

# RECOURS COLLECTIFS ET CARTELS INTERNATIONAUX : LE QUÉBEC REGARDERA-T-IL PASSER LE TRAIN?

LES GRANDS RENDEZ-VOUS DE LA FORMATION  
14 FÉVRIER 2013

PAR DANIEL BELLEAU ET MAXIME NASR

## La faute

**Cartel *n.m.*:** Concentration horizontale d'entreprises de même nature qui tendent à s'assurer le monopole du marché en éliminant la concurrence par le contrôle de la production, de la vente ou des prix.

**Complot *n.m.*:** Entente entre deux ou plusieurs personnes dans le but de réaliser, par leurs efforts conjoints, une infraction.

Hubert Reid, Dictionnaire de droit québécois et canadien, 4<sup>éd.</sup>, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

# Illustration- le dossier de la DRAM

3

- Cinq manufacturiers fixent les prix de la de la mémoire vive dynamique (DRAM) de 1999 à 2002;
- La DRAM est une composante très répandue d'équipement informatique;
- À eux cinq, les membres du cartel fabriquent plus de 80% de la mémoire vive dynamique vendue dans le monde;
- Ils vendent à des fabricants d'ordinateurs, de téléphones, de voitures, etc.;
- Ils vendent également directement à des consommateurs.

# L'infraction

4

## Article 45 Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c.C-34 Version en vigueur avant le 12 mars 2010

### Complot

45. (1) 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 complot, 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'emmagasiner 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 d'un 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.

## Article 45 Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c.C-34 Version en vigueur depuis le 12 mars 2010

### Complot, accord ou arrangement entre concurrents

45. (1) Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, complot, conclut un accord ou un arrangement :

- a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit;
- b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;
- c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit.

### Définitions

(8) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« *concurrent* » S'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement visant à faire l'une des choses prévues aux alinéas (1)a) à c).

# Les recours civils

5

## Loi sur la concurrence

### Recouvrement de dommages-intérêts

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

- a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;
- b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

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

## Code civil du Québec

**1457.** Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

# La prescription

6

## Loi sur la concurrence

**36.** (4) Les actions visées au paragraphe (1) se prescrivent :

a) dans le cas de celles qui sont fondées sur un comportement qui va à l'encontre d'une disposition de la partie VI, dans les deux ans qui suivent la dernière des dates suivantes :

(i) soit la date du comportement en question,

(ii) soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite;

[...]

## Code civil du Québec

**2925.** L'action qui tend à faire valoir un droit personnel ou un droit réel mobilier et dont le délai de prescription n'est pas autrement fixé se prescrit par trois ans.

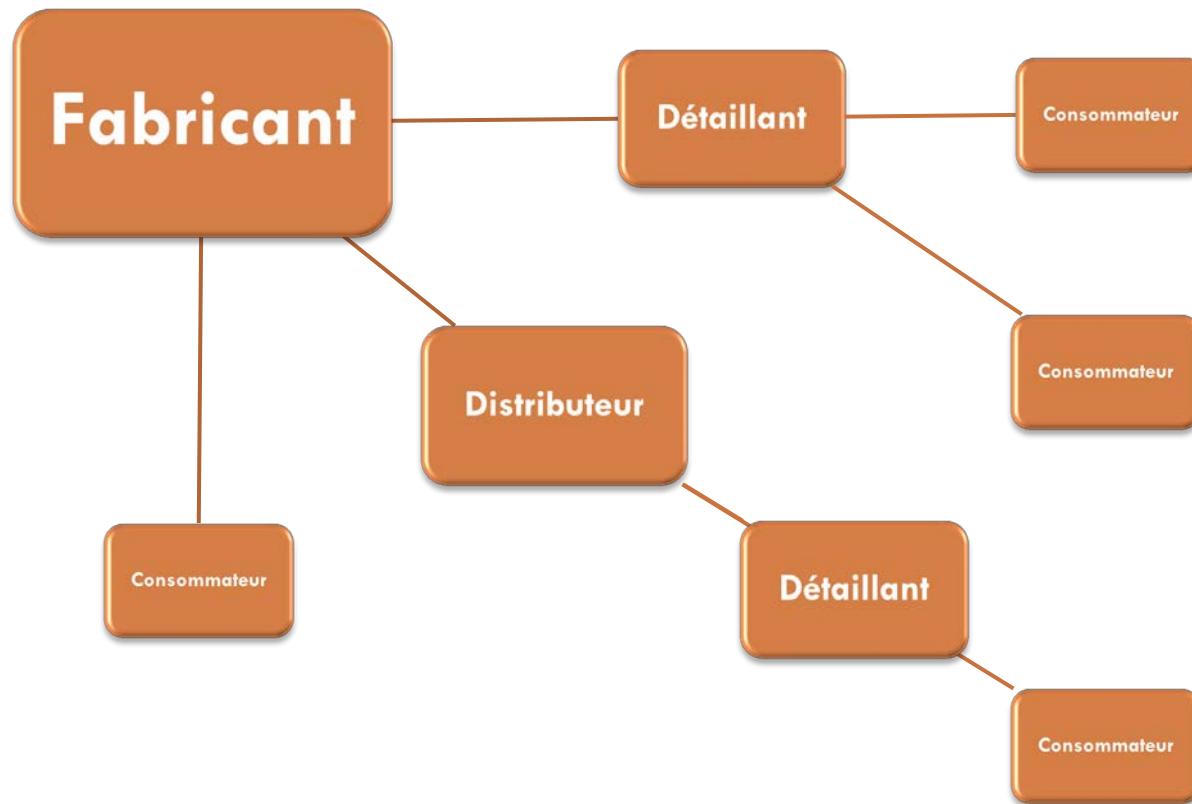
- ❑ Aspects factuels du transfert de la perte
- ❑ Traitement juridique du transfert de la perte

- ❑ Comment identifier les victimes d'un cartel?
- ❑ Comment calculer l'étendue de leur perte?



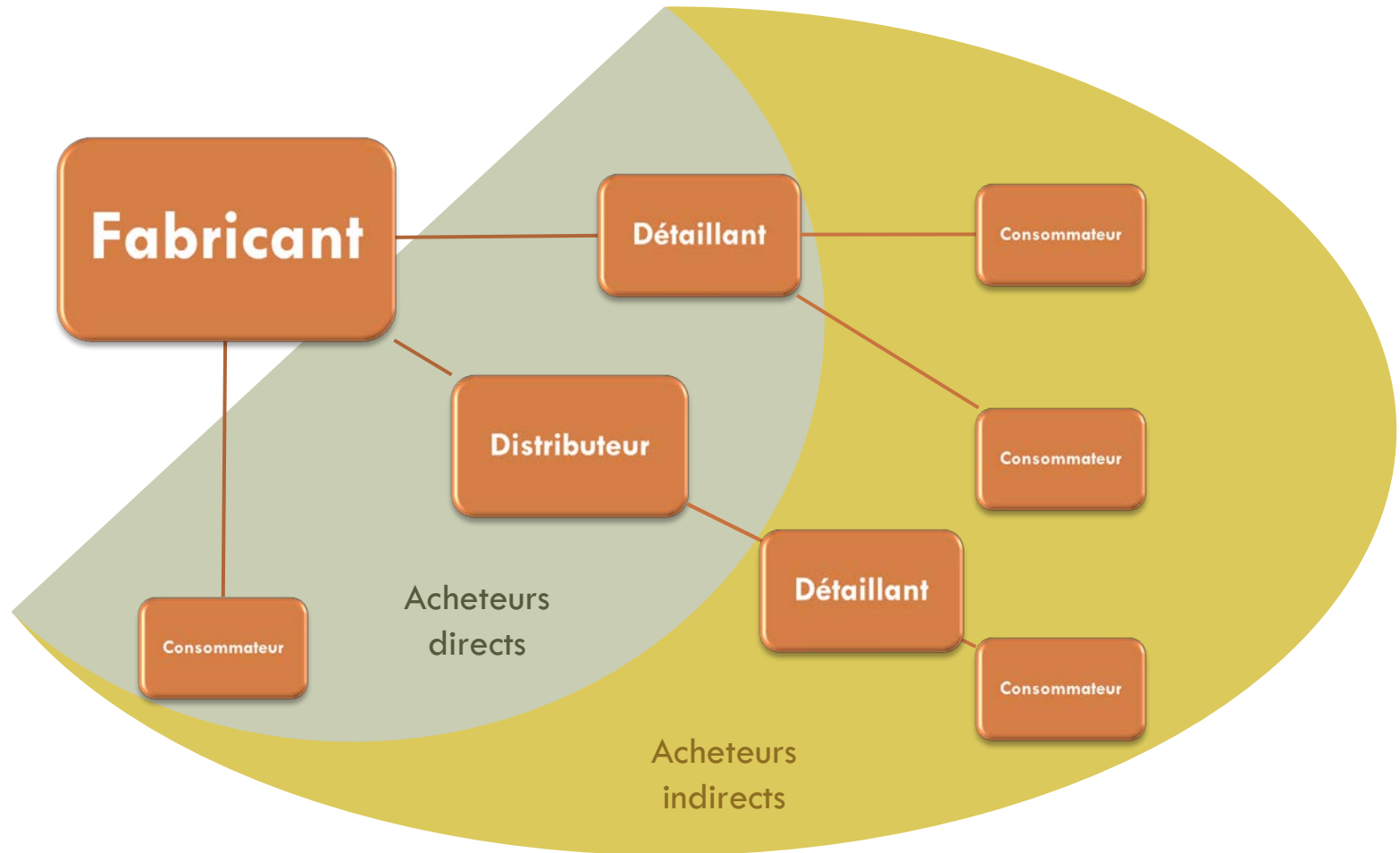
# La chaîne de distribution d'un produit

9



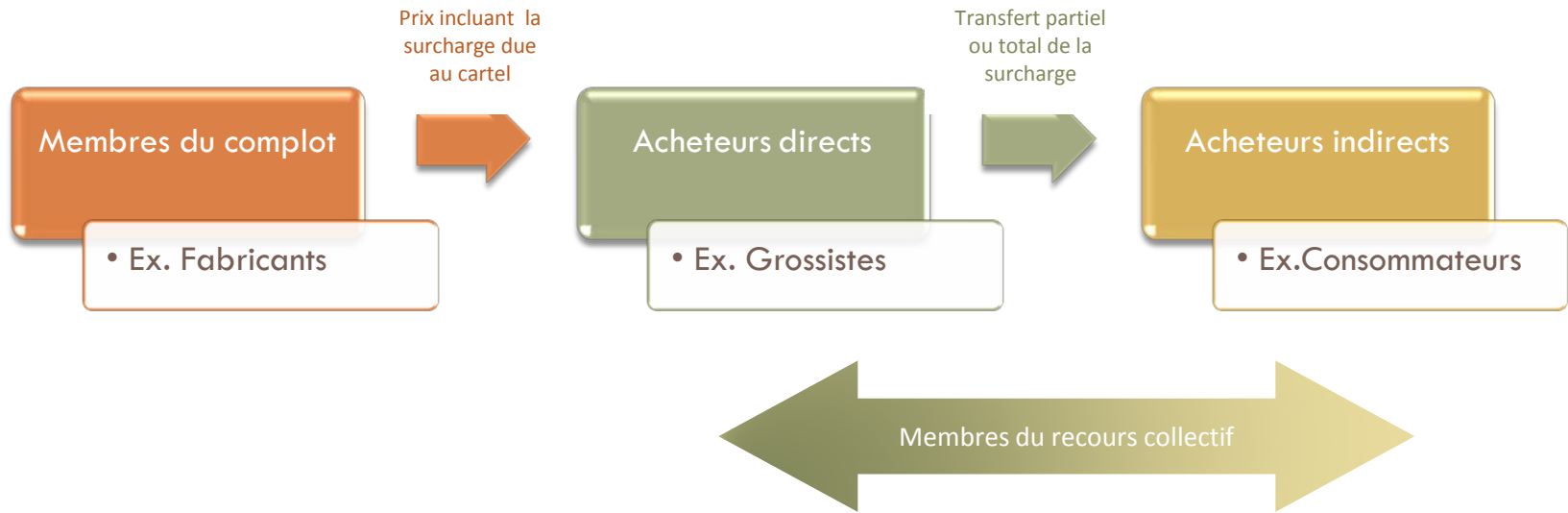
# Les acheteurs directs et indirects

10



# Le transfert de la perte

11



- ❑ **L'expérience américaine**
- ❑ **L'expérience canadienne**

## L'expérience américaine

- ❑ La défense de transfert de la perte
  - ❑ *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968);
  
- ❑ La demande fondée sur le transfert de la perte
  - ❑ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977)

# L'arrêt *Hanover Shoe* - Faits

14

- Hanover Shoe, un fabricant de souliers, entame un recours civil contre United Shoe Machinery en invoquant une pratique monopolistique illégale consistant à louer plutôt que vendre la machinerie permettant de fabriquer les souliers;
- La Cour de district et la Cour d'appel concluent à la responsabilité de United Shoe Machinery;
- Celle-ci se pourvoit en Cour suprême en invoquant que Hanover Shoe ne pouvait prouver un préjudice puisqu'elle avait transféré la différence entre le prix de location et la valeur d'achat à ses clients.
- La Cour suprême américaine rejette cette défense.

# Considérations pour rejeter la défense de transfert de la perte

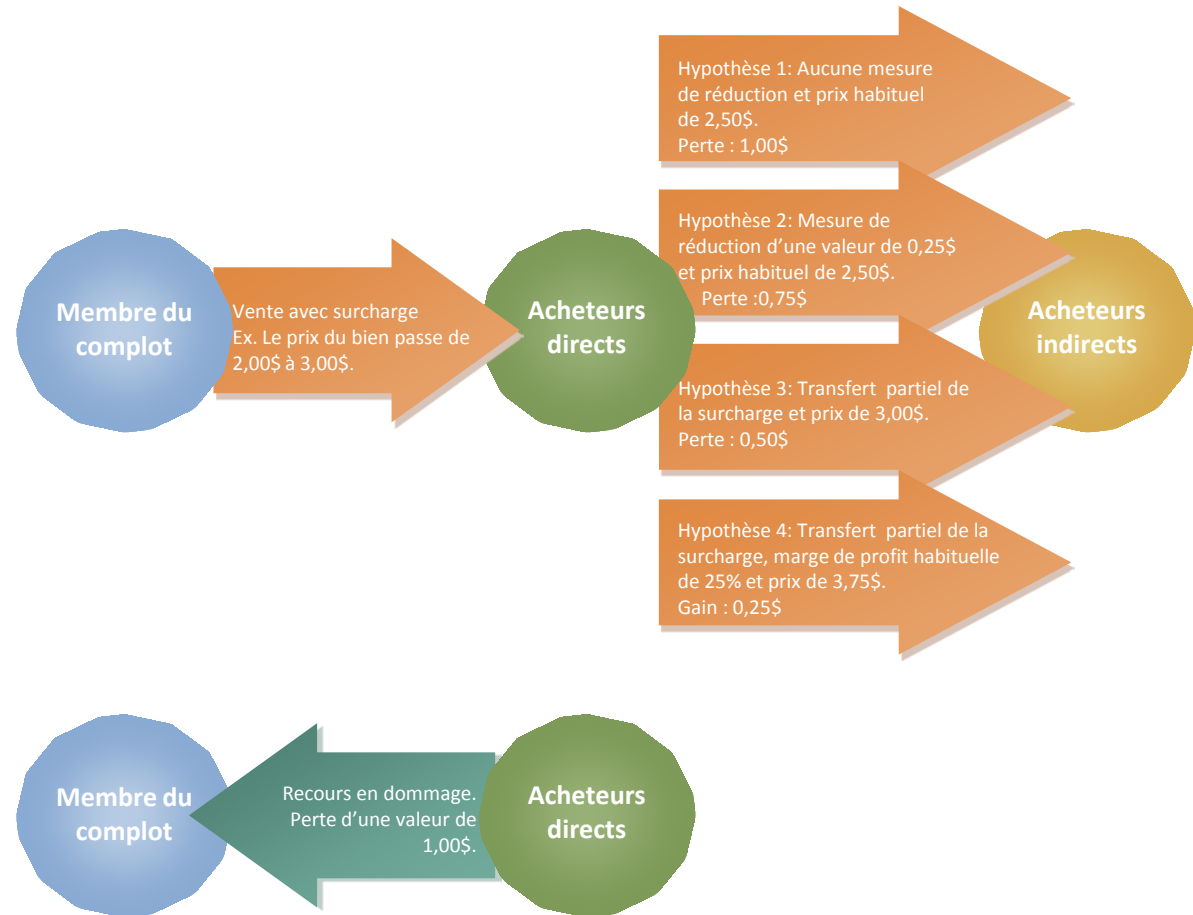
15

- ❑ l'organisation des affaires de l'acheteur qui paye une surcharge illégale ne devrait pas avoir d'impact sur la qualification de la perte qu'il subit;
- ❑ la preuve du transfert de la perte est trop complexe:
  - ❑ à la lumière des outils économiques de l'époque, certaines variables paraissent invérifiables;
  - ❑ l'effet anticipé de cette complexité est d'alourdir notablement le fardeau de preuve du demandeur, celui-ci devant prouver l'absence de transfert de la perte.
- ❑ la diminution des incitatifs à poursuivre les membres d'un cartel puisque l'intérêt à poursuivre de l'acheteur direct se scinderait, selon l'ampleur du transfert de la perte, en de multiples intérêts de moindre taille d'acheteurs indirects

# Effet du rejet de la défense de transfert de la perte

16

*Hanover Shoe* empêche le membre du complot d'obtenir la réduction de la réclamation de l'acheteur direct en invoquant ses techniques de réduction de la perte.





# L'arrêt *Illinois Brick* - Faits

17

- L'État de l'Illinois, ainsi que 700 entités gouvernementales, poursuit des manufacturiers de blocs de béton, dont la société Illinois Brick, pour avoir complété en vue de fixer leurs prix.
- Les blocs de béton étaient généralement vendus à des entrepreneurs en maçonnerie qui, par l'entremise de contrats avec des entrepreneurs généraux, participaient à la construction d'immeubles dont les demandeurs avaient acquis la propriété.
- Les demandeurs étant des acheteurs indirects, la Cour de district juge leur recours irrecevable en application de l'arrêt *Hanover Shoe*. La Cour d'appel infirme cette décision.
- La Cour suprême des États-Unis rejette l'utilisation agressive de la théorie du *passing-on* en avançant qu'il s'agit de la seule solution compatible avec les principes établis dans *Hanover Shoe*.

# Considérations pour rejeter la demande fondée sur le transfert de la perte

18

- Permettre le transfert de la perte comme cause d'action mais non comme moyen de défense crée un risque de double indemnisation;
- La complexité de la preuve crée une incertitude quant à la valeur de la surcharge qui pourra être établie devant les tribunaux;
- Les victimes auront moins tendance à poursuivre s'il existe une incertitude quant au partage de la surcharge entre elles.

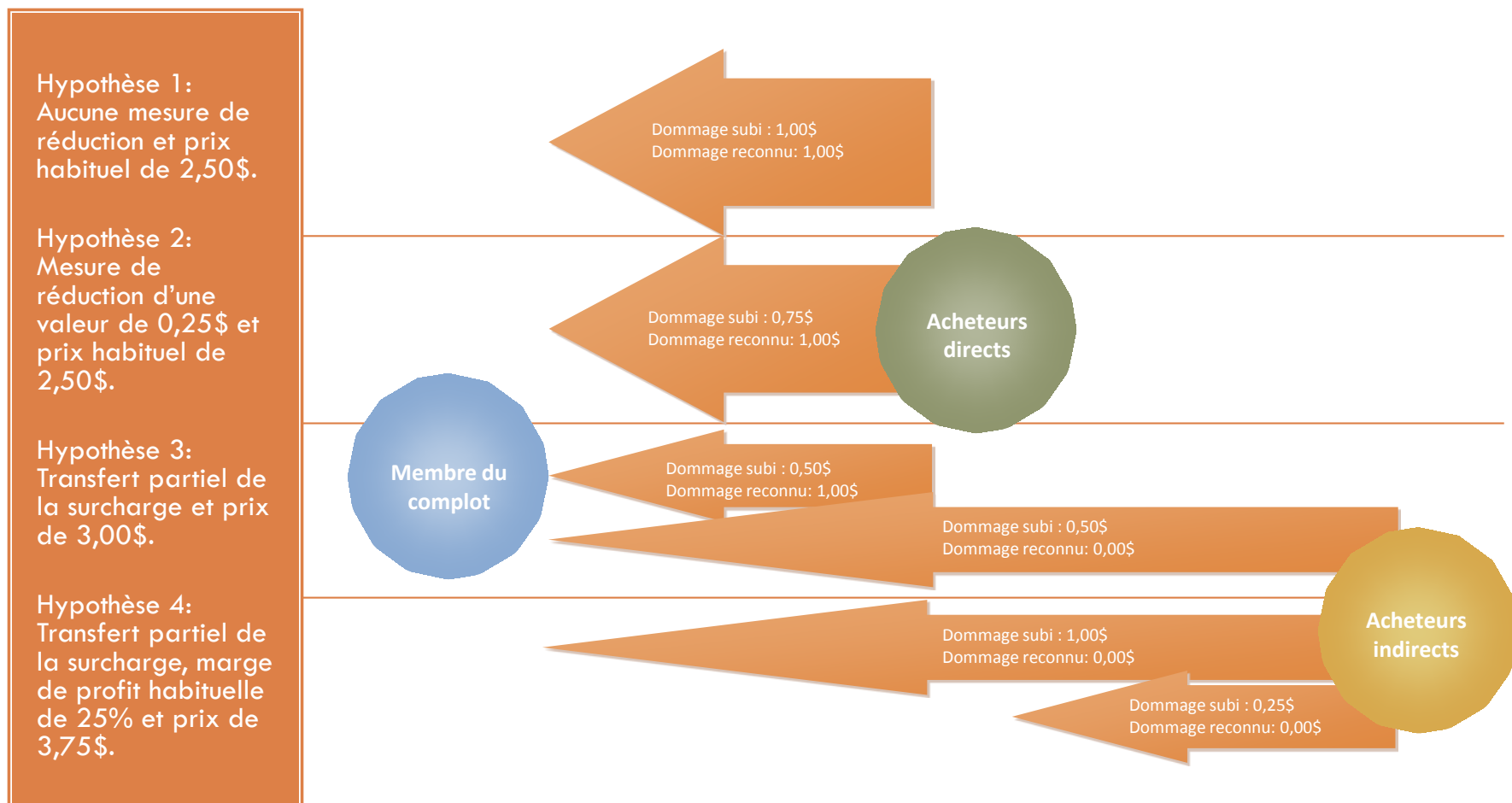
# Considérations pour accueillir la demande fondée sur le transfert de la perte

19

- Dans plusieurs cas de cartel, la majeure partie de la perte est supportée par les acheteurs indirects;
- Il n'y a, en l'espèce, aucun risque, contrairement à l'arrêt Hanover Shoe, que les défendeurs échappent à leur responsabilité et frustrent les objectifs des règles applicables en matière de concurrence;
- Les problèmes de preuve ne distinguent pas ce dossier: tous les dossier de concurrence exigent une part d'estimation raisonnable;
- Les outils de procédure judiciaire permettent de contrôler les risques de double indemnisation.

# Distribution du dommage réellement subi

20



## □ La défense de transfert de la perte

- *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 R.C.S. 74, 2004 CSC 38
- *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 RCS 3, 2007 CSC 1

# *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*

## Résumé factuel

22

- Incendie de forêt dont Canadian Forest Products est en grande partie responsable;
- La province de Colombie-Britannique allègue avoir perdu les droits de coupe à l'égard des arbres qui auraient été récoltés dans le cours normal des activités des titulaires de permis;
- La réglementation en vigueur établit les droits de coupe à l'aide d'un système de fixation des prix grâce auquel si, dans un secteur, la « valeur » du bois récolté diminue, entraînant une diminution des droits de coupe, les droits payés par les autres titulaires de permis au cours du trimestre suivant sont rajustés pour compenser;
- La Cour doit déterminer si le système de compensation mis en place par la province l'empêche d'alléguer qu'elle a subi un préjudice en raison de l'incendie.

Selon la majorité de la Cour, le système de fixation des prix a eu pour effet de prévenir la survenance d'une perte de recettes :

[111] Presque toutes les entreprises doivent « transférer » leurs pertes à leurs clients. Il 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. Pareil argument obligerait la cour à entreprendre [traduction] « la tâche interminable et futile de suivre chaque opération jusqu'à son aboutissement ultime ». Toutefois, si aucune perte de recettes n'a été subie, aucune n'a été « transférée » et toute notion de « transfert de la perte » devient non pertinente.

## Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.

### Motifs de la minorité

24

La minorité invoque trois motifs pour rejeter la défense de transfert de la perte:

(1) elle se révèle vaine lorsqu'elle implique de suivre chaque opération commerciale jusqu'à son « résultat ultime » (citant *Law Society of Upper Canada c. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214):

« toute entreprise pourrait être accusée de transférer tout ou partie du préjudice qu'elle a subi, par sa tarification ou les frais qu'elle demande aux clients, et ces mêmes clients pourraient être accusés de transférer leurs coûts accrus en rajustant la tarification pratiquée pour leurs clients, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive à cet être amorphe qu'on appelle « le public ». Suivre chaque opération commerciale jusqu'à son « résultat ultime » représenterait, selon l'expression du juge Holmes, une tâche interminable et vaine. »



(2) elle crée un fardeau de la preuve trop lourd pour le demandeur:

[205] [...] Le coût d'une telle recherche demeure source d'inquiétude, sans oublier la quasi-impossibilité de réaliser l'analyse économique complète nécessaire pour persuader un tribunal que les pertes n'ont pas été transférées.

(3) Elle peut avoir un effet pervers puisque toute entreprise rentable aura d'une façon ou d'une autre transféré ses pertes :

[206] L'examen du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte révèle un autre aspect inquiétant. [...] Les entreprises déficitaires auraient-elles seules droit à une indemnisation, alors que celles qui sont rentables en seraient privées car elles ont de toute évidence réussi à transférer les coûts occasionnés par la négligence de l'auteur de la faute?

*Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*  
Motifs de la minorité

26

En définitive, une considération de justice intervient:

[207] [...] La négligence de Canfor a occasionné une perte réelle. Cette perte a été supportée non pas par la personne négligente, mais par la Couronne dans la mesure où elle n'a pu transférer cette perte, et lorsqu'elle y a réussi, par des tiers, des personnes morales et des particuliers du secteur de l'intérieur de la C.-B. Je ne vois pas en quoi un tel résultat est juste et conforme aux principes bien établis en droit de la responsabilité civile délictuelle.

# *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)* – Résumé factuel

27

- Une redevance d'exploitation prescrite par règlement est perçue lors de l'achat de boissons alcooliques;
- La redevance est déclarée inconstitutionnelle;
- Les contribuables ayant versé cette redevance en exigent le remboursement en vertu des règles de la restitution.

## Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances) — Motifs de la Cour

28

La Cour rejette la défense de transfert de la perte:

[48] En plus d'être contraire aux principes fondamentaux du droit de la restitution, on a reproché au moyen de défense fondé sur le transfert de la perte de ne pas être judicieux sur le plan économique et de soulever d'importantes difficultés d'application en ce qui concerne la preuve. Dans *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 R.C.S. 74, 2004 CSC 38, le juge LeBel, qui était dissident mais non sur cette question, a évoqué les difficultés inhérentes qui se posent lorsqu'il s'agit de prouver, dans un marché commercial, que la perte n'a pas été transférée aux consommateurs. Il a souligné que toutes les entreprises pourraient être accusées de transférer tout ou partie du préjudice qu'elles ont subi, par leur tarification ou les frais qu'elles exigent des clients.

# L'expérience canadienne -conclusions

29

- La Cour suprême du Canada, à l'instar de celle des États-Unis s'est montrée sensible à deux arguments économiques qui l'ont amenée à rejeter la défense de *passing-on*:
  - ▣ il n'est pas souhaitable de désavantager la partie qui réussit à protéger le caractère rentable de ses affaires sous prétexte que sa solvabilité témoigne du fait qu'elle n'a pas subi personnellement la perte alléguée.
  - ▣ la lourdeur et la complexité du fardeau de prouver le transfert de la perte milite en faveur de rejeter entièrement la défense de *passing-on*, puisque son acceptation impliquerait finalement une preuve par le demandeur de l'absence de transfert de perte.
- La Cour suprême du Canada ne s'est jamais prononcée sur l'utilisation agressive de la théorie du *passing-on*.

## Le recours collectif

Le recours collectif est le moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres d'un groupe (art. 999 C.p.c.)

# Critères d'autorisation d'un recours collectif (art. 1003 C.p.c.)

31

**1003.** Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que
- d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

# Les questions collectives (art. 1003 a) C.p.c.)

32

En créant le recours collectif, le législateur a voulu éviter une multitude de recours qui visent une adjudication sur une même question de fait ou de droit. Par conséquent:

- Une question est « collective » lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe.
  - ▣ *Western Canadian Shopping Centres c. Dutton*, 2001 RCS 534, paragr. 39.
  
- [L]a seule présence d'une question de droit commune, connexe ou similaire est suffisante pour satisfaire la condition à l'article 1003 a) C.p.c. si elle n'est pas insignifiante sur le sort du recours.
  - ▣ *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît*, 2011 QCCA 826.



# L'apparence de droit (art. 1003 b) C.p.c.)

33

Lors de l'analyse du critère de l'apparence de droit, les faits allégués dans la requête en autorisation d'exercer un recours collectif doivent être tenus pour avérés. Cela étant:

- [L]'expression «paraissent justifier» signifie qu'il doit y avoir aux yeux du juge une apparence sérieuse de droit pour qu'il autorise le recours, sans pour autant qu'il ait à se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués.
  - ▣ *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec, [1981] 1 R.C.S. 424.*
- Le requérant n'a que le fardeau de démontrer l'existence d'un syllogisme juridique justifiant, à première vue, les conclusions recherchées.
  - ▣ *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et de services sociaux du Suroît, 2011 QCCA 826.*

# L'existence d'un groupe (art. 1003 c) C.p.c.)

34

- L'article 59 C.p.c. traite du mandat: « [L]orsque plusieurs personnes ont un intérêt commun dans un litige, l'une d'elles peut ester en justice, pour le compte de toutes, si elle en a reçu mandat. »
- L'article 67 C.p.c. traite de la jonction d'actions: « Plusieurs personnes, dont les recours ont le même fondement juridique ou soulèvent les mêmes points de droit et de fait, peuvent se joindre dans une même demande en justice. »

# La représentation adéquate (art. 1003 d) C.p.c.)

35

La représentation adéquate du représentant s'examine à la lumière de trois facteurs:

- l'intérêt à poursuivre;
- la compétence; et
- l'absence de conflit avec les membres du groupe.

Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996, p. 419;

*Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342.

# Autorisation et certification

## Loi de 1992 sur les recours collectifs, LO 1992, c. 6.

5. (1) Le tribunal saisi d'une motion visée à l'article 2, 3 ou 4 certifie qu'il s'agit d'un recours collectif si les conditions suivantes sont réunies:

- a) les actes de procédure ou l'avis de requête révèlent une cause d'action;
- b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus qui se ferait représenter par le représentant des demandeurs ou des défendeurs;
- c) les demandes ou les défenses des membres du groupe soulèvent des questions communes;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler les questions communes;
- e) il y a un représentant des demandeurs ou des défendeurs qui:
  - (i) représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe,
  - (ii) a préparé un plan pour l'instance qui propose une méthode efficace de faire avancer l'instance au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'instance,
  - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe, en ce qui concerne les questions communes du groupe. 1992, chap. 6, par. 5 (1).

# Le fardeau de la preuve

Élément	Ontario	Québec
Apparence de droit (cause d'action)	art. 5(1) a) L.r.c.	art. 1003 b) C.p.c.
Groupe identifiable	art. 5(1) b) L.r.c.	<del></del>
Questions communes	art. 5(1) c) L.r.c.	art. 1003 a) C.p.c.
Meilleur moyen	art. 5(1) d) L.r.c.	<del></del>
Mandat ou réunion d'actions impossibles	<del></del>	art. 1003 c) C.p.c.
Représentant adéquat	art. 5(1) e) L.r.c.	art. 1003 d) C.p.c.

■ : exigence d'une preuve *prima facie*

■ : allégué dans les procédures

## Recours collectifs canadiens en droit de la concurrence- la forme

- ❑ Approche défavorable: *Chadha v. Bayer Inc.*, (2002) 168 O.A.C. 143; 63 O.R. (3d) 22.
- ❑ Approche favorable: *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals*, [2009] O.J. No. 4021 (C.S. Ont.)

# Chadha v. Bayer Inc. -Faits

39

- ❑ Un cartel fixe le prix du pigment d'oxyde de fer, un composé colorant entrant dans la fabrication de briques;
- ❑ Des acheteurs de maisons entreprennent un recours collectif pour se faire dédommager du trop-payé.

# *Chadha v. Bayer Inc. -Motifs*

40

La Cour d'appel de l'Ontario n'aborde pas la question du transfert de la perte, mais tranche le litige sur le fondement de l'absence de questions communes quant à l'évaluation du préjudice.

Elle conclut que les demandeurs ont prouvé par expertise qu'ils pouvaient quantifier l'impact du cartel sur les prix mais ne sont pas en mesure de prouver que chaque membre du groupe a subi un préjudice. La responsabilité ne peut donc être établie sur une base collective.



# Chadha v. Bayer Inc. -Motifs

41

Cette conclusion au sujet des questions communes a amené la Cour à conclure que le recours collectif n'était pas la procédure la plus appropriée. La Cour ajoute cependant :

« [T]he question of whether and how consumers will be able to use class actions to obtain relief from price fixing by suppliers and manufacturers remains an open one in this jurisdiction. The appellants were unsuccessful in this case because they did not present the evidentiary basis for a certifying court to be satisfied that loss as a component of liability could be proved on a class-wide basis. Whether such evidence could have been obtained is not clear. »

# Décisions défavorables postérieures à *Chadha v. Bayer*.

42

- *Axiom Plastics Inc. v. E.I. DuPont Canada Co.* (Ont. C.S.) 2007-08-27
- *Harmegnies c. Toyota Canada inc.* (QC C.A.) 2008-02-26
- *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's-Canada Restaurant Corp.* (Ont. C.S.) 2008-03-04 (renversée en appel)
- *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG* (BC C.S.) 2008-05-06 (renversée en appel)
- *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG* (QC C.S.) 2008-06-17 (renversée en appel)
- *Steele v. Toyota Canada Inc.* (BC. C.S.) 2008-08-06 (renversée en appel)
- *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Midland Company* (BC C.A.) 2011-04-15
- *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft* (BC C.A.) 2011-04-15
- *Fanshawe College v. LG Philips LCD Co. Ltd.* (Ont. C.S.) 2011-11-21
- *Fairview Donut Inc. v. The TDL Group Corp.* (Ont C.S.) 2012-02-24

# *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals* - Faits

43

Un cartel fixe le prix du peroxyde d'hydrogène, un agent de blanchiment dont la principale fonction est la décoloration de la pulpe de papier.

Un recours collectif est entamé au nom d'un groupe comprenant à la fois les acheteurs directs du peroxyde d'hydrogène, soit en large majorité des papetières canadiennes, et les acheteurs indirects, principalement des acheteurs de papier canadien.

La Cour supérieure de justice de l'Ontario accorde la certification du recours en faveur des acheteurs directs et indirects.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a refusé d'entendre l'appel.

## *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals* - Motifs

44

La Cour aborde la question de la nécessité d'une preuve qu'un dommage a été subi par chaque membre du groupe au stade de l'autorisation.

La juge Rady accepte la proposition qu'au stade de la certification, l'impossibilité d'avoir une certitude que tous les membres du groupe ont subi un dommage n'est pas fatale au recours collectif, tant que le groupe est défini d'une manière conforme à celle recommandée par la Cour suprême dans l'arrêt *Hollick*.

# *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals - Motifs*

45

Au sujet de la possibilité d'inclure le préjudice au nombre des questions communes:

La juge Rady se déclare prête à utiliser les dispositions de la Loi de 1992 sur les recours collectifs traitant de l'évaluation totale des mesures de redressement pécuniaire pour évaluer le préjudice sur une base globale.

Le facteur permettant d'appliquer ces articles est l'établissement d'une responsabilité potentielle, ce qui peut être fait par la simple preuve d'une conduite illicite de la part des défendeurs.

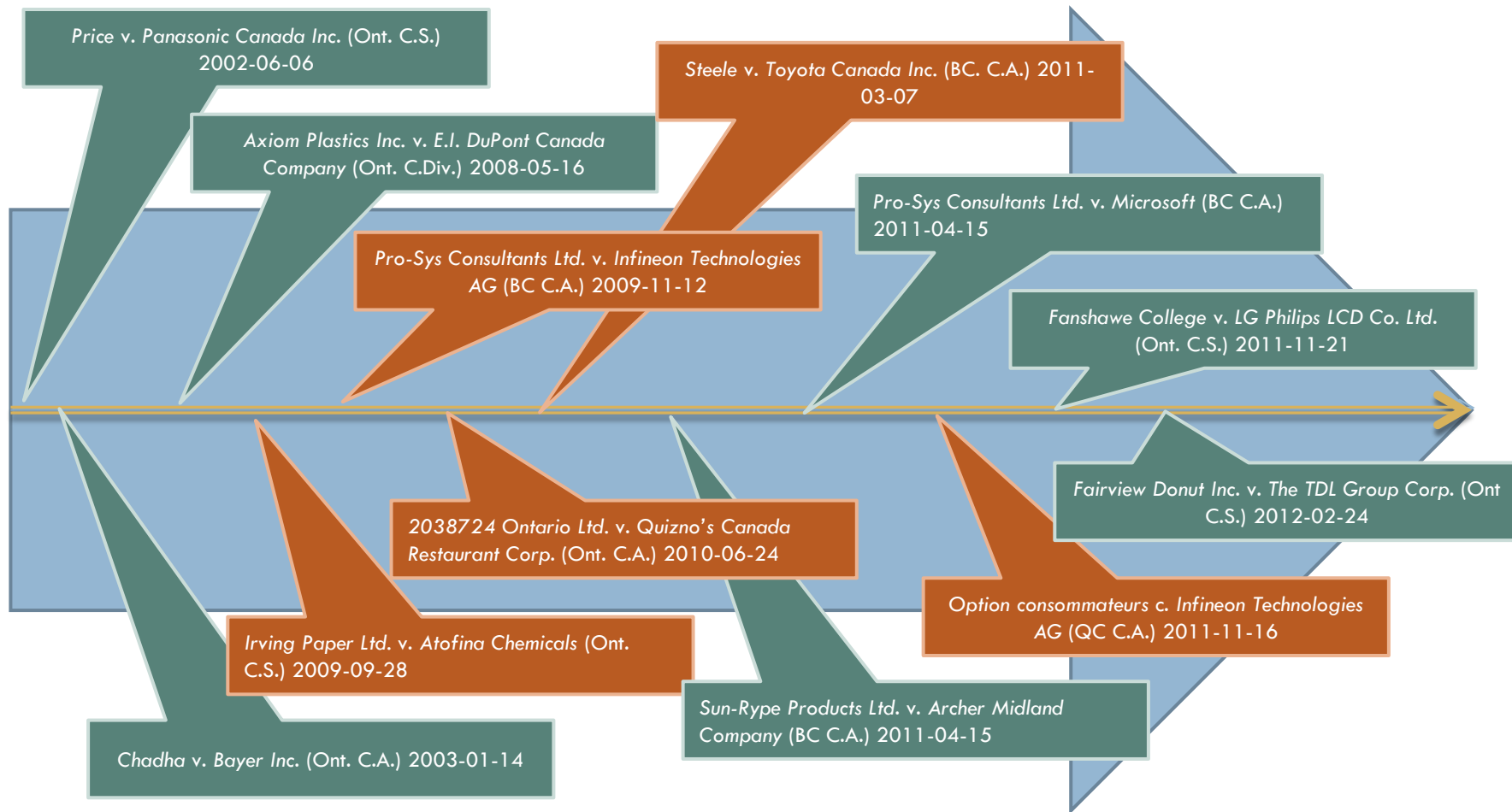
# Décisions favorables postérieures à *Irving Paper v. Atofina Chemicals*

46

- *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's Canada Restaurant Corporation* (Ont. C.Div) 2009-04-27
- *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG* (BC C.A.) 2009-11-12
- *Jacques c. Petro-Canada* (QC C.S.) 2009-11-30
- *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft* (BC C.S.) 2010-03-05 (renversée en appel)
- *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's Canada Restaurant Corp.* (Ont. C.A.) 2010-06-24
- *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Midland Company* (BC C.S.) 2010-06-30 (renversée en appel)
- *Steele v. Toyota Canada Inc.* (BC. C.A.) 2011-03-07
- *Fanshawe College v. LG Philips LCD Co. Ltd.* (Ont. C.S.) 2011-05-26 (permission d'appeler accordée)
- *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG* (QC C.A.) 2011-11-16

# Chronologie

47



## Recours collectifs canadiens en droit de la concurrence- le fond

### ❑ Approche défavorable:

- ❑ *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Midland Company*, 2011 BCCA 187
- ❑ *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft*, 2011 BCCA 186.

### ❑ Approche favorable:

- ❑ *Option consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116



*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*  
*Pro-Sys Consultant Ltd. v. Microsoft - Faits*

49

- ❑ Deux arrêts majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (même formation)
- ❑ Rejet des requêtes pour certifier des recours collectifs où les groupes comprenaient des acheteurs directs et indirects:
- ❑ Permission d'appel accueillie par la C.S.C., le 1<sup>er</sup> décembre 2011.
- ❑ Audition le 17 octobre 2012 – en délibéré.

*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Co.*  
*Pro-Sys Consultant Ltd. v. Microsoft* - Faits

50

- Sun-Rype: cartel concernant le sirop de maïs à haute teneur en fructose, un édulcorant largement utilisé dans l'industrie alimentaire;
- Microsoft: cartel concernant les systèmes d'exploitation et logiciels vendus par Microsoft;
- La position des acheteurs indirects est que les hausses de prix alléguées au niveau des acheteurs directs leur ont été transférées;
- Question fondamentale: une cause d'action valable existe-t-elle à l'égard des acheteurs indirects?

# Sun-Rype—Motifs majorité

51

Le choix de ne pas reconnaître la défense de transfert de la perte implique nécessairement que la demande fondée sur un transfert de la perte ne peut davantage être reconnue:

[80] If then it is right to say there is no defence of passing on, it must, in my view, follow that even though an overcharge may in fact have been passed on (as the invalid tax was said to have been passed on in *Kingstreet*), the law does not recognize it: as a matter of law, the overcharge or the loss for which the wrongdoer is liable is sustained when the overcharge is paid at first instance. It is no defence to contend there was no loss (or it was something less) because the overcharge was passed on. If that is so, then those who would seek to recover an overcharge that has been passed on are effectively claiming a loss that in law is not recognized. For that, there can be no cause of action.

# Sun-Rype—Motifs majorité

52

Toute interprétation rejetant la défense de transfert de la perte tout en acceptant la cause d'action fondée sur le transfert de la perte créerait un risque de double indemnisation:

[82] If it were otherwise – if both the DPs and the IPs had independent causes of action against the defendants who could not raise a passing-on defence – the defendants could be liable to the DPs for 100% of the overcharge they paid and could also be liable to the IPs for whatever amount of the overcharge may have been passed on: double recovery (the recovery of the same loss twice by different plaintiffs), which our law will not sanction.

# Sun-Rype—Motifs majorité

53

La viabilité d'une cause d'action doit être étudiée séparément du moyen procédural utilisé pour la mettre en oeuvre:

[86] The *Class Proceedings Act* is a procedural statute that can neither create nor modify a cause of action: *Bisailon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666 at para. 17. The substantive positions of the parties in law are not altered by the legislation and the form of proceedings for which it provides. The DPs' substantive entitlement to the full recovery of any overcharge paid cannot be compromised by the form of procedure. To the same effect, the IPs cannot acquire a cause of action for any overcharge passed on to them they would not otherwise have.

# Sun-Rype—Motifs dissidence

54

Le syllogisme selon lequel le rejet du transfert de la perte comme « bouclier » ne peut cohabiter avec son utilisation comme « épée » est erroné:

[53] There are two mistakes in this premise. Firstly, it is a mistake to equate pass-through as a defence at law with pass-through as a factual occurrence. It could be that pass-through actually occurred in fact, even if the court does not allow the defendants to use this fact as a defence to the plaintiffs' claims. The second mistake is that the defendants face potential liability not to “direct purchasers” but to the class as a whole.

# Sun-Rype—Motifs dissidence

55

Les deux motifs invoqués dans l'arrêt Illinois Brick, soit le risque de double indemnisation et les problèmes liés au calcul de la perte, ne trouvent pas application:

Quant au premier problème:

[53] [...] By including both the direct and indirect purchasers in the class, i.e., all those who potentially suffered a loss, and by using econometric methods that the plaintiffs['] claim will ascertain the entire amount and only that amount overcharged by the defendants to the class as a whole, there will be no possibility of overrecovery.

# Sun-Rype—Motifs dissidence

Quant au second problème:

[56] The second argument was premised on the evidential difficulties and uncertainties in calculating pass-through due to the limits of economists' hypothetical models at the time that *Illinois Brick* was decided. Because of these difficulties, the Supreme Court argued that the already protracted proceedings in price-fixing cases would be greatly complicated and would have their effectiveness greatly reduced.

[57] However, what the Supreme Court did not have in *Illinois Brick* in 1977 was a “credible and plausible methodology” for calculating pass-through. If one has such a method (which is, not surprisingly, the requirement set out in the Canadian jurisprudence that has developed more recently), then the second concern that White J. had with pass-through becomes eliminated.



# Sun-Style—Motifs dissidence

57

Les objections à la reconnaissance du transfert de la perte ne doivent pas être étudiées dans l'abstrait, mais dans le contexte du dossier. On peut donc tenir compte de la procédure utilisée par les demandeurs:

[30] [...] But, in my opinion, the double recovery rule should not in the abstract bar a claim in real life cases where double recovery can be avoided. [...]

[31] The fact that a problem case can be hypothesized is not a good reason to deny a claim in an actual case that does not have the problem. This is such a case. So is the companion case, *Microsoft*, where the DPs are alleged to have formed a conspiracy with Microsoft in restraint of competition, and they are therefore unlikely to sue for the same overcharge as the IPs.

# Option Consommateurs c. Infineon - Faits

58

- La Cour d'appel du Québec autorise un recours collectif au nom de toute personne qui a acheté de la mémoire vive dynamique (DRAM) et/ou un ou des produits équipés de DRAM au Québec entre 1999 et 2002;
- Ce groupe inclut les acheteurs directs et indirects;
- La C.S.C. a accueilli la permission d'appel le 17 mai 2012 et ordonné que l'appel soit entendu en même temps que les appels dans les dossiers *Sun-Rype* et *Microsoft*.
- Audition le 17 octobre 2012 – en délibéré.

# Option Consommateurs c. Infineon- Éléments de distanciation méthodologique

59

La Cour d'appel refuse d'importer l'obligation d'établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions de certification (autre que la cause d'action):

[100] [...] But for the purposes of authorization under Quebec law, the loss is properly alleged, however fleetingly. As the respondents themselves acknowledge, the presentation of expert evidence is not the norm at the authorization stage in Quebec under the Code of Civil Procedure and, where rules applicable elsewhere might require a sophisticated methodology of proof of loss to be advanced before certification of a class action, the absence of such a methodology is not fatal here.

# Option Consommateurs c. Infineon- Éléments de distanciation méthodologique

60

La Cour d'appel réaffirme le principe corollaire aux règles de preuve québécoises que l'autorisation ne doit pas être refusée en raison de difficultés de preuve anticipées:

[117] Not only would it be wrong, in my view, to dismiss this claim for aggregate losses based on concerns for double recovery, it would be wrong to dismiss it on the theory that the evidentiary burden faced by the appellants for the indirect purchasers is too onerous. This challenge will be a substantial one at trial but it would be inappropriate, once damage is alleged, to say that the class action should not proceed past the authorization stage because the challenge is too great. In Quebec, this is a matter properly left to the trial judge. In the law relating to class actions across Canada, rules differ as to how unfettered the path should be to proving damage at the authorization stage. In our case, the appellant has not brought forward at authorization what in other jurisdictions is sometimes described as a "clear methodology" for calculating losses. However, as a general matter, these evidentiary concerns are addressed at trial, not at the authorization stage here.

# Option Consommateurs c. Infineon- Éléments de distanciation méthodologique

61

La Cour d'appel est d'avis que les théories de restitution qui sont appliquées en common law ne sont pas nécessaires en droit québécois:

[115] [...] I make special mention of [the law of restitution] to say that it is not the line of reasoning I am following here where the Quebec law of obligations lacks some of the resources, at least directly, deployed by the law of Equity in such circumstances. In an action in civil liability in Quebec, the responsibility of the respondents cannot be established in the absence of proof of loss: the direct and indirect purchasers must have suffered a loss and must prove that loss in order to win at the end of the day. That proof will be made at trial and, as I have said, the allegations made here – which may rightly be criticized, I think, for their unhelpful lack of detail – nevertheless meet the *prima facie* test under article 1003(b) C.C.P.

# Option Consommateurs c. Infineon-

## Le transfert de la perte

62

La Cour adopte l'opinion dissidente de la Cour d'appel de Colombie-Britannique:

[108] I disagree with the motions judge that the rules relating to passing-on are a bar to authorizing the class action here. The appellant's allegations of injury are not defeated by either the double recovery argument or the complexity argument raised by the respondents in connection with passing-on of the loss to indirect acquirers of DRAM.

[109] To my mind, the respondents do not face an unfair risk of double recovery given that the motion alleges a single, aggregate loss notwithstanding the mix of direct and indirect purchasers in the class. In addition, the complexity of proving the passing-on of losses to indirect purchasers – a complexity not to be underestimated – is an evidentiary concern that can be properly attended to as part of the burden of proof resting on the appellants when the case is considered on the merits.

# Option Consommateurs c. Infineon-

## Le transfert de la perte

63

Sur la question de la double indemnisation, la Cour rappelle que la volonté d'éviter une double indemnisation peut amener à créer un problème d'enrichissement injustifié:

[113] [...] If the respondents faced an independent action by direct purchasers and paid them 100% of the losses, notwithstanding evidence that the loss was passed on to indirect purchasers, the direct purchasers would have unjustly enriched themselves at the expense of the indirect purchasers. The amount of that impoverishment exists, as a matter of fact, whether or not the indirect purchasers would, in this hypothetical situation, be legally entitled to seek its recovery subsequently from the direct purchasers who were unjustly enriched at their expense.

# Option Consommateurs c. Infineon-

## Le transfert de la perte

64

La Cour conclut cependant que le recours collectif au nom d'un groupe qui comprend les acheteurs directs et les acheteurs indirects permet de contourner à la fois le problème de la double indemnisation et celui de l'enrichissement injustifié:

[114] The problem presents itself differently in a class action where the direct and indirect purchasers join together, in a common cause, to claim a single amount as the total overcharge. The fact is that here neither the double recovery nor the unjust enrichment scenario risk arising in that context. The issue is what losses, in total, were suffered by direct and indirect purchasers; in this connection, the passing-on defence has no useful application, and the possibility of overrecovery is precluded.



## Le débat en Cour suprême

La permission d'appel de l'arrêt refusant la certification du recours collectif a été accordée par la C.S.C. le 1<sup>er</sup> décembre 2011 dans les dossiers Sun-Rype et Microsoft.

La permission d'appel de l'arrêt accordant l'autorisation a été accordée par la C.S.C. le 17 mai 2012 dans le dossier Option consommateurs c. Infineon.

Les trois dossiers ont été entendus par la C.S.C. le 17 octobre 2012 et sont présentement en délibéré.

- ❑ Jurisdiction
- ❑ Groupe nationaux

# Merci!

**Me Daniel Belleau**

Belleau Lapointe, s.e.n.c.r.l.  
306, Place d'Youville, Bureau B-10  
Montréal (Québec) H2Y 2B6  
Tél. : 514-987-6880  
Fax : 514-987-6886  
[dbelleau@belleaulapointe.com](mailto:dbelleau@belleaulapointe.com)  
[www.BelleauLapointe.com](http://www.BelleauLapointe.com)

**Me Maxime Nasr**

Belleau Lapointe, s.e.n.c.r.l.  
306, Place d'Youville, Bureau B-10  
Montréal (Québec) H2Y 2B6  
Tél. : 514-987-6700  
Fax : 514-987-6886  
[mnasr@belleaulapointe.com](mailto:mnasr@belleaulapointe.com)  
[www.BelleauLapointe.com](http://www.BelleauLapointe.com)

\*\*\* Droits de reproduction réservés

Toute utilisation de ce texte est interdite sans le consentement de Belleau Lapointe. Les textes ne constituent pas une opinion juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.