atteindre ces objectifs, mais il est le seul.

 (4) Conclusion sur la certification du recours collectif

1. Je suis d’avis de rétablir les ordonnances des juges saisis des demandes qui font droit à la demande de certification de l’action à titre de recours collectif, sous réserve de la radiation des allégations fondées sur la fiducie par interprétation.

V. Conclusion

1. Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour seulement[[1]](#footnote-1)\*.

ANNEXE : Questions communes certifiées par le juge Myers

[traduction]

Violation de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C‑34

a) Les défenderesses ou l’une d’elles se sont‑elles livrées à un comportement allant à l’encontre des art. 45 ou 52 de la *Loi sur la concurrence*?

b) Les membres du groupe ont‑ils droit, suivant l’art. 36 de la *Loi sur la concurrence*, au recouvrement des pertes ou des dommages subis et, dans l’affirmative, à raison de quel montant?

c) Le montant des dommages‑intérêts peut‑il être établi de manière globale et, dans l’affirmative, quel est‑il?

Complot

d) Les défenderesses ou l’une d’elles ont‑elles participé à un complot visant à causer un préjudice aux membres du groupe?

e) Les défenderesses ou l’une d’elles ont‑elles agi en vue de la réalisation du complot?

f) Le complot visait‑il principalement à causer un préjudice aux membres du groupe?

g) Les auteurs du complot ont‑ils eu recours à des actes illégaux?

h) Les défenderesses ou l’une d’elles savaient‑elles que le complot causerait vraisemblablement un préjudice aux membres du groupe?

i) Les membres du groupe ont‑ils subi une perte financière?

j) Quel est le montant des dommages‑intérêts, s’il en est, payables par les défenderesses ou l’une d’elles aux membres du groupe?

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

Atteinte délictuelle aux intérêts financiers

l) Les défenderesses ou l’une d’elles ont‑elles eu l’intention de nuire aux membres du groupe?

m) Les défenderesses ou l’une d’elles ont‑elles porté atteinte aux intérêts financiers des membres du groupe par des moyens illégaux?

n) Les membres du groupe ont‑ils subi une perte financière par suite de cette atteinte?

o) Quel est le montant des dommages‑intérêts, s’il en est, payables par les défenderesses ou l’une d’elles aux membres du groupe?

p) Le montant des dommages‑intérêts peut‑il être établi globalement et, dans l’affirmative, quel est‑il?

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

q) Les défenderesses ou l’une d’elles se sont‑elles enrichies sans cause par suite d’une majoration?  « Majoration » s’entend de la différence entre les prix que les défenderesses ont effectivement exigés pour les systèmes d’exploitation et les logiciels d’application Microsoft sur le marché canadien des ordinateurs personnels et les prix qu’elles auraient pu exiger n’eût été leur comportement fautif.

r) Les membres du groupe se sont‑ils appauvris d’un montant égal à celui de la majoration?

s) Une cause juridique justifie-t-elle les défenderesses ou l’une d’elles de conserver le fruit de la majoration?

t) Quelle somme les défenderesses ou l’une d’elles doivent‑elles restituer aux membres du groupe, le cas échéant, sur le fondement de l’enrichissement sans cause?

u) Les défenderesses ou l’une d’elles doivent‑elles être constituées fiduciaires par interprétation au bénéfice des membres du groupe quant au montant de la majoration?

v) À combien se monte la majoration, s’il en est, que les défenderesses ou l’une d’elles détiennent en fiducie pour les membres du groupe?

w) Quelle somme, s’il en est, les défenderesses doivent‑elles restituer aux membres du groupe sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?

x) Les défenderesses ou l’une d’elles sont‑elles tenues de comptabiliser à l’intention des membres du groupe les profits illégitimes réalisés, le cas échéant, lorsqu’elles leur ont vendu des systèmes d’exploitation et des logiciels d’application Microsoft, sur le fondement de la renonciation au recours délictuel?

y) Le montant de la restitution peut‑il être établi globalement et, dans l’affirmative, quel est‑il?

Dommages‑intérêts punitifs

z) Les défenderesses 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 sont les bénéficiaires?

Intérêt

aa) Quelle obligation, s’il en est, les défenderesses ou l’une d’elles ont-elles de verser l’intérêt dont le paiement est ordonné par la cour?

Distribution des dommages‑intérêts ou des fonds détenus en fiducie

bb) 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? [d.a., vol. I, p. 167-169]

 Pourvoi accueilli avec dépens\*.

 Procureurs des appelants : Camp Fiorante Matthews Mogerman, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa

 Procureurs des intimées : McCarthy Tétrault, Toronto; Blake, Cassels & Graydon, Vancouver et Toronto.

 Procureur de l’intervenant : Procureur général du Canada, Ottawa.

1. \* Une ordonnance a été rendue le 15 octobre 2014 modifiant le par. 143 des motifs. [↑](#footnote-ref-1)