

Commentaire sur la décision Pioneer Corp. c. Godfrey – La Cour suprême autorise les actions collectives des acheteurs sous parapluie (« umbrella purchasers ») en droit de la concurrence

Benjamin LEHAIRE*
EYB2019REP2861 (approx. 7 pages)

[EYB2019REP2861](#)

Repères, Novembre, 2019

Benjamin LEHAIRE*

Commentaire sur la décision Pioneer Corp. c. Godfrey – La Cour suprême autorise les actions collectives des acheteurs sous parapluie (« umbrella purchasers ») en droit de la concurrence

Indexation

PROCÉDURE CIVILE ; PRESCRIPTION

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[I– LES FAITS](#)

[II– LA DÉCISION](#)

[A. Le délai de prescription](#)

[B. Le droit d'action des acheteurs sous parapluie \(« umbrella purchasers »\) : « La marée monte également pour tous les bateaux »](#)

[C. Le maintien des recours en common law et en equity](#)

[D. La perte : une question commune ?](#)

[III– LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR](#)

[CONCLUSION](#)

Résumé

L'auteur commente cette décision dans laquelle la Cour suprême valide l'autorisation d'exercer l'action collective des acheteurs sous parapluie en vertu de l'article 36 de la Loi sur la concurrence (recours privé).

INTRODUCTION

L'année 2019 aura marqué un tournant dans le courant jurisprudentiel relatif aux actions privées indemnitaires dans le domaine antitrust. Non seulement, au Québec, avons-nous eu à prendre connaissance de plusieurs décisions dans ce domaine¹, mais c'est l'épineuse question des acheteurs sous parapluie qui fut tranchée à plusieurs reprises², pour finir par la décision *Pioneer Corp. c. Godfrey* de la Cour suprême, rendue le 20 septembre 2019³. Rappelons que depuis la célèbre trilogie de la Cour suprême sur les acheteurs indirects rendue en 2013, c'est la première fois que le plus haut tribunal du pays se prononçait sur les recours indemnitaires en droit de la concurrence. Cinq ans, c'est relativement peu considérant la rareté de ces litiges. Cependant, la récurrence de la question devant la Cour demeure importante si l'on considère le peu de litiges dans ce domaine. Selon nous, cette décision devrait être vue comme la suite de la trilogie de 2013. C'est bien un quatuor dont nous gratifions la Cour suprême, qui entonne d'une même voix que le droit d'action de l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*⁴ (« LC ») est ouvert à toute victime. Après avoir reconnu le droit d'action des acheteurs indirects, les acheteurs sous parapluie se voient désormais autorisés à demander réparation.

Il convient de rappeler ce que sont des acheteurs indirects et des acheteurs directs. Les acheteurs indirects sont en aval de la chaîne de distribution et se voient refiler le surcoût lié au cartel par les acheteurs directs. Par exemple, si un cartel porte sur un composé informatique présent dans un ordinateur et que le surcoût est de 5 \$, ce montant est payé directement par le fabricant d'ordinateurs. Pour se dédommager de cette hausse, qui n'est pas nécessairement consciemment attribuée à un cartel dans l'esprit du fabricant, il augmente de 5 \$ le prix de l'ordinateur. Ainsi, c'est le consommateur, l'acheteur indirect, qui va payer le surcoût. La Cour suprême a reconnu en 2013 le préjudice de ces acheteurs indirects. La question demeurait de savoir si les « *umbrella purchasers* » ou acheteurs sous parapluie avaient eu aussi un droit d'action⁵. Dans notre exemple, ces acheteurs seraient des consommateurs qui auraient acheté un ordinateur 5 \$ plus cher, non pas raison d'un transfert du surcoût, mais en raison de l'augmentation des prix des ordinateurs sur le marché en général. Concrètement, le fabricant de leur ordinateur n'a pas acheté le composé auprès du cartel, mais l'aura payé plus cher en raison de l'existence du cartel sur les prix. On parle d'un effet d'ombrelle, d'où leur nom d'« *umbrella purchasers* ».

Notons que puisque cette décision a été rendue en common law, son intérêt peut paraître relatif à un juriste civiliste. Cependant, il serait faux de penser que cette décision est sans impact au Québec pour deux raisons. D'abord, elle a été rendue par la Cour suprême, ce qui lui confère une autorité nationale sur les tribunaux inférieurs. Ensuite, et par voie de conséquence, comme les tribunaux québécois se sont déjà prononcés sur cette question, la *ratio decidendi*, la motivation du jugement, peut nous éclairer sur le devenir de cette action au Québec. Certaines analogies avec le droit civil québécois doivent être opérées.

I– LES FAITS

Les affaires de cartels de fixation des prix révèlent invariablement des logiques similaires et cette affaire ne fait pas exception. Les défenderesses sont des fabricantes de « LDO », « un dispositif de stockage de la mémoire qui utilise la lumière laser ou les ondes électromagnétiques près du spectre optique pour lire ou enregistrer des données sur un disque optique »⁶. Un consommateur, M. Godfrey, allègue que ces produits électroniques ont fait l'objet d'un complot de fixation des prix ayant pris fin le 1^{er} janvier 2010. L'action est intentée le 16 août 2013. Ces dates posent un problème en ce qui concerne le délai de prescription de deux ans prévu par la LC.

Le litige a un historique judiciaire qui se situe en Colombie-Britannique. En effet, la Cour suprême de la Colombie-Britannique⁷ a d'abord autorisé le recours collectif sur le fondement de la *Class proceedings Act*⁸. Les demandeurs invoquent au soutien de leur demande l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*⁹. Cet article prévoit un droit d'action pour les victimes d'une violation de la partie VI de la Loi, soit les dispositions criminelles en matière de concurrence. L'article 45 LC prévoit l'infraction de complot en vue de fixer les prix. Mentionnons qu'aucune procédure publique de la part du Bureau de la concurrence n'a été diligentée dans ce dossier. Les défenderesses ont fait appel de ce jugement et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a eu à prendre connaissance de cette affaire.

L'une des caractéristiques de ce dossier est la présence d'acheteurs sous parapluie (« *umbrella purchasers* ») dans la définition du groupe de victimes. Ainsi, le premier moyen d'appel porte sur le droit de ces acheteurs de se prévaloir d'une cause d'actions, considérant qu'ils ne sont pas des victimes directes du cartel. Il s'agit du point le

plus fondamental dans la décision commentée. Les autres griefs portent sur l'interprétation du délai de prescription posé à l'article 36 LC et sur la question de savoir si le recours à l'action indemnitaire de la LC prive les demandeurs de leurs recours en common law. En appel, le tribunal maintiendra la position de première instance. Les arguments sur la prescription ne devaient pas être pris en compte à l'étape de l'autorisation. Ensuite, est traitée la doctrine de la dissimulation frauduleuse, qui permet, en common law, de repousser le début du délai prescription à la date de prise de connaissance de l'évènement préjudiciable par la victime. De plus, la question de la perte peut être autorisée en tant que question commune si la méthode économique de l'expert le permet. Enfin, la Cour confirme que les acheteurs sous parapluie ont une cause d'action fondée sur l'article 45 LC¹⁰ malgré la crainte d'une responsabilité illimitée.

II- LA DÉCISION

La décision de la Cour suprême se fonde principalement sur le paragraphe 4(1) de la *Class Proceedings Act* de Colombie-Britannique, laquelle suppose une interprétation des paragraphes de l'article 36 LC. Cet article énonce les conditions d'autorisation d'un recours collectif dans cette province. M. Godfrey est le représentant des victimes. Les défenderesses sont plusieurs entreprises divisées en deux groupes, l'un dirigé par Pioneer, l'autre par Toshiba.

A. Le délai de prescription

Le premier moyen du pourvoi étudié par la Cour est celui de l'interprétation du délai de prescription de deux ans prévu au sous-alinéa 36(4)a(i) LC. L'enjeu porte sur la règle de la possibilité de découvrir (« *discoverability rule* ») laquelle signifie que la cause d'action prend naissance lors de la découverte des faits par le demandeur. Il s'agit d'une règle d'interprétation¹¹ des délais de prescription. Cette règle s'applique en principe en l'absence de délai de prescription dans la loi¹² de façon que le demandeur ait connaissance de ses droits¹³. Cependant, si la loi prévoit un évènement marquant le début du délai de prescription, la règle de la possibilité de découvrir ne s'applique pas¹⁴.

La LC prévoit deux dates pour le début du délai de prescription, « soit la date du comportement en question », « soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite ». Pour le juge Brown, la règle de la possibilité de découvrir s'écarte en présence d'un texte législatif clair¹⁵. Si la cause d'action prend naissance dans plusieurs éléments, de façon non simultanée, alors c'est un processus en cours. Comme il n'y a pas de poursuite en l'espèce, le juge se concentre sur la première date, soit la date « du comportement ». Il en déduit que cette formulation induit que le délai de prescription commence à courir à « la survenance d'un élément de la cause d'action sous-jacente »¹⁶. Il écarte, cependant, que cette logique puisse s'appliquer au deuxième sous-alinéa. Le juge Brown oppose ensuite le délai aux objectifs de la LC. Affirmer qu'un complot est secret et fait appel à la tromperie¹⁷, il serait « absurde »¹⁸ d'imaginer que le législateur ait voulu écarter la règle de la possibilité de découvrir. Ce serait faire peu de cas de l'intérêt des demandeurs¹⁹. Puis la Cour affirme :

Même si je reconnais que la brièveté d'un délai de prescription tend à indiquer que le législateur attache une grande importance à la certitude qui découle de toute loi visant à assurer la tranquillité d'esprit (...). La capacité des demandeurs de poursuivre en justice pour les pertes découlant d'un comportement allant à l'encontre de la partie VI de la Loi sur la concurrence l'emporte sur l'intérêt des défendeurs à les en empêcher, surtout lorsqu'un tel comportement a lieu, comme je l'ai déjà mentionné, à l'insu des demandeurs (*Fanshawe*, par. 46) (de sorte que la justification rattachée à la preuve — la crainte que la preuve devienne « périmée » — n'a pas sa place dans l'analyse). Conclure autrement aurait pour effet indésirable d'inciter l'auteur du comportement anticoncurrentiel à continuer de garder le secret jusqu'à l'expiration du délai de prescription de deux ans. Non seulement les demandeurs ne pourraient pas intenter leurs recours, mais l'on se trouverait à récompenser l'auteur d'une tromperie qui a été « particulièrement efficace » (*Fanshawe*, par. 49).²⁰

Dès lors, le juge affirme que, non seulement, la règle de la possibilité de découvrir s'applique, mais que celle-ci situe la date de début du délai de prescription au moment où le demandeur « a découvert les faits importants sur lesquels repose sa demande »²¹.

B. Le droit d'action des acheteurs sous parapluie (« *umbrella purchasers* ») : « La marée monte également pour tous les bateaux »

Après avoir rappelé les éléments théoriques expliquant ce qui caractérise les acheteurs sous parapluie, éléments que nous avons expliqués dans l'introduction de ce texte et que nous ne rappellerons pas ici par souci de concision, le juge Brown emploie une formule claire et imagée, « la marée monte également pour tous les bateaux »²². La métaphore est limpide, la marée est le marché et ses prix, les bateaux sont les concurrents d'un même secteur. Le marché affecte donc tous les joueurs en même temps. Voilà pour la « leçon » d'économie.

Pour ce qui est du droit, le droit d'action est « une question d'interprétation législative »²³. L'argument est de considérer que l'article 36 commence par « Toute personne qui a subi une perte ou des dommages » à la suite d'une violation de la partie criminelle de la Loi. Dès lors, « [c]ette expression a plutôt pour effet d'habiliter à intenter un recours *tout* demandeur capable de démontrer que la perte ou le dommage a été subi en raison du comportement du défendeur »²⁴. Il est ensuite rappelé que la Cour suprême a reconnu en 2013 deux objectifs à la LC : la dissuasion des pratiques anticoncurrentielles et l'indemnisation des victimes²⁵. Dès lors, favoriser l'ouverture de l'article 36 LC permet d'atteindre ces objectifs²⁶. Il prend notamment appui sur les travaux parlementaires datant de l'époque de l'adoption de l'article 36 LC²⁷.

Pour le juge Brown, il n'y a pas de risque de responsabilité illimitée ou indéterminée. En effet, d'abord, le préjudice subi par les acheteurs sous parapluie est voulu par les cartellistes et connu d'eux²⁸. Ils exercent donc un contrôle sur leur responsabilité. Ensuite, il appartient toujours aux acheteurs sous parapluie de démontrer une perte et un lien de causalité, conformément à l'article 36²⁹. Enfin, l'article 45 LC exige une intention de se coaliser en vue de fixer les prix, ce qui limite la responsabilité civile des auteurs de l'infraction à ceux qui ont eu cette intention³⁰.

C. Le maintien des recours en common law et en *equity*

Ce point, qui nous intéresse moins au Québec, quoique la question de la compatibilité des dispositions réparatrices de l'article 36 LC avec l'article 1457 C.c.Q. peut aussi se poser chez nous³¹, permet de clarifier une problématique en common law : l'article 36 LC empêche-t-il le recours parallèle aux actions de common law ou d'*equity* ? Au Québec, on se demanderait si le fait d'opter pour l'article 36 LC empêche le recours à l'article 1457 C.c.Q. Or, cela revient au même. Pour la Cour suprême, considérant que le délit de complot civil existait avant la réforme du recours privé en 1975, la coexistence des deux est possible³². L'autre question est de savoir si la violation de la Loi permet d'établir l'élément de « moyens illégaux » du délit de complot ? L'adoption de l'article 36 n'a rien changé : une violation de la disposition criminelle de complot permet de retenir l'élément de moyens illégaux³³. Il n'y a pas plus de « double emploi »³⁴. L'article 36 LC n'est pas « un code complet et exclusif »³⁵ chassant les recours de common law ou d'*equity*. L'article 62 LC l'affirme d'ailleurs clairement³⁶. Cette solution est la même avec le *Code civil du Québec*³⁷.

D. La perte : une question commune ?

Le dernier point traité dans cette décision est celui de la perte en tant que question commune au sens de la loi britanno-colombienne sur les recours collectifs. Cette loi dispose que « pour qu'une question soit commune, elle n'a pas à [TRADUCTION] « l'emporter sur les questions qui touchent uniquement les membres individuels » (al. 4(1)c)). Le juge Brown explique :

[105] Dans l'arrêt *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3, [EYB 2014-231631](#), la Cour a précisé que le critère du « succès commun » dégagé dans *Dutton* devait être appliqué avec flexibilité. Le « succès commun » suppose non pas que le succès d'un membre du groupe entraîne celui de tous les membres du groupe, mais plutôt que le succès d'un membre du groupe ne doit pas provoquer l'échec d'un autre membre (par. 45). Une question sera considérée comme « commune », donc, « si elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe », même si la réponse qu'on lui donne, bien que favorable, peut différer d'un membre à l'autre du groupe (par. 46).

De plus, il faut que le tribunal soit convaincu « que le demandeur a présenté une méthode valable pour établir que la perte a été transférée à un ou à plusieurs acheteurs, c'est-à-dire des demandeurs du "niveau [de l'acheteur]". Dans le cas des acheteurs indirects, cela implique de démontrer que les acheteurs directs ont refilé la

majoration »³⁸. En aucun cela ne permet d'octroyer un droit substantiel pour l'octroi de dommages-intérêts globaux³⁹. Cette question relève de la liquidation de la créance d'indemnisation et se résout après la question de la responsabilité résolue⁴⁰. Les dommages-intérêt ne seront octroyés que si le juge du procès est convaincu que chacun des membres a subi réellement une perte laquelle est essentiel à la démonstration de la responsabilité des défendeurs⁴¹. Ces observations achèvent notre exposé des motifs du juge Brown.

III- LE COMMENTAIRE DE L'AUTEUR

Il serait trop long dans l'exercice du commentaire de revenir sur les motifs dissidents de la juge Côté. Notons simplement que sa position consiste à s'interroger sur la façon dont ses collègues majoritaires parviennent, par leur raisonnement, à rendre quasiment automatiques les autorisations de recours collectifs en matière de concurrence⁴². La question est légitime, car cette décision fait tomber, à l'échelle nationale, la dernière hésitation des cours provinciales à ouvrir largement le recours de l'article 36 LC en matière de recours privé antitrust. La Cour suprême se livrant à une interprétation littérale de l'article 36 LC en droit fédéral, d'éventuels problèmes de transposition de cette affaire de common law, dans le droit civil québécois ne se posent pas. L'article 36 LC s'ouvre bien sur les mots « Toute personne... ». Ainsi, ce n'est pas la question de la qualité du demandeur qui se pose, acheteur direct, indirect ou sous parapluie, mais bien celle de son préjudice. Si une faute civile peut être reprochée aux défendeurs, la seule question à résoudre au fond est celle de la réalité du préjudice et de son lien causal avec la faute, en l'occurrence une violation d'une disposition criminelle de la LC, étant observé que ce lien n'est pas automatique en droit civil entre la faute civile et la violation d'une obligation légale et réglementaire. À ce sujet, il est manifeste qu'une poursuite publique du comportement fautif par le Bureau de la concurrence faciliterait grandement le travail des demandeurs dans l'établissement de la faute civile.

Au sujet du délai de prescription, l'analyse est assurément propre à la common law et des adaptations à la lecture civiliste d'un délai de prescription seraient les bienvenues. Notons d'emblée qu'au Québec, le délai de droit commun est de trois ans. Il est possible d'utiliser l'article 1457 C.c.Q., en le combinant à l'article 36 pour allonger ce délai d'un an. Le C.c.Q. ne donne pas de détail à l'article 2925 sur la façon d'appliquer le délai de prescription en droit civil. Il faut se tourner vers la jurisprudence pour obtenir des éléments de réponse. Elle indique que le délai commence à courir uniquement lorsque le fait dommageable est connu de la victime⁴³. Rappelons que l'adage romain *contra non valentem agere potest, non curit praescriptio* (la prescription ne court pas contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir) sous-tend cette position jurisprudentielle⁴⁴. Au Québec, il s'agirait de constater à quel moment le demandeur a eu connaissance de l'infraction pour faire débiter le délai au lendemain de cette prise de connaissance. En ce sens, la disposition de l'article 36 LC affirmant que le délai débute à la date du « comportement en question » n'est pas incompatible avec cette affirmation. Le délai serait nécessairement reporté systématiquement à la date où le demandeur prend connaissance de l'agissement illégal en raison de la nature secrète de l'infraction. Par ailleurs, le complot est une faute continue qui suppose d'attendre sa fin pour constater le début du délai de prescription. Ainsi, même connue du demandeur, la date de début du délai de prescription serait celle de la fin du comportement fautif. Ces éléments permettent d'éclairer le sous-alinéa 36(4)a)(i) LC (soit la date du comportement en question). Le sous-alinéa 36(4)a)(ii) LC, soit la seconde option (soit la date où il est statué de façon définitive sur la poursuite), celui-ci doit être interprété comme une prorogation du délai, sorte de « seconde chance » pour le demandeur, si l'autorité de concurrence canadienne décide d'enquêter, de poursuivre et de sanctionner le comportement en cause.

CONCLUSION

Il doit ressortir de ce cette décision un seul enseignement : le recours des acheteurs sous parapluie ne doit pas être refusé au stade de l'autorisation au motif d'un préjudice difficilement démontrable. Pourvu qu'une démonstration sommaire mette en évidence la probable répercussion du cartel sur le marché pertinent concerné, le recours de cette catégorie d'acheteurs est permis. On pourra toutefois déplorer que le légalisme de la Cour suprême dissimule mal une politique judiciaire contre les cartels et en faveur de leur poursuite civile, surtout en l'absence de poursuite publique du cartel concerné, comme ce fut le cas en l'espèce. Avec cette décision, le recours privé de la LC devient une façon de voir les consommateurs comme des procureurs privés au service de l'intérêt collectif du groupe de victimes palliant ainsi les carences de l'autorité publique de concurrence.

* M. Benjamin Lehaire, docteur en droit (Université Laval), est professeur en droit des affaires à l'Université TELUQ (Université du Québec).

1. Pour une décision récente, voir *Transport TFI 6, LP c. Espar inc.*, [EYB 2018-292672](#) (C.S.).

2. Pour le Québec, voir *Option Consommateurs c. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 QCCS 1155, [EYB 2019-309502](#) ; *Option Consommateurs c. Panasonic Corporation*, 2019 QCCS 1035, [EYB 2019-309142](#). Pour les autres provinces canadiennes, voir *Fanshawe College v. Hitachi, Ltd.*, 2016 ONSC 5118 ; *Godfrey v. Sony Corporation*, 2016 BCSC 844 (décision de 1^{ère} instance), *Godfrey v. Sony Corporation*, 2017 BCCA 302 (décision en appel).

3. [EYB 2019-316713](#) (C.S.C.).

4. L.R.C. (1985), ch. C-34.

5. Certains auteurs considèrent que la trilogie de 2013 avait déjà répondu positivement à la question des acheteurs sous-parapluie. Selon nous, il s'agit d'une interprétation large de ces décisions.

6. Par. 1 de la décision commentée.

7. 2016 BCCS 844.

8. [RSBC 1996], ch. 50.

9. L.R.C. (1985), ch. C-34.

10. Par. 23 de la décision commentée.

11. Par. 32 de la décision commentée.

12. Par. 33 de la décision commentée.

13. Par. 34 de la décision commentée.

14. Par. 35 de la décision commentée.

15. Par. 36 de la décision commentée.

16. Par. 44 de la décision commentée.

17. Par. 46 de la décision commentée.

18. *Ibid.*

[19.](#) *Ibid.*

[20.](#) Nous soulignons.

[21.](#) Par. 50 de la décision commentée.

[22.](#) Par. 59 de la décision commentée.

[23.](#) Par. 61 de la décision commentée.

[24.](#) Par. 64 de la décision commentée. Le juge poursuit : « Sur ce point, le paragraphe suivant tiré de l'arrêt *Shah* (ONCA) de la Cour d'appel de l'Ontario (par. 34) est pertinent et je le fais mien :

[traduction] Suivant le sens ordinaire des mots utilisés, si les acheteurs sous parapluie peuvent démontrer qu'ils ont subi une perte par suite d'un complot établi sur le fondement de l'art. 45 , le par. 36(1) leur accorde un moyen de recouvrer cette perte. Interprété au pied de la lettre, le par. 36(1) confère aux acheteurs sous parapluie un droit de recouvrement qui n'est limité que par leur capacité à démontrer deux choses : (1) que les intimés ont comploté au sens de l'art. 45 ; et (2) que la perte ou les dommages subis par les appelants découlent de ce complot. » [Nous Soulignons ; la Cour cite l'arrêt *Shah v. LG Chem Ltd.*, ONCA 819.]

[25.](#) Par. 65 de la décision commentée.

[26.](#) *Ibid.*

[27.](#) Par. 68 de la décision commentée.

[28.](#) Par. 73 de la décision commentée.

[29.](#) Par. 74 de la décision commentée.

[30.](#) Par. 76 de la décision commentée.

[31.](#) Benjamin LEHAIRE, « L'action en concurrence déloyale et les recours indemnitaires canadiens en matière de concurrence : quel dialogue en droit civil québécois ? », (2016) 46/3 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* 507-543.

[32.](#) Par. 82 de la décision commentée.

[33.](#) Par. 84 de la décision commentée.

[34.](#) Par. 87 de la décision commentée.

[35.](#) *Ibid.*

[36.](#) Par. 88 de la décision commentée.

[37.](#) *Ibid.*

[38.](#) par. 107 de la décision commentée.

[39.](#) Par. 116 de la décision commentée.

[40.](#) Par. 117 de la décision commentée.

[41.](#) Par. 118 de la décision commentée.

[42.](#) Par. 125 de la décision commentée.

[43.](#) Voir par exemple, *Québec (Ville de) c. Construction Bé-con Inc.*, B.E. 2006 BE-59 (C.S.).

[44.](#) Benjamin LEHAIRE, *L'action privée en droit des pratiques anticoncurrentielles : pour un recours effectif des entreprises et des consommateurs en droits français et canadien*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 173.

Date de dépôt : 19 novembre 2019