



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2022, Vol. 3, Part 1**

**2022, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2022] 3 F.C.R., {<sup>3-176</sup><sub>D-1-D-5</sub>

Renvoi [2022] 3 R.C.F., {<sup>3-176</sup><sub>F-1-F-5</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, K.C./c.r.

LORNE WALDMAN, C.M., Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

CASSANDRA JOHNSON

NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, MARC A. GIROUX, Commissioner.

© His Majesty the King in Right of Canada, 2024.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

*The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.*

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.*

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

CASSANDRA JOHNSON

NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

*Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est MARC A. GIROUX.*

© Sa Majesté le Roi du Chef du Canada, 2024.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

*Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.*

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should also address any inquiries and change of address notifications to the Editor:

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont également priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à l'arrétiste en chef.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	3–176
Digests .....	D-1–D-5

### McNeeley v. Canada (F.C.A.) ..... 3

Income Tax — Income Calculation — Consolidated appeals from Tax Court of Canada decision dismissing appellants' appeals from Minister of National Revenue's reassessments of their tax returns — Appeals arising because appellants believed that rules applicable to distribution of shares from trust to employees of corporation would be those rules applicable to prescribed trusts as defined in *Income Tax Regulations* (Regulations), s. 4800.1 — Desire2Learn Employee Stock Trust (D2L Employee Trust) having as its beneficiaries employees of D2L Corporation (D2L) — Series of corporate transactions occurring between D2L, D2L Holdings Inc., numbered company — D2L Employee Trust twice distributing shares acquired from amalgamated company to several beneficiaries, including appellants — D2L Employee Trust, beneficiaries proceeded on basis that, for purposes of *Income Tax Act*, D2L Employee Trust was prescribed trust as defined in Regulations, s. 4800.1; that it would be trust for purposes of Act, s. 107; with one exception, filed election contemplated by Act, s. 107(2.001) in relation to distributions to the beneficiaries — D2L Employee Trust, beneficiaries filed their tax returns on basis that Act, s. 107(2.1) applied to distributions of shares to beneficiaries; reported capital gain arising as result of deemed disposition of shares; allocated such capital gains to beneficiaries — Net result of distributions, filings being that appellants McNeeley, Chapman reported taxable capital gain; claimed corresponding capital gains deduction under Act, s. 110.6(2.1) — Appellant Baker not including any amounts in his income resulting from first distribution of shares; reported taxable capital gain in relation to second distribution of shares to him — Minister reassessed appellants to delete taxable capital gains reported; included certain amounts in appellants' incomes on basis distributions of shares were payments from employee benefit plan — Appellants filing notices of objection, then appeals to Tax Court — Tax Court Judge found

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	3–176
Fiches analytiques .....	F-1–F-5

### McNeeley c. Canada (C.A.F.) ..... 3

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appels réunis à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant les appels interjetés par les appelants à l'encontre des nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national — Les appels découlaient du fait que les appelants croyaient que les règles applicables à la distribution d'actions d'une fiducie aux employés d'une société seraient celles applicables aux fiducies visées au sens de l'article 4800.1 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* (le Règlement) — Les bénéficiaires de la fiducie nommée Desire2Learn Employee Stock Trust (la fiducie des employés de D2L) sont les employés de D2L Corporation (D2L) — Une série d'opérations intersociétés ont eu lieu entre D2L, D2L Holdings Inc. et une société à numéro — La fiducie des employés de D2L a distribué à deux reprises des actions acquises de la société issue de la fusion à plusieurs bénéficiaires, dont les appelants — La fiducie des employés de D2L et les bénéficiaires avaient tenu pour acquis qu'aux fins de la Loi, la fiducie des employés de D2L était une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement; et qu'elle serait une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi — Sous réserve d'une unique exception, elle a exercé le choix prévu à l'article 107(2.001) de la Loi en ce qui concerne les distributions aux bénéficiaires — La fiducie des employés de D2L et ses bénéficiaires avaient produit leurs déclarations de revenus en partant du principe que l'article 107(2.1) de la Loi s'appliquait aux distributions d'actions aux bénéficiaires — La fiducie a déclaré un gain en capital découlant de la disposition réputée des actions et a réparti ces gains en capital imposables entre les bénéficiaires — Le résultat final de ces distributions et de ces choix a fait en sorte que les appelants McNeeley et Chapman ont déclaré des gains en capital imposables et ont demandé une déduction correspondante pour gains en capital conformément au paragraphe 110.6(2.1) de la Loi — L'appellant Baker n'avait

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

that D2L Employee Trust was employee benefit plan as defined in Act, s. 248(1); that it could therefore not be prescribed trust as defined in Regulations, s. 4800 — Therefore, rules related to payments from employee benefit plans applied to determine amounts to be included in appellants' income — Appellant Baker raised additional argument that distributions of shares to him should not be considered to be distributions from employee benefit plan — Tax Court finding that Baker failing to establish that he received shares otherwise than as employee — Whether provisions of Act related to employee benefit plan would apply to D2L Employee Trust, appellants or whether rules related to taxation of prescribed trust would apply — Issues arising for Baker were (a) whether rules related to employee benefit plan contemplate that particular payment from such arrangement may not be included in income under Act, s. 6(1)(g); (b) if so, whether TCC erred in finding that Baker had not satisfied requirements for distributions of shares to him to not be included in his income under Act, s. 6(1)(g) — D2L Employee Trust was employee benefit plan as defined in Act, s. 248(1); also satisfied requirements for prescribed trust as set out in Regulations, s. 4800.1(a) — Definition of trust in Act, s. 108(1) stipulating that trust, for purposes of Act, s. 107, not including employee benefit plan — Also, definition of employee benefit plan is in Act while qualifications for trust to be prescribed trust set out in Regulations — Here, it was not possible to reconcile two provisions as they applied to D2L Employee Trust — D2L Employee Trust fulfilled both the requirements to be employee benefit plan, prescribed trust — Tax consequences for D2L Employee Trust, appellants significantly different based on classification of D2L Employee Trust — Since definition of employee benefit plan is set out in Act, since definition of prescribed trust is set out in Regulations, paramountcy of definition of employee benefit plan in Act had to govern — Parliament could have provided that prescribed trust is not employee benefit plan — Paragraphs (a) to (e) of definition of employee benefit plan in Act, s. 248 exclude number of arrangements, trusts from definition of employee benefit plan — With respect to appellant Baker, arrangement as embodied in D2L Employee Trust, was employee benefit plan — Payments made by D2L Employee Trust to appellants McNeeley, Chapman were not excluded payments for purposes of definition of employee benefit plan — In this case, only single arrangement existing — Under Act, all amounts received by taxpayer under employee benefit plan are included in computing income of that taxpayer from office or employment — Therefore, all amounts received by Baker from D2L Employee Trust included in his income as employment income — Appeals dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

inclus aucune somme dans son revenu par suite de la première distribution d'actions; il a déclaré un gain en capital imposable relativement à la seconde distribution d'actions qui lui avait été faite — Le ministre a établi une nouvelle cotisation afin d'annuler le gain en capital imposable qui avait été déclaré; il a inclus dans le revenu des appelants certaines sommes au motif que les distributions d'actions étaient des paiements reçus dans le cadre d'un régime de prestation aux employés — Les appelants ont déposé des avis d'opposition, puis ils ont interjeté des appels à la Cour canadienne de l'impôt — Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés au sens du paragraphe 248(1) de la Loi; elle ne pouvait donc pas être une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement — Par conséquent, les règles relatives aux paiements reçus dans le cadre de régimes de prestations aux employés s'appliquaient pour déterminer les sommes à inclure dans le revenu des appelants — L'appellant Baker a soulevé un autre argument selon lequel les distributions d'actions qui lui avaient été faites ne devaient pas être considérées comme des distributions dans le cadre d'un régime de prestations aux employés — La Cour canadienne de l'impôt a conclu que Baker n'avait pas établi qu'il avait reçu les actions autrement qu'à titre d'employé — Il s'agissait de savoir si les dispositions de la Loi sur les régimes de prestations aux employés s'appliqueraient à la fiducie des employés de D2L et aux appelants, ou si les règles relatives à l'imposition d'une fiducie visée s'appliqueraient — Concernant Baker, il s'agissait de savoir si a) les règles relatives aux régimes de prestations aux employés prévoient qu'un paiement précis fait dans le cadre d'un tel mécanisme puisse ne pas être inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi; b) dans l'affirmative, si la CCI a commis une erreur en concluant que John Baker n'avait pas satisfait aux exigences relatives aux distributions d'actions qui lui avaient été faites pour que les paiements en découlant ne soient pas inclus dans son revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi — La fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés au sens du paragraphe 248(1) de la Loi; elle remplissait également les conditions d'une fiducie visée énoncées à l'alinéa 4800.1a) du Règlement — La définition du terme « fiducie » au paragraphe 108(1) de la Loi dispose qu'une fiducie, aux termes de l'article 107 de la Loi, ne comprend pas un régime de prestations aux employés — La définition de l'expression « régime de prestations aux employés » figure dans la Loi, tandis que c'est dans le Règlement que se trouvent les qualifications requises pour qu'une fiducie soit une fiducie visée — En l'espèce, il était impossible de concilier les deux dispositions parce qu'elles s'appliquaient à la fiducie des employés de D2L — La fiducie des employés de D2L remplissait autant les conditions d'un régime de prestations aux employés que celles d'une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Trusts — Consolidated appeals from Tax Court of Canada decision dismissing appellants' appeals from Minister of National Revenue's reassessments of their tax returns — Appeals arising because appellants believed that rules applicable to distribution of shares from trust to employees of corporation would be those rules applicable to prescribed trusts as defined in *Income Tax Regulations* (Regulations), s. 4800.1 — Desire2Learn Employee Stock Trust" (D2L Employee Trust) having as its beneficiaries employees of D2L Corporation (D2L) — D2L Employee Trust twice distributing shares acquired from amalgamated company to several beneficiaries, including appellants — D2L Employee Trust, beneficiaries proceeded on basis that, for purposes of *Income Tax Act*, D2L Employee Trust was prescribed trust as defined in Regulations, s. 4800.1; that it would be trust for purposes of Act, s. 107; filed election contemplated by Act, s. 107(2.001) in relation to distributions to beneficiaries (with exception of first distribution to John Baker) — With exception of first distribution to John Baker, D2L Employee Trust, beneficiaries filed their tax returns on basis that Act, s. 107(2.1) applied to distributions of shares to beneficiaries; reported capital gain arising as result of deemed disposition of shares; allocated such capital gains to beneficiaries — Whether provisions of Act related to employee benefit plan applying to D2L Employee Trust, appellants or whether rules related to taxation of prescribed trust applying — Paragraph (a) of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fiducie visée — Les incidences fiscales pour la fiducie des employés de D2L et les appelants sont très différentes selon la catégorie dans laquelle s'inscrit la fiducie des employés de D2L — Comme la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » figure dans la Loi et que la définition de l'expression « fiducie visée » se trouve dans le Règlement, la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » devait prévaloir — Le législateur aurait pu prévoir qu'une fiducie visée n'est pas un régime de prestations aux employés — Les alinéas a) à e) de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » excluent plusieurs mécanismes et fiducies — Concernant l'appelant Baker, le mécanisme prévu dans la fiducie des employés de D2L était un régime de prestation aux employés — Les paiements versés à McNeeley et Chapman par la fiducie des employés de D2L n'étaient pas des paiements exclus pour l'application de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » — En l'espèce, il n'existait qu'un seul mécanisme — Aux termes de la Loi, toutes les sommes reçues par un contribuable dans le cadre d'un régime de prestations aux employés sont incluses dans le calcul de son revenu tiré d'une charge ou d'un emploi — Donc, toutes les sommes que Baker a reçues de la fiducie des employés de D2L étaient incluses dans son revenu à titre de revenu d'emploi — Appels rejetés.

Fiducies — Appels réunis à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant les appels interjetés par les appelants à l'encontre des nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national — Les appels découlaient du fait que les appelants croyaient que les règles applicables à la distribution d'actions d'une fiducie aux employés d'une société seraient celles applicables aux fiducies visées au sens de l'article 4800.1 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* (le Règlement) — Les bénéficiaires de la fiducie nommée Desire2Learn Employee Stock Trust (la fiducie des employés de D2L) sont les employés de D2L Corporation (D2L) — La fiducie des employés de D2L a distribué deux fois des actions acquises de la société issue de la fusion à plusieurs bénéficiaires, dont les appelants — La fiducie des employés de D2L et les bénéficiaires avaient tenu pour acquis qu'aux fins de la Loi, la fiducie des employés de D2L était une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement et qu'elle serait une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi — Elle a exercé le choix prévu au paragraphe 107(2.001) de la Loi en ce qui concerne les distributions aux bénéficiaires (à l'exception de la première distribution à John Baker) — À l'exception de la première distribution à John Baker, la fiducie des employés de D2L et ses bénéficiaires avaient produit leurs déclarations de revenus en partant du principe que le paragraphe 107(2.1) de la Loi s'appliquait aux distributions d'actions aux bénéficiaires

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

definition of “trust” in Act, s. 108(1) providing that trust listed in that paragraph (including employee benefit plan) not a trust as defined in that subsection — Paragraph (a.1) of definition of “trust” (at Act, s. 108(1)) providing description of certain trusts that are also excluded from definition of “trust” — Exclusion of prescribed trusts from application of paragraph (a.1) meaning that prescribed trust will not be excluded from definition of trust as result of application of paragraph (a.1) — Same trust, however, will be excluded from definition of trust if described in paragraph (a) of definition — Exclusion from application of paragraph (a.1) for prescribed trust could not result in D2L Employee Trust (excluded from definition of trust under paragraph (a)) being reinstated as trust on basis that it is prescribed trust.

### **Jensen v. Samsung Electronics Co. Ltd. (F.C.) . . . . 34**

Practice — Class Proceedings — Motion seeking order to certify underlying action as class proceeding under *Federal Courts Rules*, r. 334.16(1) — Plaintiffs alleging that manufacturers of Dynamic Random Access Memory chips (DRAM) conspired to limit global supply, raise price of DRAM — Contending that alleged conspiracy disclosed cause of action under *Competition Act* (Act), s. 36 for breach of Act, ss. 45, 46 — Maintaining satisfying all required legal elements for certification — Alleging that conspiracy between defendants formed, achieved through direct communications in private meetings between defendants as well as through public statements, or “signalling”, to each other — Certification motion following parallel class action commenced earlier in the U.S. — Plaintiffs advancing that their certification motion typical competition law class action raising allegation of price-fixing conspiracy — Claiming no meaningful differences between this case, previous DRAM case (*Infineon Technologies AG v. Option consommateurs (Infineon)*) where certification confirmed by Supreme Court — Seeking to certify class proceeding on basis of six common questions — Submitting that some-basis-in-fact standard requiring “one-step approach” which focuses solely on commonality, that applying “two-step approach” would infuse merits analysis in certification test — Main issue whether alleged conspiracy, wrongful conduct existing in this case — Plaintiffs not satisfying reasonable cause

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

— Ils ont déclaré un gain en capital découlant de la disposition réputée des actions et ont réparti ces gains en capital imposables entre les bénéficiaires — Il s’agissait de savoir si les dispositions de la Loi sur les régimes de prestations aux employés s’appliquaient à la fiducie des employés de D2L et aux appelants, ou si les règles relatives à l’imposition d’une fiducie visée s’appliquaient — L’alinéa 108(1)a) de la définition de la Loi du terme « fiducie » dispose qu’une fiducie énumérée dans ce paragraphe, y compris un régime de prestations aux employés, ne sera pas une fiducie au sens de l’alinéa 108(1)a) — L’alinéa 108(1)a.1) de la définition du terme « fiducie » donne une description de certaines fiducies qui sont également exclues de la définition du terme « fiducie » — L’exclusion des fiducies visées de l’application de l’alinéa 108(1)a.1) de la Loi signifie qu’une fiducie visée ne sera pas exclue de la définition du terme « fiducie » en raison de l’application de l’alinéa 108(1)a.1) — La même fiducie sera toutefois exclue de la définition du terme « fiducie » si elle est décrite à l’alinéa 108(1)a) — L’exclusion d’une fiducie visée de l’application de l’alinéa 108(1)a.1) ne pouvait faire en sorte que la fiducie des employés de D2L (qui est exclue de la définition du terme « fiducie » en vertu de l’alinéa 108(1)a)) soit rétablie à titre de fiducie en raison du fait qu’il s’agit d’une fiducie visée.

### **Jensen c. Samsung Electronics Co. Ltd. (C.F.) . . . . 34**

Pratique — Recours collectifs — Les demandeurs sollicitaient une ordonnance autorisant la présente instance comme recours collectif en vertu du paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* — Les demandeurs ont soutenu que les fabricants de puces de mémoire vive dynamique (DRAM) avaient comploté pour limiter l’approvisionnement à l’échelle mondiale et pour hausser le prix des DRAM — Ils ont fait valoir que l’allégation de complot divulguait une cause d’action reconnue par l’article 36 de la *Loi sur la concurrence* (la Loi) pour des manquements visés aux articles 45 et 46 — Ils ont soutenu que toutes les exigences juridiques requises pour l’octroi de l’autorisation étaient remplies — Ils ont allégué que le complot entre les défenderesses avait été formé et réalisé au moyen de communications directes lors de réunions privées qu’elles avaient eues ou de « signaux » qu’elles s’envoyaient — La requête en autorisation a été déposée par les demandeurs à la suite d’un recours collectif parallèle intenté plus tôt aux É.-U. — Les demandeurs ont soutenu que leur requête en autorisation constituait un recours collectif typique en droit de la concurrence soulevant une allégation de complot visant à fixer les prix — Ils ont prétendu en outre qu’il n’y avait pas de différences importantes entre le présent dossier et une précédente affaire en matière de DRAM (*Infineon Technologies AG c. Options Consommateurs (Infineon)*) où l’autorisation a été confirmée par la Cour suprême — Les demandeurs ont demandé l’autorisation du recours collectif sur le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of action requirement for certification — Distinctive feature of this case plaintiffs' core allegation of conspiracy about supply suppression — Competition law class action herein rare case where existence of alleged conspiracy at source of claim for loss, damages under *Competition Act*, s. 36 challenged at certification stage — Existence of an alleged conspiracy typically not an issue in such class actions — *Infineon* precedent not shedding any light on main issue in dispute — Whether “plain and obvious” that pleadings disclosing no reasonable cause of action, that no claim exists — Here, adequate allegations in pleadings and minimal evidentiary background that defendants explicitly or tacitly agreeing to act in furtherance of common goal both missing in plaintiffs' motion — Pleadings purely speculative — Failed to provide material facts — Must be supported by sufficient particularization, not be bare assertions or conclusory legal statements based on assumptions or speculation — Presumption that allegations of fact true having some limits — Allegations not assumed to be true if not precise enough or if only speculative — Court cannot weigh evidence at certification stage — Allegations, factual foundation of circumstantial events must go to establishment of an agreement, to the conduct of parties — Here, strictly no allegations, no material facts, let alone any evidentiary basis, of any “facilitating practices” in terms of conduct by defendants — Public statements relied on by plaintiffs not offering material facts to support allegation of agreement between defendants — Merely showing parallel conduct not enough to ground conspiracy claim, speculate from it that agreement must be at source of parallel conduct — Statement of claim added up to fishing expedition — Plaintiffs' limited allegations not meeting *Federal Courts Rules*, rr. 174, 181 requirements — Plaintiffs also failing to show, on some-basis-in-fact standard of proof, that proposed common issues about alleged wrongful acts under ss. 45, 46 existed in fact — Some-basis-in-fact standard requiring two-step approach to common issues requirement — Two-step test still governing in certification decisions across Canada — No conflict between Supreme Court decisions in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, *Hollick v. Toronto (City)* establishing that there must be some evidentiary basis to show that common issue existing beyond bare assertion in pleadings — *Pro-Sys* supporting two-step approach to common issues requirement — Not departing from *Hollick* as governing authority on some-basis-in-fact standard — Plaintiffs mischaracterized, misunderstood two-step approach when presenting it as merits-based test — Two-step approach preventing certification of artificial claims — *Pro-Sys* not lowering already low bar to certification to the point of absolving plaintiffs of obligation to lead any minimal level of evidence that alleged wrong existing in fact — Here, various categories of “evidence” falling short of mark, not meeting low

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fondement de six points communs — Ils ont fait valoir que la norme reposant sur un certain fondement factuel exige ce qu'on appelle une « approche en une étape » axée exclusivement sur la communauté des points soulevés, et que l'application d'une « approche en deux étapes » incorporerait une analyse de fond au critère d'autorisation — Il s'agissait principalement de savoir s'il existait un complot allégué et un comportement répréhensible en l'espèce — Les demandeurs n'ont pas satisfait à l'exigence relative à la cause d'action valable des requêtes en autorisation — La caractéristique distinctive de l'espèce était l'allégation principale de complot des demandeurs concernant l'élimination de l'offre — Le présent recours collectif envisagé en matière de droit de la concurrence constituait un cas rare où l'existence même du complot allégué à l'origine de la réclamation de perte et de dommages en vertu de l'article 36 de la Loi était contestée à l'étape de l'autorisation — L'existence d'un complot n'est généralement pas en litige dans de tels recours collectifs — Le précédent établi dans l'arrêt *Infineon* n'apportait aucun éclairage utile sur cette question principale — Il s'agissait de savoir s'il était « évident et manifeste » que les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action valable et qu'aucune réclamation n'existait — En l'espèce, la requête des demandeurs ne contenait ni allégations adéquates dans les actes de procédure ni un contexte factuel minimum tendant à indiquer que les défenderesses avaient expressément ou tacitement accepté d'agir dans un objectif commun — Les allégations étaient purement hypothétiques — Aucun fait concret n'a été présenté — Les allégations doivent être suffisamment précises et ne doivent pas être de simples assertions ou des affirmations non étayées de nature juridique fondées sur des hypothèses ou des conjectures — La présomption selon laquelle les allégations de fait sont vraies comporte certaines limites — Les allégations ne sont pas tenues pour avérées si elles ne sont pas suffisamment précises ou si elles ne sont que des conjectures — La Cour ne peut pas apprécier la preuve à l'étape de l'autorisation — Les allégations et le fondement factuel des événements circonstanciels doivent porter sur l'établissement d'un accord et sur le comportement des parties — En l'espèce, il n'y avait strictement aucune allégation ni aucun fait substantiel, et encore moins de fondement probatoire, concernant des « pratiques facilitantes » dans le comportement des défenderesses — Les déclarations publiques sur lesquelles s'appuyaient les demandeurs ne présentaient pas de faits substantiels à l'appui d'une allégation d'accord entre les défenderesses — Il ne suffisait pas de montrer qu'il existait un comportement parallèle pour étayer une allégation de complot et supposer qu'un accord était à l'origine d'un tel comportement — La déclaration reposait sur une recherche à l'aveuglette — Les allégations limitées formulées par les demandeurs ne satisfaisaient pas aux exigences des règles 174 et 181 des *Règles des Cours fédérales* — Les demandeurs n'ont pas démontré, selon la norme de preuve reposant sur un certain

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

threshold of some basis in fact — Legal memberships in legal trade associations not constituting any basis in fact supporting existence of conspiracy — References to U.S. pleadings alleging same conspiracy not appropriate evidence — Procedural dimension of class proceedings never meant to downsize certification process to meaningless one, or to become fig leaf to cover naked shortcomings of plaintiff's motion — Court's role, even at procedural stage of certification, to filter out untenable, unfounded, speculative claims — Motion dismissed.

Competition — Plaintiffs seeking order to certify underlying action as class proceeding under *Federal Courts Rules*, r. 334.16(1) — Alleging that manufacturers of Dynamic Random Access Memory chips (DRAM) conspired to limit global supply, raise price of DRAM — Contending that alleged conspiracy disclosed cause of action under *Competition Act* (Act), s. 36 for breach of Act, ss. 45, 46 — Advancing that their certification motion typical competition law class action raising allegation of price-fixing conspiracy — Seeking to certify class proceeding on basis of six common questions — Whether alleged conspiracy, wrongful conduct existing in this case — Competition law class

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fondement factuel, que les points communs envisagés à l'égard des actes répréhensibles qui seraient visés par les articles 45 et 46 existaient réellement — La norme reposant sur un certain fondement factuel appelle une approche en deux étapes concernant le critère du caractère commun des questions — Le critère en deux étapes régit toujours les décisions en matière d'autorisation au Canada — Il n'y a aucun conflit entre les arrêts *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation* et *Hollick c. Toronto (Ville)* de la Cour suprême et l'abondante jurisprudence établissant qu'il doit y avoir un certain fondement probatoire pour démontrer l'existence d'une question commune, lequel fondement ne peut se résumer à une simple affirmation dans les actes de procédure — *Pro-Sys* appuie l'approche en deux étapes de l'exigence relative aux questions communes — Cet arrêt ne s'écarte pas de l'arrêt *Hollick* en tant qu'arrêt faisant autorité en ce qui a trait à la norme du certain fondement factuel — Les demandeurs ont déformé et mal compris l'approche en deux étapes au moment de la présenter comme un critère reposant sur le bien-fondé du recours — L'approche en deux étapes empêche l'autorisation de demandes qui seraient artificielles — L'arrêt *Pro-Sys* n'avait pas pour but d'abaisser le critère relatif à l'autorisation déjà peu exigeant au point où les demandeurs seraient libérés de l'obligation de produire une preuve minimale que le préjudice qu'ils allèguent existe effectivement — En l'espèce, les diverses catégories de « preuve » n'étaient pas à la hauteur et ne satisfaisaient pas au critère peu exigeant du certain fondement factuel — L'adhésion légale à des associations professionnelles légales ne constitue aucun fondement factuel de l'existence d'un complot — Les renvois à des actes de procédure américains dans lesquels le même complot est allégué ne constituaient pas une preuve appropriée — La dimension procédurale du recours collectif n'a jamais été conçue pour réduire le processus d'autorisation à un processus dénué de sens ou pour devenir en quelque sorte comme une feuille de vigne qui sert à dissimuler les lacunes pures et simples de la requête d'un demandeur — Il incombe à la Cour, même à l'étape procédurale de l'autorisation, d'écarter une demande insoutenable, non fondée et conjecturale — Requête rejetée.

Concurrence — Les demandeurs souhaitent faire autoriser une action comme recours collectif aux termes du paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* — Les demandeurs soutenaient que les fabricants de puces de mémoire vive dynamique (DRAM) avaient comploté pour limiter l'approvisionnement à l'échelle mondiale et pour hausser le prix des DRAM — Ils ont fait valoir que l'allégation de complot divulguait une cause d'action reconnue par l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* (la Loi) pour des manquements visés aux articles 45 et 46 — Les demandeurs soutenaient que leur requête en autorisation constituait un recours collectif typique en droit de la

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

action herein rare case where existence of alleged conspiracy at source of claim for loss, damages under *Competition Act*, s. 36 challenged at certification stage — S. 45 conspiracy offence at source of plaintiffs' proposed class action rooted in existence of agreement to engage in prohibited conduct — Pleadings purely speculative, not supported by material facts — “Conscious parallelism” falling short of conduct prohibited by s. 45 — Incorrect to use terms “tacit agreement”, “tacit collusion”, “conscious parallelism” interchangeably to describe similar reality — Key difference between “conscious parallelism”, other conduct is absence of agreement — No precedent in Canada recognizing that unilateral “public signalling” amounting to conspiracy prohibited by s. 45 — S. 46 establishing offence for persons beyond those directly involved in conspiracies covered by s. 45 — Without s. 46, courts only having jurisdiction to impose sanctions against conspirators themselves as opposed to entities in Canada who merely implement it without being direct party to conspiracy — Conspiracy claims contained in plaintiffs' general statements simply mirroring language of Act — Plaintiffs' statement of claim added up to fishing expedition — To allow plaintiffs' proposed class action to go forward on basis of record before Court would set dangerous precedent opening door to file s. 36 claims on sole basis of apparent anti-competitive effects accompanied with unfounded allegations, speculation regarding collusive conduct of alleged conspirators — S. 45 not contemplating that evidence of anti-competitive effects constituting proof of illegal agreement between competitors, without material facts or evidentiary basis regarding concerted conduct of competitors — Presence of express or tacit agreement beating heart of conspiracy provision — Absence of any investigation by Competition Bureau on impugned conduct, while not determinative of potential existence of s. 45 conspiracy, certainly telling.

## SOMMAIRE (Fin)

concurrency soulevant une allégation de complot visant à fixer les prix — Les demandeurs ont demandé l'autorisation du recours collectif sur le fondement de six points communs — Il s'agissait de déterminer l'existence en l'espèce du complot allégué et du comportement répréhensible — Ce recours collectif constituait un cas rare où l'existence même du complot allégué à l'origine de la réclamation de perte et de dommages en vertu de l'article 36 de la Loi était contestée à l'étape de l'autorisation — L'infraction de complot prévue à l'article 45 à l'origine du recours collectif envisagé par les demandeurs était fondée sur l'existence d'une entente visant à se livrer au comportement illicite — Les allégations étaient purement hypothétiques et n'étaient pas appuyées par des faits pertinents — Le « parallélisme conscient » n'est pas un comportement interdit par l'article 45 — Il est inexact d'employer indistinctement les expressions « entente tacite », « collusion tacite » et « parallélisme conscient » pour décrire une réalité semblable — La principale différence entre « parallélisme conscient » et tout autre comportement est l'absence d'accord — Il n'existe aucun précédent au Canada dans lequel on a reconnu que les « signaux publics » constituent un complot interdit par l'article 45 — L'article 46 établit une infraction pour les personnes qui ne participent pas directement à des complots visés par l'article 45 — Sans l'article 46, la compétence des tribunaux se limiterait à l'imposition de sanctions contre les parties au complot elles-mêmes par opposition aux entités au Canada qui se contentent de mettre en œuvre le complot sans être une partie directement impliquée — Les allégations de complot contenues dans les affirmations générales des demandeurs reproduisaient simplement le libellé de la Loi — La déclaration des demandeurs reposait sur une recherche à l'aveuglette — Le fait de permettre la poursuite du recours collectif envisagé par les demandeurs sur la foi du dossier présenté à la Cour aurait donné lieu à un dangereux précédent susceptible d'ouvrir la voie au dépôt de réclamations fondées sur l'article 36 uniquement en fonction d'effets anticoncurrentiels apparents et d'allégations et de conjectures non fondées concernant le comportement collusoire de parties soupçonnées de complot — L'article 45 ne prévoit pas que la preuve d'effets anticoncurrentiels constitue la preuve de l'existence d'un accord illicite entre concurrents, sans aucun fait substantiel ou élément probant quant au comportement concerté des concurrents — L'existence d'une entente explicite ou tacite constitue le cœur de la disposition sur le complot — L'absence d'enquête du Bureau de la concurrence sur la conduite contestée, bien qu'elle ne soit pas déterminante quant à l'existence d'un complot visé par l'article 45, est certainement révélatrice.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Bayer Inc. v. BGP Pharma ULC (Viatrix Canada)*, T-1178-23, 2023 FC 1325, has been affirmed on appeal (A-283-23, 2024 FCA 29), reasons for judgment handed down February 13, 2024.

*Google LLC v. Sonos Inc.*, T-952-20, 2022 FC 1116, [2022] 1 F.C.R. D-5 has been affirmed on appeal (A-207-22 (lead file), A-208-22, 2024 FCA 44), reasons for judgment handed down March 13, 2024.

*Greenwood v. Canada*, T-1201-18, 2023 FC 397, [2022] 2 F.C.R. D-17, has been reversed on appeal (A – 96-23, 2024 FCA 22). The reasons for judgment, handed down January 30, 2024, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Canada (Attorney General) v. Hicks*, 23-A-35, Stratas J.A., order dated June 28, 2023, leave to appeal to S.C.C. dismissed March 14, 2024.

*Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada*, A-305-21, 2023 FCA 91, Webb J.A., judgment dated May 4, 2023, leave to appeal to S.C.C. dismissed February 22, 2024.

*dTechs EPM Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, A-121-21, 2023 FCA 115, Gauthier J.A., judgment dated May 26, 2023, leave to appeal to S.C.C. dismissed February 15, 2024.

*Foix v. Canada*, A-234-21, A-235-21, A-236-21, 2023 FCA 38, Noël C.J., judgment dated February 20, 2023, leave to appeal to S.C.C. dismissed February 29, 2024.

*Mazraani v. Canada (National Revenue)*, A-256-22, order dated May 12, 2023, Roussel and Rivoalen JJ.A., leave to appeal to S.C.C. dismissed February 22, 2024.

*Milne v. Canada*, A-44-22, 2023 FCA 138, Pelletier J.A., judgment dated June 13, 2023, leave to appeal to S.C.C. dismissed March 21, 2024.

*Morriss v. Canada*, A-162-21, Gleason, Rivoalen and LeBlanc JJ.A., order dated July 5, 2022, leave to appeal to S.C.C. dismissed March 21, 2024.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Bayer Inc. c. BGP Pharma ULC (Viatrix Canada)*, T-1178-23, 2023 CF 1325, a été confirmée en appel (A-283-23, 2024 CAF 29), les motifs du jugement ayant été prononcés le 13 février 2024.

La décision *Google LLC c. Sonos Inc.*, T-952-20, 2022 CF 1116, [2022] 1 R.C.F. F-1 a été confirmée en appel (A-207-22 (dossier principal), A-208-22, 2024 CAF 44), les motifs du jugement ayant été prononcés le 13 mars 2024.

La décision *Greenwood c. Canada*, T-1201-18, 2023 CF 397, [2022] 2 F.C.R. F-22, a été infirmée en appel (A-289-20, A-308-20, 2023 CAF 241). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 30 janvier 2024, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Canada (Procureur général) c. Hicks*, 23-A-35, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 28 juin 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 mars 2024.

*Banque canadienne impériale de commerce c. Canada*, A-305-21, 2023 CAF 91, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 4 mai 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 février 2024.

*dTechs EPM Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, A-121-21, 2023 CAF 115, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 26 mai 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 15 février 2024.

*Foix v. Canada*, A-234-21, A-235-21, A-236-21, 2023 CAF 38, le juge en chef Noël, J.C.A., jugement en date du 20 février 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 février 2024.

*Mazraani c. Canada (Revenu national)*, A-256-22, ordonnance en date du 12 mai 2023, les juges Roussel et Rivoalen, J.C.A., autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 février 2024.

*Milne c. Canada*, A-44-22, 2023 CAF 138, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 13 juin 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 mars 2024.

*Morriss c. Canada*, A-162-21, les juges Gleason, Rivoalen et LeBlanc, J.C.A., ordonnance en date du 5 juillet 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 mars 2024.

## II

## APPEALS NOTED

*Pepa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, A-136-21, 2023 FCA 102, Monaghan J.A., judgment dated May 12, 2023, leave to appeal to S.C.C. granted February 15, 2024.

*Secure Energy Services Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, A-89-23, 2023 FCA 172, Locke J.A., judgment dated August 1, 2023, leave to appeal to S.C.C. dismissed February 22, 2024.

*Smith v. Canada (Attorney General)*, A-238-21 (lead), A-87-21, A-198-20, 2023 FCA 122, Webb J.A., judgment dated June 1, 2023, leave to appeal to S.C.C. dismissed February 22, 2024.

*Pepa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, A-136-21, 2023 CAF 102, la juge Monaghan, J.C.A., jugement en date du 12 mai 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 15 février 2024.

*Secure Energy Services Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, A-89-23, 2023 CAF 172, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 1er août 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 février 2024.

*Smith c. Canada (Procureur général)*, A-238-21 (lead), A-87-21, A-198-20, 2023 CAF 122, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 1er juin 2023, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 février 2024.

**Federal Courts  
Reports**

**2022, Vol. 3, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2022, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-260-20 (lead file)

A-261-20

A-262-20

2021 FCA 218

A-260-20 (dossier principal)

A-261-20

A-262-20

2021 CAF 218

**Mathew McNeeley, Kenneth Chapman and John A. Baker** (*Appellants*)

v.

**Her Majesty the Queen** (*Respondent*)

**INDEXED AS: MCNEELEY v. CANADA**

Federal Court of Appeal, Webb, Mactavish and LeBlanc JJ.A.—Toronto, September 27; Ottawa, November 15, 2021.

*Income Tax — Income Calculation — Consolidated appeals from Tax Court of Canada decision dismissing appellants' appeals from Minister of National Revenue's reassessments of their tax returns — Appeals arising because appellants believed that rules applicable to distribution of shares from trust to employees of corporation would be those rules applicable to prescribed trusts as defined in Income Tax Regulations (Regulations), s. 4800.1 — Desire2Learn Employee Stock Trust (D2L Employee Trust) having as its beneficiaries employees of D2L Corporation (D2L) — Series of corporate transactions occurring between D2L, D2L Holdings Inc., numbered company — D2L Employee Trust twice distributing shares acquired from amalgamated company to several beneficiaries, including appellants — D2L Employee Trust, beneficiaries proceeded on basis that, for purposes of Income Tax Act, D2L Employee Trust was prescribed trust as defined in Regulations, s. 4800.1; that it would be trust for purposes of Act, s. 107; with one exception, filed election contemplated by Act, s. 107(2.001) in relation to distributions to the beneficiaries — D2L Employee Trust, beneficiaries filed their tax returns on basis that Act, s. 107(2.1) applied to distributions of shares to beneficiaries; reported capital gain arising as result of deemed disposition of shares; allocated such capital gains to beneficiaries — Net result of distributions, filings being that appellants McNeeley, Chapman reported taxable capital gain; claimed corresponding capital gains deduction under Act, s. 110.6(2.1) — Appellant Baker not including any amounts in his income resulting from first distribution of shares; reported taxable capital gain in relation to second distribution of shares to him — Minister reassessed appellants to delete taxable capital gains reported; included certain amounts in appellants' incomes on basis distributions of shares were payments from employee benefit plan — Appellants filing notices of objection, then appeals to Tax Court — Tax*

**Mathew McNeeley, Kenneth Chapman et John A. Baker** (*appelants*)

c.

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

**RÉPERTORIÉ : MCNEELEY C. CANADA**

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Mactavish et LeBlanc, J.C.A. — Toronto, 27 septembre; Ottawa, 15 novembre 2021.

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Appels réunis à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant les appels interjetés par les appelants à l'encontre des nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national — Les appels découlaient du fait que les appelants croyaient que les règles applicables à la distribution d'actions d'une fiducie aux employés d'une société seraient celles applicables aux fiducies visées au sens de l'article 4800.1 du Règlement de l'impôt sur le revenu (le Règlement) — Les bénéficiaires de la fiducie nommée Desire2Learn Employee Stock Trust (la fiducie des employés de D2L) sont les employés de D2L Corporation (D2L) — Une série d'opérations intersociétés ont eu lieu entre D2L, D2L Holdings Inc. et une société à numéro — La fiducie des employés de D2L a distribué à deux reprises des actions acquises de la société issue de la fusion à plusieurs bénéficiaires, dont les appelants — La fiducie des employés de D2L et les bénéficiaires avaient tenu pour acquis qu'aux fins de la Loi, la fiducie des employés de D2L était une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement; et qu'elle serait une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi — Sous réserve d'une unique exception, elle a exercé le choix prévu à l'article 107(2.001) de la Loi en ce qui concerne les distributions aux bénéficiaires — La fiducie des employés de D2L et ses bénéficiaires avaient produit leurs déclarations de revenus en partant du principe que l'article 107(2.1) de la Loi s'appliquait aux distributions d'actions aux bénéficiaires — La fiducie a déclaré un gain en capital découlant de la disposition réputée des actions et a réparti ces gains en capital imposables entre les bénéficiaires — Le résultat final de ces distributions et de ces choix a fait en sorte que les appelants McNeely et Chapman ont déclaré des gains en capital imposables et ont demandé une déduction correspondante pour gains en capital conformément au paragraphe 110.6(2.1) de*

Court Judge found that D2L Employee Trust was employee benefit plan as defined in Act, s. 248(1); that it could therefore not be prescribed trust as defined in Regulations, s. 4800 — Therefore, rules related to payments from employee benefit plans applied to determine amounts to be included in appellants' income — Appellant Baker raised additional argument that distributions of shares to him should not be considered to be distributions from employee benefit plan — Tax Court finding that Baker failing to establish that he received shares otherwise than as employee — Whether provisions of Act related to employee benefit plan would apply to D2L Employee Trust, appellants or whether rules related to taxation of prescribed trust would apply — Issues arising for Baker were (a) whether rules related to employee benefit plan contemplate that particular payment from such arrangement may not be included in income under Act, s. 6(1)(g); (b) if so, whether TCC erred in finding that Baker had not satisfied requirements for distributions of shares to him to not be included in his income under Act, s. 6(1)(g) — D2L Employee Trust was employee benefit plan as defined in Act, s. 248(1); also satisfied requirements for prescribed trust as set out in Regulations, s. 4800.1(a) — Definition of trust in Act, s. 108(1) stipulating that trust, for purposes of Act, s. 107, not including employee benefit plan — Also, definition of employee benefit plan is in Act while qualifications for trust to be prescribed trust set out in Regulations — Here, it was not possible to reconcile two provisions as they applied to D2L Employee Trust — D2L Employee Trust fulfilled both the requirements to be employee benefit plan, prescribed trust — Tax consequences for D2L Employee Trust, appellants significantly different based on classification of D2L Employee Trust — Since definition of employee benefit plan is set out in Act, since definition of prescribed trust is set out in Regulations, paramountcy of definition of employee benefit plan in Act had to govern — Parliament could have provided that prescribed trust is not employee benefit plan — Paragraphs (a) to (e) of definition of employee benefit plan in Act, s. 248 exclude number of arrangements, trusts from definition of employee benefit plan — With respect to appellant Baker, arrangement as embodied in D2L Employee Trust, was employee benefit plan — Payments made by D2L Employee Trust to appellants McNeely, Chapman were not excluded payments for purposes of definition of employee benefit plan — In this case, only single arrangement existing — Under Act, all amounts received by taxpayer under employee benefit plan are included in computing income of that taxpayer from office or employment — Therefore, all amounts received by Baker from D2L Employee Trust included in his income as employment income — Appeals dismissed.

la Loi — L'appellant Baker n'avait inclus aucune somme dans son revenu par suite de la première distribution d'actions; il a déclaré un gain en capital imposable relativement à la seconde distribution d'actions qui lui avait été faite — Le ministre a établi une nouvelle cotisation afin d'annuler le gain en capital imposable qui avait été déclaré; il a inclus dans le revenu des appelants certaines sommes au motif que les distributions d'actions étaient des paiements reçus dans le cadre d'un régime de prestation aux employés — Les appelants ont déposé des avis d'opposition, puis ils ont interjeté des appels à la Cour canadienne de l'impôt — Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés au sens du paragraphe 248(1) de la Loi; elle ne pouvait donc pas être une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement — Par conséquent, les règles relatives aux paiements reçus dans le cadre de régimes de prestations aux employés s'appliquaient pour déterminer les sommes à inclure dans le revenu des appelants — L'appellant Baker a soulevé un autre argument selon lequel les distributions d'actions qui lui avaient été faites ne devaient pas être considérées comme des distributions dans le cadre d'un régime de prestations aux employés — La Cour canadienne de l'impôt a conclu que Baker n'avait pas établi qu'il avait reçu les actions autrement qu'à titre d'employé — Il s'agissait de savoir si les dispositions de la Loi sur les régimes de prestations aux employés s'appliqueraient à la fiducie des employés de D2L et aux appelants, ou si les règles relatives à l'imposition d'une fiducie visée s'appliqueraient — Concernant Baker, il s'agissait de savoir si a) les règles relatives aux régimes de prestations aux employés prévoient qu'un paiement précis fait dans le cadre d'un tel mécanisme puisse ne pas être inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g de la Loi; b) dans l'affirmative, si la CCI a commis une erreur en concluant que John Baker n'avait pas satisfait aux exigences relatives aux distributions d'actions qui lui avaient été faites pour que les paiements en découlant ne soient pas inclus dans son revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g de la Loi — La fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés au sens du paragraphe 248(1) de la Loi; elle remplissait également les conditions d'une fiducie visée énoncées à l'alinéa 4800.1a) du Règlement — La définition du terme « fiducie » au paragraphe 108(1) de la Loi dispose qu'une fiducie, aux termes de l'article 107 de la Loi, ne comprend pas un régime de prestations aux employés — La définition de l'expression « régime de prestations aux employés » figure dans la Loi, tandis que c'est dans le Règlement que se trouvent les qualifications requises pour qu'une fiducie soit une fiducie visée — En l'espèce, il était impossible de concilier les deux dispositions parce qu'elles s'appliquaient à la fiducie des employés de D2L — La fiducie des employés de D2L remplissait autant les conditions d'un régime de prestations aux employés que celles d'une fiducie visée — Les incidences fiscales pour la fiducie des employés de D2L et les appelants sont très différentes selon la catégorie dans laquelle s'inscrit la fiducie des employés de D2L — Comme la définition de

*Trusts — Consolidated appeals from Tax Court of Canada decision dismissing appellants' appeals from Minister of National Revenue's reassessments of their tax returns — Appeals arising because appellants believed that rules applicable to distribution of shares from trust to employees of corporation would be those rules applicable to prescribed trusts as defined in Income Tax Regulations (Regulations), s. 4800.1 — Desire2Learn Employee Stock Trust" (D2L Employee Trust) having as its beneficiaries employees of D2L Corporation (D2L) — D2L Employee Trust twice distributing shares acquired from amalgamated company to several beneficiaries, including appellants — D2L Employee Trust, beneficiaries proceeded on basis that, for purposes of Income Tax Act, D2L Employee Trust was prescribed trust as defined in Regulations, s. 4800.1; that it would be trust for purposes of Act, s. 107; filed election contemplated by Act, s. 107(2.001) in relation to distributions to beneficiaries (with exception of first distribution to John Baker) — With exception of first distribution to John Baker, D2L Employee Trust, beneficiaries filed their tax returns on basis that Act, s. 107(2.1) applied to distributions of shares to beneficiaries; reported capital gain arising as result of deemed disposition of shares; allocated such capital gains to beneficiaries — Whether provisions of Act related to employee benefit plan applying to D2L Employee Trust, appellants or whether rules related to taxation of prescribed trust applying — Paragraph (a) of definition of "trust" in Act, s. 108(1) providing that trust listed in that paragraph (including employee benefit plan) not a trust as defined in that subsection — Paragraph (a.1) of definition of "trust" (at Act, s. 108(1)) providing description of certain trusts that are also excluded from definition of "trust" — Exclusion of prescribed trusts from application of paragraph (a.1) meaning that prescribed trust will not be excluded from definition of trust as result of application of paragraph (a.1) — Same trust,*

*l'expression « régime de prestations aux employés » figure dans la Loi et que la définition de l'expression « fiducie visée » se trouve dans le Règlement, la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » devait prévaloir — Le législateur aurait pu prévoir qu'une fiducie visée n'est pas un régime de prestations aux employés — Les alinéas a) à e) de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » excluent plusieurs mécanismes et fiducies — Concernant l'appellant Baker, le mécanisme prévu dans la fiducie des employés de D2L était un régime de prestation aux employés — Les paiements versés à McNealey et Chapman par la fiducie des employés de D2L n'étaient pas des paiements exclus pour l'application de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » — En l'espèce, il n'existait qu'un seul mécanisme — Aux termes de la Loi, toutes les sommes reçues par un contribuable dans le cadre d'un régime de prestations aux employés sont incluses dans le calcul de son revenu tiré d'une charge ou d'un emploi — Donc, toutes les sommes que Baker a reçues de la fiducie des employés de D2L étaient incluses dans son revenu à titre de revenu d'emploi — Appels rejetés.*

*Fiducies — Appels réunis à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant les appels interjetés par les appelants à l'encontre des nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national — Les appels découlaient du fait que les appelants croyaient que les règles applicables à la distribution d'actions d'une fiducie aux employés d'une société seraient celles applicables aux fiducies visées au sens de l'article 4800.1 du Règlement de l'impôt sur le revenu (le Règlement) — Les bénéficiaires de la fiducie nommée Desire2Learn Employee Stock Trust (la fiducie des employés de D2L) sont les employés de D2L Corporation (D2L) — La fiducie des employés de D2L a distribué deux fois des actions acquises de la société issue de la fusion à plusieurs bénéficiaires, dont les appelants — La fiducie des employés de D2L et les bénéficiaires avaient tenu pour acquis qu'aux fins de la Loi, la fiducie des employés de D2L était une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement et qu'elle serait une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi — Elle a exercé le choix prévu au paragraphe 107(2.001) de la Loi en ce qui concerne les distributions aux bénéficiaires (à l'exception de la première distribution à John Baker) — À l'exception de la première distribution à John Baker, la fiducie des employés de D2L et ses bénéficiaires avaient produit leurs déclarations de revenus en partant du principe que le paragraphe 107(2.1) de la Loi s'appliquait aux distributions d'actions aux bénéficiaires — Ils ont déclaré un gain en capital découlant de la disposition réputée des actions et ont réparti ces gains en capital imposables entre les bénéficiaires — Il s'agissait de savoir si les dispositions de la Loi sur les régimes de prestations aux employés s'appliquaient à la fiducie des employés de D2L et aux appelants, ou si les règles relatives à l'imposition d'une fiducie visée s'appliquaient — L'alinéa 108(1)a) de la définition de la Loi du terme « fiducie » dispose qu'une fiducie énumérée dans ce paragraphe, y compris un régime de prestations aux employés, ne sera pas*



*however, will be excluded from definition of trust if described in paragraph (a) of definition — Exclusion from application of paragraph (a.1) for prescribed trust could not result in D2L Employee Trust (excluded from definition of trust under paragraph (a)) being reinstated as trust on basis that it is prescribed trust.*

These were consolidated appeals from a Tax Court of Canada decision dismissing the appellants' appeals from the Minister of National Revenue's reassessments of their tax returns. These appeals arose because the appellants believed that the rules applicable to the distribution of shares from a trust to employees of a corporation would be those rules applicable to prescribed trusts as defined in section 4800.1 of the *Income Tax Regulations* (Regulations).

In 2005, Patricia Baker contributed \$210 to settle the "Desire2Learn Employee Stock Trust" (the D2L Employee Trust). The beneficiaries of the D2L Employee Trust are the employees of D2L Corporation (D2L), which was founded by Patricia Baker's son, John Baker, one of the appellants. The D2L Employee Trust acquired some class B common shares of D2L for \$10. The D2L Employee Trust subsequently transferred the shares of D2L to D2L Holdings Inc. (D2L Parent) for the same number and class of shares of D2L Parent. On the amalgamation of D2L Parent with a numbered company, the D2L Employee Trust acquired a large number of non-voting class B common shares of the amalgamated company, which retained the name D2L Holdings Inc. On the same day that the amalgamation occurred, the D2L Employee Trust distributed shares to various beneficiaries, including to John Baker and to Kenneth Chapman. Later in 2012, the D2L Employee Trust distributed its remaining shares to 227 beneficiaries, including to Mathew McNeeley and again to John Baker. The fair market value of the shares at the time of the first and second distribution was \$8.415 per share. The D2L Employee Trust and the beneficiaries proceeded on the basis that, for the purposes of the *Income Tax Act*, the D2L Employee Trust was a prescribed trust as defined in section 4800.1 of the Regulations and that it would be a trust for the purposes of section 107 of the Act. The D2L Employee Trust filed the election contemplated by subsection 107(2.001) of the Act in relation to the distributions to the beneficiaries with one exception regarding the first distribution of shares to John Baker. As a result, other than the first distribution of shares to John Baker, the D2L Employee Trust and its beneficiaries filed their tax returns on the basis that

*une fiducie au sens de l'alinéa 108(1)a) — L'alinéa 108(1)a.1) de la définition du terme « fiducie » donne une description de certaines fiducies qui sont également exclues de la définition du terme « fiducie » — L'exclusion des fiducies visées de l'application de l'alinéa 108(1)a.1) de la Loi signifie qu'une fiducie visée ne sera pas exclue de la définition du terme « fiducie » en raison de l'application de l'alinéa 108(1)a.1) — La même fiducie sera toutefois exclue de la définition du terme « fiducie » si elle est décrite à l'alinéa 108(1)a) — L'exclusion d'une fiducie visée de l'application de l'alinéa 108(1)a.1) ne pouvait faire en sorte que la fiducie des employés de D2L (qui est exclue de la définition du terme « fiducie » en vertu de l'alinéa 108(1)a)) soit rétablie à titre de fiducie en raison du fait qu'il s'agit d'une fiducie visée.*

Il s'agissait d'appels réunis à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant les appels interjetés par les appelants à l'encontre des nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national. Ces appels découlaient du fait que les appelants croyaient que les règles applicables à la distribution d'actions d'une fiducie aux employés d'une société seraient celles applicables aux fiducies visées au sens de l'article 4800.1 du *Règlement de l'impôt sur le revenu* (le Règlement).

En 2005, Patricia Baker avait donné 210 \$ pour l'institution d'une fiducie nommée Desire2Learn Employee Stock Trust (la fiducie des employés de D2L). Les bénéficiaires de la fiducie des employés de D2L sont les employés de D2L Corporation (D2L), laquelle a été fondée par le fils de Patricia Baker, John Baker, l'un des appelants. La fiducie des employés de D2L avait fait l'acquisition d'actions ordinaires de catégorie B pour 10 \$. La fiducie des employés de D2L avait ensuite transféré les actions de D2L à D2L Holdings Inc. (société mère de D2L) pour les mêmes nombre et catégorie d'actions de la société mère de D2L. Lors de la fusion de la société mère de D2L avec une société à numéro, la fiducie des employés de D2L avait acquis un grand nombre d'actions ordinaires de catégorie B sans droit de vote de la société issue de la fusion, qui a conservé le nom de D2L Holdings Inc. Le même jour que celui de la fusion, la fiducie des employés de D2L avait distribué des actions à divers bénéficiaires, notamment à John Baker et à Kenneth Chapman. Plus tard en 2012, la fiducie des employés de D2L avait distribué le reste de ses actions à 227 bénéficiaires, dont Mathew McNeeley et de nouveau à John Baker. La juste valeur marchande des actions au moment de la première et de la seconde distribution était de 8,415 \$ l'action. La fiducie des employés de D2L et les bénéficiaires avaient tenu pour acquis qu'aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, la fiducie des employés de D2L était une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement et qu'elle serait une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi. La fiducie des employés de D2L avait exercé le choix prévu au paragraphe 107(2.001) de la Loi en ce qui concerne les distributions aux bénéficiaires, à l'exception de la première distribution à John Baker. Par

subsection 107(2.1) of the Act applied to the distributions of shares to the beneficiaries. The D2L Employee Trust reported a capital gain arising as a result of the deemed disposition of the shares, in the amount equal to the difference between the fair market value of such shares and the adjusted cost base of such shares. The taxable capital gain was one-half of the capital gain. The D2L Employee Trust allocated such taxable capital gains to the beneficiaries. For the first distribution of shares to John Baker, the D2L Employee Trust and John Baker filed their tax returns on the basis that subsection 107(2) of the Act applied. Mathew McNeeley and Kenneth Chapman sold their shares to a numbered company owned by John Baker. John Baker transferred the shares that he received on the first distribution to the numbered company for shares of that company and filed the election under subsection 85(1) of the Act, electing for proceeds of disposition equal to the adjusted cost base of these shares. John Baker sold the shares that he received on the second distribution to the numbered company. Since the D2L Employee Trust recognized the capital gain arising on the second distribution of shares to John Baker, his adjusted cost base of these shares was equal to the fair market value of these shares. The net result of these distributions and filings was that both Mathew McNeeley and Kenneth Chapman reported a taxable capital gain equal to one-half of the amount by which the fair market value of the shares distributed to them exceeded the adjusted cost base of such shares, and they both claimed corresponding capital gains deduction under subsection 110.6(2.1) of the Act. As for John Baker, he did not include any amounts in his income as a result of the first distribution of shares to him and his transfer of these shares to his numbered company; and he reported a taxable capital gain equal to the taxable capital gain realized by the D2L Employee Trust in relation to the second distribution of shares to him. The Minister reassessed the appellants to delete the taxable capital gain that each appellant had reported and to include in each appellant's income an amount equal to the fair market value of the shares distributed to such appellant, on the basis that the distributions of these shares were payments from an employee benefit plan. For John Baker, the Minister included an amount in his income for both the shares distributed to him as part of the first distribution and the second distribution. The appellants filed notices of objection and subsequently appeals to the Tax Court of Canada.

The Tax Court Judge found that the D2L Employee Trust was an employee benefit plan as defined in subsection 248(1)

conséquent, à l'exception de la première distribution d'actions à John Baker, la fiducie des employés de D2L et ses bénéficiaires avaient produit leurs déclarations de revenus en partant du principe que le paragraphe 107(2.1) de la Loi s'appliquait aux distributions d'actions aux bénéficiaires. La fiducie des employés de D2L avait déclaré un gain en capital découlant de la disposition réputée des actions d'une somme égale à la différence entre la juste valeur marchande et le prix de base rajusté de ces actions. Le gain en capital imposable représentait la moitié du gain en capital. La fiducie des employés de D2L avait réparti ces gains en capital imposables entre les bénéficiaires. Pour la première distribution d'actions à John Baker, la fiducie des employés de D2L et John Baker avaient produit leurs déclarations de revenus en partant du principe que le paragraphe 107(2) de la Loi s'appliquait. Mathew McNeeley et Kenneth Chapman avaient vendu leurs actions à une société à numéro appartenant à John Baker. John Baker avait transféré les actions reçues lors de la première distribution à une société à numéro en échange des actions de cette société, et avait exercé le choix prévu au paragraphe 85(1) de la Loi, optant pour le produit de disposition égal au prix de base rajusté de ces actions. John Baker a vendu les actions reçues lors de la seconde distribution à la société à numéro. Comme la fiducie des employés de D2L avait reconnu le gain en capital provenant de la seconde distribution des actions à John Baker, son prix de base rajusté de ces actions était égal à leur juste valeur marchande. Le résultat final de ces distributions et de ces choix, aux fins de la Loi, a été le suivant : Mathew McNeeley et Keneth Chapman ont tous deux déclaré un gain en capital imposable représentant la moitié de l'excédent de la juste valeur marchande des actions qui leur avait été distribuées sur le prix de base rajusté de ces actions, et ils ont tous deux demandé une déduction correspondante pour gains en capital conformément au paragraphe 110.6(2.1) de la Loi. Quant à John Baker, il n'avait inclus aucune somme dans son revenu par suite de la première distribution d'actions qui lui avait été faite et du transfert de ces actions à sa société à numéro; il avait déclaré un gain en capital imposable égal au gain en capital imposable réalisé par la fiducie des employés de D2L relativement à la seconde distribution d'actions qui lui avait été faite. Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard des appelants afin d'annuler le gain en capital imposable que chaque appelant avait déclaré, et d'inclure dans le revenu de chaque appelant une somme égale à la juste valeur marchande des actions qui leur avaient été distribuées, au motif que les distributions de ces actions étaient des paiements reçus dans le cadre d'un régime de prestations aux employés. Dans le cas de John Baker, le ministre a inclus dans son revenu une somme pour les actions qui lui avaient été distribuées lors de la première et seconde distribution. Les appelants ont déposé des avis d'opposition, puis ils ont interjeté des appels à la Cour canadienne de l'impôt.

Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux

of the Act and that it could therefore not be a prescribed trust as defined in section 4800.1 of the Regulations. Therefore, the rules relating to payments from employee benefit plans were the applicable rules to determine the amounts to be included in the appellants' income. John Baker also raised an additional argument that the distributions of shares to him should not be considered to be distributions from an employee benefit plan, on the basis that he did not receive these shares as an employee of D2L. The Tax Court Judge found that it was possible to have a distribution from an employee benefit plan that would not be included in income under paragraph 6(1)(g) of the Act but that John Baker had failed to establish that he had received the shares otherwise than as an employee.

The main issue in these appeals was whether the provisions of the Act related to an employee benefit plan would apply to the D2L Employee Trust and the appellants or whether the rules related to the taxation of a prescribed trust would apply. The issues arising for John Baker were (a) whether the rules related to an employee benefit plan contemplate that a particular payment from such an arrangement may not be included in income under paragraph 6(1)(g) of the Act; and (b) if so, whether the Tax Court Judge erred in finding that John Baker had not satisfied the requirements for the distributions of shares to him to not be included in his income under paragraph 6(1)(g) of the Act.

*Held*, the appeals should be dismissed.

The D2L Employee Trust was an employee benefit plan as defined in subsection 248(1) of the Act in that it was an arrangement; Patricia Baker made a contribution to the D2L Employee Trust and she did not deal at arm's length with the employer (D2L); and payments were to be made from the D2L Employee Trust to or for the benefit of employees of D2L. The exceptions to the definition of an employee benefit plan, as set out in paragraphs (a) to (e) of this definition, were not applicable to the D2L Employee Trust. The D2L Employee Trust also satisfied the requirements for a prescribed trust as set out in paragraph 4800.1(a) of the Regulations because it was a trust maintained primarily for the benefit of employees of D2L; one of the main purposes of the D2L Employee Trust was to hold shares of the capital stock of D2L Holdings; and D2L Holdings did not deal at arm's length with D2L.

It had to be determined which rules governed in this case. If the D2L Employee Trust were treated as a trust for the

employés au sens du paragraphe 248(1) de la Loi et qu'elle ne pouvait donc pas être également une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement. Par conséquent, les règles relatives aux paiements reçus dans le cadre de régimes de prestations aux employés s'appliquaient pour déterminer les sommes à inclure dans le revenu des appelants. John Baker avait soulevé un autre argument selon lequel les distributions d'actions qui lui avaient été faites ne devaient pas être considérées comme des distributions dans le cadre d'un régime de prestations aux employés parce qu'il n'avait pas reçu ces actions à titre d'employé de D2L. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'il était possible qu'une distribution se fasse dans le cadre d'un régime de prestations aux employés dont les avantages ne seraient pas inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi, mais que John Baker n'avait pas établi qu'il avait reçu les actions autrement qu'à titre d'employé.

La principale question en litige dans les présents appels était de savoir si les dispositions de la Loi sur les régimes de prestations aux employés s'appliqueraient à la fiducie des employés de D2L et aux appelants, ou si les règles relatives à l'imposition d'une fiducie visée s'appliqueraient. Les questions à trancher concernant John Baker étaient celles de savoir si a) les règles relatives aux régimes de prestations aux employés prévoient qu'un paiement précis fait dans le cadre d'un tel mécanisme puisse ne pas être inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi; b) dans l'affirmative, il s'agissait de savoir si le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur en concluant que John Baker n'avait pas satisfait aux exigences relatives aux distributions d'actions qui lui avaient été faites pour que les paiements en découlant ne soient pas inclus dans son revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi.

*Arrêt* : les appels doivent être rejetés.

La fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés au sens du paragraphe 248(1) de la Loi en ce sens qu'il s'agissait d'un mécanisme; Patricia Baker a cotisé à la fiducie des employés de D2L et elle avait un lien de dépendance avec l'employeur (D2L); les paiements devaient être effectués à partir de la fiducie des employés de D2L ou à leur profit. Les exceptions à la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » prévues aux alinéas a) à e) de cette définition ne s'appliquaient pas à la fiducie des employés de D2L. La fiducie des employés de D2L remplissait également les conditions d'une fiducie visée qui sont énoncées à l'alinéa 4800.1a) du Règlement, parce qu'il s'agissait d'une fiducie maintenue principalement au profit des employés de D2L; l'un des principaux objectifs de la fiducie des employés de D2L consistait à détenir des actions du capital-actions de D2L Holdings; D2L Holdings avait un lien de dépendance avec D2L.

Il s'agissait de déterminer quelles règles régissaient en l'espèce. Si la fiducie des employés de D2L devait être traitée

purposes of section 107 of the Act, the rules relied upon by the appellants in filing their tax returns and reporting their income as they did would be applicable. However, the definition of a trust in subsection 108(1) of the Act stipulates that a trust, for the purposes of various sections (including section 107 of the Act), does not include an employee benefit plan. Therefore, if the D2L Employee Trust is an employee benefit plan for the purposes of the Act, the provisions of section 107 of the Act (on which the appellants rely) would not be applicable. The payments made from the D2L Employee Trust to the appellants would be included in their income under paragraph 6(1)(g) of the Act in the amount equal to the fair market value of the shares transferred to them. Also, in this case, the definition of an employee benefit plan in the Act while the qualifications for a trust to be a prescribed trust are set out in the Regulations. Here, it was not possible to reconcile the two provisions as they applied to the D2L Employee Trust. The D2L Employee Trust fulfilled both the requirements to be an employee benefit plan and a prescribed trust. The tax consequences for the D2L Employee Trust and the appellants were significantly different based on the classification of the D2L Employee Trust. However, since the definition of an employee benefit plan is set out in the Act and since the definition of a prescribed trust is set out in the Regulations, the paramountcy of the definition of an employee benefit plan in the Act had to govern. Parliament could have provided that a prescribed trust is not an employee benefit plan. Paragraphs (a) to (e) of the definition of an employee benefit plan exclude a number of arrangements and trusts from the definition of an employee benefit plan. If Parliament had also intended to exclude prescribed trusts from the definition of an employee benefit plan, a reference to a prescribed trust could have been added to paragraph (e) or as a separate paragraph.

Section 107 will only apply to trusts as defined in subsection 108(1) of the Act. The definition of a trust provides that a number of different trusts will not be included as a trust as defined in that subsection. Paragraph (a) of the definition of a trust in subsection 108(1) provides that a trust listed in that paragraph, which includes an employee benefit plan, will not be a trust as defined in that subsection. Paragraph (a.1) provides a description of certain trusts that are also excluded from the definition of a trust. The exclusion of prescribed trusts from the application of paragraph (a.1) means that a prescribed trust will not be excluded from the definition of a trust as a result of the application of paragraph (a.1). The same trust, however, will be excluded from the definition of a trust if it is a trust described in paragraph (a) (or in any of the other paragraphs of

comme une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi, les règles invoquées par les appelants en produisant leurs déclarations de revenus et en déclarant leurs revenus comme ils l'ont fait s'appliqueraient. Toutefois, la définition du terme « fiducie » donnée au paragraphe 108(1) de la Loi dispose qu'une fiducie, aux termes de diverses dispositions (y compris l'article 107 de la Loi), ne comprend pas un régime de prestations aux employés. Par conséquent, si la fiducie des employés de D2L est un régime de prestations aux employés aux fins de la Loi, les dispositions de l'article 107 de la Loi (sur lesquelles se fondent les appelants) ne s'appliqueraient pas. Les paiements effectués aux appelants à partir de la fiducie des employés de D2L seraient inclus dans leur revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi pour une somme égale à la juste valeur marchande des actions qui leur ont été transférées. De plus, en l'espèce, la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » figure dans la Loi, tandis que c'est dans le Règlement que se trouvent les qualifications requises pour qu'une fiducie soit une fiducie visée. En l'espèce, il était impossible de concilier les deux dispositions parce qu'elles s'appliquent à la fiducie des employés de D2L. La fiducie des employés de D2L remplissait autant les conditions d'un régime de prestations aux employés que celles d'une fiducie visée. Les incidences fiscales pour la fiducie des employés de D2L et les appelants étaient très différentes selon la catégorie dans laquelle s'inscrit la fiducie des employés de D2L. Toutefois, comme la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » figure dans la Loi et que la définition de l'expression « fiducie visée » se trouve dans le Règlement, la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » devait prévaloir. Le législateur aurait pu prévoir qu'une fiducie visée n'est pas un régime de prestations aux employés. Selon les alinéas a) à e) de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés », plusieurs mécanismes et fiducies sont exclus de la définition. Si le législateur avait également eu l'intention d'exclure les fiducies visées de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés », un renvoi à une fiducie visée aurait pu être ajouté à l'alinéa e) ou un alinéa distinct aurait pu le prévoir.

L'article 107 ne s'appliquera qu'aux fiducies définies au paragraphe 108(1) de la Loi. La définition du terme « fiducie » prévoit que plusieurs fiducies différentes ne seront pas considérées comme des fiducies au sens de ce paragraphe. L'alinéa a) de la définition du terme « fiducie » au paragraphe 108(1) dispose qu'une fiducie énumérée dans ce paragraphe, y compris un régime de prestations aux employés, ne sera pas une fiducie au sens de ce paragraphe. L'alinéa a.1) donne une description de certaines fiducies qui sont également exclues de la définition du terme « fiducie ». L'exclusion des fiducies visées de l'application de l'alinéa a.1) signifie qu'une fiducie visée ne sera pas exclue de la définition du terme « fiducie » en raison de l'application de l'alinéa a.1). Cependant, la même fiducie sera exclue de la définition du terme « fiducie » s'il s'agit d'une fiducie

the definition of a trust). The exclusion from the application of paragraph (a.1) for a prescribed trust could not result in the D2L Employee Trust (which is excluded from the definition of a trust under paragraph (a) since it is an employee benefit plan) being reinstated as a trust on the basis that it is a prescribed trust.

With respect to John Baker's additional argument there was disagreement on the Tax Court's interpretation. In determining whether a particular arrangement is an employee benefit plan, one of the conditions as set out in the definition of an employee benefit plan in subsection 248(1) is related to the payments that are made under this arrangement. A particular arrangement is an employee benefit plan if one or more payments are to be made to or for the benefit of employees or former employees. In determining whether this condition is satisfied, any payment that would not be included in income, if section 6 were read without reference to subparagraph 6(1)(a)(ii) and paragraph 6(1)(g) of the Act, is excluded. While the appellants and the Tax Court Judge contemplated an interpretation of the definition of an employee benefit plan that would result in the arrangement involving the D2L Employee Trust being subdivided into two parts, the basis for the subdivision was not in any of paragraphs (a) to (e) of the definition of an employee benefit plan. The arrangement as embodied in the D2L Employee Trust was an employee benefit plan. There was no dispute that the payments made by the D2L Employee Trust to Mathew McNealey and Kenneth Chapman were not excluded payments for the purposes of the definition of an employee benefit plan. In this case, there was only a single arrangement. Under paragraph 6(1)(g) of the Act, all amounts received by a taxpayer out of or under an employee benefit plan are included in computing the income of that taxpayer from an office or employment. Therefore, all the amounts received by John Baker from the D2L Employee Trust were included in his income as employment income.

décrite à l'alinéa a) (ou dans les autres alinéas de la définition du terme « fiducie »). L'exclusion d'une fiducie visée de l'application de l'alinéa a.1) ne pourrait faire en sorte que la fiducie des employés de D2L (qui est exclue de la définition du terme « fiducie » en vertu de l'alinéa a) puisqu'il s'agit d'un régime de prestations aux employés) soit rétablie à titre de fiducie en raison du fait qu'il s'agit d'une fiducie visée.

Quant à l'argument supplémentaire soulevé par John Baker, il y avait désaccord relativement à l'interprétation adoptée par la Cour canadienne de l'impôt. Pour déterminer si un mécanisme précis constitue un régime de prestations aux employés, l'une des conditions énoncées dans la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » au paragraphe 248(1) de la Loi est liée aux paiements versés dans le cadre de ce mécanisme : Un mécanisme précis constitue un régime de prestations aux employés si un ou plusieurs paiements sont à faire à des employés ou anciens employés ou au profit de ces employés ou anciens employés. Pour déterminer si cette condition est remplie, les paiements qui n'auraient pas à être inclus dans le calcul du revenu si l'article 6 de la Loi s'appliquait, compte non tenu de son sous-alinéa 6(1)a)(ii) ni de son alinéa 6(1)g), sont exclus. Alors que les appelants et le juge de la Cour canadienne de l'impôt envisageaient une interprétation de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » qui donnerait lieu à un mécanisme entraînant la subdivision de la fiducie des employés de D2L en deux parties, le fondement de la subdivision était absent de l'un ou l'autre des alinéas a) à e) de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés ». Le mécanisme qui est prévu dans la fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés. Personne n'a contesté le fait que les paiements versés à Mathew McNealey et Kenneth Chapman par la fiducie des employés de D2L n'étaient pas des paiements exclus pour l'application de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés ». Dans le cas présent, il n'y avait qu'un seul mécanisme. Aux termes de l'alinéa 6(1)g) de la Loi, toutes les sommes reçues par un contribuable dans le cadre d'un régime de prestations aux employés sont incluses dans le calcul de son revenu tiré d'une charge ou d'un emploi. Donc, toutes les sommes que John Baker avait reçues de la fiducie des employés de D2L étaient incluses dans son revenu à titre de revenu d'emploi.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 6, 7, 85(1), 107, 108(1) “trust”, 110.6(2.1), 248(1) “employee benefit plan”.  
*Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, ss. 4800.1, 6800.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 6, 7, 85(1), 107, 108(1) « fiducie », 110.6(2.1), 248(1) « régime de prestations aux employés ».  
*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, art. 4800.1, 6800.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3.

## CONSIDERED:

*Minister of National Revenue v. Chrysler Canada Limited* (1992), 92 D.T.C. 6346, [1992] 2 C.T.C. 95 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

CONSOLIDATED APPEALS from a Tax Court of Canada decision (2020 TCC 90, [2020] 6 C.T.C. 2174) dismissing the appellants' appeals from the Minister of National Revenue's reassessments of their tax returns involving the distribution of shares from a trust to a corporation's employees. Appeals dismissed.

## APPEARANCES

*Chia-yi Chua, Douglas A. Cannon and Anu Koshal* for appellants.  
*Lindsay Tohn* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for appellants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] WEBB J.A.: These appeals arise because the appellants believed that the rules applicable to the distribution of shares from a trust to employees of a corporation would be those rules applicable to prescribed trusts as defined in section 4800.1 of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 (the Regulations). The Minister of National Revenue (the Minister), however, reassessed the appellants on the basis that the rules applicable to employee benefit plans, as defined in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act), determined the tax implications arising from the distribution of shares by the trust.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Ministre du Revenu national c. Chrysler Canada Ltée*, [1991] A.C.F. n° 921 (QL) (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION MENTIONNÉE :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

APPELS RÉUNIS à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2020 CCI 90) rejetant les appels interjetés par les appelants à l'encontre des nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national mettant en cause la distribution d'actions d'une fiducie aux employés d'une société. Appels rejetés.

## ONT COMPARU :

*Chia-yi Chua, Douglas A. Cannon et Anu Koshal* pour les appelants.  
*Lindsay Tohn* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. : Les présents appels découlent du fait que les appelants croyaient que les règles applicables à la distribution d'actions d'une fiducie aux employés d'une société seraient celles applicables aux fiducies visées au sens de l'article 4800.1 du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (le Règlement). Le ministre du Revenu national (le ministre) a toutefois établi une nouvelle cotisation à l'égard des appelants au motif que les règles applicables aux régimes de prestations aux employés au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi) déterminaient les

[2] The appellants' appeals to the Tax Court of Canada were dismissed (2020 TCC 90, [2020] 6 C.T.C. 2174).

[3] For the reasons that follow, I would dismiss these appeals.

[4] These appeals were consolidated, with A-260-20 as the lead appeal. These reasons will apply to all of the appeals. The original of these reasons will be placed in A-260-20 and a copy will be placed in each of the other files.

#### I. Background

[5] In 2005, Patricia Baker contributed \$210 to settle the "Desire2Learn Employee Stock Trust" (the D2L Employee Trust). The beneficiaries of the D2L Employee Trust are the employees of D2L Corporation (D2L). D2L was founded by Patricia Baker's son, John Baker, who is one of the appellants. The D2L Employee Trust acquired 2,950 class B common shares of D2L for \$10.

[6] The D2L Employee Trust subsequently transferred the shares of D2L to D2L Holdings Inc. (D2L Parent) for the same number and class of shares of D2L Parent. On the amalgamation of D2L Parent with a numbered company, the D2L Employee Trust acquired 3,705,344 non-voting class B common shares of the amalgamated company, which retained the name D2L Holdings Inc.

[7] On the same day that the amalgamation occurred, the D2L Employee Trust distributed 3,356,415 of its shares to various beneficiaries. In particular, 2,317,109 shares were distributed to John Baker and 71,772.18 shares were distributed to Kenneth Chapman. Later in 2012, the D2L Employee Trust distributed its remaining 348,929 shares to 227 beneficiaries. This distribution included a distribution of 707.66 shares to Mathew McNeeley and 50,384.96 shares to John Baker. The fair market value of the shares at the time of the first and second distribution was \$8.415 per share.

incidences fiscales découlant de la distribution d'actions par la fiducie.

[2] Les appels interjetés par les appelants à la Cour canadienne de l'impôt ont été rejetés (2020 CCI 90).

[3] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais les présents appels.

[4] Les présents appels ont été réunis, l'appel dans le dossier A-260-20 étant l'appel principal. Les présents motifs s'appliqueront à tous les appels. La version originale des présents motifs sera versée au dossier A-260-20, et une copie sera versée dans chacun des autres dossiers.

#### I. Exposé des faits

[5] En 2005, Patricia Baker a donné 210 \$ pour l'institution d'une fiducie nommée Desire2Learn Employee Stock Trust (la fiducie des employés de D2L). Les bénéficiaires de la fiducie des employés de D2L sont les employés de D2L Corporation (D2L). D2L a été fondée par le fils de Patricia Baker, John Baker, l'un des appelants. La fiducie des employés de D2L a fait l'acquisition de 2 950 actions ordinaires de catégorie B pour 10 \$.

[6] La fiducie des employés de D2L a ensuite transféré les actions de D2L à D2L Holdings Inc. (société mère de D2L) pour les mêmes nombre et catégorie d'actions de la société mère de D2L. Lors de la fusion de la société mère de D2L avec une société à numéro, la fiducie des employés de D2L a acquis 3 705 344 actions ordinaires de catégorie B sans droit de vote de la société issue de la fusion, qui a conservé le nom de D2L Holdings Inc.

[7] Le même jour que celui de la fusion, la fiducie des employés de D2L a distribué 3 356 415 de ses actions à divers bénéficiaires. Plus précisément, 2 317 109 actions ont été distribuées à John Baker et 71 772,18 actions ont été distribuées à Kenneth Chapman. Plus tard en 2012, la fiducie des employés de D2L a distribué le reste de ses 348 929 actions à 227 bénéficiaires, dont 707,66 actions à Mathew McNeeley et 50 384,96 actions à John Baker. La juste valeur marchande des actions au moment de la première et de la seconde distribution était de 8,415 \$ l'action.

[8] The D2L Employee Trust and the beneficiaries proceeded on the basis that, for the purposes of the Act, the D2L Employee Trust was a prescribed trust as defined in section 4800.1 of the Regulations and that it would be a trust for the purposes of section 107 of the Act. The D2L Employee Trust filed the election contemplated by subsection 107(2.001) of the Act in relation to the distributions to the beneficiaries (other than the first distribution to John Baker). As a result, other than the first distribution of shares to John Baker, the D2L Employee Trust and its beneficiaries filed their tax returns on the basis that subsection 107(2.1) of the Act applied to the distributions of shares to the beneficiaries.

[9] Assuming that subsection 107(2.1) of the Act was applicable, the D2L Employee Trust reported a capital gain arising as a result of the deemed disposition of the shares, in the amount equal to the difference between the fair market value of such shares and the adjusted cost base of such shares. The taxable capital gain was one-half of the capital gain. The D2L Employee Trust allocated such taxable capital gains to the beneficiaries.

[10] For the first distribution of shares to John Baker, the D2L Employee Trust and John Baker filed their tax returns on the basis that subsection 107(2) of the Act applied, i.e. the D2L Employee Trust was deemed to have disposed of these shares for an amount equal to the adjusted cost base of these shares to the D2L Employee Trust, and John Baker was deemed to have acquired them at a cost equal to this same amount.

[11] Mathew McNeeley and Kenneth Chapman sold their shares to a numbered company owned by John Baker. John Baker transferred the shares that he received on the first distribution to the numbered company for shares of that company and filed the election under subsection 85(1) of the Act, electing for proceeds of disposition equal to the adjusted cost base of these shares. John Baker sold the shares that he received on the second distribution to the numbered company. Since the D2L Employee Trust recognized the capital gain arising on the second distribution of shares to John Baker, his adjusted cost base of these shares was equal to the fair market value of these shares.

[8] La fiducie des employés de D2L et les bénéficiaires ont tenu pour acquis qu'aux fins de la Loi, la fiducie des employés de D2L était une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement et qu'elle serait une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi. La fiducie des employés de D2L a exercé le choix prévu au paragraphe 107(2.001) de la Loi en ce qui concerne les distributions aux bénéficiaires (à l'exception de la première distribution à John Baker). Par conséquent, à l'exception de la première distribution d'actions à John Baker, la fiducie des employés de D2L et ses bénéficiaires ont produit leurs déclarations de revenus en partant du principe que le paragraphe 107(2.1) de la Loi s'appliquait aux distributions d'actions aux bénéficiaires.

[9] En tenant pour acquis que le paragraphe 107(2.1) de la Loi s'appliquait, la fiducie des employés de D2L a déclaré un gain en capital découlant de la disposition réputée des actions d'une somme égale à la différence entre la juste valeur marchande et le prix de base rajusté de ces actions. Le gain en capital imposable représentait la moitié du gain en capital. La fiducie des employés de D2L a réparti ces gains en capital imposables entre les bénéficiaires.

[10] Lors de la première distribution d'actions à John Baker, la fiducie des employés de D2L et John Baker ont produit leurs déclarations de revenus en partant du principe que le paragraphe 107(2) de la Loi s'appliquait, soit que la fiducie des employés de D2L était réputée avoir disposé de ces actions pour une somme égale au prix de base rajusté de ces actions à la fiducie des employés de D2L, et John Baker était réputé avoir acquis ces actions au même prix.

[11] Mathew McNeeley et Kenneth Chapman ont vendu leurs actions à une société à numéro appartenant à John Baker. John Baker a transféré les actions qu'il a reçues lors de la première distribution à une société à numéro en échange des actions de cette société, et a exercé le choix prévu au paragraphe 85(1) de la Loi, optant pour le produit de disposition égal au prix de base rajusté de ces actions. John Baker a vendu les actions qu'il a reçues lors de la seconde distribution à la société à numéro. Comme la fiducie des employés de D2L a reconnu le gain en capital provenant de la seconde distribution des actions à John Baker, son prix de base rajusté de ces actions était égal à leur juste valeur marchande.



[12] The net result of these distributions and filings, for the purposes of the Act, was:

- (a) Mathew McNeeley reported a taxable capital gain equal to one-half of the amount by which the fair market value of the shares distributed to him exceeded the adjusted cost base of such shares, and he claimed a corresponding capital gains deduction under subsection 110.6(2.1) of the Act;
- (b) Kenneth Chapman reported a taxable capital gain equal to one-half of the amount by which the fair market value of the shares distributed to him exceeded the adjusted cost base of such shares, and he claimed a corresponding capital gains deduction under subsection 110.6(2.1) of the Act; and
- (c) John Baker did not include any amounts in his income as a result of the first distribution of shares to him and his transfer of these shares to his numbered company, and he reported a taxable capital gain equal to the taxable capital gain realized by the D2L Employee Trust in relation to the second distribution of shares to him.

[13] The Minister reassessed the appellants to delete the taxable capital gain that each appellant had reported and to include in each appellant's income an amount equal to the fair market value of the shares distributed to such appellant, on the basis that the distributions of these shares were payments from an employee benefit plan. For John Baker, the Minister included an amount in his income for both the shares distributed to him as part of the first distribution and the second distribution.

[14] The appellants filed notices of objection and subsequently appeals to the Tax Court of Canada.

[12] Le résultat final de ces distributions et de ces choix, aux fins de la Loi, était le suivant :

- a) Mathew McNeeley a déclaré un gain en capital imposable représentant la moitié de l'excédent de la juste valeur marchande des actions qui lui ont été distribuées sur le prix de base rajusté de ces actions, et il a demandé une déduction correspondante pour gains en capital conformément au paragraphe 110.6(2.1) de la Loi;
- b) Kenneth Chapman a déclaré un gain en capital imposable représentant la moitié de l'excédent de la juste valeur marchande des actions qui lui ont été distribuées sur le prix de base rajusté de ces actions, et il a demandé une déduction correspondante pour gains en capital conformément au paragraphe 110.6(2.1) de la Loi; et
- c) John Baker n'a inclus aucune somme dans son revenu par suite de la première distribution d'actions qui lui a été faite et du transfert de ces actions à sa société à numéro, et il a déclaré un gain en capital imposable égal au gain en capital imposable réalisé par la fiducie des employés de D2L relativement à la seconde distribution d'actions qui lui a été faite.

[13] Le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard des appelants afin d'annuler le gain en capital imposable que chaque appelant avait déclaré, et d'inclure dans le revenu de chaque appelant une somme égale à la juste valeur marchande des actions qui leur ont été distribuées, au motif que les distributions de ces actions étaient des paiements reçus dans le cadre d'un régime de prestations aux employés. Dans le cas de John Baker, le ministre a inclus dans son revenu une somme pour les actions qui lui ont été distribuées lors de la première et seconde distribution.

[14] Les appelants ont déposé des avis d'opposition, puis ils ont interjeté des appels à la Cour canadienne de l'impôt.

## II. Decision of the Tax Court

[15] The Tax Court Judge found that the D2L Employee Trust was an employee benefit plan as defined in subsection 248(1) of the Act. He then found that since the D2L Employee Trust was an employee benefit plan it could not also be a prescribed trust as defined in section 4800.1 of the Regulations. Therefore, the rules related to payments from employee benefit plans were the applicable rules to determine the amounts to be included in the appellants' income.

[16] John Baker also raised an additional argument that the distributions of shares to him should not be considered to be distributions from an employee benefit plan, on the basis that he did not receive these shares as an employee of D2L. The Tax Court Judge found that it was possible to have a distribution from an employee benefit plan that would not be included in income under paragraph 6(1)(g) of the Act but that John Baker had failed to establish that he had received the shares otherwise than as an employee.

[17] As a result, the appeals were dismissed.

## III. Relevant Statutory and Regulatory Provisions

[18] The key statutory provisions to which reference will be made in these reasons are paragraph 6(1)(g) of the Act, subsections 107(2), (2.001) and (2.1) of the Act, the definition of a trust in subsection 108(1) of the Act and the definition of an employee benefit plan in subsection 248(1) of the Act. Reference will also be made to section 4800.1 of the Regulations. These provisions are reproduced in the Appendix following these reasons.

## IV. Issues and Standards of Review

[19] The main issue in these appeals is whether the provisions of the Act related to an employee benefit plan

## II. Décision de la Cour canadienne de l'impôt

[15] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés au sens du paragraphe 248(1) de la Loi. Cette conclusion l'a amené à conclure que, puisque la fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés, elle ne pouvait pas être également une fiducie visée au sens de l'article 4800.1 du Règlement. Par conséquent, les règles relatives aux paiements reçus dans le cadre de régimes de prestations aux employés s'appliquaient pour déterminer les sommes à inclure dans le revenu des appelants.

[16] John Baker a soulevé un autre argument selon lequel les distributions d'actions qui lui ont été faites ne devaient pas être considérées comme des distributions dans le cadre d'un régime de prestations aux employés parce qu'il n'avait pas reçu ces actions à titre d'employé de D2L. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'il était possible qu'une distribution se fasse dans le cadre d'un régime de prestations aux employés dont les avantages ne seraient pas inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g de la Loi, mais que John Baker n'avait pas établi qu'il avait reçu les actions autrement qu'à titre d'employé.

[17] Par conséquent, les appels ont été rejetés.

## III. Dispositions législatives et réglementaires pertinentes

[18] Les principales dispositions législatives dont il sera question dans les présents motifs sont l'alinéa 6(1)g), les paragraphes 107(2), (2.001) et (2.1) de la Loi, la définition du terme « fiducie » au paragraphe 108(1) de la Loi ainsi que la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » au paragraphe 248(1) de la Loi. Je me reporterai également à l'article 4800.1 du Règlement. Ces dispositions sont reproduites dans l'annexe aux présents motifs.

## IV. Questions en litige et norme de contrôle

[19] La principale question en litige dans les présents appels est de savoir si les dispositions de la Loi sur les

will apply to the D2L Employee Trust and the appellants, or whether the rules related to the taxation of a prescribed trust will apply.

[20] Additional issues arise for John Baker:

- (a) do the rules related to an employee benefit plan contemplate that a particular payment from such an arrangement may not be included in income under paragraph 6(1)(g) of the Act; and
- (b) if so, did the Tax Court Judge err in finding that John Baker had not satisfied the requirements for the distributions of shares to him to not be included in his income under paragraph 6(1)(g) of the Act?

[21] The interpretation of statutory provisions is a question of law for which the standard of review is correctness. The standard of review for any findings of fact or mixed fact and law is palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

#### V. Analysis

A. *The D2L Employee Trust Satisfies the Requirements to be an Employee Benefit Plan and a Prescribed Trust*

[22] The D2L Employee Trust was an employee benefit plan as defined in subsection 248(1) of the Act:

- it was an arrangement;
- Patricia Baker made a contribution to the D2L Employee Trust and she did not deal at arm's length with the employer (D2L); and

régimes de prestations aux employés s'appliqueront à la fiducie des employés de D2L et aux appelants, ou si les règles relatives à l'imposition d'une fiducie visée s'appliqueront.

[20] D'autres questions en litige sont soulevées en ce qui concerne John Baker :

- a) les règles relatives aux régimes de prestations aux employés prévoient-elles qu'un paiement précis fait dans le cadre d'un tel mécanisme puisse ne pas être inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi?
- b) dans l'affirmative, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a-t-il commis une erreur en concluant que John Baker n'avait pas satisfait aux exigences relatives aux distributions d'actions qui lui ont été faites pour que les paiements en découlant ne soient pas inclus dans son revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi?

[21] L'interprétation des dispositions législatives est une question de droit à laquelle s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait ou aux conclusions mixtes de fait et de droit est celle de l'erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

#### V. Analyse

A. *La fiducie des employés de D2L remplit les conditions d'un régime de prestations aux employés et d'une fiducie visée*

[22] La fiducie des employés de D2L était un régime de prestations aux employés au sens du paragraphe 248(1) de la Loi :

- il s'agissait d'un mécanisme;
- Patricia Baker a cotisé à la fiducie des employés de D2L et elle avait un lien de dépendance avec l'employeur (D2L); et

- payments were to be made from the D2L Employee Trust to or for the benefit of employees of D2L.

[23] The exceptions to the definition of an employee benefit plan, as set out in paragraphs (a) to (e) of this definition, are not applicable to the D2L Employee Trust.

[24] The D2L Employee Trust also satisfied the requirements for a prescribed trust as set out in paragraph 4800.1(a) of the Regulations:

- it was a trust maintained primarily for the benefit of employees of D2L;
- one of the main purposes of the D2L Employee Trust was to hold shares of the capital stock of D2L Holdings; and
- D2L Holdings did not deal at arm's length with D2L.

[25] While the definitions of employee benefit plan and prescribed trust overlap in this case, they do not completely overlap. It is possible to create an employee benefit plan that is not a prescribed trust and vice versa.

#### B. *Which Rules Govern—Paramountcy of the Act*

[26] Whether the tax consequences will be determined based on the D2L Employee Trust being an employee benefit plan or a trust that is a prescribed trust is the main issue in this appeal. If the D2L Employee Trust is treated as a trust for the purposes of section 107 of the Act, the rules relied upon by the appellants in filing their tax returns and reporting their income as they did would be applicable.

[27] However, the definition of a trust in subsection 108(1) of the Act stipulates that a trust, for the purposes of various sections (including section 107 of the Act), does not include an employee benefit plan.

- les paiements devaient être effectués à partir de la fiducie des employés de D2L ou à leur profit.

[23] Les exceptions à la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » prévues aux alinéas a) à e) de cette définition ne s'appliquent pas à la fiducie des employés de D2L.

[24] La fiducie des employés de D2L remplissait également les conditions d'une fiducie visée qui sont énoncées à l'alinéa 4800.1a) du Règlement :

- il s'agissait d'une fiducie maintenue principalement au profit des employés de D2L;
- l'un des principaux objectifs de la fiducie des employés de D2L consistait à détenir des actions de capital-actions de D2L Holdings; et
- D2L Holdings avait un lien de dépendance avec D2L.

[25] Bien que les définitions des expressions « régime de prestations aux employés » et « fiducie visée » se chevauchent en l'espèce, elles ne se chevauchent pas complètement. Il est possible d'établir un régime de prestations aux employés qui n'est pas une fiducie visée, et vice-versa.

#### B. *Les règles qui régissent — Le caractère prédominant de la Loi*

[26] La question de savoir si les incidences fiscales seront déterminées en fonction du fait que la fiducie des employés de D2L est un régime de prestations aux employés ou une fiducie visée est la question principale qui se pose en l'espèce. Si la fiducie des employés de D2L est traitée comme une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi, les règles invoquées par les appelants en produisant leurs déclarations de revenus et en déclarant leurs revenus comme ils l'ont fait pourraient s'appliquer.

[27] Toutefois, la définition du terme « fiducie » donnée au paragraphe 108(1) de la Loi dispose qu'une fiducie, aux termes de diverses dispositions (y compris l'article 107 de la Loi), ne comprend pas un régime de prestations aux

Therefore, if the D2L Employee Trust is an employee benefit plan for the purposes of the Act, the provisions of section 107 of the Act (on which the appellants rely) are not applicable as the D2L Employee Trust would not be a trust for the purposes of section 107 of the Act. The payments made from the D2L Employee Trust to the appellants will be included in their income under paragraph 6(1)(g) of the Act in the amount equal to the fair market value of the shares transferred to them.

[28] The appellants rely on the decision of Justice Strayer in *Minister of National Revenue v. Chrysler Canada Limited* (1992), 92 D.T.C. 6346, [1992] 2 C.T.C. 95 (F.C.T.D.). In that case, the Court was faced with a potential conflict between the stock option rules in section 7 and the employee benefit plan rules. However, in that case, the conflict arose as a result of the wording of provisions in the same statute. In this case, the definition of an employee benefit plan is in the Act while the qualifications for a trust to be a prescribed trust are set out in the Regulations.

[29] In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at page 38, Justice La Forest, writing on behalf of the Supreme Court of Canada, confirmed that regulations (which are subordinate legislation) cannot conflict with their parent legislation:

The basic principles of law are not in doubt. Just as subordinate legislation cannot conflict with its parent legislation (*Belanger v. The King* (1916), 54 S.C.R. 265), so too it cannot conflict with other Acts of Parliament (*R. & W. Paul, Ltd. v. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139 (H.L.)), unless a statute so authorizes (*Re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150). Ordinarily, then, an Act of Parliament must prevail over inconsistent or conflicting subordinate legislation. However, as a matter of construction a court will, where possible, prefer an interpretation that permits reconciliation of the two....

[30] In this case, it is not possible to reconcile the two provisions as they apply to the D2L Employee Trust. The D2L Employee Trust fulfills both the requirements to be

employés. Par conséquent, si la fiducie des employés de D2L est un régime de prestations aux employés aux fins de la Loi, les dispositions de l'article 107 de la Loi (sur lesquelles se fondent les appelants) ne s'appliquent pas puisque la fiducie des employés de D2L n'est pas une fiducie pour l'application de l'article 107 de la Loi. Les paiements effectués aux appelants à partir de la fiducie des employés de D2L seront inclus dans leur revenu en vertu de l'alinéa 6(1)g) de la Loi pour une somme égale à la juste valeur marchande des actions qui leur ont été transférées.

[28] Les appelants se fondent sur la décision du juge Strayer intitulée *Ministre du Revenu national c. Chrysler Canada Ltée*, [1991] A.C.F. n° 921 (QL) (1<sup>re</sup> inst.). Dans cette instance, la Cour était saisie d'un conflit potentiel entre les règles relatives aux options d'achat de l'article 7 et les règles relatives au régime de prestations aux employés. Le conflit découlait cependant du libellé de dispositions figurant dans la même loi. En l'espèce, la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » figure dans la Loi, tandis que c'est dans le Règlement que se trouvent les qualifications requises pour qu'une fiducie soit une fiducie visée.

[29] Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, à la page 38, le juge La Forest, au nom de la Cour suprême du Canada, a confirmé que les règlements (qui constituent de la législation subordonnée), ne doivent pas être en conflit avec leur législation habilitante :

On ne met pas en doute les principes fondamentaux du droit. Il ne peut y avoir incompatibilité entre le texte réglementaire et la loi en vertu duquel il est adopté (*Belanger c. The King* (1916), 54 R.C.S. 265), pas plus qu'il ne peut y en avoir avec les autres lois fédérales (*R. & W. Paul, Ltd. c. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139 (H.L.)), sauf si la loi l'autorise (*Re Gray* (1918), 57 R.C.S. 150). Normalement, la loi fédérale doit l'emporter sur le texte réglementaire incompatible. Toutefois, en matière d'interprétation, un tribunal préférera, dans la mesure du possible, une interprétation qui permet de concilier les deux textes [...]

[30] En l'espèce, il est impossible de concilier les deux dispositions parce qu'elles s'appliquent à la fiducie des employés de D2L. La fiducie des employés de D2L

an employee benefit plan and a prescribed trust. The tax consequences for the D2L Employee Trust and the appellants are significantly different based on the classification of the D2L Employee Trust as an employee benefit plan or a prescribed trust. However, since the definition of an employee benefit plan is set out in the Act and since the definition of a prescribed trust is set out in the Regulations, the paramountcy of the definition of an employee benefit plan in the Act must govern. Otherwise, the Act would be amended by the Regulations if an arrangement, such as the one in this appeal, is not an employee benefit plan as defined in the Act because it is also a prescribed trust as defined in the Regulations.

[31] Parliament could have provided that a prescribed trust is not an employee benefit plan. Paragraphs (a) to (e) of the definition of an employee benefit plan exclude a number of arrangements and trusts from the definition of an employee benefit plan. In particular, paragraph (e) refers to a prescribed arrangement, which is defined in section 6800 of the Regulations. If Parliament had also intended to exclude prescribed trusts from the definition of an employee benefit plan, a reference to a prescribed trust could have been added to paragraph (e) or as a separate paragraph.

*C. Which Rules Govern—Submission Based on Paragraph (a.1) of the Definition of a Trust*

[32] The appellants submit that the prescribed trust rules should govern based on the wording of paragraph (a.1) of the definition of a trust in subsection 108(1) of the Act. Section 107 will only apply to trusts as defined in subsection 108(1) of the Act. The definition of a trust provides that a number of different trusts will not be included as a trust as defined in this subsection.

[33] Paragraph (a) of the definition of a trust in subsection 108(1) provides that a trust listed in this paragraph, which includes an employee benefit plan, will not be a trust as defined in this subsection. Paragraph (a.1) provides

remplit autant les conditions d'un régime de prestations aux employés que celles d'une fiducie visée. Les incidences fiscales pour la fiducie des employés de D2L et les appelants sont très différentes selon que la fiducie des employés de D2L entre dans la catégorie de régime de prestations aux employés ou de fiducie visée. Toutefois, comme la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » figure dans la Loi et que la définition de l'expression « fiducie visée » se trouve dans le Règlement, la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » doit prévaloir. Dans le cas contraire, la Loi serait modifiée par le Règlement si un mécanisme comme celui dans le présent appel ne constituait pas un régime de prestations aux employés au sens de la Loi parce qu'il est également une fiducie visée au sens du Règlement.

[31] Le législateur aurait pu prévoir qu'une fiducie visée n'est pas un régime de prestations aux employés. Selon les alinéas a) à e) de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés », plusieurs mécanismes et fiducies sont exclus de la définition. Plus précisément, l'alinéa e) renvoie à un mécanisme visé, qui est défini à l'article 6800 du Règlement. Si le législateur avait également eu l'intention d'exclure les fiducies visées de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés », un renvoi à une fiducie visée aurait pu être ajouté à l'alinéa e) ou un alinéa distinct aurait pu le prévoir.

*C. Les règles qui régissent — Arguments fondés sur l'alinéa a.1) de la définition du terme fiducie*

[32] Les appelants soutiennent que les règles relatives à la fiducie visée devraient s'appliquer en raison du libellé de l'alinéa a.1) de la définition du terme « fiducie » au paragraphe 108(1) de la Loi. L'article 107 ne s'appliquera qu'aux fiducies définies au paragraphe 108(1) de la Loi. La définition du terme « fiducie » prévoit que plusieurs fiducies différentes ne seront pas considérées comme des fiducies au sens de ce paragraphe.

[33] L'alinéa a) de la définition du terme « fiducie » au paragraphe 108(1) dispose qu'une fiducie énumérée dans ce paragraphe, y compris un régime de prestations aux employés, ne sera pas une fiducie au sens de ce paragraphe.

a description of certain trusts that are also excluded from the definition of a trust. The opening words of paragraph (a.1) are the words upon which the appellants focus:

**Definition**

**108 (1) ....**

*trust ....*

**(a.1)** a trust (other than a trust described in paragraph (a) or (d), a trust to which subsection 7(2) or (6) applies or a trust prescribed for the purpose of subsection 107(2)) ....

[34] The appellants submit that because this paragraph carves out prescribed trusts from those to which it would otherwise apply, all prescribed trusts are to be included as trusts for the purposes of the definition of a trust. Therefore, in their submission, the rules as set out in section 107 will apply even though an employee benefit plan is not a trust as provided in paragraph (a) of the definition of a trust.

[35] However, the words to which the appellants refer only carve out or exclude certain trusts from the application of paragraph (a.1). This does not mean that a prescribed trust is reinstated as a trust. There are a number of trusts that are excluded under paragraph (a) of the definition of a trust. One such trust is an employee life and health trust. Applying the appellants' interpretation, an employee life and health trust would also be reinstated as a trust, since it is also included in the exception to the application of paragraph (a.1) as it is a trust described in paragraph (a). This cannot be a proper interpretation of the effect of this provision.

[36] The exclusion of prescribed trusts from the application of paragraph (a.1) means that a prescribed trust will not be excluded from the definition of a trust as a result of the application of paragraph (a.1). The same trust, however, will be excluded from the definition of a trust if it is a trust described in paragraph (a) (or in any of the other paragraphs of the definition of a trust).

L'alinéa a.1) donne une description de certaines fiducies qui sont également exclues de la définition du terme « fiducie ». La première partie de l'alinéa a.1) est celle sur laquelle les appelants mettent l'accent :

**Définitions**

**108 (1) [...]**

*fiducie [...]*

**a.1)** la fiducie (sauf celle visée aux alinéas a) ou d), celle à laquelle les paragraphes 7(2) ou (6) s'appliquent et celle qui est visée [...] pour l'application du paragraphe 107(2)) [...]

[34] Les appelants soutiennent qu'en raison du fait que cet alinéa exclut les fiducies visées de celles auxquelles il s'appliquerait autrement, toutes les fiducies visées doivent être considérées comme des fiducies pour l'application de la définition du terme « fiducie ». Par conséquent, ils font valoir que les règles énoncées à l'article 107 s'appliqueront même si un régime de prestations aux employés n'est pas une fiducie au sens de l'alinéa a) de la définition du terme « fiducie ».

[35] La partie mentionnée par les appelants n'exclut toutefois que certaines fiducies de l'application de l'alinéa a.1). Cela ne signifie pas qu'une fiducie visée est rétablie à titre de fiducie. Plusieurs fiducies sont exclues de la définition du terme « fiducie » en vertu de l'alinéa a). L'une d'entre elles est la fiducie d'assurance-vie et soins de santé au bénéfice d'employés. Si j'applique l'interprétation donnée par les appelants, une fiducie d'assurance-vie et soins de santé au bénéfice d'employés serait également rétablie à titre de fiducie, puisqu'elle est également comprise dans les exceptions à l'application de l'alinéa a.1), étant une fiducie décrite à l'alinéa a). Ce n'est pas l'interprétation qu'il convient de donner à l'effet de cette disposition.

[36] L'exclusion des fiducies visées de l'application de l'alinéa a.1) signifie qu'une fiducie visée ne sera pas exclue de la définition du terme « fiducie » en raison de l'application de l'alinéa a.1). Cependant, la même fiducie sera exclue de la définition du terme « fiducie » s'il s'agit d'une fiducie décrite à l'alinéa a) (ou dans les autres alinéas de la définition du terme « fiducie »).

[37] The exclusion from the application of paragraph (a.1) for a prescribed trust cannot result in the D2L Employee Trust (which is excluded from the definition of a trust under paragraph (a) since it is an employee benefit plan) being reinstated as a trust on the basis that it is a prescribed trust.

*D. Conclusion for the Appeals of Mathew McNeeley and Kenneth Chapman*

[38] As a result, I would dismiss the appeals for Mathew McNeeley and Kenneth Chapman.

*E. Additional Argument for John Baker*

[39] An additional argument was raised by John Baker. The Tax Court Judge found that, as a result of the definition of an employee benefit plan in subsection 248(1) of the Act, it would be possible for certain payments out of or under an employee benefit plan to not be included in income under paragraph 6(1)(g) of the Act. However, since the Tax Court Judge found that John Baker had failed to establish that he would qualify within this exception, the amounts were included in his income as payments from an employee benefit plan.

[40] I do not agree with the interpretation as adopted by the Tax Court Judge.

[41] In determining whether a particular arrangement is an employee benefit plan, one of the conditions as set out in the definition of an employee benefit plan is related to the payments that are made under this arrangement:

**Definition**

**248 (1) ....**

*employee benefit plan* ... under which one or more payments are to be made to or for the benefit of employees or former employees of the employer or persons who do not deal at arm's length with any such employee or former employee (other than a payment that, if section 6 were read without reference to subparagraph 6(1)(a)(ii) and paragraph 6(1)(g), would not be required to be included in

[37] L'exclusion d'une fiducie visée de l'application de l'alinéa a.1) ne peut faire en sorte que la fiducie des employés de D2L (qui est exclue de la définition du terme « fiducie » en vertu de l'alinéa a) puisqu'il s'agit d'un régime de prestations aux employés) soit rétablie à titre de fiducie en raison du fait qu'il s'agit d'une fiducie visée.

*D. Conclusion à l'égard des appels interjetés par Mathew McNeeley et Kenneth Chapman*

[38] Par conséquent, je rejeterais les appels de Mathew McNeeley et de Kenneth Chapman.

*E. Argument supplémentaire soulevé par John Baker*

[39] Un autre argument a été soulevé par John Baker. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu, du fait de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » au paragraphe 248(1) de la Loi, qu'il serait possible que certains paiements versés dans le cadre d'un régime de prestations aux employés ne soient pas inclus dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)(g) de la Loi. Toutefois, comme le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que John Baker n'avait pas établi qu'il tomberait sous le coup de cette exception, les sommes ont été incluses dans son revenu à titre de paiements reçus dans le cadre d'un régime de prestations aux employés.

[40] Je ne souscris pas à l'interprétation que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a adoptée.

[41] Pour déterminer si un mécanisme précis constitue un régime de prestations aux employés, l'une des conditions énoncées dans la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » est liée aux paiements versés dans le cadre de ce mécanisme :

**Définitions**

**248 (1) [...]**

*régime de prestations aux employés* [...] et en vertu duquel un ou plusieurs paiements sont à faire à des employés ou anciens employés de l'employeur ou à des personnes qui ont un lien de dépendance avec l'un de ces employés ou anciens employés, ou au profit de ces employés, anciens employés ou personnes, sauf s'il s'agit d'un paiement qui n'aurait pas à être inclus dans le calcul du revenu



computing the income of the recipient or of an employee or former employee) ....

[42] A particular arrangement is an employee benefit plan if one or more payments are to be made to or for the benefit of employees or former employees. In determining whether this condition is satisfied, any payment that would not be included in income, if section 6 were read without reference to subparagraph 6(1)(a)(ii) and paragraph 6(1)(g) of the Act, is excluded. Subparagraph 6(1)(a)(ii) of the Act provides that a benefit received or enjoyed under a retirement compensation arrangement, an employee benefit plan or an employee trust will not be included in income as a benefit from employment under paragraph 6(1)(a). This subparagraph does not require amounts to be included in income. Rather it excludes certain amounts from being included in income under paragraph 6(1)(a) of the Act. Paragraph 6(1)(g) provides that all amounts received under an employee benefit plan will be included in income. Therefore, the excluded payments for the purposes of the definition of an employee benefit plan are payments that would only be included in income as amounts received from an employee benefit plan.

[43] In my view, the reference to the exclusion of certain payments in determining whether an arrangement is an employee benefit plan means that each payment to be made from a particular arrangement is examined to ascertain whether such payment is an excluded payment or not. If all of the payments are excluded payments, the arrangement is not an employee benefit plan. If, however, the arrangement includes at least one payment that is not an excluded payment, the arrangement is an employee benefit plan.

[44] It is important to note that this is part of the definition of an employee benefit plan and, therefore, part of the criteria to be examined to determine whether a particular arrangement satisfies this definition. It is not a taxing provision. Paragraph 6(1)(g) of the Act dictates the amount to be included in income as a result of a payment

du bénéficiaire ou d'un employé ou ancien employé si l'article 6 s'appliquait compte non tenu de son sous-alinéa (1)a(ii) ni de son alinéa (1)g [...]

[42] Un mécanisme précis constitue un régime de prestations aux employés si un ou plusieurs paiements sont à faire à des employés ou anciens employés ou au profit de ces employés ou anciens employés. Pour déterminer si cette condition est remplie, les paiements qui n'auraient pas à être inclus dans le calcul du revenu si l'article 6 de la Loi s'appliquait, compte non tenu de son sous-alinéa 6(1)a(ii) ni de son alinéa 6(1)g, seraient exclus. Le sous-alinéa 6(1)a(ii) de la Loi dispose qu'un avantage que reçoit ou dont jouit le contribuable découlant d'une convention de retraite, d'un régime de prestations aux employés ou d'une fiducie d'employés ne sera pas inclus dans le revenu à titre d'avantage tiré de son emploi en vertu de l'alinéa 6(1)a. Ce sous-alinéa n'exige pas que les sommes soient incluses dans le revenu. Il prévoit plutôt l'exclusion de certaines sommes dans le revenu en vertu de l'alinéa 6(1)a de la Loi. L'alinéa 6(1)g dispose que toutes les sommes reçues dans le cadre d'un régime de prestations aux employés seront incluses dans le revenu. Par conséquent, les paiements exclus aux fins de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » sont les paiements qui ne seraient inclus dans le revenu qu'à titre de sommes reçues dans le cadre d'un régime de prestations aux employés.

[43] Je suis d'avis que la mention relative à l'exclusion de certains paiements pour déterminer si un mécanisme constitue un régime de prestations aux employés signifie que chaque paiement à effectuer dans le cadre d'un mécanisme précis est examiné afin de vérifier s'il s'agit d'un paiement exclu ou non. Si tous les paiements sont des paiements exclus, le mécanisme ne constitue pas un régime de prestations aux employés. Si, toutefois, le mécanisme inclut au moins un paiement qui n'est pas un paiement exclu, le mécanisme constitue un régime de prestations aux employés.

[44] Il est important de souligner que cela fait partie de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » et, par conséquent, des critères à examiner pour déterminer si un mécanisme précis répond à cette définition. Il ne s'agit pas d'une disposition fiscale. L'alinéa 6(1)g de la Loi détermine les sommes à inclure

under an employee benefit plan. This paragraph provides that all amounts received from an employee benefit plan are to be included in the income of the recipient. There is no exception in paragraph 6(1)(g) of the Act for any payment that, “if section 6 were read without reference to subparagraph 6(1)(a)(ii) and paragraph 6(1)(g), would not be required to be included in computing the income of the recipient or of an employee or former employee”.

[45] The interpretation proposed by the appellants and adopted by the Tax Court Judge would mean that there would be different arrangements—one under which payments from the D2L Employee Trust will be included in income under paragraph 6(1)(g) and another where payments from the D2L Employee Trust would not be included in income under this paragraph.

[46] The definition of an employee benefit plan does contemplate that a portion of an arrangement may not be an employee benefit plan, as the closing words of the first part of the definition (immediately before paragraphs (a) to (e)) state: “but does not include any portion of the arrangement that is”.

[47] Therefore, if part of the arrangement is a trust or arrangement described in paragraphs (a) to (e) of the definition of an employee benefit plan, then such part will not be an employee benefit plan. In effect, there will be two arrangements—the part that is an employee benefit plan and the portion that is a trust or arrangement as described in paragraphs (a) to (e).

[48] While the appellants and the Tax Court Judge contemplated an interpretation of the definition of an employee benefit plan that would result in the arrangement being subdivided into two parts, the basis for the subdivision as found by the Tax Court Judge is not in any of paragraphs (a) to (e) of the definition of an employee benefit plan. None of these paragraphs contemplate a separation of the employee benefit plan into separate arrangements based on whether a payment would not be included

dans le revenu par suite d’un paiement versé dans le cadre d’un régime de prestations aux employés. Cet alinéa prévoit que toutes les sommes reçues dans le cadre d’un régime de prestations aux employés doivent être incluses dans le revenu du bénéficiaire. Il n’y a aucune exception prévue à l’alinéa 6(1)(g) de la Loi « sauf s’il s’agit d’un paiement qui n’aurait pas à être inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire ou d’un employé ou ancien employé si l’article 6 s’appliquait compte non tenu de son sous-alinéa (1)a)(ii) ni de son alinéa (1)(g) ».

[45] L’interprétation proposée par les appelants, que la Cour canadienne de l’impôt a adoptée, signifierait qu’il y aurait différents mécanismes — l’un dans le cadre duquel les paiements provenant de la fiducie des employés de D2L seraient inclus dans le revenu en vertu de l’alinéa 6(1)(g) et l’autre, dans le cadre duquel les paiements provenant de la fiducie des employés de D2L ne seraient pas inclus dans le revenu en vertu de cet alinéa.

[46] La définition de l’expression « régime de prestations aux employés » prévoit bel et bien qu’une partie d’un mécanisme puisse ne pas être un régime de prestations aux employés; les derniers mots de la première partie de la définition (immédiatement avant les alinéas a) à e) étant les suivants : « [n]e fait pas partie d’un régime de prestations aux employés toute partie du mécanisme qui est ».

[47] Par conséquent, si une partie du mécanisme est une fiducie ou un mécanisme décrit aux alinéas a) à e) de la définition de l’expression « régime de prestations aux employés », cette partie ne constituera pas un régime de prestations aux employés. En fait, il y aura deux mécanismes : la partie qui constitue un régime de prestations aux employés et la partie qui constitue une fiducie ou un mécanisme décrit aux alinéas a) à e).

[48] Alors que les appelants et le juge de la Cour canadienne de l’impôt envisageaient une interprétation de la définition de l’expression « régime de prestations aux employés » qui donnerait lieu à une subdivision du mécanisme en deux parties, le fondement de la subdivision, comme l’a conclu le juge de la Cour canadienne de l’impôt, est absent de l’un ou l’autre des alinéas a) à e) de la définition de l’expression « régime de prestations aux employés ». Aucun de ces alinéas ne prévoit la séparation

in income if section 6 were read without reference to subparagraph 6(1)(a)(ii) and paragraph 6(1)(g) of the Act.

[49] The arrangement as embodied in the D2L Employee Trust is an employee benefit plan. There is no dispute that the payments made by the D2L Employee Trust to Mathew McNeeley and Kenneth Chapman are not excluded payments for the purposes of the definition of an employee benefit plan.

[50] No portion of this arrangement is excluded from the definition of an employee benefit plan as a result of the application of paragraphs (a) to (e) of this definition. Therefore, there is only a single arrangement. Under paragraph 6(1)(g) of the Act, all amounts received by a taxpayer out of or under an employee benefit plan are included in computing the income of that taxpayer from an office or employment. Therefore, all the amounts received by John Baker from the D2L Employee Trust are included in his income as employment income.

[51] As a result, I would dismiss John Baker's appeal.

## VI. Conclusion

[52] I would dismiss the appeals with one set of costs payable in relation to John Baker's appeal.

MACTAVISH J.A.: I agree.

LEBLANC J.A.: I agree.

## APPENDIX

The following are the current versions of the provisions of the *Income Tax Act* reproduced below. While some of these provisions were amended after the taxation year in issue in these appeals, the amendments are not material to the issues raised in these appeals.

du régime de prestations aux employés en mécanismes distincts, selon qu'un paiement ne serait pas inclus dans le revenu si l'article 6 de la Loi s'appliquait sans aucune référence au sous-alinéa 6(1)(a)(ii) et à l'alinéa 6(1)(g).

[49] Le mécanisme qui est prévu dans la fiducie des employés de D2L, est un régime de prestations aux employés. Personne ne conteste le fait que les paiements versés à Mathew McNeeley et Kenneth Chapman par la fiducie des employés de D2L ne sont pas des paiements exclus pour l'application de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés ».

[50] Aucune partie de ce mécanisme n'est exclue de la définition de l'expression « régime de prestations aux employés » en conséquence de l'application des alinéas a) à e) de cette définition. Par conséquent, il n'y a qu'un seul mécanisme. Aux termes de l'alinéa 6(1)(g) de la Loi, toutes les sommes reçues par un contribuable dans le cadre d'un régime de prestations aux employés sont incluses dans le calcul de son revenu tiré d'une charge ou d'un emploi. Donc, toutes les sommes que John Baker a reçues de la fiducie des employés de D2L sont incluses dans son revenu à titre de revenu d'emploi.

[51] Par conséquent, je rejetterais l'appel de John Baker.

## VI. Conclusion

[52] Je rejetterais les appels et j'adjugerais un seul mémoire de dépens relativement à l'appel de John Baker.

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE LEBLANC, J.C.A. : Je suis d'accord.

## ANNEXE

Ce qui suit est la version actuelle des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, reproduites ci-après. Bien que certaines de ces dispositions aient été modifiées après l'année d'imposition en cause dans les présents appels, il ne s'agit pas de modifications importantes quant aux questions soulevées dans les présents appels.

Paragraph 6(1)(g) of the Act**Amounts to be included as income from office or employment**

**6 (1)** There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from an office or employment such of the following amounts as are applicable

...

**Employee benefit plan benefits**

**(g)** the total of all amounts each of which is an amount received by the taxpayer in the year out of or under an employee benefit plan or from the disposition of any interest in any such plan, other than the portion thereof that is

**(i)** a death benefit or an amount that would, but for the deduction provided in the definition of that term in subsection 248(1), be a death benefit,

**(ii)** a return of amounts contributed to the plan by the taxpayer or a deceased employee of whom the taxpayer is an heir or legal representative, to the extent that the amounts were not deducted in computing the taxable income of the taxpayer or the deceased employee for any taxation year,

**(iii)** a superannuation or pension benefit attributable to services rendered by a person in a period throughout which the person was not resident in Canada, or

**(iv)** a designated employee benefit (as defined in subsection 144.1(1));

Subsections 107(2), (2.001) and (2.1) of the Act

**107** ....

**Distribution by personal trust**

**(2)** Subject to subsections (2.001), (2.002) and (4) to (5), if at any time a property of a personal trust or a prescribed trust is distributed (otherwise than as a SIFT trust wind-up event) by the trust to a taxpayer who was a beneficiary under the trust and there is a resulting disposition of all or any part of the taxpayer's capital interest in the trust,

Alinéa 6(1)g) de la Loi**Éléments à inclure à titre de revenu tiré d'une charge ou d'un emploi**

**6 (1)** Sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable tiré, pour une année d'imposition, d'une charge ou d'un emploi, ceux des éléments suivants qui sont applicables :

[...]

**Prestations d'un régime de prestations aux employés**

**g)** le total des sommes dont chacune représente un montant reçu par lui au cours de l'année dans le cadre d'un régime de prestations aux employés ou de la disposition d'une participation dans un tel régime, à l'exclusion de la partie de ce montant qui constitue

**(i)** une prestation consécutive au décès ou une somme qui serait une telle prestation sans la déduction prévue à la définition de cette expression au paragraphe 248(1),

**(ii)** un remboursement des sommes versées au régime par le contribuable ou par un employé décédé dont il est l'héritier ou le représentant légal, dans la mesure où elles n'ont pas été déduites dans le calcul de leur revenu imposable pour une année d'imposition quelconque,

**(iii)** une prestation de retraite ou de pension imputable aux services rendus par une personne au cours d'une période tout au long de laquelle elle ne résidait pas au Canada,

**(iv)** une prestation désignée au sens du paragraphe 144.1(1);

Paragraphes 107(2), (2.001) et (2.1) de la Loi

**107** [...]

**Distribution par une fiducie personnelle**

**(2)** Sous réserve des paragraphes (2.001), (2.002) et (4) à (5), les règles ci-après s'appliquent dans le cas où, à un moment donné, une fiducie personnelle ou une fiducie visée par règlement effectuée, au profit d'un contribuable bénéficiaire, une distribution (qui ne constitue pas un fait lié à la conversion d'une EIPD-fiducie) de ses biens qui donne lieu à la disposition de la totalité ou d'une partie de la participation du contribuable au capital de la fiducie :

**(a)** the trust shall be deemed to have disposed of the property for proceeds of disposition equal to its cost amount to the trust immediately before that time;

**(b)** subject to subsection (2.2), the taxpayer is deemed to have acquired the property at a cost equal to the total of its cost amount to the trust immediately before that time and the specified percentage of the amount, if any, by which

**(i)** the adjusted cost base to the taxpayer of the capital interest or part of it, as the case may be, immediately before that time (determined without reference to paragraph (1)(a))

exceeds

**(ii)** the cost amount to the taxpayer of the capital interest or part of it, as the case may be, immediately before that time;

**(b.1)** for the purpose of paragraph (b), the specified percentage is,

**(i)** where the property is capital property (other than depreciable property), 100%, and

**(ii)** [Repealed, 2016, c. 12, s. 36]

**(iii)** in any other case, 50%;

**(c)** the taxpayer's proceeds of disposition of the capital interest in the trust (or of the part of it) disposed of by the taxpayer on the distribution are deemed to be equal to the amount, if any, by which

**(i)** the cost at which the taxpayer would be deemed by paragraph (b) to have acquired the property if the specified percentage referred to in that paragraph were 100%

exceeds

**(ii)** the total of all amounts each of which is an eligible offset at that time of the taxpayer in respect of the capital interest or the part of it;

**(d)** where the property so distributed was depreciable property of a prescribed class of the trust and the

**a)** la fiducie est réputée avoir disposé de ces biens et en avoir tiré un produit égal au coût indiqué de ces biens, pour la fiducie, immédiatement avant ce moment;

**b)** sous réserve du paragraphe (2.2), le contribuable est réputé avoir acquis les biens à un coût égal à la somme de leur coût indiqué pour la fiducie immédiatement avant ce moment et du pourcentage déterminé de l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii) :

**(i)** le prix de base rajusté pour lui de la participation au capital ou de la partie de cette participation, selon le cas, immédiatement avant ce moment (déterminé compte non tenu de l'alinéa (1)a)),

**(ii)** le coût indiqué pour lui de la participation au capital ou de la partie de cette participation, selon le cas, immédiatement avant ce moment;

**b.1)** pour l'application de l'alinéa b), le pourcentage déterminé correspond au pourcentage applicable suivant :

**(i)** si les biens sont des immobilisations (sauf des biens amortissables), 100 %,

**(ii)** [Abrogé, 2016, ch. 12, art. 36]

**(iii)** dans les autres cas, 50%;

**c)** le produit de disposition de la totalité ou de la partie de la participation au capital dont le contribuable a disposé à l'occasion de la distribution est réputé être égal à l'excédent du coût visé au sous-alinéa (i) sur le total visé au sous-alinéa (ii) :

**(i)** le coût auquel il serait réputé par l'alinéa b) avoir acquis les biens, si le pourcentage déterminé visé à cet alinéa était de 100 %,

**(ii)** le total des montants représentant chacun un montant de réduction admissible à ce moment pour le contribuable quant à la participation au capital ou à la partie de participation;

**d)** lorsque les biens ainsi distribués étaient des biens amortissables de la fiducie, appartenant à une

amount that was the capital cost to the trust of that property exceeds the cost at which the taxpayer is deemed by this section to have acquired the property, for the purposes of sections 13 and 20 and any regulations made under paragraph 20(1)(a)

(i) the capital cost to the taxpayer of the property shall be deemed to be the amount that was the capital cost of the property to the trust, and

(ii) the excess shall be deemed to have been allowed to the taxpayer in respect of the property under regulations made under paragraph 20(1)(a) in computing income for taxation years before the acquisition by the taxpayer of the property.

(d.1) [Repealed, 2010, c. 12, s. 10]

(e) [Repealed, 1994, c. 7, Sch. VIII, s. 43]

(f) [Repealed, 2016, c. 12, s. 36]

#### No rollover on election by a trust

(2.001) Where a trust makes a distribution of a property to a beneficiary of the trust in full or partial satisfaction of the beneficiary's capital interest in the trust and so elects in prescribed form filed with the Minister with the trust's return of income for its taxation year in which the distribution occurred, subsection (2) does not apply to the distribution if

(a) the trust is resident in Canada at the time of the distribution;

(b) the property is taxable Canadian property; or

(c) the property is capital property used in, or property described in the inventory of, a business carried on by the trust through a *permanent establishment* (as defined by regulation) in Canada immediately before the time of the distribution.

...

#### Other distributions

(2.1) Where at any time a property of a trust is distributed by the trust to a beneficiary under the trust, there would, if this Act were read without reference to paragraphs (h) and (i) of the definition *disposition* in subsection 248(1), be a resulting disposition of all or any part of the beneficiary's

catégorie prescrite, et que le montant du coût en capital de ces biens, supporté par la fiducie, dépasse le coût que le contribuable est réputé, en vertu du présent article, avoir supporté pour les acquérir, pour l'application des articles 13 et 20 et des dispositions réglementaires prises en vertu de l'alinéa 20(1)a :

(i) le coût en capital des biens, supporté par le contribuable, est réputé être celui supporté par la fiducie,

(ii) l'excédent est réputé avoir été déductible par le contribuable, relativement aux biens, en vertu des dispositions réglementaires prises en application de l'alinéa 20(1)a), dans le calcul de son revenu pour des années d'imposition antérieures à son acquisition de ces biens.

d.1) [Abrogé, 2010, ch. 12, art. 10]

e) [Abrogé, 1994, ch. 7, ann. VIII, art. 43]

f) [Abrogé, 2016, ch. 12, art. 36]

#### Roulement — choix d'une fiducie

(2.001) Lorsqu'une fiducie distribue un bien à l'un de ses bénéficiaires en règlement total ou partiel de la participation de celui-ci à son capital, le paragraphe (2) ne s'applique pas à la distribution si la fiducie en fait le choix dans un formulaire prescrit présenté au ministre avec sa déclaration de revenu pour son année d'imposition où le bien est distribué et si l'un des faits ci-après se vérifie :

a) la fiducie réside au Canada au moment de la distribution;

b) le bien est un bien canadien imposable;

c) le bien est soit une immobilisation utilisée dans le cadre d'une entreprise que la fiducie exploite par l'entremise d'un *établissement stable* (au sens du règlement) au Canada immédiatement avant la distribution, soit un bien à porter à l'inventaire d'une telle entreprise.

[...]

#### Autres distributions

(2.1) Lorsque, à un moment donné, une fiducie effectue, au profit d'un de ses bénéficiaires, une distribution de biens qui donnerait lieu à la disposition de la totalité ou d'une partie de la participation du bénéficiaire au capital de la fiducie (laquelle participation ou partie de participation est

capital interest in the trust (which interest or part, as the case may be, is in this subsection referred to as the “former interest”) and the rules in subsections (2) and (3.1) and sections 88.1 and 132.2 do not apply in respect of the distribution,

(a) the trust is deemed to have disposed of the property for proceeds equal to its fair market value at that time;

(b) the beneficiary is deemed to have acquired the property at a cost equal to the proceeds determined under paragraph (a);

(c) subject to paragraph (e), the beneficiary’s proceeds of disposition of the portion of the former interest disposed of by the beneficiary on the distribution are deemed to be equal to the amount, if any, by which

(i) the proceeds determined under paragraph (a) (other than the portion, if any, of the proceeds that is a payment to which paragraph (h) or (i) of the definition *disposition* in subsection 248(1) applies)

exceed the total of

(ii) where the property is not a Canadian resource property or foreign resource property, the amount, if any, by which

(A) the fair market value of the property at that time

exceeds the total of

(B) the cost amount to the trust of the property immediately before that time, and

(C) the portion, if any, of the excess that would be determined under this subparagraph if this subparagraph were read without reference to this clause that represents a payment to which paragraph (h) or (i) of the definition *disposition* in subsection 248(1) applies, and

(iii) all amounts each of which is an eligible offset at that time of the taxpayer in respect of the former interest;

appelée « ancienne participation » au présent paragraphe) s’il était fait abstraction des alinéas h) et i) de la définition de disposition au paragraphe 248(1), et que les règles énoncées aux paragraphes (2) et (3.1) et aux articles 88.1 et 132.2 ne s’appliquent pas à la distribution, les règles suivantes s’appliquent :

a) la fiducie est réputée avoir disposé du bien pour un produit égal à sa juste valeur marchande à ce moment;

b) le bénéficiaire est réputé avoir acquis le bien à un coût égal au produit déterminé selon l’alinéa a);

c) sous réserve de l’alinéa e), le produit de disposition, pour le bénéficiaire, de la partie de l’ancienne participation dont il a disposé au moment de la distribution est réputé égal à l’excédent éventuel :

(i) du produit déterminé selon l’alinéa a) (sauf la partie éventuelle de ce produit qui représente un paiement auquel s’applique l’alinéa h) ou i) de la définition de *disposition* au paragraphe 248(1)),

sur la somme des montants suivants :

(ii) si le bien n’est pas un avoir minier canadien ou un avoir minier étranger, l’excédent éventuel de sa juste valeur marchande à ce moment sur la somme des montants suivants :

(A) le coût indiqué du bien pour la fiducie immédiatement avant ce moment,

(B) la partie éventuelle de l’excédent qui serait déterminé selon le présent sous-alinéa s’il n’était pas tenu compte de la présente division, qui représente un paiement auquel s’applique l’alinéa h) ou i) de la définition de *disposition* au paragraphe 248(1),

(iii) le total des montants représentant chacun un montant de réduction admissible à ce moment pour le contribuable quant à l’ancienne participation;

**(d)** notwithstanding paragraphs (a) to (c), where the trust is non-resident at that time, the property is not described in paragraph (2.001)(b) or (c) and, if this Act were read without reference to this paragraph, there would be no income, loss, taxable capital gain or allowable capital loss of a taxpayer in respect of the property because of the application of subsection 75(2) to the disposition at that time of the property,

**(i)** the trust is deemed to have disposed of the property for proceeds equal to the cost amount of the property,

**(ii)** the beneficiary is deemed to have acquired the property at a cost equal to the fair market value of the property, and

**(iii)** the beneficiary's proceeds of disposition of the portion of the former interest disposed of by the beneficiary on the distribution are deemed to be equal to the amount, if any, by which

**(A)** the fair market value of the property

exceeds the total of

**(B)** the portion, if any, of the amount of the distribution that is a payment to which paragraph (h) or (i) of the definition *disposition* in subsection 248(1) applies, and

**(C)** all amounts each of which is an eligible offset at that time of the taxpayer in respect of the former interest; and

**(e)** where the trust is a mutual fund trust, the distribution occurs in a taxation year of the trust before its 2003 taxation year, the trust has elected under subsection (2.11) in respect of the year and the trust so elects in respect of the distribution in prescribed form filed with the trust's return of income for the year,

**(i)** this subsection shall be read without reference to paragraph (c), and

**(ii)** the beneficiary's proceeds of disposition of the portion of the former interest disposed of by the beneficiary on the distribution are deemed to be equal to the amount determined under paragraph (a).

**d)** malgré les alinéas a) à c), lorsque la fiducie ne réside pas au Canada à ce moment, que le bien n'est pas visé aux alinéas (2.001)b) ou c) et que, en l'absence du présent alinéa, un contribuable n'aurait pas de revenu, de perte, de gain en capital imposable ou de perte en capital déductible relativement au bien en raison de l'application du paragraphe 75(2) à la disposition du bien à ce moment :

**(i)** la fiducie est réputée avoir disposé du bien pour un produit égal à son coût indiqué,

**(ii)** le bénéficiaire est réputé avoir acquis le bien à un coût égal à sa juste valeur marchande,

**(iii)** le produit de disposition, pour le bénéficiaire, de la partie de l'ancienne participation dont il a disposé au moment de la distribution est réputé être égal à l'excédent de la juste valeur marchande du bien sur le total des montants suivants :

**(A)** la partie du montant de la distribution qui est un paiement auquel s'applique l'alinéa h) ou i) de la définition de *distribution* au paragraphe 248(1),

**(B)** le total des montants représentant chacun un montant de réduction admissible à ce moment pour le contribuable quant à l'ancienne participation;

**e)** lorsque la fiducie est une fiducie de fonds commun de placement, que la distribution est effectuée au cours d'une de ses années d'imposition qui est antérieure à son année d'imposition 2003, qu'elle a fait, pour l'année, le choix prévu au paragraphe (2.11) et qu'elle en fait le choix relativement à la distribution dans le formulaire prescrit produit avec sa déclaration de revenu pour l'année :

**(i)** il n'est pas tenu compte de l'alinéa c),

**(ii)** le produit de disposition, pour le bénéficiaire, de la partie de l'ancienne participation dont il a disposé lors de la distribution est réputé être égal au montant déterminé selon l'alinéa a).



Definition of “Trust” in subsection 108(1) of the Act**Definitions**

**108 (1)** In this Subdivision,

...

*trust* includes an *inter vivos* trust and a testamentary trust but in subsections 104(4), (5), (5.2), (12), (13.1), (13.2), (14) and (15) and sections 105 to 107 does not include

(a) an amateur athlete trust, an employee life and health trust, an employee trust, a trust described in paragraph 149(1)(o.4) or a trust governed by a deferred profit sharing plan, an employee benefit plan, an employees profit sharing plan, a foreign retirement arrangement, a pooled registered pension plan, a registered disability savings plan, a registered education savings plan, a registered pension plan, a registered retirement income fund, a registered retirement savings plan, a registered supplementary unemployment benefit plan or a TFSA,

(a.1) a trust (other than a trust described in paragraph (a) or (d), a trust to which subsection 7(2) or (6) applies or a trust prescribed for the purpose of subsection 107(2)) all or substantially all of the property of which is held for the purpose of providing benefits to individuals each of whom is provided with benefits in respect of, or because of, an office or employment or former office or employment of any individual,

(b) a related segregated fund trust (within the meaning assigned by section 138.1),

(c) a trust deemed by subsection 143(1) to exist in respect of a congregation that is a constituent part of a religious organization,

(d) an RCA trust (within the meaning assigned by subsection 207.5(1)),

(e) a trust each of the beneficiaries under which was at all times after it was created a trust referred to in paragraph (a), (b) or (d) or a person who is a beneficiary of the trust only because of being a beneficiary under a trust referred to in any of those paragraphs, or

Définition de « fiducie » au paragraphe 108(1) de la Loi**Définitions**

**108 (1)** Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente sous-section.

[...]

*fiducie* Sont comprises parmi les fiducies tant la fiducie non testamentaire que la fiducie testamentaire; le terme ne vise toutefois pas, aux paragraphes 104(4), (5), (5.2), (12), (13.1), (13.2), (14) et (15) ainsi qu’aux articles 105 à 107 :

a) une fiducie au profit d’un athlète amateur, une fiducie d’employés, une fiducie de soins de santé au bénéfice d’employés, une fiducie visée à l’alinéa 149(1)o.4) ni une fiducie régie par un compte d’épargne libre d’impôt, un fonds enregistré de revenu de retraite, un mécanisme de retraite étranger, un régime de participation des employés aux bénéfécies, un régime de participation différée aux bénéfécies, un régime de pension agréé, un régime de pension agréé collectif, un régime de prestations aux employés, un régime enregistré d’épargne-études, un régime enregistré d’épargne-invalidité, un régime enregistré d’épargne-retraite ou un régime enregistré de prestations supplémentaires de chômage;

a.1) la fiducie (sauf celle visée aux alinéas a) ou d), celle à laquelle les paragraphes 7(2) ou (6) s’appliquent et celle qui est visée par règlement pour l’application du paragraphe 107(2)) dont la totalité ou la presque totalité des biens sont détenus en vue d’assurer des prestations à des particuliers auxquels des prestations sont assurées dans le cadre ou au titre de la charge ou de l’emploi actuel ou ancien d’un particulier;

b) une fiducie créée à l’égard du fonds réservé, au sens de l’article 138.1;

c) une fiducie réputée, aux termes du paragraphe 143(1), exister à l’égard d’une congrégation qui est une partie constituante d’un organisme religieux;

d) une fiducie de convention de retraite, au sens du paragraphe 207.5(1);

e) une fiducie dont chacun des bénéféciaires est, depuis l’établissement de la fiducie, soit une fiducie visée aux alinéas a), b) ou d), soit une personne qui est bénéféciaire de la fiducie du seul fait qu’elle est bénéféciaire d’une fiducie visée à l’un de ces alinéas;

**(e.1)** a cemetery care trust or a trust governed by an eligible funeral arrangement,

and, in applying subsections 104(4), (5), (5.2), (12), (14) and (15) at any time, does not include

**(f)** a trust that, at that time, is a unit trust, or

**(g)** a trust all interests in which, at that time, have vested indefeasibly, other than

**(i)** an alter ego trust, a joint spousal or common-law partner trust, a post-1971 spousal or common-law partner trust or a trust to which paragraph 104(4)(a.4) applies,

**(ii)** [Repealed, 2013, c. 34, s. 236]

**(iii)** a trust that has, in its return of income under this Part for its first taxation year that ends after 1992, elected that this paragraph not apply,

**(iv)** a trust that is at that time resident in Canada where the total fair market value at that time of all interests in the trust held at that time by beneficiaries under the trust who at that time are non-resident is more than 20% of the total fair market value at that time of all interests in the trust held at that time by beneficiaries under the trust,

**(v)** a trust under the terms of which, at that time, all or part of a person's interest in the trust is to be terminated with reference to a period of time (including a period of time determined with reference to the person's death), otherwise than as a consequence of terms of the trust under which an interest in the trust is to be terminated as a consequence of a distribution to the person (or the person's estate) of property of the trust if the fair market value of the property to be distributed is required to be commensurate with the fair market value of that interest immediately before the distribution, or

**(vi)** a trust that, before that time and after December 17, 1999, has made a distribution to a

**e.1)** une fiducie pour l'entretien d'un cimetière ou une fiducie régie par un arrangement de services funéraires;

Par ailleurs, n'est pas considérée comme une fiducie pour l'application, à un moment quelconque, des paragraphes 104(4), (5), (5.2), (12), (14) et (15) :

**f)** la fiducie qui est une fiducie d'investissement à participation unitaire à ce moment;

**g)** la fiducie dont l'ensemble des participations, à ce moment, ont été dévolues irrévocablement, à l'exception des fiducies suivantes :

**(i)** les fiducies au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieures à 1971, les fiducies en faveur de soi-même, les fiducies mixtes au profit de l'époux ou du conjoint de fait ou les fiducies auxquelles l'alinéa 104(4)a.4) s'applique,

**(ii)** [Abrogé, 2013, ch. 34, art. 236]

**(iii)** la fiducie qui a choisi, dans sa déclaration de revenu en vertu de la présente partie pour sa première année d'imposition se terminant après 1992, de se soustraire à l'application du présent alinéa,

**(iv)** la fiducie qui réside au Canada à ce moment, dans le cas où la juste valeur marchande globale, à ce moment, de l'ensemble des participations dans la fiducie alors détenues par ceux de ses bénéficiaires qui ne résident pas au Canada à ce moment représente plus de 20 % de la juste valeur marchande globale, à ce moment, de l'ensemble des participations dans la fiducie alors détenues par ses bénéficiaires,

**(v)** la fiducie dont les modalités prévoient, à ce moment, que la totalité ou une partie de la participation d'une personne dans la fiducie doit prendre fin par rapport à une période (y compris celle déterminée par rapport au décès de la personne), autrement que par l'effet des modalités de la fiducie selon lesquelles une participation dans la fiducie doit prendre fin par suite de la distribution à la personne (ou à sa succession) d'un bien de la fiducie, si la juste valeur marchande du bien à distribuer doit être proportionnelle à celle de cette participation immédiatement avant la distribution,

**(vi)** la fiducie qui, avant ce moment et après le 17 décembre 1999, a effectué une distribution

beneficiary in respect of the beneficiary's capital interest in the trust, if the distribution can reasonably be considered to have been financed by a liability of the trust and one of the purposes of incurring the liability was to avoid taxes otherwise payable under this Part as a consequence of the death of any individual. (*fiducie*)

en faveur d'un bénéficiaire au titre de la participation de celui-ci à son capital, s'il est raisonnable de considérer que la distribution a été financée par une dette de la fiducie et si l'une des raisons pour lesquelles la dette a été contractée était d'éviter des impôts payables par ailleurs en vertu de la présente partie par suite du décès d'un particulier. (*trust*)

### Definition of "Employee Benefit Plan" in subsection 248(1) of the Act

#### Definitions

#### 248 (1) ....

**employee benefit plan** means an arrangement under which contributions are made by an employer or by any person with whom the employer does not deal at arm's length to another person (in this Act referred to as the "custodian" of an employee benefit plan) and under which one or more payments are to be made to or for the benefit of employees or former employees of the employer or persons who do not deal at arm's length with any such employee or former employee (other than a payment that, if section 6 were read without reference to subparagraph 6(1)(a)(ii) and paragraph 6(1)(g), would not be required to be included in computing the income of the recipient or of an employee or former employee), but does not include any portion of the arrangement that is

(a) a fund, plan or trust referred to in subparagraph 6(1)(a)(i) or paragraph 6(1)(d) or (f),

(b) a trust described in paragraph 149(1)(y),

(c) an employee trust,

(c.1) a salary deferral arrangement, in respect of a taxpayer, under which deferred amounts are required to be included as benefits under paragraph 6(1)(a) in computing the taxpayer's income,

(c.2) a retirement compensation arrangement,

(d) an arrangement the sole purpose of which is to provide education or training for employees of the employer to improve their work or work-related skills and abilities, or

(e) a prescribed arrangement; (*régime de prestations aux employés*)

### Définition de « régime de prestations aux employés » au paragraphe 248(1) de la Loi

#### Définitions

#### 248 (1) ....

**régime de prestations aux employés** Mécanisme dans le cadre duquel des cotisations sont versées à une personne (appelée « dépositaire » dans la présente loi) par un employeur ou par toute autre personne avec qui celui-ci a un lien de dépendance et en vertu duquel un ou plusieurs paiements sont à faire à des employés ou anciens employés de l'employeur ou à des personnes qui ont un lien de dépendance avec l'un de ces employés ou anciens employés, ou au profit de ces employés, anciens employés ou personnes, sauf s'il s'agit d'un paiement qui n'aurait pas à être inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire ou d'un employé ou ancien employé si l'article 6 s'appliquait compte non tenu de son sous-alinéa (1)a(ii) ni de son alinéa (1)g). Ne fait pas partie d'un régime de prestations aux employés toute partie du mécanisme qui est :

a) un régime ou une fiducie visé au sous-alinéa 6(1)a(i) ou à l'alinéa 6(1)d) ou f);

b) une fiducie visée à l'alinéa 149(1)y);

c) une fiducie d'employés;

c.1) une entente d'échelonnement du traitement applicable à un contribuable dans le cadre de laquelle des montants différés doivent être ajoutés comme avantages en vertu de l'alinéa 6(1)a) dans le calcul du revenu de ce contribuable;

c.2) une convention de retraite;

d) un mécanisme dont le seul but est de dispenser à des employés de l'employeur un enseignement ou une formation qui vise à améliorer leur compétence au travail ou leurs connaissances en rapport avec ce travail;

e) un mécanisme visé par règlement. (*employee benefit plan*)

Section 4800.1 of the Regulations (Prescribed Trusts)

**4800.1** For the purposes of paragraph 107(1)(a) and subsections 107(1.1), (2) and (4.1) of the Act, the following are prescribed trusts:

(a) a trust maintained primarily for the benefit of employees of a corporation or two or more corporations which do not deal at arm's length with each other, where one of the main purposes of the trust is to hold interests in shares of the capital stock of the corporation or corporations, as the case may be, or any corporation not dealing at arm's length therewith;

(b) a trust established exclusively for the benefit of one or more persons each of whom was, at the time the trust was created, either a person from whom the trust received property or a creditor of that person, where one of the main purposes of the trust is to secure the payments required to be made by or on behalf of that person to such creditor; and

(c) a trust all or substantially all of the properties of which consist of shares of the capital stock of a corporation, where the trust was established pursuant to an agreement between two or more shareholders of the corporation and one of the main purposes of the trust is to provide for the exercise of voting rights in respect of those shares pursuant to that agreement.

Article 4800.1 du Règlement (fiducies visées)

**4800.1** Les fiducies ci-après sont visées pour l'application de l'alinéa 107(1)a) et des paragraphes 107(1.1), (2) et (4.1) de la Loi :

a) la fiducie maintenue principalement au profit d'employés d'une société ou de deux ou plusieurs sociétés qui ont entre elles un lien de dépendance, dans le cas où l'un des principaux objets de la fiducie consiste à détenir des droits dans des actions du capital-actions de la société ou des sociétés ou de toute société qui a un lien de dépendance avec ces sociétés;

b) la fiducie établie exclusivement au profit d'une ou plusieurs personnes dont chacune est, au moment de la création de la fiducie, soit une personne de qui la fiducie a reçu des biens, soit le créancier de cette personne, dans le cas où l'un des principaux objets de la fiducie consiste à garantir les paiements qui doivent être faits par la personne ou pour son compte à ce créancier;

c) la fiducie dont la totalité, ou presque, des biens sont des actions du capital-actions d'une société, dans le cas où la fiducie a été établie aux termes d'une convention entre deux ou plusieurs actionnaires de la société et où l'un des principaux objets de la fiducie est de permettre l'exercice des droits de vote rattachés à ces actions conformément à cette entente.

T-809-18  
2021 FC 1185

T-809-18  
2021 CF 1185

### *Proposed Class Proceeding*

**Chelsea Jensen and Laurent Abesdris** (*Plaintiffs*)

v.

**Samsung Electronics Co. Ltd., Samsung Semiconductor Inc., Samsung Electronics Canada, Inc., SK Hynix Inc., SK Hynix America, Inc., Micron Technology, Inc., and Micron Semiconductor Products, Inc.** (*Defendants*)

**INDEXED AS: JENSEN v. SAMSUNG ELECTRONICS CO. LTD.**

Federal Court, Gascon J.—By videoconference, October 26–28; Ottawa, November 5, 2021.

*Practice — Class Proceedings — Motion seeking order to certify underlying action as class proceeding under Federal Courts Rules, r. 334.16(1) — Plaintiffs alleging that manufacturers of Dynamic Random Access Memory chips (DRAM) conspired to limit global supply, raise price of DRAM — Contending that alleged conspiracy disclosed cause of action under Competition Act (Act), s. 36 for breach of Act, ss. 45, 46 — Maintaining satisfying all required legal elements for certification — Alleging that conspiracy between defendants formed, achieved through direct communications in private meetings between defendants as well as through public statements, or “signalling”, to each other — Certification motion following parallel class action commenced earlier in the U.S. — Plaintiffs advancing that their certification motion typical competition law class action raising allegation of price-fixing conspiracy — Claiming no meaningful differences between this case, previous DRAM case (Infineon Technologies AG v. Option consommateurs (Infineon)) where certification confirmed by Supreme Court — Seeking to certify class proceeding on basis of six common questions — Submitting that some-basis-in-fact standard requiring “one-step approach” which focuses solely on commonality, that applying “two-step approach” would infuse merits analysis in certification test — Main issue whether alleged conspiracy, wrongful conduct existing in this case — Plaintiffs not satisfying reasonable cause of action requirement for certification — Distinctive feature of this case plaintiffs’ core allegation of conspiracy about supply suppression — Competition law class action herein rare case where existence of alleged conspiracy at source of claim for loss, damages under Competition Act, s. 36 challenged at certification stage — Existence of an alleged conspiracy typically not an issue in such class actions — Infineon precedent not shedding any light on main issue in dispute — Whether “plain and obvious”*

### *Recours collectif envisagé*

**Chelsea Jensen et Laurent Abesdris** (*demandeurs*)

c.

**Samsung Electronics Co. Ltd., Samsung Semiconductor Inc., Samsung Electronics Canada, Inc., SK Hynix Inc., SK Hynix America, Inc., Micron Technology, Inc. et Micron Semiconductor Products, Inc.** (*défenderesses*)

**RÉPERTORIÉ : JENSEN c. SAMSUNG ELECTRONICS CO. LTD.**

Cour fédérale, juge Gascon—Par vidéoconférence, 26 au 28 octobre; Ottawa, 5 novembre 2021.

*Pratique — Recours collectifs — Les demandeurs sollicitaient une ordonnance autorisant la présente instance comme recours collectif en vertu du paragraphe 334.16(1) des Règles des Cours fédérales — Les demandeurs ont soutenu que les fabricants de puces de mémoire vive dynamique (DRAM) avaient comploté pour limiter l’approvisionnement à l’échelle mondiale et pour hausser le prix des DRAM — Ils ont fait valoir que l’allégation de complot divulguait une cause d’action reconnue par l’article 36 de la Loi sur la concurrence (la Loi) pour des manquements visés aux articles 45 et 46 — Ils ont soutenu que toutes les exigences juridiques requises pour l’octroi de l’autorisation étaient remplies — Ils ont allégué que le complot entre les défenderesses avait été formé et réalisé au moyen de communications directes lors de réunions privées qu’elles avaient eues ou de « signaux » qu’elles s’envoyaient — La requête en autorisation a été déposée par les demandeurs à la suite d’un recours collectif parallèle intenté plus tôt aux É.-U. — Les demandeurs ont soutenu que leur requête en autorisation constituait un recours collectif typique en droit de la concurrence soulevant une allégation de complot visant à fixer les prix — Ils ont prétendu en outre qu’il n’y avait pas de différences importantes entre le présent dossier et une précédente affaire en matière de DRAM (Infineon Technologies AG c. Options Consommateurs (Infineon)) où l’autorisation a été confirmée par la Cour suprême — Les demandeurs ont demandé l’autorisation du recours collectif sur le fondement de six points communs — Ils ont fait valoir que la norme reposant sur un certain fondement factuel exige ce qu’on appelle une « approche en une étape » axée exclusivement sur la communauté des points soulevés, et que l’application d’une « approche en deux étapes » incorporerait une analyse de fond au critère d’autorisation — Il s’agissait principalement*

that pleadings disclosing no reasonable cause of action, that no claim exists — Here, adequate allegations in pleadings and minimal evidentiary background that defendants explicitly or tacitly agreeing to act in furtherance of common goal both missing in plaintiffs' motion — Pleadings purely speculative — Failed to provide material facts — Must be supported by sufficient particularization, not be bare assertions or conclusory legal statements based on assumptions or speculation — Presumption that allegations of fact true having some limits — Allegations not assumed to be true if not precise enough or if only speculative — Court cannot weigh evidence at certification stage — Allegations, factual foundation of circumstantial events must go to establishment of an agreement, to the conduct of parties — Here, strictly no allegations, no material facts, let alone any evidentiary basis, of any "facilitating practices" in terms of conduct by defendants — Public statements relied on by plaintiffs not offering material facts to support allegation of agreement between defendants — Merely showing parallel conduct not enough to ground conspiracy claim, speculate from it that agreement must be at source of parallel conduct — Statement of claim added up to fishing expedition — Plaintiffs' limited allegations not meeting Federal Courts Rules, rr. 174, 181 requirements — Plaintiffs also failing to show, on some-basis-in-fact standard of proof, that proposed common issues about alleged wrongful acts under ss. 45, 46 existed in fact — Some-basis-in-fact standard requiring two-step approach to common issues requirement — Two-step test still governing in certification decisions across Canada — No conflict between Supreme Court decisions in Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation, Hollick v. Toronto (City) establishing that there must be some evidentiary basis to show that common issue existing beyond bare assertion in pleadings — Pro-Sys supporting two-step approach to common issues requirement — Not departing from Hollick as governing authority on some-basis-in-fact standard — Plaintiffs mischaracterized, misunderstood two-step approach when presenting it as merits-based test — Two-step approach preventing certification of artificial claims — Pro-Sys not lowering already low bar to certification to the point of absolving plaintiffs of obligation to lead any minimal level of evidence that alleged wrong existing in fact — Here, various categories of "evidence" falling short of mark, not meeting low threshold of some basis in fact — Legal memberships in legal trade associations not constituting any basis in fact supporting existence of conspiracy — References to U.S. pleadings alleging same conspiracy not appropriate evidence — Procedural dimension of class proceedings never meant to downsize certification process to meaningless one, or to become fig leaf to cover naked shortcomings of plaintiffs motion — Court's role, even at procedural stage of certification, to filter out untenable, unfounded, speculative claims — Motion dismissed.

de savoir s'il existait un complot allégué et un comportement répréhensible en l'espèce — Les demandeurs n'ont pas satisfait à l'exigence relative à la cause d'action valable des requêtes en autorisation — La caractéristique distinctive de l'espèce était l'allégation principale de complot des demandeurs concernant l'élimination de l'offre — Le présent recours collectif envisagé en matière de droit de la concurrence constituait un cas rare où l'existence même du complot allégué à l'origine de la réclamation de perte et de dommages en vertu de l'article 36 de la Loi était contestée à l'étape de l'autorisation — L'existence d'un complot n'est généralement pas en litige dans de tels recours collectifs — Le précédent établi dans l'arrêt Infineon n'apportait aucun éclairage utile sur cette question principale — Il s'agissait de savoir s'il était « évident et manifeste » que les actes de procédure ne révélaient aucune cause d'action valable et qu'aucune réclamation n'existait — En l'espèce, la requête des demandeurs ne contenait ni allégations adéquates dans les actes de procédure ni un contexte factuel minimum tendant à indiquer que les défenderesses avaient expressément ou tacitement accepté d'agir dans un objectif commun — Les allégations étaient purement hypothétiques — Aucun fait concret n'a été présenté — Les allégations doivent être suffisamment précises et ne doivent pas être de simples assertions ou des affirmations non étayées de nature juridique fondées sur des hypothèses ou des conjectures — La présomption selon laquelle les allégations de fait sont vraies comporte certaines limites — Les allégations ne sont pas tenues pour avérées si elles ne sont pas suffisamment précises ou si elles ne sont que des conjectures — La Cour ne peut pas apprécier la preuve à l'étape de l'autorisation — Les allégations et le fondement factuel des événements circonstanciels doivent porter sur l'établissement d'un accord et sur le comportement des parties — En l'espèce, il n'y avait strictement aucune allégation ni aucun fait substantiel, et encore moins de fondement probatoire, concernant des « pratiques facilitantes » dans le comportement des défenderesses — Les déclarations publiques sur lesquelles s'appuyaient les demandeurs ne présentaient pas de faits substantiels à l'appui d'une allégation d'accord entre les défenderesses — Il ne suffisait pas de montrer qu'il existait un comportement parallèle pour étayer une allégation de complot et supposer qu'un accord était à l'origine d'un tel comportement — La déclaration reposait sur une recherche à l'aveuglette — Les allégations limitées formulées par les demandeurs ne satisfaisaient pas aux exigences des règles 174 et 181 des Règles des Cours fédérales — Les demandeurs n'ont pas démontré, selon la norme de preuve reposant sur un certain fondement factuel, que les points communs envisagés à l'égard des actes répréhensibles qui seraient visés par les articles 45 et 46 existaient réellement — La norme reposant sur un certain fondement factuel appelle une approche en deux étapes concernant le critère du caractère commun des questions — Le critère en deux étapes régit toujours les décisions en matière d'autorisation au Canada — Il n'y a aucun conflit entre les arrêts Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft

*Corporation et Hollick c. Toronto (Ville) de la Cour suprême et l'abondante jurisprudence établissant qu'il doit y avoir un certain fondement probatoire pour démontrer l'existence d'une question commune, lequel fondement ne peut se résumer à une simple affirmation dans les actes de procédure — Pro-Sys appuie l'approche en deux étapes de l'exigence relative aux questions communes — Cet arrêt ne s'écarte pas de l'arrêt Hollick en tant qu'arrêt faisant autorité en ce qui a trait à la norme du certain fondement factuel — Les demandeurs ont déformé et mal compris l'approche en deux étapes au moment de la présenter comme un critère reposant sur le bien-fondé du recours — L'approche en deux étapes empêche l'autorisation de demandes qui seraient artificielles — L'arrêt Pro-Sys n'avait pas pour but d'abaisser le critère relatif à l'autorisation déjà peu exigeant au point où les demandeurs seraient libérés de l'obligation de produire une preuve minimale que le préjudice qu'ils allèguent existe effectivement — En l'espèce, les diverses catégories de « preuve » n'étaient pas à la hauteur et ne satisfaisaient pas au critère peu exigeant du certain fondement factuel — L'adhésion légale à des associations professionnelles légales ne constitue aucun fondement factuel de l'existence d'un complot — Les renvois à des actes de procédure américains dans lesquels le même complot est allégué ne constituaient pas une preuve appropriée — La dimension procédurale du recours collectif n'a jamais été conçue pour réduire le processus d'autorisation à un processus dénué de sens ou pour devenir en quelque sorte comme une feuille de vigne qui sert à dissimuler les lacunes pures et simples de la requête d'un demandeur — Il incombe à la Cour, même à l'étape procédurale de l'autorisation, d'écarter une demande insoutenable, non fondée et conjecturale — Requête rejetée.*

*Competition — Plaintiffs seeking order to certify underlying action as class proceeding under Federal Courts Rules, r. 334.16(1) — Alleging that manufacturers of Dynamic Random Access Memory chips (DRAM) conspired to limit global supply, raise price of DRAM — Contending that alleged conspiracy disclosed cause of action under Competition Act (Act), s. 36 for breach of Act, ss. 45, 46 — Advancing that their certification motion typical competition law class action raising allegation of price-fixing conspiracy — Seeking to certify class proceeding on basis of six common questions — Whether alleged conspiracy, wrongful conduct existing in this case — Competition law class action herein rare case where existence of alleged conspiracy at source of claim for loss, damages under Competition Act, s. 36 challenged at certification stage — S. 45 conspiracy offence at source of plaintiffs' proposed class action rooted in existence of agreement to engage in prohibited conduct — Pleadings purely speculative, not supported by material facts — “Conscious parallelism” falling short of conduct prohibited by s. 45 — Incorrect to use terms “tacit agreement”, “tacit collusion”, “conscious parallelism” interchangeably to describe similar reality — Key difference between “conscious parallelism”, other conduct is absence of agreement — No*

*Concurrence — Les demandeurs souhaitaient faire autoriser une action comme recours collectif aux termes du paragraphe 334.16(1) des Règles des Cours fédérales — Les demandeurs soutenaient que les fabricants de puces de mémoire vive dynamique (DRAM) avaient comploté pour limiter l'approvisionnement à l'échelle mondiale et pour hausser le prix des DRAM — Ils ont fait valoir que l'allégation de complot divulguait une cause d'action reconnue par l'article 36 de la Loi sur la concurrence (la Loi) pour des manquements visés aux articles 45 et 46 — Les demandeurs soutenaient que leur requête en autorisation constituait un recours collectif typique en droit de la concurrence soulevant une allégation de complot visant à fixer les prix — Les demandeurs ont demandé l'autorisation du recours collectif sur le fondement de six points communs — Il s'agissait de déterminer l'existence en l'espèce du complot allégué et du comportement répréhensible — Ce recours collectif constituait un cas rare où l'existence même du complot allégué à l'origine de la réclamation de perte et de dommages en vertu de l'article 36 de la Loi était contestée à l'étape de l'autorisation — L'infraction de complot prévue à l'article 45 à l'origine du recours collectif envisagé par les demandeurs était fondée sur l'existence d'une entente visant*

*precedent in Canada recognizing that unilateral “public signalling” amounting to conspiracy prohibited by s. 45 — S. 46 establishing offence for persons beyond those directly involved in conspiracies covered by s. 45 — Without s. 46, courts only having jurisdiction to impose sanctions against conspirators themselves as opposed to entities in Canada who merely implement it without being direct party to conspiracy — Conspiracy claims contained in plaintiffs’ general statements simply mirroring language of Act — Plaintiffs’ statement of claim added up to fishing expedition — To allow plaintiffs’ proposed class action to go forward on basis of record before Court would set dangerous precedent opening door to file s. 36 claims on sole basis of apparent anti-competitive effects accompanied with unfounded allegations, speculation regarding collusive conduct of alleged conspirators — S. 45 not contemplating that evidence of anti-competitive effects constituting proof of illegal agreement between competitors, without material facts or evidentiary basis regarding concerted conduct of competitors — Presence of express or tacit agreement beating heart of conspiracy provision — Absence of any investigation by Competition Bureau on impugned conduct, while not determinative of potential existence of s. 45 conspiracy, certainly telling.*

This was a motion seeking an order to certify the underlying action as a class proceeding under subsection 334.16(1) of the *Federal Courts Rules*. In their proposed competition law class action, the plaintiffs alleged that the leading manufacturers of Dynamic Random Access Memory chips (DRAM) conspired to limit the global supply and raise the price of DRAM.<sup>1</sup>

The plaintiffs contended that the alleged conspiracy disclosed a straightforward cause of action under section 36 of the *Competition Act* (Act), for breach of sections 45 and 46 of the Act. The plaintiffs sought damages or compensation on behalf of all persons or entities in Canada who purchased DRAM

*à se livrer au comportement illicite — Les allégations étaient purement hypothétiques et n’étaient pas appuyées par des faits pertinents — Le « parallélisme conscient » n’est pas un comportement interdit par l’article 45 — Il est inexact d’employer indistinctement les expressions « entente tacite », « collusion tacite » et « parallélisme conscient » pour décrire une réalité semblable — La principale différence entre « parallélisme conscient » et tout autre comportement est l’absence d’accord — Il n’existe aucun précédent au Canada dans lequel on a reconnu que les « signaux publics » constituent un complot interdit par l’article 45 — L’article 46 établit une infraction pour les personnes qui ne participent pas directement à des complots visés par l’article 45 — Sans l’article 46, la compétence des tribunaux se limiterait à l’imposition de sanctions contre les parties au complot elles-mêmes par opposition aux entités au Canada qui se contentent de mettre en œuvre le complot sans être une partie directement impliquée — Les allégations de complot contenues dans les affirmations générales des demandeurs reproduisaient simplement le libellé de la Loi — La déclaration des demandeurs reposait sur une recherche à l’aveuglette — Le fait de permettre la poursuite du recours collectif envisagé par les demandeurs sur la foi du dossier présenté à la Cour aurait donné lieu à un dangereux précédent susceptible d’ouvrir la voie au dépôt de réclamations fondées sur l’article 36 uniquement en fonction d’effets anticoncurrentiels apparents et d’allégations et de conjectures non fondées concernant le comportement collusoire de parties soupçonnées de complot — L’article 45 ne prévoit pas que la preuve d’effets anticoncurrentiels constitue la preuve de l’existence d’un accord illicite entre concurrents, sans aucun fait substantiel ou élément probant quant au comportement concerté des concurrents — L’existence d’une entente explicite ou tacite constitue le cœur de la disposition sur le complot — L’absence d’enquête du Bureau de la concurrence sur la conduite contestée, bien qu’elle ne soit pas déterminante quant à l’existence d’un complot visé par l’article 45, est certainement révélatrice.*

Il s’agissait d’une requête visant à faire autoriser une action comme recours collectif aux termes du paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales*. Dans leur recours collectif envisagé en droit de la concurrence, les demandeurs ont soutenu que les grands fabricants de puces de mémoire vive dynamique (DRAM) avaient comploté pour limiter l’approvisionnement à l’échelle mondiale et pour hausser le prix des DRAM<sup>1</sup>.

Les demandeurs ont fait valoir que l’allégation de complot divulguait une cause d’action clairement reconnue par l’article 36 de la *Loi sur la concurrence* (la Loi), pour des manquements visés aux articles 45 et 46 de la Loi. Les demandeurs cherchaient à obtenir des dommages-intérêts ou une indemnisation

<sup>1</sup> DRAM is a type of semiconductor memory chip used in most computer products that allows information to be electronically stored and rapidly retrieved.

<sup>1</sup> Les DRAM sont un type de puce mémoire à semi-conducteurs utilisé dans la plupart des produits informatiques pour permettre le stockage électronique et la récupération rapide d’information.



manufactured and/or sold by the defendants, or products containing DRAM manufactured and/or sold by the defendants, excluding the defendants and their parent companies, subsidiaries and affiliates (Class). The plaintiffs maintained that they satisfied all the required legal elements for certification, namely, (i) that there was a reasonable cause of action; (ii) that there was an identifiable class; (iii) that there were common questions of law and fact; (iv) that a class proceeding was the preferred procedure; and (v) that they were appropriate representatives of the Class. The defendants stated that (i) the statement of claim did not disclose a reasonable cause of action; (ii) the issues identified by the plaintiffs did not qualify as common issues as the plaintiffs failed to provide some basis in fact for the existence or commonality of their liability or harm issues; and (iii) without liability and harm certifiable as common issues, a class proceeding is not the preferred procedure. The plaintiffs alleged that the conspiracy between the defendants was formed and achieved through direct communications in private meetings between the defendants as well as through public statements—or “signalling”—to each other. The plaintiffs also alleged that this supply reduction resulted in supra-competitive pricing for DRAM and DRAM products that would not have occurred absent the conspiracy and, further, that this “overcharge” was passed on to end-consumers, including the plaintiffs. The certification motion filed by the plaintiffs followed a parallel class action commenced earlier in the U.S., on which the claim in this proposed class action was directly based. The U.S. District Court found that the U.S. plaintiffs’ allegations of “plus factors” combined and viewed together fell short of alleging a plausible cause of action based on conspiracy, and that their claim amounted to nothing more than “conscious parallelism”.<sup>2</sup> The plaintiffs advanced that their certification motion was a typical competition law class action raising an allegation of price-fixing conspiracy. They claimed that there are no meaningful differences between this case and a previous DRAM case where certification was confirmed by the Supreme Court in *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs (Infineon)*. The defendants challenged three of the five requirements to be met to certify a class proceeding: the reasonable cause of action, the existence of common issues of law or fact, and the preferred procedure. The plaintiffs asked the Court to certify this class proceeding on the basis of six common questions. The first and second common issues related to the existence and scope of the alleged conspiracy and the defendants’ liability under sections 45 and 46 of the Act. The third and fourth dealt with allegations of loss and harm flowing from the alleged wrongful acts. The last two concerned additional issues of follow-on

<sup>2</sup> Conscious parallelism refers to situations where, in the absence of an agreement to limit competition, competitors unilaterally adopt similar or identical business practices or pricing, as a result of rational and profit-maximizing strategies based on observations of market trends and activities of competitors.

au nom de toutes les personnes ou entités au Canada, excluant les défenderesses et leurs sociétés mères, filiales et sociétés affiliées, qui avaient acheté des DRAM fabriquées et/ou vendues par les défenderesses, ou des produits contenant des DRAM fabriquées et/ou vendues par les défenderesses (le groupe). Les demandeurs ont soutenu que toutes les exigences juridiques requises pour l’octroi de l’autorisation étaient remplies, à savoir (i) qu’il y avait une cause d’action valable; (ii) qu’il existait un groupe identifiable; (iii) qu’il existait des points de droit et de fait communs; (iv) qu’un recours collectif était le meilleur moyen de régler ces points; et (v) qu’il existait des représentants appropriés du groupe. Les défenderesses ont déclaré que (i) la déclaration ne révélait aucune cause d’action valable; (ii) les points relevés par les demandeurs n’étaient pas admissibles à titre de points communs, car ces derniers n’avaient pas réussi à présenter un certain fondement factuel quant à l’existence de caractéristiques communes relativement à leur responsabilité ou aux dommages causés; et (iii) en l’absence de responsabilité et de dommages pouvant être autorisés à titre de points communs, un recours collectif ne constituait pas le meilleur moyen de régler le litige. Les demandeurs ont allégué que le complot entre les défenderesses avait été formé et réalisé au moyen de communications directes lors de réunions privées qu’elles avaient eues ainsi que de déclarations publiques ou « signaux » qu’elles s’envoyaient. Les demandeurs ont avancé en outre que cette réduction de l’offre avait occasionné, pour les DRAM et les produits utilisant des DRAM, des prix supra-concurrentiels qui n’auraient pas eu lieu sans le complot. Ils ont ajouté que cette « majoration » s’était répercutée sur les consommateurs finaux, comme les demandeurs. La requête en autorisation déposée par les demandeurs faisait suite à un recours collectif parallèle intenté plus tôt aux É.-U., sur lequel était directement fondée la réclamation sollicitée dans le présent recours collectif envisagé. La Cour de district des É.-U. avait conclu que, globalement, les allégations des demandeurs américains au sujet des « facteurs supplémentaires » ne présentaient pas une cause d’action plausible fondée sur le complot, et que leur réclamation ne présentait rien de plus qu’un « parallélisme conscient »<sup>2</sup>. Les demandeurs ont soutenu que leur requête en autorisation constituait un recours collectif typique en droit de la concurrence soulevant une allégation de complot visant à fixer les prix. Ils ont prétendu qu’il n’y avait pas de différences importantes entre le présent dossier et une précédente affaire en matière de DRAM où l’autorisation avait été confirmée par la Cour suprême dans l’arrêt *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs (Infineon)*. Les défenderesses ont contesté trois des cinq conditions à remplir pour autoriser un recours collectif : la cause d’action

<sup>2</sup> Le terme « parallélisme conscient » désigne les situations où, en l’absence d’accord visant à limiter la concurrence, des concurrents adoptent unilatéralement des pratiques commerciales ou des prix semblables ou identiques dans le cadre de stratégies rationnelles de maximisation des profits fondées sur l’observation des tendances du marché et des activités des concurrents.

interest and investigation costs. The plaintiffs submitted that the some-basis-in-fact standard requires a so-called “one-step approach” which focuses solely on commonality, and that applying a “two-step approach” would infuse a merits analysis in the certification test.

The main issue raised by the plaintiffs’ certification motion was whether the alleged conspiracy and wrongful conduct existed in this case.

*Held*, the motion should be dismissed.

The plaintiffs did not satisfy the reasonable cause of action requirement for certification. This proposed competition law class action differed significantly from the usual price-fixing class actions brought before Canadian courts under the conspiracy provision of the Act (i.e., section 45 and its predecessors). The conspiracy alleged by the plaintiffs in this case was not a typical price-fixing conspiracy under section 45 of the Act; it was instead an alleged conspiracy to suppress the supply of DRAM, which allegedly resulted in an increase in prices for DRAM. The plaintiffs’ core allegation of conspiracy was about supply suppression. This was a distinctive feature of this case. There is no precedent where the primary focus of a competition law class action alleging a breach of section 45 of the Act was output suppression. This competition law class action was a rare case where the very existence of the alleged conspiracy at the source of the claim for loss and damages under section 36 of the Act was disputed and challenged at the certification stage. The existence of an alleged conspiracy is typically not an issue in such class actions. *Infineon* could not predetermine the result of the present certification motion as there is a fundamental difference with the current case relating to the issue of the alleged conspiracy. The *Infineon* precedent did not shed any useful light on the main issue in dispute. The test to be applied on the first criterion for certification—namely, that the pleadings disclose a reasonable cause of action—is whether it is “plain and obvious” that the pleadings disclose no reasonable cause of action and that no claim exists. For the remaining four certification criteria, the plaintiffs have the burden of adducing evidence to show “some basis in fact” that the requirements have been met. Here, the section 45 conspiracy offence at the source of the plaintiffs’ proposed class action was rooted in the

valable, l’existence de points de droit ou de fait communs et le meilleur moyen de régler le litige. Les demandeurs ont demandé à la Cour d’autoriser le recours collectif en l’espèce sur le fondement de six points communs. Les premier et deuxième points communs se rapportaient à l’existence et à la portée du complot allégué et de la responsabilité des défenderesses aux termes des articles 45 et 46 de la Loi. Les troisième et quatrième points communs portaient sur des allégations de pertes et de dommages découlant des actes répréhensibles allégués. Les deux derniers points communs concernaient des points supplémentaires liés aux intérêts et aux coûts d’enquête. Les demandeurs ont fait valoir que la norme reposant sur un certain fondement factuel exige ce qu’on appelle une « approche en une étape » axée exclusivement sur la communauté des points soulevés, et que l’application d’une « approche en deux étapes » incorporerait une analyse au fond au critère d’autorisation.

La question principale soulevée par la requête en autorisation des demandeurs était celle de savoir si le complot allégué et le comportement répréhensible existaient.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

Les demandeurs n’ont pas satisfait à l’exigence relative à la cause d’action valable des requêtes en autorisation. Ce recours collectif envisagé en matière de droit de la concurrence se distinguait considérablement des recours collectifs habituels de fixation des prix intentés devant les tribunaux canadiens en vertu de la disposition de la *Loi sur la concurrence* qui porte sur le complot (c.-à-d. l’article 45 et les dispositions qui l’ont précédé). Le complot allégué par les demandeurs en l’espèce n’était pas un complot typique de fixation des prix au sens de l’article 45 de la Loi. Il s’agissait plutôt d’un complot visant à éliminer l’approvisionnement de DRAM, lequel aurait entraîné une augmentation des prix de DRAM. L’allégation principale de complot des demandeurs concernait l’élimination de l’offre de DRAM. Il s’agissait d’un élément distinctif de cette affaire. Il n’existe aucun précédent où l’objet principal du recours collectif en matière de droit de la concurrence concernant une allégation de violation de l’article 45 de la Loi était l’élimination de la production. Ce recours collectif envisagé en matière de droit de la concurrence était un cas rare où l’existence même du complot allégué à l’origine de la réclamation de perte et de dommages en vertu de l’article 36 de la Loi était contestée et remise en question à l’étape de l’autorisation. L’existence d’un complot allégué n’est généralement pas en litige dans de tels recours collectifs. L’arrêt *Infineon* ne pouvait pas prédéterminer l’issue de cette requête en autorisation, car il y avait une différence fondamentale par rapport à la présente espèce concernant la question du complot allégué. Le précédent établi dans l’arrêt *Infineon* n’apportait aucun éclairage utile sur cette question principale. La première condition pour qu’il y ait autorisation — à savoir que les actes de procédure révèlent une cause d’action valable — consiste à déterminer s’il est « évident

existence of an agreement to engage in the prohibited conduct. There had to be adequate allegations in the pleadings as well as some minimal evidentiary background that the defendants explicitly or tacitly agreed to act in the furtherance of a common goal. Both were missing in the plaintiffs' motion. The pleadings were purely speculative, were not supported by material facts, and therefore did not disclose a reasonable cause of action. The plaintiffs' pleadings failed to provide material facts showing that the defendants entered into an agreement to suppress the supply of DRAM, either directly or indirectly, and arrived at a mutual understanding. In order for allegations in pleadings to be considered as material facts, they must be supported by sufficient particularization, and must not be bare assertions or conclusory legal statements based on assumptions or speculation. The presumption that allegations of fact are true has some limits. There has to be some specific, tangible facts, and allegations will not be assumed to be true if they are not precise enough or if they are only speculative. The documents referred to by the plaintiffs in their statement of claim formed an integral part of their claim. However, at the stage of a certification motion, it is not the certification judge's task to look at these documents in detail and to determine whether or not the plaintiffs have correctly interpreted them, as this would amount to weighing evidence, something the Court cannot do at the certification stage. Canadian law has long recognized that "conscious parallelism" falls short of conduct prohibited by section 45 of the Act, since it represents the independent response by each competitor to the perceived and predicted conduct of others. It is incorrect to use the terms "tacit agreement", "tacit collusion" and "conscious parallelism" interchangeably to describe a similar reality. The key difference between "conscious parallelism" and other conduct is the absence of an agreement. So using "tacit agreement" or "tacit collusion" to describe such parallel behaviour is an oxymoron. There is no precedent in Canada that has recognized that unilateral "public signalling", i.e. conspiring through direct communications in private meetings and through public statements to each other, can amount to a conspiracy prohibited by section 45. Section 46 of the Act adds and complements section 45 by establishing an offence for persons beyond those who are directly involved in the conspiracies covered by section 45. Without section 46, the courts would only have jurisdiction to impose sanctions against the conspirators themselves as opposed to entities in Canada who merely implement it without being a direct party to the conspiracy. To properly plead a conspiracy, a plaintiff must notably specify the agreement to conspire between the defendants, and its purpose or object, as well as any specific conduct, described with clarity and precision, that is alleged to have been adopted by each of the conspirators in furtherance of the conspiracy. None of that transpired from the general statements made by the plaintiffs in the statement of claim. The conspiracy claims contained in the plaintiffs' general statements simply mirrored the language of the Act. The allegations and factual foundation of circumstantial events must go to the establishment of an agreement,

et manifeste » que les actes de procédure ne révèlent aucune cause d'action valable et qu'aucune réclamation n'existe. Pour les quatre autres éléments du critère relatif à l'autorisation, il incombait aux demandeurs de produire des éléments de preuve pour démontrer « un certain fondement factuel » pour chacune des conditions. En l'espèce, l'infraction de complot prévue à l'article 45 à l'origine du recours collectif envisagé par les demandeurs était fondée sur l'existence d'une entente visant à se livrer au comportement illicite. Il devait y avoir des allégations adéquates dans les actes de procédure ainsi qu'un contexte factuel minimum tendant à indiquer que les défenderesses avaient expressément ou tacitement accepté d'agir dans un objectif commun. Ces deux éléments étaient absents de la requête des demandeurs. Les allégations étaient purement hypothétiques, n'étaient pas appuyées par des faits pertinents et ne révélaient donc aucune cause d'action valable. Les actes de procédure des demandeurs ne présentaient aucun fait concret démontrant que les défenderesses avaient conclu un accord visant à éliminer l'approvisionnement de DRAM, directement ou indirectement, et étaient arrivées à une entente mutuelle. Pour que les allégations contenues dans les actes de procédure soient considérées comme énonçant des faits substantiels, elles doivent être suffisamment précises et ne doivent pas être de simples assertions ou des affirmations non étayées de nature juridique fondées sur des hypothèses ou des conjectures. La présomption selon laquelle les allégations de fait sont vraies comporte certaines limites. Il doit y avoir des faits précis et concrets, et les allégations ne seront pas tenues pour avérées si elles ne sont pas suffisamment précises ou si elles ne sont que des conjectures. Les documents mentionnés par les demandeurs dans leur déclaration faisaient partie intégrante de leur demande. Toutefois, à l'étape de la requête en autorisation, il n'appartient pas au juge d'examiner ces documents de manière détaillée et de déterminer si les demandeurs les ont interprétés correctement, car cela équivaldrait à apprécier la preuve, ce que la Cour ne peut pas faire à ce stade. Le droit canadien reconnaît depuis longtemps que le « parallélisme conscient » n'est pas un comportement interdit par l'article 45 de la Loi, puisqu'il constitue la réponse indépendante de chaque concurrent au comportement perçu et prévu des autres. Il est inexact d'employer indistinctement les expressions « entente tacite », « collusion tacite » et « parallélisme conscient » pour décrire une réalité semblable. La principale différence entre « parallélisme conscient » et tout autre comportement est l'absence d'accord. Par conséquent, l'utilisation des expressions « entente tacite » ou « collusion tacite » pour décrire un tel comportement parallèle est un oxymoron. Il n'existe aucun précédent au Canada dans lequel on a reconnu que les « signaux publics », c.-à-d. comploter au moyen de communications directes lors de réunions privées et d'échanges de déclarations publiques, constituent un complot interdit par l'article 45. L'article 46 complète l'article 45 en établissant une infraction pour les personnes qui ne participent pas directement à des complots visés par l'article 45. Sans l'article 46, la compétence des tribunaux se limiterait à

and to the conduct of the parties. The plaintiffs could not simply allege general observed changes in prices without any material facts relating to the conduct of the defendants. Here, there were strictly no allegations and no material facts, let alone any evidentiary basis, of any “facilitating practices” in terms of conduct by the defendants. The public statements relied on by the plaintiffs did not offer material facts to support any allegation of an agreement between the defendants to suppress DRAM supply, or even to support any suppression, restriction or limitation of supply as such. A unilateral action by a defendant does not become collusive simply because it happens to be preceded or followed in time by another, similar unilateral action by a competitor. Merely showing parallel conduct is not enough to ground a conspiracy claim and to speculate from it that an agreement must be at the source of such parallel conduct. The statement of claim added up to a fishing expedition on its allegation of an illegal conspiracy. Accepting the plaintiffs’ allegations as being sufficient to support a cause of action based on a section 45 conspiracy would turn section 45 on its head, and strip away from this cornerstone provision of the Act what is now its most essential and central element, namely, the conduct of the alleged conspirators. The plaintiffs’ limited allegations did not meet the requirements established by rules 174 and 181 of the *Federal Courts Rules* and confirmed by the Federal Court of Appeal precedents.

The plaintiffs also failed to show, on the some-basis-in-fact standard of proof, that the proposed common issues about the alleged wrongful acts under sections 45 and 46 existed in fact. The some-basis-in-fact standard requires a two-step approach to the common issues requirement. It is clear that the two-step test still governs in certification decisions across Canada. The vast majority of the courts, prior to and following the Supreme Court decision in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation (Pro-Sys)*, have continued to apply the two-step approach and to

l’imposition de sanctions contre les parties au complot elles-mêmes par opposition aux entités au Canada qui se contentent de mettre en œuvre le complot sans être une partie directement impliquée. Pour plaider adéquatement un complot, le demandeur doit notamment faire état de l’accord de complot conclu entre les défenderesses et de son objet ainsi que de tout comportement particulier, décrit avec clarté et précision, que chacune des parties au complot aurait adopté pour la réalisation du complot. Rien de tout cela n’est ressorti des affirmations générales formulées par les demandeurs dans la déclaration. Les allégations de complot contenues dans les affirmations générales des demandeurs reproduisaient simplement le libellé de la Loi. Les allégations et le fondement factuel des événements circonstanciels doivent porter sur l’établissement d’un accord et sur le comportement des parties. Les demandeurs ne pouvaient simplement alléguer des changements généraux observés dans les prix sans s’appuyer sur des faits substantiels liés au comportement des défenderesses. En l’espèce, il n’y avait strictement aucune allégation ni aucun fait substantiel, et encore moins de fondement probatoire, concernant des « pratiques facilitantes » dans le comportement des défenderesses. Les déclarations publiques sur lesquelles s’appuyaient les demandeurs ne présentaient pas de faits substantiels à l’appui d’une allégation d’accord entre les défenderesses en vue d’éliminer l’approvisionnement de DRAM, ni même visant à appuyer toute élimination, restriction ou limitation de l’offre de DRAM en tant que telle. L’action unilatérale d’un défendeur ne devient pas collusoire simplement du fait qu’une autre action unilatérale semblable d’un concurrent l’a précédée ou suivie. Il ne suffit pas de montrer qu’il existe un comportement parallèle pour étayer une allégation de complot et supposer qu’un accord est à l’origine d’un tel comportement. La déclaration reposait sur une recherche à l’aveuglette en ce qui concerne son allégation de complot illégal. Le fait de considérer les allégations des demandeurs comme suffisantes pour étayer une cause d’action relative à un complot visé par l’article 45 aurait pour effet de dénaturer l’article 45 de la Loi et de dépouiller cette disposition fondamentale de la Loi de ce qui constitue maintenant son élément le plus essentiel et central, à savoir le comportement des personnes qu’on soupçonne d’avoir comploté. Les allégations limitées formulées par les demandeurs ne satisfaisaient pas aux exigences des règles 174 et 181 des *Règles des Cours fédérales*, confirmées par la jurisprudence de la Cour d’appel fédérale.

Les demandeurs ne sont pas parvenus à démontrer, selon la norme de preuve reposant sur un certain fondement factuel, que les points communs envisagés à l’égard des actes répréhensibles qui seraient visés par les articles 45 et 46 existaient réellement. La norme reposant sur un certain fondement factuel appelle une approche en deux étapes concernant le critère du caractère commun des questions. Il est manifeste que le critère en deux étapes régit toujours les décisions en matière d’autorisation au Canada. La grande majorité des tribunaux, avant et après l’arrêt *Pro-Sys*

require a plaintiff to adduce some evidence (i.e., some basis in fact) for both the existence of the proposed common issues and for the commonality of each of the proposed common issues. There is no conflict between the decisions in *Pro-Sys, Hollick v. Toronto (City)* and the long line of cases establishing that there must be some evidentiary basis to show that a common issue exists beyond a bare assertion in the pleadings. When the *Pro-Sys* decision is read as a whole and properly considered in context, it supports the two-step approach to the common issues requirement. *Pro-Sys* does not stand for the proposition that a plaintiff is under no obligation to establish that the alleged grounds of a cause of action need to be anchored in reality. *Pro-Sys* cannot be read or interpreted as an attempt to depart from *Hollick* as the governing authority on the some-basis-in-fact standard. The plaintiffs mischaracterized and misunderstood the two-step approach when they presented it as being a merits-based test. There is a fundamental difference between weighing the merits of the claim (which the courts cannot do at certification) and determining whether some minimal evidence exists to support the existence of the claim (i.e. the two-step test). The two-step approach prevents the certification of claims that would be entirely artificial, detached from reality and devoid of some minimal evidence pertaining to the alleged wrongful acts or cause of action. Neither *Pro-Sys* nor any other class action precedent of the Supreme Court intended to lower the already low bar to certification to the point where plaintiffs would be absolved of the obligation to lead any minimal level of evidence that the wrong they allege exist in fact. Here, the various categories of “evidence” that the plaintiffs offered fell well short of the mark and did not meet the low threshold of some basis in fact. For one, evidence regarding a foreign government’s investigation cannot establish a basis in fact for a conspiracy offence in Canada, when there is no evidence on the actual nature of the investigation and on the specific anti-competitive behaviour being investigated; no evidence or findings from the foreign regulators; no evidence that the scope of the investigation includes or extends to Canada; and no evidence on the foreign law and on whether the anti-competitive behaviour investigated in the foreign country, and possibly sanctioned in that country, is also conduct and behaviour that would constitute an illegal agreement under Canadian law. Furthermore, the mere fact that the DRAM industry is an oligopoly, which is not in itself anti-competitive, was not enough evidence to authorize the certification of the class action in this case. The oligopolistic characteristics of an industry are just as likely to be consistent with innocent behaviour as with an unlawful one. No Canadian court has certified a competition class action in an oligopolistic market on the basis that conscious parallelism is a defence on the merits. Perfectly legal memberships in perfectly legal trade associations, or even on the attendance of participants at perfectly legal trade association meetings, did not constitute any basis in fact supporting the existence of a conspiracy between the defendants. There was no evidence describing suspected or actual interactions between the defendants at trade association meetings, nor any interactions suggesting the establishment of an agreement to restrain the

*Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation (Pro-Sys)* de la Cour suprême, ont continué d’appliquer l’approche en deux étapes et à exiger que les demandeurs présentent des éléments de preuve (c.-à-d. un certain fondement factuel) concernant l’existence des questions communes et la communauté de chacune des questions communes proposées. Il n’y a aucun conflit entre les arrêts *Pro-Sys, Hollick c. Toronto (Ville)* et l’abondante jurisprudence qui a établi qu’il doit y avoir un certain fondement probatoire pour démontrer l’existence d’une question commune, lequel fondement ne peut se résumer à une simple affirmation dans les actes de procédure. L’arrêt *Pro-Sys*, après sa lecture dans son intégralité et après un examen objectif de cet arrêt au regard de son contexte, appuie l’approche en deux étapes de l’exigence relative aux questions communes. L’arrêt *Pro-Sys* n’appuie certainement pas la proposition selon laquelle un demandeur n’a pas l’obligation d’établir que les motifs allégués à l’appui de la cause d’action sont ancrés dans la réalité. L’arrêt *Pro-Sys* ne peut pas être interprété comme une tentative de s’écarter de l’arrêt *Hollick* en tant qu’arrêt faisant autorité en ce qui a trait à la norme du certain fondement factuel. Les demandeurs ont déformé et mal compris l’approche en deux étapes lorsqu’ils l’ont présentée comme un critère reposant sur le bien-fondé du recours. Il existe une différence fondamentale entre l’appréciation du bien-fondé de la réclamation (ce que les tribunaux ne peuvent pas faire au moment de l’autorisation) et la recherche d’une preuve minimale à l’appui de la réclamation (c.-à-d. le critère en deux étapes). L’approche en deux étapes est la seule approche qui permet aux tribunaux d’empêcher l’autorisation de demandes qui seraient entièrement artificielles, déconnectées de la réalité et dépourvues de certains éléments de preuve minimaux concernant les actes répréhensibles ou la cause d’action allégués. Ni l’arrêt *Pro-Sys* ni aucun autre précédent de la Cour suprême en matière de recours collectif n’avait pour but d’abaisser le critère relatif à l’autorisation déjà peu exigeant au point où les demandeurs seraient libérés de l’obligation de produire une preuve minimale que le préjudice qu’ils allèguent existe effectivement. Les diverses catégories de « preuve » que les demandeurs ont présentées en l’espèce n’étaient vraiment pas à la hauteur et ne satisfaisaient pas au critère peu exigeant du certain fondement factuel. D’abord, la preuve concernant l’enquête d’un gouvernement étranger ne permettait pas d’établir de fondement factuel pour une infraction de complot au Canada, alors qu’il n’y avait aucune preuve concernant la nature réelle de l’enquête et le comportement anticoncurrentiel précis visé par l’enquête; aucune preuve en ce qui concerne les organismes de réglementation étrangers ou les conclusions qu’ils ont tirées; aucune preuve que la portée de l’enquête comprenait ou s’étendait au Canada; et aucune preuve sur le droit étranger et sur la question de savoir si le comportement anticoncurrentiel faisant l’objet de l’enquête dans le pays étranger, et éventuellement d’une sanction dans ce pays, était également un comportement qui constituerait un accord illicite en vertu du droit canadien. Ensuite, le simple fait que l’industrie des DRAM soit un oligopole, ce qui n’est pas en soi anticoncurrentiel, ne constituait pas un élément de preuve suffisant pour permettre

supply of DRAM or to increase DRAM prices. Trade association meetings cannot, in and of themselves, be probative of an unlawful agreement without any evidence of improper conduct by the members of such trade associations. References to U.S. pleadings alleging the same conspiracy are not appropriate evidence since those pleadings are drafted by lawyers and simply constitute opinions or legal argumentation. The common issues requirement requires the plaintiffs to show some basis in fact for their proposed common issues, not some allegations made in a foreign proceeding. Finally, simply tendering an expert report is not sufficient to amount to some basis in fact of a proposed common issue. In conclusion, to allow the plaintiffs' proposed class action to go forward on the basis of the record before the Court regarding the alleged agreement would have set a dangerous precedent that would open the door to file section 36 claims on the sole basis of apparent anti-competitive effects accompanied with unfounded allegations and speculation regarding the collusive conduct of the alleged conspirators. Section 45 does not contemplate that evidence of actual or likely anti-competitive effects constitutes proof of the presence of an illegal agreement between competitors, without any material facts or evidentiary basis regarding the concerted conduct of the competitors. The presence of an express or tacit agreement is the beating heart of the conspiracy provision, even more so with the new section 45 prohibiting hard-core cartels as *per se* infractions under the Act. The procedural dimension of class proceedings was never meant to downsize the certification process to a meaningless one, or to become a fig leaf to cover the naked shortcomings of a plaintiff's motion. It is the Court's role, even at the procedural stage of certification, to filter out untenable, unfounded and speculative claims. While the absence of any investigation by the Competition Bureau on an impugned conduct is not determinative of the potential existence of a section 45 conspiracy. But it is certainly telling.

à la Cour d'autoriser le recours collectif en l'espèce. Les caractéristiques oligopolistiques d'une industrie sont tout aussi susceptibles d'être compatibles avec un comportement innocent qu'avec un comportement illégal. Aucun tribunal canadien n'a autorisé un recours collectif en matière de concurrence dans un marché oligopolistique au motif que le parallélisme conscient est un moyen de défense au fond. L'adhésion parfaitement légale à des associations professionnelles également parfaitement légales, voire la présence de participants à des rencontres d'associations professionnelles parfaitement légales, ne constituait aucun fondement factuel de l'existence d'un complot auquel participeraient les défenderesses. Il n'y avait aucun élément de preuve décrivant des interactions suspectes ou réelles entre les défenderesses lors de ces rencontres d'associations commerciales, ni d'interactions laissant entrevoir la conclusion d'un accord visant à limiter l'offre de DRAM ou à augmenter les prix des DRAM. Les rencontres d'associations commerciales ne peuvent en soi prouver que les membres de ces associations ont adopté un comportement répréhensible. Les renvois à des actes de procédure américains dans lesquels le même complot est allégué ne constituaient pas une preuve appropriée puisque ces actes de procédure ont été rédigés par des avocats et ne constituaient que des opinions ou des arguments juridiques. L'exigence relative aux questions communes requiert que les demandeurs établissent un certain fondement factuel pour leurs questions communes proposées, et non qu'ils présentent certaines allégations formulées dans une poursuite criminelle à l'étranger. Enfin, le simple fait de présenter un rapport d'expert ne suffit pas pour établir un certain fondement factuel relativement à une question commune proposée. En conclusion, le fait de permettre la poursuite du recours collectif envisagé par les demandeurs sur la foi du dossier présenté à la Cour concernant l'accord allégué aurait donné lieu à un dangereux précédent susceptible d'ouvrir la voie au dépôt de réclamations fondées sur l'article 36 uniquement en fonction d'effets anticoncurrentiels apparents et d'allégations et de conjectures non fondées concernant le comportement collusoire de parties soupçonnées de complot. L'article 45 ne prévoit pas que la preuve d'effets anticoncurrentiels réels ou probables constitue la preuve de l'existence d'un accord illicite entre concurrents, sans aucun fait substantiel ou élément probant quant au comportement concerté des concurrents. L'existence d'une entente explicite ou tacite constitue le cœur de la disposition sur le complot, d'autant plus que le nouvel article 45 interdit les cartels injustifiables et les érige en infractions automatiques en vertu de la Loi. La dimension procédurale du recours collectif n'a jamais été conçue pour réduire le processus d'autorisation à un processus dénué de sens ou pour devenir en quelque sorte comme une feuille de vigne qui sert à dissimuler les lacunes pures et simples de la requête d'un demandeur. Il incombe à la Cour, même à l'étape procédurale de l'autorisation, d'écarter une demande insoutenable, non fondée et conjecturale. Bien que l'absence d'enquête du Bureau de la concurrence sur un comportement reproché ne soit pas déterminante quant à l'existence d'un complot visé par l'article 45, il s'agit certainement de quelque chose de révélateur.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 36, 45, 46.

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 174, 181, 334.16(1),(2), 334.18, 334.39.

## CASES CITED

## NOT FOLLOWED:

*Crosslink v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682 (CanLII), affd 2014 ONSC 4529 (CanLII) (as to the need for evidence establishing a conspiracy).

## APPLIED:

*Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534; *Condon v. Canada*, 2015 FCA 159, 474 N.R. 300; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Wenham v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 199, 420 D.L.R. (4th) 534; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949; *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et al. v. Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 644, (1980), 115 D.L.R. (3d) 21; *Mancuso v. Canada (National Health and Welfare)*, 2015 FCA 227, 476 N.R. 219; *Enercorp Sand Solutions Inc. v. Specialized Desanders Inc.*, 2018 FCA 215.

## DISTINGUISHED:

*Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600, affg 2011 QCCA 2116 (CanLII), revg 2008 QCCS 2781 (CanLII), 2008 CarswellQue 5729; *Crosslink v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682 (CanLII), affd 2014 ONSC 4529 (CanLII).

## CONSIDERED:

*In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Indirect Purchaser Litigation*, 2020 WL 8459279 (U.S. Dist. Ct. N.D. Cal.); *Hazan c. Micron Technology Inc.*, 2021 QCCS 2710 (CanLII); *Watson v. Bank of America Corporation*, 2014 BCSC 532, vard 2015 BCCA 362, 389 D.L.R. (4th) 577; *Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] 3 S.C.R. 295; *Fanshawe College v. LG Philips LCD Co.*, 2011 ONSC 2484 (CanLII); *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358, [2009] O.J. No. 4021 (QL) (S.C.J.), leave to appeal refused 2010 ONSC 2705 (CanLII), 103 O.R. (3d) 296 (Div. Ct.); *Lin v. Airbnb, Inc.*, 2019 FC 1563; *Canada (Attorney General) v. Jost*, 2020 FCA 212; *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.*, 2019 SCC

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, art. 36, 45, 46.

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 174, 181, 334.16(1),(2), 334.18, 334.39.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION NON SUIVIE :

*Crosslink v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682 (CanLII), conf. par 2014 ONSC 4529 (CanLII) (quant à la nécessité d'une preuve indiquant la participation à un complot)

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Condon c. Canada*, 2015 CAF 159; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Wenham c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 199; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et autres c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644; *Mancuso c. Canada (Santé nationale et Bien-être social)*, 2015 CAF 227; *Enercorp Sand Solutions Inc. c. Specialized Desanders Inc.*, 2018 CAF 215.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 R.C.S. 600, confirmant 2011 QCCA 2116 (CanLII), infirmant 2008 QCCS 2781 (CanLII), 2008 CarswellQue 5729; *Crosslink v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682 (CanLII), conf. par 2014 ONSC 4529 (CanLII).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Indirect Purchaser Litigation*, 2020 WL 8459279 (U.S. Dist. Ct. N.D. Cal.); *Hazan c. Micron Technology Inc.*, 2021 QCCS 2710 (CanLII); *Watson v. Bank of America Corporation*, 2014 BCSC 532, mod. par 2015 BCCA 362; *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] 3 R.C.S. 295; *Fanshawe College v. LG Philips LCD Co.*, 2011 ONSC 2484 (CanLII); *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358, [2009] O.J. n° 4021 (QL) (C. sup.), autorisation d'appel refusée 2010 ONSC 2705 (CanLII), 103 O.R. (3d) 296 (C. div.); *Lin c. Airbnb, Inc.*, 2019 CF 1563; *Canada (Procureur général) c. Jost*, 2020 CAF 212; *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, [2019] 2

35, [2019] 2 S.C.R. 831; *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Canada v. Greenwood*, 2021 FCA 186, [2021] 4 F.C.R. 634, revg in part 2020 FC 119; *Desjardins Financial Services Firm Inc. v. Asselin*, 2020 SCC 30, [2020] 3 S.C.R. 298; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299 (CanLII); *Coote v. Lawyers’ Professional Indemnity Company*, 2013 FCA 143; *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, [2010] 3 F.C.R. D-16; *AstraZeneca Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FCA 112, 402 N.R. 95; *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129 (CanLII), affd 2018 ONCA 1053 (CanLII); *Johnston v. Canada*, 2021 FC 20; *Regina v. Armc Co Canada Ltd. and 9 other corporations* (1976), 13 O.R. (2d) 32, 70 D.L.R. (3d) 287; *Proulx v. R.*, 2016 QCCA 1425, [2016] Q.J. No. 11393 (QL); *Regina v. Canadian General Electric Company Ltd. et al.* (1976), 15 O.R. (2d) 360, 1976 Carswell Ont. 449; *Gosselin v. R.*, 2017 QCCA 244 (CanLII), [2017] Q.J. No. 988 (QL) (C.A.); *Pelletier v. Canada*, 2020 FC 1019; *Baird v. Canada*, 2007 FCA 48; *Fehr v. Sun Life Assurance Company of Canada*, 2018 ONCA 718 (CanLII); *Kuiper v. Cook (Canada) Inc.*, 2018 ONSC 6487 (CanLII), affd 2020 ONSC 128 (CanLII), 149 O.R. (3d) 521; *Dine v. Biomet*, 2015 ONSC 7050 (CanLII); *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545.

## REFERRED TO:

*In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Indirect Purchaser Litigation*, 538 F.3d 1107 (9th Cir. 2008); *Jones v. Micron Technology Inc.*, 400 F.Supp.3d 897 (N.D. Cal. 2019); *re Musical Instruments and Equipment Antitrust Litigation*, 798 F.3d 1186 (9th Cir. 2015); *Prokuron Sourcing Solutions Inc. v. Sobey’s Inc. and Lexmark Canada Inc.*, 2019 ONSC 7403 (CanLII); *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno’s Canada Restaurant Corp.*, 2009 CanLII 23374, (2009), 96 O.R. (3d) 252, 2009 CanLII 23374, [2009] O.J. No. 1874 (QL) (Div. Ct.), affd 2010 ONCA 466 (CanLII), (2010), 100 O.R. (3d) 721; *Axiom Plastics Inc. v. E.I. DuPont Canada Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 352, [2007] O.J. No. 3327 (QL) (S.C.J.); *Airia Brands v. Air Canada*, 2015 ONSC 5352 (CanLII); *Mancinelli v. Royal Bank of Canada*, 2020 ONSC 1646 (CanLII); *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2017 BCSC 2357, revd on other grounds 2019 BCCA 187; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148 (CanLII), 390 D.L.R. (4th) 87, affd 2018 ONCA 819 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 514; *Ford v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758, *sub nom. Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.*, [2005] O.J. No. 1118 (QL) (S.C.J.); *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG*, [2002] O.J. No. 79 (QL) (S.C.J.); *Buffalo v. Samson First*

R.C.S. 831; *Vivendi Canada Inc. c. Dell’Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Canada c. Greenwood*, 2021 CAF 186, [2021] 4 R.C.F. 634, inf. en partie par 2020 CF 119; *Desjardins Financial Services Firm Inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, [2020] 3 R.C.S. 298; *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299 (CanLII); *Coote c. Lawyers’ Professional Indemnity Company*, 2013 CAF 143; *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184, [2010] 3 R.C.F. F-16; *AstraZeneca Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 112; *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129 (CanLII), conf. par 2018 ONCA 1053 (CanLII); *Johnston c. Canada*, 2021 CF 20; *Regina v. Armc Co Canada Ltd. and 9 other corporations* (1976), 13 O.R. (2d) 32, 70 D.L.R. (3d) 287; *Proulx c. R.*, 2016 QCCA 1425 (CanLII), [2016] J.Q. n° 11393 (QL); *Regina v. Canadian General Electric Company Ltd. et al.* (1976), 15 O.R. (2d) 360, 1976 Carswell Ont. 449; *Gosselin c. R.*, 2017 QCCA 244 (CanLII), [2017] J.Q. n° 988 (QL); *Pelletier c. Canada*, 2020 CF 1019; *Baird c. Canada*, 2007 CAF 48; *Fehr v. Sun Life Assurance Company of Canada*, 2018 ONCA 718 (CanLII); *Kuiper v. Cook (Canada) Inc.*, 2018 ONSC 6487 (CanLII), conf. par 2020 ONSC 128 (CanLII), 149 O.R. (3d) 521; *Dine v. Biomet*, 2015 ONSC 7050 (CanLII); *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Indirect Purchaser Litigation*, 538 F.3d 1107 (9th Cir. 2008); *Jones v. Micron Technology Inc.*, 400 F.Supp.3d 897 (N.D. Cal. 2019); *re Musical Instruments and Equipment Antitrust Litigation*, 798 F.3d 1186 (9th Cir. 2015); *Prokuron Sourcing Solutions Inc. v. Sobey’s Inc. and Lexmark Canada Inc.*, 2019 ONSC 7403 (CanLII); *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno’s Canada Restaurant Corp.*, 2009 CanLII 23374, (2009), 96 O.R. (3d) 252, 2009 CanLII 23374, [2009] O.J. n° 1874 (QL) (C. div.), conf. par 2010 ONCA 466 (CanLII), (2010), 100 O.R. (3d) 721; *Axiom Plastics Inc. v. E.I. DuPont Canada Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 352, [2007] O.J. n° 3327 (QL) (C. sup.); *Airia Brands v. Air Canada*, 2015 ONSC 5352 (CanLII); *Mancinelli v. Royal Bank of Canada*, 2020 ONSC 1646 (CanLII); *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2017 BCSC 2357, inf. pour d’autres motifs dans 2019 BCCA 187; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148 (CanLII), 390 D.L.R. (4th) 87, conf. par 2018 ONCA 819 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 514; *Ford v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758, *sub nom. Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-LaRoche Ltd.*, [2005] O.J. n° 1118 (QL) (C. sup.); *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG*, [2002] O.J. n° 79 (QL) (C. sup.); *Buffalo c. Nation crie*



*Nation*, 2008 FC 1308, [2009] 4 F.C.R. 3, affd 2010 FCA 165, [2010] 3 F.C.R. D-15; *Kenney v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 367; *Canada v. John Doe*, 2016 FCA 191, 486 N.R. 223; *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Simpson v. Facebook*, 2021 ONSC 968 (CanLII); *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, (1990), 74 D.L.R. (4th) 321; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445 (CanLII), 111 O.R. (3d) 745; *Murphy v. Compagnie Amway Canada*, 2015 FC 958; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2018 ONCA 819 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 514; *Painblanc v. Kastner* (1994), 58 C.P.R. (3d) 502, 176 N.R. 68 (F.C.A.); *Evertz Technologies Limited v. Lawo AG*, 2019 ONSC 1355 (CanLII); *Aristocrat Restaurants Ltd. v. Ontario*, [2003] O.J. No. 5331 (QL), 2003 CarswellOnt 5574 (S.C.J.); *Carten v. Canada*, 2010 FC 857; *McLarty v. Canada*, 2002 FCA 206, 291 N.R. 396; *Bouchard v. Canada*, 2016 FC 983; *Paul v. Canada*, 2001 FCT 1280, 222 F.T.R. 65, [2002] 2 F.C. D-19; *Castrillo v. Workplace Safety and Insurance Board*, 2017 ONCA 121 (CanLII), 136 O.R. (3d) 654; *Nicholson v. CWS Industries Ltd.*, 2002 FCT 1225, [2003] 3 F.C. D-36; *Margem Chartering Co. Inc. v. Bocsca (The)*, [1997] 2 F.C. 1001 (T.D.); *McCreight v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONCA 483 (CanLII), 116 O.R. (3d) 429; *Singer v. Schering-Plough Canada Inc.*, 2010 ONSC 42 (CanLII); *Mohr v. National Hockey League*, 2021 FC 488, [2021] 4 F.C.R. 408; *R. v. Cominco Ltd.* (1980), 46 C.P.R. (2d) 154, [1980] A.J. No. 524 (QL) (S.C. (T.D.)); *R. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 183, 1976 Carswell 94 (Que. S.C.); *R. v. Canada Cement Lafarge Ltd.* (1973), 12 C.P.R. (2d) 12, 1973 CarswellOnt 1031 (Prov. Ct.); *R. v. Canada Packers Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 133, 1988 CarswellAlta 745 (Q.B.); *Collins v. Canada*, 2011 FCA 140, 418 N.R. 23; *Simon v. Canada*, 2011 FCA 6, [2011] 1 F.C.R. D-15; *Pelletier v. Canada*, 2016 FC 1356; *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 780, [1998] O.J. No. 4496 (QL) (Gen. Div.); *Poundmaker Cree Nation v. Canada*, 2017 FC 447, [2018] 1 F.C.R. D-4; *Sivak v. Canada*, 2012 FC 272, 7 Imm. L.R. (4th) 247; *Hodge v. Neinstein*, 2017 ONCA 494 (CanLII), 414 D.L.R. (4th) 303; *Grossman v. Nissan Canada*, 2019 ONSC 6180 (CanLII); *Cirillo v. Ontario*, 2019 ONSC 3066 (CanLII); *Kalra v. Mercedes Benz*, 2017 ONSC 3795 (CanLII); *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443 (CanLII), 352 D.L.R. (4th) 1; *Stenzler v. TD Asset Management Inc.*, 2020 ONSC 111 (CanLII); *Kaplan v. Casino Rama*, 2019 ONSC 2025 (CanLII), 145 O.R. (3d) 736; *Batten v. Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd.*, 2017 ONSC 6098 (CanLII); *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Arp*,

*de Samson*, 2008 CF 1308, [2009] 4 R.C.F. 3, conf. par 2010 CAF 165, [2010] 3 R.C.F. F-17; *Kenney c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 367; *Canada c. M. Untel*, 2016 CAF 191; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Simpson v. Facebook*, 2021 ONSC 968 (CanLII); *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Sociétés des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445 (CanLII), 111 O.R. (3d) 745; *Murphy c. Compagnie Amway Canada*, 2015 CF 958; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2018 ONCA 819 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 514; *Kastner c. Painblanc*, [1994] A.C.F. n° 1671 (QL) (C.A.); *Evertz Technologies Limited v. Lawo AG*, 2019 ONSC 1355 (CanLII); *Aristocrat Restaurants Ltd. v. Ontario*, [2003] O.J. n° 5331 (QL), 2003 CarswellOnt 5574 (C. sup.); *Carten c. Canada*, 2010 CF 857; *McLarty c. Canada*, 2002 CAF 206; *Bouchard c. Canada*, 2016 CF 983; *Paul c. Canada*, 2001 CFPI 1280, [2002] 2 C.F. F-20; *Castrillo v. Workplace Safety and Insurance Board*, 2017 ONCA 121 (CanLII), 136 O.R. (3d) 654; *Nicholson c. CWS Industries Ltd.*, 2002 CFPI 1225, [2003] 3 C.F. F-36; *Margem Chartering Co. Inc. c. Bocsca (Le)*, [1997] 2 C.F. 1001 (1<sup>re</sup> inst.); *McCreight v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONCA 483 (CanLII), 116 O.R. (3d) 429; *Singer v. Schering-Plough Canada Inc.*, 2010 ONSC 42 (CanLII); *Mohr c. Ligue nationale de hockey*, 2021 CF 488, [2021] 4 R.C.F. 408; *R. v. Cominco Ltd.* (1980), 46 C.P.R. (2d) 154, [1980] A.J. n° 524 (QL) (C. sup.); *R. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 183, 1976 Carswell 94 (C. sup. Qué.); *R. v. Canada Cement Lafarge Ltd.* (1973), 12 C.P.R. (2d) 12, 1973 CarswellOnt 1031 (C. prov.); *R. v. Canada Packers Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 133, 1988 CarswellAlta 745 (B.R.); *Collins c. Canada*, 2011 CAF 140; *Simon c. Canada*, 2011 CAF 6, [2011] 1 R.C.F. F-17; *Pelletier c. Canada*, 2016 CF 1356; *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 780, [1998] O.J. n° 4496 (QL) (Div. gén.); *Nation Crie Poundmaker c. Canada*, 2017 CF 447, [2018] 1 R.C.F. F-6; *Sivak c. Canada*, 2012 CF 272; *Hodge v. Neinstein*, 2017 ONCA 494 (CanLII), 414 D.L.R. (4th) 303; *Grossman v. Nissan Canada*, 2019 ONSC 6180 (CanLII); *Cirillo v. Ontario*, 2019 ONSC 3066 (CanLII); *Kalra v. Mercedes Benz*, 2017 ONSC 3795 (CanLII); *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443 (CanLII), 352 D.L.R. (4th) 1; *Stenzler v. TD Asset Management Inc.*, 2020 ONSC 111 (CanLII); *Kaplan v. Casino Rama*, 2019 ONSC 2025 (CanLII), 145 O.R. (3d) 736; *Batten v. Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd.*, 2017 ONSC 6098 (CanLII); *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *M. Untel c. R.*, 2015 CF 236; *Harrison v. XL Foods Inc.*,

[1998] 3 S.C.R. 339, (1998), 166 D.L.R. (4th) 296; *John Doe v. R*, 2015 FC 236; *Harrison v. XL Foods Inc.*, 2014 ABQB 720 (CanLII); *O'Brien v. Bard Canada Inc.*, 2015 ONSC 2470 (CanLII).

2014 ABQB 720 (CanLII); *O'Brien v. Bard Canada Inc.*, 2015 ONSC 2470 (CanLII).

## AUTHORS CITED

Competition Bureau Canada, *Competitor Collaboration Guidelines* (Gatineau: Competition Bureau, 2009).

Competition Bureau Canada, *Competitor Collaboration Guidelines* (Gatineau: Competition Bureau, 2021).

MOTION seeking an order to certify the underlying action as a class proceeding under subsection 334.16(1) of the *Federal Courts Rules*. Motion dismissed.

## DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence Canada, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* (Gatineau : Bureau de la concurrence, 2009).

Bureau de la concurrence Canada, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* (Gatineau : Bureau de la concurrence, 2021).

REQUÊTE visant à faire autoriser une action comme étant un recours collectif aux termes du paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales*. Requête rejetée.

## APPEARANCES

*James C. Orr, Kyle R. Taylor, Annie (Qurrat-ul-ain) Tayyab, James Sayce, Nathalie Gondek and Adam Tanel* for plaintiffs.

*Subrata Bhattacharjee, Caitlin R. Sainsbury, Pierre N. Gemson and Graham Splawski* for defendants Samsung Electronics Co. Ltd., Samsung Semiconductor Inc. and Samsung Electronics Canada, Inc.

*David W. Kent, James B. Musgrove and Samantha Gordon* for defendants Micron Technology Inc. and Micron Semiconductor Products, Inc.

*Sandra A. Forbes, Chantelle Cseh and Trevor N. May* for defendants SK Hynix Inc. and SK Hynix America, Inc.

## ONT COMPARU :

*James C. Orr, Kyle R. Taylor, Annie (Qurrat-ul-ain) Tayyab, James Sayce, Nathalie Gondek et Adam Tanel* pour les demandeurs.

*Subrata Bhattacharjee, Caitlin R. Sainsbury, Pierre N. Gemson et Graham Splawski* pour les défenderesses Samsung Electronics Co. Ltd., Samsung Semiconductor Inc. et Samsung Electronics Canada, Inc.

*David W. Kent, James B. Musgrove et Samantha Gordon* pour les défenderesses Micron Technology Inc. et Micron Semiconductor Products, Inc.

*Sandra A. Forbes, Chantelle Cseh et Trevor N. May* pour les défenderesses SK Hynix Inc. et SK Hynix America, Inc.

## SOLICITORS OF RECORD

*Orr Taylor LLP and Koskie Minsky LLP*, Toronto, for plaintiffs.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Toronto, for defendants Samsung Electronics Co. Ltd., Samsung Semiconductor Inc. and Samsung Electronics Canada, Inc.

*McMillan LLP*, Toronto, for defendants Micron Technology Inc. and Micron Semiconductor Products, Inc.

*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, for defendants SK Hynix Inc. and SK Hynix America, Inc.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Orr Taylor LLP et Koskie Minsky LLP*, Toronto, pour les demandeurs.

*Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L.*, Toronto, pour les défenderesses Samsung Electronics Co. Ltd., Samsung Semiconductor Inc. et Samsung Electronics Canada, Inc.

*McMillan LLP*, Toronto, pour les défenderesses Micron Technology Inc. et Micron Semiconductor Products, Inc.

*Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour les défenderesses SK Hynix Inc. et SK Hynix America, Inc.

*The following are the reasons for order and order rendered in English by*

GASCON J.:

I. Overview

[1] The plaintiffs, Ms. Chelsea Jensen and Mr. Laurent Abesdris, seek an order certifying this action as a class proceeding under subsection 334.16(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules). In their proposed competition law class action, the plaintiffs allege that the three leading manufacturers of Dynamic Random Access Memory chips (DRAM) have conspired to limit the global supply and raise the price of DRAM. DRAM is a type of semiconductor memory chip used in most computer products that allows information to be electronically stored and rapidly retrieved. The manufacturers targeted by this proposed class action are Samsung Electronics Co. Ltd., Samsung Semiconductor Inc. and Samsung Electronics Canada, Inc. (together, Samsung), SK Hynix Inc. and SK Hynix America, Inc. (together, SK Hynix) and Micron Technology, Inc. and Micron Semiconductor Products, Inc. (together, Micron) (collectively, the defendants).

[2] The plaintiffs contend that the alleged conspiracy discloses a straightforward cause of action under section 36 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (Act), for breach of sections 45 and 46. Broadly speaking, section 45 makes it a criminal offence for competitors or potential competitors to conspire, agree or arrange to fix prices, allocate markets or restrict output. Section 46 provides that it is a criminal offence for a corporation carrying on business in Canada to implement a directive or communication from a controlling person outside Canada, for the purpose of giving effect to a conspiracy entered into outside of Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45. For its part, section 36 of the Act grants a statutory right of private action to recover damages for harm suffered as a result of certain criminal conduct prohibited by the Act, including conduct

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE GASCON :

I. Aperçu

[1] Les demandeurs, M<sup>me</sup> Chelsea Jensen et M. Laurent Abesdris, sollicitent une ordonnance autorisant la présente instance comme recours collectif aux termes du paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (Règles). Dans leur recours collectif envisagé en droit de la concurrence, les demandeurs soutiennent que les trois principaux fabricants de puces de mémoire vive dynamique (DRAM) ont comploté pour limiter l'approvisionnement à l'échelle mondiale et pour hausser le prix des DRAM. Les DRAM sont un type de puce mémoire à semi-conducteurs utilisé dans la plupart des produits informatiques pour permettre le stockage électronique et la récupération rapide d'information. Les fabricants visés par le présent recours collectif envisagé sont Samsung Electronics Co. Ltd., Samsung Semiconductor Inc. et Samsung Electronics Canada, Inc. (collectivement désignées comme Samsung), SK Hynix Inc. et SK Hynix America, Inc. (collectivement désignées comme SK Hynix) et Micron Technology, Inc. et Micron Semiconductor Products, Inc. (collectivement désignées comme Micron) (collectivement désignées comme les défenderesses).

[2] Les demandeurs font valoir que l'allégation de complot divulgue une cause d'action clairement reconnue par l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi) pour des manquements visés aux articles 45 et 46. De façon générale, commettent une infraction criminelle visée à l'article 45 les concurrents ou concurrents éventuels qui complotent ou concluent un accord ou un arrangement pour fixer les prix, se partager des marchés ou limiter la production d'un produit. L'article 46 érige en infraction criminelle l'application par une personne morale exploitant une entreprise au Canada d'une directive ou d'une communication provenant d'une personne se trouvant dans un pays étranger ayant pour objet de donner effet à un complot intervenu à l'étranger qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45. Pour sa part, l'article 36 de la Loi

covered by sections 45 and 46, as well as the cost of investigation and prosecution. Here, the plaintiffs allege that the defendants have conspired, through direct communications in private meetings and through public statements—or “signalling”—to each other, in order to suppress the supply of DRAM and increase DRAM prices.

[3] As the proposed representative plaintiffs for the class members, the plaintiffs seek damages or compensation from the defendants in the amount of \$1,000,000,000 on behalf of all persons or entities in Canada who, from June 1, 2016, to February 1, 2018 (Class Period), purchased DRAM manufactured and/or sold by the defendants, or products containing DRAM manufactured and/or sold by the defendants, excluding the defendants and their parent companies, subsidiaries and affiliates (Class).

[4] The plaintiffs maintain that they satisfy all the required legal elements for certification, namely, (i) that there is a reasonable cause of action; (ii) that there is an identifiable class; (iii) that there are common questions of law and fact; (iv) that a class proceeding is the preferred procedure; and (v) that they are appropriate representatives of the Class. The defendants oppose certification of the Class and contend that the plaintiffs have failed to meet their burden of showing that this action should be certified as a class proceeding. More specifically, the defendants submit that the conduct alleged by the plaintiffs does not constitute a criminal violation of the Act and does not amount to an actionable conspiracy under section 45 or an unlawful foreign directive under section 46. Hence, say the defendants, (i) the statement of claim does not disclose a reasonable cause of action; (ii) the issues identified by the plaintiffs do not qualify as common issues as the plaintiffs have failed to provide some basis in fact for the existence or commonality of their liability or harm issues; and (iii) without liability and harm certifiable as common issues, a class proceeding is not the preferred procedure. The defendants do not challenge that there would be an

prévoit un droit à une action privée afin de recouvrer des dommages-intérêts pour tout dommage subi en raison de certains comportements criminels prohibés par la Loi, incluant les comportements visés aux articles 45 et 46, ainsi que le coût des enquêtes et des poursuites engagées. En l’espèce, les demandeurs allèguent que les défenderesses ont comploté, au moyen de communications directes lors de réunions privées et de déclarations publiques qu’elles s’adressaient — ou de « signaux » qu’elles se sont envoyés —, afin d’éliminer la fourniture des DRAM et d’augmenter les prix des DRAM.

[3] En qualité de représentants proposés pour les membres du groupe, les demandeurs cherchent à obtenir des dommages-intérêts ou une indemnisation de la part des défenderesses d’une somme de 1 000 000 000 \$ au nom de toutes les personnes ou entités au Canada, excluant les défenderesses et leurs sociétés mères, filiales et sociétés affiliées, qui, entre le 1<sup>er</sup> juin 2016 et le 1<sup>er</sup> février 2018 (la période visée par le recours collectif), ont acheté des DRAM fabriquées et/ou vendues par les défenderesses, ou des produits contenant des DRAM fabriquées ou vendues par les défenderesses (le groupe).

[4] Les demandeurs soutiennent que toutes les exigences juridiques requises pour l’octroi de l’autorisation sont remplies, à savoir (i) qu’il y a une cause d’action valable; (ii) qu’il existe un groupe identifiable; (iii) qu’il existe des points de droit et de fait communs; (iv) qu’un recours collectif est le meilleur moyen de régler ces points; et (v) qu’il existe des représentants appropriés du groupe. Les défenderesses s’opposent à l’autorisation du recours collectif et prétendent que les demandeurs n’ont pas réussi à s’acquitter de leur fardeau de démontrer que la présente action devrait être autorisée. Plus particulièrement, elles font valoir que le comportement décrit par les demandeurs ne constitue pas une infraction criminelle prévue par la Loi et qu’il n’équivaut pas à un complot passible de sanctions en application de l’article 45 ou à une directive étrangère illégale en application de l’article 46. Par conséquent, selon les défenderesses, (i) la déclaration ne révèle aucune cause d’action valable; (ii) les points relevés par les demandeurs ne sont pas admissibles à titre de points communs, car ces derniers n’ont pas réussi à présenter un certain fondement factuel quant à l’existence de caractéristiques communes relativement

identifiable class or that the plaintiffs would be appropriate representatives of the Class.

[5] The formation and existence of the section 45 conspiracy alleged by the plaintiffs are the central issue in dispute between the parties, as this core allegation drives the plaintiffs' pleadings and provides the backdrop for their proposed common issues. I pause to observe that this is highly unusual in competition law class actions brought under sections 36 and 45 of the Act. In the vast majority of those cases, whether the claims raise common issues concerning an alleged conspiracy is typically not in dispute. The main battleground is instead with respect to the proposed common issues relating to the consequences of the alleged wrongful acts, namely whether there is some basis in fact in the record that the alleged loss or harm can be established on a class-wide basis. More often than not, it revolves around whether there is a credible and plausible methodology to establish loss or harm on a class-wide basis. Not surprisingly, the parties have indeed spent a fair amount of their written and oral submissions on this point.

[6] However, this case is different and turns on the alleged wrongful conduct underlying the plaintiffs' proposed competition law class action. This, in my view, is the determinative issue in the plaintiffs' certification motion.

[7] For the reasons detailed below, I will dismiss the plaintiffs' motion for certification, as their case fails on the alleged section 45 conspiracy at the heart of their proposed class action. I conclude that it is plain and obvious that the pleadings disclose no reasonable cause of action based on sections 36, 45 and 46 of the Act, since the allegations of an actionable section 45 conspiracy and of a prohibited section 46 foreign directive are not

à leur responsabilité ou aux dommages causés; et (iii) en l'absence de responsabilité et de dommages pouvant être autorisés à titre de points communs, un recours collectif ne constitue pas le meilleur moyen de régler le litige. Les défenderesses ne contestent pas qu'il y aurait un groupe identifiable ou que les demandeurs seraient des représentants demandeurs appropriés du groupe.

[5] La formation et l'existence d'un complot visé à l'article 45 dont font état les demandeurs constituent la question centrale en litige, car cette allégation centrale motive les actes de procédure des demandeurs et fournit le contexte des points communs proposés. J'ouvre une parenthèse pour faire observer qu'une telle situation est très inhabituelle dans le cadre de recours collectifs en droit de la concurrence intentés en vertu des articles 36 et 45 de la Loi. Dans la très grande majorité des cas, la question de savoir si les réclamations soulèvent des points communs concernant un complot n'est normalement pas litigieuse. La principale question en litige concerne généralement plutôt les points communs envisagés relativement aux conséquences des actes répréhensibles allégués, à savoir s'il existe un certain fondement factuel dans le dossier permettant d'établir la perte ou les dommages allégués à l'échelle d'un groupe. La plupart du temps, il s'agit de déterminer s'il existe une méthode crédible et plausible pour établir la perte ou les dommages à l'échelle du groupe. Comme on pouvait s'y attendre, les parties ont consacré une part importante de leurs observations écrites et orales sur ce point.

[6] La présente affaire est toutefois différente et porte sur le comportement répréhensible allégué qui sous-tend le recours collectif en droit de la concurrence envisagé par les demandeurs. C'est ce comportement qui constitue, à mon avis, la question déterminante de la requête en autorisation des demandeurs.

[7] Pour les motifs énoncés ci-dessous, je rejeterai la requête en autorisation des demandeurs, car leur preuve ne réussit pas à établir l'existence du complot visé par l'article 45 qui fait l'objet de leur recours collectif envisagé. Je conclus qu'il est évident et manifeste que les actes de procédure ne divulguent aucune cause d'action valable fondée sur les articles 36, 45 et 46 de la Loi, puisque les allégations relatives à un complot possible

anchored in material facts, are speculative and boil down to bald assertions. In addition, I find that there is no basis in fact for the common issues advanced by the plaintiffs with respect to an alleged section 45 conspiracy. In this regard, the plaintiffs fall well short of providing the minimal evidentiary basis required to support the existence of the alleged conspiracy. This is sufficient to dismiss the plaintiffs' motion and to deny certification. In the circumstances and without common issues dealing with the alleged wrongful conduct, none of the other proposed common issues relating to the alleged loss or harm can be certified. Absent common issues, a class proceeding is not the preferred procedure for the just and efficient resolution of the claims of the putative Class members, and will not achieve the three principles underpinning class actions, namely, judicial economy, behavioural modification and access to justice.

## II. Background

### A. *The parties*

[8] The plaintiffs are indirect end-consumers of DRAM who live in Toronto, Ontario. Ms. Jensen purchased a mobile phone containing DRAM in June 2017. Mr. Abesdris purchased a laptop containing DRAM in January 2018.

[9] The defendant Samsung manufactures, distributes and sells semiconductor products, including DRAM. Samsung also manufactures consumer electronics and other products that use DRAM as one of their components. Samsung Electronics Co. Ltd. is a corporation headquartered in South Korea. Samsung Semiconductor Inc. is a subsidiary of Samsung Electronics Co. Ltd. based in the United States (U.S.), whose headquarters are located in California. Samsung Electronics Canada, Inc. is a Canadian subsidiary of Samsung Electronics Co. Ltd.; its registered office is in Ontario and it is in the business of selling electronic devices, but not DRAM.

de sanctions en application à l'article 45 et à une directive interdite visée à l'article 46 ne reposent pas sur des faits substantiels, sont des conjectures et se résument à de simples affirmations. Je conclus en outre qu'il n'y a aucun fondement factuel à l'appui des points communs présentés par les demandeurs en ce qui a trait au complot allégué aux termes de l'article 45. À cet égard, les demandeurs ne sont pas parvenus à présenter un fondement probatoire minimal à l'appui de l'existence du complot allégué. Cela suffit pour rejeter la requête des demandeurs et refuser l'autorisation. Vu les circonstances et l'absence de points communs relativement au comportement répréhensible allégué, aucun des autres points communs envisagés à l'égard de la perte ou des dommages allégués ne peut être autorisé. En l'absence de points communs, un recours collectif n'est pas le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les réclamations des membres du groupe proposé, et ne permettra pas de respecter les trois principes qui sous-tendent les recours collectifs, à savoir l'économie de ressources judiciaires, la modification du comportement et l'accès à la justice.

## II. Contexte

### A. *Les parties*

[8] Les demandeurs sont des consommateurs finaux indirects de DRAM qui résident à Toronto, en Ontario. M<sup>me</sup> Jensen a acheté un téléphone mobile contenant des DRAM en juin 2017. M. Abesdris a acheté un ordinateur portatif contenant des DRAM en janvier 2018.

[9] La défenderesse Samsung fabrique, distribue et vend des produits semi-conducteurs, y compris des DRAM. Samsung fabrique également des produits électroniques de consommation et d'autres produits utilisant des DRAM comme l'une de leurs composantes. Samsung Electronics Co. Ltd. est une société dont le siège social est en Corée du Sud. Samsung Semiconductor Inc. est une filiale de Samsung Electronics Co. Ltd. établie aux États-Unis (É.-U.) et dont le siège social se trouve en Californie. Samsung Electronics Canada, Inc. est une filiale canadienne de Samsung Electronics Co. Ltd. dont le son siège social est en Ontario. Elle s'occupe de la vente d'appareils électroniques, mais pas de DRAM.

[10] The defendant SK Hynix manufactures, distributes and sells semiconductor products, including DRAM. SK Hynix Inc. is a corporation headquartered in South Korea and has manufacturing facilities in South Korea and China. SK Hynix America, Inc. is a U.S. subsidiary of SK Hynix Inc., and its headquarters are located in California.

[11] The defendant Micron also manufactures, distributes and sells semiconductor products, including DRAM. Micron Technology Inc. is a Delaware corporation headquartered in Idaho, and has production facilities in Taiwan, Singapore, the U.S., Japan and China. Micron Semiconductor Products, Inc. is Micron's Idaho-incorporated subsidiary.

#### B. *Factual context*

[12] DRAM is a type of digital memory device that stores bits of data in capacitors situated in integrated circuits, allowing computers, smartphones and other digital electronic products to retain information. DRAM is a component found in virtually every electronic product, including personal computers, smartphones, tablets, televisions, cameras, servers and other items that perform a computing function. DRAM is a standalone product which has no independent utility: it must be inserted into a device (such as a smartphone or a computer) to serve any function.

[13] The defendants all manufacture and sell DRAM for use in various types of end-products. They primarily sell DRAM to original equipment manufacturers (OEMs) such as computer, mobile phone, flash drive, and memory card makers. These OEMs then incorporate DRAM into various DRAM products and sell them to consumers or to retailers who then sell the items to consumers. Direct purchasers of DRAM use it in the products they manufacture. Indirect purchasers of DRAM are purchasers of products that contain DRAM. The Class includes both direct and indirect purchasers.

[10] La défenderesse SK Hynix fabrique, distribue et vend des produits semi-conducteurs, y compris des DRAM. SK Hynix Inc. est une société dont le siège social est situé en Corée du Sud et qui possède des installations de fabrication en Corée du Sud et en Chine. SK Hynix America, Inc. est une filiale américaine de SK Hynix Inc., dont le siège social se trouve en Californie.

[11] La défenderesse Micron fabrique, distribue et vend des produits semi-conducteurs, y compris des DRAM. Micron Technology Inc. est une société du Delaware dont le siège social se trouve dans l'État de l'Idaho, et elle possède des installations de production à Taiwan, à Singapour, aux É.-U., au Japon et en Chine. Micron Semiconductor Products, Inc. est la filiale de Micron constituée en personne morale dans l'État de l'Idaho.

#### B. *Contexte factuel*

[12] Les DRAM sont un type de dispositif de mémoire numérique qui stocke des bits de données dans des condensateurs situés dans des circuits intégrés, permettant aux ordinateurs, aux téléphones intelligents et à d'autres produits électroniques numériques de conserver l'information. Les DRAM sont un composant présent dans pratiquement tous les produits électroniques, y compris les ordinateurs personnels, les téléphones intelligents, les tablettes, les téléviseurs, les caméras ou appareils photo, les serveurs et d'autres articles remplissant une fonction informatique. Les DRAM sont un produit autonome n'ayant aucune utilité indépendante : elles doivent être insérées dans un appareil (comme un téléphone intelligent ou un ordinateur) pour avoir une fonction.

[13] Les défenderesses fabriquent et vendent toutes des DRAM qui sont utilisées dans divers types de produits finaux. Elles vendent des DRAM principalement à des fabricants d'équipement d'origine (FEO), comme des fabricants d'ordinateurs, de téléphones mobiles, de clés USB et de cartes mémoire. Ces FEO incorporent ensuite les DRAM dans divers produits qu'ils vendent ensuite aux consommateurs ou à des détaillants, qui les vendent par la suite aux consommateurs. Les acheteurs directs de DRAM utilisent des DRAM dans les produits qu'ils fabriquent. Les acheteurs indirects de DRAM, quant à eux, achètent des produits contenant des DRAM. Le recours englobe tant les acheteurs directs qu'indirects.

[14] DRAM supply is a highly concentrated industry, and the plaintiffs have described the production and manufacture of DRAM as an oligopoly market, namely, a highly concentrated market structure where a few sellers dominate the supply of a product or service. The defendants are the three largest manufacturers of DRAM and are estimated to have manufactured 96–98 percent of DRAM sold globally in 2017–2018. During the Class Period, the defendants accounted for the bulk of worldwide DRAM sales. The Canadian market for DRAM accounts for approximately 10 percent of the global DRAM market, which was estimated to be worth \$72.5 billion in 2017.

[15] The plaintiffs estimate that the Class is likely to consist of almost all adults in Canada as most Canadian households have one or more devices containing DRAM and that the defendants control over 96 percent of the global DRAM market.

### *C. Procedural context*

[16] The action was commenced in May 2018 and the plaintiffs filed their “Amended Amended Statement of Claim” on April 23, 2019 (Statement of Claim). In their motion for certification, the plaintiffs are seeking the following orders from the Court:

- a. an order certifying this action as a class proceeding pursuant to the rules;
- b. an order appointing Ms. Chelsea Jensen and Mr. Laurent Abesdris as the representative plaintiffs for the Class;
- c. an order defining the Class as:
  - i. All persons or entities in Canada who, from June 1, 2016 to February 1, 2018 purchased DRAM manufactured and/or sold by the defendants or products containing DRAM manufactured and/or sold by the defendants. Excluded from the Class are the defendants and their parent companies, subsidiaries, and affiliates;
- d. or such other class definition as may be approved by the Court;

[14] L’industrie de la fourniture de DRAM est très concentrée, et les demandeurs ont décrit la production et la fabrication de DRAM comme un oligopole, à savoir une structure de marché fortement concentrée où quelques vendeurs dominent la fourniture d’un produit ou d’un service. Les défenderesses sont les trois plus grands fabricants de DRAM, et on estime qu’elles ont fabriqué 96 à 98 p. 100 des DRAM vendues dans le monde en 2017–2018. Au cours de la période visée par le recours collectif, la majeure partie des ventes mondiales de DRAM a été réalisée par les défenderesses. Le marché canadien des DRAM représente environ 10 p. 100 du marché mondial des DRAM, qui était estimé à 72,5 milliards de dollars en 2017.

[15] Les demandeurs estiment que le groupe comprendra probablement presque tous les adultes au Canada, puisque la plupart des ménages canadiens possèdent un ou plusieurs appareils contenant des DRAM et que les défenderesses contrôlent plus de 96 p. 100 du marché mondial des DRAM.

### *C. Contexte procédural*

[16] L’action a été introduite en mai 2018 et les demandeurs ont déposé leur deuxième déclaration modifiée le 23 avril 2019 (Déclaration). Dans leur requête en autorisation, les demandeurs sollicitent :

- a. une ordonnance autorisant la présente action comme recours collectif conformément aux Règles;
- b. une ordonnance nommant M<sup>me</sup> Chelsea Jensen et M. Laurent Abesdris en tant que représentants demandeurs du groupe;
- c. une ordonnance définissant le groupe comme :
  - i. Toutes les personnes ou entités au Canada qui, entre le 1<sup>er</sup> juin 2016 et le 1<sup>er</sup> février 2018, ont acheté des DRAM fabriquées ou vendues par les défenderesses ou des produits contenant des DRAM fabriquées ou vendues par les défenderesses. Les défenderesses et leurs sociétés mères, filiales et sociétés affiliées sont exclues du groupe;
- d. ou toute autre définition de groupe approuvée par la Cour;



- 
- |                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| e. an order that the within proceeding is certified on the basis of the six following common issues:                                                                                                                                      | e. une ordonnance portant que la présente instance est autorisée à l'égard des six questions communes suivantes :                                                                                                                                                                                           |
| i. Did the defendants, or any of them, breach section 45 of the Act?                                                                                                                                                                      | i. Les défenderesses, ou certaines d'entre elles, ont-elles contrevenu à l'article 45 de la Loi?                                                                                                                                                                                                            |
| ii. Did the defendants, or any of them, breach section 46 of the Act?                                                                                                                                                                     | ii. Les défenderesses, ou certaines d'entre elles, ont-elles contrevenu à l'article 46 de la Loi?                                                                                                                                                                                                           |
| iii. Did the Class members suffer loss or damage as a result of the defendants' conduct contrary to any provision of Part VI of the Act?                                                                                                  | iii. Les membres du groupe ont-ils subi une perte ou des dommages en raison du comportement des défenderesses contraire à une disposition de la partie VI de la Loi?                                                                                                                                        |
| iv. Are the Class members entitled to recovery of their loss or damage pursuant to section 36 of the Act and, if so, in what amount or amounts?                                                                                           | iv. Les membres du groupe ont-ils droit au recouvrement de dommages-intérêts en vertu de l'article 36 de la Loi pour les pertes ou dommages subis et, dans l'affirmative, à quel montant?                                                                                                                   |
| v. Are the defendants, or any of them, liable to pay pre-judgment interest and post-judgment interest pursuant to sections 36 and 37 of the <i>Federal Courts Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7 and, if so, in what amount?                   | v. Les défenderesses, ou certaines d'entre elles, sont-elles tenues de payer des intérêts avant jugement et des intérêts après jugement conformément aux articles 36 et 37 de la <i>Loi sur les Cours fédérales</i> , L.R.C. (1985), ch. F-7 et, dans l'affirmative, à quel montant devraient-ils s'élever? |
| vi. Should the full costs of investigation in connection with this matter, including the cost of the proceeding or part thereof, be fixed or assessed on an aggregate basis pursuant to section 36 of the Act and, if so, in what amount? | vi. Les frais d'enquête complets relatifs à la présente espèce, y compris le coût de l'instance ou d'une partie de celle-ci, devraient-ils être fixés ou taxés globalement conformément à l'article 36 de la Loi et, dans l'affirmative, à quel montant devraient-ils s'élever?                             |
| f. an order appointing Koskie Minsky LLP and Affleck Greene McMurtry LLP as Class counsel;                                                                                                                                                | f. une ordonnance nommant Koskie Minsky LLP et Affleck Greene McMurtry LLP comme avocats du groupe;                                                                                                                                                                                                         |
| g. an order approving the proposed litigation plan;                                                                                                                                                                                       | g. une ordonnance approuvant le plan de litige proposé;                                                                                                                                                                                                                                                     |
| h. an order staying any other proceeding based on the facts giving rise to this proposed class proceeding;                                                                                                                                | h. une ordonnance suspendant toute autre instance fondée sur les faits ayant donné lieu au présent recours collectif envisagé;                                                                                                                                                                              |
| i. an order declaring that no other proceeding based upon the facts giving rise to this proceeding may be commenced without leave of the Court; and                                                                                       | i. une ordonnance déclarant qu'aucune autre instance fondée sur les faits ayant donné lieu à la présente instance ne peut être engagée sans l'autorisation de la Cour; et                                                                                                                                   |
| j. an order for such further and other relief as counsel may advise and this Court deems just.                                                                                                                                            | j. une ordonnance prévoyant toute autre réparation que les avocats peuvent proposer et que la Cour estime juste.                                                                                                                                                                                            |

[17] The plaintiffs supported their motion for certification with the following evidentiary record:

- The affidavit, dated April 22, 2019, of Annie (Qurrat-ul-aim) Tayyab, a lawyer of Affleck Greene McMurtry LLP, one of the two Class counsel, to which 54 exhibits were attached (Tayyab Affidavit). The exhibits attached to the Tayyab Affidavit include articles regarding an investigation by China's economic regulator (9 exhibits); financial reports and documents related to the defendants (8 exhibits); public statements and transcripts of earnings calls and investor calls involving the defendants (Public Statements) (35 exhibits); documents from trade associations in the DRAM industry (3 exhibits); and documents related to a prior conspiracy involving the defendants (4 exhibits).
- The supplementary affidavit of Annie (Qurrat-ul-aim) Tayyab, dated February 13, 2020, to which was attached the "Indirect Purchaser Plaintiffs' Consolidated Amended Class Action Complaint" (Amended U.S. Complaint) filed in a related class action litigation commenced in the U.S. and based on facts closely similar to this matter.
- The affidavit, dated April 22, 2019, of the plaintiff Chelsea Jensen.
- The affidavit, dated April 21, 2019, of the plaintiff Laurent Abesdris.
- The affidavits, dated April 22, 2019, and February 12, 2020, of Dr. Hal J. Singer. Dr. Singer is an economist and managing director at Econ One Research, Inc. in Washington, D.C. Dr. Singer submitted an expert report and a reply expert report (Singer Reports). Dr. Singer was cross-examined.

[17] Les demandeurs ont appuyé leur requête en autorisation par la présentation du dossier de preuve suivant :

- L'affidavit, daté du 22 avril 2019, d'Annie (Qurrat-ul-aim) Tayyab, avocate chez Affleck Greene McMurtry LLP, qui est l'un des deux avocats du groupe, auquel 54 pièces étaient jointes (l'affidavit Tayyab). Les pièces jointes à l'affidavit Tayyab comprennent des articles concernant une enquête menée par l'organisme de réglementation de l'économie chinois (neuf pièces); des rapports et des documents financiers relatifs aux défenderesses (huit pièces); des déclarations publiques et des transcriptions de conférences en vue de la communication des résultats financiers et de conférences des investisseurs auxquelles ont participé les défenderesses (déclarations publiques) (35 pièces); des documents d'associations professionnelles de l'industrie des DRAM (trois pièces); et des documents relatifs à un complot antérieur auxquels ont participé les défenderesses (quatre pièces).
- L'affidavit supplémentaire d'Annie (Qurrat-ul-aim) Tayyab, daté du 13 février 2020, auquel était joint la [TRADUCTION] « plainte modifiée visée par le recours collectif regroupant les acheteurs indirects demandeurs » (la plainte américaine modifiée) déposée dans le cadre d'un recours collectif connexe engagé aux É.-U. et fondé sur des faits étroitement semblables à ceux de la présente espèce.
- L'affidavit, daté du 22 avril 2019, de la demanderesse Chelsea Jensen.
- L'affidavit, daté du 21 avril 2019, du demandeur Laurent Abesdris.
- Les affidavits, datés du 22 avril 2019 et du 12 février 2020, du Dr. Hal J. Singer. Dr. Singer est économiste et directeur général chez Econ One Research, Inc., à Washington, D.C. Il a présenté un rapport d'expert et un rapport d'expert en réponse (les rapports Singer). Dr. Singer a été contre-interrogé.

[18] The defendants resisted the motion for certification with the following evidentiary record:

- The affidavit, dated December 19, 2019, of Trevor May, an articling student at Davies Ward Phillips and Vineberg LLP, counsel to SK Hynix, to which 10 exhibits were attached. These exhibits include financial documents and transcripts of various earnings calls and investor calls involving the defendants.
- The affidavit dated December 19, 2019, of Dr. Mark A. Israel. Dr. Israel is an economist and Senior Managing Director at Compass Lexecon, an economic consulting firm, in Washington, D.C. He submitted an expert report in response to Dr. Singer. Dr. Israel was not cross-examined.

*D. Summary of the plaintiffs' allegations*

[19] In their Statement of Claim, the plaintiffs assert a single statutory cause of action under section 36 of the Act, for breach of section 45 forbidding conspiracies and of section 46 on implementation of a foreign directive.

[20] Under section 45, the plaintiffs allege that the defendants conspired, agreed or arranged to fix, maintain, increase, or control the price for the supply of DRAM; to allocate sales, territories, customers, or markets for the production or supply of DRAM; and to fix, maintain, control, prevent, lessen, or eliminate the production or supply of DRAM (Statement of Claim, at paragraph 135). This paragraph of the plaintiffs' pleading essentially echoes the language of section 45 of the Act. However, I note that, throughout the Statement of Claim, the plaintiffs repeatedly refer to a much narrower conspiracy and to the defendants conspiring to "suppress DRAM supply and increase DRAM prices" (see, e.g., Statement of Claim, at paragraphs 2, 5, 18, 22, 26, 45, 50, 52, 128, 129 and 130).

[18] Les défenderesses se sont opposées à la requête en autorisation et ont présenté à l'appui le dossier de preuve suivant :

- L'affidavit, daté du 19 décembre 2019, de Trevor May, stagiaire en droit chez Davies Ward Phillips and Vineberg LLP, avocats de SK Hynix, auquel dix pièces étaient jointes. Ces pièces comprennent des documents financiers et des transcriptions de diverses conférences en vue de la communication des résultats financiers et de conférences des investisseurs auxquelles ont participé les défenderesses.
- L'affidavit, daté du 19 décembre 2019, de Dr. Mark A. Israel. Dr. Israel est économiste et directeur général principal chez Compass Lexecon, une société d'experts-conseils en économie, à Washington, D.C. Il a présenté un rapport d'expert en réponse à Dr. Singer. Dr. Israel n'a pas été contre-interrogé.

*D. Résumé des allégations des demandeurs*

[19] Dans leur Déclaration, les demandeurs invoquent une seule cause d'action au titre de l'article 36 de la Loi, à savoir la violation de l'article 45, qui interdit les complots, et de l'article 46, qui vise l'application d'une directive étrangère.

[20] Au titre de l'article 45, les demandeurs allèguent que les défenderesses ont comploté ou conclu un accord ou un arrangement pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture de DRAM; attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture de DRAM; et fixer, maintenir, contrôler, prévenir, réduire ou d'éliminer la production ou la fourniture de DRAM (Déclaration, au paragraphe 135). Ce paragraphe de l'acte de procédure des demandeurs reprend essentiellement le libellé de l'article 45 de la Loi. Cependant, je remarque que, tout au long de la Déclaration, les demandeurs font référence à plusieurs reprises à un complot beaucoup plus étroit, soit un complot des défenderesses pour [TRADUCTION] « éliminer la fourniture de DRAM et faire augmenter les prix des DRAM » (voir, p. ex., la Déclaration, aux paragraphes 2, 5, 18, 22, 26, 45, 50, 52, 128, 129 et 130).

[21] Under section 46, the plaintiffs allege that the defendants implemented a foreign directive, instruction, intimation of policy or other communication, which communication was for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered outside Canada that, if entered in Canada, would have been in contravention of section 45 of the Act (Statement of Claim, at paragraph 136). Again, this paragraph reproduces the language of the Act.

[22] In summary, the plaintiffs claim that, prior to 2016, the defendants competed vigorously over market shares but that, in early 2016, the defendants conspired to reduce the supply of DRAM in order to drive up DRAM prices. Throughout 2015 and the first half of 2016, DRAM prices had steadily declined. However, after the second quarter of 2016, prices reversed course and began a sharp ascent to record highs, for all types of DRAM, all sizes and all markets. According to the Statement of Claim, at that point in time, the defendants adopted the same policy of refusing to increase their own supplies of DRAM. They signalled, through public statements made to investors and at industry conferences, what the plaintiffs present as coordinated decisions to limit the supply of DRAM. According to the plaintiffs, Micron's and Samsung's public statements reassured each other and SK Hynix of their continued participation in the conspiracy. The plaintiffs further allege that the nature of the DRAM market, an oligopoly where the defendants were responsible for at least 96 percent of worldwide DRAM sales, fostered this collusion.

[23] According to the plaintiffs, the defendants' reduction of DRAM supply below market demand marked a departure from prior market behaviour, where the defendants and other market participants competed primarily, if not solely, on price, aiming to increase their own market share.

[21] Au titre de l'article 46, les demandeurs allèguent que les défenderesses ont appliqué une directive, une instruction, un énoncé de politique ou une autre communication provenant de l'étranger, laquelle communication avait pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'étranger qui, s'il avait été conclu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45 de la Loi (Déclaration, au paragraphe 136). Encore une fois, ce paragraphe reproduit le libellé de la Loi.

[22] En résumé, les demandeurs prétendent qu'avant 2016, les défenderesses se livraient une concurrence vigoureuse pour obtenir des parts de marché, mais qu'au début de 2016, elles ont comploté pour réduire la fourniture de DRAM afin de faire augmenter les prix. Tout au long de 2015 et du premier semestre de 2016, les prix des DRAM avaient diminué de façon constante. Toutefois, après le deuxième trimestre de 2016, la tendance a changé, et les prix ont commencé à remonter de façon marquée pour atteindre des sommets pour tous les types de DRAM, toutes les tailles et tous les marchés. Selon la Déclaration, les défenderesses ont à ce moment-là adopté la même politique consistant à refuser d'augmenter leurs propres stocks de DRAM. Elles ont envoyé des signaux, par des déclarations publiques à l'intention des investisseurs et lors de conférences sectorielles, de ce que les demandeurs présentent être des décisions coordonnées visant à limiter la fourniture de DRAM. Selon les demandeurs, par leurs déclarations publiques, Micron et de Samsung se rassuraient mutuellement et rassuraient également SK Hynix de leur participation continue au complot. Les demandeurs allèguent également que la nature du marché des DRAM, un oligopole dans le cadre duquel les défenderesses assuraient au moins 96 pour cent des ventes mondiales de DRAM, a favorisé cette collusion.

[23] Selon les demandeurs, la réduction de la fourniture de DRAM par les défenderesses en deçà de la demande du marché a marqué une rupture avec le comportement antérieur sur le marché, où les défenderesses et d'autres participants au marché se faisaient concurrence principalement, pour ne pas dire uniquement, sur les prix dans le but d'accroître leur propre part de marché.

[24] The plaintiffs allege that the conspiracy between the defendants was formed and achieved through direct communications in private meetings between the defendants as well as through public statements—or “signaling”—to each other, both of which, say the plaintiffs, are actionable forms of conspiracy conduct well recognized by the case law in Canada. In terms of evidentiary basis, the plaintiffs’ allegations rely on what they called four main indicia of breaches of section 45 of the Act. First, a regulatory investigation initiated by the Chinese anti-trust authorities (China Investigation); second, massive and coordinated supply restrictions and price increases in the Class Period, resulting in steep increases in prices for DRAM products and in revenues for the defendants; third, the continuous and repeated statements made in private and in public by the defendants’ senior executives that they would restrict DRAM supply and that their competitors would do likewise; fourth, a similar anti-competitive conduct admitted by the defendants a few years ago in the same DRAM industry.

[25] The plaintiffs allege that this supply reduction resulted in supra-competitive pricing for DRAM and DRAM products that would not have occurred absent the conspiracy and, further, that this “overcharge” was passed on to end-consumers (i.e. indirect purchasers), including the plaintiffs, who purchased DRAM products. The overcharge and harm to the plaintiffs and Class members is the difference between the price actually paid as a result of the alleged conspiracy and the price that would have been in place in the absence of such conspiracy.

[26] The plaintiffs contend that the alleged conspiracy ended after news broke of the China Investigation undertaken by the Chinese antitrust authorities on alleged suspicions of DRAM price-fixing.

[27] As mentioned above at paragraph 16, the plaintiffs propose six common issue questions. The first two questions concern the alleged wrongful conduct and liability

[24] Les demandeurs allèguent que le complot entre les défenderesses a été formé et réalisé au moyen de communications directes lors de réunions privées qu’elles ont eues ainsi que de déclarations publiques ou « signaux » qu’elles se sont envoyés, lesquels, affirment les demandeurs, sont des formes de complot passibles de sanctions bien reconnues par la jurisprudence au Canada. En ce qui concerne le fondement probatoire, les allégations des demandeurs reposent sur ce qu’ils ont appelé quatre principaux indices de violation de l’article 45 de la Loi : premièrement, une enquête réglementaire lancée par les autorités anticoncurrentielles chinoises (l’enquête de la Chine); deuxièmement, des restrictions massives et coordonnées de la fourniture de DRAM et des augmentations de prix au cours de la période visée par le recours collectif, ce qui a entraîné des hausses marquées des prix des produits utilisant des DRAM et des revenus des défenderesses; troisièmement, les déclarations continues et répétées faites en privé et en public par les cadres supérieurs des défenderesses selon lesquelles ces dernières limiteraient la fourniture de DRAM et que leurs concurrents feraient de même; quatrièmement, un comportement anticoncurrentiel semblable admis par les défenderesses il y a quelques années dans la même industrie des DRAM.

[25] Les demandeurs avancent que cette réduction de l’offre a occasionné, pour les DRAM et les produits utilisant des DRAM, des prix supra-concurrentiels qui n’auraient pas eu lieu sans le complot. Ils ajoutent que cette « majoration » s’est répercutée sur les consommateurs finaux (c.à.d. les acheteurs indirects), comme les demandeurs, qui ont acheté des produits utilisant des DRAM. La majoration et le préjudice causé aux demandeurs et aux membres du groupe correspondent à la différence entre le prix réellement payé à cause du complot allégué et le prix qui aurait été demandé en l’absence d’un tel complot.

[26] Les demandeurs soutiennent que le complot allégué a pris fin après l’annonce de la nouvelle concernant l’enquête des autorités anticoncurrentielles chinoises au sujet de soupçons de fixation des prix des DRAM.

[27] Comme il a été mentionné au paragraphe 16, les demandeurs proposent six questions communes. Les deux premières portent sur les allégations de comportement

issues for breach of sections 45 and 46 of the Act. The next two questions concern harm or loss issues resulting from the alleged wrongful conduct. Finally, the last two questions relate to follow-on interest and investigation costs issues.

E. *The parallel U.S. class action*

[28] It is important to observe that the certification motion filed by the plaintiffs follows a parallel class action commenced earlier in the U.S., on which the claim in this proposed class action is directly based. The allegations made in the U.S. class action are closely similar to what is pleaded in this case. The two plaintiffs in fact indicate, in their respective affidavits, that it was the news reports on the U.S. class action that prompted them to get involved in this class action lawsuit in Canada. In their written materials submitted in this matter, the plaintiffs indeed referred to the parallel proceeding in the U.S. District Court for the Northern District of California involving most of the defendants (U.S. defendants), namely *In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Indirect Purchaser Litigation* [538 F.3d 1107 (9th Cir. 2008)]. Moreover, the plaintiffs filed the Amended U.S. Complaint submitted by the U.S. plaintiffs as an exhibit to one of their affidavits provided in support of this motion. This Amended U.S. Complaint had been filed following a decision by the U.S. District Court which granted in part the U.S. defendants' motion to dismiss the original complaint for failure to state a claim in conspiracy in violation of the U.S. federal antitrust laws but also allowed the U.S. plaintiffs to amend (*Jones v. Micron Technology Inc.*, 400 F.Supp.3d 897 (N.D. Cal. 2019) (*Jones*)).

[29] On November 24, 2020, after the hearing of the certification motion before this Court, the U.S. District Court issued another decision, dismissing in part the Amended U.S. Complaint, again for failure to state a claim of conspiracy in violation of the U.S. federal antitrust laws

répréhensible et de responsabilité pour violation des articles 45 et 46 de la Loi. Les deux questions suivantes portent sur les points relatifs aux dommages ou aux pertes découlant du comportement répréhensible allégué. Enfin, les deux dernières questions concernent les intérêts et les coûts d'enquête.

E. *Le recours collectif américain parallèle*

[28] Il convient de souligner que la requête en autorisation déposée par les demandeurs fait suite à un recours collectif parallèle intenté plus tôt aux É.-U., sur lequel est directement fondée la réclamation sollicitée dans le présent recours collectif envisagé. Les allégations formulées dans le cadre du recours collectif américain sont très semblables à celles formulées en l'espèce. Les deux demandeurs indiquent en fait, dans leurs affidavits respectifs, que ce sont les reportages sur le recours collectif américain qui les ont incités à intenter un recours collectif au Canada. Dans les documents qu'ils ont présentés dans le cadre de la présente affaire, les demandeurs ont en effet fait référence à l'instance parallèle intentée devant la Cour de district des É.-U. du district du Nord de la Californie mettant en cause la plupart des défenderesses (les défenderesses américaines), à savoir *In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Indirect Purchaser Litigation* [538 F.3d 1107 (9th Cir. 2008)]. De plus, les demandeurs ont déposé la plainte américaine modifiée présentée par les demandeurs américains comme pièce jointe à l'un de leurs affidavits fournis à l'appui de la présente requête. Cette plainte américaine modifiée avait été déposée à la suite d'une décision de la Cour de district des É.-U., laquelle avait accueilli en partie la requête des défenderesses américaines qui visait à faire rejeter la plainte initiale en raison de l'omission de formuler une allégation de complot en violation des lois anticoncurrentielles fédérales américaines, mais avait également autorisé les demandeurs américains à modifier la plainte (*Jones v. Micron Technology Inc.*, 400 F.Supp.3d 897 (N.D. Cal. 2019) (*Jones*)).

[29] Le 24 novembre 2020, après l'audition de la requête en autorisation devant notre Cour, la Cour de district des É.-U. a rendu une autre décision, par laquelle elle a rejeté en partie la plainte américaine modifiée, encore une fois pour omission de formuler une allégation de complot

(*In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Indirect Purchaser Litigation*, Order Granting in Part and Denying in Part Defendants’ Motions to Dismiss, U.S. District Court, Northern District of California, November 24, 2020 [2020 WL 8459279] (see Case No. 4:18-cv-2518-JSW-KAW, Dkt. No. 119)). In an oral direction issued on December 7, 2020, I determined that, in the circumstances, this latest U.S. decision was relevant to the certification motion before this Court and that it could be accepted for filing. Of course, even though they relate to the same factual background as in the case at bar, these U.S. precedents are not binding on this Court, and I am mindful of the fact that a U.S. motion to dismiss a class action is subject to a standard different from the Canadian standard on certification motions and involves a more extensive weighing of evidence. I am also aware that the November 24, 2020, decision of the U.S. District Court was appealed to the U.S. Court of Appeal for the Ninth Circuit in January 2021, and that this appeal is still pending.

[30] That said, it is worth noting that, in those decisions, the U.S. District Court found that the U.S. plaintiffs’ allegations of “plus factors” combined and viewed together fell short of alleging a plausible cause of action based on conspiracy, and that their claim amounted to nothing more than “conscious parallelism”. Broadly speaking, conscious parallelism refers to situations where, in the absence of an agreement to limit competition, competitors unilaterally adopt similar or identical business practices or pricing, as a result of rational and profit-maximizing strategies based on observations of market trends and activities of competitors. This type of conduct is frequent in oligopolistic markets where competitors base their actions in part on the anticipated reactions of their rivals. In the U.S., such parallel conduct is not unlawful on its own under the applicable federal antitrust legislation, and a plaintiff must plead some “factual enhancement” (called “plus factors” in the U.S.) showing further circumstances pointing toward a meeting of the minds of the alleged conspirators. These factual enhancements are economic actions and outcomes that are largely inconsistent with unilateral, lawful conduct but largely consistent with explicitly coordinated action (*In re Musical Instruments*

en violation des lois anticoncurrentielles fédérales américaines (*In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Indirect Purchaser Litigation*, ordonnance accueillant en partie et rejetant en partie les requêtes en rejet des défenderesses, Cour de district des É.-U., district du Nord de la Californie, le 24 novembre 2020 [2020 WL 8459279] (voir affaire n° 4 :18-cv-2518-JSW-KAW, Dkt No. 119)). Dans une directive orale donnée le 7 décembre 2020, j’ai conclu que, dans les circonstances, cette dernière décision américaine était pertinente pour la requête en autorisation dont la Cour est saisie et qu’elle pouvait être acceptée aux fins de dépôt. Bien entendu, même s’ils se rapportent au même contexte factuel que celui de la présente espèce, ces précédents américains ne lient pas la Cour, et je suis conscient du fait qu’une requête américaine en rejet d’un recours collectif est assujettie à une norme différente de la norme canadienne applicable aux requêtes en autorisation et qu’elle nécessite un examen plus approfondi de la preuve. Je sais également que la décision du 24 novembre 2020 de la Cour de district des É.-U. a été portée en appel devant la Cour d’appel des É.-U. pour le neuvième circuit, et que cet appel est toujours en instance.

[30] Cela dit, il convient de souligner que, dans ses décisions, la Cour de district des É.-U. a conclu que, globalement, les allégations des demandeurs américains au sujet des « facteurs supplémentaires » (*plus factors*) ne présentaient pas une cause d’action plausible fondée sur le complot, et que leur réclamation ne présentait rien de plus qu’un [TRADUCTION] « parallélisme conscient ». De façon générale, le terme « parallélisme conscient » désigne les situations où, en l’absence d’accord visant à limiter la concurrence, des concurrents adoptent unilatéralement des pratiques commerciales ou des prix semblables ou identiques dans le cadre de stratégies rationnelles de maximisation des profits fondées sur l’observation des tendances du marché et des activités des concurrents. Il s’agit d’un type de comportement fréquent dans les marchés oligopolistiques où les concurrents fondent en partie leurs actions sur les réactions anticipées de leurs rivaux. Aux É.-U., selon les lois anticoncurrentielles applicables, un tel comportement parallèle n’est pas illégal en soi. Ainsi, un demandeur doit faire valoir la présence de certains « faits additionnels » (appelées « facteurs supplémentaires » aux É.-U.) pour montrer l’existence d’autres circonstances qui illustrent une convergence d’intentions

and *Equipment Antitrust Litigation*, 798 F.3d 1186 (9th Cir. 2015), at page 1194).

[31] While the U.S. plaintiffs presented allegations of parallel conduct between the U.S. defendants, the U.S. District Court found that there was insufficient evidence of “plus factors” pointing toward the meeting of the minds of these defendants, whether express or tacit. More specifically, the U.S. District Court found that the general oligopolistic market conditions prevailing in the DRAM industry were not “plus factors” allowing one to conclude that there was a conspiracy, as they were just as likely to be consistent with innocent behaviour as with unlawful one. The U.S. District Court also determined that membership in trade associations and attendance at trade association meetings offered nothing more than an opportunity to collude for the U.S. defendants, and that an opportunity without more was insufficient to state a conspiracy.

[32] With respect to the U.S. defendants’ public statements and allegations of public signalling, the U.S. District Court found that the statements alleged in the pleadings were made in public settings during earnings calls with investors or at industry conferences, that they were the individual U.S. defendants’ indications of their own future behaviour, descriptions of their past behaviour, predictions of industry trends and observations about competitors’ behaviour, and that such statements were insufficient to support an inference of conspiracy because they were not “largely inconsistent with unilateral, lawful conduct”. On the contrary, said the U.S. District Court, the U.S. defendants’ behaviour and statements were consistent with lawful conscious parallelism, and did not constitute circumstantial evidence of a conspiracy in that case.

des conspirateurs soupçonnés. Ces faits additionnels sont des actions et des résultats économiques qui s’éloignent largement d’un comportement unilatéral et légal, et qui sont pour la plupart compatibles avec une action explicitement coordonnée (*In re Musical Instruments and Equipment Antitrust Litigation*, 798 F.3d 1186 (9th Cir. 2015), à la page 1194).

[31] Bien que les demandeurs américains aient allégué l’existence d’un comportement parallèle des défenderesses américaines, la Cour de district des É.-U. a estimé qu’il n’y avait pas suffisamment de preuve « de facteurs supplémentaires » pour que l’on puisse conclure à une rencontre des volontés des défenderesses, qu’elle soit explicite ou tacite. Plus précisément, la Cour de district des É.-U. a jugé que les conditions générales du marché oligopolistique dans l’industrie de la DRAM n’étaient pas assimilables à des « facteurs supplémentaires » permettant de conclure à l’existence d’un complot, car elles étaient tout aussi susceptibles d’être compatibles avec un comportement innocent qu’un comportement illégal. La Cour de district des É.-U. a également conclu que l’adhésion à des associations commerciales et la participation à des réunions d’associations commerciales n’offraient rien de plus qu’une possibilité de comploter pour les défenderesses américaines, et qu’une seule opportunité, sans plus, est insuffisante pour conclure à l’existence d’un complot.

[32] En ce qui a trait aux déclarations publiques des défenderesses américaines et aux allégations de signaux publics, la Cour de district des É.-U. a conclu que les déclarations figurant dans les actes de procédure ont été faites publiquement lors de conférences en vue de la communication des résultats financiers aux investisseurs ou lors de conférences sectorielles, qu’il s’agissait d’indications des défenderesses américaines individuelles concernant leur propre comportement futur, de descriptions de leur comportement passé, de prévisions quant aux tendances de l’industrie et d’observations à propos du comportement des concurrents, et que de telles déclarations n’étaient pas suffisantes pour fonder une inférence de complot, car elles n’étaient pas [TRADUCTION] « pour l’essentiel incompatibles avec un comportement unilatéral et illégal ». Au contraire, selon la Cour de district des É.-U., le comportement et les déclarations des



[33] The U.S. District Court also concluded that allegations relating to past investigations in the DRAM industry or previous guilty pleas by the U.S. defendants were not sufficient to suggest a contemporary conspiracy, and that allegations of investigations or cases outside the U.S. were unpersuasive as foreign laws (in this case, China's) may prohibit behaviour that is lawful under U.S. laws.

[34] I should also add that, in late June 2021, the Superior Court of Quebec dismissed an application for authorization to institute a class action alleging the same conspiracy to restrict the production and increase the prices of DRAM that underlies the plaintiffs' certification motion (*Hazan c. Micron Technology Inc.*, 2021 QCCS 2710 (CanLII), 2021 CarswellQue 10368 (*Hazan*)). In that case, the court concluded that the Quebec criteria for the authorization of the class action were not met due to vague, imprecise and general allegations, and to the absence of some evidence establishing, even summarily, the existence of the alleged conspiracy. Thus, said the court, the application did not present an "arguable case".

[35] Again, even though the *Hazan* decision relates to the same factual background as in the case at bar, this precedent is not binding on this Court, and I am mindful of the fact that an application for authorization of a class action in Quebec is not subject to the exact same standard governing certification motions before this Court. However, I should observe that the "arguable case" requirement applicable in Quebec has been described by the S.C.C. as a "less demanding" evidentiary burden and a less rigorous standard than the some-basis-in-fact standard that applies in other parts of Canada and before this Court (*Infineon Technologies AG v. Option consommateurs AG*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600 (*Infineon*), at paragraph 128). As is the case for the parallel U.S. decision referred to above, the *Hazan* decision is currently under appeal.

défenderesses américaines étaient compatibles avec un parallélisme conscient et légal, et ne constituaient pas une preuve circonstancielle d'un complot.

[33] La Cour de district des É.-U. a également conclu que les allégations relatives à des enquêtes antérieures dans l'industrie des DRAM ou à des plaidoyers de culpabilité antérieurs par les défenderesses américaines n'étaient pas suffisantes pour démontrer un complot contemporain, et que les allégations concernant des enquêtes ou des cas à l'extérieur des É.-U. n'étaient pas convaincantes, car les lois étrangères (dans cette affaire, les lois chinoises) peuvent interdire un comportement qui est légal en vertu des lois américaines.

[34] J'ajouterais qu'à la fin de juin 2021, la Cour supérieure du Québec a refusé d'autoriser un recours collectif visant le même complot, à savoir un complot pour restreindre la production et augmenter les prix des DRAM, qui sous-tend la requête en autorisation des demandeurs (*Hazan c. Micron Technology Inc.*, 2021 QCCS 2710 (CanLII) (*Hazan*)). Dans cette affaire, la Cour a conclu que les critères québécois d'autorisation du recours collectif n'étaient pas satisfaits en raison d'allégations vagues, imprécises et générales, et de l'absence d'éléments de preuve établissant, même sommairement, l'existence du complot allégué. Par conséquent, la Cour a jugé que la demande ne comportait pas une « cause défendable ».

[35] Encore une fois, même si la décision *Hazan* porte sur le même contexte factuel que celui en l'espèce, ce précédent ne lie pas la Cour, et je suis conscient du fait qu'une demande d'autorisation d'un recours collectif au Québec n'est pas assujettie à exactement la même norme qui régit les requêtes en autorisation devant notre Cour. Cependant, je dois souligner que l'exigence relative à la « cause défendable » applicable au Québec a été décrite par la Cour suprême du Canada (C.S.C.) comme un fardeau de preuve « moins exigeant » et une norme moins rigoureuse que la norme fondée sur l'existence d'un certain fondement factuel qui s'applique ailleurs au Canada et devant notre Cour (*Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600 (*Infineon*), au paragraphe 128). Comme c'est le cas pour la décision américaine parallèle précitée, la décision *Hazan* est actuellement en appel.

F. *The particular nature of this case*

[36] It is also necessary, at the outset, to underscore the particularities of this proposed class action. The plaintiffs advance that their certification motion is a typical competition law class action raising an allegation of price-fixing conspiracy. They further claim that there are no meaningful differences between this case and a previous DRAM case where certification was confirmed by the Supreme Court of Canada (S.C.C.) in *Infineon*, and that there is no reason to depart from this binding precedent.

[37] With respect, I disagree with the plaintiffs.

(1) This is a supply suppression case

[38] First, this proposed competition law class action differs significantly from the usual price-fixing class actions brought before Canadian courts under the conspiracy provision of the Act (i.e. section 45 and its predecessors). Despite the repeated attempts by counsel for the plaintiffs to portray it as such, the conspiracy alleged by the plaintiffs in this case is not a typical price-fixing conspiracy under section 45 of the Act; it is instead an alleged conspiracy to suppress the supply of DRAM, which has allegedly resulted in an increase in prices for DRAM. When the Statement of Claim is read in context and in its entirety, it is clear that the plaintiffs' core allegation of conspiracy is about supply suppression.<sup>3</sup> In fact, in the last iteration of their Statement of Claim, the plaintiffs systematically replaced the references to a "price-fixing conspiracy" or to a "conspiracy to fix the price of DRAM" by references to a "conspiracy to suppress the global supply of DRAM and increase the price of DRAM". In my view, on any fair reading of the pleadings, the plaintiffs' claim does not describe any standalone, independent price-fixing conspiracy, but rather an alleged conspiracy to restrict output, the alleged consequence of which was an increase in DRAM prices.

<sup>3</sup> In these reasons, the words "suppress", "restrict" or "limit" are used interchangeably to describe the alleged conspiracy to suppress DRAM supply claimed by the plaintiffs.

F. *La nature particulière de la présente affaire*

[36] Il est également nécessaire de souligner d'entrée de jeu les particularités du présent recours collectif envisagé. Les demandeurs soutiennent que leur requête en autorisation constitue un recours collectif typique en droit de la concurrence soulevant une allégation de complot visant à fixer les prix. Ils prétendent en outre qu'il n'y a pas de différences importantes entre le présent dossier et une précédente affaire en matière de DRAM où l'autorisation a été confirmée par la C.S.C., dans l'arrêt *Infineon*, et qu'il n'y a aucune raison de déroger à ce précédent faisant autorité.

[37] En tout respect, je ne suis pas d'accord avec les demandeurs.

1) Il est question en l'espèce d'élimination de l'offre

[38] Premièrement, le présent recours collectif envisagé en matière de droit de la concurrence se distingue considérablement des recours collectifs habituels de fixation des prix intentés devant les tribunaux canadiens en vertu de la disposition de la Loi sur le complot (c.-à-d. l'article 45 et les dispositions qui l'ont précédé). Malgré les tentatives répétées des avocats des demandeurs de le dépeindre ainsi, le complot allégué par les demandeurs en l'espèce n'est pas un complot typique de fixation des prix au sens de l'article 45 de la Loi; il s'agit plutôt d'un complot visant à éliminer la fourniture de DRAM, lequel aurait entraîné une augmentation des prix des DRAM. Lorsque la Déclaration est lue dans son contexte et dans son intégralité, il est manifeste que l'allégation principale de complot des demandeurs concerne l'élimination de la fourniture des DRAM<sup>3</sup>. En fait, dans la dernière itération de leur Déclaration, les demandeurs ont systématiquement remplacé les références à un [TRADUCTION] « complot de fixation des prix » ou à un [TRADUCTION] « complot pour fixer le prix des DRAM » par des références à un [TRADUCTION] « un complot visant à éliminer la fourniture mondiale de DRAM et à augmenter le prix des DRAM ». À mon avis, une lecture objective des actes de procédure

<sup>3</sup> Dans les présents motifs, les mots « éliminer », « restreindre » ou « limiter » sont utilisés indifféremment pour décrire le complot allégué visant à éliminer la fourniture de DRAM dénoncée par les demandeurs.

[39] This is a distinctive feature of this case, and I am aware of no precedent where the primary focus of a competition law class action alleging a breach of section 45 of the Act was output suppression as it is here.

(2) The alleged conspiracy is in dispute

[40] Second, this competition law class action is a rare case where the very existence of the alleged conspiracy at the source of the claim for loss and damages under section 36 of the Act is disputed and challenged at the certification stage. A review of the Canadian case law on competition law class actions involving price-fixing and other competition-related conspiracies under section 45 and its predecessors reveals that the existence of an alleged conspiracy is typically not an issue in such class actions. In fact, the battleground is usually beyond the allegation of an illegal agreement and focuses on whether the harm or loss allegedly resulting from the actionable conspiracy is common to the class members.

[41] This has been the situation for various reasons. In some instances, there were express agreements, rules or contracts at the source of the impugned unlawful conspiracy. In other matters, there were admissions on the conspiracy element of the impugned conduct, or guilty pleas had been previously entered by the defendants in related criminal proceedings in Canada or abroad. In yet other cases, there was an existing criminal investigation by the Canadian competition authorities or by foreign authorities (and affecting Canada). All of these situations meant that there were not only ample material facts supporting the conspiracy allegations made in the pleadings but also the minimal required evidentiary basis (i.e. some basis in fact) for the proposed common issues relating to the alleged wrongful conduct.

me permet de conclure que la réclamation des demandeurs ne décrit pas de complot autonome et indépendant visant la fixation des prix, mais plutôt un complot visant à limiter la production, dont la conséquence serait une augmentation des prix des DRAM.

[39] Il s'agit d'un élément distinctif de la présente affaire, et je ne connais aucun précédent où l'objet principal du recours collectif en matière de droit de la concurrence concernant une allégation de violation de l'article 45 de la Loi était l'élimination de la production, comme c'est le cas en l'espèce.

2) Le complot allégué est contesté

[40] Deuxièmement, le présent recours collectif envisagé en matière de droit de la concurrence est un cas rare où l'existence même du complot allégué à l'origine de la réclamation de perte et de dommages en vertu de l'article 36 de la Loi est contestée et remise en question à l'étape de l'autorisation. Un examen de la jurisprudence canadienne sur les recours collectifs en matière de droit de la concurrence portant sur la fixation des prix et d'autres complots liés à la concurrence en vertu de l'article 45 et des dispositions qui l'ont précédé révèle que l'existence d'un complot n'est généralement pas en litige dans de tels recours collectifs. En fait, le litige ne vise habituellement pas l'allégation d'accord illégal et est axé sur la question de savoir si les dommages ou la perte qui découleraient du complot donnant ouverture à une action sont communs aux membres du groupe.

[41] C'est la situation qui se présentait généralement pour diverses raisons. Dans certains cas, il y avait des accords, des règles ou des contrats explicites à l'origine du complot illégal dénoncé. Dans d'autres affaires, il y avait des aveux sur l'élément de complot du comportement reproché, ou des plaidoyers de culpabilité avaient déjà été inscrits par les défendeurs dans des procédures criminelles connexes au Canada ou à l'étranger. Dans d'autres affaires encore, les autorités canadiennes en matière de concurrence ou des autorités étrangères (dont l'action avait une incidence au Canada) menaient déjà une enquête criminelle. Toutes ces situations signifiaient qu'il y avait non seulement amplement de faits pertinents à l'appui des allégations de complot formulées dans les actes de procédure, mais aussi le minimum de fondement

[42] Save for one exception (to which I will turn in a moment), this is indeed what the various precedents cited by the plaintiffs in this case actually reflect. Examples of competition law class actions where there were express agreements, rules or contracts anchoring the alleged conspiracy include *Prokuron Sourcing Solutions Inc. v. Sobey's Inc. and Lexmark Canada Inc.*, 2019 ONSC 7403 (CanLII) (*Prokuron*); *Watson v. Bank of America Corporation*, 2014 BCSC 532 (*Watson*), vard 2015 BCCA 362, 389 D.L.R. (4th) 577 (*Watson C.A.*); *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's Canada Restaurant Corp.* (2009), 96 O.R. (3d) 252, 2009 CanLII 23374, [2009] O.J. No. 1874 (QL) (Div. Ct.), aff'd 2010 ONCA 466 (CanLII), (2010), 100 O.R. (3d) 721; and *Axiom Plastics Inc. v. E.I. DuPont Canada Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 352, [2007] O.J. No. 3327 (QL) (S.C.J.). Examples where the underlying criminal investigation left no doubt about the existence of an alleged conspiracy in Canada include *Watson; Airia Brands v. Air Canada*, 2015 ONSC 5352 (CanLII) (*Airia*); and *Mancinelli v. Royal Bank of Canada*, 2020 ONSC 1646 (CanLII) (*Mancinelli*). Examples where there was an underlying criminal investigation and either guilty pleas or admissions had been made by the defendants regarding the alleged conspiracy include *Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] 3 S.C.R. 295 (*Godfrey*); *Infineon; Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2017 BCSC 2357, rev'd on other grounds 2019 BCCA 187; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148 (CanLII), 390 D.L.R. (4th) 87 (*Shah*), aff'd 2018 ONCA 819 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 514; *Fanshawe College v. LG Philips LCD Co.*, 2011 ONSC 2484 (CanLII) (*Fanshawe*); *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358, [2009] O.J. No. 4021 (QL) (S.C.J.), leave to appeal refused 2010 ONSC 2705 (CanLII), 103 O.R. (3d) 296 (Div. Ct.) (*Irving Paper*); *Ford v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758, *sub nom. Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [2005] O.J. No. 1118 (QL) (S.C.J.); and *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG*, [2002] O.J. No. 79 (QL) (S.C.J.) (*Alfresh*).

probatoire requis (c.-à-d. un certain fondement factuel) pour les points communs envisagés relativement au comportement répréhensible allégué.

[42] Sous réserve d'une unique exception (dont je traiterai un peu plus loin), il s'agit effectivement de ce qui ressort des divers précédents cités par les demandeurs en l'espèce. Mentionnons, comme exemples de recours collectifs en matière de droit de la concurrence où il y avait des accords, des règles ou des contrats explicites ancrant le complot allégué, *Prokuron Sourcing Solutions Inc. v. Sobey's Inc. and Lexmark Canada Inc.*, 2019 ONSC 7403 (CanLII) (*Prokuron*); *Watson v. Bank of America Corporation*, 2014 BCSC 532 (*Watson*), mod. par 2015 BCCA 362 (*Watson CA*); *2038724 Ontario Ltd. v. Quizno's Canada Restaurant Corp.* (2009), 96 O.R. (3d) 252, 2009 CanLII 23374, [2009] O.J. n° 1874 (QL) (C. div.), conf. par 2010 ONCA 466 (CanLII), (2010), 100 O.R. (3d) 721; et *Axiom Plastics Inc. v. E.I. DuPont Canada Co.* (2007), 87 O.R. (3d) 352, [2007] O.J. n° 3327 (QL) (C. sup.). Comme exemples d'affaires où l'enquête criminelle sous-jacente n'a laissé aucun doute quant à l'existence d'un complot au Canada, mentionnons *Watson; Airia Brands v. Air Canada*, 2015 ONSC 5352 (CanLII) (*Airia*); et *Mancinelli v. Royal Bank of Canada*, 2020 ONSC 1646 (CanLII) (*Mancinelli*). Enfin, comme exemples d'affaires où il y avait une enquête criminelle sous-jacente et des plaidoyers de culpabilité ou des aveux avaient été faits par les défendeurs concernant le complot allégué, mentionnons *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] 3 R.C.S. 295 (*Godefroy*); *Infineon; Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503, 312 D.L.R. (4th) 419; *Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2017 BCSC 2357, inf. pour d'autres motifs dans 2019 BCCA 187; *Shah v. LG Chem, Ltd.*, 2015 ONSC 6148 (CanLII), 390 D.L.R. (4th) 87 (*Shah*), conf. par 2018 ONCA 819 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 514; *Fanshawe College v. LG Philips LCD Co.*, 2011 ONSC 2484 (CanLII) (*Fanshawe*); *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358, [2009] O.J. n° 4021 (QL) (C. sup.), autorisation d'appel refusée 2010 ONSC 2705 (CanLII), 103 O.R. (3d) 296 (C. div.) (*Irving Paper*); *Ford v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2005), 74 O.R. (3d) 758, *sub nom. Vitapharm Canada Ltd. v. F. Hoffmann-La Roche Ltd.*, [2005] O.J. n° 1118 (QL) (C. sup.); et *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG*, [2002] O.J. n° 79 (QL) (C. sup.) (*Alfresh*).

[43] The present case is definitely different from all these precedents, as the formation and existence of the alleged conspiracy at the source of this proposed class action is not admitted or unchallenged, but is rather strongly disputed by the defendants. In fact, this is the main battleground between the parties with respect to both the viable cause of action requirement and the common issues requirement. The above list of precedents is by no means exhaustive, but it illustrates the highly exceptional nature of the proposed class action advanced by the plaintiffs in this matter.

[44] I pause to add one comment. Contrary to what the plaintiffs argued, the fact that some of these prior price-fixing class actions (such as *Mancinelli*, *Shah* or *Watson*) may have involved cases certified by the courts in concentrated industries and oligopolies does not have much relevance in the case at bar and to the main issue raised by the plaintiffs' certification motion, namely the existence of the alleged conspiracy and wrongful conduct. The reason is simple. In every single case cited by the plaintiffs where price-fixing class actions have been certified in oligopolistic industries, the issue of the existence of the alleged conspiracy was simply not in dispute.

[45] The only notable exception, heavily relied on by the plaintiffs in their written and oral submissions before this Court, is the *Crosslink* case (*Crosslink v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682 (CanLII) (*Crosslink 1*), aff'd 2014 ONSC 4529 (CanLII) (*Crosslink 2*)). In *Crosslink*, as in the current case, the alleged conspiracy was challenged by the defendants on the basis that the plaintiffs had failed to plead material facts to support a claim of conspiracy and omitted to provide the sufficient basis in fact for the alleged conspiracy. In that matter, the Ontario Superior Court of Justice found that the requirements for certification were met for both the reasonable cause of action and the existence of some basis in fact for the common issues (*Crosslink 1*, at paragraph 71; *Crosslink 2*, at paragraph 51). As will be discussed in detail later, I respectfully conclude that the facts in the case at bar are distinguishable from the *Crosslink* matter, and thus lead me to a different conclusion.

[43] La présente espèce se distingue nettement de tous ces précédents, car la formation et l'existence du complot allégué à l'origine du recours collectif envisagé ne sont ni admises ni incontestées, mais au contraire fortement contestées par les défenderesses. En fait, il s'agit du principal litige opposant les parties en ce qui concerne à la fois l'exigence relative à la cause d'action valable et l'exigence relative aux points communs. La liste de précédents ci-dessus n'est aucunement exhaustive, mais elle illustre la nature exceptionnelle du recours collectif envisagé par les demandeurs dans la présente affaire.

[44] J'ouvre une parenthèse pour ajouter ceci. Contrairement à ce que prétendaient les demandeurs, le fait que certains de ces recours collectifs antérieurs en matière de fixation des prix (tels que *Mancinelli*, *Shah* ou *Watson*) peuvent avoir concerné des affaires autorisées par les tribunaux dans des industries concentrées et des oligopoles n'est pas pertinent pour l'affaire qui nous occupe et pour la question principale soulevée par la requête en autorisation des demandeurs, à savoir l'existence du complot allégué et du comportement répréhensible. La raison est simple. Dans chaque affaire citée par les demandeurs où des recours collectifs en matière de fixation des prix ont été autorisés dans des industries oligopolistiques, la question de l'existence du complot n'était tout simplement pas en litige.

[45] La seule exception digne de mention, sur laquelle s'appuie fortement les demandeurs dans leurs observations écrites et orales présentées à la Cour, est l'affaire *Crosslink* (*Crosslink v. BASF Canada*, 2014 ONSC 1682 (CanLII) (*Crosslink 1*), conf. par 2014 ONSC 4529 (CanLII) (*Crosslink 2*)). Dans l'affaire *Crosslink*, comme en l'espèce, le complot allégué était contesté par les défenderesses au motif que les demandeurs n'avaient pas invoqué de faits substantiels pour étayer l'allégation de complot et avaient omis de fournir un fondement factuel suffisant pour le complot allégué. Dans cette affaire, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que les exigences en matière d'autorisation étaient remplies à la fois en ce qui concerne la cause d'action valable et l'existence d'un fondement factuel pour les points communs (*Crosslink 1*, au paragraphe 71; *Crosslink 2*, au paragraphe 51). Comme nous le verrons en détail plus loin, je conclus en toute déférence que les faits de la présente

(3) This case differs from *Infineon*

[46] The plaintiffs also claim that there are no meaningful differences between this case and the *Infineon* case decided by the S.C.C. in 2013, and that there are no reasons to depart from this binding precedent at this certification stage. In *Infineon*, the S.C.C. dealt with a Quebec class action involving the DRAM industry, the same products, the same types of claims, some of the same defendants and the same types of indirect purchasers of electronic goods containing DRAM. In that matter, the S.C.C. affirmed the “authorization” (as the certification process is known in Quebec) of a very similar action brought by indirect purchasers of products containing DRAM.

[47] However, this precedent cannot predetermine the result of the present certification motion as there is a fundamental difference between the current case and the S.C.C. decision in *Infineon*. This difference, once again, relates to the issue of the alleged conspiracy. In *Infineon*, the alleged conspiracy was to fix the prices of DRAM and it was not in dispute at all, since the international price-fixing conspiracy had in fact been admitted by the defendants in that case (*Infineon*, at paragraph 5; *Option Consommateurs v. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), at paragraph 16). Moreover, there was some evidence, originating directly from the U.S. and European competition agencies involved, relating to the existence of the alleged global conspiracy, the ongoing investigations by these government authorities, and the plea agreements entered into by the defendants (*Infineon*, at paragraphs 80–139). Here, to reiterate, the very existence of the alleged conspiracy to suppress DRAM supply is the main battleground between the parties, and the *Infineon* precedent therefore does not shed any useful light on the main issue in dispute.

### III. Legal framework for certification

[48] Against that background, the legislative framework and general principles governing the certification of class actions in this Court can be summarized as follows.

affaire se distinguent de ceux de *Crosslink* et m’amènent donc à tirer une conclusion différente.

3) La présente espèce diffère de l’affaire *Infineon*

[46] Les demandeurs prétendent également qu’il n’y a pas de différences significatives entre la présente espèce et l’affaire *Infineon* tranchée par la C.S.C. en 2013, et qu’il n’y a aucune raison de s’écarter de ce précédent contraignant à cette étape de l’autorisation. Dans l’arrêt *Infineon*, la C.S.C. a examiné un recours collectif québécois mettant en cause l’industrie des DRAM, les mêmes produits, les mêmes types de réclamations, certaines des mêmes défenderesses et les mêmes types d’acheteurs indirects de produits électroniques contenant des DRAM. Dans cette affaire, la C.S.C. a confirmé l’autorisation d’un recours très semblable intenté par des acheteurs indirects de produits contenant des DRAM.

[47] Cependant, ce précédent ne peut prédéterminer l’issue de la présente requête en autorisation, car il y a une différence fondamentale entre la présente espèce et l’affaire *Infineon* dont était saisie la C.S.C. Cette différence, encore une fois, se rapporte à la question du complot allégué. Dans *Infineon*, le complot visait la fixation des prix des DRAM et n’était pas du tout en litige, puisque le complot international de fixation des prix avait en fait été admis par les défenderesses (*Infineon*, au paragraphe 5; *Option Consommateurs c. Infineon Technologies AG*, 2011 QCCA 2116 (CanLII), au paragraphe 16). De plus, il y avait des éléments de preuve, provenant directement des organismes responsables de la concurrence américains et européens concernés, quant à l’existence du complot mondial allégué, aux enquêtes en cours par ces autorités gouvernementales et aux ententes sur le plaidoyer conclues par les défenderesses (*Infineon*, aux paragraphes 80 à 139). Je répète qu’en l’espèce l’existence même du complot visant à éliminer la fourniture de DRAM constitue le principal litige entre les parties, et le précédent établi dans l’arrêt *Infineon* n’apporte donc aucun éclairage utile sur cette question principale.

### III. Cadre juridique des requêtes en autorisation

[48] Dans ce contexte, le cadre législatif et les principes généraux régissant l’autorisation des recours collectifs devant notre Cour peuvent se résumer comme suit.

### A. Legislative framework

[49] Part 5.1 of the Rules sets out the framework for establishing and managing class proceedings before this Court. Subsections 334.16(1) and (2) and rule 334.18 are the main provisions governing the certification of class proceedings. They are reproduced in their entirety in Annex A of these reasons.

[50] Subsection 334.16(1) prescribes that a class action shall be certified if the following five conditions are met: (i) the pleadings disclose a reasonable cause of action; (ii) there is an identifiable class of two or more persons; (iii) the claims raise common questions of law or fact; (iv) a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of those common questions; and (v) there is an appropriate representative plaintiff. The first condition echoes a requirement applicable to all actions brought by a plaintiff. The other four conditions are more specific to class proceedings.

[51] Subsection 334.16(1) uses mandatory language, meaning that the Court shall grant certification where all five elements of the test are satisfied. Since the test is conjunctive, if a plaintiff fails to meet any of the five listed criteria, the certification motion must fail (*Lin v. Airbnb, Inc.*, 2019 FC 1563 (*Airbnb*), at paragraph 21; *Buffalo v. Samson First Nation*, 2008 FC 1308, [2009] 4 F.C.R. 3 (*Buffalo*), at paragraph 35, affd 2010 FCA 165, [2010] 3 F.C.R. D-15, at paragraph 3). Conversely, the Court may not exercise discretion and refuse to award certification if all the criteria are met (*Airbnb*, at paragraph 21).

[52] Rule 334.18 describes factors which cannot by themselves, either singly or combined with the other factors listed, provide a sufficient basis to decline certification (*Airbnb*, at paragraph 22; *Kenney v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 367 (*Kenney*), at paragraph 17; *Buffalo*, at paragraph 37). However, these factors may be relevant considerations on a motion for certification, provided the overall conclusion underlying a potential refusal is based on other concerns as well (*Airbnb*, at paragraph 22; *Kenney*, at paragraph 17).

### A. Cadre législatif

[49] La partie 5.1 des Règles énonce le cadre permettant d'établir et de gérer les recours collectifs devant la Cour. Les paragraphes 334.16(1) et (2) et la règle 334.18 des Règles constituent les dispositions principales régissant l'autorisation des recours collectifs. Ils sont reproduits intégralement à l'annexe A des présents motifs.

[50] Le paragraphe 334.16(1) prévoit qu'un recours collectif doit être autorisé si les cinq conditions suivantes sont réunies : (i) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable; (ii) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes ; (iii) les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait communs; (iv) le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs; et (v) il existe un représentant demandeur approprié. La première condition reprend une exigence applicable à toutes les actions entreprises par un demandeur. Les quatre autres conditions visent plus particulièrement les recours collectifs.

[51] Le paragraphe 334.16(1) utilise un libellé contraignant, ce qui signifie que la Cour doit accorder l'autorisation lorsque les cinq conditions sont réunies. Étant donné que ces conditions sont cumulatives, la requête en autorisation doit être rejetée si le demandeur ne respecte pas l'une d'elles (*Lin c. Airbnb, Inc.*, 2019 CF 1563 (*Airbnb*), au paragraphe 21; *Buffalo c. Nation crie de Samson*, 2008 CF 1308, [2009] 4 R.C.F. 3 (*Buffalo*), au paragraphe 35, conf. par 2010 CAF 165, [2010] 3 R.C.F. F-17, au paragraphe 3). Inversement, la Cour ne peut exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'accorder l'autorisation si toutes les conditions sont respectées (*Airbnb*, au paragraphe 21).

[52] La règle 334.18 décrit les facteurs qui ne peuvent, soit seuls, soit combinés aux autres facteurs énumérés, constituer un motif suffisant pour refuser l'autorisation (*Airbnb*, au paragraphe 22; *Kenney c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 367 (*Kenney*), au paragraphe 17; *Buffalo*, au paragraphe 37). Cependant, ces facteurs peuvent être des éléments pertinents à prendre en considération dans une requête en autorisation, pourvu que la conclusion générale sous-jacente à un éventuel refus soit également fondée sur d'autres préoccupations (*Airbnb*, au paragraphe 22; *Kenney*, au paragraphe 17).

[53] The certification criteria established in subsection 334.16(1) are akin to those applied by the courts in Ontario and British Columbia (*Canada (Attorney General) v. Jost*, 2020 FCA 212 (*Jost*), at paragraph 23; *Canada v. John Doe*, 2016 FCA 191, 486 N.R. 223 (*John Doe FCA*), at paragraph 22; *Buffalo v. Samson Cree National*, 2010 FCA 165, [2010] 3 F.C.R. D-15, at paragraph 8; *Airbnb*, at paragraph 23). It is therefore not uncommon to see this Court and the Federal Court of Appeal (F.C.A.) refer to case law arising from these provinces in matters relating to class actions, as such case law is instructive in this Court.

### B. General principles

[54] In *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal v. J.J.*, 2019 SCC 35, [2019] 2 S.C.R. 831 (*Oratoire*), the S.C.C. reminded that the procedural vehicle of class actions has several objectives, “namely to facilitate access to justice, to modify harmful behaviour and to conserve judicial resources” (*Oratoire*, at paragraph 6, citing *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158 (*Hollick*), at paragraph 15; *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534 (*Dutton*), at paragraphs 27–29, and *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3 (*Vivendi*), at paragraph 1). The certification criteria mentioned above should always be assessed while keeping in mind these three overarching purposes of class proceedings. First, foremost consideration should be given to the fact that class actions serve judicial economy as this specific procedural method avoids unnecessary duplication of fact-finding and legal analysis. Actions brought individually can indeed be less practical and less efficient than class proceedings (*Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184 (*Rumley*), at paragraph 38). Second, class actions improve access to justice by making it more economical to prosecute claims that any one class member would find too costly to initiate and bring forward on his or her own (see, e.g., *Crosslink 1*, at paragraph 113). Third, class actions serve efficiency and justice by ensuring that wrongdoers modify their behaviour by taking full account of the harm that they have caused or might cause (*Airbnb*, at paragraph 25). By doing so, class actions serve important policy objectives such as deterrence of wrongful conduct (see, e.g., *Alfresh*, at paragraph 16).

[53] Les critères d'autorisation établis au paragraphe 334.16(1) des Règles sont semblables à ceux appliqués par les tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique (*Canada (Procureur général) c. Jost*, 2020 CAF 212 (*Jost*), au paragraphe 23; *Canada c. M. Untel*, 2016 CAF 191 (*M. Untel CAF*), au paragraphe 22; *Buffalo c. Nation crie de Samson*, 2010 CAF 165, [2010] 3 R.C.F. F-17, au paragraphe 8; *Airbnb*, au paragraphe 23). Il n'est donc pas rare que notre Cour et la Cour d'appel fédérale C.A.F. renvoient à la jurisprudence en matière de recours collectifs émanant de ces provinces, car cette jurisprudence éclaire notre Cour.

### B. Principes généraux

[54] Dans l'arrêt *L'Oratoire Saint-Joseph du Mont-Royal c. J.J.*, 2019 CSC 35, [2019] 2 R.C.S. 831 (*Oratoire*), la C.S.C. a rappelé que le véhicule procédural des recours collectifs poursuit plusieurs objectifs, « à savoir faciliter l'accès à la justice, modifier des comportements préjudiciables et économiser les ressources judiciaires » (*Oratoire*, au paragraphe 6, citant *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158 (*Hollick*), au paragraphe 15; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534 (*Dutton*), aux paragraphes 27 à 29, et *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3 (*Vivendi*), au paragraphe 1). Les critères d'autorisation mentionnés ci-dessus doivent toujours être évalués en tenant compte de ces trois objectifs généraux des recours collectifs. Premièrement et avant tout, il faut tenir compte du fait que les recours collectifs permettent de faire l'économie des ressources judiciaires, car cette méthode procédurale particulière permet d'éviter la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse juridique. Les actions intentées individuellement peuvent en effet être moins pratiques et moins efficaces que les recours collectifs (*Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184 (*Rumley*), au paragraphe 38). Deuxièmement, les recours collectifs assurent un meilleur accès à la justice en rendant économiques les poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement (voir, par exemple, *Crosslink 1*, au paragraphe 113). Troisièmement, les recours collectifs servent l'efficacité et la justice en faisant en sorte que les auteurs d'actes répréhensibles prennent pleinement conscience du préjudice qu'ils infligent ou qu'ils pourraient infliger et modifient leur comportement en



[55] Therefore, when interpreting class action legislation and applying it to a certification motion, it is “essential ... that courts [do] not take an overly restrictive approach to the legislation, but rather interpret [class action legislation] in a way that gives full effect to the benefits foreseen by the drafters” and to the greater overarching purposes of this specific procedural mechanism (*Hollick*, at paragraph 15; *Dutton*, at paragraphs 27–29; *Condon v. Canada*, 2015 FCA 159, 474 N.R. 300 (*Condon*), at paragraph 10).

[56] The main purpose of a certification motion is to determine whether a class action is the appropriate procedural means for the action to proceed. As the S.C.C. noted in *Hollick*, the certification stage focuses on the form of the action, not on the substance and merits of the actual claim. The question “is not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action” (*Hollick*, at paragraph 16; *Vivendi*, at paragraph 37; *Infineon*, at paragraph 65). In other words, the courts must view the application as a procedural means, and the objective of certification is to determine if, from a procedural standpoint, the action is best brought in the form of a class action (*Hollick*, at paragraph 16; *Jost*, at paragraph 27).

[57] It is well established that the onus on a party seeking certification is not an onerous one, and the threshold for certification has generally been described as low. That said, a plaintiff must nonetheless come forward with sufficient pleadings and with a sufficient evidentiary basis to support certification. While certification remains a low hurdle, it is nonetheless a hurdle (*Simpson v. Facebook*, 2021 ONSC 968 (CanLII) (*Simpson*), at paragraph 50).

[58] The test to be applied on the first criterion for certification—namely, that the pleadings disclose a reasonable cause of action—is similar to that applicable on a motion

conséquence (*Airbnb*, au paragraphe 25). Ce faisant, les recours collectifs servent d’importants objectifs stratégiques tels que la dissuasion des comportements répréhensibles (voir, par exemple, *Alfresh*, au paragraphe 16).

[55] Par conséquent, au moment d’interpréter une loi sur les recours collectifs et de l’appliquer à une requête en autorisation, il est « essentiel [...] que les tribunaux n’interprètent pas la [loi en matière de recours collectifs] de manière trop restrictive, mais qu’ils adoptent une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages escomptés par les rédacteurs » et aux objectifs généraux plus vastes de ce mécanisme procédural particulier (*Hollick*, au paragraphe 15; *Dutton*, aux paragraphes 27–29; *Condon c. Canada*, 2015 CAF 159 (*Condon*), au paragraphe 10).

[56] L’objet principal d’une requête en autorisation est de déterminer si un recours collectif est le moyen procédural approprié pour l’instruction de l’action. Comme la C.S.C. l’a indiqué dans l’arrêt *Hollick*, l’étape de l’autorisation est axée sur la forme de l’action, et non sur le fond et le bien-fondé de la véritable demande. La question à cette étape « n’est pas s’il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais s’il convient de procéder par recours collectif » (*Hollick*, au paragraphe 16; *Vivendi*, au paragraphe 37; *Infineon*, au paragraphe 65). En d’autres termes, les tribunaux doivent considérer la demande comme un moyen procédural, et l’objectif de l’autorisation est de déterminer si, d’un point de vue procédural, le recours collectif est le meilleur moyen de régler le litige (*Hollick*, au paragraphe 16; *Jost*, au paragraphe 27).

[57] Il est bien établi que le fardeau de la preuve qui incombe à la partie qui demande l’autorisation n’est pas lourd, et le critère applicable pour l’octroi de l’autorisation a généralement été décrit comme étant peu élevé. Cela dit, un demandeur doit néanmoins présenter des actes de procédure suffisants et un fondement probatoire suffisant à l’appui de la demande d’autorisation. L’autorisation demeure un petit obstacle, mais il s’agit néanmoins d’un obstacle qui doit être franchi (*Simpson v. Facebook*, 2021 ONSC 968 (*Simpson*), au paragraphe 50).

[58] La première condition pour qu’il y ait autorisation — à savoir que les actes de procédure révèlent une cause d’action valable — est semblable à celle applicable

to strike or dismiss (*Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477 (*Pro-Sys*), at paragraph 63; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261 (*Alberta Elder*), at paragraph 20; *John Doe FCA*, at paragraph 23). The test is whether it is “plain and obvious”, assuming the facts pleaded to be true, that the pleadings disclose no reasonable cause of action and that no claim exists (*Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, [2020] 2 S.C.R. 420 (*Atlantic Lottery*), at paragraph 14; *Godfrey*, at paragraph 27; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 (*Imperial Tobacco*), at paragraph 17; *Alberta Elder*, at paragraph 20; *Hollick*, at paragraph 25; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, (1990), 74 D.L.R. (4th) 321 (*Hunt*), at page 980 [S.C.R.]; *Canada v. Greenwood*, 2021 FCA 186, [2021] 4 F.C.R. 634 (*Greenwood*), at paragraph 91; *Jost*, at paragraph 29). Stated otherwise, if a claim has no reasonable prospect of success and is so clearly futile that it is certain to fail, it should not be allowed to proceed to trial (*Hunt*, at page 980 [S.C.R.]). Pursuant to that test, the claim must be so clearly improper as to be “bereft of any possibility of success” (*Wenham v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 199, 420 D.L.R. (4th) 534 (*Wenham*), at paragraphs 27–33; *Airbnb*, at paragraph 28). The test is best expressed in the negative, and the courts must be convinced that the contemplated action has no reasonable chance of success and is doomed to fail (*Wenham*, at paragraph 22).

[59] For the remaining four certification criteria, the plaintiffs have the burden of adducing evidence to show “some basis in fact” that the requirements have been met (*Hollick*, at paragraph 25; *Pro-Sys*, at paragraph 99). This some-basis-in-fact standard means that, for all certification criteria except the cause of action, some evidentiary foundation is needed to support the certification requirements; however, the use of the word “some” implies that the evidentiary record need not be exhaustive or be a record on which the merits will be argued (*AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949 (*Fischer*), at paragraph 41, citing *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445 (CanLII), 111 O.R. (3d) 745, at paragraphs 75–76; *Greenwood*, at paragraph 94). Given the courts’ limited scope of factual inquiry and

à une requête en radiation ou en irrecevabilité (*Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 (*Pro-Sys*), au paragraphe 63; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261 (*Alberta Elder*), au paragraphe 20; *M. Untel CAF*, au paragraphe 23). Il s’agit de savoir s’il est « évident et manifeste », dans l’hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que les actes de procédure ne révèlent aucune cause d’action valable et qu’aucune réclamation n’existe (*Société des loteries de l’Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19, [2020] 2 R.C.S. 420 (*Loteries de l’Atlantique*), au paragraphe 14; *Godefroy*, au paragraphe 27; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 (*Imperial Tobacco*), au paragraphe 17; *Alberta Elder*, au paragraphe 20; *Hollick*, au paragraphe 25; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959 (*Hunt*), à la page 980; *Canada c. Greenwood*, 2021 CAF 186, [2021] 4 R.C.F. 634 (*Greenwood*), au paragraphe 91; *Jost*, au paragraphe 29). En d’autres termes, si une réclamation n’a aucune chance raisonnable de succès et est si clairement futile qu’il est certain qu’elle sera rejetée, elle ne devrait pas pouvoir être instruite (*Hunt*, à la page 980). Selon ce critère, la demande doit être si manifestement irrégulière qu’elle n’a « aucune chance d’être accueillie » (*Wenham c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 199 (*Wenham*), aux paragraphes 27 à 33; *Airbnb*, au paragraphe 28). Le critère est plus clair s’il est énoncé par la négative, et les tribunaux doivent être convaincus que l’action envisagée n’a aucune chance raisonnable de succès et est vouée à l’échec (*Wenham*, au paragraphe 22).

[59] Pour les quatre autres éléments du critère relatif à l’autorisation, il incombe aux demandeurs de produire des éléments de preuve pour démontrer « un certain fondement factuel » pour chacune des conditions (*Hollick*, au paragraphe 25; *Pro-Sys*, au paragraphe 99). Cette norme fondée sur l’existence d’un certain fondement factuel signifie que toutes les conditions d’autorisation, hormis celle de la cause d’action, doivent reposer sur une preuve; cependant, l’emploi du mot « certain » indique que la preuve n’a pas à être exhaustive ni être une preuve propre à présider au débat sur le fond (*AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949 (*Fischer*), au paragraphe 41, citant *McCracken v. Canadian National Railway Co.*, 2012 ONCA 445 (CanLII), aux paragraphes 75 et 76; *Greenwood*, au paragraphe 94). Étant donné la portée

their inability to “engage in the finely calibrated assessments of evidentiary weight” at the certification stage, this threshold is low (*Fischer*, at paragraph 40; *Pro-Sys*, at paragraphs 102 and 104). The courts must refrain from assessing the sufficiency of the alleged facts on their merits, and they are not tasked with resolving conflicts in the evidence. It is well recognized that the some-basis-in-fact standard falls below the standard of proof on a balance of probabilities (*Pro-Sys*, at paragraph 102; *John Doe FCA*, at paragraph 24). However, the some-basis-in-fact standard cannot be assessed in a vacuum, and it must rather be examined on a case-by-case basis, in light of the specific facts of each given case (*Fischer*, at paragraph 40; *Pro-Sys*, at paragraph 104; *Airbnb*, at paragraph 30).

[60] That said, it is important to emphasize that, even though it is a low one, there is still a threshold to be met at the certification stage, and that certification will be denied when there is no viable cause of action or where there is an insufficient evidentiary basis for the facts on which the claims of the class members depend. While a certification motion is not a merits-based screening intended to determine the actual viability or strength of the contemplated class action, it must nonetheless operate as a “meaningful screening device” (*Pro-Sys*, at paragraph 103). In *Pro-Sys*, the S.C.C. expressly stated that the analysis into the sufficiency of the evidence under the some-basis-in-fact standard cannot be so superficial that it would “amount to nothing more than symbolic scrutiny” of the evidence (*Pro-Sys*, at paragraph 103). There must be sufficient facts to satisfy the certification judge that the conditions for certification have been met “to a degree that should allow the matter to proceed on a class basis without foundering at the merits stage”, by reason of the requirements not having been met (*Pro-Sys*, at paragraph 104). More recently, in the context of motions for authorization brought under the Quebec class action regime and the application of the “arguable case” requirement under the Quebec legislation, the S.C.C. repeatedly reaffirmed that the authorization process “must not be reduced to ‘a mere formality’” (*Oratoire*, at paragraph 62; *Desjardins Financial Services Firm Inc. v. Asselin*, 2020 SCC 30, [2020] 3 S.C.R. 298 (*Desjardins*), at paragraph 74).

restreinte de l’examen factuel des tribunaux et leur incapacité à « déterminer sa valeur probante à l’issue d’une analyse nuancée » à l’étape de l’autorisation, le critère est peu élevé (*Fischer*, au paragraphe 40; *Pro-Sys*, aux paragraphes 102 et 104). Les tribunaux doivent s’abstenir d’apprécier le caractère suffisant des faits allégués sur le fond, et ils ne sont pas chargés de statuer sur les éléments contradictoires de la preuve. Il est bien établi que la norme fondée sur l’existence d’un certain fondement factuel est moins élevée que celle de la prépondérance des probabilités (*Pro-Sys*, au paragraphe 102; *M. Untel CAF*, au paragraphe 24). Cette norme ne peut toutefois être définie dans l’abstrait, et elle doit plutôt être examinée au cas par cas, en fonction des faits de chaque affaire (*Fischer*, au paragraphe 40; *Pro-Sys*, au paragraphe 104; *Airbnb*, au paragraphe 30).

[60] Cela dit, il est important de souligner que, même s’il s’agit d’un critère peu élevé, il s’agit tout de même d’un seuil à atteindre à l’étape de l’autorisation, et celle-ci sera refusée en l’absence d’une cause d’action valable ou lorsque les faits sur lesquels reposent les demandes des membres du groupe ne sont pas suffisamment étayés par la preuve. Bien qu’une requête en autorisation ne soit pas un mécanisme de filtrage visant à déterminer le bien-fondé ou la solidité du recours collectif envisagé, elle doit néanmoins fonctionner comme un « mécanisme de filtrage efficace » (*Pro-Sys*, au paragraphe 103). Dans l’arrêt *Pro-Sys*, la C.S.C. a expressément indiqué que l’examen du caractère suffisant de la preuve selon la norme fondée sur l’existence d’un certain fondement factuel ne peut pas être superficiel au point « d’être strictement symbolique » (*Pro-Sys*, au paragraphe 103). Suffisamment de faits doivent permettre de convaincre le juge saisi des demandes d’autorisation que les conditions d’autorisation 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 (*Pro-Sys*, au paragraphe 104). Plus récemment, dans le contexte de requêtes en autorisation introduites en vertu du régime québécois des recours collectifs et de l’application de la norme de la « cause défendable » de la législation québécoise, la C.S.C. a confirmé à maintes reprises qu’il « faut éviter de réduire le processus d’autorisation à une “simple formalité” » (*Oratoire*, au paragraphe 62; *Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*, 2020 CSC 30, [2020] 3 R.C.S. 298 (*Desjardins*), au paragraphe 74).

[61] The courts therefore do play an important screening role at the certification stage. This role includes filtering out unfounded and frivolous claims, and ensuring that parties are not being forced to defend themselves against untenable claims and devote substantial resources to it (*Desjardins*, at paragraph 27; *Oratoire*, at paragraphs 7, 56 and 61; *Vivendi*, at paragraph 37; *Infineon*, at paragraphs 59, 61 and 65; *Airbnb*, at paragraph 25). As Justice Kasirer expressed it when he was at the Quebec Court of Appeal, “[a] lack of rigour at authorization can indeed weigh down the courts with ill-conceived claims, creating the perverse outcome that the rules on class actions serve to defeat the very values of access to justice they were designed to champion” (*Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299 (CanLII), at paragraph 14).

[62] I pause to underline that the overarching objectives of judicial economy and access to justice governing class proceedings cannot be considered from the sole perspective of the plaintiffs. True, a key purpose of the certification process is to facilitate access to the courts for plaintiffs, avoid duplication and protect the interests of potential class members who would otherwise have no say in the litigation. But the certification process is also there to prevent defendants, even deep-pocketed corporate defendants, from facing groundless suits and being forced to invest significant resources to contest large-scale, time-consuming actions that have no chance of success or do not have the minimal evidentiary foundation required. Stated differently, preventing baseless class actions from monopolizing the judicial system to the detriment of other litigants’ actions is also part of preserving access to justice for all litigants. Cases are interconnected, and class actions sit before the courts alongside hundreds of other needy cases. As Justice Stratas summarily put it, “[d]evoting resources to one case for no good reason deprives the others for no good reason” (*Coote v. Lawyers’ Professional Indemnity Company*, 2013 FCA 143, at paragraph 13).

[61] Les tribunaux jouent donc un rôle de filtrage important à l’étape de l’autorisation. Ce rôle comprend un filtrage pour écarter les demandes non fondées et frivoles, et pour veiller à ce que les parties ne soient pas obligées de se défendre contre des demandes insoutenables et d’y consacrer des ressources considérables (*Desjardins*, au paragraphe 27; *Oratoire*, aux paragraphes 7, 56 et 61; *Vivendi*, au paragraphe 37; *Infineon*, aux paragraphes 59, 61 et 65; *Airbnb*, au paragraphe 25). Comme l’a expliqué le juge Kasirer lorsqu’il siégeait à la Cour d’appel du Québec, [TRADUCTION] « [un] manque de rigueur à l’étape de l’autorisation peut certes peser lourdement sur les tribunaux en raison de demandes mal fondées, donnant lieu à un résultat pernicieux, à savoir que les règles en matière de recours collectifs servent à nier les valeurs mêmes d’accès à la justice qu’elles visaient à défendre » (*Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299 (CanLII), au paragraphe 14).

[62] J’ouvre à nouveau une parenthèse pour souligner que les objectifs généraux de l’économie des ressources judiciaires et de l’accès à la justice régissant les recours collectifs ne peuvent être examinés du seul point de vue des demandeurs. Certes, l’un des principaux objectifs du processus d’autorisation est de faciliter l’accès des demandeurs aux tribunaux, d’éviter la duplication des instances et de protéger les intérêts des membres éventuels du groupe qui n’auraient autrement pas leur mot à dire dans le litige. Toutefois, le processus d’autorisation existe aussi pour empêcher que les défenderesses, même les sociétés défenderesses bien nanties, fassent l’objet de poursuites sans fondement et soient contraintes de consacrer des ressources importantes pour contester des actions de grande envergure et de longue haleine qui n’ont aucune chance de succès ou qui n’ont pas le fondement factuel minimal requis. Autrement dit, en faisant en sorte que les recours collectifs sans fondement ne puissent pas monopoliser le système judiciaire au détriment des actions d’autres plaideurs, on préserve également l’accès à la justice pour tous les plaideurs. Les affaires sont liées les unes aux autres, et les recours collectifs se retrouvent devant les tribunaux avec des centaines d’autres affaires qui doivent être examinées. Comme l’a dit sommairement le juge Stratas, « [c]onsacrer des ressources à une affaire sans bonne raison en prive les autres sans bonne raison » (*Coote c. Lawyers’ Professional Indemnity Company*, 2013 CAF 143, au paragraphe 13).

#### IV. Analysis

[63] Three of the five requirements to be met to certify a class proceeding are challenged by the defendants in this matter: the reasonable cause of action, the existence of common issues of law or fact, and the preferred procedure.

[64] For the reasons detailed below, I find that the plaintiffs' certification motion fails on the reasonable cause of action criterion and on the common issues requirement. The section 45 conspiracy offence at the source of the plaintiffs' proposed class action is rooted in the existence of an agreement to engage in the prohibited conduct. There had to be adequate allegations in the pleadings as well as some minimal evidentiary background that the defendants explicitly or tacitly agreed to act in the furtherance of a common goal. I find that both are missing in the plaintiffs' motion. First, the pleadings of the alleged wrongful act, namely a section 45 conspiracy, are purely speculative, are not supported by material facts, and therefore do not disclose a reasonable cause of action. Second, the plaintiffs' motion fails on the common issues requirement as their core allegation of an actionable conspiracy between the defendants under section 45 of the Act is not supported by the minimum evidentiary basis required under the some-basis-in-fact standard.

[65] This suffices to dismiss certification and, in light of those conclusions, I do not need to address the other arguments raised by the defendants at any length, though I will make some brief comments about them.

[66] Each of these two main findings will be discussed in turn, bearing in mind that there will be some overlap in the analysis of the two certification criteria relating respectively to the cause of action and to the common issues.

#### IV. Analyse

[63] Trois des cinq conditions à remplir pour autoriser un recours collectif sont contestées par les défenderesses en l'espèce : la cause d'action valable, l'existence de points de droit ou de fait communs et le meilleur moyen de régler le litige.

[64] Pour les motifs énoncés ci-après, je conclus que la requête en autorisation des demandeurs doit être rejetée parce qu'elle ne satisfait pas au critère de la cause d'action valable et à l'exigence relative aux points communs. L'infraction de complot prévue à l'article 45 à l'origine du recours collectif envisagé par les demandeurs est fondée sur l'existence d'une entente visant à se livrer au comportement illicite. Il devait y avoir des allégations adéquates dans les actes de procédure ainsi qu'un contexte factuel minimum tendant à indiquer que les défenderesses avaient expressément ou tacitement accepté d'agir dans un objectif commun. J'estime que ces deux éléments sont absents de la requête des demandeurs. Premièrement, les allégations concernant les actes répréhensibles allégués, à savoir un complot visé à l'article 45, sont purement hypothétiques, ne sont pas appuyées par des faits pertinents et ne révèlent donc aucune cause d'action valable. Deuxièmement, la requête des demandeurs doit être rejetée parce que la condition relative aux points communs n'est pas respectée. En effet, leur allégation principale selon laquelle les défenderesses se livrent à un complot couvert par l'article 45 de la Loi n'est pas étayée par le fondement probatoire minimum requis par la norme de l'existence d'un certain fondement probatoire.

[65] Cela suffit pour rejeter la requête en autorisation et, vu ces conclusions, je n'ai pas besoin de me pencher sur les autres arguments soulevés par les défenderesses, bien que je formulerai quelques brefs commentaires à ces égards.

[66] Chacune de ces deux conclusions principales fera l'objet d'une analyse. Il pourrait évidemment y avoir un certain chevauchement dans l'analyse des deux critères d'autorisation liés respectivement à la cause d'action et aux points communs.

A. Paragraph 334.16(1)(a) [of the Rules]: Reasonable cause of action

[67] As mentioned above, the plaintiffs' Statement of Claim invokes one single cause of action based on sections 36, 45 and 46 of the Act. In essence, the plaintiffs submit that the defendants engaged in acts that satisfy the constituent elements under those provisions of the Act as: (i) the defendants were competitors; (ii) the defendants' Canadian subsidiaries followed the instructions of their foreign parent companies; (iii) the defendants conspired, agreed and arranged to fix, maintain and control the supply and/or the price of DRAM; and (iv) the Class members suffered loss as a result of the conspiracy, agreement or arrangement.

[68] The alleged conspiracy, agreement or arrangement is the main element at the source of the plaintiffs' cause of action. The plaintiffs plead that the defendants conspired, through direct private communications and through public signalling, to restrict the supply of DRAM and raise DRAM prices. They submit that their allegations of direct private communications as well as their public signalling allegations are recognized by Canadian law as actionable anti-competitive conduct constituting breaches of section 45 of the Act. The plaintiffs further argue that the S.C.C. has established in *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et al. v. Attorney General of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 644, (1980), 115 D.L.R. (3d) 21 (*Atlantic Sugar*) that an anti-competitive agreement may be "established by inference" (*Atlantic Sugar*, at page 656 [S.C.R.]). They claim that, in order to conclude to an anti-competitive agreement under section 45, they must demonstrate "a course of conduct from which acceptance may be inferred" and "communication of this offer" (*Atlantic Sugar*, at page 657 [S.C.R.]). They add that, pursuant to subsection 45(3) of the Act, an actionable conspiracy claim can be made out on the basis of circumstantial evidence and that "parallel conduct coupled with facilitating practices, such as sharing competitively sensitive information or activities that assist competitors in monitoring one another's prices, may be sufficient to prove that an agreement was concluded between the parties" (Competition Bureau Canada, *Competitor Collaboration Guidelines* (Gatineau: Competition Bureau, 2009) (CC Guidelines), at page 7).

A. Alinéa 334.16(1)a des Règles : Cause d'action valable

[67] Comme je l'ai déjà mentionné, les demandeurs invoquent dans la Déclaration une seule cause d'action fondée sur les articles 36, 45 et 46 de la Loi. Essentiellement, ils soutiennent que les défenderesses ont posé des actes qui constituent les éléments constitutifs de ces dispositions de la Loi : (i) les défenderesses étaient des concurrents; (ii) les filiales canadiennes des défenderesses ont suivi les instructions de leurs sociétés mères étrangères; (iii) les défenderesses ont comploté ou conclu un accord ou un arrangement pour fixer, maintenir et contrôler la fourniture de DRAM ou le prix des DRAM; et (iv) les membres du groupe ont subi une perte en raison du complot, de l'accord ou de l'arrangement.

[68] Le complot, l'accord ou l'arrangement allégué est le principal élément invoqué à l'appui de la cause d'action des demandeurs. Les demandeurs allèguent que les défenderesses ont comploté, au moyen de communications privées directes et de signaux publics, pour restreindre la fourniture de DRAM et augmenter le prix des DRAM. Ils soutiennent que le droit canadien reconnaît que leurs allégations concernant les communications privées directes ainsi que celles concernant les signaux décrivent un comportement anticoncurrentiel donnant ouverture à une action et constituant une violation de l'article 45 de la Loi. En outre, les demandeurs font valoir que la C.S.C. a établi dans l'arrêt *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et autres c. Procureur général du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 644 (*Atlantic Sugar*) qu'un accord anticoncurrentiel peut être « prouvé par déduction » (*Atlantic Sugar*, à la page 656). Ils prétendent que, pour conclure un accord anticoncurrentiel en vertu de l'article 45, ils doivent démontrer « une ligne de conduite qui implique acceptation » et la « communication de cette offre » (*Atlantic Sugar*, à la page 657). Ils ajoutent qu'en vertu du paragraphe 45(3) de la Loi, une allégation de complot donnant ouverture à un droit d'action peut être établie au moyen d'une preuve circonstancielle et, « lorsqu'un tel "parallélisme conscient" est combiné à des pratiques facilitantes comme la mise en commun de renseignements délicats sur le plan de la concurrence ou d'activités qui aident les concurrents à surveiller réciproquement leurs prix, un comportement parallèle pourrait suffire à prouver qu'un accord a été conclu

[69] I am not convinced by the plaintiffs' arguments and instead find that the Statement of Claim falls short of containing the main constituent elements to plead a reasonable cause of action under section 36 for breach of sections 45 or 46. More specifically, I agree with the defendants that the Statement of Claim does not contain a sufficient description of the essential and prominent component of a section 45 conspiracy, namely the existence of an unlawful agreement. The plaintiffs' pleadings fail to provide material facts showing that the defendants entered into an agreement to suppress the supply of DRAM, either directly or indirectly, and arrived at a mutual understanding. An unlawful agreement being the most essential requirement underlying the claim in damages brought by the plaintiffs, this radical defect is fatal to their cause of action.

(1) The test for the cause of action criterion

[70] In order to reject a certification motion on the cause of action requirement, the Court must be convinced, while assuming that the pleaded facts are true, that it is plain and obvious that a claim does not exist or has no reasonable chance of success. For this criterion, no evidence may be considered and the analysis is limited to the pleadings (*Atlantic Lottery*, at paragraph 87; *Imperial Tobacco*, at paragraph 23; *John Doe FCA*, at paragraphs 23 and 37; *Condon*, at paragraph 13; *Murphy v. Compagnie Amway Canada*, 2015 FC 958 (*Murphy*), at paragraph 41). The pleadings should be read as a whole and be given a generous interpretation, with a view to accommodating any inadequacies in the allegations or drafting deficiencies, and without fastening on to matters of form (*Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 451; 18 D.L.R. (4th) 481, at paragraph 14; *Wenham*, at paragraph 34; *Mancuso v. Canada (National Health and Welfare)*, 2015 FCA 227, 476 N.R. 219 (*Mancuso*), at paragraph 18; *John Doe FCA*, at paragraph 51; *Condon*, at

entre les parties » (Bureau de la concurrence Canada, *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* (Gatineau : Bureau de la concurrence, 2009) (Lignes directrices CC), à la page 7).

[69] Je ne suis pas convaincu par les arguments des demandeurs et je conclus plutôt que la Déclaration ne contient pas les principaux éléments constitutifs susceptibles de révéler une cause d'action valable en vertu de l'article 36 pour une violation des articles 45 ou 46. Plus particulièrement, je conviens avec les défenderesses que la Déclaration ne contient pas une description suffisante de l'élément essentiel et fondamental des complots visés à l'article 45, à savoir l'existence d'un accord illégal. Les actes de procédure des demandeurs ne présentent aucun fait concret démontrant que les défenderesses ont conclu un accord visant à éliminer la fourniture de DRAM, directement ou indirectement, et sont arrivées à une entente mutuelle. Comme l'existence d'un accord illégal est la condition la plus essentielle qui doit sous-tendre la demande de dommages-intérêts présentée par les demandeurs, ce défaut fondamental vicie fatalement leur cause d'action.

1) Le critère relatif à l'existence d'une cause d'action

[70] Pour rejeter une requête en autorisation sur le fondement de l'exigence relative à la cause d'action, la Cour doit être convaincue, en supposant que les faits allégués soient avérés, qu'il est évident et manifeste que la cause d'action n'existe pas ou que l'action n'a aucune chance raisonnable de succès. Pour ce critère, aucune preuve ne peut être prise en considération et l'analyse se limite aux actes de procédure (*Loteries de l'Atlantique*, au paragraphe 87; *Imperial Tobacco*, au paragraphe 23; *M. Untel CAF*, aux paragraphes 23 et 37; *Condon*, au paragraphe 13; *Murphy c. Compagnie Amway Canada*, 2015 CF 958 (*Murphy*), au paragraphe 41). La Cour doit lire les actes de procédure dans leur intégralité et leur donner une interprétation libérale, afin de remédier à tout vice dans les allégations ou à toute carence rédactionnelle, et sans s'attacher aux questions de forme (*Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la page 451; *Wenham*, au paragraphe 34; *Mancuso c. Canada (Santé Nationale et Bien-être social)*, 2015 CAF 227 (*Mancuso*), au paragraphe 18; *M. Untel*

paragraphs 21–22; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2018 ONCA 819 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 514, at paragraphs 74 and 76).

[71] It is, however, incumbent to the party seeking certification to plead facts that are sufficient to support a legally recognized cause of action and upon which he or she intends to rely on in advancing his or her claim (*Atlantic Lottery*, at paragraph 89; *Pro-Sys*, at paragraph 63; *Imperial Tobacco*, at paragraph 22; *Mancinelli*, at paragraph 129). A claimant is not entitled to rely on the possibility that new facts may turn up as the case progresses. The facts pleaded are instead the firm basis upon which the possibility of success of the claim must be evaluated by the Court.

[72] In proceedings before this Court, rule 174 establishes the specific requirement to plead “material facts”: “[e]very pleading shall contain a concise statement of the material facts on which the party relies, but shall not include evidence by which those facts are to be proved.” The purposes of this requirement to plead material facts are to provide notice to the other parties so they can prepare a statement of defence, to define the issues to be tried with reasonable precision, to frame the discovery process, to allow counsel to advise their clients, prepare their case and map a trial strategy, and to establish the parameters of relevancy of evidence at discovery and trial (*Mancuso*, at paragraphs 16–17; *Merchant Law Group v. Canada Revenue Agency*, 2010 FCA 184, [2010] 3 F.C.R. D-16 (*Merchant*), at paragraph 38). Rule 181 further requires every pleading to contain particulars of every allegation contained therein.

[73] The failure to establish a cause of action will usually arise when the allegations in a statement of claim do not adequately plead all the constituent elements of a recognized cause of action, or when the allegations in a statement of claim do not come within a recognized cause of action (*Mancinelli*, at paragraph 129).

*CAF*, au paragraphe 51; *Condon*, aux paragraphes 21–22; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2018 ONCA 819 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 514, aux paragraphes 74 et 76).

[71] Il incombe toutefois à la partie qui demande l’autorisation d’alléguer des faits suffisants pour étayer une cause d’action légalement reconnue et sur lesquels elle entend s’appuyer pour faire valoir sa réclamation (*Loteries de l’Atlantique*, au paragraphe 89; *Pro-Sys*, au paragraphe 63; *Imperial Tobacco*, au paragraphe 22; *Mancinelli*, au paragraphe 129). Un demandeur n’a pas le droit de se fonder sur la possibilité que des faits nouveaux pourraient survenir au fur et à mesure que l’instruction progresse. Les faits allégués constituent plutôt le fondement solide sur lequel la Cour doit s’appuyer pour évaluer la possibilité de succès de la demande.

[72] La règle 174 prévoit l’exigence particulière que des « faits substantiels » soient plaidés dans les procédures présentées à la Cour : « [t]out acte de procédure contient un exposé concis des faits substantiels sur lesquels la partie se fonde; il ne comprend pas les moyens de preuve à l’appui de ces faits ». Cette exigence a pour objectifs d’aviser les autres parties afin qu’elles puissent préparer une défense, de cerner les questions à trancher avec une précision raisonnable, d’encadrer le processus d’interrogatoire préalable, de permettre aux avocats de conseiller leurs clients, de préparer leur dossier et d’établir une stratégie en vue du procès, et de définir les paramètres d’appréciation de la pertinence d’éléments de preuve lors des interrogatoires préalables et de l’instruction du procès (*Mancuso*, aux paragraphes 16 et 17; *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184, [2010] 3 R.C.F. F-16 (*Merchant*), au paragraphe 38). La règle 181 exige en outre que chaque acte de procédure contienne des détails sur chaque allégation qu’il contient.

[73] La cause d’action ne sera généralement pas établie lorsque les allégations dans la déclaration ne renvoient pas adéquatement à tous les éléments constitutifs d’une cause d’action reconnue, ou lorsque les allégations faites dans la déclaration ne correspondent pas à celles d’une cause d’action reconnue (*Mancinelli*, au paragraphe 129).



[74] This leads me to make three remarks on the test to be applied by the Court on the first condition for certification, and which have particular relevance in this case: the requirement for sufficient particulars, the limits to the presumed trueness of allegations, and the contents of the pleadings.

(a) *Sufficient particulars*

[75] First, as the F.C.A. explained in *Mancuso*, it is fundamental to the trial process that a plaintiff pleads material facts in sufficient detail to support the claim and the relief sought. The Court and opposing parties cannot be left to speculate as to how the facts might be arranged to support a cause of action. What constitutes a material fact will be determined based on the cause of action and remedy sought in each particular case. A plaintiff must therefore plead, in summary form but with sufficient detail, the constituent elements of each cause of action or legal ground raised. The pleadings must tell the defendant who, when, where, how and what gave rise to its liability. A plaintiff cannot file inadequate pleadings and rely on a defendant to request particulars, nor can a plaintiff submit insufficient pleadings to make them sufficient through particulars (*Mancuso*, at paragraphs 19–20). Assumptions, speculation and facts that lack sufficient particularity are not enough to constitute material facts.

[76] In essence, the pleading must define the issues with sufficient precision to make the pre-trial and trial proceedings both “manageable and fair” (*Mancuso*, at paragraph 18). In deciding whether pleadings are manageable and fair, the Court “should consider the whole of the circumstances, including the relative knowledge and means of knowledge of the parties” (*Enercorp Sand Solutions Inc. v. Specialized Desanders Inc.*, 2018 FCA 215, 160 C.P.R. (4th) 79 (*Enercorp*), at paragraph 36). Although the conditions for certification, including the sufficiency of the alleged facts, must be interpreted flexibly and applied broadly, the Court cannot go so far as to

[74] Cela m’amène à faire des observations relativement à trois aspects du critère que la Cour doit appliquer quant à la première condition de l’autorisation, et qui sont particulièrement pertinents en l’espèce : l’exigence selon laquelle il faut présenter des détails suffisants, les limites de la présomption de véracité des allégations et le contenu des actes de procédure.

a) *Détails suffisants*

[75] Premièrement, comme l’a expliqué la C.A.F. dans l’arrêt *Mancuso*, il est fondamental pour le procès que le demandeur plaide des faits substantiels d’une manière suffisamment détaillée pour étayer la réclamation et la réparation sollicitée. La Cour et les parties adverses ne peuvent se permettre de formuler des hypothèses sur la façon dont les faits pourraient être organisés pour appuyer la cause d’action. Ce qui constitue un fait substantiel sera déterminé en fonction de la cause d’action et de la réparation demandée dans chaque affaire particulière. Un demandeur doit donc plaider, avec concision, mais suffisamment de précision, les éléments constitutifs de chacun des moyens de droit ou de fait soulevés. Les actes de procédure doivent indiquer au défendeur par qui, quand, où, comment et de quelle façon sa responsabilité a été engagée. Un demandeur ne peut pas déposer des actes de procédure qui ne sont pas suffisants et compter sur un défendeur pour présenter une demande de précisions, pas plus qu’il ne peut les compléter au moyen de précisions visant à les rendre suffisants (*Mancuso*, aux paragraphes 19 et 20). Les hypothèses, les conjectures et les faits qui ne sont pas suffisamment précis ne sont pas suffisants pour constituer des faits substantiels.

[76] En résumé, l’acte de procédure doit cerner les questions avec une précision suffisante pour assurer « la saine gestion et l’équité » de l’instruction et des phases préparatoires à l’instruction (*Mancuso*, au paragraphe 18). Pour décider si les actes de procédure permettront d’assurer la saine gestion et l’équité, la Cour « doit examiner l’ensemble des circonstances, y compris la connaissance relative et les moyens de connaissance des parties » (*Enercorp Sand Solutions Inc. c. Specialized Desanders Inc.*, 2018 CAF 215 (*Enercorp*), au paragraphe 36). S’il est vrai que les conditions d’autorisation, y compris le caractère suffisant des faits allégués, doivent être interprétées avec

presume the existence of an element that is essential to the establishment of a cause of action.

[77] In the same vein, allegations of material facts cannot be simply constituted of bald assertions of conclusions, as this does not support a cause of action (*John Doe FCA*, at paragraph 23; *Mancuso*, at paragraph 27; *Merchant*, at paragraph 34). If the Court were to allow parties to plead bald allegations of fact, or mere conclusory statements of law, the pleadings would fail to perform their role in identifying the issues (*Mancuso*, at paragraphs 16–17).

[78] In *Merchant*, the F.C.A. held that, if it were not for rule 174, “parties would be able to make the broadest, most sweeping allegations without evidence and embark upon a fishing expedition” (*Merchant*, at paragraph 34). The F.C.A. went on to quote *Painblanc v. Kastner* (1994), 58 C.P.R. (3d) 502, [1994] F.C.J. No. 1671 (QL), stating that “an action at law is not a fishing expedition and a plaintiff who starts proceedings simply in the hope that something will turn up abuses the court’s process” (*Merchant*, at paragraph 34). Similarly, in *AstraZeneca Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FCA 112, 83 C.P.R. (4th) 241 (*AstraZeneca*), the F.C.A. held that, although one must not confuse material facts with “the evidence by which those facts may be proven ..., an allegation made without any evidentiary foundation is an abuse of process” (*AstraZeneca*, at paragraph 5). Where a pleading fails to disclose material facts, it can be struck on the basis of being frivolous, vexatious and abusive, as it is shown to provide no rational argument to support the claim (*Evertz Technologies Limited v. Lawo AG*, 2019 ONSC 1355 (CanLII), at paragraph 23, citing *Aristocrat Restaurants Ltd. v. Ontario*, [2003] O.J. No. 5331 (QL), 2003 CarswellOnt 5574 (S.C.J.), at paragraphs 16–21).

[79] In summary, in order for allegations in pleadings to be considered as material facts, they must be supported by sufficient particularization, and must not be bare assertions or conclusory legal statements based on assumptions

souplesse et appliquées de façon libérale, la Cour ne peut aller jusqu’à présumer l’existence d’un élément essentiel à l’établissement d’une cause d’action.

[77] Dans le même ordre d’idées, les allégations de faits substantiels ne peuvent pas être uniquement constituées de simples assertions de conclusions, car cela ne fonde pas une cause d’action (*M. Untel CAF*, au paragraphe 23; *Mancuso*, au paragraphe 27; *Merchant*, au paragraphe 34). Si la Cour devait permettre aux parties de plaider de simples allégations de fait, ou de simples conclusions de droit, les actes de procédure ne rempliraient pas le rôle qui leur revient de cerner les questions en litige (*Mancuso*, aux paragraphes 16 et 17).

[78] Dans [l’arrêt] *Merchant*, la C.A.F. a déclaré que, n’eût été la règle 174, « les parties pourraient faire valoir les arguments les plus vagues sans aucun élément de preuve pour les étayer et lancer leur filet à l’aveuglette » (*Merchant*, au paragraphe 34). La C.A.F. a poursuivi en citant l’arrêt *Kastner c. Painblanc*, [1994] A.C.F. n° 1671 (QL) (C.A.), affirmant qu’« une action en justice n’est pas une enquête à l’aveuglette et une partie demanderesse qui intente des poursuites en se fondant sur le simple espoir qu’elles lui fourniront des preuves justifiant ses prétentions utilise les procédures de la Cour de façon abusive » (*Merchant*, au paragraphe 34). De même, dans l’arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 112 (*AstraZeneca*), la C.A.F. a statué que, même s’il ne faut pas confondre les faits substantiels avec « les moyens de preuve susceptibles d’établir ces faits [...], une allégation qui ne repose sur aucun élément de preuve pour l’étayer est un abus de procédure » (*AstraZeneca*, au paragraphe 5). Lorsqu’un acte de procédure omet de divulguer des faits substantiels, il peut être radié au motif qu’il est frivole, vexatoire et abusif, car cela démontre qu’il ne présente aucun argument rationnel à l’appui de l’allégation (*Evertz Technologies Limited v. Lawo AG*, 2019 ONSC 1355 (CanLII), au paragraphe 23, citant *Aristocrat Restaurants Ltd. v. Ontario*, [2003] O.J. n° 5331 (QL) (C.S.J.), aux paragraphes 16 à 21).

[79] Bref, pour que les allégations contenues dans les actes de procédure soient considérées comme énonçant des faits substantiels, elles doivent être suffisamment précises et ne doivent pas être de simples assertions ou des

or speculation (*Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129 (CanLII), (*Das*), at paragraph 17, affd 2018 ONCA 1053 (CanLII) (*Das CA*), at paragraph 74).

[80] When determining the sufficiency of a pleading, there is no relaxation of the rules for class actions; the Court must read the pleading as it is drafted rather than how it might have been drafted (*Merchant*, at paragraph 40). As this Court recently reminded in *Johnston v. Canada*, 2021 FC 20 (*Johnston*), the normal rules of pleading apply with equal force to a proposed class action. The launching of a proposed class action is a matter of great seriousness, potentially affecting many class members' rights and the liabilities and interests of defendants, and "[c]omplying with the Rules is not trifling or optional; it is mandatory and essential" (*Johnston*, at paragraph 20, citing *Merchant*, at paragraph 40).

(b) *Trueness*

[81] Turning to the presumption that allegations of fact are true, it must be stressed that this presumption has some limits. The alleged facts are assumed to be true, except when "they are manifestly incapable of being proven" (*Imperial Tobacco*, at paragraph 22). Allegations of fact are presumed to be true, provided that they are sufficiently precise to ensure that they effectively support the existence of the right being claimed (*Oratoire*, at paragraph 59; *Infineon*, at paragraphs 67 and 114). Allegations of facts confined to vague or imprecise statements, or to generalities, cannot be assumed to be true as they are more akin to personal opinion, speculation or conjecture (*Oratoire*, at paragraph 59). In such cases, a court can neither presume the existence of something that the allegations do not contain nor infer something that could have been included in them. There has to be some specific, tangible facts, and allegations will not be assumed to be true if they are not precise enough or if they are only speculative.

affirmations non étayées de nature juridique fondées sur des hypothèses ou des conjectures (*Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129 (CanLII) (*Das*), au paragraphe 17, conf. par 2018 ONCA 1053 (CanLII) (*Das CA*), au paragraphe 74).

[80] Il n'y a pas d'assouplissement des règles relatives au caractère suffisant de l'acte de procédure pour les recours collectifs; la Cour doit lire l'acte de procédure tel qu'il est rédigé plutôt que de la façon dont il aurait pu être rédigé (*Merchant*, au paragraphe 40). Comme notre Cour l'a récemment rappelé dans la décision *Johnston c. Canada*, 2021 CF 20 (*Johnston*), les règles normales relatives aux actes de procédure s'appliquent avec autant de force aux recours collectifs envisagés. L'ouverture d'un recours collectif est une question très sérieuse qui peut avoir une incidence sur les droits d'un grand nombre des membres du groupe ainsi que sur les responsabilités et intérêts des défendeurs, et « [l]a conformité aux Règles n'est pas sans importance ou optionnelle, elle est en vérité obligatoire et essentielle » (*Johnston*, au paragraphe 20, citant *Merchant*, au paragraphe 40).

b) *Véracité*

[81] Pour ce qui est maintenant de la présomption selon laquelle les allégations de fait sont vraies, il convient de souligner qu'elle a certaines limites. Les faits allégués sont tenus pour avérés, sauf s'ils « ne peuvent manifestement pas être prouvés » (*Imperial Tobacco*, au paragraphe 22). Les allégations de fait sont tenues pour avérées, pourvu qu'elles soient suffisamment précises pour garantir qu'elles étayaient effectivement l'existence du droit revendiqué (*Oratoire*, au paragraphe 59; *Infineon*, aux paragraphes 67 et 114). Les allégations de faits qui se limitent à des affirmations vagues ou imprécises, ou à des généralités, ne peuvent être tenues pour avérées, car elles se rapprochent davantage de l'opinion personnelle ou de l'hypothèse (*Oratoire*, au paragraphe 59). Dans de tels cas, le tribunal ne peut ni présumer l'existence de quelque chose que les allégations ne contiennent pas ni inférer quelque chose qui aurait pu y figurer. Il doit y avoir des faits précis et concrets, et les allégations ne seront pas tenues pour avérées si elles ne sont pas suffisamment précises ou si elles ne sont que des conjectures.

[82] While the Court must accept as true the material facts as pleaded, this obligation does not extend to bare allegations and bald conclusory legal statements based on assumptions or speculations as these are incapable of proof. In other words, allegations which rely upon assumptions and speculations unsupported by material facts cannot be assumed to be true (*Carten v. Canada*, 2010 FC 857, at paragraph 29; *Das CA*, at paragraph 74). Also, the Court is not bound to accept as necessarily true allegations of fact that “are inconsistent with common sense, the documents incorporated by reference, or incontrovertible evidence proffered by both sides for the purpose of the motions” (*Das*, at paragraph 27; *Das CA*, at paragraph 74).

[83] There is no bright line between evidence, material facts and bald allegations; they are rather points on a continuum (*Mancuso*, at paragraph 18). It is the responsibility of the certification judge, looking at the pleadings as a whole and at all the circumstances, to ensure and be satisfied that the pleadings define the issues with sufficient precision to make the pre-trial and trial proceedings both manageable and fair.

(c) *Contents of the pleadings*

[84] I make one last comment on the contents of the pleadings for the purpose of the reasonable cause of action criterion. At the hearing before the Court, counsel for both parties made submissions regarding the issue of whether the documents quoted, paraphrased or referred to in the pleadings should be considered as being incorporated by reference and forming part of the pleadings, when the Court assesses whether the reasonable cause of action criterion has been met. In this case, the plaintiffs’ Statement of Claim contains multiple allegations referring, directly or indirectly, to documents, reports, transcripts or articles which have been attached as exhibits to the Tayyab Affidavit filed by the plaintiffs in support of the certification motion (see, e.g., the Public Statements). While those documents are not specifically identified or attached to the Statement of Claim, the quotes and paraphrases contained

[82] Même si la Cour doit tenir pour avérés les faits substantiels tels qu’ils sont allégués, cette obligation ne s’étend pas aux simples allégations et aux affirmations catégoriques de nature juridique fondées sur des hypothèses ou des conjectures, car elles ne peuvent être prouvées. Autrement dit, les allégations qui reposent sur des hypothèses et des conjectures non étayées par des faits substantiels ne peuvent être tenues pour avérées (*Carten c. Canada*, 2010 CF 857, au paragraphe 29; *Das CA*, au paragraphe 74). En outre, la Cour n’est pas tenue d’admettre comme nécessairement véridiques les allégations de fait qui [TRADUCTION] « sont dénuées de bon sens, les documents incorporés par renvoi ou les preuves présentées comme irréfutables par les deux parties aux fins des requêtes » (*Das*, au paragraphe 27; *Das CA*, au paragraphe 74).

[83] Il n’y a pas de démarcation nette entre la preuve, les faits substantiels et les simples allégations; ce sont plutôt des points sur une ligne continue (*Mancuso*, au paragraphe 18). Il appartient au juge saisi de la demande d’autorisation, qui examine les actes de procédure dans leur intégralité et dans toutes les circonstances, de s’assurer et d’être convaincu que les actes de procédure cernent les questions avec une précision suffisante pour assurer la saine gestion et l’équité de l’instruction et des phases préparatoires à l’instruction.

c) *Contenu des actes de procédure*

[84] Je formule un dernier commentaire sur le contenu des actes de procédure pour ce qui concerne le critère de la cause d’action valable. À l’audience, les avocats des deux parties ont présenté des observations sur la question de savoir si la Cour devrait considérer, pour évaluer si le critère de la cause d’action valable a été respecté, que les documents cités, paraphrasés ou mentionnés dans les actes de procédure sont incorporés par renvoi et font partie des actes de procédure. En l’espèce, la Déclaration des demandeurs contient de multiples allégations renvoyant directement ou indirectement à des documents, des rapports, des transcriptions ou des articles qui ont été joints comme pièces à l’affidavit Tayyab déposé par les demandeurs à l’appui de la requête en autorisation (voir, par exemple, les déclarations publiques). Bien que ces documents ne soient pas expressément identifiés ou annexés à

in the pleadings can easily be traced back to specific documents attached to the plaintiffs' affidavits. If the documents are incorporated by reference, this allows the Court to look at them when assessing whether the reasonable cause of action criterion has been met.

[85] I agree with the defendants that, as a general proposition, the documents referred to in the pleadings are incorporated by reference since, by referring to them, the parties are asserting their contents as facts (*McLarty v. Canada*, 2002 FCA 206, 291 N.R. 396, at paragraph 10; *Bouchard v. Canada*, 2016 FC 983, at paragraph 18; *Paul v. Canada*, 2001 FCT 1280, 222 F.T.R. 65, [2002] 2 F.C. D-19, at paragraph 23; *Das CA*, at paragraph 74; *Castrillo v. Workplace Safety and Insurance Board*, 2017 ONCA 121 (CanLII), 136 O.R. (3d) 654, at paragraph 14). However, this needs to be slightly nuanced. The mere mention of a document in a pleading is not enough for it to be part of such pleading; a document will be considered part of the pleading if it is incorporated by reference and if it is central enough to the claim to form an essential element or an integral part of the claim itself (*Nicholson v. CWS Industries Ltd.*, 2002 FCT 1225, [2003] 3 F.C. D-36, at paragraphs 13, 16–17; *Margem Chartering Co. Inc. v. Bocsa (The)*, [1997] 2 F.C. 1001 (T.D.), at paragraph 17; *McCreight v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONCA 483 (CanLII), 116 O.R. (3d) 429 (*McCreight*), at paragraph 32; *Das*, at paragraph 15). In other words, it must be part of the factual matrix of a statement of claim (*McCreight*, at paragraph 32).

[86] In those circumstances, it is appropriate for the certification judge to read the quotes and paraphrases contained in the pleadings in their context, by referring to their originating documents. If a plaintiff has ascribed a meaning to those paraphrases and quotes that is not consistent, on a plain reading, with the documents from which they originate, and if the documents referred to in the pleadings do not actually say what the plaintiffs allege they say, the Court cannot consider these allegations as material facts, as they would not be true and would be incapable of proof. Indeed, counsel for the plaintiffs conceded at the hearing before this Court that, if the allegations made in the Statement of Claim contain statements, paraphrases or

la Déclaration, les citations et les paraphrases contenues dans les actes de procédure peuvent facilement être reliées à des documents précis joints aux affidavits des demandeurs. Si les documents sont incorporés par renvoi, cela permet à la Cour de les examiner pour déterminer si le critère de la cause d'action valable a été respecté.

[85] Je suis d'accord avec les défenderesses pour dire qu'en règle générale, les documents mentionnés dans les actes de procédure sont incorporés par renvoi puisqu'en s'y référant, les parties considèrent leur contenu comme des faits (*McLarty c. Canada*, 2002 CAF 206, au paragraphe 10; *Bouchard c. Canada*, 2016 CF 983, au paragraphe 18; *Paul c. Canada*, 2001 CFPI 1280, [2002] 2 C.F. F-20, au paragraphe 23; *Das CA*, au paragraphe 74; *Castrillo v. Workplace Safety and Insurance Board*, 2017 ONCA 121 (CanLII), 136 O.R. (3d) 654, au paragraphe 14). Toutefois, il convient de nuancer légèrement cette affirmation. La simple mention d'un document dans un acte de procédure ne suffit pas pour qu'il en fasse partie; un document sera considéré comme faisant partie de l'acte de procédure s'il est incorporé par renvoi et s'il est suffisamment crucial pour la demande pour constituer un élément essentiel ou une partie intégrante de la demande elle-même (*Nicholson c. CWS Industries Ltd.*, 2002 CFPI 1225, [2003] 3 C.F. F-36, aux paragraphes 13, 16–17; *Margem Chartering Co. Inc. c. Bocsa (Le)*, [1997] 2 C.F. 1001 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 17; *McCreight v. Canada (Attorney General)*, 2013 ONCA 483 (CanLII), 116 O.R. (3d) 429 (*McCreight*), au paragraphe 32; *Das*, au paragraphe 15). En d'autres termes, il doit faire partie de la matrice factuelle d'une déclaration (*McCreight*, au paragraphe 32).

[86] Dans ces circonstances, il convient que le juge saisi de la demande d'autorisation lise les citations et les paraphrases contenues dans les actes de procédure dans leur contexte, en se reportant aux documents d'où ils sont tirés. Si un demandeur a attribué à ces paraphrases et citations un sens qui n'est pas compatible, à la simple lecture, avec les documents d'où elles sont tirées, et si les documents mentionnés dans les actes de procédure ne disent pas réellement ce que les demandeurs allèguent, la Cour ne peut considérer ces allégations comme des faits substantiels, car elles ne seraient pas vraies et ne pourraient être prouvées. En fait, l'avocat des demandeurs a admis à l'audience que, si les allégations formulées

facts that happen to be false or incorrect when compared to what the underlying documents actually contain, it is appropriate for the Court not to consider them or to give them no weight.

[87] In the case at bar, I am therefore satisfied that the documents referred to by the plaintiffs in their Statement of Claim, whether it is through direct quotes, summaries or paraphrases of the documents, form an integral part of their claim. The plaintiffs rely upon these documents, more specifically on excerpts, paraphrased or directly quoted, from the Public Statements made by the defendants at industry conferences, investor calls and earnings calls, to support their allegation that the defendants have entered into the alleged conspiracy. These documents can be considered as incorporated by reference to the plaintiffs' pleadings. However, I agree with the plaintiffs that, at the stage of a certification motion, it is not the certification judge's task to look at these documents in detail and to determine whether or not the plaintiffs have correctly interpreted them, as this would amount to weighing evidence, something the Court cannot do at the certification stage. What the Court can do is to determine whether the references made by the plaintiffs in the Statement of Claim accurately reflect what has been expressly stated in the excerpts from the documents.

(2) Legal background for the plaintiffs' claims

[88] In light of the issues raised by this matter regarding the alleged conspiracy between the defendants, it is important to lay out the legal framework regarding the competition law claims made by the plaintiffs. The relevant portions of sections 36, 45 and 46 of the Act are reproduced in their entirety in Annex B of these reasons.

(a) *The scheme of the Act*

[89] The Act is a federal statute of general application which is targeted at anti-competitive commercial behaviour in Canada. Like most competition regimes around

dans la Déclaration contiennent des affirmations, des paraphrases ou des faits qui sont faux ou inexacts et ne correspondent pas au contenu réel des documents sous-jacents, il convient que la Cour ne les examine pas ou ne leur accorde aucun poids.

[87] En l'espèce, je suis donc convaincu que les documents mentionnés par les demandeurs dans leur Déclaration, que ce soit au moyen de citations directes, de résumés ou de paraphrases des documents, font partie intégrante de leur demande. Les demandeurs s'appuient sur ces documents, plus particulièrement sur des extraits, paraphrasés ou directement cités, tirés des déclarations publiques formulées par les défenderesses lors de conférences sectorielles, de conférences d'investisseurs et de conférences en vue de la communication des résultats financiers, pour fonder leur allégation selon laquelle les défenderesses ont participé à un complot. Ces documents peuvent être considérés comme étant incorporés par renvoi aux actes de procédure des demandeurs. Toutefois, je suis d'accord avec les demandeurs pour dire qu'à l'étape de la requête en autorisation, il n'appartient pas au juge d'examiner ces documents de manière détaillée et de déterminer si les demandeurs les ont interprétés correctement, car cela équivaldrait à apprécier la preuve, ce que la Cour ne peut pas faire à ce stade. Ce que la Cour peut faire, c'est chercher à savoir si ce que les demandeurs mentionnent dans la Déclaration reflète fidèlement ce qui a été expressément énoncé dans les extraits des documents.

2) Fondement juridique des réclamations des demandeurs

[88] Compte tenu des questions soulevées par la présente espèce concernant le complot auquel prendraient part les défenderesses, il importe d'établir le cadre juridique des réclamations formulées par les demandeurs au regard du droit de la concurrence. Les parties pertinentes des articles 36, 45 et 46 de la Loi sont reproduites intégralement à l'annexe B des présents motifs.

a) *L'esprit de la Loi*

[89] La Loi est une loi fédérale d'application générale qui vise les comportements commerciaux anticoncurrentiels au Canada. Comme la plupart des régimes régissant

the globe, the Act deals with three broad areas: coordinated conduct between competitors, unilateral conduct by firms with market power, and mergers. Somewhat unusually compared to many other competition or antitrust law regimes, the Act also deals with a number of specific “reviewable” practices as well as a variety of deceptive marketing practices, such as misleading advertising.

[90] The Act adopts a bifurcated approach to anti-competitive behaviour. On the one hand, there are certain types of conduct that are considered sufficiently egregious to competition to warrant criminal sanctions. Currently, there are some 25 criminal offences under the Act, the most prominent being section 45 prohibiting price-fixing and other “hard-core” cartel-like agreements between competitors. Conversely, other types of conduct are considered only potentially anti-competitive, are not treated as crimes and are instead subject to civil review and potential forward-looking prohibition once the impugned conduct has been established to have had, have or be likely to have anti-competitive effects. These notably include agreements between competitors that do not fall within the scope of section 45 as well as unilateral conduct by firms with market power, such as abuse of dominance, exclusive dealing, tied selling, price maintenance or refusal to deal. These behaviours are not prohibited unless they cause, or are likely to cause, a substantial lessening or prevention of competition or some adverse effects on competition in the relevant market, in which case the Competition Tribunal (Tribunal) can order the conduct to cease.

(b) *Section 36*

[91] Section 36 of the Act confers a right of private action to any person who has suffered loss or damage as a result of conduct in breach of one of the criminal provisions of the Act, or as a result of a failure to comply with an order of the Tribunal or another court under the Act.

la concurrence qui existent partout dans le monde, la Loi traite de trois grands sujets : le comportement coordonné de concurrents, le comportement unilatéral d’entreprises ayant un pouvoir de marché, et les fusionnements. D’une manière plutôt inhabituelle comparativement à de nombreux autres régimes de droit de la concurrence ou de droit antitrust, la Loi traite également d’un certain nombre de pratiques « susceptibles d’examen » ainsi que d’une variété de pratiques commerciales trompeuses, comme la publicité mensongère.

[90] La Loi adopte une approche à deux volets à l’égard des comportements anticoncurrentiels. D’une part, certains types de comportements sont considérés comme suffisamment graves pour la concurrence pour justifier des sanctions criminelles. Présentement, on dénombre quelque 25 infractions criminelles dans la Loi, la plus importante étant celle prévue à l’article 45 interdisant la fixation des prix et d’autres accords « injustifiables » entre concurrents s’apparentant à de la cartellisation. À l’inverse, d’autres types de comportements qui sont considérés uniquement comme étant potentiellement anticoncurrentiels ne sont pas traités comme des crimes. Ils sont plutôt assujettis à un examen civil et pourraient faire l’objet d’une interdiction prospective une fois qu’il a été établi que le comportement contesté a eu ou a des effets anticoncurrentiels, ou est susceptible d’en avoir. Ces comportements peuvent notamment viser des accords entre concurrents ne relevant pas du champ d’application de l’article 45 ainsi que des comportements unilatéraux d’entreprises ayant un pouvoir de marché, comme l’abus de position dominante, l’exclusivité, les ventes liées, le maintien des prix ou le refus de vendre. Ces comportements ne sont interdits que s’ils causent, ou sont susceptibles de causer, une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence ou certains effets défavorables sur la concurrence dans le marché pertinent, auquel cas le Tribunal de la concurrence (Tribunal) peut ordonner que le comportement cesse.

b) *Article 36*

[91] L’article 36 de la Loi confère un droit d’action privée à toute personne qui a subi des pertes ou des dommages par suite d’un comportement contrevenant à l’une des dispositions criminelles de la Loi ou par suite d’un défaut de se conformer à une ordonnance du Tribunal ou

Conversely, non-criminal anti-competitive conduct, even one having serious anti-competitive effects, does not give rise to a recourse in damages by private plaintiffs.

[92] When a breach of a criminal provision is alleged, recourses under section 36 may be commenced without there having been a criminal conviction, or even an investigation by the competition authorities into the impugned conduct. However, a plaintiff still has the burden of proving the elements of the prohibited criminal conduct. The right of action in section 36 has a relatively short limitation period. An action must be brought within two years from the later of the day on which the conduct was engaged in or the day on which any criminal proceedings are disposed of. However, the discoverability rule applies to section 36 claims (*Godfrey*, at paragraphs 31–50). It means that the start of the limitation period is postponed until the time that the plaintiff knew or ought to have known of the anti-competitive conduct, though the discoverability rule does not extend to the two-year limitation period following the disposition of a criminal proceeding.

[93] To establish a claim under paragraph 36(1)(a), a plaintiff must plead that the defendants breached a provision of Part VI of the Act (which addresses “Offences in Relation to Competition”) and that the plaintiff suffered actual loss or damage as a result of the impugned criminal conduct. The right to pursue an action in damages and to seek recovery of certain investigation costs is subject to some important limits, including a limit to pursuing compensatory damages (i.e. no punitive damages or injunctive relief).

[94] Section 36 is the provision effectively creating the plaintiffs’ cause of action in this case (*Godfrey*, at paragraph 76; *Murphy*, at paragraphs 83–85; *Singer v. Schering-Plough Canada Inc.*, 2010 ONSC 42 (CanLII), at paragraphs 107–108). To eventually succeed, the plaintiffs must therefore prove: (i) that the defendants’ conduct

d’un autre tribunal rendue en vertu de la Loi. En revanche, un comportement anticoncurrentiel qui ne relève pas du droit criminel, même s’il a de graves effets anticoncurrentiels, ne donne pas lieu à un recours en dommages-intérêts par des demandeurs privés.

[92] Lorsqu’une violation d’une disposition criminelle est alléguée, les recours visés à l’article 36 peuvent être intentés sans qu’il y ait eu une déclaration de culpabilité, ou sans que les autorités en matière de concurrence mènent une enquête à l’égard du comportement contesté. Toutefois, il incombe toujours au demandeur de prouver les éléments du comportement criminel illicite. Le droit d’action prévu à l’article 36 est assorti d’un délai de prescription relativement court. L’action doit être intentée dans les deux ans suivant la date où le comportement a été commis ou, si elle est postérieure, la date à laquelle les instances criminelles sont réglées. Cependant, la règle de la possibilité de découvrir s’applique aux actions intentées en vertu de l’article 36 (*Godfrey*, aux paragraphes 31 à 50). Cela signifie que le début du délai de prescription est reporté jusqu’au moment où le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du comportement anticoncurrentiel, bien que la règle de la possibilité de découvrir ne s’applique pas au délai de prescription de deux ans suivant le règlement d’une instance criminelle.

[93] Pour établir le bien-fondé d’une réclamation en vertu de l’alinéa 36(1)a), un demandeur doit faire valoir que le défendeur a contrevenu à une disposition de la partie VI de la Loi (qui porte sur les « Infractions relatives à la concurrence ») et qu’il a subi une perte ou des dommages du fait du comportement criminel reproché. Le droit d’intenter une action en dommages-intérêts et de demander le recouvrement de certains frais d’enquête est assujéti à certaines limites importantes, y compris une limite quant aux dommages-intérêts compensatoires (c.-à-d. pas de dommages-intérêts punitifs ni de mesures injonctives).

[94] L’article 36 est la disposition créant, dans les faits, la cause d’action des demandeurs en l’espèce (*Godfrey*, au paragraphe 76; *Murphy*, aux paragraphes 83 à 85; *Singer v. Schering-Plough Canada Inc.*, 2010 ONSC 42 (CanLII), aux paragraphes 107 à 108). Pour avoir gain de cause, les demandeurs doivent donc prouver ce qui



satisfies all constituent elements of the underlying criminal offence (in this case, section 45 or 46); (ii) the loss or damage suffered; and (iii) a causal link between the loss or damage suffered and the criminal offence.

(c) *Section 45*

[95] The prohibition in section 45 is generally considered as the cornerstone of the Act. The Canadian regime governing conspiracies was substantially modified by 2009 amendments which entered into force on March 12, 2010 [S.C. 2009, c.2, s. 410]. Those 2009 amendments created a revised criminal enforcement regime for the most egregious forms of cartel agreements between competitors, while at the same time removing the threat of criminal sanctions for legitimate collaborations to avoid discouraging competitors from engaging in potentially beneficial alliances. Section 45 now makes it *per se* illegal for competitors or potential competitors to agree to: (i) fix, maintain, increase or control the price for the supply of a product; (ii) allocate sales, territories, customers or markets for the production or supply of a product; or (iii) fix, maintain, control, prevent, lessen or eliminate the production or supply of a product. As a result of the 2009 amendments, proof of the conspiracy, agreement or arrangement on one of the three topics captured by section 45 is sufficient to establish the offence, without any need to prove actual or likely anti-competitive effects or harm to competition in a market.

[96] Therefore, since the 2009 amendments entered into force, the focus of the assessment under section 45, and the key constituent of the provision, is whether there is an agreement between competitors to engage in a prohibited conduct (as competitors are defined in subsection 45(8)). The existence of actual or likely anti-competitive effects is no longer relevant, since the previous element that required a demonstration of specific anti-competitive effects, such as an “undue” lessening or prevention of competition, was eliminated. Competitive injury is now presumed and implicit for conduct covered by section 45. In other words, section 45 describes three categories of

suit : (i) le comportement des défenderesses satisfait à tous les éléments constitutifs de l’infraction criminelle sous-jacente (en l’espèce, les articles 45 ou 46); (ii) la perte ou les dommages subis; (iii) un lien de causalité entre la perte ou les dommages subis et l’infraction criminelle.

c) *Article 45*

[95] L’interdiction prévue à l’article 45 est généralement considérée comme la pierre angulaire de la Loi. En 2009, le régime canadien régissant les complots a fait l’objet de modifications importantes qui sont entrées en vigueur le 12 mars 2010 [S.C. 2009, ch. 2, art. 410]. Ces modifications de 2009 ont créé un régime d’application de la loi en matière criminelle révisé pour les formes les plus flagrantes d’accords entre concurrents, tout en éliminant la menace de sanctions criminelles pour les collaborations légitimes afin d’éviter de décourager les concurrents de conclure des alliances potentiellement avantageuses. L’article 45 rend maintenant illégal en soi pour les concurrents ou concurrents potentiels de conclure un accord : (i) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture d’un produit; (ii) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture d’un produit; (iii) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture d’un produit. À la suite des modifications de 2009, la preuve du complot, de l’accord ou de l’arrangement sur l’un des trois types d’activités décrits à l’article 45 suffit pour établir l’infraction, sans qu’il ne soit nécessaire de prouver l’existence d’effets anticoncurrentiels réels ou vraisemblables ou d’un effet préjudiciable sur la concurrence dans un marché.

[96] Par conséquent, depuis l’entrée en vigueur des modifications de 2009, l’objet de l’évaluation effectuée au titre de l’article 45, et l’élément clé de la disposition, est de déterminer s’il existe un accord entre concurrents (au sens du paragraphe 45(8)) pour se livrer à un comportement illicite. L’existence d’effets anticoncurrentiels réels ou vraisemblables n’est plus pertinente, puisque l’élément qui exigeait auparavant la démonstration d’effets anticoncurrentiels précis, comme une diminution ou un empêchement « indus » de la concurrence, a été éliminé. Le préjudice concurrentiel est maintenant présumé et implicite pour les comportements visés à l’article 45. En

agreements that are so likely to harm competition and to have no pro-competitive benefits that they are deserving of sanction without a detailed inquiry into their actual competitive effects (CC Guidelines, at section 2.1; see also *Mohr v. National Hockey League*, 2021 FC 488, [2021] 4 F.C.R. 408, at paragraph 57).

[97] A person therefore commits an offence under section 45 when that person: (i) conspires, agrees or arranges; (ii) with a competitor of that person with respect to a product or service; (iii) to do any of the three things mentioned in subsection 45(1), namely, fix prices; allocate sales, territories, customers or markets; or control output. Of course, since section 45 is a criminal offence, the requisite criminal intent or *mens rea* must also be demonstrated.

(i) Requirement for an agreement

[98] The main constituent element and basic threshold requirement to establish a section 45 conspiracy is the existence of an agreement between the collaborating parties. The words used in section 45 (namely, “conspires, agrees or arranges”) all express the act of agreeing and contemplate a “mutual arriving at an understanding or agreement” (*Regina v. Armco Canada Ltd. and 9 other corporations* (1976), 13 O.R. (2d) 32, at page 41, 70 D.L.R. (3d) 287 (C.A.) (*Armco*)). In order to determine that a criminal agreement was formed, it is necessary to prove that there is a “meeting of the minds” between two or more unaffiliated persons who are “competitors”. The agreement can be express or tacit, and subsection 45(3) of the Act specifically provides that a court may infer the existence of an agreement from circumstantial evidence, even in the absence of any evidence of “direct communication” between the parties to the alleged conspiracy. However, the requirement that there be a mutual meeting of the minds makes some form of two-way communications an essential aspect of a conspiracy. In other words, even if there is no direct evidence of an agreement, there must at least be some indirect or circumstantial evidence of some type of communications between the parties in order for an agreement to be inferred: “[a]dopting a comparable or identical pricing policy without an agreement—which by definition

d’autres termes, l’article 45 décrit trois catégories d’accords qui ont une telle probabilité de nuire à la concurrence sans apporter d’avantages pro-concurrentiels qu’ils méritent d’entraîner des poursuites sans besoin d’enquête détaillée sur leurs effets réels à l’égard de la concurrence (Lignes directrices CC, à l’article 2.1; voir également *Mohr c. Ligue nationale de hockey*, 2021 CF 488, [2021] 4 R.C.F. 408, au paragraphe 57).

[97] Enfreint donc l’article 45 quiconque : (i) complot, conclut un accord ou un arrangement; (ii) avec un concurrent de cette personne relativement à un produit ou à un service; (iii) pour faire l’une des trois choses mentionnées au paragraphe 45(1), à savoir fixer les prix; attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés, ou contrôler la production. Bien entendu, puisque l’infraction décrite à l’article 45 est criminelle, il faut également démontrer l’intention criminelle ou *mens rea*.

(i) Exigence relative à un accord

[98] L’élément constitutif principal et exigence préliminaire de base pour établir un complot visé à l’article 45 est l’existence d’une entente entre les parties collaboratrices. Les mots utilisés à l’article 45 (« complot ou conclut un accord ou un arrangement ») expriment tous l’acte de conclure et d’envisager [TRADUCTION] « d’arriver à une entente ou à un accord » (*Regina v. Armco Canada Ltd. and 9 other corporations* (1976), 13 O.R. (2d) 32, à la page 41, 70 D.L.R. (3d) 287 (*Armco*)). Pour déterminer si un accord criminel a été conclu, il est nécessaire de prouver qu’il y a une « rencontre de volontés » entre deux ou plusieurs personnes non affiliées qui sont des « concurrentes ». L’accord peut être explicite ou tacite, et le paragraphe 45(3) de la Loi prévoit expressément qu’un tribunal peut déduire l’existence d’un accord à partir d’une preuve circonstancielle, même en l’absence de toute preuve de « communication directe » entre les parties au complot allégué. Cependant, l’exigence selon laquelle il doit y avoir une rencontre de volontés entre les concurrents fait en sorte qu’une certaine forme de communication bilatérale devient un aspect essentiel du complot. Autrement dit, même s’il n’y a pas de preuve directe d’un accord, il doit au moins y avoir une preuve indirecte ou circonstancielle d’un certain type de communication entre les parties pour qu’un accord soit inféré : « [l]’adoption d’une politique

requires a meeting of the minds—does not fall within the scope of s. 45” (*Proulx v. R.*, 2016 QCCS 1425 (CanLII), [2016] Q.J. 11393 (QL) (*Proulx*), at paragraph 32). As the Ontario Supreme Court stated it in *Regina v. Canadian General Electric Company Ltd. et al.* (1976), 15 O.R. (2d) 360, 1976 CarswellOnt 449 (*GE*) some 45 years ago, “[c]ommunication is the essence of every conspiracy for only by it can common purpose be proved” (*GE*, at paragraph 158).

[99] This was confirmed by the S.C.C. in *Atlantic Sugar*, a criminal case. In that seminal case on the Canadian conspiracy offence under the Act, as it was previously worded, major sugar refiners were accused of conspiracy to fix the price of sugar and to allocate market shares. The major sugar refiners operated in a highly concentrated, oligopolistic market and had relatively stable market shares for many years. At one point in time, they entered into a price war to compete for market share, but ultimately reverted to their previous positions. Similar to the current case, *Atlantic Sugar* involved allegations that the parties’ abandonment of competition on market share constituted collusion through “signalling”, contrary to the conspiracy provisions of the Act. The S.C.C. upheld the acquittals ordered by the trial judge and confirmed that a “tacit agreement” arising without two-way communications was not within the scope of the conspiracy provision of the Act.

[100] The S.C.C. accepted that “a conspiracy may be effected in any way and may be established by inference” (*Atlantic Sugar*, at page 656), but it imported certain contractual concepts of agreement (i.e. the communication of an offer and the acceptance of such offer) into the analysis of the elements of conspiracy: “[i]n order to make an agreement by tacit acceptance of an offer there must not only be a course of conduct from which acceptance may be inferred, there must also be communication of this offer” (*Atlantic Sugar*, at page 657; emphasis added).

de prix comparables ou identiques, sans l’existence d’une entente qui par définition nécessite une rencontre de volontés, ne tombe pas sous le coup de l’article 45 » (*Proulx c. R.*, 2016 QCCA 1425 (CanLII), [2016] J.Q. 11393 (QL) (*Proulx*), au paragraphe 32). Comme la Cour suprême de l’Ontario l’a déclaré dans [l’arrêt] *Regina v. Canadian General Electric Company Ltd. et al.* (1976), 15 O.R. (2d) 360, 1976 CarswellOnt 449 (*GE*) il y a environ 45 ans, [TRADUCTION] « [l]a communication est l’essence de tout complot, car elle seule peut prouver un objectif commun » (*GE*, au paragraphe 158).

[99] Cela a été confirmé par la C.S.C. dans l’arrêt *Atlantic Sugar*, une affaire criminelle. Dans cet arrêt faisant autorité quant à l’infraction de complot au Canada visée par la Loi, telle qu’elle était rédigée à l’époque, d’importants raffineurs de sucre ont été accusés de complot en vue de fixer le prix du sucre et de s’attribuer des parts de marché. Les grands raffineurs de sucre exploitaient leurs entreprises dans un marché oligopolistique très concentré et, pendant de nombreuses années, leurs parts de marché étaient demeurées relativement stables. À un certain moment, ils ont commencé une guerre des prix pour obtenir des parts de marchés, mais ils ont fini par revenir à leurs positions antérieures. Tout comme dans la présente espèce, les allégations dans l’affaire *Atlantic Sugar* indiquaient que l’abandon de la concurrence pour les parts de marchés par les parties constituait une collusion par « signaux », en contravention des dispositions de la Loi relatives au complot. La C.S.C. a confirmé les acquittements ordonnés par le juge de première instance et a confirmé que les « ententes tacites » survenant sans communication bilatérale n’étaient pas visées par la disposition sur le complot de la Loi.

[100] La C.S.C. a admis qu’« un complot peut prendre diverses formes et peut être prouvé par déduction » (*Atlantic Sugar*, à la page 656), mais a importé certaines notions contractuelles concernant les accords (à savoir la communication d’une offre et l’acceptation d’une telle offre) dans l’analyse des éléments du complot : « [p]our conclure à une entente par acceptation tacite d’une offre, il ne suffit pas d’adopter une ligne de conduite qui implique acceptation, il faut également qu’il y ait eu communication de cette offre » (*Atlantic Sugar*, à la page 657; soulignement ajouté).

[101] With respect to the sugar refiners' uniform prices and the charges of price fixing, the S.C.C. confirmed the trial judge's conclusions, who had found that there was no "tacit agreement" even though the accused published their price lists, making them immediately known to their competitors. The S.C.C. accepted the trial judge's finding that this was a "result of independent decisions called 'conscious parallelism' which is not illegal" (*Atlantic Sugar*, at page 656) and that this did not constitute an unlawful conspiracy, even though the price lists were immediately made known to the competitors. With respect to the traditional sales policy based on market share, the S.C.C. agreed that there was no evidence that the policy was made known to the competitors and no evidence of communication of that policy. The S.C.C. also confirmed the trial judge's finding that there was no "tacit agreement" in this situation.

[102] In other words, so-called "tacit agreements" cannot amount to an illegal conspiracy without some form of communication and course of conduct from which acceptance may be inferred. A conscious but independent adoption of a uniform or parallel course of action by different parties, without such a meeting of the minds, assent, promise or coordination among them is not an agreement contemplated by the conspiracy provision. The mere expectation that a competitor will act in a certain way is insufficient to establish the required agreement (i.e. a meeting of the minds or a mutual understanding).

[103] In their respective submissions, both parties indicated that a conspiracy claim under section 45 must therefore provide, among other things, material facts and full particulars on (i) the agreement and its purpose or objects and (ii) any overt acts, described with clarity and precision, that are alleged to have been done by each of the conspirators in furtherance of the conspiracy (*Prokuron*, at paragraphs 28–29; *Mancinelli*, at paragraphs 142–143). I pause to note that these requirements relate to pleading an "unlawful means" civil conspiracy, not the criminal offence under section 45 of the Act. While the presence

[101] En ce qui concerne les prix uniformes des raffineurs de sucre et les accusations de fixation des prix, la C.S.C. a confirmé les conclusions du juge de première instance, qui avait conclu à l'absence d'« entente tacite », même si les accusées avaient publié leurs tarifs, les faisant immédiatement connaître à leurs concurrents. La C.S.C. a accepté la conclusion du juge de première instance selon laquelle il s'agissait d'un « résultat de décisions indépendantes appelées [TRADUCTION] "décisions consciemment parallèles" qui ne sont pas illégales » (*Atlantic Sugar*, à la page 656) et qu'il ne s'agissait pas d'un complot illicite, même si les tarifs ont été immédiatement portés à la connaissance des concurrents. En ce qui concerne la politique de vente traditionnelle fondée sur la part de marché, la C.S.C. a convenu qu'il n'y avait aucune preuve que la politique avait été portée à la connaissance des concurrents et qu'il n'y avait aucune preuve de la communication de cette politique. La C.S.C. a également confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'y avait aucune « entente tacite » dans cette affaire.

[102] En d'autres termes, ce qu'on appelle « ententes tacites » ne peut pas constituer un complot illégal sans une forme de communication et une ligne de conduite dont l'acceptation peut être déduite. L'adoption consciente, mais indépendante, d'une ligne de conduite uniforme ou parallèle par différentes parties, sans une telle rencontre de volontés, l'assentiment, la promesse ou la coordination entre les concurrents, ne constitue pas un accord visé par la disposition relative au complot. La simple attente selon laquelle un concurrent agira d'une façon donnée ne suffit pas à prouver l'accord nécessaire (c.-à-d. l'existence d'un accord des volontés ou une entente mutuelle).

[103] Dans leurs observations respectives, les deux parties ont indiqué qu'une allégation de complot en vertu de l'article 45 doit donc présenter, entre autres, des faits substantiels et des détails complets sur (i) l'accord et ses objets et (ii) tout acte manifeste, décrit avec clarté et précision, qui aurait été commis par chacune des parties au complot en vue du complot (*Prokuron*, aux paragraphes 28–29; *Mancinelli*, aux paragraphes 142 et 143). J'ouvre une parenthèse pour faire observer que ces exigences concernent les allégations de complot civil par des « moyens illicites », et non l'infraction criminelle visée à

of overt acts may, depending on the circumstances, give rise to an inference that an unlawful agreement exists, it should be underlined that the section 45 offence resides in the agreement itself, not in carrying it out by overt acts.

(ii) Conscious parallelism

[104] A word needs to be said about conscious parallelism. Contrary to what the plaintiffs appear to suggest in their written and oral submissions, Canadian law has long recognized that “conscious parallelism” falls short of conduct prohibited by section 45 of the Act. Conscious parallelism has been described as “a phenomenon which occurs when parties not involved in a price-fixing conspiracy deliberately *choose* to adjust their prices in order to match those of their competitors, in the absence of any actual collusion between them” (emphasis in original) (*Godfrey*, at paragraph 190, Justice Côté dissenting, but not on this point). Stated differently, it is the act of independently adopting a common course of conduct with an awareness of the likely response of competitors or in response to the conduct of competitors. Conscious parallelism refers to those situations where, in the absence of an agreement, competitors unilaterally adopt similar or identical business practices or pricing, as a result of rational and profit-maximizing strategies based on observations of market trends and activities of each other’s past behaviour. Such parallel conduct is frequent in oligopoly markets where leading firms may closely monitor their rivals’ reactions to changes in their behaviour, and each firm accounts for the reaction of others in deciding on prices, production and output.

[105] Since it represents the independent response by each competitor to the perceived and predicted conduct of others—in contrast to a conspiracy prohibited by section 45, which requires an agreement and some form of two-way communications—, “conscious parallelism” is not illegal and has never been found to fall within the purview of the conspiracy provision of the Act, whether section 45 or its predecessors. Canadian courts have

l’article 45 de la Loi. Bien que la présence d’actes manifestes puisse permettre, selon les circonstances, d’inférer qu’il existe un accord illicite, il convient de souligner que l’infraction prévue à l’article 45 réside dans l’accord lui-même, et non dans l’exécution d’un tel accord par des actes manifestes.

(ii) Parallélisme conscient

[104] Il convient de dire un mot sur le parallélisme conscient. Contrairement à ce que les demandeurs semblent affirmer dans leurs observations écrites et orales, le droit canadien reconnaît depuis longtemps que le « parallélisme conscient » n’est pas un comportement interdit par l’article 45 de la Loi. Le parallélisme conscient a été décrit comme « un phénomène qui se produit lorsque les parties ne participant pas à un complot de fixation des prix *choisissent* délibérément d’ajuster leurs prix à ceux de leurs concurrents, sans qu’on puisse parler de collusion » [en italique dans l’original] (*Godfrey*, au paragraphe 190, la juge Côté étant dissidente, mais pas sur ce point). Autrement dit, le parallélisme conscient consiste en l’acte d’adopter de façon indépendante une ligne de conduite commune en étant conscient de la réaction probable des concurrents ou en réponse au comportement des concurrents. Le parallélisme conscient vise les situations où, en l’absence d’accord, les concurrents adoptent unilatéralement des pratiques commerciales ou des prix semblables ou identiques, à la suite de stratégies rationnelles et de maximisation des bénéfices fondées sur des observations des tendances du marché et de la façon dont se sont comportés les concurrents dans le passé. Un tel comportement parallèle est fréquent dans les marchés oligopolistiques où les grandes entreprises peuvent surveiller étroitement les réactions de leurs concurrents à l’évolution de leur comportement, et chaque entreprise tient compte de la réaction des autres pour prendre des décisions sur les prix et la production.

[105] Puisqu’il constitue la réponse indépendante de chaque concurrent au comportement perçu et prévu des autres — contrairement au complot interdit par l’article 45, qui doit faire l’objet d’un accord et d’une certaine forme de communication bilatérale —, le « parallélisme conscient » n’est pas illégal et n’a jamais été jugé comme relevant de la disposition sur le complot contenue à la Loi, qu’il s’agisse de l’article 45 ou des dispositions qui l’ont

repeatedly recognized that conscious parallelism cannot be equated with an agreement and that a pricing policy resulting from conscious parallelism, if conducted without collusion, does not constitute a conspiracy offence (see, e.g., *R. v. Cominco Ltd.* (1980), 46 C.P.R. (2d) 154, [1980] A.J. No. 524 (QL) (S.C. (T.D.)); *R. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 183, 1976 Carswell 94 (Que. S.C.); *R. v. Canada Cement Lafarge Ltd.* (1973), 12 C.P.R. (2d) 12, 1973 CarswellOnt 1031 (Prov. Ct.) (*Lafarge*)). The mere communication or exchange of views between parties that arouses only an expectation that each party will act in a certain way was also found not to be an agreement prohibited by a previous iteration of section 45 (*R. v. Canada Packers Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 133, 1988 CarswellAlta 745 (Q.B.)).

[106] Again, this was also clearly confirmed and settled by the S.C.C. in *Atlantic Sugar*, where the Court found conscious parallelism, but not an agreement, and therefore acquitted the sugar refiners despite the fact that there was less than vigorous competition between them. The S.C.C. affirmed that conscious parallelism is not illegal (*Atlantic Sugar*, at page 656) and notably observed that “[n]one of the refiners was obliged to compete more strongly than it felt desirable in its own interest. Each refiner was entitled to decide not to seek to increase its market share as long as this was not done by collusion” (*Atlantic Sugar*, at page 657).

[107] I recognize that *Atlantic Sugar* may lead to some confusion as it is not always clear in that decision what the S.C.C. exactly meant by “tacit agreement”. The S.C.C. used the words “tacit agreement” in quotation marks throughout its decision as this was the language used by the trial judge to describe his finding about what the accused sugar refiners had done with regard to market shares. In *Atlantic Sugar*, the trial judge had found that the maintenance of traditional market shares was the result of a “tacit agreement” between the accused, but that it did not amount to a prohibited conspiracy because there was no communication between them. What the trial judge described as a “tacit agreement” was in fact conscious

précédé. Les tribunaux canadiens ont reconnu à maintes reprises que le parallélisme conscient ne peut être assimilé à un accord et qu’une politique de prix découlant d’un parallélisme conscient, si elle est menée sans collusion, ne constitue pas une infraction de complot (voir, par exemple, *R. v. Cominco Ltd.* (1980), 46 C.P.R. (2d) 154, [1980] A.J. n° 524 (QL) (C. sup.); *R. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1976), 29 C.P.R. (2d) 183, 1976 Carswell 94 (C. sup. Qué.); *R. v. Canada Ciment Lafarge Ltd.* (1973), 12 C.P.R. (2d) 12, 1973 CarswellOnt 1031 (C. prov.) (*Lafarge*)). La simple communication ou le simple échange de points de vue entre les parties qui ne suscitent qu’une attente que chaque partie agira d’une certaine manière n’ont pas non plus été considérés comme un accord interdit par une version antérieure de l’article 45 (*R. v. Canada Packers Inc.* (1988), 19 C.P.R. (3d) 133, 1988 CarswellAlta 745 (B.R.)).

[106] Encore une fois, ces principes ont également été clairement confirmés dans l’arrêt *Atlantic Sugar*. Dans cette affaire, la C.S.C. a constaté un parallélisme conscient, mais pas un accord, et a donc acquitté les raffineurs de sucre malgré le fait qu’il y avait une concurrence moins que vigoureuse entre eux. La C.S.C. a confirmé que le parallélisme conscient n’est pas illégal (*Atlantic Sugar*, à la page 656) et a notamment fait remarquer qu’« [a]ucun des raffineurs n’était tenu de faire concurrence plus fortement qu’il ne l’estimait souhaitable dans son propre intérêt. Chacun des raffineurs avait le droit de décider de ne pas chercher à augmenter sa part du marché en autant que cette décision n’était pas le résultat d’une collusion » (*Atlantic Sugar*, à la page 657).

[107] Je reconnais que l’arrêt *Atlantic Sugar* peut engendrer une certaine confusion, car il n’est pas toujours facile de comprendre dans cette affaire ce que la C.S.C. entendait par « entente tacite ». La C.S.C. a utilisé les mots « entente tacite » entre guillemets tout au long de sa décision, car il s’agissait du libellé utilisé par le juge de première instance pour décrire sa conclusion au sujet de ce que les raffineurs de sucre accusés avaient fait en ce qui concerne les parts de marché. Dans l’arrêt *Atlantic Sugar*, le juge de première instance avait conclu que le maintien des parts de marché traditionnelles résultait d’une « entente tacite » entre les accusées, mais qu’il ne s’agissait pas d’un complot interdit parce qu’il n’y avait

parallelism and, in my view, the use of quotation marks by the S.C.C. reflects the court's understanding that "tacit agreement" (as expressed by the trial judge) amounted in fact to what the S.C.C. described as conscious parallelism.

[108] I pause to mention that, in many court decisions and in the legal and economic literature, there is often confusion between the terms "tacit agreement", "tacit collusion" and "conscious parallelism", as they are used interchangeably to describe a similar reality. In my view, this is incorrect. The key difference between "conscious parallelism" and other conduct is the absence of an agreement. So using "tacit agreement" or "tacit collusion" to describe such parallel behaviour is an oxymoron. For greater clarity, under the Canadian conspiracy provision, the term "tacit agreement" should be reserved for those situations where an agreement can be inferred from circumstantial evidence and indirect communications between the parties. A tacit agreement requires some form of communication of an offer as well as a course of conduct from which the acceptance of the offer may be inferred (*Atlantic Sugar*, at page 657). Conversely, the words "agreement" or "collusion" should not be used to describe situations of "conscious parallelism" as these imply unilateral, parallel conduct with no form of two-way communications and mutual acceptance, whether express or tacit, between the parties involved.

[109] I add that the Commissioner of Competition (Commissioner), who is responsible for administering and enforcing the Act, shares the view that "conscious parallelism" does not fall within the ambit of section 45. In the CC Guidelines, the Competition Bureau expressly affirms that it "does not consider that the mere act of independently adopting a common course of conduct with awareness of the likely response of competitors or in response to the conduct of competitors, commonly referred to as 'conscious parallelism', is sufficient to establish an agreement for the purpose of subsection 45(1) [of the

par eu de communication entre elles. Ce que le juge de première instance a qualifié d'« entente tacite » était en fait un parallélisme conscient et, à mon avis, l'utilisation de guillemets par la C.S.C. traduit le fait qu'elle interprétait l'expression « entente tacite » (utilisée par le juge de première instance) comme équivalant en fait à ce qu'elle appelait elle-même le parallélisme conscient.

[108] J'ouvre une parenthèse pour ajouter que, dans de nombreuses décisions rendues par les tribunaux ainsi que dans la littérature juridique et économique, on confond souvent les expressions « entente tacite », « collusion tacite » et « parallélisme conscient », car elles sont utilisées indistinctement pour décrire une réalité semblable. Je ne suis pas d'accord. La principale différence entre « parallélisme conscient » et tout autre comportement est l'absence d'accord. Par conséquent, l'utilisation des expressions « entente tacite » ou « collusion tacite » pour décrire un tel comportement parallèle est un oxymoron. Pour plus de clarté, j'estime que les « ententes tacites » visées à la disposition canadienne sur le complot devraient être réservées aux situations où un accord peut être déduit à partir d'éléments de preuve circonstancielle et de communications indirectes entre les parties. Une entente tacite requiert une certaine forme de communication d'une offre ainsi qu'une ligne de conduite à partir de laquelle l'acceptation de l'offre peut être déduite (*Atlantic Sugar*, à la page 657). Inversement, les termes « entente », « accord » ou « collusion » ne doivent pas être utilisés pour décrire des situations de « parallélisme conscient », car ces dernières supposent un comportement unilatéral et parallèle sans aucune forme de communication bilatérale et d'acceptation mutuelle, explicite ou tacite, entre les parties concernées.

[109] J'ajoute que le Commissaire de la concurrence (Commissaire), qui est responsable de l'application et de l'exécution de la Loi, partage l'opinion que le parallélisme conscient ne tombe pas sous le coup de l'article 45. Dans les Lignes directrices CC, le Bureau de la concurrence affirme expressément qu'il « ne considère pas que le simple fait d'adopter indépendamment un comportement commun en connaissant la réaction probable des concurrents ou en réponse au comportement des concurrents, qu'on appelle communément « parallélisme conscient », suffit à établir qu'il y a eu accord au sens du paragraphe 45(1) [de

Act]” (CC Guidelines, at section 2.2). I observe that this was recently reaffirmed by the Competition Bureau without any change or revision in its new, updated *Competitor Collaboration Guidelines* released on May 6, 2021.

[110] However, if there is something in addition to the consciously parallel conduct, it could constitute sufficient circumstantial evidence to satisfy the element of agreement needed to establish the offence of conspiracy under section 45 of the Act. Indeed, in the CC Guidelines, the Competition Bureau indicates that it views “parallel conduct coupled with facilitating practices, such as sharing competitively sensitive information or activities that assist competitors in monitoring one another’s prices,” (emphasis added) as potentially sufficient to establish an agreement between the parties under section 45 (CC Guidelines, at section 2.2). These “facilitating practices” are reminiscent of the so-called “plus factors” identified by U.S. courts and may include, for instance: enforcement activities by the competitors involved; advance announcements of price changes; exchange of confidential information on prices or costs; simultaneous adoption of new pricing programs; campaigns to convince competitors to adopt an open price policy; or efforts to keep meetings or communications covert (see, e.g., *Armco* or *Lafarge*). Importantly, these facilitating practices will typically refer to the conduct of the competitors, and will imply some form of prior or ongoing mutual communications between competitors.

[111] Incidentally, in light of the foregoing, conscious parallelism cannot be qualified as a novel issue under section 45. The requirement of an agreement, express or tacit, is a matter of law that is well settled in the jurisprudence, and Canadian courts have been saying for nearly 50 years that parallel, unilateral conduct without collusion does not amount to a conspiracy offence under the Act, and clearly falls outside the perimeter of section 45.

la Loi] » (Lignes directrices CC, à la section 2.2). Je fais observer que le Bureau de la concurrence a récemment réaffirmé cette position en n’apportant aucune modification ou révision dans sa nouvelle version à jour des *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* publiée le 6 mai 2021.

[110] Toutefois, s’il y a quelque chose en plus du comportement consciemment parallèle, cette chose supplémentaire pourrait constituer une preuve circonstancielle suffisante pour satisfaire à l’élément relatif à l’accord nécessaire pour établir l’infraction de complot visée à l’article 45 de la Loi. En effet, dans les Lignes directrices CC, le Bureau de la concurrence indique qu’il considère que le fait qu’un « tel “parallélisme conscient” [soit] combiné à des pratiques facilitantes comme la mise en commun de renseignements délicats sur le plan de la concurrence ou d’activités qui aident les concurrents à surveiller réciproquement leurs prix » (soulignements ajoutés) pourrait éventuellement être suffisant pour établir un accord entre les parties en vertu de l’article 45 (Lignes directrices CC, à l’article 2.2). Ces « pratiques facilitantes » rappellent les « facteurs supplémentaires » identifiés par les tribunaux américains et peuvent comprendre, par exemple : des activités menées par les concurrents concernés visant l’application de mesures; des annonces préalables de changements de prix; l’échange de renseignements confidentiels sur les prix ou les coûts; l’adoption simultanée de nouveaux programmes d’établissement des prix; des campagnes pour convaincre les concurrents d’adopter une politique de prix ouverts; ou des efforts pour garder les réunions ou les communications secrètes (voir, par exemple, *Armco* ou *Lafarge*). Fait important, ces pratiques facilitantes se rapportent généralement au comportement des concurrents et supposent une certaine forme de communication mutuelle préalable ou continue entre les concurrents.

[111] Incidemment, compte tenu de ce qui précède, le parallélisme conscient ne peut être qualifié de question nouvelle au regard de l’article 45. L’exigence relative à l’existence d’une entente, explicite ou tacite, est une question de droit bien établie dans la jurisprudence, et les tribunaux canadiens affirment depuis près de 50 ans que le comportement unilatéral parallèle sans collusion n’équivaut pas à une infraction de complot au sens de la Loi et qu’il est manifestement exclu du champ d’application de l’article 45.



## (iii) Signalling

[112] I make one last comment on the issue of “signalling” at the centre of the plaintiffs’ allegations of a section 45 conspiracy in this case. Relying on *Atlantic Sugar* and *Gosselin v. R.*, 2017 QCCA 244, [2017] Q.J. No. 988 (QL) (*Gosselin*), the plaintiffs submit that “public signalling” is recognized by Canadian law as constituting a breach of section 45 or its predecessor provisions. With respect, this is an incorrect statement of the law. Just as no case has ever recognized that conscious parallelism amounted to a prohibited conspiracy under the Act, I am unaware of any precedent in Canada which has recognized that unilateral “public signalling,” in and of itself, can amount to a conspiracy prohibited by section 45. In fact, neither of the two cases cited by the plaintiffs offers any support for that proposition.

[113] As indicated above, *Atlantic Sugar* has confirmed that unilateral conduct is not caught by the conspiracy provision of the Act. To the extent that *Atlantic Sugar* could be considered as a “signalling” case, it makes it clear that there cannot be an unlawful agreement under section 45 without some form of two-way communications between the co-conspirators, involving an offer or invitation and some conduct from which acceptance of the offer may be inferred. Turning to the *Gosselin* case, it does not provide any useful assistance. This case was not one of price signalling or conscious parallelism, as the existence of the conspiracy in that matter had been proven with extensive wiretap evidence obtained through electronic surveillance, revealing ongoing communications and express agreements between the competitors in the retail gasoline industry in a region of Quebec. Moreover, there were guilty pleas entered by some of the co-accused and the existence of a conspiracy had been clearly admitted. In fact, in that case, the trial judge rejected the defence of “conscious parallelism” advanced by the defendant in light of the extensive evidence of discussions and conversations between the competitors confirming the existence of an actual agreement (*Gosselin*, at paragraphs 58–60).

## (iii) Signaux

[112] Je formule un dernier commentaire sur la question des « signaux » au centre des allégations de complot fondées sur l’article 45 des demandeurs en l’espèce. Invoquant l’arrêt *Atlantic Sugar* et l’arrêt *Gosselin c. R.*, 2017 QCCA 244, [2017] J.Q. n° 988 (QL) (*Gosselin*), les demandeurs soutiennent que le droit canadien reconnaît que les « signaux publics » constituent une violation de l’article 45 ou des dispositions qui l’ont précédé. En toute déférence, il s’agit d’un énoncé de droit erroné. De la même façon que les tribunaux n’ont jamais reconnu que le parallélisme conscient équivalait à un complot interdit en vertu de la Loi, je ne connais aucun précédent au Canada dans lequel on a reconnu que les « signaux publics », en soi, peuvent constituer un complot interdit par l’article 45. En fait, ni l’un ni l’autre des deux arrêts cités par les demandeurs n’appuie cette proposition.

[113] Comme je l’ai déjà mentionné, l’arrêt *Atlantic Sugar* a confirmé que le comportement unilatéral n’est pas visé par la disposition sur le complot contenue à la Loi. Dans la mesure où l’arrêt *Atlantic Sugar* pourrait être considéré comme une affaire portant sur la question des « signaux », il indique clairement qu’il ne peut y avoir d’accord illicite en vertu de l’article 45 sans une certaine forme de communication bilatérale entre les parties au complot, comportant une offre ou une invitation ainsi qu’un comportement à partir duquel l’acceptation de l’offre peut être déduite. En ce qui concerne l’arrêt *Gosselin*, il n’apporte aucune aide utile. Cet arrêt ne portait pas sur des signaux relativement aux prix ou du parallélisme conscient, car l’existence du complot dans cette affaire avait été prouvée au moyen de très nombreux éléments de preuve obtenus par écoute électronique, révélant des communications continues et des accords explicites entre les concurrents dans l’industrie de la vente au détail d’essence dans une région du Québec. De plus, certains coaccusés ont plaidé coupables et l’existence d’un complot a été clairement admise. En fait, dans cette affaire, le juge de première instance a rejeté la défense de « parallélisme conscient » présentée par le défendeur à la lumière des nombreux éléments de preuve relatifs à des discussions et à des conversations entre les concurrents confirmant l’existence d’un accord réel (*Gosselin*, aux paragraphes 58–60).

[114] The plaintiffs also mentioned the *Fanshawe* case as an example where the court allegedly relied on public statements and findings in other proceedings. However, in that case, the defendants had pleaded guilty to a price-fixing conspiracy, and no finding was made on any issue related to public signalling.

(d) *Section 46*

[115] Turning to section 46 of the Act, it provides that it is a criminal offence for a corporation carrying on business in Canada to implement in Canada a directive or communication from a controlling person outside Canada, for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45. Section 46 therefore adds and complements section 45 by establishing an offence for persons beyond those who are directly involved in the conspiracies covered by section 45. Therefore, section 46 allows one to target subsidiaries operating in Canada that implement a foreign communication, whether or not they know they are implementing a conspiracy, and despite the fact that they are not immediate parties to the conspiracy. Without section 46, the courts would only have jurisdiction to impose sanctions against the conspirators themselves as opposed to entities in Canada who merely implement it without being a direct party to the conspiracy.

[116] In terms of the constituent elements of the section 46 offence, the requirements therefore include the elements of the conspiracy offence under section 45 as well as: (i) a corporation carrying on business in Canada; (ii) which implements a directive, an instruction, an intimation of policy, or other communication; (iii) from a person in Canada who is in a position to direct or influence the policies of the corporation; and (iv) where the directive, instruction, intimation of policy or communication is for the purpose of giving effect to conspiracy entered outside of Canada that would breach section 45.

[114] Les demandeurs ont également mentionné l'affaire *Fanshawe* comme exemple où la Cour se serait appuyée sur des déclarations publiques et des conclusions tirées dans d'autres procédures. Cependant, dans cette affaire, les défenderesses avaient plaidé coupables à un complot visant à fixer les prix, et aucune conclusion n'a été tirée sur une question liée aux signaux publics.

d) *Article 46*

[115] En ce qui concerne l'article 46 de la Loi, il prévoit qu'une personne morale exploitant une entreprise au Canada commet une infraction criminelle si elle applique, au Canada, une directive ou une communication provenant d'une personne se trouvant dans un pays étranger ayant pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'étranger qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45. Par conséquent, l'article 46 complète l'article 45 en établissant une infraction pour les personnes qui ne participent pas directement à des complots visés par l'article 45. Ainsi, l'article 46 permet de cibler les filiales qui exploitent des entreprises au Canada et qui suivent une communication étrangère, qu'elles sachent ou non qu'elles mettent en œuvre un complot, et ce, même si elles ne sont pas directement parties au complot. Sans l'article 46, la compétence des tribunaux se limiterait à l'imposition de sanctions contre les parties au complot elles-mêmes par opposition aux entités au Canada qui se contentent simplement de mettre en œuvre le complot sans être une partie directement impliquée.

[116] En ce qui concerne les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article 46, ils doivent donc comprendre les éléments de l'infraction de complot prévue à l'article 45 ainsi que les suivants : (i) une personne morale qui exploite une entreprise au Canada; (ii) qui applique une directive, une instruction ou un énoncé de politique ou autre communication; (iii) d'une personne au Canada en mesure de diriger ou d'influencer les principes suivis par la personne morale; (iv) lorsque la directive, l'instruction ou l'énoncé de politique ou la communication a pour objet de donner effet à un complot intervenu à l'étranger qui constituerait une infraction visée à l'article 45.

## (3) Analysis

[117] In my opinion, the plaintiffs have failed to put forward pleadings that disclose a reasonable cause of action. Despite the length of the Statement of Claim which exceeds 140 paragraphs, the pleadings are insufficient to establish a cause of action in breach of section 45 or 46, as the plaintiffs do not provide material facts with respect to the existence of an unlawful agreement between the defendants. This is the main constituent element of a section 45 conspiracy and, without a proper pleading with regard to the alleged agreement, there are no grounds for the plaintiffs' conspiracy claim. Even if it is read generously, the Statement of Claim does not contain material facts as to how and when an agreement could have been formed and entered into between the defendants, what if anything could have been agreed upon between the defendants, any meeting of the minds with regard to the commission of the alleged conspiracy offence, or any overt acts undertaken by the defendants in furtherance of an alleged conspiracy. The Statement of Claim is too sparse in detail and insufficient on the alleged wrongful act, making it plain and obvious that the plaintiffs' claim cannot succeed. When all is said and done, the Statement of Claim contains only vague and general allegations that amount to mere speculation and conjecture on an alleged agreement between the defendants. The same is true for the alleged wrongful conduct under section 46 of the Act.

(a) *Section 45*

## (i) Plaintiffs' allegations

[118] In their reply memorandum, the plaintiffs have identified those allegations made in their Statement of Claim which, in their view, provide the required background for the constituent elements of the conspiracy offence. With respect to the alleged agreement between the defendants, the plaintiffs have listed the following paragraphs of the Statement of Claim:

- [5] The defendants met and communicated with each other among their senior executives, directly

## 3) Analyse

[117] À mon avis, les demandeurs n'ont pas présenté d'actes de procédure qui révèlent une cause d'action valable. Malgré le fait qu'elle compte plus de 140 paragraphes, la Déclaration ne permet pas d'établir une cause d'action en contravention de l'article 45 ou de l'article 46, car les demandeurs ne présentent aucun fait substantiel quant à l'existence d'un accord illicite entre les défenderesses. Il s'agit de l'élément principal des complots visés à l'article 45 et, en l'absence d'un acte de procédure approprié relativement à l'accord, l'allégation de complot des demandeurs est sans fondement. Même si elle reçoit une interprétation libérale, la Déclaration ne contient aucun fait substantiel quant à la façon dont un accord aurait pu être conclu entre les défenderesses et quant au moment où il aurait pu l'être, quant à ce qui aurait pu faire l'objet d'un accord entre les défenderesses, quant à toute rencontre de volontés relativement à la perpétration de l'infraction de complot alléguée ou quant à tout acte manifeste commis par les défenderesses en vue de la réalisation d'un complot. La Déclaration est trop peu détaillée et insuffisante en ce qui concerne l'acte répréhensible allégué, ce qui fait en sorte que la demande des demandeurs ne peut manifestement pas être accueillie. En fin de compte, la Déclaration ne contient que des allégations vagues et générales qui ne constituent que de simples conjectures sur un accord soupçonné entre les défenderesses. Il en va de même pour le comportement répréhensible allégué en vertu de l'article 46 de la Loi.

a) *Article 45*

## (i) Les allégations des demandeurs

[118] Dans leur mémoire présenté en réponse, les demandeurs ont relevé les allégations formulées dans leur Déclaration qui, à leur avis, exposent le contexte requis pour les éléments constitutifs de l'infraction de complot. Concernant l'accord qui serait intervenu entre les défenderesses, les demandeurs ont reproduit les paragraphes suivants de la Déclaration :

[TRADUCTION]

- [5] Les défenderesses se sont rencontrées et ont communiqué entre elles, directement et indirectement,

and indirectly, in person, over the phone, and at meetings of the industry's various trade organizations.

- [61] The defendants entered a conspiracy to restrict DRAM capacity, illegally suppress DRAM supply, and increase DRAM prices.

- [64-70] Examples of statements:

- [64] ...on November 17, 2015, Micron CFO Ernie Maddock predicted at the UBS Global Technology Conference that the defendants would make some “really rational decisions,” including “lower supply growth” and no “significant DRAM capacity expansion”.

- [66] Samsung quickly announced it was changing course from its previous plan to grow supply. On January 29, 2016, at its fourth quarter 2015 earnings call, Samsung stated: “This year our main focus will be on profitability rather than increasing volume”.

- [70] On May 25, 2016, just before the start of the Class Period, at the J.P. Morgan Global Technology Media & Telecom Conference, Micron CEO Mark Durcan cautioned against supply growth in the industry: “we all are going to either benefit or be hurt by excess supply in the marketplace”.

- [73] Throughout the Class Period, the defendants confirmed their adherence to the conspiracy.

- [74-101] Examples of statements:

- [74] ...on June 16, 2016, at the Nasdaq Investors Program Conference, Micron CFO Ernie Maddock expressed confidence in the industry consensus: “at least thus far many of the public comments that have been made, a lot of which have been made by the equipment companies collaborate this idea that that is a general reduction in DRAM CapEx planned by our Korean competitors and that we believe is very consistent with other messages that we’re hearing in the marketplace”.

en personne, au téléphone et lors de réunions de diverses organisations commerciales de l’industrie.

- [61] Les défenderesses ont comploté afin de restreindre la capacité de production de DRAM, d’éliminer illégalement la fourniture de DRAM et d’augmenter ses prix.

- [64-70] Exemples d’affirmations :

- [64] [...] le 17 novembre 2015, lors de la conférence mondiale sur la technologie d’UBS, le directeur financier de Micron, M. Ernie Maddock, a prédit que les défenderesses prendraient des « décisions vraiment rationnelles », notamment quant à une « croissance inférieure de l’offre » et à l’absence de toute « augmentation importante de la capacité de production de DRAM ».

- [66] Samsung a rapidement annoncé qu’elle changeait de cap par rapport à son ancien plan visant à accroître la fourniture de DRAM. Le 29 janvier 2016, dans sa conférence téléphonique sur les résultats financiers du quatrième trimestre de 2015, Samsung a déclaré : « Cette année, nous nous concentrerons principalement sur la rentabilité plutôt que sur l’augmentation du volume ».

- [70] Le 25 mai 2016, juste avant le début de la période visée par le recours collectif, à la conférence mondiale sur les technologies des médias et des télécommunications de J.P. Morgan, le PDG de Micron, Mark Durcan, a mis en garde contre la croissance de la fourniture de DRAM dans l’industrie : « Nous allons tous profiter de l’offre excédentaire sur le marché ou en payer le prix ».

- [73] Tout au long de la période visée par le recours, les défenderesses ont confirmé leur adhésion au complot.

- [74 à 101] Exemples d’affirmations :

- [74] [...] le 16 juin 2016, à la conférence du programme des investisseurs du Nasdaq, le directeur financier de Micron, Ernie Maddock, a exprimé sa confiance en un consensus de l’industrie : « du moins jusqu’à maintenant, bon nombre des commentaires qui ont été faits publiquement, dont beaucoup viennent d’entreprises d’équipement, appuient l’idée qu’il s’agit d’une réduction générale des dépenses d’investissement en DRAM prévues par nos concurrents coréens et qui, selon nous, est tout à fait conforme aux autres messages que nous entendons sur le marché ».

- [76] On September 8, 2016, at the Citi Global Technology Conference, Maddock reiterated the industry’s commitment to limit supply: ... “but there’s no sign anywhere in the market that suggests there’s a plan to expand DRAM wafer capacity”, and “Well, I mean we have basically announced what we intend to do in terms of bit growth and we’re sticking to that”.

- [90] On May 24, 2017, at the J.P. Morgan Global Internet, Media, and Technology Brokers Conference, Micron CFO Ernie Maddock emphasized the industry consensus to maintain supply discipline: “Although we don’t speak for the industry, the other participants have spoken and indicated a great deal of discipline”.

- [129] The defendants’ conduct is the product of a coordinated agreement or arrangement to suppress DRAM supply below market demand. This conduct was designed to increase the price of DRAM illegally so as to maximize the defendants’ profits at the expense of the Class. This agreement or arrangement was achieved through the sharing of supply and pricing information between the defendants, signalling through publicly available means, such as DRAMeXchange and earnings calls, and through private communications between the defendants.

[119] With respect to the purpose of the defendants being to conspire and agree on suppressing the supply and/or increasing the prices of DRAM (i.e. the intent), the plaintiffs have listed the following paragraphs:

- [62] One method the defendants used to implement and monitor their conspiracy was through public statements to each other at earnings calls, meetings, and conferences.

- [76] Le 8 septembre 2016, à la conférence sur la technologie mondiale de Citi, M. Maddock a réitéré la volonté de l’industrie de limiter la fourniture de DRAM : « [...] mais absolument aucun signe sur le marché ne donne à penser qu’il y a un plan pour accroître la capacité de production de plaquettes de DRAM. » Il a ajouté : « Eh bien, je dirais que nous avons essentiellement annoncé ce que nous avons l’intention de faire en matière de croissance des bits et nous nous en tenons à cela ».

- [90] Le 24 mai 2017, lors de la conférence mondiale des courtiers d’Internet, des médias et des technologies de J.P. Morgan, le directeur financier de Micron, Ernie Maddock, a insisté sur le consensus de l’industrie à l’égard du maintien de la discipline de production : « Nous ne parlons pas au nom de l’industrie, mais les autres participants se sont exprimés et ont fait état d’une grande discipline ».

- [129] Le comportement des défenderesses est le fruit d’un accord ou d’un arrangement coordonné visant à éliminer la fourniture de DRAM en deçà de la demande du marché. Un tel comportement visait à gonfler illégalement le prix des DRAM de manière à maximiser les profits des défenderesses au détriment du groupe. Un tel accord ou arrangement a été conclu grâce à un échange entre les défenderesses de renseignements sur la fourniture de DRAM et sur les prix, aux signaux envoyés par des moyens accessibles au public, comme DRAMeXchange et la communication des résultats financiers, et à des communications privées entre les défenderesses.

[119] En ce qui concerne l’objectif des défenderesses de comploter et de s’entendre en vue d’éliminer la fourniture de DRAM ou d’augmenter les prix des DRAM (c.à.d. l’intention), les demandeurs ont reproduit les paragraphes suivants :

[TRADUCTION]

- [62] L’une des méthodes utilisées par les défenderesses pour mettre en œuvre et surveiller leur complot consistait à faire des déclarations publiques en s’adressant les unes aux autres lors de conférences en vue de la communication des résultats financiers, de réunions et de conférences.

- [129] The defendants' conduct is the product of a coordinated agreement or arrangement to suppress DRAM supply below market demand. This conduct was designed to increase the price of DRAM illegally so as to maximize the defendants' profits at the expense of the Class.

[120] The defendants respond that only seven scattered conclusory paragraphs of the Statement of Claim (i.e., paragraphs 5–6, 61–62, 101–103 and 129) contain allegations with respect to the formation and existence of an agreement, and that these amount to bald pleadings of conclusory facts.

[121] In essence, the plaintiffs allege that the unlawful agreement between the defendants was formed, achieved and maintained through direct communications in private meetings between the defendants and by signalling through the Public Statements. I note that, according to the defendants, the plaintiffs' allegation is not that the alleged agreement was formed by signalling, but rather that it was implemented, enforced or confirmed by such signalling (Statement of Claim, at paragraphs 6 and 62). I acknowledge that, as drafted, the pleadings leave some doubt on the exact nature of the allegations with respect to signalling. However, for the purpose of these reasons, I will assume that, as the plaintiffs argued, they have pleaded that the alleged agreement was both achieved and maintained by the defendants through these Public Statements.

(ii) General statements

[122] Before turning to the more specific allegations of direct private communications and “signalling,” I will look at what I call the “general statements” made by the plaintiffs on the alleged agreement or conspiracy. These general allegations are found at paragraphs 5, 61–62, 129 and 135 of the Statement of Claim.

[123] I find that these general allegations of “enter[ing] a conspiracy” in 2016 or having a “coordinated agreement or arrangement” to suppress supply and increase prices of DRAM are nothing more than bald assertions of conclusory facts, with no allegations of material facts

- [129] Le comportement des défenderesses est le fruit d'un accord ou d'un arrangement coordonné visant à éliminer la fourniture de DRAM en deçà de la demande du marché. Un tel comportement visait à gonfler illégalement le prix des DRAM de manière à maximiser les profits des défenderesses au détriment du groupe.

[120] Les défenderesses répondent que seulement sept paragraphes dispersés dans la déclaration (à savoir les paragraphes 5 et 6, 61 et 62, 101 à 103 et 129) contiennent des allégations concernant la conclusion et l'existence d'un accord, et que ces allégations constituent de simples affirmations catégoriques concernant des faits non établis.

[121] Essentiellement, les demandeurs allèguent que l'accord illicite entre les défenderesses a été conclu, réalisé et maintenu par des communications directes dans le cadre de rencontres privées entre les défenderesses ainsi que par la transmission de signaux dans les déclarations publiques. Je souligne que, selon les défenderesses, l'allégation des demandeurs n'est pas que l'accord a été conclu au moyen de signaux, mais plutôt qu'il a été mis en œuvre, appliqué ou confirmé par de tels signaux (Déclaration, aux paragraphes 6 et 62). Je reconnais que, tels que rédigés, les actes de procédure laissent planer un doute sur la nature exacte des allégations en ce qui concerne les signaux. Toutefois, pour les besoins des présents motifs, je présume que, comme les demandeurs l'ont fait valoir, ils ont allégué que l'accord a été conclu et maintenu par les défenderesses au moyen de ces déclarations publiques.

(ii) Affirmations générales

[122] Avant de me pencher sur les allégations plus précises de communications privées directes et de « signaux », j'examinerai ce que j'appelle les « affirmations générales » formulées par les demandeurs à propos de l'accord allégué ou du complot. Ces allégations générales figurent aux paragraphes 5, 61 et 62, 129 et 135 de la Déclaration.

[123] Je suis d'avis que ces allégations générales d'avoir [TRADUCTION] « comploté » en 2016 ou d'avoir conclu [TRADUCTION] « un accord ou [...] un arrangement coordonné » en vue d'éliminer la fourniture de DRAM et d'augmenter les prix ne sont rien de plus que de simples

regarding the formation or existence of an agreement or any form of coordination. They are vague and general allegations that quite simply do not contain the level of detail that one would expect of allegations forming the basis of an action in damages pursuant to sections 36 and 45. More importantly, they have no factual underpinning. As pointed out by the defendants, there is only one bald reference to an “agreement or arrangement”, without any explanation or elaboration. These conclusory statements are wholly insufficient to disclose a reasonable cause of action in conspiracy, as they do not provide the minimally required level of detail related to the “how” and “what” could give rise to the defendants’ liability.

[124] More specifically, these general statements contain no material facts or particulars supporting any allegation regarding an agreement to fix or increase the prices for DRAM, nor any material facts or particulars supporting the formation or existence of an agreement to suppress DRAM supply. They only contain conclusory legal statements that paraphrase the language in section 45 of the Act and allege a cause of action as if it was a material fact, or provide speculations as if they were proven material facts. As a result, they fall well short of pleading with sufficient details the main constituent element of the cause of action raised.

[125] As mentioned above, a conspiracy within the meaning of section 45 of the Act requires a meeting of the minds. To properly plead a conspiracy, a plaintiff must notably specify the agreement to conspire between the defendants, and its purpose or object, as well as any specific conduct, described with clarity and precision, that is alleged to have been adopted by each of the conspirators in furtherance of the conspiracy. None of that transpires from the general statements made by the plaintiffs in the Statement of Claim.

[126] Even at the pleadings stage, conspiracy allegations require some particularity. The conspiracy claims

affirmations catégoriques concernant des faits non établis, sans aucun fait substantiel à l’appui concernant la conclusion ou l’existence d’un accord ou d’une quelconque forme de coordination. Il s’agit d’allégations vagues et générales qui ne contiennent tout simplement pas le niveau de détail auquel on s’attendrait d’allégations constituant le fondement d’une action en dommages-intérêts intentée en vertu des articles 36 et 45. Plus important encore, elles ne reposent sur aucun fondement factuel. Comme l’ont souligné les défenderesses, il n’y a qu’une simple référence à un « accord ou arrangement » sans aucune explication ou élaboration. Ces affirmations catégoriques sont tout à fait insuffisantes pour révéler une cause d’action valable relativement à un complot, car elles ne présentent pas le niveau de détail minimal requis concernant le « comment » et le « ce qui » pourrait donner lieu à la responsabilité des défenderesses.

[124] Plus précisément, ces affirmations générales ne contiennent ni fait substantiel ni détail à l’appui d’une allégation concernant un accord visant à fixer ou à augmenter les prix des DRAM, ni aucun fait substantiel ou détail à l’appui de la conclusion ou de l’existence d’un accord visant à éliminer la fourniture de DRAM. Elles ne contiennent que des affirmations catégoriques de nature juridique qui paraphrasent le libellé de l’article 45 de la Loi, la cause d’action est présentée comme s’il s’agissait d’un fait substantiel, ou des conjectures sont formulées comme s’il s’agissait de faits substantiels prouvés. Par conséquent, les demandeurs sont bien loin de plaider de manière suffisamment détaillée l’élément constitutif principal de la cause d’action soulevée.

[125] Comme je l’ai déjà mentionné, un complot au sens de l’article 45 de la Loi exige une rencontre de volontés. Pour plaider adéquatement un complot, le demandeur doit notamment faire état de l’accord de complot conclu entre les défendeurs et de son objet ainsi que de tout comportement particulier, décrit avec clarté et précision, que chacune des parties au complot aurait adopté pour la réalisation du complot. Rien de tout cela ne ressort des affirmations générales formulées par les demandeurs dans la Déclaration.

[126] Même à l’étape des actes de procédure, les allégations de complot exigent une certaine précision. Les

contained in the plaintiffs' general statements simply mirror the language of the Act. I agree with the defendants that the conspiracy is so broadly and generically pleaded that it is not possible to discern precisely what is being alleged in terms of what gave rise to the liability of the defendants and how any alleged agreement may have been reached. There are no allegations on how the alleged agreement may have translated into a concerted suppression of DRAM supply and increase in DRAM prices. In fact, there are no material facts, and not a scintilla of evidence (I will come back to that in section IV.B below), supporting allegations that the supply of DRAM has been suppressed, restricted or limited by the defendants, let alone in a coordinated way. This does not comply with the requirements of the rules for pleading a cause of action nor with the F.C.A.'s directions in *Mancuso*.

[127] The bare allegations are not combined with any material facts supporting the possible existence of two-way communications or course of conduct from which an agreement or a conspiracy between the defendants could be inferred. I do not find it manageable and fair to the defendants to have pleadings with such bald allegations and no underlying facts. In sum, the plaintiffs make very serious legal claims of an unlawful conspiracy, and the law rightly requires that such assertions be backed up with reference to specifics and not be based on mere assertions or generalities.

[128] Apart from these general statements on an alleged conspiracy between the defendants, the plaintiffs also rely on more specific allegations of direct private communications between the defendants, of exchanges in the context of trade association meetings and of signaling through the Public Statements made by the defendants. Each will now be discussed in turn.

(iii) Direct private communications

[129] With respect to the allegations of direct private communications, the Statement of Claim only contains

allégations de complot contenues dans les affirmations générales des demandeurs reproduisent simplement le libellé de la Loi. Je conviens avec les défenderesses que le complot est plaidé de façon si générale et si générique qu'il est impossible de cerner précisément ce qui a donné lieu à la responsabilité des défenderesses et la façon dont l'accord allégué aurait pu être conclu. Il n'y a aucune allégation quant à la façon dont l'accord aurait pu se concrétiser en une élimination concertée de la fourniture de DRAM et en une augmentation de ses prix. En fait, il n'y a ni fait substantiel ni la moindre preuve (j'y reviendrai à la section IV.B ci-dessous) pour appuyer les allégations selon lesquelles la fourniture de DRAM a été éliminée, restreinte ou limitée par les défenderesses, encore moins de façon coordonnée, ce qui ne satisfait pas aux exigences des Règles quant à la formulation d'une cause d'action ni aux instructions de la C.A.F. dans l'arrêt *Mancuso*.

[127] Les simples allégations ne sont pas combinées à des faits substantiels étayant l'existence possible de communications bilatérales ou d'une ligne de conduite à partir de laquelle on pourrait inférer l'existence d'un accord ou d'un complot entre les défenderesses. J'estime qu'il n'est ni gérable ni équitable pour les défenderesses d'avoir des actes de procédure comportant des allégations aussi simples et sans faits sous-jacents. Bref, les demandeurs formulent de très graves prétentions juridiques relatives à un complot illicite, et la loi exige à juste titre que de telles affirmations soient étayées par des détails et ne soient pas fondées sur de simples affirmations ou généralités.

[128] Outre ces affirmations générales faisant état d'un complot entre les défenderesses, les demandeurs invoquent également des allégations plus précises de communications privées directes entre les défenderesses, d'échanges dans le cadre de réunions d'associations commerciales et de signaux au moyen de déclarations publiques formulées par les défenderesses. Chacune de ces allégations fera maintenant l'objet d'une analyse.

(iii) Communications privées directes

[129] En ce qui concerne les allégations de communications privées directes, la Déclaration ne contient qu'une



one allegation made at paragraph 5, and repeated almost *verbatim*, at paragraph 102, to the effect that the defendants “met and communicated with each other, directly and indirectly, over the phone and in person”. These paragraphs also refer to meetings of the industry’s various trade organizations, which I will address in the next subsection.

[130] Again, these pleadings of direct communications between the defendants are vague, brief and conclusory. I do not find any material facts, in the pleadings themselves or in the documents referenced in the pleadings, regarding direct communications between the defendants that could be reflective of a meeting of the minds. In essence, the plaintiffs speculate, without any material facts or foundation, that the defendants “met and communicated with each other”. These vague and generic allegations made by the plaintiffs essentially require a leap of faith in the existence of facts which remain entirely in the realm of speculation. Simply making a generic statement that alleged co-conspirators met and communicated “over the phone and in person”, without more, is clearly not enough to plead a section 45 conspiracy or an agreement through direct communications, and does not amount to a material fact.

[131] Moreover, and I will also address this in section IV.B below, there is not a scintilla of evidence on the record to support the plaintiffs’ speculation on such alleged direct communications between the defendants.

(iv) Trade association meetings

[132] The plaintiffs also allege that the defendants are members of industry trade associations which fostered information sharing, provided opportunities for direct communications and, in the plaintiffs’ view, facilitated the alleged conspiracy. More specifically, at paragraphs 5, 51–52, 71 and 102–103 of the Statement of Claim, the plaintiffs allege that the defendants met and

seule allégation, au paragraphe 5, laquelle est répétée presque mot pour mot au paragraphe 102, selon laquelle les défenderesses [TRADUCTION] « se sont rencontrées et ont communiqué entre elles, directement et indirectement, au téléphone et en personne ». Ces paragraphes mentionnent également les réunions de diverses organisations commerciales de l’industrie, dont je traiterai dans la prochaine sous-section.

[130] Une fois de plus, ces allégations de communications directes entre les défenderesses sont vagues, brèves et constituent des affirmations catégoriques. Je ne relève aucun fait substantiel, dans les actes de procédure eux-mêmes ou dans les documents mentionnés dans les actes de procédure, concernant les communications directes entre les défenderesses qui pourraient illustrer un contre de volonté. Essentiellement, les demandeurs avancent l’hypothèse, sans exposer de fait substantiel ni étayer leurs affirmations, que les défenderesses [TRADUCTION] « se sont rencontrées et ont communiqué entre elles ». Ces allégations vagues et génériques des demandeurs exigent essentiellement un acte de foi à l’égard de faits qui demeurent entièrement du domaine de la conjecture. La simple déclaration générique selon laquelle les parties au complot se sont rencontrées et ont communiqué [TRADUCTION] « au téléphone et en personne », sans plus, n’est manifestement pas suffisante pour invoquer un complot en vertu de l’article 45 ou un accord conclu au moyen de communications directes, et ne constitue pas un fait substantiel.

[131] De plus, et je me pencherai également sur cette question à la section IV.B ci-dessous, il n’y a pas la moindre preuve au dossier à l’appui de la conjecture des demandeurs au sujet de communications directes entre les défenderesses.

(iv) Rencontres d’associations professionnelles

[132] Les demandeurs allèguent également que les défenderesses sont membres d’associations commerciales de l’industrie qui ont favorisé l’échange de renseignements, ont offert des occasions de communications directes et, selon les demandeurs, ont facilité le complot. Plus précisément, aux paragraphes 5, 51, 52, 71, 102 et 103 de la Déclaration, les demandeurs allèguent que les

communicated with each other at scheduled meetings of different trade associations and industry organizations, and that DRAM prices increased in the months or years following these meetings. The plaintiffs focus on certain industry events that they outline in paragraph 103 of the Statement of Claim.

[133] I find that these paragraphs again amount to bald assertions incapable of supporting an allegation of unlawful agreement to suppress supply or increase prices. These paragraphs do not describe any particular suspected or actual interactions between the defendants at these trade association meetings, nor any interactions suggesting the establishment of an agreement to restrain the supply of DRAM or to increase DRAM prices. These paragraphs are silent on the conduct of the defendants. They do not allege what the defendants met and communicated about, or that the defendants agreed on anything further to those alleged meetings and communications at trade association meetings. There are no allegations, let alone any material facts or evidentiary foundation, that the defendants were present at the specific “key” meetings alleged to have taken place and identified in paragraph 103 of the Statement of Claim, that they communicated or discussed with one another at any such meetings, that there were communications or discussions about supply suppression of DRAM or about DRAM prices, or that the defendants had a mutual understanding or agreed on anything at those meetings. Nor do the plaintiffs allege that the supply of DRAM decreased after any of these events.

[134] The plaintiffs have not alleged anything more than the existence of these trade association meetings, and the unilateral, independent statements made by each defendant.

défenderesses se sont rencontrées et ont communiqué entre elles à l’occasion de rencontres prévues de différentes associations commerciales et d’organisations de l’industrie, et que les prix des DRAM ont augmenté au cours des mois ou des années qui ont suivi ces rencontres. Les demandeurs mettent l’accent sur certains événements sectoriels qu’ils décrivent au paragraphe 103 de la Déclaration.

[133] J’estime une fois de plus que ces paragraphes sont assimilables à de simples affirmations ne permettant pas d’étayer une allégation d’accord illégal ayant pour objet d’éliminer la fourniture de DRAM ou d’en augmenter les prix. On ne décrit, dans ces paragraphes, aucune interaction suspecte ou réelle particulière entre les défenderesses lors de ces rencontres d’associations commerciales, ni d’interactions portant à croire qu’il y aurait eu conclusion d’un accord visant à limiter la fourniture de DRAM ou à augmenter les prix des DRAM. Ces paragraphes ne mentionnent aucunement le comportement des défenderesses. Il n’y a aucune allégation quant à l’objet des rencontres et des communications entre les défenderesses, pas plus que sur l’objet de l’accord intervenu entre les défenderesses à la suite de ces rencontres et communications qui auraient eu lieu dans le cadre de rencontres d’associations commerciales. Les demandeurs n’allèguent pas, et présentent encore moins de faits substantiels ou d’éléments de preuve à cet égard, démontrant que les défenderesses étaient présentes lors de rencontres « clés » précises qui auraient eu lieu et dont il est fait mention au paragraphe 103 de la Déclaration, qu’elles ont communiqué ou discuté entre elles lors de ces rencontres, qu’il y a eu des communications ou des discussions à propos de l’élimination de la fourniture de DRAM ou des prix des DRAM, ou que les défenderesses sont arrivées à une entente mutuelle ou qu’elles ont convenu de quoi que ce soit lors de ces rencontres. En outre, les demandeurs n’allèguent pas que la fourniture de DRAM a diminué après l’un ou l’autre de ces événements.

[134] Les demandeurs n’ont rien allégué de plus que l’existence de ces rencontres d’associations commerciales ainsi que des déclarations unilatérales et indépendantes de chaque défenderesse.

[135] The sole fact of being an industry participant and a member of trade associations cannot be enough, in itself, to constitute a material fact sufficient to show that a participant had communications with its competitors from which an inference of an unlawful agreement and coordination in violation of section 45 could be made. The Court needs more than general allegations about the existence and dates of regular meetings of trade associations and of opportunities to meet at such meetings, in order to find that such allegations may constitute proper allegations of an illegal conspiracy agreement. Throwing out a list of scheduled meetings of trade associations is not sufficient to allege the existence of an agreement, especially when there are no material facts to support who was in attendance, what was discussed, and whether there was any meeting of the minds.

[136] Membership in trade associations and attendance at trade meetings along with other industry participants present nothing more than an opportunity to meet or colude, and an opportunity, without more, is insufficient to state a claim under section 45. As mentioned by the plaintiffs themselves, these trade association meetings only offered opportunities to meet (Statement of Claim, at paragraphs 51 and 71).

[137] Even in the context of an alleged conspiracy, the obligation to make more than general, hypothetical or imprecise allegations remains, and it must retain its full meaning and significance. Here, the plaintiffs only make sweeping and general allegations that are limited to identifying trade associations and dates of regular meetings as places where the defendants were or could have been. There are no material facts, either alleged in the Statement of Claim or found in the documents referred to in the pleadings, that the defendants were present, met, discussed or agreed on anything. The plaintiffs have done nothing more than identify places where the defendants might have been present and might have met, and where an alleged meeting of the minds might have taken place. This is speculation. Trade association meetings cannot

[135] Le seul fait d'être un participant de l'industrie et d'appartenir à des associations commerciales ne saurait suffire en soi à constituer un fait substantiel suffisant pour démontrer que ce participant a eu des communications avec ses concurrents à partir desquelles il est possible de déduire l'existence d'un accord et d'une coordination illicites en violation de l'article 45. Il faut bien plus à la Cour que des allégations générales portant sur l'existence et les dates de rencontres régulières d'associations commerciales et d'occasions de se réunir lors de telles rencontres, pour qu'elle puisse conclure que de telles allégations constituent des allégations légitimes concernant l'existence d'un accord de complot illicite. Il ne suffit pas de dresser une liste des rencontres prévues d'associations commerciales pour alléguer l'existence d'un accord, à plus forte raison lorsqu'il n'y a aucun fait substantiel pour confirmer l'identité des personnes présentes, l'objet des discussions et la question de savoir s'il y a eu une quelconque rencontre de volontés.

[136] Le fait d'être membre d'associations commerciales et la participation à des rencontres commerciales aux côtés d'autres participants de l'industrie ne constituent rien de plus qu'une occasion de se rencontrer ou d'agir de concert. Or, une occasion, sans plus, ne suffit pas pour justifier une réclamation au titre de l'article 45. Comme l'ont eux-mêmes dit les demandeurs, ces rencontres d'associations commerciales n'ont offert aux participants que des occasions de se rencontrer (Déclaration, aux paragraphes 51 et 71).

[137] Même dans le contexte d'un complot, l'obligation de formuler plus que des allégations générales, hypothétiques ou imprécises demeure, et elle doit conserver tout son sens et toute son importance. En l'espèce, les demandeurs ne formulent que des allégations générales qui se limitent à identifier les associations commerciales et les dates des rencontres régulières comme étant des endroits où les défenderesses se trouvaient ou auraient pu se trouver. Il n'y a aucun fait substantiel, qu'il soit allégué dans la déclaration ou qu'il figure dans les documents mentionnés dans les actes de procédure, indiquant que les défenderesses étaient présentes, se sont rencontrées, ont discuté ou ont convenu de quoi que ce soit. Les demandeurs n'ont rien fait d'autre que d'indiquer des endroits où les défenderesses auraient pu être présentes et se rencontrer et

be probative of a conspiracy or support an allegation of unlawful agreement without any allegations of improper conduct by the members of such trade associations. Here, the plaintiffs make completely gratuitous allegations and provide no reference to any form of improper behaviour by the defendants.

[138] It should be underlined that trade associations serve perfectly legitimate functions and objectives, such as providing industry information to members, conducting research to further industry goals, establishing industry standards, and promoting demand for products and services. In light of all these valid purposes, attendance at trade events cannot, in and of itself, imply or allow to infer an anti-competitive agreement. Here, the plaintiffs' assertions are asking the Court to turn a perfectly legal activity into a conduit for presumptively illegal behaviour, without any material facts other than the existence of the perfectly legal behaviour. I do not agree and do not accept that being a member of a trade association or being present at trade association meetings, without more, can be sufficient to constitute proper allegations of a conspiracy between industry participants, or to amount to "some basis in fact" of an alleged wrongful act (as I will discuss below in section IV.B).

[139] Furthermore, to the extent that the plaintiffs attempt to allege that increases in DRAM prices correlate with certain trade association meetings, I am not convinced. There are no allegations that the DRAM price increases were a consequence of communications or discussions that the defendants had about supply suppression—which is the plaintiffs' main conspiracy allegation—or even about DRAM prices. In fact, I point out that the Statement of Claim is totally silent about any material facts relating to any form of exchanges or discussions between the defendants regarding DRAM prices.

où une rencontre de volontés aurait pu survenir. Il s'agit là d'une conjecture. Les rencontres d'associations commerciales n'ont aucune valeur probante quant à la formation d'un complot ou ne peuvent étayer l'existence d'un accord illicite en l'absence d'une allégation de comportement inapproprié de la part des membres de ces associations commerciales. En l'espèce, les demandeurs formulent des allégations tout à fait gratuites et ne mentionnent aucune forme de comportement inapproprié de la part des défenderesses.

[138] Il convient de souligner que les associations commerciales ont des fonctions et des objectifs tout à fait légitimes, comme fournir aux membres des renseignements sur le secteur, mener des recherches pour faire avancer des objectifs sectoriels, établir des normes sectorielles et promouvoir la demande de produits et de services. Compte tenu de tous ces objectifs valables, la présence à des événements commerciaux ne peut, en soi, laisser entendre ou permettre de déduire l'existence d'un accord anticoncurrentiel. En l'espèce, les demandeurs demandent à la Cour, par leurs prétentions, de considérer qu'une activité parfaitement légale a été utilisée pour adopter un comportement illégal, et ce, en l'absence de faits substantiels autres que l'existence d'un comportement parfaitement légal. Je ne suis pas d'accord et n'accepte pas que le fait d'être membre d'une association commerciale ou d'être présent à des rencontres d'associations commerciales, sans plus, puisse être suffisant pour fonder des allégations légitimes quant à l'existence d'un complot entre des participants de l'industrie, ou pour équivaloir à « un certain fondement factuel » quant à l'existence d'un acte répréhensible (comme je l'expliquerai ci-dessous à la section IV.B).

[139] D'autre part, dans la mesure où les demandeurs tentent d'alléguer que les augmentations des prix des DRAM sont en corrélation avec certaines rencontres d'associations commerciales, je n'en suis pas convaincu. Ils n'ont pas allégué que les augmentations de prix des DRAM sont imputables à des communications ou à des discussions que les défenderesses ont eues au sujet de l'élimination de la fourniture de DRAM — soit la principale allégation de complot formulée par les demandeurs — ni même des prix des DRAM. En fait, je fais remarquer que la Déclaration ne fait aucunement mention de

faits substantiels se rapportant à toute forme d'échange ou de discussion entre les défenderesses concernant les prix des DRAM.

(v) The Public Statements

[140] The plaintiffs further rely on their allegations of public “signalling” done by the defendants in various statements made by their executives at earnings calls, investor calls and industry conferences. These are described in detail over dozens of paragraphs in the Statement of Claim. In fact, the plaintiffs’ claim depends largely on these defendants’ Public Statements, which are a main focus of the Statement of Claim. They are found at paragraphs 6 and 56–101 of the Statement of Claim.

[141] I am not convinced by the plaintiffs’ arguments on this front. When the allegations made on the basis of the Public Statements are read in their context—which the Court is entitled to do as the documents are incorporated into the Statement of Claim and thus form part of the pleadings—I agree with the defendants that the plaintiffs have misquoted, selectively quoted and mischaracterized the statements attributed to the defendants, and that the defendants’ public communications do not support any allegation of illegal conspiracy.

[142] The plaintiffs first maintain that “signalling” can be a form of unlawful agreement recognized by the case law, and can amount to circumstantial evidence from which a court can infer an agreement. As indicated above, I do not agree that unilateral signalling is, in itself, a form of agreement proscribed by section 45 of the Act. This is not the state of the law in Canada. Signalling is not an agreement under section 45, just as conscious parallelism is not an agreement either. Public signalling is nothing more than information being communicated unilaterally by a market participant and such unilateral conduct is not a recognized cause of action under section 45 in Canada. In the dozens of paragraphs dealing with examples of signalling in the Statement of Claim, there are no allegations

(v) Les déclarations publiques

[140] Les demandeurs s’appuient en outre sur leurs allégations de « signaux publics » de la part des défenderesses dans différentes déclarations faites par leurs dirigeants dans le cadre de conférences en vue de la communication des résultats financiers, de conférences pour les investisseurs et de conférences sectorielles. Ces signaux sont décrits de manière détaillée dans des dizaines de paragraphes dans la Déclaration. En fait, la réclamation des demandeurs repose en grande partie sur ces déclarations publiques des défenderesses, qui sont au cœur de la Déclaration. Elles figurent aux paragraphes 6 et 56 à 101 de la Déclaration.

[141] Je ne suis pas convaincu par les arguments des demandeurs à cet égard. Lorsque les allégations formulées quant aux déclarations publiques sont lues dans leur contexte — ce que la Cour est en droit de faire puisque les documents sont incorporés dans la Déclaration et font donc partie des actes de procédure — on s’aperçoit, comme l’ont fait remarquer les défenderesses, que les demandeurs ont mal cité, cité de façon sélective et présenté de façon erronée les déclarations attribuées aux défenderesses, et que les communications publiques des défenderesses n’étaient aucune allégation de complot illicite.

[142] Les demandeurs font premièrement valoir que les « signaux » peuvent constituer une forme d’accord illicite reconnu par la jurisprudence et peuvent être assimilables à une preuve circonstancielle à partir de laquelle un tribunal peut déduire l’existence d’un accord. Comme je l’ai déjà indiqué, je ne suis pas d’accord pour dire que les signaux unilatéraux constituent en soi une forme d’accord interdit aux termes de l’article 45 de la Loi. Cela ne correspond pas à l’état du droit au Canada. L’envoi de signaux n’est pas assimilable à un accord visé à l’article 45, pas plus que ne l’est le parallélisme conscient. Les signaux publics ne sont rien de plus que des renseignements communiqués unilatéralement par un participant au marché, et un tel comportement unilatéral n’est

nor any material facts providing any indication of two-way communications, mutual understanding or meeting of the minds between the defendants.

[143] To the extent that *Atlantic Sugar* could be considered as a “signalling” case, as argued by the plaintiffs, the S.C.C. made it clear that there cannot be an unlawful agreement under section 45 without some form of two-way communications between the co-conspirators stemming from their conduct, involving an offer or invitation and some form of acceptance. There are no allegations of that nature in the Statement of Claim, let alone any material facts suggesting the existence of any mutual exchanges or coordination between the defendants.

[144] That said, I agree that the plaintiffs could allege and demonstrate the existence of an agreement between competitors with circumstantial evidence, and that simultaneous public conduct, conscious parallelism or public signalling could be used in conjunction with other evidence to establish the existence of an unlawful agreement under section 45. These are the “facilitating practices” referred to by the Competition Bureau in the CC Guidelines. However, factual allegations relying on circumstantial evidence require material facts enabling the Court to infer that an impermissible agreement may exist. In other words, the allegations and factual foundation of circumstantial events must go to the establishment of an agreement, and to the conduct of the parties. The plaintiffs cannot simply allege general observed changes in prices without any material facts relating to the conduct of the defendants. Here, there are strictly no allegations and no material facts, let alone any evidentiary basis, of any “facilitating practices” in terms of conduct by the defendants—such as sharing competitively sensitive information on production, capacity or prices; coordination between the defendants; or activities assisting in the monitoring of each other—that could point to circumstantial evidence of an agreement.

pas une cause d’action reconnue au titre de l’article 45 au Canada. Dans les dizaines de paragraphes relatifs aux exemples de signaux dans la Déclaration, on ne relève aucune allégation ni aucun fait substantiel concernant une communication bilatérale, une entente mutuelle ou une rencontre de volontés entre les défenderesses.

[143] Dans la mesure où l’arrêt *Atlantic Sugar* pourrait être considéré comme une affaire portant sur les « signaux » comme l’ont fait valoir les demandeurs, la C.S.C. a clairement indiqué qu’il ne peut y avoir d’accord illicite en vertu de l’article 45 en l’absence d’une certaine forme de communication bilatérale entre les parties au complot découlant de leur comportement, comportant une offre ou une invitation ainsi qu’une certaine forme d’acceptation. La Déclaration ne comprend aucune allégation de cette nature, encore moins un fait substantiel permettant de penser qu’il y a eu des échanges ou une coordination entre les défenderesses.

[144] Cela dit, je conviens que les demandeurs pourraient alléguer et démontrer l’existence d’un accord entre concurrents au moyen d’une preuve circonstancielle, et que le comportement public, le parallélisme conscient ou des signaux publics simultanés pourraient être utilisés conjointement avec d’autres éléments de preuve pour établir l’existence d’un accord illicite visé par l’article 45. Il s’agit des « pratiques facilitantes » mentionnées par le Bureau de la concurrence dans les Lignes directrices CC. Toutefois, les allégations de fait fondées sur une preuve circonstancielle doivent s’appuyer sur des faits substantiels permettant à la Cour d’inférer qu’il pourrait exister un accord illégitime. Autrement dit, les allégations et le fondement factuel des événements circonstanciels doivent porter sur l’établissement d’un accord et sur le comportement des parties. Les demandeurs ne peuvent simplement alléguer des changements généraux observés dans les prix sans s’appuyer sur des faits substantiels liés au comportement des défenderesses. En l’espèce, il n’y a strictement aucune allégation ni fait substantiel, et encore moins de fondement probatoire, concernant des « pratiques facilitantes » dans le comportement des défenderesses — comme le partage de renseignements de nature délicate sur le plan de la concurrence en ce qui concerne la production, la capacité ou les prix, la coordination entre les défenderesses, ou des activités facilitant

[145] Second, and more importantly, the documents referred to or paraphrased in the pleadings do not say what the plaintiffs claim they say in the Statement of Claim, and the allegations of agreement flowing from them cannot therefore be considered as true. It goes without saying that the Court cannot accept as true allegations that are manifestly incorrect or false. When read accurately, I conclude that the Public Statements relied on by the plaintiffs do not offer material facts to support any allegation of an agreement between the defendants to suppress DRAM supply, or even to support any suppression, restriction or limitation of supply as such. In fact, in most instances, the plaintiffs' allegations emanating from the Public Statements misrepresent what those documents effectively say. I agree with the defendants that the plaintiffs manufactured allegations of a conspiracy from extracts and documents that simply do not suggest any agreement between the defendants nor any coordinated suppression of supply. The statements alleged in the Statement of Claim stop well short of giving rise to a reasonable inference of collusion. These statements, all of which are presented as reflecting what was said during earnings calls or at industry conferences, instead constitute the individual defendants' indications of their own future conduct, descriptions of their own past conduct and their respective predictions of industry trends.

[146] In other words, further to my review of the documents referred to in the pleadings, I find that the extracts and documents relied on by the plaintiffs do not suggest any conspiracy, and that the plaintiffs' statements allegedly summarizing their contents are twisting the facts to fit an appearance of conspiracy. The Statement of Claim essentially invents a fictitious scenario of intent, communications and coordination between the defendants that does not exist in or flow from the documents the plaintiffs claim to paraphrase. I do not find any material

la surveillance mutuelle — qui pourraient aller dans le sens d'une preuve circonstancielle d'un accord.

[145] Deuxièmement, et plus important encore, les documents mentionnés ou paraphrasés dans les actes de procédure ne disent pas ce que les demandeurs tentent de leur faire dire dans la Déclaration, et les allégations d'accord qui en découlent ne peuvent donc pas être tenues pour avérées. Il va sans dire que la Cour ne peut tenir pour avérées des allégations qui sont manifestement inexactes ou fausses. Après en avoir effectué une lecture attentive, je conclus que les déclarations publiques sur lesquelles s'appuient les demandeurs ne présentent pas de faits substantiels à l'appui d'une allégation d'accord entre les défenderesses en vue d'éliminer la fourniture de DRAM, ni même visant à appuyer toute élimination, restriction ou limitation de l'offre de DRAM en tant que telle. En fait, dans la plupart des cas, les allégations des demandeurs découlant des déclarations publiques dénaturent ce que ces documents indiquent. Je conviens avec les défenderesses que les demandeurs ont fabriqué des allégations de complot à partir d'extraits et de documents qui n'indiquent tout simplement pas qu'un accord est intervenu entre les défenderesses ou qu'il y a eu une élimination coordonnée de la fourniture de DRAM. Les affirmations en ce sens contenues dans la Déclaration sont loin de permettre une conclusion raisonnable de collusion. Ces affirmations, qui sont toutes présentées comme reprenant ce qui a été dit lors de conférences en vue de la communication des résultats financiers ou à l'occasion de conférences sectorielles, constituent plutôt les indications des défenderesses quant à leur comportement individuel futur, des descriptions de leur propre comportement passé et leurs prévisions respectives des tendances de l'industrie.

[146] Autrement dit, après avoir examiné les documents mentionnés dans les actes de procédure, je conclus que les extraits et les documents invoqués par les demandeurs ne suggèrent pas l'existence d'un complot, et que les affirmations des demandeurs qui sont censées résumer leur contenu dénaturent les faits pour qu'ils donnent l'impression qu'il y a un complot. Les demandeurs inventent essentiellement dans la Déclaration un scénario fictif d'intention, de communications et de coordination entre les défenderesses dont ne font pas foi les documents

facts, nor any evidentiary foundation, supporting the possible existence of an agreement, of a meeting of the minds or of a mutual understanding between the defendants. Nor are there allegations of overt acts by any of the defendants that may suggest any form of two-way communications or course of conduct from which the acceptance of an offer could be reasonably inferred. There are only extracts showing what the state of mind and thinking of each separate defendant was. In the extracts and documents relied on by the plaintiffs, each defendant sets out and explains its own policy and approach, with reference to what others are doing. These are examples of a competitive industry at work, where the competitors follow and are aware of what is happening in the market. The observation by one industry player that its view of the industry is not very different from the views of other industry players (see, e.g., Micron's statements in the Statement of Claim, at paragraphs 91–92) does not support any inference of an otherwise illegal agreement.

[147] In sum, none of the statements relied on by the plaintiffs suggests that any defendant had reached an unlawful agreement with its competitors, whether on DRAM supply or on DRAM prices. On the contrary, they recount unilateral acts regarding each defendant's own supply, with no express or implied intention to suppress or limit supply nor any sharing of confidential supply information. The defendants' behaviour and statements are instead consistent with lawful unilateral conduct and conscious parallelism. Making observations about the behaviour of other competitors or about the state of the market is not an indication of a conspiracy or of an agreement.

[148] I further observe that the comments were made by the defendants in relatively public settings such as investor calls, earnings calls and industry conferences, mostly in response to investors' questions and addressing concerns or topics raised by these investors, as well as in speeches and presentations made to industry groups. This

que les demandeurs prétendent paraphraser. Je ne relève ni fait substantiel ni fondement probatoire à l'appui de l'existence éventuelle d'un accord, d'une rencontre de volontés ou d'une entente mutuelle entre les défenderesses. Je ne relève non plus aucune allégation d'actes manifestes de la part des défenderesses qui pourraient donner à penser qu'il y a eu une forme quelconque de communication bilatérale ou de ligne de conduite dont on pourrait raisonnablement déduire l'acceptation d'une offre. Il n'y a que des extraits montrant l'état d'esprit et la réflexion de chacune des défenderesses. Dans les extraits et les documents sur lesquels s'appuient les demandeurs, chaque défenderesse expose et explique la politique et l'approche qui lui sont propres, en fonction de ce que font les autres. Il s'agit d'exemples faisant état d'une industrie concurrentielle à l'œuvre, dans laquelle les concurrents suivent ce qui se passe sur le marché et en sont conscients. On ne saurait tirer une inférence quant à l'existence d'un accord par ailleurs illicite en s'appuyant sur l'observation d'un intervenant de l'industrie selon laquelle sa conception de l'industrie n'est pas très différente de celle des autres joueurs (voir, par exemple, les déclarations de Micron dans la Déclaration, aux paragraphes 91 et 92).

[147] En résumé, aucune des déclarations sur lesquelles se fondent les demandeurs ne donne à penser qu'une défenderesse avait conclu un accord illicite avec ses concurrents, que ce soit concernant la fourniture de DRAM ou ses prix. Au contraire, elles relatent des actes unilatéraux concernant l'offre de chaque défenderesse, sans intention explicite ou implicite de l'éliminer ou de la limiter, ni de partager des renseignements confidentiels sur la fourniture de DRAM. Le comportement et les déclarations des défenderesses sont plutôt compatibles avec un comportement unilatéral légal et un parallélisme conscient. Le fait de formuler des observations à propos du comportement d'autres concurrents ou de l'état du marché n'est pas une indication d'un complot ou d'un accord.

[148] Je constate en outre que les commentaires ont été formulés par les défenderesses dans des contextes relativement publics, par exemple lors de conférences pour les investisseurs, de conférences en vue de la communication des résultats financiers et de conférences sectorielles, principalement en réponse aux questions des



is the type of information that companies legitimately provide to their shareholders.

[149] I will now turn to more specific affirmations made in the Statement of Claim and which lubricate the plaintiffs' allegations flowing from the Public Statements. The plaintiffs make numerous allegations about a so-called "industry consensus" (Statement of Claim, at paragraphs 74, 83, 90, 91, 92, 94, 97 and 101), on the apparent basis of the documents emanating from the defendants. The word "consensus" suggests the existence of a widely accepted, general agreement. I suspect it has been chosen by the plaintiffs for that reason. However, the Public Statements contained in the pleadings, the specific quotes referred to by the plaintiffs and the documents themselves do not use the word "consensus". Nor do they say anything about an industry consensus. They instead simply show that the defendants were consistent in their respective independent approaches, and were each in line with the rest of the industry. Being consistent with other players cannot be equated with an "industry consensus", and certainly does not suggest or affirm any form of agreement or coordination. In my view, it is inaccurate and misleading for the plaintiffs to describe the statements made by the defendants as being reflective, or even potentially reflective, of an agreed-upon "consensus".

[150] On the contrary, any agreement or even communications between the defendants regarding the supply of DRAM was in fact expressly denied by some defendants in the extracts referred to by the plaintiffs at paragraphs 76 and 90 of the Statement of Claim.

[151] To avoid any misunderstanding, when I say "misleading", I do not mean to suggest that the plaintiffs or their counsel deliberately intended to deceive the Court in the Statement of Claim. The plaintiffs' allegations are misleading in the sense that, in an obvious effort to meet the requirements of section 45 and to satisfy an appearance

investisseurs et en réponse aux préoccupations ou aux sujets soulevés par ces derniers, ainsi qu'à l'occasion de discours et de présentations destinés à des groupes de l'industrie. Il s'agit du type de renseignements que les sociétés communiquent légitimement à leurs actionnaires.

[149] Je me pencherai maintenant sur les affirmations plus précises formulées dans la Déclaration et qui étaient les allégations des demandeurs fondées sur les déclarations publiques. Les demandeurs formulent de nombreuses allégations au sujet de ce qu'ils appellent un [TRADUCTION] « consensus de l'industrie » (Déclaration, aux paragraphes 74, 83, 90, 91, 92, 94, 97 et 101), en s'appuyant sur des documents émanant des défenderesses. Le mot « consensus » suppose l'existence d'un accord général largement reconnu. Je soupçonne que c'est la raison pour laquelle les demandeurs l'ont choisi. Cependant, les déclarations publiques contenues dans les actes de procédure, les citations particulières mentionnées par les demandeurs ainsi que les documents eux-mêmes n'emploient pas le terme « consensus ». On n'y fait aucune mention d'un consensus de l'industrie. Au lieu de cela, on comprend simplement à leur lecture que les défenderesses ont fait preuve de cohérence dans leurs approches indépendantes respectives et que chacune d'elles s'harmonisait avec le reste de l'industrie. Le fait d'être cohérent avec les autres intervenants ne peut être assimilé à un « consensus de l'industrie », et n'indique certainement pas une forme quelconque d'accord ou de coordination. À mon avis, la description que font les demandeurs des déclarations, à savoir représentent un « consensus » convenu, ou pourraient éventuellement le faire, est à la fois inexacte et trompeuse.

[150] Au contraire, certaines défenderesses ont expressément nié l'existence de tout accord et même de toute communication entre elles concernant la fourniture de DRAM dans les extraits mentionnés par les demandeurs aux paragraphes 76 et 90 de la Déclaration.

[151] Pour éviter tout malentendu, lorsque je dis « trompeuse », je ne veux pas laisser entendre que les demandeurs ou leurs avocats avaient délibérément l'intention de tromper la Cour dans la Déclaration. Les allégations des demandeurs sont trompeuses en ce que, dans un effort manifeste pour satisfaire aux exigences de l'article 45 et

of illegal conspiracy, they ended up being a mistaken description of the facts.

[152] The plaintiffs also make several allegations about an “intent to limit supply” (Statement of Claim, at paragraphs 69, 75 and 84) and about a “commitment” to suppress, restrict or limit supply (Statement of Claim, at paragraphs 6, 76, 77, 79, 85, 86, 88, 93 and 96) on the part of the defendants. The plaintiffs’ use of the words “intent” and “commitment” ostensibly allude to the defendants’ state of mind. Further to my review of the allegations and of the referenced documents, I conclude that this is once again an inaccurate and misleading description of what was actually said by the defendants in the various documents. The statements contained in the pleadings, the quotes referred to by the plaintiffs and the documents themselves never refer to a shared “commitment” to do anything nor to any “intent” to limit supply. Nor do they say that the supply of DRAM was purposely suppressed, restricted or limited by the defendants. On the contrary, the referenced documents say that there will be some growth in the supply of DRAM, but that the magnitude of this growth in supply will be lower than the expected growth in demand, and that it will be lagging below market demand. A situation of undersupply is a far cry from one of suppression, restriction or limitation of supply. In my view, the Public Statements claimed to be relied on by the plaintiffs do not offer material facts supporting any agreement between the defendants to limit supply, any “intent” or “commitment” by the defendants to limit supply, or even any form of supply suppression, restriction or limitation.

[153] I would add that there is a fundamental difference between observing and stating that there will be “lower supply growth”, as the defendants effectively said in the Public Statements and in their documents, and presenting this as an “intent to lower” supply growth, as the plaintiffs portrayed these references in the Statement of Claim. In fact, what the plaintiffs did in their Statement

illustrer l’apparence de complot illicite, les demandeurs ont fini par donner une description erronée des faits.

[152] Les demandeurs présentent aussi plusieurs allégations concernant une [TRADUCTION] « intention de limiter la fourniture de DRAM » (Déclaration, aux paragraphes 69, 75 et 84) et un [TRADUCTION] « engagement » en vue d’éliminer, de restreindre ou de limiter la fourniture de DRAM (Déclaration, aux paragraphes 6, 76, 77, 79, 85, 86, 88, 93 et 96) de la part des défenderesses. L’utilisation par les demandeurs des mots [TRADUCTION] « intention » et [TRADUCTION] « engagement » fait manifestement allusion à l’état d’esprit des défenderesses. Après avoir examiné les allégations et les documents auxquels on réfère, je conclus qu’il s’agit encore une fois d’une description inexacte et trompeuse de ce que les défenderesses ont réellement dit dans les divers documents. Les affirmations contenues dans les actes de procédure, les citations mentionnées par les demandeurs et les documents eux-mêmes ne font jamais référence à un « engagement » commun à faire quoi que ce soit ni à une « intention » de limiter l’offre. Ils ne disent pas non plus que la fourniture de DRAM a été intentionnellement éliminée, restreinte ou limitée par les défenderesses. Au contraire, les documents cités indiquent qu’il y aura une certaine croissance de la fourniture de DRAM, mais qu’elle sera moins rapide que la croissance prévue de la demande, et que l’offre sera inférieure à la demande du marché. Une situation d’offre insuffisante est loin d’être une situation d’élimination, de restriction ou de limitation de la fourniture du produit. À mon avis, les déclarations publiques sur lesquelles les demandeurs disent s’appuyer ne présentent pas de faits substantiels qui corroboreraient l’existence d’un accord entre les défenderesses visant à limiter la fourniture de DRAM, d’une « intention » ou d’un « engagement » de leur part à le faire, ou même de toute forme d’élimination, de restriction ou de limitation de l’offre.

[153] J’ajouterais qu’il existe une différence fondamentale entre remarquer, et déclarer qu’il y aura, une [TRADUCTION] « croissance inférieure de l’offre », comme les défenderesses l’ont effectivement dit dans leurs déclarations publiques et dans leurs documents, et présenter ces références comme une [TRADUCTION] « intention de ralentir » la croissance de la fourniture de DRAM, comme

of Claim is to transform what was an adjective used by the defendants to qualify their respective expected growth in DRAM supply (i.e. “lower supply growth”) into an active verb (i.e. to “lower supply growth”), in an apparent attempt to impute to the defendants an intent that just does not flow and cannot be inferred from the documents themselves. Allegations that are false, plainly incorrect or inconsistent when read in light of the documents from which they claim to emanate are not material facts and cannot be assumed to be true as they are incapable of proof. This is the case here with numerous allegations made by the plaintiffs on the basis of the Public Statements.

[154] I find that the documents referenced by the plaintiffs in the pleadings instead show unilateral decisions and announcements by each defendant with respect to its own activities, without any statements suggesting the expression of any agreement or of any invitations made to the other competitors with respect to the supply of DRAM or to DRAM prices.

[155] For example, Samsung was speaking of its main focus on profitability (paragraph 66 of the Statement of Claim), its expectations on the increases in the supply of DRAM (paragraph 69), its own range of “bit” (i.e. DRAM) growth (paragraphs 75 and 100), its focus not to increase its own market share but to maximize profits (paragraphs 78 and 95), and the fact that it had no plans to add capacity (paragraph 89).

[156] Micron was speaking of its own “future in which no additional DRAM wafer capacity is required” (paragraph 65), its focus not being on market share (paragraph 68), its plan for its own bit growth (paragraphs 76 and 77), its own level of growth in supply (paragraph 79), the increase of its own bit supply compared to the expected demand level (paragraph 83), its own plans not to add DRAM wafers (paragraph 86), its plan for supply growth in a range lower than market demand and the fact that it was not planning capacity additions (paragraph 87), and its

les demandeurs le font dans leur Déclaration. En fait, dans leur Déclaration, les demandeurs ont transformé ce qui était un adjectif utilisé par les défenderesses pour qualifier leur croissance respective prévue de la fourniture de DRAM (c.à.d. [TRADUCTION] « une croissance inférieure de l’offre ») en un verbe actif (c.à.d. [TRADUCTION] « ralentir la croissance de l’offre »), dans une tentative évidente d’imputer aux défenderesses une intention qui n’apparaît tout simplement pas dans ces documents et qui ne peut être déduite de ceux-ci. Des allégations fausses, manifestement incorrectes ou incohérentes lues à la lumière des documents dont elles sont censées découler ne présentent pas des faits substantiels et ne peuvent pas être présumées véridiques, car elles n’ont aucune valeur probante. C’est le cas en l’espèce en ce qui concerne les nombreuses allégations faites par les demandeurs sur la base de déclarations publiques.

[154] Je conclus que les documents mentionnés par les demandeurs dans les actes de procédure font plutôt état de décisions et d’annonces unilatérales de chaque défenderesse concernant ses propres activités, sans aucune déclaration indiquant l’expression d’un accord ou d’une invitation quelconque faite aux autres concurrents en ce qui a trait à la fourniture de DRAM ou à ses prix.

[155] Par exemple, Samsung parlait de l’accent mis sur la rentabilité (paragraphe 66 de la Déclaration), de ses attentes quant à l’augmentation de la fourniture de DRAM (paragraphe 69), de sa propre fourchette de croissance des « bits » (c.-à-d. les DRAM) (paragraphes 75 et 100), son accent mis non pas sur l’augmentation de sa propre part de marché, mais sur la maximisation des profits (paragraphes 78 et 95) et du fait qu’elle n’avait pas l’intention d’ajouter de la capacité (paragraphe 89).

[156] Micron parlait de son propre [TRADUCTION] « avenir dans lequel aucune capacité supplémentaire de production de plaquettes de DRAM ne sera nécessaire » (paragraphe 65) et du fait qu’elle ne mettait pas l’accent sur la part de marché (paragraphe 68). La société parlait aussi de son propre plan de croissance des « bits » (paragraphes 76 et 77), de son niveau de croissance de l’offre (paragraphe 79), de l’augmentation de son offre de « bits » par rapport au niveau prévu de la demande (paragraphe 83), de ses plans selon lesquels elle n’ajouterait

views of the industry bit growth being moderately lower than market demand (paragraphs 93, 96 and 98).

[157] For its part, SK Hynix referred to its own “bit” growth (paragraph 75), its plans for having DRAM bit shipment growth of 20 percent, on par with the market (paragraphs 85 and 94), its projections of its supply growth level (paragraph 88), its view of bit growth being in line with the market in 2018 (paragraph 99), and its own additions of wafer capacity to match increased demand (paragraph 117). I agree with SK Hynix that none of the specific paragraphs of the Statement of Claim referring to public statements made by that defendant contains material facts able to support the allegations made. Whether they are direct quotes or paraphrases, they do not reflect what is said in the underlying documents. There is nothing able to support the existence, affirmation or reaffirmation of any form of agreement. I find no discussion or affirmation of an intent or commitment to limit the supply of DRAM, or an effective limitation of supply, in any of the documents emanating from SK Hynix. On the contrary, the statements from SK Hynix refer to supply growth and increases of its DRAM supply. There are repeated statements about SK Hynix’s rate of bit shipment growth, an intention to increase market share, an intent to meet the market demand for DRAM, and an intent to grow its capacity and supply of DRAM. In fact, the Public Statements of SK Hynix say the opposite of what the plaintiffs attribute to them.

[158] I therefore conclude that, in many respects, the plaintiffs’ allegations in relation to the Public Statements present a troubling distortion of what is actually said in the defendants’ documents, and cannot be accepted as true. The Public Statements do not reflect the formation or existence of any agreement between the defendants, nor

pas de plaquettes de DRAM (paragraphe 86), de son plan de croissance de l’offre dans une fourchette inférieure à la demande du marché et du fait qu’elle ne prévoyait pas d’augmentation de capacité (paragraphe 87), et son point de vue selon lequel la croissance des « bits » au sein de l’industrie était modérément inférieure à la demande du marché (paragraphes 93, 96 et 98).

[157] Pour sa part, SK Hynix mentionnait sa propre croissance des « bits » (paragraphe 75), ses plans de croissance de 20 p. 100 de l’expédition de « bits » de DRAM, ce qui est comparable avec le marché (paragraphes 85 et 94), ses prévisions de croissance de l’offre (paragraphe 88), son avis selon lequel la croissance des bits allait s’aligner avec le marché en 2018 (paragraphe 99), et le fait qu’elle avait elle-même augmenté sa capacité de production de plaquettes pour répondre à la demande croissante (paragraphe 117). Je conviens avec SK Hynix qu’aucun des paragraphes particuliers de la Déclaration faisant référence à des déclarations publiques faites par la défenderesse ne contient de faits substantiels pouvant appuyer les allégations présentées. Qu’il s’agisse de citations directes ou de paraphrases, elles ne reflètent pas ce qui est dit dans les documents d’où elles sont tirées. Rien ne peut confirmer l’existence d’un accord, quelle que soit sa forme, ni attester que cet accord a été confirmé ou renouvelé. Je ne trouve aucune discussion ou affirmation d’une intention de limiter la fourniture de DRAM ou d’un engagement pris à cet égard, ni de limitation réelle de l’offre, dans les documents venant de SK Hynix. Au contraire, les déclarations de SK Hynix font référence à la croissance de l’offre et à l’augmentation de sa fourniture de DRAM. Maintes déclarations sont faites au sujet du taux de croissance des expéditions de « bits » de SK Hynix, de son intention d’accroître sa part de marché et de répondre à la demande de DRAM sur le marché, et de son intention d’accroître sa capacité de production et sa fourniture de DRAM. En fait, les déclarations publiques de SK Hynix disent le contraire des propos que les demandeurs lui attribuent.

[158] Ainsi, je conclus que, à bien des égards, les allégations des demandeurs relatives aux déclarations publiques constituent une distorsion troublante de ce qu’indiquent réellement les documents des défenderesses et ne peuvent pas être admises comme étant véridiques. Les déclarations publiques ne permettent pas de déduire ou

do they allow to infer one. The documents do not support any allegation of supply restrictions. The documents do not reflect any acts in furtherance of a conspiracy. They rather refer to conduct in furtherance of unilateral, independent commercial behaviour. The documents relied on by the plaintiffs show that the intention and the reality is that the defendants have increased their supply of DRAM over the Class Period, though the increase in supply has lagged behind the increase in market demand for DRAM. Again, a situation of growth in supply lagging behind the growth in demand is quite different from alleging an intent or a commitment to “limit” or restrict supply. In this case, the plaintiffs have failed to provide any material facts supporting their allegations that the defendants jointly planned to limit DRAM supply below market demand. There are no material facts suggesting any collusive communications among the defendants preceding their respective supply decisions or allowing to infer an unlawful conspiracy.

[159] In the same vein, the only allegations regarding agreements to increase DRAM prices are the conclusory statements contained in paragraphs 129 and 135 of the Statement of Claim, devoid of any material facts. I point out that there are no references whatsoever to DRAM prices, let alone to any price signalling or agreement on prices, in the dozens of paragraphs of the Statement of Claim dealing with the defendants’ Public Statements and in the defendants’ documents relied on by the plaintiffs.

[160] At the hearing before the Court, counsel for the plaintiffs insisted that, at the certification stage, I should not venture into an assessment of the merits of the evidence. I do not dispute that. But I underline that the foregoing review of the Public Statements and of the plaintiffs’ allegations relating to them is not an exercise of interpreting or weighing the merits of the evidence relied on by the plaintiffs in their Statement of Claim. It is rather observing that, on a plain reading of the material before the Court, the allegations made by the plaintiffs

de démontrer qu’un accord entre les défenderesses a été conclu. Les documents n’appuient aucune des allégations de restriction de l’offre. Ils ne font pas état d’agissements en vue d’un complot. Ils font plutôt état d’une conduite qui va dans le sens d’un comportement commercial unilatéral et indépendant. Selon les documents sur lesquels les demandeurs se sont fondés, la réalité est que, au cours de la période visée par le recours collectif, les défenderesses ont augmenté leur fourniture de DRAM, et que telle était leur intention, bien que la fourniture de DRAM ait augmenté moins rapidement que la demande du marché. Une fois de plus, une situation où la croissance de l’offre accuse du retard par rapport à la croissance de la demande est très différente de la situation alléguée où il y a une intention de « limiter » ou de restreindre l’offre, ou un engagement à cet égard. En l’espèce, les demandeurs n’ont pas exposé de faits substantiels à l’appui de leurs allégations selon lesquelles les défenderesses ont planifié ensemble de limiter la fourniture de DRAM en deçà de la demande du marché. Aucun fait substantiel ne permet de croire que les défenderesses ont communiqué de façon collusoire avant de prendre leurs décisions respectives en matière d’offre, ni qu’il s’agissait d’un complot illégal.

[159] Dans le même ordre d’idées, les seules allégations concernant les accords visant à augmenter les prix des DRAM sont les affirmations catégoriques figurant aux paragraphes 129 et 135 de la Déclaration, lesquelles ne reposent sur aucun fait substantiel. Je souligne qu’on ne fait aucune mention des prix des DRAM, encore moins de signaux relatifs aux prix ou d’un accord sur les prix, dans les dizaines de paragraphes de la Déclaration portant sur les déclarations publiques des défenderesses et dans les documents de ces dernières invoqués par les demandeurs.

[160] À l’audience, l’avocat des demandeurs a insisté sur le fait que, à l’étape de l’autorisation, je ne devrais pas me livrer à une appréciation de la valeur de la preuve. Je ne le conteste pas. Je souligne toutefois que l’examen effectué ci-dessus des déclarations publiques et des allégations des demandeurs à cet égard n’est pas assimilable à un exercice d’interprétation de la preuve ou d’appréciation de la valeur de la preuve invoquée par les demandeurs dans leur Déclaration. Par cet examen, la Cour cherche plutôt à faire observer que, à la simple lecture

clearly misrepresent or incorrectly paraphrase what is effectively contained in the Public Statements made by the defendants and on which the plaintiffs' claim specifically relies.

[161] A unilateral action by a defendant does not become collusive simply because it happens to be preceded or followed in time by another, similar unilateral action by a competitor. Merely showing parallel conduct is not enough to ground a conspiracy claim and to speculate from it that an agreement must be at the source of such parallel conduct. Independent public announcements of a competitor's own expected level of increase in the supply of a product cannot be twisted into an invitation or signal to conspire or to suppress supply, just because they happen to coincide with some increases in the price of the product, unlinked to any suppression of supply. This is not a situation where there were implicit invitations to collude, or where there were statements about what competitors had to do in terms of supply or capacity cuts, or where a defendant signalled its willingness to limit supply or cut capacity increases if the other defendants acted in concert, or where suggestions were made to work in conjunction. In the current case, I find no behaviour or conduct of the defendants from which an inference of a conspiracy or unlawful agreement could be drawn.

(vi) Conspiracies and the *Crosslink* case

[162] The plaintiffs argue that the lack of particulars and sufficient material facts with respect to the defendants' own secret arrangements is a defence to certification that has often been rejected by the courts, as "[w]hat may be pleaded by a plaintiff depends, of course, on the scope of information reasonably available to the plaintiff" (*Watson CA*, at paragraph 133; *Crosslink I*, at paragraph 76).

[163] It is true that, in conspiracy cases, the courts cannot set a virtually impossible standard for plaintiffs to meet as conspiracies are secretive in nature, and the details of a conspiracy are often largely in the hands of the

des documents dont elle dispose, il est manifeste que les allégations formulées par les demandeurs dénaturent ou paraphrasent de manière erronée le contenu des déclarations publiques des défenderesses, sur lesquelles repose précisément la demande des demandeurs.

[161] L'action unilatérale d'un défendeur ne devient pas collusoire simplement du fait qu'une autre action unilatérale semblable d'un concurrent l'a précédée ou suivie. Il ne suffit pas de montrer qu'il existe un comportement parallèle pour étayer une allégation de complot et supposer qu'un accord est à l'origine d'un tel comportement. Les annonces publiques indépendantes faites par un concurrent sur l'augmentation prévue de la fourniture d'un produit ne peuvent être transformées en une invitation à comploter ou à éliminer l'offre ni en un signal à cet effet, simplement parce qu'elles coïncident avec certaines augmentations du prix du produit, sans lien avec toute élimination de l'offre. Il ne s'agit pas d'une situation où il y a eu des invitations implicites à la collusion ou des déclarations sur les mesures que devaient prendre les concurrents en ce qui concerne la réduction de l'offre et de la capacité, ni dans laquelle un défendeur a fait part de sa volonté de limiter l'offre ou de réduire sa capacité si les autres défendeurs faisaient la même chose, ni dans laquelle il a été proposé de travailler de concert. Dans la présente affaire, je conclus qu'aucun comportement ou acte des défenderesses ne permet d'inférer l'existence d'un complot ou d'un accord illégal.

(vi) Les complots et l'affaire *Crosslink*

[162] Les demandeurs soutiennent que l'insuffisance de détails et de faits substantiels concernant les arrangements secrets des défenderesses est un moyen de défense contre l'autorisation qui a souvent été rejeté par les tribunaux, car [TRADUCTION] « ce qui peut être plaidé par les demandeurs dépend, bien entendu, de l'étendue des renseignements dont ces demandeurs pourraient raisonnablement disposer » (*Watson CA*, au paragraphe 133; *Crosslink I*, au paragraphe 76).

[163] Il est vrai que, dans les affaires de complot, les tribunaux ne peuvent établir une norme pratiquement impossible à satisfaire pour les demandeurs car, de par leur nature, les complots sont secrets, et les détails d'un

conspirators (*Crosslink 1*, at paragraph 27; *Mancinelli*, at paragraph 173). I further acknowledge that, at the certification stage, I am required to construe the pleadings generously, having notably regard to the plaintiffs' lack of access to key documents and discovery information at the pleadings stage. I also accept that this is an element which has particular relevance in conspiracy pleadings, where the conduct complained of is invariably outside a plaintiff's knowledge and the evidence lies in the hands and minds of the alleged conspirators.

[164] However, being generous with the pleadings does not mean being blind to what they do not contain. Even in conspiracy cases, the pleadings cannot boil down to mere speculation or to a fishing expedition. A conspiracy claim must still provide material facts and sufficient particularity to support the plea. Those facts include the parties to the conspiracy, their relationship, the agreement between them, the purpose of the conspiracy, any overt acts done in furtherance of the conspiracy and any injury to the plaintiff (*Prokuron*, at paragraphs 28–29; *Mancinelli*, at paragraphs 142–143). While a plaintiff is not required to prove his or her case in the Statement of Claim, he or she must nonetheless provide the material facts supporting the constituent elements of the claim being made.

[165] On my reading, the Statement of Claim adds up to a fishing expedition on its allegation of an illegal conspiracy. It does not set out material facts or any particulars on the alleged communications, coordination and agreement between the defendants, on the object or purpose of such agreement or on any overt acts that would have been done in furtherance of the alleged conspiracy (such as using some form of communication to coordinate and exchange confidential information on supply, capacity and production). In other words, while the Statement of Claim describes the parties to the alleged conspiracy and their relationship as well as the alleged injury or damages, it does not contain material facts

complot se trouvent essentiellement entre les mains des parties au complot (*Crosslink 1*, au paragraphe 27; *Mancinelli*, au paragraphe 173). Je reconnais aussi que, à l'étape de l'autorisation, je suis tenu d'interpréter libéralement les actes de procédure, compte tenu notamment du manque d'accès des demandeurs à l'étape des actes de procédure à des documents importants ainsi qu'aux renseignements qui peuvent être obtenus à l'interrogatoire préalable. J'admets également qu'il s'agit d'un élément qui revêt une pertinence particulière dans les actes de procédure relatifs à un complot, étape où les demandeurs méconnaissent inévitablement le comportement reproché et où les éléments de preuve sont entre les mains et dans les esprits des personnes soupçonnées de complot.

[164] Cependant, le fait de se montrer libéral à l'égard des actes de procédure ne veut pas dire qu'il faille faire preuve d'aveuglement concernant ce qu'ils ne contiennent pas. Même dans les affaires de complot, les actes de procédure ne peuvent se résumer à de simples conjectures ou reposer sur une recherche à l'aveuglette. Une allégation de complot doit tout de même présenter des faits substantiels et des détails suffisants à son appui. Ces faits comprennent les parties au complot, leur relation, l'accord qu'elles ont conclu, l'objet du complot, tout acte manifeste visant à exécuter le complot ainsi que tout dommage subi par le demandeur (*Prokuron*, aux paragraphes 28 et 29; *Mancinelli*, aux paragraphes 142 et 143). Un demandeur n'a pas l'obligation de prouver ses prétentions dans la déclaration, mais il doit néanmoins exposer les faits substantiels à l'appui des éléments constitutifs de la demande présentée.

[165] Selon ma lecture et mon interprétation, la Déclaration repose sur une recherche à l'aveuglette en ce qui concerne son allégation de complot illégal. On n'y énonce ni faits substantiels ni détails sur les communications, la coordination et l'accord qu'auraient conclu les défenderesses, sur l'objet ou le but d'un tel accord ou sur des actes manifestes qui auraient été commis dans le cadre du complot (par exemple, l'utilisation d'une forme de communication pour coordonner et échanger des renseignements confidentiels sur l'offre, la capacité et la production). En d'autres mots, bien que la Déclaration décrive les parties au complot allégué et leur relation ainsi que le préjudice ou les dommages allégués, elle ne contient aucun fait substantiel

dealing with the allegedly concerted behaviour or conduct of the defendants.

[166] In their submissions to the Court, the plaintiffs often referred to the *Crosslink* case, and emphasized that the allegations of conspiracy (and the evidentiary basis) were found sufficient to meet the requirements for certification in that case. They invited the Court to draw a parallel with this case and argued that I should adopt the same reasoning, as the facts and allegations in both cases were largely similar. With respect, I disagree.

[167] In *Crosslink*, the plaintiffs had presented a motion to certify a proposed class proceeding relating to an alleged price-fixing conspiracy. Justice Rady, from the Ontario Superior Court of Justice, granted the motion and certified the class. With regard to the first step of the certification test, Justice Rady held that, although “sparse in detail”, the pleadings did allege sufficient facts “to ground the cause of action in conspiracy” (*Crosslink 1*, at paragraph 76). Justice Rady found that, since the plaintiffs had laid out in their pleading “a description of the parties and their relationship; the agreement by the defendants to conspire; the purpose of the conspiracy; the overt acts done to further the conspiracy; and the injury caused as a consequence”, this was sufficient for the court to conclude that the pleading was adequate (*Crosslink 1*, at paragraph 77).

[168] In *Crosslink*, the pleadings, which had been characterized as being “sparse in detail” on the conspiracy, nonetheless contained several allegations regarding how the defendants had allegedly agreed to fix the prices of the products at stake, what they had agreed on, and some overt acts undertaken by the co-conspirators. These allegations included several references to the conduct of the competitors, such as agreeing to implement “coordinated price increases”; agreeing to “allocate the volumes of sales, customers, and markets” among themselves; agreeing to “refrain from bidding or to submit intentionally high, complementary and non-competitive bids for

concernant le comportement ou la conduite prétendument concertés des défenderesses.

[166] Dans leurs observations formulées devant la Cour, les demandeurs ont mentionné à maintes reprises l’affaire *Crosslink*, en plus d’insister sur le fait que les allégations de complot (et le fondement probatoire) y ont été jugées suffisantes pour satisfaire aux conditions d’autorisation. Ils ont invité la Cour à dresser un parallèle avec la présente espèce et ont soutenu que je devrais adopter le même raisonnement, puisque les faits et les allégations dans les deux affaires étaient en grande partie semblables. En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

[167] Dans l’affaire *Crosslink*, les demandeurs avaient présenté une requête en autorisation d’un recours collectif envisagé relatif à un complot de fixation des prix. Le juge Rady, de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, a accueilli la requête et a autorisé le recours collectif. En ce qui concerne la première étape du critère concernant l’autorisation, le juge Rady a conclu que, bien que [TRADUCTION] « peu détaillés », on alléguait dans les actes de procédure des faits suffisants [TRADUCTION] « pour fonder la cause de l’action sur l’existence d’un complot » (*Crosslink 1*, au paragraphe 76). Le juge Rady a conclu que, puisque les demandeurs avaient exposé dans leur acte de procédure [TRADUCTION] « une description des parties et de leurs relations, l’accord des défenderesses en vue de comploter, le but du complot, les actes manifestes commis pour exécuter le complot et le préjudice qui en découlait », cela était suffisant pour que la Cour puisse conclure que l’acte de procédure était adéquat (*Crosslink 1*, au paragraphe 77).

[168] Dans l’affaire *Crosslink*, les actes de procédure, qui avaient été qualifiés de « peu détaillés » en ce qui a trait au complot, contenaient néanmoins plusieurs allégations concernant la manière dont les défenderesses auraient accepté de fixer les prix des produits en cause, l’objet de l’accord ainsi que certains actes manifestes commis par les parties au complot. Ces allégations comprenaient plusieurs exemples du comportement des concurrents, comme le fait d’avoir accepté de procéder à [TRADUCTION] « des augmentations de prix coordonnées », [TRADUCTION] « [d’]attribuer [entre elles] les volumes de ventes, les clients et les marchés » et de



particular ... supply contracts”; exchanging “information regarding the prices and volumes of sales” of the products “for the purpose of monitoring and enforcing adherence to the agreed-upon prices, volumes of sales and markets”; instructing “members of the conspiracy not to divulge the existence of the conspiracy”; taking “active steps to conceal the unlawful conspiracy from their customers, the authorities, and the public”; and disciplining “any corporation that failed to comply with the conspiracy” (*Crosslink 1*, at paragraph 75).

[169] This is not the situation here, and the plaintiffs’ allegations are far from providing a similar level of particularization on the conduct of the defendants. The facts underlying the plaintiffs’ case are instead materially different from the factual background in *Crosslink*. When comparing the pleadings set out in *Crosslink* to what the plaintiffs have presented in the case at bar, I do not find similarly detailed allegations regarding the conduct of the defendants and how they agreed to limit the supply of DRAM or took coordinated actions in furtherance of any alleged agreement. There are only vague and general allegations that the defendants entered into an agreement through the sharing of supply and pricing information, private communications and signalling by publicly available means.

[170] At the hearing before the Court, counsel for the plaintiffs argued that, in their pleadings, the plaintiffs had presented more particulars than in *Crosslink* and had provided the places where the defendants met, the times that they met, who was there, what was discussed, the conduct constituting the alleged agreement, its formation and how it continued. With respect, I do not agree and I instead find that the plaintiffs’ pleadings are far from containing this claimed level of particularity and material facts.

[TRADUCTION] « s’abstenir de soumissionner ou de soumettre des offres intentionnellement élevées, complémentaires et non concurrentielles pour des contrats de fournitures [...] particuliers », d’avoir échangé [TRADUCTION] « des renseignements concernant les prix et les volumes de ventes » des produits [TRADUCTION] « dans le but de surveiller et de faire respecter les prix, les volumes de ventes et les marchés convenus », d’avoir donné pour directive aux [TRADUCTION] « membres du complot de ne pas divulguer l’existence du complot » et d’avoir pris [TRADUCTION] « des mesures actives pour dissimuler le complot illégal à leurs clients, aux autorités et au public » et sanctionner [TRADUCTION] « toute société qui ne s’est pas conformée au complot » (*Crosslink 1*, au paragraphe 75).

[169] Ce n’est pas le cas en l’espèce, et les allégations des demandeurs sont loin d’offrir un niveau semblable de précision sur le comportement des défenderesses. Les faits qui sous-tendent la cause des demandeurs sont très différents du contexte factuel de l’affaire *Crosslink*. En comparant les allégations faites dans l’affaire *Crosslink* à ce que les demandeurs ont présenté en l’espèce, je ne relève pas d’allégations aussi détaillées concernant le comportement des défenderesses et la manière dont elles ont accepté de limiter la fourniture de DRAM ou ont pris des mesures coordonnées pour exécuter un quelconque accord. On n’y retrouve que des allégations vagues et générales selon lesquelles les défenderesses ont conclu un accord grâce à un échange de renseignements sur la fourniture de DRAM et sur les prix, de communications privées et de signaux en ayant recours à des moyens accessibles au public.

[170] À l’audience, l’avocat des demandeurs a fait valoir que ses clients avaient présenté plus de détails dans leurs actes de procédure que ceux dans l’affaire *Crosslink*, qu’ils avaient indiqué les lieux où les défenderesses se sont rencontrées, les heures de ces rencontres, l’identité des personnes présentes, l’objet des discussions, le comportement qui traduit l’existence d’un accord, la formation de cet accord et la façon dont il a été suivi. En toute déférence, je ne suis pas d’accord et je conclus plutôt que les actes de procédure des demandeurs sont loin de contenir le niveau de détail et de faits substantiels invoqué.

[171] I underline that the allegations in *Crosslink* were found to be borderline and “sparse in detail”. The plaintiffs’ allegations are even more limited in the current case. There are only allegations of unilateral decisions taken by each defendant. I am not persuaded that an observation of consistent conduct by several competitors, without more, amounts to a material fact supporting an allegation of coordinated behaviour. Being consistent and acting in concert are two vastly different conduct. For all those reasons, the *Crosslink* case can be distinguished on its facts and does not provide support for the plaintiffs’ position.

(vii) Conclusion on section 45

[172] In light of the foregoing, I conclude that the plaintiffs have not demonstrated the existence of a reasonable cause of action under section 45, as the pleadings are deficient on the main constituent element of the alleged wrongful conduct, namely the possible existence of an agreement between the defendants. In the absence of proper allegations on the alleged conspiracy, the plaintiffs’ action is doomed to fail as it contains a radical defect. Put differently, I find it plain and obvious that, as they are developed by the plaintiffs in the Statement of Claim, the pleadings do not adequately expose a conspiracy.

[173] I am mindful of the fact that the test for a reasonable cause of action is low. But it cannot be as low as the plaintiffs would want it to be. Being generous in reading the pleadings does not mean that the Court should be complacent and insert the main constituent element of an alleged wrongful act when it is manifestly not there. The Court cannot connect the dots when there are no dots on the page. Here, it is not an issue of imperfection or lack of clarity in the pleadings, it is a situation where material facts supporting the plaintiffs’ allegations of an illegal agreement are absent.

[171] Je souligne que les allégations formulées dans l’affaire *Crosslink* ont été jugées être à la limite de l’acceptable et considérées comme [TRADUCTION] « peu détaillées ». Les allégations des demandeurs sont encore plus limitées en l’espèce. Il n’y a que des allégations de décisions unilatérales prises par chaque défenderesse. Je ne suis pas convaincu qu’une observation selon laquelle plusieurs concurrents ont adopté un comportement semblable, sans plus, constitue un fait substantiel appuyant une allégation de comportement coordonné. Agir de façon cohérente et agir de concert sont deux comportements très différents. Pour tous ces motifs, l’affaire *Crosslink* est différente de celle qui nous occupe en raison des faits et n’étaye pas la position des demandeurs.

(vii) Conclusion sur l’article 45

[172] Vu ce qui précède, je conclus que les demandeurs n’ont pas démontré l’existence d’une cause d’action valable au titre de l’article 45, puisque les actes de procédure sont insuffisants quant à l’élément constitutif principal du comportement répréhensible allégué, à savoir l’existence possible d’une entente entre les défenderesses. En l’absence d’allégations appropriées sur le complot allégué, l’action des demandeurs est vouée à l’échec puisqu’elle comporte un vice fondamental. Autrement dit, j’estime qu’il est évident et manifeste que les allégations des demandeurs formulées dans la Déclaration n’exposent pas adéquatement un complot.

[173] Je suis conscient du fait que le critère de la cause d’action valable est peu exigeant. Cependant, il ne saurait être aussi faible que le voudraient les demandeurs. Une interprétation libérale des actes de procédure ne veut pas dire que la Cour doit se montrer complaisante et insérer dans les actes de procédure l’élément constitutif principal de l’acte répréhensible allégué alors qu’il n’y figure manifestement pas. La Cour ne peut pas établir de liens lorsque les liens n’existent pas. En l’espèce, il ne s’agit pas d’une question d’imperfection ou d’un manque de clarté des actes de procédure, mais d’une situation caractérisée par l’absence de faits substantiels à l’appui des allégations des demandeurs concernant un accord illicite.

[174] If pleadings such as the Statement of Claim could be sufficient to meet the reasonable cause of action threshold and to certify a competition law class action based on a section 45 conspiracy, it would essentially mean that Canadian plaintiffs could file class actions on the simple observation of parallel pricing or supply decisions by competitors, or of simultaneous price increases of a certain magnitude, coupled with a bald, speculative statement that the competitors in the industry must have conspired to arrive at that, without more. Stated differently, accepting the plaintiffs' allegations as being sufficient to support a cause of action based on a section 45 conspiracy would mean that providing some facts on the appearance of actual or likely anti-competitive effects (such as price increases of a product) and simply uttering the word "conspiracy" in an allegation could be enough to trigger an action in damages based on sections 36 and 45 of the Act, even without any material facts on any meeting of the minds between the alleged conspirators or on the conduct of the conspirators. This, in my view, would turn section 45 on its head, and strip away from this cornerstone provision of the Act what is now its most essential and central element, namely, the conduct of the alleged conspirators.

(b) *Section 46*

[175] Turning to section 46, the plaintiffs' allegations are limited to the following four paragraphs of the Statement of Claim:

- [18] ... Samsung Electronics Co., Ltd.'s management expressly directed Samsung Semiconductor, Inc. and Samsung Electronics Canada Inc. to participate in the illegal conspiracy to suppress the supply and increase the price of DRAM....
- [22] ... SK Hynix, Inc.'s management expressly directed SK Hynix America, Inc. to participate in the illegal conspiracy to suppress *[sic]* the supply and increase the price of DRAM. ...

[174] Si des actes de procédure comme la Déclaration déposée en l'espèce pouvaient suffire pour satisfaire au critère de la cause d'action valable et pour autoriser un recours collectif en matière de droit de la concurrence visant un complot fondé sur l'article 45, cela voudrait essentiellement dire que les demandeurs canadiens pourraient déposer des recours collectifs en invoquant la simple observation de décisions parallèles en matière de prix ou d'offre prises par des concurrents, ou d'augmentations simultanées de prix d'une certaine ampleur et en présentant une affirmation vague et conjecturale selon laquelle les concurrents dans l'industrie doivent avoir comploté pour arriver à ces effets, sans plus. Autrement dit, si je considérais que les allégations des demandeurs sont suffisantes pour étayer une cause d'action relative à un complot visé par l'article 45, cela signifierait que la présentation de quelques faits sur l'apparence d'effets anticoncurrentiels réels ou possibles (comme des augmentations de prix d'un produit) et le simple fait de prononcer le mot « complot » dans une allégation suffiraient à déclencher une action en dommages-intérêts fondée sur les articles 36 et 45 de la Loi, et ce, même en l'absence de faits substantiels relatifs à un quelconque accord entre les personnes soupçonnées de complot ou au comportement de ces dernières. Selon moi, cela aurait pour effet de dénaturer l'article 45 de la Loi et de dépouiller cette disposition fondamentale de la Loi de ce qui constitue maintenant son élément le plus essentiel et central, à savoir le comportement des personnes qu'on soupçonne d'avoir comploté.

b) *Article 46*

[175] En ce qui concerne l'article 46, les allégations des demandeurs se limitent aux quatre paragraphes suivants de la Déclaration :

[TRADUCTION]

- [18] [...] La direction de Samsung Electronics Co., Ltd. a expressément ordonné à Samsung Semiconductor, Inc. et Samsung Electronics Canada Inc. de participer au complot illicite visant à éliminer la fourniture de DRAM et à augmenter ses prix [...]
- [22] [...] La direction de SK Hynix, Inc. a expressément ordonné à SK Hynix America, Inc. de participer au complot illicite visant à éliminer la fourniture de DRAM et à augmenter ses prix [...]

- [26] ... Micron Technology, Inc.'s management expressly directed Micron Semiconductor Products, Inc. to participate in the illegal conspiracy to suppress [*sic*] the supply and increase the price of DRAM. ...
- [136] The defendants implemented a foreign directive, instruction, intimation of policy, or other communication, which communication was for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement, or arrangement entered outside Canada that, if entered in Canada, would have been in contravention of section 45 of the *Competition Act*.

[176] The plaintiffs also argue that, by pleading the global DRAM sales of the defendants, they have properly pleaded that the defendants have sales in Canada.

[177] On any fair reading of the Statement of Claim, these plaintiffs' pleadings in respect of section 46 are brief and conclusory, and essentially amount to a mere recitation of the language contained in the provision. As was the case for their claim under section 45, I find that the plaintiffs have failed to plead any material facts or particulars with respect to any of the elements of a claim under section 46. The paragraphs cited above simply allege that each of the defendants implemented a foreign directive to give effect to a conspiracy that, if entered into in Canada, would have violated section 45 of the Act. Such conclusory pleadings are fatally flawed and are clearly insufficient to support a reasonable cause of action under section 46 as the plaintiffs do not provide any particulars on any of the main constituent elements of the alleged foreign directives. The plaintiffs' limited allegations are nothing more than bald assertions and conclusory legal statements, and do not meet the requirements established by rules 174 and 181 and confirmed by the F.C.A. precedents. Simply parroting the language of the Act and hoping that facts will eventually emerge from it is not a statement of material facts.

- [26] [...] La direction de Micron Technology, Inc. a expressément ordonné à Micron Semiconductor Products, Inc. de participer au complot illicite visant à éliminer la fourniture de DRAM et à augmenter ses prix. [...]
- [136] Les défenderesses ont appliqué une directive, une instruction, un énoncé de politique ou une autre communication provenant de l'étranger, laquelle communication avait pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'étranger qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*.

[176] Les demandeurs font également valoir qu'en renvoyant aux ventes mondiales de DRAM des défenderesses, ils ont adéquatement allégué que les défenderesses réalisent des ventes au Canada.

[177] Une lecture objective de la Déclaration mène à conclure que les allégations des demandeurs relatives à l'article 46 sont brèves et comportent des affirmations catégoriques, et sont essentiellement assimilables à une simple énonciation du libellé de la disposition. Comme pour leur demande fondée sur l'article 45, je conclus que les demandeurs n'ont pas allégué de faits substantiels ou de détails relativement à l'un ou l'autre des éléments requis pour une demande fondée sur l'article 46. Dans les paragraphes reproduits ci-dessus, on allègue simplement que chacune des défenderesses a appliqué une directive étrangère pour donner effet à un complot qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45 de la Loi. De telles affirmations catégoriques comportent des lacunes fatales et sont nettement insuffisantes pour révéler une cause d'action valable en vertu de l'article 46, car les demandeurs ne présentent aucun détail sur les principaux éléments constitutifs des directives étrangères alléguées. Les allégations limitées formulées par les demandeurs ne sont rien de plus que de simples assertions et affirmations catégoriques de nature juridique, et ne satisfont pas aux exigences des règles 174 et 181, confirmées par la jurisprudence de la C.A.F. La simple reprise du libellé de la Loi dans l'espoir que des faits surgiront un jour ne constitue pas un exposé de faits substantiels.

[178] As indicated above, the constituent elements of the section 46 offence include the elements of the conspiracy offence under section 45 as well as: (i) a corporation carrying on business in Canada; (ii) which implements a directive, an instruction, an intimation of policy, or other communication; (iii) from a person in Canada who is in a position to direct or influence the policies of the corporation; and (iv) where the directive, instruction, intimation of policy or communication is for the purpose of giving effect to conspiracy entered outside of Canada that would breach section 45. Apart from repeating or paraphrasing the language of section 46, no material facts are provided in the Statement of Claim regarding any foreign directives by any of the defendants or how such foreign directives could have been issued for the purpose of giving effect to an agreement entered outside of Canada.

[179] This is again a situation where the pleadings are not supported by any particularization, amount to bare assertions and conclusory legal statements based on speculation, and amount to a fishing expedition (*Merchant*, at paragraph 34; *Das CA*, at paragraph 74). Such vague, imprecise and general legal statements cannot be assumed to be true as they are not detailed enough and are speculative. The absence of material facts and particulars leaves the Statement of Claim without a sufficient foundation to support the allegations that have been made with respect to a wrongful conduct under section 46. This provides a sufficient basis for concluding that it is plain and obvious that the Statement of Claim discloses no reasonable cause of action under section 46.

#### (4) Conclusion

[180] For all the reasons detailed above, I conclude that the plaintiffs do not satisfy the reasonable cause of action requirement for certification. Looking at the pleadings as a whole and at all the circumstances, I find that the plaintiffs' Statement of Claim does not define the issues with sufficient precision to make the proceedings both manageable and fair.

[178] Comme je l'ai déjà indiqué, les éléments constitutifs de l'infraction prévue à l'article 46 comprennent les éléments de l'infraction de complot prévue à l'article 45 ainsi que les suivants : (i) une personne morale qui exploite une entreprise au Canada; (ii) qui applique une directive, une instruction, un énoncé de politique ou autre communication (iii) d'une personne au Canada en mesure de diriger ou d'influencer les politiques de la personne morale; (iv) lorsque la directive, l'instruction, l'énoncé de politique ou la communication a pour objet de donner effet à un complot intervenu à l'étranger qui constituerait une infraction visée à l'article 45. Outre répéter ou paraphraser le libellé de l'article 46, la déclaration ne présente aucun fait substantiel concernant des directives étrangères données par l'une des défenderesses ou la façon dont ces directives étrangères auraient pu être données pour faire appliquer un accord conclu à l'étranger.

[179] Il s'agit une fois de plus d'une situation où les allégations ne reposent sur aucun fait particulier propre à l'affaire, sont assimilables à de simples assertions et des affirmations catégoriques de nature juridique fondées sur une conjecture, et équivalent à une recherche à l'aveuglette [*Merchant*, au paragraphe 34; *Das CA*, au paragraphe 74]. On ne saurait tenir pour avérées des déclarations juridiques aussi vagues, imprécises et générales, car elles ne sont pas suffisamment détaillées et elles sont conjecturales. L'absence de faits substantiels et de détails fait en sorte que le fondement de la Déclaration ne suffit pas à étayer les allégations formulées quant à un comportement répréhensible visé par l'article 46. Ces lacunes sont suffisamment importantes pour que la Cour conclue qu'il est évident et manifeste que la déclaration ne divulgue aucune cause d'action valable au titre de l'article 46.

#### 4) Conclusion

[180] Pour l'ensemble des motifs énoncés ci-dessus, je conclus que les demandeurs ne satisfont pas à l'exigence relative à la cause d'action valable des requêtes en autorisation. Après examen des actes de procédure dans leur intégralité ainsi que de l'ensemble des circonstances, je conclus que la Déclaration des demandeurs ne cerne pas les questions avec une précision suffisante pour assurer la saine gestion et l'équité de l'instruction.

[181] The plaintiffs have argued that, should I conclude that their pleadings are deficient and do not show a reasonable cause of action, they should be granted leave to amend their Statement of Claim. I do not dispute that, when pleadings suffer from drafting deficiencies, do not meet the requirements of a reasonable cause of action and fail to provide the required particulars to support a cause of action, leave to amend is generally granted unless it is plain and obvious that the defect cannot be cured by an amendment (*Enercorp*, at paragraph 27; *Collins v. Canada*, 2011 FCA 140, 418 N.R. 23, at paragraph 26; *Simon v. Canada*, 2011 FCA 6, [2011] 1 F.C.R. D-15, at paragraph 8; *Pelletier v. Canada*, 2020 FC 1019 (*Pelletier 2020*), at paragraph 60; *Pelletier v. Canada*, 2016 FC 1356, at paragraph 28). A claim will only be struck without leave to amend when it is considered “beyond redemption” and where “amendments are simply not possible” (*Baird v. Canada*, 2007 FCA 48, at paragraph 3). However, if a pleading, once amended, would still result in another successful motion to strike for lack of legal foundation, the amendment should be refused (*Pelletier 2020*, at paragraph 62, citing *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 780, [1998] O.J. No. 4496 (QL) (Gen. Div.)). A defect may be incurable when there are no facts disclosing a cause of action (*Enercorp*, at paragraph 27).

[182] In *Jost*, the F.C.A. recently reminded that, in light of the generous approach to the application of class action certification laws, “leave to amend a pleading in a proposed class proceeding will only be denied in the clearest cases where it is plain and obvious that no tenable cause of action is possible on the facts as alleged, and there is no reason to suppose that the party could improve his or her case by an amendment” (*Jost*, at paragraph 49). Indeed, some decisions of this Court have recognized that, on certification motions, leave to amend the pleadings should be granted to cure drafting deficiencies (see, e.g., *Poundmaker Cree Nation v. Canada*, 2017 FC 447, [2018] 1 F.C.R. D-4, at paragraph 25; *Sivak v. Canada*, 2012 FC 272, 7 Imm. L.R. (4th) 247, at paragraphs 1 and 94).

[181] Les demandeurs ont fait valoir que, dans l'éventualité où j'en viendrais à la conclusion que leurs allégations comportent des lacunes et ne révèlent aucune cause d'action valable, je devrais les autoriser à modifier leur Déclaration. Je ne conteste pas le principe : lorsqu'un acte de procédure souffre de carences rédactionnelles, ne satisfait pas aux exigences relatives à une cause d'action valable et ne fournit pas les détails requis pour appuyer une cause d'action, l'autorisation de le modifier est habituellement accordée, sauf s'il est évident et manifeste que les vices ne peuvent être corrigés par une modification (*Enercorp*, au paragraphe 27; *Collins c. Canada*, 2011 CAF 140, au paragraphe 26; *Simon c. Canada*, 2011 CAF 6, [2011] 1 R.C.F. F-17, au paragraphe 8; *Pelletier c. Canada*, 2020 CF 1019 (*Pelletier 2020*), au paragraphe 60; *Pelletier c. Canada*, 2016 CF 1356, au paragraphe 28). Une demande ne sera radiée sans autorisation de la modifier que lorsque l'on considère qu'il « ne peut pas être remédié à ses défauts » et lorsque « toute modification est simplement impossible » (*Baird c. Canada*, 2007 CAF 48, au paragraphe 3). Cependant, si la modification de l'acte de procédure ne donnerait lieu qu'à une autre requête en radiation fructueuse pour cause d'absence de fondement juridique, la modification devrait être refusée (*Pelletier 2020*, au paragraphe 62, citant *Carom v. Bre-X Minerals Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 780, [1998] O.J. n° 4496 (QL) (Div. gén.)). Un vice peut être incurable s'il y a absence de fait révélant une cause d'action (*Enercorp*, au paragraphe 27).

[182] Dans l'arrêt *Jost*, la C.A.F. nous a récemment rappelé que, étant donné l'interprétation libérale qu'il convient d'avoir à l'égard des lois relatives à une autorisation de recours collectif, « l'autorisation de modifier un acte de procédure dans le cadre d'un recours collectif proposé ne sera refusée que dans les cas les plus notoires, où il est évident et manifeste qu'aucune cause d'action défendable n'est possible selon les faits allégués et où il n'y a aucune raison de croire que la partie pourrait mieux défendre sa cause au moyen d'une modification » (*Jost*, au paragraphe 49). La Cour a de fait reconnu dans certaines affaires où elle était saisie de requêtes en autorisation que l'autorisation de modifier les actes de procédure devrait être accordée afin de corriger des carences rédactionnelles (voir, par exemple, *Nation Crie Poundmaker c. Canada*, 2017 CF 447, [2018] 1 R.C.F. F-6, au paragraphe 25; *Sivak c. Canada*, 2012 CF 272, aux paragraphes 1 et 94).

[183] In the case at bar, I do not have to decide whether leave to amend should be granted as the plaintiffs' motion fails on more than the first criterion of the certification test on reasonable cause of action. As will be discussed below in the next section of these Reasons, moving from assumed facts to the evidence proffered for this certification motion, the plaintiffs do not satisfy the common issues criterion because, on the some-basis-in-fact standard of proof, they fail to show that the proposed common issues about the alleged wrongful acts under sections 45 and 46 exist in fact. This entails that no purpose would be served by granting the plaintiffs leave to amend their pleadings to reapply for certification.

*B. Paragraph 334.16(1)(c) [of the Rules]: Common questions of law or fact*

[184] I now turn to the requirement that the plaintiffs demonstrate some basis in fact that the claims of the Class members raise common questions of law or fact, regardless of whether those common questions predominate over questions affecting only individual members.

[185] The plaintiffs are asking the Court to certify this class proceeding on the basis of six common questions. The first and second common issues relate to the existence and scope of the alleged conspiracy and the defendants' liability under sections 45 and 46 of the Act. The third and fourth common issues deal with allegations of loss and harm flowing from the alleged wrongful acts. The last two common issues concern additional issues of follow-on interest and investigation costs. The plaintiffs argue that conspiracy common issues, including whether the defendants breached section 45 or 46 of the Act, "depend solely on the conduct of the defendants" and "can be determined without reference to the individual circumstances of class members" (*Crosslink 2*, at paragraph 51). They claim that the allegations regarding the defendants' conduct are a significant component of each Class members' claim and will advance each claim, and thus meet

[183] En l'espèce, je n'ai pas à trancher la question de savoir si l'autorisation de modifier devrait être accordée, car la requête des demandeurs n'est pas rejetée uniquement pour le premier volet du critère relatif à l'autorisation, qui concerne la cause d'action valable. Comme on le verra dans la section suivante des présents motifs, où on passera des faits présumés aux éléments de preuve présentés à l'appui de la requête en autorisation, les demandeurs ne satisfont pas au critère relatif aux points communs car, selon la norme de preuve reposant sur un certain fondement factuel, ils ne parviennent pas à démontrer que les points communs envisagés à l'égard des actes répréhensibles qui seraient visés par les articles 45 et 46 existent réellement. Cela signifie qu'il serait inutile d'accorder aux demandeurs l'autorisation de modifier leurs actes de procéder afin de présenter une nouvelle demande d'autorisation.

*B. Alinéa 334.16(1)c des Règles : Points de droit ou de fait communs*

[184] Je me pencherai maintenant sur l'exigence voulant que les demandeurs démontrent, selon un certain fondement factuel, que les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, peu importe si ces points communs sont prédominants par rapport aux points touchant uniquement les membres individuels.

[185] Les demandeurs demandent à la Cour d'autoriser le recours collectif en l'espèce sur le fondement de six points communs. Les premier et deuxième points communs se rapportent à l'existence et à la portée du complot allégué et de la responsabilité des défenderesses aux termes des articles 45 et 46 de la Loi. Les troisième et quatrième points communs portent sur des allégations de pertes et de dommages découlant des actes répréhensibles allégués. Les deux derniers points communs concernent des points supplémentaires liés aux intérêts et aux coûts d'enquête. Les demandeurs font valoir que les points communs liés au complot, incluant la question de savoir si les défenderesses ont commis une infraction visée aux articles 45 ou 46 de la Loi, [TRADUCTION] « dépendent exclusivement du comportement des défenderesses » et [TRADUCTION] « peuvent être tranchés sans référence aux circonstances individuelles des membres du groupe »

the common issues requirement. The plaintiffs submit that the courts have consistently certified class actions with similar issues relating to the existence and scope of a conspiracy (*Shah*, at paragraphs 260–267; *Airia*, at paragraph 130; *Crosslink 2*, at paragraph 51; *Fanshawe*, at paragraphs 24 and 43; *Irving Paper*, at paragraph 114). They rely on the following evidence as demonstrating some basis in fact for their common issues: (i) an alleged regulatory investigation by the Chinese government (i.e. the China Investigation); (ii) alleged coordinated supply restrictions and price increases in the Class Period; (iii) alleged private communications and public statements by the defendants; and (iv) the defendants' admissions of involvement in a prior conspiracy concerning DRAM. They also referred to the Amended U.S. Complaint and to the Singer Reports.

[186] I am not persuaded by the plaintiffs' arguments and instead find that the plaintiffs have failed to provide any evidentiary basis to support the existence of an alleged conspiracy, and that there is therefore no basis in fact to support the common issues requirement. I agree with the defendants that the evidence tendered does not establish some basis in fact for the alleged conspiracy to suppress the supply of DRAM. Furthermore, the plaintiffs have also not provided any evidentiary basis to support their claim under section 46 of the Act that the defendants implemented a foreign directive, or indeed of the companies that either were or could have been the recipient of such alleged directives. I therefore conclude that the proposed common questions on conduct and liability are not certifiable. As of consequence, none of the other proposed common issues on loss, harm or payments flowing from the alleged wrongful acts can be certified.

(*Crosslink 2*, au paragraphe 51). Ils font valoir que les allégations concernant le comportement des défenderesses constituent des éléments importants de la réclamation de chaque membre du groupe et qu'elles feront avancer chaque réclamation, et qu'elles satisfont donc à l'exigence relative aux points communs. Les demandeurs affirment que les tribunaux ont toujours autorisé les recours collectifs présentant des questions semblables concernant l'existence et la portée d'un complot (*Shah*, aux paragraphes 260 à 267; *Airia*, au paragraphe 130; *Crosslink 2*, au paragraphe 51; *Fanshawe*, aux paragraphes 24 et 43; *Irving Paper*, au paragraphe 114). Ils s'appuient sur les éléments de preuve qui suivent pour démontrer l'existence d'un certain fondement factuel pour leurs points communs : (i) une enquête réglementaire qu'aurait menée le gouvernement chinois (c.-à-d. l'enquête de la Chine); (ii) des restrictions de l'offre et des augmentations de prix coordonnées pendant la période visée par le recours collectif; (iii) les communications privées alléguées et les déclarations publiques par les défenderesses; (iv) les admissions faites par les défenderesses concernant leur participation à un complot antérieur concernant les DRAM. Ils ont également mentionné la plainte américaine modifiée et les rapports Singer.

[186] Je ne suis pas convaincu par les arguments des demandeurs et je conclus plutôt que ces derniers n'ont pas réussi à présenter un fondement factuel de nature à soutenir l'existence d'un complot et qu'il n'existe par conséquent aucun fondement factuel pour satisfaire à l'exigence relative aux points communs. Je partage l'avis des défenderesses selon lequel les éléments de preuve présentés ne parviennent pas à établir un certain fondement factuel pour le complot allégué visant à éliminer la fourniture de DRAM. Par ailleurs, les demandeurs ont aussi omis de présenter un fondement probatoire pour étayer leur prétention fondée sur l'article 46 de la Loi selon laquelle les défenderesses ont appliqué une directive étrangère, ou une directive de sociétés qui étaient ou auraient pu être les destinataires de ces prétendues directives. Par conséquent, je conclus que les points communs proposés à l'égard du comportement et de la responsabilité ne peuvent être autorisés. Ainsi, aucun des autres points communs proposés relativement aux pertes, aux dommages ou aux paiements découlant des actes répréhensibles allégués ne peut être autorisé.



## (1) The common issues requirement

[187] The presence of common issues to be resolved is a central element to the class action process.

(a) *General principles*

[188] For an issue to be common, it must be a substantial ingredient of each class member's claim and its resolution must be necessary to the resolution of each class member's claim (*Hollick*, at paragraph 18). The task of the Court at this stage is not to precisely determine the common issues, but rather to "assess whether the resolution of the issue is necessary to the resolution of each class member's claim" (*Wenham*, at paragraph 72). In assessing the commonality of issues, the emphasis is not on the differences between the class members but on the identical, similar or related issues of law or fact (*Wenham*, at paragraph 72). The certification judge must therefore determine whether there are indeed common questions stemming from facts that are relevant to all the class members (*Airbnb*, at paragraph 116). If the fact is significant enough to advance the resolution of every class member's claim, the condition is met.

[189] In *Pro-Sys*, Justice Rothstein summarized the S.C.C.'s instructions for ascertaining the commonality requirement previously stated in *Dutton*. Underpinning the commonality question, as well as the overarching class action framework, is an inquiry into "whether allowing the suit to proceed as a [class action] will avoid duplication of fact-finding or legal analysis" (*Pro-Sys*, at paragraph 108, citing *Dutton*, at paragraph 39; *Airbnb*, at paragraph 117). In other words, the plaintiffs must properly demonstrate the presence of a rational connection between the class and the proposed common issues, and that the determination of each of these common issues can contribute to the advancement of the claim, regardless of it being for or against the class (*Airbnb*, at paragraph 120). Issues shall fail to be considered common where their resolution will rely upon individual findings of fact, which would be required for each class member (*Airbnb*, at paragraph 120).

## 1) L'exigence relative aux questions communes

[187] L'existence de questions communes à trancher est un élément central des recours collectifs.

a) *Principes généraux*

[188] Pour qu'une question soit commune, il doit s'agir d'un élément important de la réclamation de chaque membre du groupe et sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe (*Hollick*, au paragraphe 18). La tâche de la Cour à cette étape n'est pas de déterminer précisément les questions communes, mais plutôt « d'évaluer si la résolution de la question est nécessaire pour régler la demande de chaque membre du groupe » (*Wenham*, au paragraphe 72). Lors de l'évaluation du caractère commun des questions, l'accent n'est pas mis sur les différences entre les membres du groupe, mais sur les points de droit ou de fait identiques, semblables ou connexes (*Wenham*, au paragraphe 72). Le juge saisi de la demande d'autorisation doit donc évaluer s'il existe des points communs découlant de faits pertinents pour tous les membres du groupe (*Airbnb*, au paragraphe 116). Si le fait est suffisamment important pour favoriser la résolution de la réclamation de tous les membres du groupe, la condition est remplie.

[189] Dans l'arrêt *Pro-Sys*, le juge Rothstein a résumé les instructions de la C.S.C. pour définir l'exigence relative à la question commune énoncée précédemment dans l'arrêt *Dutton*. La notion de communauté, de même que le cadre général pour les recours collectifs, consiste à chercher à « savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition dans l'appréciation des faits ou l'analyse juridique » (*Pro-Sys*, au paragraphe 108, citant *Dutton*, au paragraphe 39; *Airbnb*, au paragraphe 117). Autrement dit, les demandeurs doivent démontrer de manière adéquate la présence d'un lien rationnel entre le groupe et les questions communes proposées, et que la résolution de chaque question commune contribue à faire progresser la réclamation, peu importe si cette progression est en faveur ou en défaveur du groupe (*Airbnb*, au paragraphe 120). Les questions ne seront pas considérées comme étant communes si leur résolution dépend de conclusions de fait individuelles qu'il faudrait tirer pour chaque membre du groupe (*Airbnb*, au paragraphe 120).

[190] While ascertaining the commonality requirements, the courts must keep in mind the following principles: (i) commonality questions should be approached purposively; (ii) an issue will be common only where its resolution is necessary to the resolution of each class member's claim; (iii) it is not essential that class members be identically situated vis-à-vis the opposing party; (iv) it is not necessary that common questions predominate over non-common issues, though the class members' claims must share a substantial common ingredient to justify a class action, as the courts will examine the significance of the common issues in relation to individual issues; and (v) success for one class member must mean success for all, since all class members must benefit from the successful prosecution of the action, albeit not necessarily to the same extent (*Pro-Sys*, at paragraph 108; *Airbnb*, at paragraph 117).

[191] In *Vivendi*, the S.C.C. further underlined that the common success requirement should not be applied "inflexibly" (*Vivendi*, at paragraph 45). Thus, a common question can exist even if the answer may vary from one class member to another; success for one member does not necessarily entail success for all members, though success for one must not mean failure for another (*Vivendi*, at paragraph 45). In interpreting the principles laid down in *Dutton* and *Rumley*, the S.C.C. reiterated that a question will be considered common if it can serve to advance the resolution of every class member's claim, which may require nuanced and varied answers based on the situation of individual members (*Vivendi*, at paragraph 46; *Airbnb*, at paragraph 118). In other words, the commonality requirement does not call for identical answers for all class members or even that each member must benefit to the same extent. Rather, it is "enough that the answer to the question does not give rise to conflicting interests among the members" (*Vivendi*, at paragraph 46).

[192] Common issues are at the heart of the class action process because resolving common issues is what allows a class action to efficiently provide access to justice, resulting in economic use of judicial resources and

[190] Pour se prononcer sur le respect des exigences relatives aux questions communes, les tribunaux doivent garder à l'esprit les principes suivants : (i) il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l'objet; (ii) une question n'est commune que lorsque sa résolution est nécessaire au règlement des demandes de chacun des membres du groupe; (iii) il n'est pas essentiel que les membres du groupe soient tous dans la même situation par rapport à la partie adverse; (iv) il n'est pas nécessaire que les questions communes l'emportent sur les questions non communes, même si les demandes des membres du groupe doivent partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif, car les tribunaux évaluent l'importance des questions communes par rapport aux questions individuelles; (v) le succès d'un membre du groupe emporte nécessairement celui de tous, puisque tous les membres du groupe doivent profiter du dénouement favorable de l'action, mais pas nécessairement dans la même proportion (*Pro-Sys*, au paragraphe 108; *Airbnb*, au paragraphe 117).

[191] Dans l'arrêt *Vivendi*, la C.S.C. a souligné que le critère du succès commun ne doit pas être appliqué « rigide-ment » (*Vivendi*, au paragraphe 45). Ainsi, une question commune peut exister même si la réponse qu'on lui donne peut différer d'un membre à l'autre du groupe, bien que le succès d'un membre ne doive pas provoquer l'échec d'un autre membre (*Vivendi*, au paragraphe 45). En interprétant les principes énoncés dans les arrêts *Dutton* et *Rumley*, la C.S.C. a réitéré qu'une question sera considérée comme commune si elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe, laquelle peut exiger des réponses nuancées et diverses selon la situation de chaque membre (*Vivendi*, au paragraphe 46; *Airbnb*, au paragraphe 118). En d'autres termes, le critère du caractère commun des questions n'exige pas une réponse identique pour tous les membres du groupe, ni même que la réponse bénéficie dans la même mesure à chacun d'entre eux. Au contraire, il « suffit que la réponse à la question ne crée pas de conflits d'intérêts entre les membres du groupe » (*Vivendi*, au paragraphe 46).

[192] Les questions communes sont au cœur des recours collectifs, parce que la résolution de questions communes est ce qui permet aux recours collectifs d'assurer efficacement l'accès à la justice, ce qui entraîne une utilisation

behaviour modification (*Airbnb*, at paragraph 120). In *Pro-Sys*, the S.C.C. described the commonality requirement as the central notion of class proceedings, whose purpose is to allow individuals who have litigation concerns in common to be able to resolve those common concerns in one central proceeding rather than through an inefficient multitude of repetitive proceedings (*Pro-Sys*, at paragraph 106; *Mancinelli*, at paragraph 212).

(b) *One-step vs two-step tests*

[193] In their written and oral submissions on the common issues requirement, the plaintiffs emphasized that certification of a common issue simply requires a plaintiff to show some evidence that the proposed issue is common, and not some evidence for the existence of the common issue itself. In essence, they submit that the some-basis-in-fact standard requires a so-called “one-step approach” which focuses solely on commonality, and that applying a “two-step approach” would infuse a merits analysis in the certification test. The one-step approach amounts to solely assessing whether there is some basis in fact for the commonality of the proposed common issues, whereas the two-step approach requires a certification judge to determine whether there is “some basis in fact” in the evidence that the proposed common issues (1) actually exist in fact and (2) can be answered in common across the entire class.

[194] In support for the one-step approach, the plaintiffs rely on the often-quoted passage from *Pro-Sys*, at paragraph 110, where Justice Rothstein stated the following:

The multitude of variables involved in indirect purchaser actions may well present a significant challenge at the merits stage.... In order to establish commonality, evidence that the acts alleged actually occurred is not required. Rather, the factual evidence required at this stage

économique des ressources judiciaires et une modification du comportement (*Airbnb*, au paragraphe 120). Dans l'arrêt *Pro-Sys*, la C.S.C. a décrit l'exigence d'une question commune comme étant fondamentale aux recours collectifs, dont l'objet est de permettre aux personnes qui soulèvent une question de droit commune d'obtenir le règlement de cette question dans le cadre d'une seule instance plutôt que d'une multitude inefficace d'instances répétitives (*Pro-Sys*, au paragraphe 106; *Mancinelli*, au paragraphe 212).

b) *Critère en une étape vs critère en deux étapes*

[193] Dans leurs observations écrites et orales sur l'exigence relative aux questions communes, les demandeurs ont insisté sur le fait que l'autorisation d'une question commune exige uniquement que le demandeur présente des éléments de preuve tendant à indiquer que la question proposée est commune et non des éléments de preuve portant sur l'existence de la question commune elle-même. Essentiellement, ils font valoir que la norme reposant sur un certain fondement factuel exige ce qu'on appelle une « approche en une étape » axée exclusivement sur la communauté des points soulevés, et que l'application d'une « approche en deux étapes » incorporerait une analyse au fond au critère d'autorisation. L'approche en une étape équivaut à procéder uniquement à une appréciation de la question de savoir s'il existe un certain fondement factuel pour étayer le caractère commun des questions communes proposées, alors que l'approche en deux étapes exige que le juge saisi de la requête en autorisation détermine s'il existe un « certain fondement factuel » dans les éléments de preuve présentés qui tend à indiquer que les questions communes proposées (1) existent effectivement et (2) qu'on peut y répondre de façon commune pour tous les membres du groupe.

[194] Pour soutenir cette approche en une étape, les demandeurs s'appuient sur le passage souvent cité de l'arrêt *Pro-Sys*, au paragraphe 110, où le juge Rothstein a déclaré ce qui suit :

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 [...] Établir la communauté des questions n'exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu. À ce stade, il faut

goes only to establishing whether these questions are common to all the class members. [Emphasis added.]

[195] According to the plaintiffs, by observing that, in order to establish commonality, “evidence that the acts alleged actually occurred is not required” and that the only factual evidence required is evidence “establishing whether these questions are common to all the class members”, the S.C.C. eliminated the need for a plaintiff to lead any evidence establishing some factual basis for the common issues themselves (*Pro-Sys*, at paragraph 110). In addition, they point to another passage in *Pro-Sys* where Justice Rothstein stated that the some-basis-in fact standard articulated in *Hollick* requires some basis in fact establishing “each of the individual certification requirements” and not some basis in fact “for the claim itself” (*Pro-Sys*, at paragraph 100).

[196] The plaintiffs also rely on some decisions where, on the basis of the words used by Justice Rothstein in *Pro-Sys*, Ontario courts have adopted the one-step approach and considered that plaintiffs must only show some evidentiary basis for the class-wide commonality of the proposed common issues (see, e.g., *Hodge v. Neinstein*, 2017 ONCA 494 (CanLII), 414 D.L.R. (4th) 303, at paragraph 113; *Grossman v. Nissan Canada*, 2019 ONSC 6180 (CanLII), at paragraph 39; *Cirillo v. Ontario*, 2019 ONSC 3066 (CanLII), at paragraphs 67–69; *Kalra v. Mercedes Benz*, 2017 ONSC 3795 (CanLII), at paragraphs 45–46).

[197] With respect, I disagree with the plaintiffs and I am instead of the view that the some-basis-in-fact standard requires a two-step approach to the common issues requirement.

[198] Despite recent uncertainty in the jurisprudence, it is clear that the two-step test still governs in certification decisions across Canada. The vast majority of the courts, prior to and following *Pro-Sys*, have continued to apply

plutôt établir que les questions soulevées sont communes à tous les membres du groupe. [Soulignement ajouté.]

[195] Selon les demandeurs, en faisant observer qu’établir le caractère commun des questions « n’exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu » et que la seule preuve factuelle requise est la preuve permettant d’« établir que les questions soulevées sont communes à tous les membres du groupe », la C.S.C. a éliminé la nécessité que le demandeur ait à présenter un élément de preuve quelconque établissant un certain fondement factuel pour les questions communes elles-mêmes (*Pro-Sys*, au paragraphe 110). En outre, les demandeurs signalent un autre passage dans l’arrêt *Pro-Sys* où le juge Rothstein a déclaré que la norme reposant sur un certain fondement factuel énoncée dans l’arrêt *Hollick* exige un certain fondement factuel établissant « chacune des conditions de certification » et non de savoir « si la demande a un certain fondement factuel » (*Pro-Sys*, au paragraphe 100).

[196] Les demandeurs s’appuient également sur certaines décisions où, se fondant sur les mots utilisés par le juge Rothstein dans l’arrêt *Pro-Sys*, les tribunaux ontariens ont adopté l’approche en une étape et ont considéré que les demandeurs ne sont tenus que de démontrer un certain fondement factuel pour le caractère commun des questions communes proposées pour tous les membres du groupe (voir, par exemple, *Hodge v. Neinstein*, 2017 ONCA 494 (CanLII), 414 D.L.R. (4th) 303, au paragraphe 113; *Grossman v. Nissan Canada*, 2019 ONSC 6180 (CanLII), au paragraphe 39; *Cirillo v. Ontario*, 2019 ONSC 3066 (CanLII), aux paragraphes 67 à 69; *Kalra v. Mercedes Benz*, 2017 ONSC 3795 (CanLII), aux paragraphes 45 et 46).

[197] En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec les demandeurs et je suis plutôt d’avis que la norme reposant sur un certain fondement factuel appelle une approche en deux étapes concernant le critère du caractère commun des questions.

[198] Malgré l’incertitude récente dans la jurisprudence, il est manifeste que le critère en deux étapes régit toujours les décisions en matière d’autorisation au Canada. La grande majorité des tribunaux, avant et après l’arrêt

the two-step approach and to require a plaintiff to adduce some evidence (i.e. some basis in fact) for both the existence of the proposed common issues and for the commonality of each of the proposed common issues (see, e.g., *Greenwood v. Canada*, 2020 FC 119 (*Greenwood FC*), at paragraph 60; *Fehr v. Sun Life Assurance Company of Canada*, 2018 ONCA 718 (CanLII), (*Fehr*), at paragraph 85; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443 (CanLII), 352 D.L.R. (4th) 1 (*Fulawka*), at paragraph 79; *Simpson*, at paragraph 43; *Mancinelli*, at paragraph 220; *Stenzler v. TD Asset Management Inc.*, 2020 ONSC 111 (CanLII), at paragraph 41; *Kuiper v. Cook (Canada) Inc.*, 2018 ONSC 6487 (CanLII), aff'd 2020 ONSC 128 (CanLII), 149 O.R. (3d) 521 (*Kuiper*), at paragraphs 26–36; *Kaplan v. Casino Rama*, 2019 ONSC 2025 (CanLII), 145 O.R. (3d) 736 (*Kaplan*), at paragraph 54; *Das*, at paragraph 623; *Batten v. Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd.*, 2017 ONSC 6098 (CanLII), at paragraphs 14–15; *Dine v. Biomet*, 2015 ONSC 7050 (CanLII) (*Dine*), at paragraphs 15–19; *Crosslink 2*, at paragraphs 34–35).

[199] The some-basis-in-fact standard was established by the S.C.C. in *Hollick*. In that case, the S.C.C. recognized that class representatives must “establish an evidentiary basis for certification” and “show some basis in fact for each of the certification requirements” other than the first criterion on a reasonable cause of action (*Hollick*, at paragraph 25). At the time, the S.C.C. did not express the test in terms of one or two steps. However, *Hollick* dealt with a proposed environmental class action brought forward by individuals living in proximity of a landfill and complaining about the noise and physical pollution emanating from it. When read with scrutiny and in context, it is clear that, in *Hollick*, the S.C.C. effectively applied a two-step approach to the common issues criterion, requiring the presence of a “colourable claim” (*Hollick*, at paragraph 19). Indeed, the S.C.C. concluded that the “appellant ha[d] shown a sufficient basis in fact to satisfy the commonality requirement” in that the complaint records they had submitted went on to show “that many individuals besides the appellant were concerned about noise and physical emissions from the landfill” (*Hollick*, at paragraph 26). The complaint records in *Hollick* did

*Pro-Sys*, ont continué d’appliquer l’approche en deux étapes et à exiger que les demandeurs présentent des éléments de preuve (c.-à-d. un certain fondement factuel) concernant l’existence des questions communes et la communauté de chacune des questions communes proposées (voir, par exemple, *Greenwood c. Canada*, 2020 CF 119 (*Greenwood CF*), au paragraphe 60; *Fehr v. Sun Life Assurance Company of Canada*, 2018 ONCA 718 (CanLII) (*Fehr*), au paragraphe 85; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443 (CanLII), 352 D.L.R. (4th) 1 (*Fulawka*), au paragraphe 79; *Simpson*, au paragraphe 43; *Mancinelli*, au paragraphe 220; *Stenzler v. TD Asset Management Inc.*, 2020 ONSC 111 (CanLII), au paragraphe 41; *Kuiper v. Cook (Canada) Inc.*, 2018 ONSC 6487 (CanLII), conf. par 2020 ONSC 128 (CanLII), 149 O.R. (3d) 521 (*Kuiper*), aux paragraphes 26 à 36; *Kaplan v. Casino Rama*, 2019 ONSC 2025 (CanLII), 145 O.R. (3d) 736 (*Kaplan*), au paragraphe 54; *Das*, au paragraphe 623; *Batten v. Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd.*, 2017 ONSC 6098 (CanLII), aux paragraphes 14 et 15; *Dine v. Biomet*, 2015 ONSC 7050 (CanLII) (*Dine*), aux paragraphes 15 à 19; *Crosslink 2*, aux paragraphes 34 et 35).

[199] La norme reposant sur un certain fondement factuel a été énoncée par la C.S.C. dans l’arrêt *Hollick*. Dans cet arrêt, la C.S.C. a reconnu que les représentants du groupe sont « tenu[s] d’étayer [leur] demande de certification » et d’« établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions » autre que le premier critère de révéler une cause d’action valable (*Hollick*, au paragraphe 25). À l’époque, la C.S.C. n’avait pas formulé le critère en fonction d’une ou de deux étapes. Cependant, l’arrêt *Hollick* portait sur un recours collectif en matière environnementale envisagé, qui a été présenté par des personnes habitant à proximité d’une décharge et se plaignant du bruit et de la pollution physique qui provenait de celle-ci. Lorsqu’on fait une lecture minutieuse de cet arrêt en tenant compte du contexte, il est manifeste que la C.S.C. a effectivement appliqué une approche en deux étapes en ce qui concerne le critère du caractère commun des questions en exigeant la présence d’une « demande apparente » (*Hollick*, au paragraphe 19). Certes, la C.S.C. est arrivée à la conclusion que « l’appelant s’[était] acquitté de son obligation au chapitre de la preuve », en ce sens que les dossiers de plainte qu’il avait présentés

more than just demonstrate that there was more than one person who shared an interest in the alleged common issues raised in the case. The records also provided an evidentiary basis for the plaintiff's assertion that there was, in fact, an "issue" with noise and physical pollution emanating from the landfill. In other words, there was no doubt that there was some basis in the evidence that the asserted common issue existed in fact, in addition to a basis for determining that the issue could be answered in common across the proposed class.

[200] In *Hollick*, the S.C.C. clearly established that more than bare pleaded allegations are required to establish some basis in fact for the common issues in a proposed class action (*Hollick*, at paragraph 25), a principle that the S.C.C. recently reaffirmed in *Atlantic Lottery*, at paragraph 160. This Court has also confirmed that, to grant certification, there has to be some basis in fact demonstrating that common issues exist beyond a bare assertion in the pleadings (*Greenwood FC*, at paragraph 60). In sum, a plaintiff is required "to adduce some evidence demonstrating that there is a 'colourable claim', or a rational connection between the class members as defined, and the proposed common issues" (*Kuiper*, at paragraph 27). It is therefore not sufficient for a plaintiff to merely rely on bare assertions in the pleadings in proving the commonality of the issues; rather, there must be a sufficient evidentiary basis demonstrating the existence of these common issues, "a factual underpinning to support the existence of claims on behalf of class members" (*Greenwood*, at paragraph 169).

[201] I see no conflict between *Pro-Sys*, *Hollick* and the long line of cases having established that there must be some evidentiary basis to show that a common issue exists beyond a bare assertion in the pleadings. When the *Pro-Sys* decision is read as a whole and properly

montraient « que de nombreuses autres personnes que [lui] ont déploré le bruit et les rejets physiques provenant de la décharge » (*Hollick*, au paragraphe 26). Les dossiers de plainte dans l'affaire *Hollick* ont fait plus que démontrer qu'il y avait plus d'une personne partageant un intérêt à l'égard des questions communes soulevées dans cette affaire. Les dossiers présentaient aussi un fondement probatoire pour l'affirmation du demandeur selon laquelle il y avait effectivement une « question » concernant le bruit et la pollution physique provenant de la décharge. Autrement dit, il n'y avait aucun doute qu'il existait un certain fondement dans la preuve selon lequel la question commune énoncée existait effectivement, en plus d'un fondement permettant de déterminer que l'on pouvait y répondre de façon commune pour tous les membres du groupe proposé.

[200] Dans l'arrêt *Hollick*, la C.S.C. a clairement établi qu'il faut plus que de simples allégations pour établir un certain fondement factuel pour les questions communes dans un recours collectif envisagé (*Hollick*, au paragraphe 25), principe que la C.S.C. a récemment réitéré au paragraphe 160 de l'arrêt *Loteries de l'Atlantique*. Notre Cour a aussi confirmé que, pour accorder l'autorisation, il faut un certain fondement factuel pour démontrer que les questions communes constituent plus qu'une simple affirmation dans les actes de procédure (*Greenwood CF*, au paragraphe 60). Bref, le demandeur est tenu [TRADUCTION] « de présenter des éléments de preuve démontrant qu'il y a une « demande apparente » ou un lien rationnel entre les membres du groupe définis et les questions communes proposées » (*Kuiper*, au paragraphe 27). Il ne suffit donc pas que le demandeur s'appuie uniquement sur de simples affirmations dans les actes de procédure pour prouver le caractère commun des questions; il doit plutôt y avoir un fondement probatoire suffisant démontrant l'existence de ces questions communes, et le demandeur est tenu de « présenter des faits qui sous-tendent les réclamations présentées au nom des membres du groupe » (*Greenwood*, au paragraphe 169).

[201] Je ne vois aucun conflit entre les arrêts *Pro-Sys*, *Hollick* et l'abondante jurisprudence qui a établi qu'il doit y avoir un certain fondement probatoire pour démontrer l'existence d'une question commune, lequel fondement ne peut se résumer à une simple affirmation dans les actes

considered in context, as it should, I have no hesitation to conclude that it does support the two-step approach to the common issues requirement.

[202] In *Pro-Sys*, the S.C.C. reaffirmed the some-basis-in-fact standard established in *Hollick*. It did so in the face of a submission by the defendant Microsoft that the some-basis-in-fact standard was synonymous with proof on a balance of probabilities. Writing for the court, Justice Rothstein rejected this submission and declined to elevate the test to a balance of probability standard. The rejection came with some helpful comments relating to the application of the some-basis-in-fact standard. Specifically, Justice Rothstein said the following at paragraphs 102–104, referring to *Hollick*:

... Had McLachlin C.J. intended that the standard of proof to meet the certification requirements was a “balance of probabilities”, that is what she would have stated. There is nothing obscure here. The *Hollick* standard has never been judicially interpreted to require evidence on a balance of probabilities. Further, Microsoft’s reliance on U.S. law is novel and departs from the *Hollick* standard. The “some basis in fact” standard does not require that the court resolve conflicting facts and evidence at the certification stage. Rather, it reflects the fact that at the certification stage “the court is ill-equipped to resolve conflicts in the evidence or to engage in the finely calibrated assessments of evidentiary weight” (*Cloud*, at paragraph 50; *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* (2009), 99 O.R. (3d) 358 (S.C.J.) [cited above], at para. 119, citing *Hague v. Liberty Mutual Insurance Co.* (2004), 13 C.P.C. (6th) 1 (Ont. S.C.J.)). The certification stage does not involve an assessment of the merits of the claim and is not intended to be a pronouncement on the viability or strength of the action; “rather, it focuses on the form of the action in order to determine whether the action can appropriately go forward as a class proceeding” (*Infineon*, at para. 65).

Nevertheless, it has been well over a decade since *Hollick* was decided, and it is worth reaffirming the importance of certification as a meaningful screening device. The standard

de procédure. Après lecture de l’arrêt *Pro-Sys* dans son intégralité et après un examen objectif de cet arrêt au regard de son contexte comme il convient de le faire, je n’hésite pas à conclure qu’il appuie l’approche en deux étapes de l’exigence relative aux questions communes.

[202] Dans l’arrêt *Pro-Sys*, la C.S.C. a réaffirmé la norme fondée sur l’existence d’un certain fondement factuel établie dans l’arrêt *Hollick*. Elle l’a fait en dépit de l’argument de la défenderesse Microsoft selon lequel la norme de preuve reposant sur l’existence d’un certain fondement factuel était synonyme de preuve selon la prépondérance des probabilités. S’exprimant au nom de la C.S.C., le juge Rothstein a rejeté cet argument et a refusé d’élever le critère au niveau de la norme de la prépondérance des probabilités. En rejetant cet argument, il a formulé des observations utiles sur l’application de la norme reposant sur l’existence d’un certain fondement factuel. Plus particulièrement, il a affirmé ce qui suit aux paragraphes 102 à 104, en faisant référence à l’arrêt *Hollick* :

[...] Si la juge en chef McLachlin avait voulu que le respect des conditions de certification soit assujéti 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.), para 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 bienfondé 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).

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

for assessing evidence at certification does not give rise to “a determination of the merits of the proceeding” (*CPA*, s. 5(7)); nor does it involve such a superficial level of analysis into the sufficiency of the evidence that it would amount to nothing more than symbolic scrutiny.

In any event, in my respectful opinion, there is limited utility in attempting to define “some basis in fact” in the abstract. Each case must be decided on its own facts. There must be sufficient facts to satisfy the applications judge that the conditions for certification have been met to a degree that should allow the matter to proceed on a class basis without foundering at the merits stage by reason of the requirements of s. 4(1) of the *CPA* not having been met.

[203] In *Pro-Sys*, Justice Rothstein never questioned the some-basis-in-fact standard, did not intend to change the standard set out in *Hollick* and certainly did not directly address the one-step versus two-step approach. He rather emphasized that each class action depends on its facts and must be individually assessed, and declined to offer an abstract definition of the some-basis-in-fact standard because such a definition would be of limited utility. In some cases, it will be obvious that there is some basis in fact for the class action. In others, it will not. In doing so, Justice Rothstein noted that the some-basis-in-fact standard does not require the courts to weigh and resolve conflicting facts and evidence. That is a task for which the courts are ill-equipped at the certification stage.

[204] I pause to observe that the main issue in *Pro-Sys* focused on the standard upon which the expert’s evidence used to establish commonality of harm should be assessed, given that the defendant Microsoft had taken the position that the some-basis-in-fact standard required the plaintiff to prove that it had met the elements of the test on a balance of probabilities. The S.C.C. rejected this, and Justice Rothstein’s reference to the fact that “evidence that the acts alleged actually occurred is

filtrage efficace. La norme de preuve appliquée au stade de la certification n’emporte pas de [TRADUCTION] « conclusion sur le bienfondé 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.

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 nonrespect des conditions prévues au par. 4(1) de la *CPA*.

[203] Dans l’arrêt *Pro-Sys*, le juge Rothstein n’a jamais remis en question la norme fondée sur l’existence d’un certain fondement factuel, n’avait pas l’intention de modifier la norme établie dans l’arrêt *Hollick*, et n’a certainement pas traité directement de l’approche en une étape par opposition à l’approche en deux étapes. Il a plutôt insisté sur le fait que chaque recours collectif dépend des faits qui lui sont propres et doit être évalué individuellement, et a refusé de formuler une définition abstraite de la norme fondée sur l’existence d’un certain fondement factuel, car l’utilité d’une telle définition serait limitée. Dans certaines affaires, l’existence d’un certain fondement factuel pour le recours collectif sera manifeste, tandis que dans d’autres affaires elle ne le sera pas. Ce faisant, le juge Rothstein a fait remarquer que la norme fondée sur l’existence d’un certain fondement factuel n’oblige pas les tribunaux à soupeser et à régler des faits et des éléments de preuve contradictoires. Il s’agit d’une tâche que les tribunaux n’ont pas les moyens d’accomplir à l’étape de l’autorisation.

[204] J’ouvre une parenthèse pour souligner que la principale question en litige dans l’arrêt *Pro-Sys* portait sur la norme selon laquelle devait être évalué le témoignage de l’expert pour établir le caractère commun du préjudice, étant donné que la défenderesse, Microsoft, avait adopté la position selon laquelle la norme du certain fondement factuel obligeait le demandeur à prouver qu’il avait satisfait aux éléments du critère selon la prépondérance des probabilités. La C.S.C. a rejeté cet argument, et la



not required” (emphasis added) must be understood in that context (*Pro-Sys*, at paragraph 110). This reference is in relation to the balance of probabilities test advocated by Microsoft. By stating that it was not necessary to demonstrate that the alleged acts “actually occurred,” Justice Rothstein in fact reaffirmed that the identification of the common issues was not a merits test, and that the evidentiary basis for establishing the existence of a common issue was not as high as proof on a balance of probabilities. The comment was not made in relation to the existence of the common issue, but in the context of the test to be applied to the assessment of the evidence and the rejection, by Justice Rothstein, of the balance of probability test suggested by Microsoft. At no point did the S.C.C. say or suggest that the minimal evidentiary requirement of some basis in fact established by *Hollick* could be thrown out and was no longer needed.

[205] As the Ontario Court of Appeal reminded in *Fehr*, requiring that a wrongful act “actually occurred” would extend the application of the some-basis-in-fact standard beyond the minimal evidentiary threshold set out in *Hollick* and transform it into a merits-based inquiry (*Fehr*, at paragraph 86; *Kuiper*, at paragraph 34). While it is entirely reasonable for a certification judge to expect the parties to produce some evidence relevant to whether there is some basis in fact that an issue exists and is common across the class, requiring evidence to show that it is actually the case would morph the test into a balance of probabilities and merits test.

[206] In other words, the *Pro-Sys* decision confirmed that the evidentiary basis for establishing the existence of a common issue is not as high as proof on a balance of probabilities and that there is no need to demonstrate that the alleged acts “actually occurred” (see also *Greenwood*, at paragraph 169; *Fulawka*, at paragraph 78; *Crosslink 1*,

déclaration du juge Rothstein selon laquelle on « n’exige pas la preuve que les actes allégués ont effectivement eu lieu » (soulignement ajouté) doit être interprétée dans ce contexte (*Pro-Sys*, au paragraphe 110). Cette déclaration est liée au critère de la prépondérance des probabilités préconisé par Microsoft. En affirmant qu’il n’était pas nécessaire de démontrer que les actes allégués « ont effectivement eu lieu », le juge Rothstein a en fait réaffirmé que la détermination des questions communes n’était pas un critère reposant sur le bien-fondé de la demande, et que le fondement probatoire pour établir l’existence d’une question commune n’était pas aussi élevé que la preuve selon la prépondérance des probabilités. L’observation n’a pas été formulée relativement à l’existence de la question commune, mais dans le contexte du critère à appliquer à l’évaluation de la preuve et du rejet, par le juge Rothstein, du critère fondé sur la prépondérance des probabilités proposé par Microsoft. La C.S.C. n’a jamais dit ou laissé entendre que la norme minimale de preuve d’un certain fondement factuel établi par l’arrêt *Hollick* pouvait être rejetée et n’était plus nécessaire.

[205] Comme l’a rappelé la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Fehr*, exiger qu’un acte répréhensible ait effectivement eu lieu étendrait l’application de la norme fondée sur l’existence d’un certain fondement factuel au-delà du niveau de preuve minimal établi dans l’arrêt *Hollick* et la transformerait en une analyse axée sur un examen au fond (*Fehr*, au paragraphe 86; *Kuiper*, au paragraphe 34). Bien qu’il soit tout à fait raisonnable pour le juge saisi d’une demande d’autorisation de s’attendre à ce que les parties produisent des éléments de preuve pertinents pour déterminer s’il existe un certain fondement factuel à l’existence d’une question en litige et si celle-ci est commune à tous les membres du groupe, le fait d’exiger des éléments de preuve pour montrer que c’est effectivement le cas transformerait le critère en un critère reposant sur la prépondérance des probabilités et le bien-fondé de la demande.

[206] En d’autres termes, l’arrêt *Pro-Sys* a confirmé que le fondement probatoire pour établir l’existence d’une question commune n’est pas aussi élevé que la preuve selon la prépondérance des probabilités et qu’il n’est pas nécessaire de démontrer que les actes allégués « ont effectivement eu lieu » (voir également *Greenwood*, au

at paragraph 66). But it did not negate that there nonetheless needs to be a sufficient evidentiary basis (i.e. some basis in fact) indicating that a common issue exists in fact, beyond a bare assertion in the pleadings (*Fulawka*, at paragraph 79; *Simpson*, at paragraph 43). Moreover, *Pro-Sys* certainly does not stand for the proposition that a plaintiff is under no obligation to establish that the alleged grounds of a cause of action need to be anchored in reality. Mere assertions are insufficient without some form of factual underpinning (*Infineon*, at paragraph 134).

[207] For all these reasons, I do not agree with the plaintiffs that *Pro-Sys* can be read or interpreted as an attempt to depart from *Hollick* as the governing authority on the some-basis-in-fact standard. In fact, Justice Rothstein did not revisit the standard and said that there was limited utility in attempting to define the some-basis-in-fact standard in the abstract. I further point out that, in the *Fischer* decision issued just two months after *Pro-Sys*, the S.C.C. did not reference *Pro-Sys* as departing from *Hollick*. In *Fischer*, Justice Cromwell referred to cases confirming that there must be some evidentiary basis that a common issue exists beyond a bare assertion in the pleadings, echoing the need to demonstrate the existence of the common issue as well as its commonality (*Fischer*, at paragraphs 39–43).

[208] In sum, in the context of the common issues criterion, I am satisfied that the some-basis-in-fact standard involves a two-step requirement that: (1) the proposed common issue exists in fact; and (2) the proposed issue can be answered in common across the entire class. True, the some-basis-in-fact standard sets a low evidentiary standard for plaintiffs, and a court should not resolve conflicting facts and evidence at the certification stage, opine on the strengths of the plaintiff's case, or look for evidence that an alleged misconduct actually occurred. But the court has to establish whether the common issues exist in the sense that there is some minimal factual basis for the claims made and to which the common issues relate, and whether the questions are common to all the

paragraphe 169; *Fulawka*, au paragraphe 78; *Crosslink 1*, au paragraphe 66). Cependant, la C.S.C. n'a pas nié qu'il devait néanmoins exister un fondement probatoire suffisant (c.-à-d. un certain fondement factuel) indiquant qu'il existe effectivement une question commune, au-delà d'une simple affirmation dans les actes de procédure (*Fulawka*, au paragraphe 79; *Simpson*, au paragraphe 43). En outre, l'arrêt *Pro-Sys* n'appuie certainement pas la proposition selon laquelle un demandeur n'a pas l'obligation d'établir que les motifs allégués à l'appui de la cause d'action sont ancrés dans la réalité. De simples affirmations sont insuffisantes sans fondement factuel (*Infineon*, au paragraphe 134).

[207] Pour tous ces motifs, je ne suis pas d'accord avec les demandeurs pour dire que l'arrêt *Pro-Sys* peut être interprété comme une tentative de s'écarter de l'arrêt *Hollick* en tant qu'arrêt faisant autorité en ce qui a trait à la norme du certain fondement factuel. D'ailleurs, le juge Rothstein n'a pas réexaminé cette norme et a affirmé qu'il était peu utile de tenter de la définir dans l'abstrait. Je souligne également que, dans l'arrêt *Fischer*, rendu deux mois seulement après l'arrêt *Pro-Sys*, la C.S.C. ne mentionne aucunement que l'arrêt *Pro-Sys* s'écarte de l'arrêt *Hollick*. Dans l'arrêt *Fischer*, le juge Cromwell a renvoyé à des décisions confirmant qu'il doit y avoir un certain fondement factuel à l'égard de la question commune, à savoir plus qu'une simple affirmation dans les actes de procédure, réitérant la nécessité de démontrer l'existence de la question commune ainsi que son caractère commun (*Fischer*, aux paragraphes 39 à 43).

[208] Bref, dans le contexte du critère des questions communes, je suis convaincu que la norme reposant sur l'existence d'un certain fondement factuel comporte une exigence en deux étapes : 1) la question commune proposée existe effectivement; 2) on peut répondre de façon commune à la question proposée pour tous les membres du groupe. Il est vrai que la norme du certain fondement factuel établit une norme de preuve peu exigeante pour les demandeurs, et un tribunal ne devrait pas statuer sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l'étape de l'autorisation, se prononcer sur les points forts de la cause des demandeurs ou chercher des éléments de preuve démontrant que l'inconduite alléguée a effectivement eu lieu. Toutefois, le tribunal doit

class members. This means that a plaintiff will not satisfy the some-basis-in-fact standard and that certification will be denied if the claims of the class members are not at least plausible, if there are significant gaps in the evidentiary basis for the facts on which the proposed common issues depend, or if there is no admissible evidence whatsoever for a basis in fact.

[209] I make two additional remarks.

[210] First, the plaintiffs mischaracterize and misunderstand the two-step approach when they present it as being a merits-based test. The two-step approach is not merits-based, and the courts do not venture into the merits of the case by determining whether there is some evidentiary basis (i.e. some basis in fact) for the proposed common issues.

[211] I do not dispute that, at the certification stage, the evidence presented to support certification of a common issue must not be assessed in regard to the action's merits. The purpose of a certification motion is to determine how the litigation is to proceed and not to address the merits of the plaintiff's claim. Nor should the certification judge enter into a weighing of conflicting evidence with respect to the merits of the claim. However, applying the two-step approach does not mean that the courts engage in the weighing of evidence and enter into a consideration of the merits when dealing with the common issues criterion. It is still the some-basis-in-fact standard that applies, not the balance of probabilities standard. And it is not disputed that some basis in fact is a "relatively low evidentiary standard" (*Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545 (*Sun-Rype*), at paragraphs 57 and 61). The low evidentiary standard, however, needs some factual underpinning, and an absence of evidence or mere speculation will not be enough (*Sun-Rype*, at paragraph 70).

chercher à savoir si les questions communes existent, en ce sens que les réclamations auxquelles les questions communes se rapportent sont étayées par un certain fondement factuel minimum, et si les questions sont communes à tous les membres du groupe. Cela signifie qu'un demandeur ne satisfera pas à la norme du certain fondement factuel et que la demande d'autorisation sera rejetée si les réclamations des membres du groupe ne sont pas à tout le moins plausibles, s'il y a des lacunes importantes dans le fondement probatoire des faits sur lesquels reposent les questions communes proposées, ou s'il n'y a aucun élément de preuve admissible à l'appui d'un fondement factuel.

[209] J'ai deux observations supplémentaires à formuler.

[210] Premièrement, les demandeurs déforment et comprennent mal l'approche en deux étapes lorsqu'ils la présentent comme un critère reposant sur le bien-fondé du recours. L'approche en deux étapes ne repose pas sur le bien-fondé, et les tribunaux ne se prononcent pas sur le fond de l'affaire en déterminant s'il existe un certain fondement probatoire (c.-à-d. un certain fondement factuel) pour les questions communes proposées.

[211] Je ne conteste pas qu'à l'étape de l'autorisation, la preuve présentée pour étayer l'autorisation d'une question commune ne doit pas être évaluée quant au bien-fondé de l'action. L'objet d'une requête en autorisation est de déterminer la façon dont le litige doit se dérouler et non d'examiner le bien-fondé de la réclamation du demandeur. Le juge saisi de la requête en autorisation ne devrait pas non plus procéder à l'appréciation d'éléments de preuve contradictoires relatifs au fond de la demande. En fait, l'application de l'approche en deux étapes ne signifie pas que les tribunaux doivent procéder à la pondération de la preuve et à l'examen du bien-fondé lorsqu'ils examinent le critère des questions communes. C'est toujours la norme du certain fondement factuel qui s'applique, et non la norme de la prépondérance des probabilités. De plus, on ne conteste pas que le certain fondement factuel constitue une « norme de preuve relativement peu exigeante » (*Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545 (*Sun-Rype*), aux paragraphes 57 et 61). La norme de preuve peu exigeante doit toutefois reposer sur

[212] There is a fundamental difference between weighing the merits of the claim (which the courts cannot do at certification) and determining whether some minimal evidence exists to support the existence of the claim (i.e. the two-step test). Under the two-step approach, some evidentiary foundation is needed, but not an exhaustive record upon which the merits of the case will be argued. The standard requires some basis in fact, but not the proof of fact, or proof that the facts actually occurred. It is in that sense that the some-basis-in-fact threshold falls comfortably below the civil standard of proof on a balance of probabilities, and cannot be equated with a merits-based test.

[213] Second, the two-step approach to the common issues criterion is the only approach consistent with the underlying objectives of certification, which aims “to filter out manifestly unfounded and frivolous claims” (*Airbnb*, at paragraph 25) and to ensure that the certification process amounts to more than a mere symbolic scrutiny (*Pro-Sys*, at paragraph 103; *Airbnb*, at paragraph 31). The certification criteria add various requirements for class action proceedings, over and above what is required for individual actions. One of them is the “some basis in fact” requirement for proposed common issues, and the some-basis-in-fact standard is a key element in ensuring that certification motions act as a “meaningful screening device” (*Pro-Sys*, at paragraph 103). As Justice Belobaba said in *Dine*, “[i]f all that is needed is some evidence of class-wide commonality and no evidence that the proposed common [issue] has even a minimal basis in fact, then almost any proposed class action would have to be certified and the certification motion’s role as ‘a meaningful screening device’ would be eviscerated” (*Dine*, at paragraph 15, fn. 9).

[214] In my view, a proposed common issue that is not underpinned by some evidentiary foundation supporting a conclusion that two or more class members share an

un fondement factuel, et l’absence d’éléments de preuve ou de simples conjectures ne suffiront pas (*Sun-Type*, au paragraphe 70).

[212] Il existe une différence fondamentale entre l’appréciation du bien-fondé de la réclamation (ce que les tribunaux ne peuvent pas faire au moment de l’autorisation) et la recherche d’une preuve minimale à l’appui de la réclamation (c.-à-d. le critère en deux étapes). Selon l’approche en deux étapes, il faut un certain fondement probatoire, mais pas un dossier exhaustif sur lequel le fond de l’affaire sera plaidé. La norme exige un certain fondement factuel, mais non une preuve de fait ou une preuve que les faits ont effectivement eu lieu. C’est en ce sens que le critère du certain fondement factuel se situe bien en deçà de la norme civile de la preuve selon la prépondérance des probabilités et ne peut être assimilé à un critère reposant sur le bien-fondé du recours.

[213] Deuxièmement, l’approche en deux étapes du critère des questions communes est la seule approche qui soit cohérente avec les objectifs sous-jacents de l’autorisation, qui vise à « éliminer les réclamations manifestement non fondées et frivoles » (*Airbnb*, au paragraphe 25) et à s’assurer que le processus d’autorisation soit plus qu’un simple examen symbolique (*Pro-Sys*, au paragraphe 103; *Airbnb*, au paragraphe 31). Les critères d’autorisation ajoutent diverses exigences aux recours collectifs, en plus de celles qui s’appliquent aux actions individuelles. L’un d’eux est le critère du « certain fondement factuel » pour les questions communes proposées, qui est un élément essentiel pour faire en sorte que les requêtes en autorisation servent de « mécanisme de filtrage efficace » (*Pro-Sys*, au paragraphe 103). Comme le juge Belobaba l’a affirmé dans la décision *Dine*, [TRADUCTION] « [s]i tout ce dont on a besoin est une preuve de communauté à l’échelle du groupe et aucune preuve que la [question] commune proposée présente ne serait-ce qu’un fondement factuel minimal, presque tous les recours collectifs envisagés devraient être autorisés et le rôle de la requête en autorisation comme “mécanisme de filtrage efficace” serait détruit » (*Dine*, au paragraphe 15, note 9).

[214] À mon avis, une question commune proposée qui n’est pas étayée par des éléments de preuve permettant de conclure que deux ou plusieurs membres du groupe

issue that exists in fact is not an issue worthy of certification. If a plaintiff is unable to marshal some evidentiary basis that a proposed common issue exists in fact, such plaintiff should not be permitted to argue a common issue relying on this question. The certification requirements, however low they may be, were not meant to authorize class actions to proceed on the basis of the commonality of a non-existent proposed common issue. A non-existent or fictitious issue has no more basis or justification because it happens to be common to a group of plaintiffs. A cause of action with no factual underpinning does not become somehow more founded because it is common to a group of plaintiffs, nor does it gain any more value or traction just because it is shared by hundreds, thousands or millions. It would be ironic that a plaintiff's action could be certified as a class proceeding simply because there is some basis in fact on the commonality of an issue for the class members, without any basis in fact for the issue claimed to be common.

[215] More specifically, a proposed common issue alleging a wrongful act, a misconduct, a contract or a defect requires some evidentiary basis that the claimed wrongdoing, misconduct, contract or defect exists with the class members. There would certainly be no judicial economy or enhancement of access to justice in promoting the advancement of an unfounded or baseless issue, and there would be no need to encourage behaviour modification if there are no wrongdoers.

[216] In brief, the two-step approach is the only approach able to prevent the certification of claims that would be entirely artificial, detached from reality and devoid of some minimal evidence pertaining to the alleged wrongful acts or cause of action. This two-part evidentiary test is the only way that the courts can assess whether the resolution of a proposed common issue will advance the litigation as a class action. While the some-basis-in-fact standard for demonstrating the commonality of proposed common issues is low, it must not, however, be considered as “subterranean” (*Kuiper*, at paragraph 27). Having a one-step approach would

partager une question qui existe effectivement n'est pas une question qui mérite d'être autorisée. Si un demandeur n'est pas en mesure d'établir un certain fondement probatoire selon lequel une question commune proposée existe effectivement, il ne devrait pas être autorisé à soulever une question commune en s'appuyant sur cette question. Les conditions d'autorisation, aussi faibles soient-elles, n'ont pas pour but de permettre la poursuite de recours collectifs sur le fondement du caractère commun d'une question commune proposée inexistante. Une question inexistante ou fictive n'a pas plus de fondement ou de justification parce qu'elle est commune à un groupe de demandeurs. Une cause d'action sans fondement factuel ne devient pas en quelque sorte plus fondée parce qu'elle est commune à un groupe de demandeurs, et elle n'a pas plus de valeur ou de poids simplement parce qu'elle est partagée par des centaines, des milliers ou des millions de personnes. Il serait paradoxal que l'action d'un demandeur puisse être autorisée à titre de recours collectif simplement parce qu'il existe un certain fondement factuel quant au caractère commun d'une question pour les membres du groupe, sans aucun fondement factuel pour cette question.

[215] Plus précisément, une question commune proposée visant un acte répréhensible, une inconduite, un contrat ou un vice doit avoir un certain fondement probatoire tendant à indiquer que l'acte répréhensible, l'inconduite, le contrat ou le vice allégué existe à l'égard des membres du groupe. Faciliter la recevabilité d'une question non fondée n'entraînerait certainement ni économie judiciaire ni amélioration de l'accès à la justice, et il n'y aurait aucun besoin d'encourager la modification d'un comportement en l'absence de transgresseurs.

[216] En résumé, l'approche en deux étapes est la seule approche qui permet aux tribunaux d'empêcher l'autorisation de demandes qui seraient entièrement artificielles, déconnectées de la réalité et dépourvues de certains éléments de preuve minimaux concernant les actes répréhensibles ou la cause d'action allégués. Ce critère en deux volets quant à la preuve est le seul moyen permettant aux tribunaux d'évaluer si le règlement d'une question commune proposée fera progresser le litige en tant que recours collectif. La norme du certain fondement factuel permettant de démontrer le caractère commun des questions communes proposées est peu exigeante, mais elle ne doit

precisely bring the some-basis-in-fact standard into this subterranean territory where it is not and was never meant to be, and would reduce the common issues requirement to a meaningless exercise. Especially for proposed common issues relating to the alleged wrongful acts, misconduct or legal basis underpinning a plaintiff's claim in damages, as is the case here.

[217] Neither *Pro-Sys* nor any other class action precedent of the S.C.C. intended to lower the already low bar to certification to the point where plaintiffs would be absolved of the obligation to lead any minimal level of evidence that the wrong they allege exist in fact. This cannot be what the certification requirements were designed to address and, in my view, embracing a one-step approach to the common issues requirement would put the threshold for certification far below the mere formality and the symbolic scrutiny that the S.C.C. has repeatedly warned against.

## (2) Analysis

[218] Applying the two-step approach, I find that the plaintiffs have failed to show “some basis in fact” to support their core allegations of conspiracy and implementation of a foreign directive underlying their first two proposed common issues on liability. The various categories of “evidence” that they offered fall well short of the mark and do not meet the low threshold of some basis in fact. More specifically, the plaintiffs did not provide any basis in fact to support that the defendants were parties to a coordinated restriction of DRAM supply and made an agreement in breach of section 45 of the Act. As will be detailed below, the required evidence relied on by the plaintiffs is not only deficient in certain of the “indicia” they have identified but wholly lacking in all of them.

pas être considérée comme étant [TRADUCTION] « sous-terrain » (*Kuiper*, au paragraphe 27). L'adoption d'une approche en une seule étape conduirait précisément la norme du certain fondement factuel dans ce territoire sous-terrain auquel elle n'appartient pas et n'a jamais été censée appartenir, et réduirait l'exigence relative aux questions communes à un exercice dénué de sens. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les questions communes proposées relativement aux actes répréhensibles, à l'inconduite ou au fondement juridique allégués qui sous-tendent la demande de dommages-intérêts d'un demandeur, comme c'est le cas en l'espèce.

[217] Ni l'arrêt *Pro-Sys* ni aucun autre précédent de la C.S.C. en matière de recours collectif n'avait pour but d'abaisser le critère relatif à l'autorisation déjà peu exigeant au point où les demandeurs seraient libérés de l'obligation de produire une preuve minimale que le préjudice qu'ils allèguent existe effectivement. Un tel abaissement ne saurait être ce que les conditions d'autorisation visent à régler et, à mon avis, l'adoption d'une approche en une seule étape à l'égard de l'exigence relative aux questions communes placerait le critère relatif à l'autorisation bien en deçà de la simple formalité et de l'examen symbolique contre lesquels la C.S.C. a maintes fois mis en garde.

## 2) Analyse

[218] Après avoir suivi l'approche en deux étapes, je conclus que les demandeurs ne sont pas parvenus à démontrer un « certain fondement factuel » à l'appui de leurs allégations fondamentales de complot et d'application d'une directive étrangère sous-jacentes à leurs deux premières questions communes relatives à la responsabilité. Les diverses catégories de « preuve » qu'ils ont présentées ne sont vraiment pas à la hauteur et ne satisfont pas au critère peu exigeant du certain fondement factuel. Plus précisément, les demandeurs n'ont présenté aucun fondement factuel à l'appui de l'allégation selon laquelle les défenderesses étaient parties à une restriction coordonnée de la fourniture de DRAM et ont conclu un accord en violation de l'article 45 de la Loi. Comme nous le verrons ci-dessous, la preuve requise sur laquelle s'appuient les demandeurs est non seulement déficiente en ce qui a trait à certains des « indices » qu'ils ont relevés, mais également entièrement insuffisante à l'égard de tous.

(a) *Breach of Section 45*

## (i) Plaintiffs' arguments

[219] The plaintiffs rely on the following main indicia of breaches of section 45 as evidence to support the existence of the alleged conspiracy: (i) the China Investigation; (ii) alleged coordinated supply restrictions and price increases in the Class Period, as well as the industry structure; (iii) alleged private communications and public statements made by the defendants about restrictions of DRAM supply; (iv) the defendants' admissions of involvement in a prior conspiracy concerning DRAM; (v) the amended U.S. complaint filed in the U.S. parallel class action; and (vi) the Singer Reports.

[220] In their reply memorandum, the plaintiffs further submitted that they have met their evidentiary burden to support the existence of an agreement between the defendants by referring to the following elements, which echo the various indicia of evidence they have singled out:

- The DRAM industry is conducive to collusion (Statement of Claim, at paragraphs 45–52).
- DRAM prices steadily declined before the Class Period as the defendants increased supply and competed for market share (Statement of Claim, at paragraphs 53–59). The defendants changed course at the onset of the Class Period and expressed their unlawful agreement to suppress supply and increase prices (Statement of Claim, at paragraphs 64–75).
- In a series of public statements, identified by date, person and statement, the defendants signalled their adherence to and maintained the conspiracy (Statement of Claim, at paragraphs 64–101).

a) *Violation de l'article 45*

## (i) Arguments des demandeurs

[219] Les demandeurs invoquent les principaux indices suivants de violation de l'article 45 comme éléments de preuve à l'appui de l'existence du complot allégué : (i) l'enquête de la Chine; (ii) des restrictions coordonnées de l'offre et des augmentations de prix pendant la période visée par le recours collectif, ainsi que la structure de l'industrie; (iii) des communications privées et les déclarations publiques des défenderesses à propos des restrictions de la fourniture de DRAM; (iv) les admissions des défenderesses quant à leur participation à un complot antérieur concernant les DRAM; (v) la plainte américaine modifiée déposée dans le cadre du recours collectif parallèle aux É.-U.; (vi) les rapports Singer.

[220] Dans leur mémoire présenté en réponse, les demandeurs ont également soutenu qu'ils s'étaient acquittés du fardeau de preuve qui leur incombait d'étayer l'existence d'un accord entre les défenderesses, invoquant à l'appui les éléments suivants, qui reprennent les divers indices de preuve qu'ils ont soulignés :

- L'industrie des DRAM favorise la collusion (Déclaration, aux paragraphes 45 à 52).
- Les prix des DRAM ont constamment baissé avant la période visée par le recours collectif, les défenderesses ayant augmenté l'offre et ayant lutté pour se tailler une part du marché (Déclaration, aux paragraphes 53 à 59). Les défenderesses ont changé de cap au début de la période visée par le recours collectif et ont exprimé leur accord illécite en vue d'éliminer la fourniture de DRAM et d'en augmenter les prix (Déclaration, aux paragraphes 64 à 75).
- Dans une série de déclarations publiques, identifiées par la date, la personne et la déclaration, les défenderesses ont indiqué qu'elles étaient impliquées dans le complot et ont maintenu ce complot (Déclaration, aux paragraphes 64 à 101).

- The defendants met and conspired in person, including, *inter alia*, in Singapore and Munich in 2016 (Statement of Claim, at paragraph 103).
- DRAM prices and revenues reached record levels during the Class Period, with the price of one mainstream type of DRAM increasing 130 percent, and DRAM spot prices increasing 350 percent (Statement of Claim, at paragraphs 104–110).
- China’s economic regulator has investigated “possible coordinated action taken by a number of firms to gain maximum profits by pushing the price of the product as high as possible” (Statement of Claim, at paragraphs 111–114).
- The Chinese regulatory investigation led to at least one defendant, Samsung, to enter a memorandum of understanding with the regulator to increase capacity, which resulted in a decrease in prices after the Class Period (Statement of Claim, at paragraphs 115–117).
- The current allegations of conspiracy are consistent with a pattern of conspiratorial conduct brought to light when the same defendants previously pled guilty to criminal anti-competitive conduct in the DRAM industry (Statement of Claim, at paragraphs 118–122).
- Economic analysis has begun to demonstrate the conspiracy, including that input costs and the technology lifecycle could not explain the rise in DRAM prices (Statement of Claim, at paragraphs 123–127).
- Les défenderesses se sont rencontrées et ont comploté en personne, notamment à Singapour et à Munich en 2016 (Déclaration, au paragraphe 103).
- Le prix des DRAM et les produits de sa vente ont atteint des niveaux records pendant la période visée par le recours collectif : le prix d’un type courant de DRAM a augmenté de 130 p. 100 et les prix au comptant des DRAM, de 350 p. 100 (Déclaration, aux paragraphes 104 à 110).
- L’organisme de réglementation économique de la Chine a examiné [TRADUCTION] « les mesures coordonnées possibles prises par un certain nombre d’entreprises pour obtenir le maximum de bénéfices en augmentant le prix du produit le plus possible » (Déclaration, aux paragraphes 111 à 114).
- L’enquête réglementaire chinoise a amené au moins une défenderesse, Samsung, à conclure avec l’organisme de réglementation un protocole d’entente visant à accroître la capacité, ce qui a entraîné une baisse des prix après la période visée par le recours collectif (Déclaration, aux paragraphes 115 à 117).
- Les allégations actuelles de complot sont compatibles avec un modèle de comportement collusoire mis au jour lorsque les mêmes défenderesses ont précédemment plaidé coupables à un comportement anticoncurrentiel criminel dans l’industrie des DRAM (Déclaration, aux paragraphes 118 à 122).
- L’analyse économique a commencé à démontrer l’existence d’un complot et a fait ressortir le fait que les coûts des intrants et le cycle de vie de la technologie ne pouvaient expliquer une telle hausse des prix des DRAM (Déclaration, aux paragraphes 123 à 127).

[221] The plaintiffs contend that the fifty or so transcripts, reports and articles attached to the Tayyab Affidavit have probative value and provide ample basis in fact for the conspiracy claims. The plaintiffs submit that these documents are not relied upon for the truth of

[221] Les demandeurs soutiennent que la cinquantaine de transcriptions, de rapports et d’articles joints à l’affidavit Tayyab ont une valeur probante et présentent un fondement factuel suffisant pour les allégations de complot. Ils font valoir qu’ils n’invoquent pas ces documents en



their contents, and that they are rather before the Court to determine a procedural issue (i.e. certification) and to establish some basis in fact for the commonality of the proposed common issues. They argue that the overarching rule is that all relevant evidence should be admitted (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paragraph 34). For evidence to be relevant at the certification stage, it must increase or decrease the probability of the commonality of the claims, and it does not need to establish, on any standard, the truth or falsity of a fact (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, (1998), 166 D.L.R. (4th) 296, at paragraph 38). Here, the plaintiffs argue, the documents reporting the Public Statements of the defendants and the articles on the China Investigation demonstrate their probative value by establishing the commonality of the claims raised.

(ii) China Investigation

[222] The first category of evidence relied on by the plaintiffs on the breach of section 45 is the series of articles about the China Investigation. For the following reasons, I agree with the defendants that these articles do not provide a basis in fact for the plaintiffs' claim of an alleged section 45 conspiracy. They only offer evidence about an investigation by the Chinese antitrust authorities about some type of anti-competitive behaviour in the DRAM industry in China, under Chinese law. Nothing in the evidence provided indicates that the Chinese antitrust authorities concluded that there was any anti-competitive activity, and I am not convinced that the articles provide some basis in fact allowing to infer the existence of conduct that would be in violation of Canadian law.

[223] As a preliminary issue, the plaintiffs claim that the evidence on the China Investigation can be accepted at this stage of the proceedings as it is not tendered for the truth of its contents. They say that it is provided for the limited purpose of demonstrating the existence of the China Investigation. The plaintiffs claim that this

raison de la véracité de leur contenu et qu'ils les ont été présenté à la Cour pour qu'elle tranche une question de procédure (c.-à-d. l'autorisation) et pour établir un certain fondement factuel en ce qui a trait au caractère commun des questions communes proposées. Ils soutiennent que la règle générale est que tous les éléments de preuve pertinents devraient être admis (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, au paragraphe 34). Pour que les éléments de preuve soient pertinents à l'étape de l'autorisation, ils doivent accroître ou diminuer la probabilité du caractère commun des réclamations, et il n'est pas nécessaire d'établir, selon quelque norme que ce soit, la véracité ou la fausseté d'un fait (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, au paragraphe 38). En l'espèce, les demandeurs soutiennent que les documents faisant état des déclarations publiques des défenderesses et les articles sur l'enquête de la Chine démontrent leur valeur probante en établissant le caractère commun des réclamations.

(ii) Enquête de la Chine

[222] La première catégorie d'éléments de preuve sur lesquels les demandeurs se sont appuyés concernant la violation de l'article 45 est la série d'articles concernant l'enquête de la Chine. Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec les défenderesses pour dire que ces articles ne présentent pas un fondement factuel pour l'allégation des demandeurs voulant qu'il y ait eu complot au sens de l'article 45. Ils ne présentent que des éléments de preuve concernant une enquête menée par les autorités anticoncurrentielles chinoises au sujet d'un certain type de comportement anticoncurrentiel dans l'industrie des DRAM en Chine, en vertu des lois chinoises. Rien dans la preuve présentée n'indique que les autorités anticoncurrentielles chinoises ont conclu à l'existence d'une activité anticoncurrentielle, et je ne suis pas convaincu que les articles présentent un certain fondement factuel permettant de déduire l'existence d'un comportement qui contreviendrait au droit canadien.

[223] À titre de question préliminaire, les demandeurs prétendent que la preuve relative à l'enquête de la Chine peut être acceptée à la présente étape de l'instance puisqu'elle n'est pas présentée pour la véracité de son contenu. Ils affirment qu'elle est présentée dans le but limité de démontrer l'existence de l'enquête de la Chine. Les demandeurs

evidence is solely submitted to satisfy the requirements for certification and to establish some basis in fact for the commonality of the proposed common issues on liability, namely that the defendants engaged in the alleged anti-competitive conduct. The plaintiffs further maintain that the news articles on the China Investigation are corroborative of other evidence provided by the plaintiffs, where the defendants arguably acknowledge the existence of the investigation.

[224] The parties do not dispute that hearsay evidence can be admitted on certification motions (see, e.g., *John Doe v. R*, 2015 FC 236, at paragraphs 7–12; *Harrison v. XL Foods Inc.*, 2014 ABQB 720 (CanLII), at paragraphs 24–25). Moreover, evidence that is not tendered for the truth of its contents is not, at this stage of the proceedings, hearsay. That said, I do not need to discuss this preliminary issue any further. Even if I assume that the plaintiffs’ evidence on the China Investigation can be admitted and considered at this stage, I find that it has limited probative value and does not allow me to conclude that it offers some basis in fact for the existence (or commonality) of the alleged conspiracy.

[225] In relation to the China Investigation, the plaintiffs have provided nine news articles attached as Exhibits 1 to 9 to the Tayyab Affidavit. They can be summarized as follows:

- Exhibits 1 to 3 are articles dated December 26 or 27, 2017, reporting a Chinese government official as saying that the Chinese government was “paying close attention” to a rise in the price of mobile phone storage chips and “could look into possible price fixing” and “possible coordinated action” by the firms that make them. One article reported that the Chinese government had not yet launched an official antitrust review.
- Exhibits 4 to 6 are articles dated February 2 and 5, 2018, reporting that Samsung signed a

prétendent que cette preuve est présentée uniquement pour remplir des conditions d’autorisation et pour établir un certain fondement factuel quant au caractère commun des questions communes proposées concernant la responsabilité, à savoir que les défenderesses se sont livrées au comportement anticoncurrentiel allégué. Les demandeurs soutiennent en outre que les articles de presse sur l’enquête de la Chine corroborent d’autres éléments de preuve qu’ils ont présentés, dans lesquels les défenderesses reconnaîtraient l’existence de l’enquête.

[224] Les parties ne contestent pas le fait qu’une preuve par ouï-dire peut être admise dans le cadre de requêtes en autorisation (voir, par exemple, *M. Untel c. R*, 2015 CF 236, aux paragraphes 7 à 12; *Harrison v. XL Foods Inc.*, 2014 ABQB 720 (CanLII), aux paragraphes 24 et 25). De plus, une preuve qui n’est pas produite pour la véracité de son contenu ne constitue pas, à ce stade des procédures, du ouï-dire. Cela dit, je n’ai pas besoin d’approfondir cette question préliminaire. Même si je présume que la preuve des demandeurs au sujet de l’enquête de la Chine peut être admise et prise en considération à ce stade, j’estime qu’elle a une valeur probante limitée et ne me permet pas de conclure qu’elle offre un certain fondement factuel concernant l’existence (ou le caractère commun) du complot allégué.

[225] En ce qui concerne l’enquête de la Chine, les demandeurs ont présenté neuf articles de presse joints à titre de pièces 1 à 9 à l’affidavit Tayyab. On peut les résumer comme suit :

- Les pièces 1 à 3 sont des articles datés du 26 ou du 27 décembre 2017, dans lesquels un représentant du gouvernement chinois déclare que le gouvernement chinois [TRADUCTION] « porte une attention particulière » à la hausse du prix des cartes mémoire pour téléphones mobiles et qu’il [TRADUCTION] « pourrait examiner s’il y a eu fixation des prix » et [TRADUCTION] « des mesures coordonnées » de la part des entreprises qui les fabriquent. Un article a rapporté que le gouvernement chinois n’avait pas encore lancé un examen anticoncurrentiel officiel.
- Les pièces 4 à 6 sont des articles datés des 2 et 5 février 2018, dans lesquels on rapporte que Samsung

Memorandum of Understanding (MOU) with the Chinese government that “is believed to include details of further cooperation in the semiconductor industry, such as expanding investment into China and technical collaboration”. The articles discuss the potential impacts of the MOU and indicate that the MOU is expected to “impact the global memory market in two ways – price moderation and production capacity expansion” and “to influence the expansion of production capacity among the DRAM leaders”. One of the articles expressly states that the MOU had “nothing to do” with the price increases “in storage chips”.

- Exhibit 7 is an article from March 2018 that makes no mention of any Chinese government investigation.
- Exhibit 8 is an article dated June 4, 2018, reporting that the Chinese government had opened an investigation into alleged price-fixing in the DRAM industry.
- Exhibit 9 is an article dated November 19, 2018, reporting that Chinese regulators said they “found ‘massive evidence’ of anti-competitive behaviour” by the defendants, with no details on the alleged anti-competitive behaviour or the scope of the investigation. It refers to officials in Beijing saying that “a price-fixing investigation [...] has made ‘important progress’, without offering any specific examples of wrongdoing”. The article further mentions that “[t]he anti-monopoly investigation” yielded massive evidence and says that the Chinese investigation “follows a class-action lawsuit in the US, lodged in April, which alleges that the three companies conspired to inflate DRAM prices”.

a signé un protocole d’entente (PE) avec le gouvernement chinois qui [TRADUCTION] « semble comprendre des détails relatifs à une coopération accrue dans l’industrie des semi-conducteurs, par exemple une augmentation des investissements en Chine et une collaboration sur le plan technique ». Les articles portent sur les répercussions éventuelles du PE et indiquent que l’on devrait s’attendre à ce que le PE ait des [TRADUCTION] « répercussions sur le marché mondial de la mémoire de deux façons – la modération du prix et l’augmentation de la capacité de production » et qu’il [TRADUCTION] « influence l’augmentation de la capacité de production chez les chefs de file dans le domaine des DRAM ». Un des articles indique expressément que le PE n’avait [TRADUCTION] « rien à voir » avec les augmentations de prix [TRADUCTION] « relatives aux cartes mémoire ».

- La pièce 7 est un article de mars 2018 qui ne fait aucune mention d’une enquête du gouvernement chinois.
- La pièce 8 est un article daté du 4 juin 2018 qui indique que le gouvernement chinois a ouvert une enquête sur la fixation des prix dans l’industrie des DRAM.
- La pièce 9 est un article daté du 19 novembre 2018, dans lequel on rapporte que les autorités de réglementation chinoises ont [TRADUCTION] « trouvé de “très nombreux éléments de preuve” de comportement anticoncurrentiel » de la part des défenderesses, sans fournir de détails sur le comportement anticoncurrentiel allégué ou sur l’étendue de l’enquête. L’article fait état de fonctionnaires à Pékin qui ont affirmé [TRADUCTION] « qu’une enquête sur la fixation des prix [...] a fait “d’importants progrès”, sans donner d’exemples précis d’actes répréhensibles ». L’auteur de l’article mentionne en outre que [TRADUCTION] « [l]’enquête antitrust » a permis d’obtenir de très nombreux éléments de preuve et il affirme que l’enquête de la Chine [TRADUCTION] « fait suite à un recours collectif intenté aux É.-U., déposé en avril, dans le cadre duquel il est allégué que les trois sociétés ont comploté afin de gonfler les prix des DRAM ».

[226] Further to my review of the evidence, I first find that the plaintiffs' allegations and submissions once again incorrectly depict what the evidence says about the China Investigation.

[227] At paragraphs 8 and 111 to 116 of their Statement of Claim, the plaintiffs allege that the Chinese economic regulator, the National Development and Reform Commission (NDRC), launched an investigation into price-fixing by the defendants in 2017. They further argue, in their submissions, that the investigation uncovered "massive evidence of a conspiracy" and that, as a result of such investigation, Samsung (the DRAM market leader) entered into a MOU with the NDRC, whereby it agreed to increase its DRAM production capacity and supply. The nine exhibits filed by the plaintiffs in support of their allegations regarding the China Investigation do not lend credence to these general comments made by the plaintiffs. In other words, similarly to what I discussed above in section IV.A with respect to the Public Statements, the affirmations made by the plaintiffs regarding the China Investigation are not always consistent with what the underlying documents filed by the plaintiffs actually say.

[228] The first news article on the launching of an "antitrust investigation" in China is Exhibit 8 to the Tayyab Affidavit and is dated June 4, 2018. It mentions that "Beijing is investigating price-fixing allegations as DRAM prices have risen sharply", and refers to the April 2018 class action lawsuit filed in the U.S. In other words, the China Investigation followed the U.S. class action, and did not precede it. The Statement of Claim thus erroneously affirms that, at the end of 2017, the NDRC "had begun an investigation into price fixing by the defendants in DRAM" (Statement of Claim, at paragraphs 8 and 111). There is no evidence that there was an investigation by the Chinese antitrust authorities at that time, and the Chinese economic regulator was only reported to be paying more attention to future problems that may be caused in the DRAM industry. None of the December 2017 articles (i.e. Exhibits 1 to 3 to the Tayyab Affidavit) makes reference to any antitrust investigation having been launched in China at that point in time.

[226] Après avoir examiné la preuve, je conclus pour commencer que les allégations et les observations des demandeurs décrivent encore une fois de manière erronée ce que la preuve révèle au sujet de l'enquête de la Chine.

[227] Aux paragraphes 8 et 111 à 116 de leur Déclaration, les demandeurs allèguent que l'organisme de réglementation économique chinois, la Commission nationale du Développement et de la Réforme (CNDR), a lancé une enquête sur la fixation des prix par les défenderesses en 2017. Dans leurs observations, ils soutiennent aussi que l'enquête a permis d'obtenir [TRADUCTION] « de très nombreux éléments de preuve d'un complot » et que, à la suite de cette enquête, Samsung (le chef de file du marché des DRAM) a conclu un protocole d'entente avec la CNDR, aux termes duquel elle a convenu d'accroître sa capacité de production et sa fourniture de DRAM. Les neuf pièces déposées par les demandeurs à l'appui de leurs allégations concernant l'enquête de la Chine n'appuient pas ces commentaires généraux formulés par les demandeurs. Autrement dit, comme je l'ai mentionné à la section IV.A ci-dessus en ce qui concerne les déclarations publiques, les affirmations faites par les demandeurs au sujet de l'enquête de la Chine ne correspondent pas toujours à ce qu'indiquent réellement les documents sous-jacents déposés par les demandeurs.

[228] Le premier article de presse sur le lancement d'une « enquête anticoncurrentielle » en Chine correspond à la pièce 8 de l'affidavit Tayyab et est daté du 4 juin 2018. On y mentionne que [TRADUCTION] « Pékin enquête sur des allégations de fixation des prix alors que les prix des DRAM ont fortement augmenté », et on y fait référence au recours collectif d'avril 2018 intenté aux É.-U. En d'autres termes, l'enquête de la Chine a suivi le recours collectif américain et ne l'a pas précédé. Dans la Déclaration, les demandeurs affirment ainsi à tort qu'à la fin de 2017, la CNDR [TRADUCTION] « avait ouvert une enquête sur la fixation des prix des DRAM par les défenderesses » (Déclaration, aux paragraphes 8 et 111). Rien ne prouve que les autorités anticoncurrentielles chinoises ont mené une enquête à ce moment-là, et on a seulement signalé que l'organisme de réglementation chinois accordait une plus grande attention aux problèmes futurs qui pourraient être engendrés dans l'industrie des DRAM. Il n'est mentionné dans aucun des articles de décembre

[229] The Statement of Claim also incorrectly states (at paragraphs 8 and 115) that Samsung had entered the MOU with the NDRC “to increase manufacturing capacity”, thus suggesting that the MOU might be somehow related to the plaintiffs’ allegation of a coordinated suppression of DRAM supply. This is not what the articles attached as Exhibits 4 to 6 to the Tayyab Affidavit actually say. The MOU was an agreement for “further cooperation in the semiconductor industry” such as expanding investments in China and further technical collaboration; it was not an agreement to increase DRAM production capacity. The articles only refer to the fact that the MOU was expected to result in possible actions by Samsung on the price growth of its DRAM products and its production capacity expansion, and that the MOU was expected to influence the expansion of production capacity among the DRAM manufacturers. But nothing in the articles indicates that the purpose of the MOU was to increase capacity. It is also clear from the news articles that the MOU had nothing to do with the observed price increases in storage chips.

[230] Furthermore, no article says that the China Investigation uncovered “massive evidence of a conspiracy” or of price-fixing behaviour. The article attached as Exhibit 9 to the Tayyab Affidavit instead mentions that the economic regulator referred to massive evidence of “anti-competitive behaviour”, with no examples of wrongdoing given, and to an “anti-monopoly investigation” having yielded massive evidence. There is no statement about “massive evidence of a conspiracy” (emphasis added) or of price-fixing. Anti-competitive or anti-monopoly behaviour, on the one hand, and price-fixing or conspiracy, on the other hand, are two significantly different matters under Canadian competition law, and one cannot be presumed to be a synonym for the other. To conflate the two reflects a misunderstanding of Canadian

2017 (c.-à-d. les pièces 1 à 3 de l’affidavit Tayyab) qu’une enquête anticoncurrentielle a été lancée en Chine à ce moment-là.

[229] De plus, dans leur Déclaration, les demandeurs affirment à tort (aux paragraphes 8 et 115) que Samsung avait conclu un protocole d’entente avec la CNDR [TRADUCTION] « pour accroître la capacité de fabrication », ce qui donne à penser que le protocole d’entente pourrait être lié d’une façon ou d’une autre à l’élimination coordonnée de la fourniture de DRAM alléguée par les demandeurs. Or, les articles joints aux pièces 4 à 6 de l’affidavit de Tayyab disent autre chose. Le protocole d’entente était un accord portant sur [TRADUCTION] « une coopération accrue dans l’industrie des semi-conducteurs » visant notamment à augmenter les investissements en Chine et à collaborer davantage sur le plan technique. Il ne s’agissait pas d’un accord en vue d’accroître la capacité de production de DRAM. Les articles mentionnent simplement le fait que le protocole d’entente pouvait éventuellement amener Samsung à prendre des mesures concernant la hausse des prix de ses produits utilisant des DRAM et l’augmentation de sa capacité de production, et que le protocole d’entente influencerait probablement sur l’augmentation de la capacité de production des fabricants de DRAM. Mais rien dans les articles ne précise que le but du protocole d’entente était d’accroître la capacité. De plus, il ressort clairement des articles de presse que le protocole d’entente n’a rien à voir avec l’augmentation observée des prix des cartes mémoire.

[230] En outre, dans aucun article on n’affirme que l’enquête de la Chine a permis d’obtenir [TRADUCTION] « de très nombreux éléments de preuve d’un complot » ou d’un comportement de fixation des prix. Dans l’article joint comme pièce 9 à l’affidavit Tayyab, on mentionne plutôt que l’organisme de réglementation économique renvoie à de très nombreux éléments de preuve de « comportement anticoncurrentiel », sans donner d’exemples d’actes répréhensibles, et à une « enquête anticoncurrentielle » ayant permis d’obtenir de très nombreux éléments de preuve. Il n’y a aucune affirmation à propos de [TRADUCTION] « très nombreux éléments de preuve d’un complot » (soulignement ajouté) ou de fixation des prix. Le comportement anticoncurrentiel ou anti-monopole, d’une part, et la fixation des prix ou le complot, d’autre part, sont deux questions

competition law. Under the Act, all anti-competitive conduct are not on the same footing. Some conduct are criminal, some are not. Some open the door to a recourse under section 36, some do not. Evidence of engaging in “anti-competitive” or “anti-monopoly” behaviour in a foreign country cannot serve to establish some basis in fact for the commonality of a proposed common issue relating to a breach of a specific criminal provision like section 45, when the evidence does not allow to determine which specific anti-competitive behaviour is at stake. I would add that the conspiracy alleged by the plaintiffs in this case is an agreement to suppress DRAM supply, the alleged consequence of which was an increase in DRAM prices. It is not a price-fixing conspiracy.

[231] Finally, contrary to what the plaintiffs allege in the Statement of Claim and argue in their submissions, the investigation launched by the Chinese economic regulator in 2018 did not cause Samsung “to agree with the Chinese government that it would increase its supply of DRAM”. The antitrust investigation reported in Exhibits 8 and 9 to the Tayyab Affidavit (respectively dated June 4 and November 19, 2018) did not cause the MOU. The news articles on the China Investigation instead expressly show that the MOU (reported to have been signed earlier in 2018) preceded the investigation undertaken by the Chinese anti-trust authorities.

[232] Again, as was the case for the Public Statements discussed above in section IV.A, the plaintiffs are romancing certain facts in an attempt to draw a link between the China Investigation and their allegations of an agreement between the defendants to suppress DRAM supply and increase DRAM prices. However, the evidence they have proffered does not support some of their allegations and submissions. To the extent that the documents on the China Investigation demonstrate that the allegations drawn from these documents are incorrect and inaccurate,

très différentes en vertu du droit de la concurrence canadien, et on ne saurait présumer que l’un est synonyme de l’autre. Le fait de confondre les deux reflète une mauvaise compréhension du droit de la concurrence au Canada. En vertu de la Loi, tous les comportements anticoncurrentiels ne sont pas sur le même pied d’égalité. Certains comportements sont criminels, d’autres ne le sont pas. Certains ouvrent la porte à un recours en vertu de l’article 36, d’autres non. La preuve d’un comportement « anticoncurrentiel » ou « anti-monopole » dans un pays étranger ne peut servir à établir un certain fondement factuel quant au caractère commun d’une question commune proposée relativement à une violation d’une disposition criminelle précise comme l’article 45, lorsque la preuve ne permet pas de déterminer le comportement anticoncurrentiel particulier qui est en jeu. J’ajouterais que le complot allégué par les demandeurs en l’espèce correspond à un accord visant à éliminer la fourniture de DRAM, dont la conséquence serait une augmentation des prix des DRAM. Il ne s’agit pas d’un complot visant à fixer les prix.

[231] Enfin, contrairement à ce que les demandeurs allèguent dans leur Déclaration et font valoir dans leurs observations, l’enquête lancée par l’organisme de réglementation économique chinois en 2018 n’a pas été à l’origine de la conclusion par Samsung [TRADUCTION] « et le gouvernement chinois d’un accord selon lequel elle augmenterait sa fourniture de DRAM ». L’enquête anticoncurrentielle rapportée aux pièces 8 et 9 de l’affidavit Tayyab (documents datés respectivement du 4 juin et du 19 novembre 2018) n’a pas donné lieu au protocole d’entente. Les articles de presse sur l’enquête de la Chine indiquent plutôt expressément que le protocole d’entente (qui aurait été signé plus tôt en 2018) précédait l’enquête menée par les autorités anticoncurrentielles chinoises.

[232] Encore une fois, comme c’était le cas pour les déclarations publiques dont il a été traité à la section IV.A ci-dessus, les demandeurs exagèrent certains faits dans une tentative d’établir un lien entre l’enquête de la Chine et leurs allégations relatives à l’existence d’un accord entre les défenderesses en vue d’éliminer la fourniture de DRAM et d’en augmenter les prix. Toutefois, les éléments de preuve qu’ils ont présentés n’appuient pas certaines de leurs allégations et de leurs observations. Dans la mesure où les documents relatifs à l’enquête

they of course cannot be accepted as some evidentiary basis for the existence or commonality of the proposed common issue on a breach of section 45.

[233] At the hearing before this Court, the plaintiffs claimed that, in any event, the proof of the China Investigation on the defendants' collusive behaviour in Canada is contained in some of the 2018 financial reports issued by the defendants themselves. Further to my review of the evidence relied on by the plaintiffs on this point, I am not persuaded by the plaintiffs' submissions and I do not find that the defendants made, in their financial statements, some admissions of fact on the existence of the China Investigation which could constitute some basis in fact for the existence of an alleged breach of section 45.

[234] Exhibit 10 to the Tayyab Affidavit is a report from Samsung referring generally to "claims, disputes, and investigation conducted by regulatory bodies", including civil claims for "price-fixing related to the sale of TFT-LCD [a different product]" (at page 225). However, it does not include a reference to investigations about DRAM prices. Exhibit 13 to the Tayyab Affidavit is a report from SK Hynix referring to price-fixing class-action lawsuits filed in North America (U.S. and Canada), and to an antitrust investigation in China "initiated to investigate the violation of the antitrust law regarding on [sic] primary DRAM businesses' sales in China" (at page 359). I note that SK Hynix's financial statements contain no reference to a "price-fixing" or "supply suppression" investigation or to any investigation relating to behaviour or activities outside China. Exhibit 15 to the Tayyab Affidavit is a report from Micron referring to a "purported class-action filed" (at page 433) against DRAM suppliers in the U.S. and in Canada for alleged price-fixing of DRAM products during the period from June 1, 2016, to February 1, 2018. And it mentions that Micron has been notified in May 2018 by the Chinese antitrust authorities that they were "investigating potential collusion among DRAM suppliers in China". Again, the report contains a reference restricted to an investigation regarding China and does not mention or allude to a global investigation on DRAM supply or prices, or to Canada.

de la Chine démontrent que les allégations tirées de ces documents sont erronées et inexactes, ils ne peuvent évidemment pas être acceptés comme fondement probatoire de l'existence de la question commune proposée relativement à une violation de l'article 45.

[233] À l'audience devant cette Cour, les demandeurs ont allégué que, de toute façon, la preuve de l'enquête de la Chine concernant le comportement collusoire des défenderesses au Canada est contenue dans certains des rapports financiers de 2018 publiés par les défenderesses elles-mêmes. Après examen de la preuve sur laquelle se sont appuyés les demandeurs sur ce point, je ne suis pas convaincu par les observations des demandeurs et je ne suis pas d'avis que les défenderesses ont fait, dans leurs états financiers, des admissions de fait quant à l'existence de l'enquête de la Chine qui pourraient constituer un certain fondement factuel quant à l'existence d'une violation de l'article 45.

[234] La pièce 10 de l'affidavit Tayyab est un rapport de Samsung renvoyant de façon générale à [TRADUCTION] « des réclamations, des litiges et des enquêtes menées par des organismes de réglementation », y compris des réclamations civiles concernant « la fixation des prix liés à la vente de TFT-LCD [un produit différent] » (à la page 225). Le rapport ne fait toutefois aucune mention d'enquêtes sur les prix des DRAM. La pièce 13 de l'affidavit Tayyab est un rapport de SK Hynix qui fait état de recours collectifs en fixation des prix déposés en Amérique du Nord (É.-U. et Canada) ainsi que d'une enquête anticoncurrentielle en Chine [TRADUCTION] « initiée pour enquêter sur la violation de la loi anticoncurrentielle concernant les ventes des principales entreprises de DRAM en Chine » (à la page 359). Je souligne que les états financiers de SK Hynix ne contiennent aucune référence à une enquête de « fixation des prix » ou d'« élimination de l'offre », ou à une enquête concernant un comportement ou des activités à l'extérieur de la Chine. La pièce 15 de l'affidavit Tayyab est un rapport de Micron faisant référence à [TRADUCTION] « un recours collectif apparemment déposé » (à la page 433) contre des fournisseurs de DRAM aux É.-U. et au Canada pour une fixation alléguée des prix des produits de DRAM au cours de la période du 1<sup>er</sup> juin 2016 au 1<sup>er</sup> février 2018. On y mentionne également que Micron a été avisée en mai 2018 par les autorités anticoncurrentielles chinoises qu'elles enquêtaient sur [TRADUCTION] « une

[235] That said, I have nonetheless reviewed the plaintiffs' evidence on the China Investigation in detail, and I find that the documents provided do not offer the minimal evidentiary basis required to support the existence of an alleged agreement in breach of section 45. In other words, the news articles on the China Investigation do not amount to some basis in fact that the plaintiffs' first proposed common issue on liability exists in fact as they do not provide the required minimal evidentiary basis for the existence of an unlawful conspiracy to restrict DRAM supply or to indirectly increase DRAM prices in Canada, under Canadian law.

[236] First, I observe that there are no documents coming from the Chinese antitrust agency itself. The entirety of the evidence provided on the China Investigation consists of media articles reporting the alleged work of the Chinese antitrust authorities.

[237] Second, the news articles are unclear as to the anti-competitive behaviour or conduct being investigated by the Chinese antitrust authorities, and indicate that the China Investigation has a limited territorial scope. In fact, the documents refer to an investigation on the DRAM business in China and to the prices in China, not to a global conspiracy affecting DRAM supply or prices in other countries, including Canada. Nothing in the evidence on the China Investigation suggests or allows to infer that the anti-competitive behaviour under review in China extends beyond China.

[238] Third, there is no mention of an investigation into the suppression, restriction or limitation of DRAM supply, or on increases in DRAM prices resulting from such supply suppression, which is the alleged conspiracy advanced by the plaintiffs in their certification motion.

collusion potentielle entre les fournisseurs de DRAM en Chine ». Une fois de plus, le rapport contient une référence qui se limite à une enquête concernant la Chine et qui ne fait aucune mention d'une enquête mondiale ou au Canada, sur la fourniture ou les prix des DRAM.

[235] Cela dit, j'ai néanmoins procédé à un examen détaillé de la preuve des demandeurs relative à l'enquête de la Chine, et je conclus que les documents fournis ne présentent pas le fondement probatoire minimal requis pour étayer l'existence d'un accord conclu en violation de l'article 45. En d'autres termes, les articles de presse sur l'enquête de la Chine ne présentent pas un certain fondement factuel tendant à indiquer que la première question commune proposée par les demandeurs relativement à la responsabilité existe effectivement, car ils ne présentent pas le fondement probatoire minimal requis pour l'existence d'un complot illicite en vertu du droit canadien visant à limiter la fourniture de DRAM ou à faire augmenter indirectement les prix des DRAM au Canada.

[236] Premièrement, je constate qu'aucun document n'émane de l'organisme anticoncurrentiel chinois lui-même. L'ensemble de la preuve fournie dans le cadre de l'enquête de la Chine consiste en des articles de presse faisant état du travail allégué des autorités anticoncurrentielles chinoises.

[237] Deuxièmement, les articles de presse ne précisent pas clairement quel comportement anticoncurrentiel fait l'objet d'une enquête par les autorités anticoncurrentielles chinoises et indiquent que l'enquête de la Chine a une portée territoriale limitée. En effet, les documents font référence à une enquête sur le secteur des DRAM en Chine et sur les prix en Chine, et non pas sur un complot mondial touchant l'offre ou les prix des DRAM dans d'autres pays, dont le Canada. Rien dans la preuve relative à l'enquête de la Chine ne tend à indiquer ou ne permet de conclure que le comportement anticoncurrentiel examiné en Chine s'étend au-delà de la Chine.

[238] Troisièmement, il n'y a aucune mention d'une enquête sur l'élimination, la restriction ou la limitation de la fourniture de DRAM, ni sur des augmentations des prix des DRAM découlant de cette élimination de l'offre, ce qui correspond au complot allégué par les demandeurs dans leur requête en autorisation.



[239] Fourth, there is no mention of any report, conclusion or decision made by the Chinese antitrust authorities, and no evidence on whether any regulatory findings have effectively been made. The articles are silent on the results of the China Investigation initiated in 2018. Moreover, they do not refer to any of the subjects of the investigation admitting or being sanctioned for any misconduct.

[240] Fifth, there is no evidence allowing to conclude that the China Investigation relates to matters that could be in breach of section 45 of the Act under Canadian law, or evidence allowing to infer the existence of an alleged conspiracy between the defendants in breach of section 45. There is no evidence on the applicable law in China or evidence that what was investigated by the Chinese antitrust authorities under Chinese laws would amount to conduct prohibited under any of the criminal provisions of the Act in Canada. When a plaintiff intends to claim that certain anti-competitive behaviour investigated in a foreign country by a foreign agency provides an evidentiary basis supporting the existence of an alleged illegal agreement in Canada, the plaintiff must, at a minimum, adduce some evidence about the specific conduct being investigated in the foreign country as well as some evidence showing that the foreign country's laws prohibit behaviour or conduct that would be unlawful in Canada.

[241] No such evidence has been provided by the plaintiffs with respect to the China Investigation or to the conduct investigated by the Chinese antitrust authorities.

[242] I underline that the plaintiff's proposed competition class action is a very rare situation where there are no allegations and not a scintilla of evidence regarding any investigation undertaken by any competition or antitrust authorities in Canada, in the U.S., in the European Union or in any jurisdiction other than China, regarding DRAM supply or DRAM prices. And this arises in a context where the plaintiffs nonetheless claim that the alleged conspiracy between the defendants affected the global supply of DRAM.

[239] Quatrièmement, il n'y a aucune mention d'un rapport, d'une conclusion ou d'une décision rendue par les autorités anticoncurrentielles chinoises, et aucune preuve n'indique si des conclusions réglementaires ont effectivement été tirées. On ne mentionne pas dans les articles les résultats de l'enquête de la Chine amorcée en 2018. De plus, ces articles n'indiquent pas que les sujets de l'enquête ont admis leur inconduite ou s'ils ont été sanctionnés pour celle-ci.

[240] Cinquièmement, rien dans la preuve ne permet de conclure que l'enquête de la Chine porte sur des comportements qui pourraient contrevenir à l'article 45 de la Loi en vertu du droit canadien, ni de déduire l'existence d'un complot entre les défenderesses en violation de l'article 45. Il n'y a aucun élément de preuve concernant la loi applicable en Chine et rien n'indique que l'objet de l'enquête menée par les autorités anticoncurrentielles chinoises en vertu des lois chinoises constituerait un comportement interdit en vertu de l'une ou l'autre des dispositions criminelles de la Loi au Canada. Lorsqu'un demandeur a l'intention d'alléguer que certains comportements anticoncurrentiels faisant l'objet d'une enquête dans un pays étranger par un organisme étranger constituent un fondement probatoire concernant l'existence d'un accord illicite au Canada, il doit, à tout le moins, présenter des éléments de preuve à propos du comportement spécifique visé par l'enquête dans le pays étranger ainsi que des éléments de preuve démontrant que les lois du pays étranger interdisent un comportement qui serait illégal au Canada.

[241] Les demandeurs n'ont présenté aucun élément de preuve de ce genre relativement à l'enquête de la Chine ou au comportement faisant l'objet d'une enquête par les autorités anticoncurrentielles chinoises.

[242] Je souligne que le recours collectif en matière de concurrence envisagé par les demandeurs est une situation très rare où il n'y a ni allégation ni la moindre preuve concernant une enquête entreprise par une autorité en matière de concurrence ou une autorité anticoncurrentielle au Canada, aux É.-U., dans l'Union européenne ou dans un territoire de compétence autre que la Chine concernant la fourniture de DRAM ou les prix de ceux-ci. Or, les demandeurs prétendent que le complot qu'auraient ourdi les défenderesses a eu une incidence sur l'offre mondiale de DRAM.

[243] For all these reasons, I find that the evidence on the China Investigation does not amount to some basis in fact constituting evidentiary background for the proposed common issue put forward by the plaintiffs with respect to a breach of section 45 and the existence of an alleged criminal conspiracy to restrict DRAM supply and to consequently increase DRAM prices under Canadian law. Evidence regarding a foreign government's investigation cannot establish a basis in fact for a conspiracy offence in Canada, when there is no evidence on the actual nature of the investigation and on the specific anti-competitive behaviour being investigated; no evidence or findings from the foreign regulators; no evidence that the scope of the investigation includes or extends to Canada; and no evidence on the foreign law and on whether the anti-competitive behaviour investigated in the foreign country, and possibly sanctioned in that country, is also conduct and behaviour that would constitute an illegal agreement under Canadian law.

(iii) Supply restrictions, price increases and industry structure

[244] The second indicium of a breach of section 45 invoked by the plaintiffs as evidence to support the existence of the alleged conspiracy relates to the alleged coordinated supply restrictions and price increases advanced by the plaintiffs, and indirectly the structure of the DRAM industry. Here again, I agree with the defendants that the record before me contains strictly no evidence on these points.

[245] With respect to the “coordinated supply restrictions” of DRAM alluded to by the defendants, there is no evidence on either the “supply”, the “restrictions” or the “coordinated” component of this statement.

[246] First, the plaintiffs have not led evidence related to the supply of DRAM: there is no evidence on the capacity or supply of DRAM by the defendants prior to or after the Class Period, no evidence of DRAM supply during the Class Period, and no evidence of what

[243] Pour tous ces motifs, je conclus que la preuve relative à l'enquête de la Chine ne peut être considérée comme présentant un certain fondement factuel pour la question commune proposée par les demandeurs relativement à une violation de l'article 45 et à l'existence d'un complot criminel visant à restreindre la fourniture de DRAM et, par conséquent, à augmenter les prix des DRAM en vertu du droit canadien. La preuve concernant l'enquête d'un gouvernement étranger ne peut pas établir de fondement factuel pour une infraction de complot au Canada, lorsqu'il n'y a aucune preuve concernant la nature réelle de l'enquête et le comportement anticoncurrentiel précis visé par l'enquête, aucune preuve en ce qui concerne les organismes de réglementation étrangères ou les conclusions qu'ils ont tirées, aucune preuve que la portée de l'enquête comprend ou s'étend au Canada, et aucune preuve sur le droit étranger et sur la question de savoir si le comportement anticoncurrentiel faisant l'objet de l'enquête dans le pays étranger, et éventuellement d'une sanction dans ce pays, est également un comportement qui constituerait un accord illicite en vertu du droit canadien.

(iii) Restrictions de l'offre, augmentations de prix et structure de l'industrie

[244] Le deuxième indice d'une violation de l'article 45 invoqué par les demandeurs comme preuve appuyant l'existence du complot se rapporte aux restrictions de l'offre et aux augmentations de prix coordonnées qu'ils dénoncent et, indirectement, à la structure de l'industrie des DRAM. Une fois de plus, je conviens avec les défenderesses que le dossier dont je dispose ne contient strictement aucune preuve sur ces points.

[245] En ce qui concerne les « restrictions coordonnées de la fourniture » de DRAM mentionnées par les défenderesses, il n'y a aucune preuve concernant la « fourniture », les « restrictions » ou l'élément de « coordination » de cette affirmation.

[246] Premièrement, les demandeurs n'ont présenté aucun élément de preuve relatif à la fourniture de DRAM : il n'y a aucune preuve concernant la capacité des défenderesses ou leur fourniture de DRAM avant ou après la période visée par le recours collectif, aucune preuve de

the DRAM supply might have been during the Class Period but for the defendants' alleged actions to suppress supply.

[247] Second, there is also no evidence of suppression, restriction or limitation of DRAM supply by the defendants. As detailed in the discussion above relating to the Public Statements (in section IV.A), the evidence put forward by the plaintiffs through the Public Statements rather shows increases or expected increases in the supply of DRAM during the Class Period. The Public Statements referred to by the plaintiffs reveal that the defendants increased their supply of DRAM, and that there was growth in the supply of DRAM, though this growth in supply lagged behind the growth in demand. Moreover, the defendants repeatedly expressed a clear intention to increase the supply of DRAM during the Class Period, not to limit it or to decrease it. In this case, the evidence of supply growth lagging behind demand growth cannot be considered comparable to any form of concerted output restriction contemplated by paragraph 45(1)(c) of the Act.

[248] Third, there is no evidence of any "coordination" or concerted action between the defendants, with respect to DRAM supply or to DRAM prices, nor any evidence that any increase in DRAM prices was somehow related to the state of DRAM supply.

[249] On the alleged "coordinated price increases", it is important to underline that I have not found any evidence in the documents attached to the plaintiffs' affidavits, or elsewhere in the record, pointing to any agreement, exchanges or communications between the defendants with respect to DRAM prices. There are no references to DRAM prices, let alone to any price signalling or any agreement on prices, in the dozens of paragraphs of the Statement of Claim dealing with the defendants' Public Statements or in the documents themselves. In sum,

la fourniture de DRAM pendant la période visée par le recours collectif et aucune preuve de ce à quoi la fourniture de DRAM aurait pu ressembler pendant la période visée par le recours collectif n'eût été les mesures que les défenderesses auraient prises pour éliminer l'offre.

[247] Deuxièmement, aucun élément de preuve n'atteste de l'élimination, la restriction ou la limitation de la fourniture de DRAM par les défenderesses. Comme il est expliqué en détail dans l'analyse des déclarations publiques figurant ci-dessus (à la section IV.A), les éléments de preuve tirés des déclarations publiques présentés par les demandeurs font plutôt état d'augmentations, actuelles ou prévues, de la fourniture de DRAM pendant la période visée par le recours collectif. Il ressort des déclarations publiques auxquelles les demandeurs ont fait référence que les défenderesses ont augmenté leur fourniture de DRAM et qu'il y a eu une croissance de la fourniture de DRAM, bien que l'offre ait augmenté moins rapidement que la demande. De plus, les défenderesses ont exprimé à maintes reprises une intention claire d'accroître la fourniture de DRAM pendant la période visée par le recours collectif, et non de la limiter ou de la diminuer. En l'espèce, les éléments de preuve établissant une croissance de l'offre inférieure à la croissance de la demande ne décrivent pas une situation comparable à une forme de restriction concertée de la production visée à l'alinéa 45(1)c) de la Loi.

[248] Troisièmement, il n'y a aucune preuve de « coordination » ou d'une action concertée entre les défenderesses en ce qui concerne la fourniture ou le prix des DRAM, et rien n'atteste que l'augmentation des prix des DRAM était liée d'une façon quelconque à l'état de la fourniture de DRAM.

[249] En ce qui concerne les « augmentations de prix coordonnées » alléguées, il convient de souligner que je n'ai trouvé aucun élément de preuve dans les documents joints aux affidavits des demandeurs, ou ailleurs dans le dossier, signalant l'existence d'un accord, d'échanges ou de communications entre les défenderesses relativement aux prix des DRAM. On ne fait aucune référence aux prix des DRAM, et encore moins à des signaux relativement aux prix ou de tout accord sur les prix, dans les dizaines de paragraphes de la Déclaration portant sur les

there are no material facts nor any evidence providing a basis in fact to ground the plaintiffs' allegations that the defendants agreed or conspired to directly or indirectly limit, fix or increase DRAM prices.

[250] I will only make a brief comment on the industry structure and the oligopolistic nature of the DRAM industry. In essence, as the Superior Court of Quebec concluded in *Hazan* (and the U.S. District Court also determined in the U.S. parallel class action in *Jones*), I do not find that the mere fact that the DRAM industry is an oligopoly, which is not in itself anti-competitive, is enough evidence to authorize the certification of the class action in this case. The DRAM industry structure and its characteristics—such as a small number of players, demand inelasticity for a product, the commodity nature of a product or barriers to entry—do not constitute indicia or evidence of an alleged conspiracy in breach of section 45 in the absence of any factual underpinning regarding any concerted agreement between the defendants.

[251] Even the plaintiffs' expert, Dr. Singer, acknowledged that, if there is only oligopoly behaviour and an oligopoly structure but no coordination of pricing, output or capacity, and no communications of competitively sensitive information—which is precisely what we have here—, “an antitrust case could not be made out of this”. In other words, the general oligopolistic market conditions prevailing in the DRAM industry are not, in the absence of evidence on the concerted conduct of the market participants, facilitating practices or “plus factors” allowing a court to conclude or infer that there was or could have been an illegal conspiracy. The oligopolistic characteristics of an industry are just as likely to be consistent with innocent behaviour as with an unlawful one.

déclarations publiques des défenderesses ou dans les documents eux-mêmes. En résumé, il n'existe ni fait substantiel ni élément de preuve établissant un fondement factuel à l'égard des allégations des demandeurs selon lesquelles les défenderesses ont conclu un accord ou ont comploté en vue de limiter, de fixer ou d'augmenter, directement ou indirectement, les prix des DRAM.

[250] Je ne commenterai que brièvement la structure de l'industrie des DRAM et sa nature oligopolistique. En bref, en conformité avec la conclusion de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Hazan* (et celle de la Cour de district des É.-U. dans un recours collectif instruit parallèlement aux É.-U. dans l'affaire *Jones*), je conclus que le simple fait que l'industrie des DRAM soit un oligopole, ce qui n'est pas en soi anticoncurrentiel, ne constitue pas un élément de preuve suffisant pour permettre à la Cour d'autoriser le recours collectif en l'espèce. La structure de l'industrie des DRAM et ses caractéristiques — comme la présence d'un petit nombre d'acteurs, l'inélasticité de la demande de produit, la nature du produit et les obstacles à l'accès dans l'industrie —, en l'absence de tout fondement factuel concernant un accord concerté entre les défenderesses, ne constituent pas des indices ou des éléments de preuve attestant l'existence du complot allégué en violation de l'article 45.

[251] Même l'expert des demandeurs, Dr. Singer, a admis que, en présence d'un comportement et d'une structure oligopolistiques, mais en l'absence de coordination des prix, de la production ou de la capacité, et en l'absence de toute communication de renseignements sensibles sur la concurrence — ce qui correspond précisément à la situation en l'espèce —, [TRADUCTION] « il n'est pas possible de conclure qu'il s'agit d'une affaire anticoncurrentielle ». Autrement dit, les conditions générales du marché oligopolistique observées dans l'industrie des DRAM ne sont pas, en l'absence de preuves sur le comportement concerté des participants au marché, des pratiques de facilitation ou des « facteurs supplémentaires » qui permettraient à un tribunal de conclure ou de déduire qu'il y a eu ou aurait pu y avoir un complot illégal. Les caractéristiques oligopolistiques d'une industrie sont tout aussi susceptibles d'être compatibles avec un comportement innocent qu'avec un comportement illégal.

[252] I must also stress that evidence of general price increases—even significant ones—, without any link to any form of concerted conduct or of coordinated behaviour, does not amount to some basis in fact for an illegal conspiracy under section 45 of the Act, nor does it allow to infer one. In Canada, concurrent increases in prices or even pricing which may appear to be anti-competitive is not a criminal behaviour; only a conspiracy or agreement to fix prices, allocate markets or restrict output is. A recourse in damages pursuant to section 36 of the Act requires an illegal conduct in violation of certain criminal provisions of the Act. The appearance of anti-competitive effects or a particular industry structure are not enough to ground a section 36 recourse in damages.

[253] I would add that, contrary to the plaintiffs' submissions, no Canadian court has certified a competition class action in an oligopolistic market on the basis that conscious parallelism is a defence on the merits. In the cases cited by the plaintiffs, the defence of conscious parallelism was not considered at the certification stage because there was some undisputed basis in fact supporting the existence of the conspiracy, not because conscious parallelism was a merits issue. Such basis in fact had been provided through admissions, guilty pleas or satisfactory evidence of investigations dealing with the impugned conduct, and the issue of meeting the certification requirements for the proposed common issues on liability was simply not in play.

(iv) Private communications and public statements by the defendants

[254] As a third category of evidence allegedly offering some basis in fact for the alleged agreement under section 45, the plaintiffs rely on the alleged private communications between the defendants and on the Public Statements.

[252] Je dois également insister sur le fait que les éléments de preuve sur l'augmentation générale des prix — même importante —, en l'absence de lien avec toute forme de comportement concerté ou coordonné, ne constituent pas un fondement de fait permettant de démontrer ou de déduire l'existence d'un complot illégal visé à l'article 45 de la Loi. Au Canada, les augmentations simultanées des prix ou même la fixation des prix qui peuvent sembler anticoncurrentielles ne constituent pas un comportement criminel. Seuls un complot ou un accord visant à fixer les prix, à répartir les parts de marché ou à restreindre la production constituent un comportement criminel. Le recours en dommages-intérêts prévu à l'article 36 de la Loi nécessite qu'il y ait eu un comportement illégal en violation de certaines dispositions criminelles de la Loi. La présence d'effets anticoncurrentiels ou d'une structure industrielle particulière ne suffit pas à justifier un recours en dommages-intérêts au titre de l'article 36.

[253] J'ajouterais que, contrairement aux observations des demandeurs, aucun tribunal canadien n'a autorisé un recours collectif en matière de concurrence dans un marché oligopolistique au motif que le parallélisme conscient est un moyen de défense au fond. Dans les affaires citées par les demandeurs, le moyen de défense fondé sur le parallélisme conscient n'a pas été examiné à l'étape de l'autorisation parce qu'il y avait un certain fondement factuel incontesté appuyant l'existence du complot, et non parce que le parallélisme conscient était une question de fond. Ce fondement factuel avait été fourni au moyen d'aveux, de plaidoyers de culpabilité et d'éléments de preuve satisfaisants d'enquêtes portant sur le comportement reproché, et la question du respect des conditions d'autorisation pour les questions communes proposées en matière de responsabilité n'était tout simplement pas en cause.

(iv) Communications privées et déclarations publiques des défenderesses

[254] Comme troisième catégorie de preuve qui pourrait offrir un certain fondement factuel en ce qui concerne l'existence d'un accord visé par l'article 45, les demandeurs invoquent les communications privées alléguées entre les défenderesses.

[255] These elements have been referred to in detail in the analysis on the reasonable cause of action requirements in section IV.A above, where I reviewed the defendants' allegations and concluded to an absence of material facts. On both the direct private communications and the Public Statements, I also conclude that the plaintiffs have offered no evidence providing some basis in fact for the alleged conspiracy.

[256] I indicated earlier that there are no material facts to support the allegations that the defendants "met and communicated with each other, directly and indirectly, over the phone and in person". I also find that there is strictly no evidence to show some basis in fact for this allegation that the defendants ever met privately or had any direct communications between them. In fact, there is not a scintilla of evidence in the record that the defendants met or directly communicated with one another at any time, let alone to discuss DRAM supply or DRAM prices.

[257] I make the same finding with respect to trade association meetings. The plaintiffs claim that the defendants met at trade associations meetings, and they referred more specifically to certain specific meetings of the Global Semiconductor Alliance and the World Semiconductor Council. However, there is no evidence in the record relating to any such meetings, to the defendants' attendance at the meetings, or to any private discussion or agreement having occurred at such meetings. The only evidence adduced by the plaintiffs in relation to their trade association allegations consists of printouts from the Global Semiconductor Alliance, the Semiconductor Industry Association and the World Semiconductor Trade Statistics organization websites indicating that the defendants belong to those organizations.

[258] This evidence on perfectly legal memberships in perfectly legal trade associations, or even on the attendance of participants at perfectly legal trade association

[255] Ces éléments ont été expliqués en détail dans l'analyse des exigences relatives à la cause d'action valable à la section IV.A ci-dessus, où je me suis penché sur les allégations des défenderesses et ai conclu à l'absence de faits substantiels. Concernant les communications privées directes et les déclarations publiques, je conclus également que les demandeurs n'ont présenté aucune preuve établissant un certain fondement factuel à l'égard du complot allégué.

[256] J'ai indiqué précédemment qu'il n'y a aucun fait substantiel à l'appui des allégations selon lesquelles les défenderesses [TRADUCTION] « se sont rencontrées et ont communiqué entre elles, directement et indirectement, au téléphone et en personne ». J'estime également qu'il n'y a strictement aucun élément de preuve établissant un certain fondement factuel à l'appui de l'allégation selon laquelle les défenderesses se sont déjà rencontrées en privé ou ont eu des communications directes entre elles. En fait, le dossier ne comprend pas la moindre preuve que les défenderesses se sont rencontrées ou ont communiqué directement entre elles à quelque moment que ce soit, encore moins pour discuter de la fourniture de DRAM ou des prix des DRAM.

[257] Je tire la même conclusion en ce qui a trait aux réunions d'associations commerciales. Les demandeurs soutiennent que les défenderesses se sont rencontrées lors de réunions d'associations commerciales, faisant référence plus précisément à certaines réunions précises de la Global Semiconductor Alliance et du World Semiconductor Council. Toutefois, le dossier ne comprend aucun élément de preuve au sujet de telles rencontres, de la présence des défenderesses à celles-ci, ou de toute discussion privée ayant eu lieu ou de tout accord ayant été conclu dans le cadre de telles rencontres. La seule preuve produite par les demandeurs relativement à leurs allégations d'association commerciale consiste en des impressions des sites Web de la Global Semiconductor Alliance, de la Semiconductor Industry Association et de l'organisation World Semiconductor Trade Statistics indiquant que les défenderesses appartiennent à ces organisations.

[258] Cette preuve sur l'adhésion parfaitement légale à des associations professionnelles également parfaitement légales, voire sur la présence de participants à

meetings, does not constitute any basis in fact supporting the existence of a conspiracy between the defendants.

[259] The plaintiffs have not submitted any evidence describing suspected or actual interactions between the defendants at these trade association meetings, nor any interactions suggesting the establishment of an agreement to restrain the supply of DRAM or to increase DRAM prices. The evidence is again silent on the conduct of the defendants, or on any communications or agreements between them further to the trade association meetings. Save for the defendants being members of the trade associations, there is no evidence allowing to infer that the defendants were present at the specific “key” meetings alleged to have taken place and identified in paragraph 103 of the Statement of Claim, that they communicated or discussed with one another at any such meetings, that there were communications or discussions about supply suppression of DRAM or about DRAM prices, or that the defendants had a mutual understanding or agreed on anything at those meetings. Nor is there any evidence that the supply of DRAM decreased after any of these trade association events.

[260] Trade association meetings cannot, in and of themselves, be probative of an unlawful agreement without any evidence of improper conduct by the members of such trade associations. In sum, the trade associations material does not allow me to find any evidence amounting to some basis in fact for the existence of the alleged breach of section 45.

[261] Turning to the defendants’ Public Statements at earnings calls and investors conferences, they also do not contain any evidentiary foundation supporting the allegation that the defendants agreed to suppress the supply of DRAM. In fact, as discussed above in section IV.A, they show the opposite, namely the defendants’ independent intention to increase their respective supply of DRAM during the Class Period, and the effective growth in DRAM supply, albeit at a rate lower than the growth in

des rencontres d’associations professionnelles parfaitement légales, ne constitue aucun fondement factuel de l’existence d’un complot auquel participeraient les défenderesses.

[259] Les demandeurs n’ont présenté aucun élément de preuve décrivant des interactions suspectes ou réelles entre les défenderesses lors de ces rencontres d’associations commerciales, ni d’interactions laissant entrevoir la conclusion d’un accord visant à limiter la fourniture de DRAM ou à augmenter les prix des DRAM. Encore une fois, les éléments de preuve ne disent rien sur le comportement des défenderesses, ou sur toute communication ou tout accord conclu par elles à la suite des réunions d’associations commerciales. À l’exception de l’appartenance des défenderesses à des associations commerciales, il n’y a aucun élément de preuve permettant de déduire que les défenderesses aient été présentes lors de rencontres « clés » qui auraient eu lieu et dont on fait mention au paragraphe 103 de la Déclaration, qu’elles aient communiqué ou discuté entre elles lors de ces rencontres, qu’il y ait eu des communications ou des discussions à propos de l’élimination de la fourniture de DRAM ou des prix des DRAM, ou que les défenderesses aient conclu une entente mutuelle ou qu’elles aient convenu de quoi que ce soit lors de ces rencontres. Aucune n’indique non plus que la fourniture de DRAM a diminué après l’un ou l’autre de ces événements d’association commerciale.

[260] Les rencontres d’associations commerciales ne peuvent en soi prouver que les membres de ces associations ont adopté un comportement répréhensible. En somme, les documents des associations commerciales ne me permettent pas de conclure qu’il y a un quelconque fondement factuel à la violation alléguée de l’article 45.

[261] En ce qui concerne les déclarations publiques des défenderesses faites lors de conférences en vue de la communication des résultats financiers et de conférences pour les investisseurs, elles ne comportent pas non plus d’éléments de preuve qui appuieraient l’allégation selon laquelle les défenderesses ont conclu un accord afin d’éliminer la fourniture de DRAM. En fait, comme il a été mentionné à la section IV.A, elles révèlent le contraire, soit l’intention indépendante des défenderesses

demand. As an example, throughout the Class Period, SK Hynix repeatedly and consistently stated in public that it was adding DRAM wafer capacity and increasing supply, including by way of massive investments to expand production space at an existing facility and to build a new DRAM manufacturing facility.

[262] None of the Public Statements relied on by the plaintiffs provides an evidentiary foundation supporting an alleged agreement to suppress DRAM supply. There is no evidence on a suppression, restriction or limitation of supply as such. There is also no evidence of any intent, commitment or consensus to do so, from which an agreement or an inference of an agreement could be drawn. The Public Statements do not provide any basis in fact for the alleged conspiracy. To the contrary, they reflect an absence of evidentiary basis for the alleged conspiracy.

[263] There is also no evidentiary basis of any “facilitating practices” in terms of conduct by the defendants—such as sharing competitively sensitive information on production, capacity or prices; coordination between the defendants; or activities assisting in the monitoring of each other—that could point to circumstantial evidence of an agreement.

[264] I do not need to repeat the detailed analysis of the absence of material facts made above in section IV.A with respect to the Public Statements, the alleged “industry consensus”, or the claimed “intent” or “commitment” to restrict supply attributed to the defendants. Just as there was an absence of material facts, I do not find any evidentiary foundation supporting the possible existence of an agreement, of a meeting of the minds or of a mutual understanding between the defendants. I note that there is also an absence of evidence of overt acts by any of the defendants that could have suggested a form

d’accroître leur fourniture respective de DRAM pendant la période visée par le recours collectif, ainsi que la croissance effective de la fourniture de DRAM, bien qu’à un rythme inférieur à la croissance de la demande. À titre d’exemple, tout au long de la période visée par le recours collectif, SK Hynix a répété et systématiquement déclaré publiquement qu’elle allait augmenter sa capacité de production de plaquettes de DRAM et son offre, notamment grâce à des investissements massifs dans l’agrandissement de la zone de production d’une installation existante et dans la construction d’une nouvelle installation de fabrication de DRAM.

[262] Aucune des déclarations publiques invoquées par les demandeurs ne présente un fondement probatoire à l’appui d’un accord visant à éliminer la fourniture de DRAM. Il n’y a aucune preuve d’élimination, de restriction ou de limitation de l’offre en soi. Il n’y a pas non plus de preuve d’une intention, d’un engagement ou d’un consensus à cet égard, à partir de laquelle on pourrait conclure à un accord ou en déduire l’existence. Les déclarations publiques ne présentent aucun fondement factuel à l’appui du complot allégué. En revanche, elles témoignent d’une absence de fondement probatoire du complot allégué.

[263] Il n’y a aucun fondement probatoire concernant des « pratiques facilitantes » se rapportant au comportement des défenderesses — comme le partage de renseignements de nature délicate sur le plan de la concurrence à propos de la production, la capacité ou les prix, la coordination entre les défenderesses ou des activités aidant à la surveillance mutuelle — qui pourraient fournir une preuve circonstancielle d’un accord.

[264] Je n’ai pas besoin de répéter l’analyse détaillée quant à l’absence de faits substantiels faite à la section IV.A ci-dessus en ce qui concerne les déclarations publiques, le « consensus de l’industrie » allégué ou l’« intention » ou l’« engagement » allégués en vue de restreindre l’offre attribuée aux défenderesses. Tout comme je soulignais l’absence de faits substantiels, je ne relève aucun fondement probatoire à l’appui de l’existence possible d’un accord, d’une rencontre de volontés ou d’une entente mutuelle entre les défenderesses. Je souligne également l’absence de preuve d’actes manifestes de la part de



of two-way communications or course of conduct from which the acceptance of an offer could be reasonably inferred. There are only documents showing the state of mind and independent thinking of each separate defendant, and evidence of unilateral acts regarding each defendant's own DRAM supply, with no express or implied intention to suppress or limit supply, no sharing of confidential supply information, and no direct or indirect invitations to the other competitors to participate in any form of concerted actions.

(v) Prior conduct

[265] The fourth category of evidence relied on by the plaintiffs relates to the prior conduct of the defendants. Some documents to that effect are attached as exhibits to the Tayyab Affidavit. Despite the unique nature of their claim based on an alleged conspiracy to suppress DRAM supply, the plaintiffs rely on the prior DRAM investigation and follow-on class actions in the *Infineon* case as constituting some basis in fact for the allegations about the defendants' conduct between 2016 and 2018. This prior DRAM investigation was a standard price-fixing case.

[266] The plaintiffs allege that, in the *Infineon* case, each of the defendants has been involved in prior price-fixing arrangements regarding the DRAM market, where they pled guilty or cooperated with authorities and paid large fines. The plaintiffs submit that this evidence on the defendants' past conduct is relevant at this certification stage. They maintain that, while the successful class proceeding concerning the defendants' previous international DRAM price-fixing conspiracy does not prove present conduct, it does suggest that the current class proceeding, which alleges similar causes of action and common issues, is certifiable.

[267] I disagree, and I instead find that this prior conduct does not amount to some basis in fact for the existence of

l'une ou l'autre des défenderesses qui aurait pu indiquer une forme de communication bilatérale ou une ligne de conduite à partir de laquelle on pourrait raisonnablement déduire l'acceptation d'une offre. Il n'y a seulement que des documents montrant l'état d'esprit et la réflexion indépendante de chaque défenderesse, et des preuves d'actes unilatéraux concernant la fourniture de DRAM de chaque défenderesse, sans intention explicite ou implicite d'éliminer ou de limiter l'offre, sans échange de renseignements confidentiels sur l'offre, et sans invitation directe ou indirecte aux autres concurrents à participer à une forme quelconque d'actions concertées.

(v) Comportement antérieur

[265] La quatrième catégorie de preuve invoquée par les demandeurs se rapporte au comportement antérieur des défenderesses. Certains documents à ce propos sont joints comme pièces à l'affidavit Tayyab. Malgré la nature unique de leur réclamation concernant un complot visant à éliminer la fourniture de DRAM, les demandeurs invoquent l'enquête antérieure sur les DRAM ainsi que les recours collectifs subséquents dans l'affaire *Infineon* comme constituant un certain fondement factuel à l'égard des allégations concernant le comportement des défenderesses entre 2016 et 2018. Cette enquête antérieure sur les DRAM représentait un cas type de fixation des prix.

[266] Les demandeurs allèguent que, dans l'affaire *Infineon*, chacune des défenderesses a déjà participé à des arrangements de fixation des prix concernant le marché des DRAM, à l'égard desquels elles ont plaidé coupables ou ont collaboré avec les autorités et payé d'importantes amendes. Les demandeurs font valoir que cette preuve sur le comportement antérieur des défenderesses est pertinente à la présente étape de l'autorisation. Ils soutiennent que, bien que le recours collectif qui a été accueilli relativement au complot international antérieur de fixation des prix des DRAM des défenderesses ne prouve pas le comportement actuel, il suggère que le recours collectif actuel, dans le cadre duquel on allègue des causes d'action et des questions communes semblables, peut être autorisé.

[267] Je ne suis pas d'accord, et je conclus plutôt que ce comportement antérieur ne constitue pas un fondement

the different conduct now alleged by the plaintiffs in this certification motion.

[268] The fact that a prior class action based on an alleged conspiracy to fix DRAM prices between 1999 and 2002 was certified does not establish some basis in fact that the defendants agreed to suppress DRAM supply as alleged in this case, some 15 years later. Especially not when the prior case did not involve the same conduct (price fixing as opposed to supply suppression) and the defendants had not disputed the allegations of an unlawful agreement in that prior case. As I mentioned above in section II.F, the current case significantly differs from the *Infineon* case. In *Infineon*, the alleged conspiracy was to fix the prices of DRAM and the agreement was not in dispute at all, since the international price-fixing conspiracy had in fact been admitted by the defendants in that case (*Infineon*, at paragraph 5). It further involved allegations of direct discussions in which the alleged conspirators set prices for DRAM (*Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*, 2008 QCCS 2781 (CanLII), 2008 CarswellQue 5729, at paragraph 57). Moreover, there was some evidence, originating directly from the U.S. and European competition agencies involved, relating to the existence of the alleged global conspiracy, the ongoing investigations by these government authorities, and the plea agreements entered into by the defendants (*Infineon*, at paragraphs 80–139). Here, the plaintiffs allege an agreement to suppress DRAM supply, based primarily on signalling in Public Statements, with no admissions or guilty pleas, nor any investigations by competition authorities in Canada, the U.S. or elsewhere with respect to the alleged supply suppression behaviour.

[269] Furthermore, the prior alleged conspiracy in *Infineon* ended some 15 years before the current conspiracy is alleged to have occurred. As the plaintiffs acknowledge in their materials, the DRAM industry is now significantly different than it was at the time of the *Infineon* case.

factuel quant à l'existence du comportement différent désormais allégué par les demandeurs dans la requête en autorisation qui nous occupe.

[268] Le fait qu'un recours collectif antérieur fondé sur un complot en vue de fixer les prix de la DRAM entre 1999 et 2002 a été autorisé ne permet pas d'établir un certain fondement factuel selon lequel les défenderesses ont convenu d'éliminer la fourniture de DRAM, comme il est allégué en l'espèce, quelque 15 ans plus tard, d'autant plus que l'affaire antérieure ne portait pas sur le même comportement (fixation des prix par opposition à l'élimination de l'offre) et que les défenderesses n'avaient pas contesté les allégations d'accord illégal dans cette affaire. Comme je l'ai mentionné précédemment à la section II.F, l'affaire qui nous occupe diffère considérablement de l'affaire *Infineon*. Dans cette affaire, le complot allégué visait la fixation des prix des DRAM et l'accord n'était pas du tout contesté, puisque les défenderesses avaient en fait reconnu le complot international concernant la fixation des prix (*Infineon*, au paragraphe 5). En outre, il y avait également des allégations de discussions directes au cours desquelles les prétendues parties au complot auraient fixé les prix des DRAM (*Option Consommateurs c. Infineon Technologies, a.g.*, 2008 QCCS 2781 (CanLII), 2008 CarswellQue 5729, au paragraphe 57). De plus, il y avait des éléments de preuve, provenant directement des organismes responsables de la concurrence américains et européens concernés, relativement à l'existence du complot mondial allégué, les enquêtes en cours par ces autorités gouvernementales et les ententes sur le plaidoyer conclues par les défendeurs (*Infineon*, aux paragraphes 80 à 139). En l'espèce, les demandeurs allèguent qu'un accord a été conclu en vue d'éliminer la fourniture de DRAM, en s'appuyant principalement sur des signaux dans des déclarations publiques, sans aveux ni plaidoyers de culpabilité, et sans qu'aucune enquête n'ait été menée par les autorités de la concurrence au Canada, aux É.-U. ou ailleurs relativement au comportement allégué d'élimination de la fourniture de DRAM.

[269] Par ailleurs, le complot dans l'affaire *Infineon* que les demandeurs ont allégué a pris fin quelque 15 ans avant que le complot qu'ils dénoncent maintenant ne se produise. Comme les demandeurs le reconnaissent dans leurs documents, l'industrie des DRAM est aujourd'hui très différente de ce qu'elle était à l'époque de l'affaire *Infineon*.

## (vi) The Amended U.S. Complaint

[270] In their submissions to the Court, the plaintiffs also referred to the Amended U.S. Complaint attached as an exhibit to one of their affidavits, and argued that it offered some basis in fact for their proposed liability-related common issues. The plaintiffs suggest that the Amended U.S. Complaint is notably evidence that certain unnamed persons within the defendants' organizations made admissions about some alleged concerted action.

[271] I do not agree. The Amended U.S. Complaint is not evidence of the facts contained therein, and is only evidence that the U.S. plaintiffs made these allegations. As the Superior Court of Quebec observed in *Hazan*, references to U.S. pleadings alleging the same conspiracy are not appropriate evidence since those pleadings are drafted by lawyers and simply constitute opinions or legal argumentation. The common issues requirement requires the plaintiffs to show some basis in fact for their proposed common issues, not some allegations made in a foreign proceeding.

## (vii) The Singer Reports

[272] Finally, at the hearing before this Court, the plaintiffs also alluded to the main report of Dr. Singer and to certain extracts relating to the market structure of the DRAM industry, as providing some evidentiary background for the alleged conspiracy.

[273] Again, I am not persuaded that the Singer Reports offer any evidence constituting some basis in fact for the existence of the alleged breach of section 45. The references to the DRAM market structure or to price fluctuations in the Singer Reports do not constitute some basis in fact that the proposed common issue of a breach of section 45 exists, as these features of an oligopolistic market structure are also consistent with perfectly legal conduct. I further observe that Dr. Singer clearly

## (vi) La plainte américaine modifiée

[270] Dans leurs observations présentées à la Cour, les demandeurs ont également renvoyé à la plainte américaine modifiée jointe comme pièce à l'un de leurs affidavits et ont soutenu qu'elle offrait un certain fondement factuel à l'égard des questions communes qu'ils proposaient en ce qui concerne la responsabilité. Les demandeurs soutiennent que la plainte américaine modifiée constitue notamment une preuve que certaines personnes non désignées au sein des organisations des défendresses ont admis une certaine action concertée.

[271] Je ne suis pas d'accord. La plainte américaine modifiée ne constitue pas une preuve des faits qu'elle contient et ne constitue qu'une preuve que les demandeurs américains ont formulé ces allégations. Comme l'a fait remarquer la Cour supérieure du Québec dans la décision *Hazan*, les renvois à des actes de procédure américains dans lesquels le même complot est allégué ne constituent pas une preuve appropriée puisque ces actes de procédure sont rédigés par des avocats et ne constituent que des opinions ou des arguments juridiques. L'exigence relative aux questions communes requiert que les demandeurs établissent un certain fondement factuel pour leurs questions communes proposées, et non qu'ils présentent certaines allégations formulées dans une poursuite criminelle à l'étranger.

## (vii) Les rapports Singer

[272] Enfin, les demandeurs ont également mentionné à l'audience devant cette Cour, le rapport principal de Dr. Singer et certains extraits concernant la structure du marché de l'industrie des DRAM, pour fournir un certain contexte probatoire à l'appui du complot allégué.

[273] Encore une fois, je ne suis pas convaincu que les rapports Singer fournissent des éléments de preuve qui constituent un certain fondement factuel de l'existence de la violation alléguée de l'article 45. Les renvois à la structure de marché des DRAM ou aux fluctuations de prix dans les rapports Singer n'établissent pas un certain fondement factuel quant à l'existence de la question commune proposée en lien avec une violation de l'article 45, puisque ces caractéristiques d'une structure de

indicates in his main report that he has not been asked to opine on the existence of an agreement between the defendants or on whether a collusion exists in fact.

[274] Simply tendering an expert report is not sufficient to amount to some basis in fact of a proposed common issue. I must be satisfied, without entering into a detailed scrutiny of the evidence, that the expert's evidence on the issue at stake is sufficiently reliable that it provides some basis in fact for the existence of the common issue. While I accept that the evidence at the certification stage, including expert evidence, is scrutinized at a lower standard than it will be subject to at trial, there remains a standard that must be met. Here, it is expressly indicated by Dr. Singer that his report was not meant to and did not provide an opinion on the issue of the existence of the alleged conspiracy.

(viii) The *Crosslink* case

[275] Turning back briefly to the *Crosslink* case, I simply observe that it contains very limited discussion or analysis on the some-basis-in-fact requirement for the alleged conspiracy, as the trial judge in that case appears to have assumed that the necessary evidentiary basis for the proposed liability common issue was satisfied (*Crosslink 1*, at paragraphs 104–111).

[276] To the extent that, in *Crosslink 2*, the court appears to have adopted a one-step approach and denied the necessity of showing some basis in fact for the existence of the common liability issue, namely, the existence of a conspiracy, I do not agree with its conclusions (*Crosslink 2*, at paragraphs 51–57). I do not dispute that, at the certification stage, evidence is not required to establish whether a conspiracy actually occurred, but there is a need to provide enough evidence (i.e. some basis in fact) establishing that the conspiracy exists in fact. The allegation of a conspiracy and the proposed common issue relating to the conspiracy must be grounded in some

marché oligopolistique sont également compatibles avec un comportement parfaitement légal. Je remarque également que Dr. Singer indique clairement dans son rapport principal qu'on ne lui a pas demandé de se prononcer sur l'existence d'un accord entre les défenderesses ou sur l'existence d'une collusion.

[274] Le simple fait de présenter un rapport d'expert ne suffit pas pour établir un certain fondement factuel relativement à une question commune proposée. Je dois être convaincu, sans examiner en détail la preuve, que le témoignage de l'expert sur la question en litige est suffisamment fiable pour présenter un certain fondement factuel quant à l'existence de la question commune. Je reconnais que la preuve à l'étape de l'autorisation, y compris les témoignages d'expert, doit être examinée selon une norme moins rigoureuse que celle à laquelle elle sera soumise au procès, mais il n'en demeure pas moins qu'il existe une norme qui doit être respectée. En l'espèce, Dr. Singer indique expressément que son rapport n'était pas censé présenter une opinion sur la question de l'existence du complot allégué et il ne l'a pas fait.

(viii) L'affaire *Crosslink*

[275] Pour revenir brièvement à l'affaire *Crosslink*, je fais simplement remarquer qu'elle contient une analyse très limitée de l'exigence du certain fondement factuel pour le complot allégué, puisque le juge de première instance dans cette affaire semble avoir supposé que le fondement probatoire nécessaire pour la question commune de la responsabilité proposée était respecté (*Crosslink 1*, aux paragraphes 104 à 111).

[276] Dans la mesure où, dans l'affaire *Crosslink 2*, la cour semble avoir adopté une approche en une étape et avoir nié la nécessité de démontrer un certain fondement factuel pour l'existence de la question de la responsabilité commune, à savoir l'existence d'un complot, je ne suis pas d'accord avec ses conclusions (*Crosslink 2*, aux paragraphes 51 à 57). Je ne conteste pas le fait que, à l'étape de l'autorisation, il n'est pas nécessaire de présenter des éléments de preuve pour établir si un complot a effectivement eu lieu, mais il faut en présenter suffisamment (c.-à-d. un certain fondement factuel) pour établir qu'un complot existe effectivement. L'allégation de complot et

evidence, and not only on bare assertions and speculation. As discussed above in relation to the two-step test, some basis in fact is not simply required for the commonality of the liability issue; it is also required for the existence of the alleged conspiracy.

(b) *Breach of Section 46*

[277] Moving to the second proposed common issue on liability, namely the breach of section 46, suffice it to say that, if there is no basis in fact for a breach of section 45, the same goes for the breach of section 46, which is an extension of section 45. I would add that, in addition to an absence of evidence on the alleged conspiracy under section 45, there is not a scintilla of evidence on the other main constituent elements of a foreign directive in breach of section 46: no evidence has been provided by the plaintiffs on the implementation of a foreign directive, instruction, intimation of policy or other communication by any of the defendants, or how such directive, instruction, intimation of policy or communication was issued for the purpose of giving effect to conspiracy entered outside of Canada that would breach section 45.

(c) *Conclusion on the proposed common issues on liability*

[278] In summary, not only are the plaintiffs' allegations on the alleged conspiracy insufficient to meet the reasonable cause of action requirement, but the plaintiffs have also failed to provide some basis in fact for the proposed common issues relating to the alleged wrongful acts, namely a breach of section 45 on conspiracy or of section 46 on foreign directives. I find no evidence or basis in fact supporting any suppression, restriction or limitation in the supply of DRAM by the defendants. I find no evidence or basis in fact of any increases in DRAM prices being linked to some form of suppression, restriction or limitation of supply. I find no evidence or basis in fact of any concerted or coordinated action by

la question commune proposée relativement au complot doivent être fondées sur certains éléments de preuve, et non seulement sur de simples affirmations et conjectures. Comme je l'ai déjà mentionné concernant le critère à deux étapes, le certain fondement factuel n'est pas simplement nécessaire pour déterminer le caractère commun de la question de la responsabilité, mais également pour établir l'existence du complot allégué.

b) *Violation de l'article 46*

[277] Passons maintenant à la deuxième question commune proposée concernant la responsabilité, à savoir la violation de l'article 46. Il suffit de dire que, s'il n'y a aucun fondement factuel pour une violation de l'article 45, il en va de même pour la violation de l'article 46, qui constitue un prolongement de l'article 45. J'ajouterais qu'en plus de l'absence de preuve en ce qui concerne un complot allégué en vertu de l'article 45, il n'y a pas la moindre preuve à l'égard des autres principaux éléments constitutifs d'une directive étrangère en violation de l'article 46 : les demandeurs n'ont présenté aucun élément de preuve sur l'application d'une directive, d'une instruction, d'un énoncé de politique ou d'une autre communication étrangère par l'une des défenderesses, ou sur la façon dont cette directive, cette instruction, cet énoncé de politique ou cette communication a été faite dans le but de donner effet à un complot conclu à l'extérieur du Canada qui contreviendrait à l'article 45.

c) *Conclusion sur les questions communes proposées quant à la responsabilité*

[278] En résumé, non seulement les allégations des demandeurs au sujet du complot allégué sont insuffisantes pour satisfaire à l'exigence relative à la cause d'action valable, mais les demandeurs n'ont pas présenté non plus un certain fondement factuel en ce qui concerne les questions communes proposées relativement aux actes répréhensibles allégués, soit une violation de l'article 45, relatif au complot, ou de l'article 46, relativement aux directives étrangères. Je ne relève aucun élément de preuve ou fondement factuel appuyant toute élimination, restriction ou limitation de la fourniture de DRAM par les défenderesses. Je ne relève aucun élément de preuve ou fondement factuel démontrant que des augmentations

the defendants regarding the supply of DRAM or the DRAM prices, nor any evidence from which such an inference could be drawn. I find no evidence or basis in fact of any two-way communications between the defendants on the supply of DRAM or on DRAM prices, or of any conduct by the defendants from which a collusive meeting of the minds or mutual understanding could be inferred. Quite the contrary, there is only evidence of a series of non-criminal, unilateral conduct by the defendants.

[279] I underline that this is not a situation where I had to resolve conflicting facts or evidence, something I could not have done at the certification stage. It is rather a situation where I find an absence of evidentiary background or basis in fact for the wrongful acts alleged by the plaintiffs.

(d) *Proposed common issues on harm and loss*

[280] In light of my finding that there is no basis in fact for the proposed common issues on a breach of section 45 or 46 of the Act, there is no need to deal with the other proposed common issues identified by the plaintiffs with respect to harm or loss, or to follow-on interest and investigation costs. If there is no evidence and basis in fact for the proposed common issues on conduct and liability, and for the existence of an alleged conspiracy, then none of the proposed common issues relating to the alleged harm or loss, or to interest or investigation costs, can be certified, as all these other proposed common issues are a consequence of the alleged conduct or liability (*Simpson*, at paragraphs 26 and 45).

[281] I am mindful of the fact that the parties have spent a fair amount of their written and oral submissions on

des prix des DRAM sont liées à une forme quelconque d'élimination, de restriction ou de limitation de l'offre. Je ne relève aucun élément de preuve ou fondement factuel concernant une action concertée ou coordonnée de la part des défenderesses concernant la fourniture de DRAM ou de ses prix ni élément de preuve permettant de tirer une telle inférence. Je ne relève aucun élément de preuve ou fondement factuel de communications bilatérales entre les défenderesses portant sur la fourniture de DRAM ou ses prix ni de comportement de la part des défenderesses à partir duquel on pourrait déduire l'existence d'un accord de volontés ou d'une entente mutuelle. Bien au contraire, les seuls éléments de preuve présentés ne concernent qu'une série de comportements unilatéraux non criminels des défenderesses.

[279] Je souligne qu'il ne s'agit pas d'une affaire où j'ai dû trancher des faits ou des éléments de preuve contradictoires, ce que je n'aurais pas pu faire à l'étape de l'autorisation. Il s'agit plutôt d'une affaire où je constate l'absence d'un contexte probatoire ou d'un fondement factuel à l'égard des actes répréhensibles allégués par les demandeurs.

d) *Questions communes proposées quant aux dommages et aux pertes*

[280] Vu ma conclusion selon laquelle il n'y a aucun fondement factuel aux questions communes proposées en ce qui concerne une violation des articles 45 ou 46 de la Loi, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres questions communes proposées soulevées par les demandeurs en ce qui concerne les dommages ou la perte ni d'examiner les intérêts et les frais d'enquête. S'il n'y a aucun élément de preuve et aucun fondement factuel à l'égard des questions communes proposées quant au comportement et à la responsabilité, ainsi qu'à l'existence du complot allégué, aucune des questions communes proposées concernant les dommages ou la perte allégués, ou les intérêts ou les frais d'enquête, ne peut être autorisée, puisque toutes ces autres questions communes proposées découlent du comportement ou de la responsabilité allégués (*Simpson*, aux paragraphes 26 et 45).

[281] Je suis conscient du fait que les parties ont consacré une bonne partie de leurs observations écrites et orales

these proposed common issues on harm or loss and on the Singer Reports, more particularly on the question of whether there is some basis in fact in the record that the alleged loss or harm can be established on a class-wide basis. This is typically the main issue in dispute in competition class actions based on an alleged breach of section 45, revolving around the existence of a sufficiently credible and plausible methodology to establish loss or harm on a class-wide basis and the test developed by the S.C.C. in *Pro-Sys* (*Pro-Sys*, at paragraph 118).

[282] In the current case, the alleged harm is increased DRAM prices caused by the alleged coordinated restrictions in the supply of DRAM. Not surprisingly, given the parties' differing views on the existence of the alleged conspiracy, the main point of contention was the ability of Dr. Singer's methodology to distinguish between price increases resulting from illegal collusion and price increases resulting from legal conscious parallelism. According to the defendants, Dr. Singer's methodology was incapable of addressing the pleaded facts of this case (and hence was not realistic) because his proposed methodology failed to distinguish between legal oligopoly behaviour such as conscious parallelism, which may result in supra-competitive prices, and unlawful conspiracies, which also leads to supra-competitive prices. According to the plaintiffs, Dr. Singer's proposed methodology was able to control and explain all competitive forces that could affect DRAM prices, as it captures the effect of the oligopolistic interactions between the DRAM suppliers through the supply variables, the demand variables and the time trends of his model.

[283] As I mentioned above, in light of my conclusions on the proposed common issues on liability, I do not have to determine if Dr. Singer's methodology meets the requirements of the test laid out in *Pro-Sys*, as the proposed common issues relating to harm or loss are not suitable for certification in any event. I will only observe that, if Dr. Singer's methodology was effectively unable to take into account the oligopolistic structure of the DRAM

à ces questions communes proposées en ce qui concerne les dommages causés ou la perte, et aux rapports Singer, plus particulièrement en ce qui concerne la question de savoir s'il existe un certain fondement factuel au dossier permettant d'établir la perte ou les dommages allégués à l'égard de tous les membres du groupe. Il s'agit habituellement de la principale question en litige dans les recours collectifs allégués en matière de concurrence fondés sur une violation de l'article 45, qui porte principalement sur l'existence d'une méthode suffisamment crédible et plausible pour établir la perte ou les dommages à l'échelle du groupe et le critère énoncé par la C.S.C. dans l'arrêt *Pro-Sys* (*Pro-Sys*, au paragraphe 118).

[282] En l'espèce, le préjudice allégué consiste en l'augmentation des prix des DRAM causée par des restrictions coordonnées de la fourniture de DRAM. Sans surprise, vu les divergences d'opinions entre les parties quant à l'existence du complot, le principal point en litige était la capacité de la méthode de Dr. Singer de faire la distinction entre les augmentations de prix résultant d'une collusion illégale et les augmentations de prix résultant d'un parallélisme conscient et légal. Selon les défenderesses, la méthode de Dr. Singer n'était pas en mesure de traiter les faits avancés en l'espèce (et n'était donc pas réaliste). Elles affirment que la méthode proposée ne faisait pas la distinction entre des comportements oligopolistiques légaux comme le parallélisme conscient, qui peut causer des prix supra-concurrentiels, et les complots illégaux, qui mènent, eux aussi, à des prix supra-concurrentiels. Selon les demandeurs, la méthode proposée par Dr. Singer était en mesure de contrôler et d'expliquer toutes les forces concurrentielles qui auraient pu avoir une incidence sur les prix des DRAM, car le modèle tient compte de l'effet des interactions oligopolistiques entre les fournisseurs de DRAM par les variables de l'offre et de la demande, et les tendances temporelles de son modèle.

[283] Comme je l'ai déjà mentionné, étant donné mes conclusions sur les questions communes proposées quant à la responsabilité, je n'ai pas à déterminer si la méthode de Dr. Singer satisfait aux exigences du critère énoncé dans l'arrêt *Pro-Sys*, puisque les questions communes proposées en ce qui concerne les dommages ou la perte ne peuvent pas être autorisées de toute façon. Je ferai toutefois observer que, si la méthode de Dr. Singer

industry and to isolate the potential for conscious parallelism by the market participants—which is a perfectly legal behaviour in Canada—, it would not likely be a credible, plausible or realistic methodology grounded in the facts of this case allowing the Court to establish the loss or harm caused by an illegal agreement. However, this is not a factual determination that I need to make in order to conclude that the plaintiffs’ class action cannot be certified. On both the reasonable cause of action and the common issues requirement, the plaintiffs’ certification motion fails on the alleged conspiracy at the source of their claims, and this is the basis on which certification is denied.

### (3) Conclusion

[284] For all the reasons detailed above, I conclude that the plaintiffs do not satisfy the common issues requirement for certification. And if none of the proposed common issues can be certified, it follows that the proposed class action cannot be certified. Absent common issues, there is no justification for a class proceeding.

[285] Section 45 is the cornerstone of the Act and has frequently been described as its most significant provision. Allegations of unlawful conspiracies in violation of section 45 are serious, and a recourse alleging a breach of section 45 cannot be undertaken lightly, especially when it is seeking \$1 billion in damages. A competition law class action based on an alleged conspiracy under section 45 of the Act cannot be allowed to proceed on the basis of pure speculation or wishful thinking about the existence of an agreement, and on a lack of some minimal evidence of unlawful conduct. This is what we have here.

[286] In my view, to allow the plaintiffs’ proposed class action to go forward on the basis of the record before me regarding the alleged agreement would set a dangerous precedent that would open the door to file section 36 claims on the sole basis of apparent anti-competitive

ne pouvait effectivement pas tenir compte de la structure oligopolistique de l’industrie des DRAM et isoler le potentiel de parallélisme conscient des participants au marché — qui est un comportement parfaitement légal au Canada —, il ne s’agirait probablement pas d’une méthode crédible, plausible ou réaliste fondée sur les faits de la présente espèce permettant à la Cour d’établir la perte ou les dommages causés par un accord illégal. Toutefois, il ne s’agit pas d’une conclusion factuelle que je dois tirer pour conclure que le recours collectif des demandeurs ne peut être autorisé. Tant en ce qui concerne la cause d’action valable que l’exigence relative aux questions communes, la requête en autorisation des demandeurs échoue quant au complot allégué à l’origine de leurs réclamations, et c’est sur ce fondement que l’autorisation est refusée.

### 3) Conclusion

[284] Pour l’ensemble des motifs énoncés ci-dessus, je conclus que les demandeurs ne satisfont pas à l’exigence relative aux questions communes aux fins d’autorisation. En outre, si aucune des questions communes proposées ne peut être autorisée, il s’ensuit que le recours collectif envisagé ne peut être autorisé. En l’absence de questions communes, le recours collectif n’est pas justifié.

[285] L’article 45 est la pierre angulaire de la Loi et a souvent été décrit comme sa disposition la plus importante. Les allégations de complots illégaux en violation de l’article 45 sont graves, et un recours dans lequel on allègue une violation de l’article 45 ne peut être entrepris à la légère, surtout lorsque les dommages-intérêts demandés s’élèvent à un milliard de dollars. Un recours collectif en droit de la concurrence relatif à un complot visé par l’article 45 de la Loi ne peut être autorisé sur le fondement de pures conjectures ou d’un vœu pieux quant à l’existence d’un accord ainsi que sur l’absence d’une preuve minimale de comportement illégal. C’est la situation qui nous a été présentée en l’espèce.

[286] À mon avis, le fait de permettre la poursuite du recours collectif envisagé par les demandeurs sur la foi du dossier qui m’a été présenté concernant l’accord allégué donnerait lieu à un dangereux précédent susceptible d’ouvrir la voie au dépôt de réclamations fondées sur



effects accompanied with unfounded allegations and speculation regarding the collusive conduct of the alleged conspirators. It would essentially mean that a competition law class action seeking damages under the Act for a breach of section 45 could be allowed to proceed in the complete absence of any factual basis or minimal evidence regarding the fundamental constituent of the conspiracy offence, namely an agreement between the defendants.

[287] It is certainly tempting to see or imagine an unlawful conspiracy between suppliers whenever there are concurrent price increases—especially significant ones—in a concentrated or oligopolistic industry. Indeed, this is a comment we frequently hear in Canada whenever there appear to be simultaneous increases in retail gasoline prices. But it is the coordinated behaviour of competitors that makes certain conduct *per se* illegal under section 45 of the Act and paves the way to a claim in damages under section 36, not the actual or likely existence of anti-competitive effects such as observed price increases. The 2009 amendments to section 45 of the Act have created an assumption that three types of coordinated conduct by competitors (namely price-fixing, market allocation or output restriction) are so unambiguously harmful to competition that they ought to be automatically prohibited, without the need for evidence on their adverse anti-competitive effects. But the reverse is not true. Section 45 does not contemplate that evidence of actual or likely anti-competitive effects constitutes proof of the presence of an illegal agreement between competitors, without any material facts or evidentiary basis regarding the concerted conduct of the competitors. There needs to be direct or circumstantial evidence of the alleged conspiracy, arrangement or agreement.

[288] To grant certification of the plaintiffs' proposed class action in this case would essentially require the Court to ignore the fundamental structure of the Act and its recognition that non-criminal, unilateral conduct by

l'article 36 uniquement en fonction d'effets anticoncurrentiels apparents et d'allégations et de conjectures non fondées concernant le comportement collusoire de parties soupçonnées de complot. Essentiellement, cela voudrait dire qu'un recours collectif en droit de la concurrence visant à obtenir des dommages-intérêts en vertu de la Loi pour une violation de l'article 45 pourrait être autorisé en l'absence totale de tout fondement factuel ou d'une preuve minimale concernant l'élément fondamental de l'infraction de complot, à savoir l'existence d'un accord entre les défenderesses.

[287] Il est assurément tentant de voir ou d'imaginer qu'un complot illégal a lieu entre des fournisseurs lorsqu'il y a des augmentations de prix simultanées — surtout lorsqu'il s'agit de hausses importantes — dans une industrie concentrée ou un oligopole. En fait, il s'agit d'un commentaire que nous entendons souvent au Canada quand il semble y avoir des augmentations simultanées du prix de l'essence au détail. Toutefois, c'est le comportement coordonné des concurrents qui rend en soi illégaux certains comportements en vertu de l'article 45 de la Loi et qui ouvre la voie à une demande en dommages-intérêts en vertu de l'article 36, et non l'existence réelle ou probable d'effets anticoncurrentiels comme un constat d'augmentations de prix. Les modifications apportées en 2009 à l'article 45 de la Loi ont créé le principe selon lequel trois types de comportements coordonnés de la part des concurrents (à savoir la fixation des prix, la répartition de marchés ou la restriction de la production) sont si manifestement préjudiciables à la concurrence qu'ils devraient être automatiquement interdits, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir des éléments de preuve sur leurs effets anticoncurrentiels négatifs. Cependant, la situation inverse n'est pas vraie. L'article 45 ne prévoit pas que la preuve d'effets anticoncurrentiels réels ou probables constitue la preuve de l'existence d'un accord illicite entre concurrents, sans aucun fait substantiel ou élément probant quant au comportement concerté des concurrents. Il doit y avoir une preuve directe ou circonstancielle du complot, de l'arrangement ou de l'accord allégué.

[288] L'autorisation du recours collectif envisagé par les demandeurs en l'espèce obligerait essentiellement la Cour à faire fi de la structure fondamentale de la Loi et du fait qu'elle reconnaît que le comportement unilatéral

competitors, even if it may have anti-competitive effects and create harm to the economy and to Canadians, does not open the door to civil recourses in damages under section 36. The Act provides that several behaviours having actual or likely anti-competitive effects may lead to civil enforcement action by the Commissioner or by private parties before the Tribunal, and to corrective measures imposed by the Tribunal. However, only a limited list of specific criminal conduct allow plaintiffs to seek damages under section 36. Under the Canadian competition law regime, it takes more than concurrent price increases, no matter how anomalous they may look, to ground a recourse in damages based on an alleged violation of section 45. It takes an express or tacit agreement. It takes a prohibited criminal conduct. This is the crucial missing link in the plaintiffs' certification motion, and this is where their case stumbles at the certification stage.

[289] The presence of an express or tacit agreement is the beating heart of the conspiracy provision, even more so with the new section 45 prohibiting hard-core cartels as *per se* infractions under the Act. Here, the plaintiffs' allegations and the evidence before me do not even allow me to detect a pulse.

[290] I make two final observations.

[291] Throughout the plaintiffs' written and oral submissions, the argument that a certification motion is a procedural process and should not be a merits-based screening was repeated like a chorus. The plaintiffs and their counsel often agitated the spectre of an inappropriate foray into the merits of the case as soon as the Court—in an effort to properly assess the factual underpinning of the plaintiffs' certification motion—was looking more closely at the allegations made in the pleadings or at the evidentiary background put forward by the plaintiffs on this motion.

[292] I do not dispute that the class actions are a specific procedural vehicle for litigants and that a certification

et non criminel de concurrents, même s'il peut avoir des effets anticoncurrentiels et nuire à l'économie et aux Canadiens, n'ouvre pas la porte à des recours civils en dommages-intérêts en vertu de l'article 36. La Loi prévoit que plusieurs comportements ayant des effets anticoncurrentiels réels ou probables peuvent donner lieu à des mesures civiles d'application de la loi de la part du Commissaire ou sollicitées par des parties privées devant le Tribunal ainsi qu'à des mesures correctives imposées par le Tribunal. Toutefois, seule une liste limitée de comportements criminels précis permet aux demandeurs de solliciter des dommages-intérêts en vertu de l'article 36. Sous le régime canadien du droit de la concurrence, il faut plus que des augmentations de prix simultanées, aussi anormales soient-elles, pour fonder un recours en dommages-intérêts reposant sur une violation alléguée de l'article 45. Il faut un accord explicite ou tacite. Il faut un comportement criminel interdit. Il s'agit du lien essentiel qui est absent de la requête en autorisation des demandeurs, et voilà la raison pour laquelle leur réclamation trébuche à l'étape de l'autorisation.

[289] L'existence d'une entente explicite ou tacite constitue le cœur de la disposition sur le complot, d'autant plus que le nouvel article 45 interdit les cartels injustifiables et les érige en infractions automatiques en vertu de la Loi. En l'espèce, les allégations des demandeurs et la preuve qui m'a été présentée ne me permettent même pas de déceler ne serait-ce qu'un pouls.

[290] Je formule deux dernières observations.

[291] L'argument selon lequel une requête en autorisation est un processus procédural et ne devrait pas être un examen au fond a été répété comme un refrain tout au long des observations écrites et orales des demandeurs. Les demandeurs et leurs avocats ont souvent brandi le spectre d'une incursion inappropriée dans le fond de l'affaire dès que la Cour — dans le but d'évaluer adéquatement les faits à l'origine de la requête en autorisation des demandeurs — examinait de plus près les allégations formulées dans les actes de procédure ou le contexte probatoire présenté par les demandeurs dans la requête.

[292] Je ne remets pas en question le fait que les recours collectifs constituent un moyen procédural spécifique

motion is not the place to focus on the substance and merits of a contemplated class action. However, the certification stage nonetheless remains an important gate-keeping mechanism which must operate as a “meaningful screening device” and which shall not be treated as a “mere formality” (*Desjardins*, at paragraph 74; *Oratoire*, at paragraph 62; *Pro-Sys*, at paragraph 103). Contrary to what the plaintiffs appeared to suggest, for a court to conduct a rigorous review of a plaintiff’s certification motion and to scrutinize with care the allegations, the material facts and the evidence put forward by a plaintiff on a certification motion does not amount to delving into the merits of the case. As the S.C.C. frequently stated, it is rather part of the courts’ expected role and duty to do more than a rubber-stamping and symbolic review of proposed class actions at the certification stage, and to be satisfied that the certification requirements are effectively met.

[293] This is the analysis that I conducted in these reasons.

[294] The repeated admonitions of the plaintiffs sometimes left the impression that the procedural aspect of the certification process was brandished as a shield to protect the plaintiffs’ motion from anything more than a timid and “light” scrutiny by the Court. With respect, I do not agree that the certification process can be reduced to such a narrow scope and can be stripped down to such an empty and trivial exercise. It may well be that, when procedure constitutes the main logic to support the certification of a proposed class action, procedure becomes the main argument put forward by a plaintiff. But, in my view, the procedural dimension of class proceedings was never meant to downsize the certification process to a meaningless one, or to become a fig leaf to cover the naked shortcomings of a plaintiff’s motion. When, as is the case here, there is a dearth of material facts and an absence of the minimal evidentiary basis required to support the alleged illegal conduct at the very heart of a proposed class proceeding, it is the Court’s role, even

pour les parties et qu’une requête en autorisation n’est pas l’instrument approprié pour se concentrer sur le fond et le bien-fondé d’un recours collectif envisagé. Cependant, l’étape de l’autorisation n’en reste pas moins un important mécanisme de contrôle qui doit fonctionner comme un « mécanisme de filtrage efficace » et qui ne doit pas être considéré comme une « simple formalité » (*Desjardins*, au paragraphe 74; *Oratoire*, au paragraphe 62; *Pro-Sys*, au paragraphe 103). Contrairement à ce que les demandeurs semblaient laisser entendre, le fait pour un tribunal de procéder à un examen rigoureux de la requête en autorisation d’un demandeur et d’en examiner attentivement les allégations, les faits substantiels et les éléments de preuve présentés par un demandeur dans le cadre d’une requête en autorisation ne signifie pas que l’examen se métamorphose en un examen du fond de l’affaire. Comme la C.S.C. l’a souvent affirmé, ceci s’inscrit plutôt dans le rôle et l’obligation qu’ont les tribunaux de faire plus qu’approuver sans discussion et de procéder à un examen symbolique des recours collectifs envisagés à l’étape de l’autorisation, et de s’assurer que les conditions d’autorisation sont effectivement respectées.

[293] Il s’agit de l’analyse que j’ai menée dans les présents motifs.

[294] Les mises en garde répétées des demandeurs ont parfois donné l’impression que l’aspect procédural du processus d’autorisation était présenté comme un bouclier pour protéger la requête des demandeurs contre tout examen qui serait plus que timide et « léger » de la part de la Cour. En toute déférence, je ne suis pas d’accord pour dire que le processus d’autorisation peut être réduit à une portée aussi étroite et à un exercice aussi vide et futile. Il se peut fort bien que, lorsque la procédure constitue la principale logique à l’appui de l’autorisation d’un recours collectif envisagé, elle devienne le principal argument avancé par le demandeur. Toutefois, à mon avis, la dimension procédurale du recours collectif n’a jamais été conçue pour réduire le processus d’autorisation à un processus dénué de sens ou pour devenir en quelque sorte comme une feuille de vigne qui sert à dissimuler les lacunes pures et simples de la requête d’un demandeur. Lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, il y a un manque de faits substantiels et une absence du

at the procedural stage of certification, to filter out such untenable, unfounded and speculative claim.

[295] My second remark relates to the particularities of this proposed competition law class action based on section 45. As I indicated throughout these reasons, the plaintiffs' motion is a fairly unique case where the very existence of the alleged conspiracy at the source of the claim for loss and damages under section 36 of the Act is disputed, and is the central battleground at the certification stage.

[296] In virtually all cases involving recourses under sections 36 and 45 of the Act, before filing their civil recourse in damages, plaintiffs typically relied on some express agreements, rules or contracts at the source of the impugned unlawful conspiracy, on criminal convictions or guilty pleas entered by the defendants in related criminal proceedings, or on a criminal investigation undertaken by the Competition Bureau or by foreign competition authorities (and clearly affecting Canada). All of these situations meant that there were not only ample material facts to nourish the plaintiffs' allegations of conspiracy and agreement made in the pleadings but also the minimal required evidentiary basis (i.e. some basis in fact) for the proposed common issues relating to the alleged wrongful conduct. Here, we instead have a case where there are no guilty pleas or convictions involving DRAM or the defendants, no investigation by the Competition Bureau into the alleged conduct of the defendants, and no investigation by any foreign antitrust or competition authority regarding an alleged conspiracy to suppress DRAM supply.

[297] Of course, nothing in section 36 prevents a plaintiff from going forward with an action in damages based on an alleged section 45 offence, without a prior conviction,

fondement probatoire minimum requis pour étayer le comportement illicite au cœur même du recours collectif envisagé, il incombe à la Cour, même à l'étape procédurale de l'autorisation, d'écartier une demande aussi insoutenable, non fondée et conjecturale.

[295] Ma deuxième observation porte sur les particularités du recours collectif envisagé en droit de la concurrence fondé sur l'article 45. Comme je l'ai indiqué tout au long des présents motifs, la requête des demandeurs est un cas assez unique où l'existence même du complot allégué à l'origine de la demande de perte et de dommages en vertu de l'article 36 de la Loi est contestée et constitue le principal champ de bataille à l'étape de l'autorisation.

[296] Dans presque toutes les affaires de recours prévus aux articles 36 et 45 de la Loi, avant de déposer leur recours civil en dommages-intérêts, les demandeurs s'appuient habituellement sur des accords, règles ou contrats explicites à l'origine du complot illicite contesté, sur des déclarations de culpabilité ou à des plaidoyers de culpabilité enregistrés par les défenderesses dans des procédures criminelles connexes, ou sur une enquête criminelle entreprise par le Bureau de la concurrence ou par des autorités étrangères en matière de concurrence (et affectant manifestement le Canada). Toutes ces situations signifient qu'il y a non seulement amplement de faits substantiels pour alimenter les allégations de complot et d'accord formulées par les demandeurs dans leurs actes de procédure, mais aussi le minimum de fondement probatoire requis (c.-à-d. un certain fondement factuel) pour les questions communes proposées relativement au comportement répréhensible allégué. En l'espèce, il s'agit plutôt d'une affaire où il n'y a pas de plaidoyers de culpabilité ou de déclarations de culpabilité mettant en cause les DRAM ou les défenderesses, où le Bureau de la concurrence n'a mené ni ne mène aucune enquête sur le comportement des défenderesses, et où aucune enquête n'est menée par une autorité anticoncurrentielle ou une autorité en matière de concurrence étrangère au sujet d'un complot allégué visant à éliminer la fourniture de DRAM.

[297] Certes, rien dans l'article 36 n'empêche un demandeur d'intenter une action en dommages-intérêts fondée sur une infraction visée à l'article 45, sans qu'il

guilty plea or inquiry by the Canadian competition authorities. But when all of these are lacking, when—as is the case here—there are no criminal indictments, no plea bargains, no convictions and no regulatory inquiries by the Canadian authorities, as well as no other similar evidence in any jurisdiction with respect to the impugned conduct, it is obviously more difficult and more challenging for a plaintiff to support allegations of an unlawful conspiracy with material facts or to present the minimal evidentiary basis required for the proposed common issues on the alleged wrongful act. But it is still the plaintiff's burden to do so, and a plaintiff's choice to file a proposed competition class action early, without such support, does not exempt from having to meet the requirements for the necessary minimal evidentiary basis, and from having to present more than vague speculation and conjecture about the alleged prohibited agreement underlying a recourse under section 36.

[298] I must underscore that this is an area where a public authority (i.e. the Commissioner) is vested with extensive powers and tools to investigate criminal anti-competitive conduct and enforce the criminal provisions of the Act. The Commissioner has repeatedly affirmed that section 45 is the most important provision of the Act and that taking actions against hard-core cartels is his priority. I accept that the absence of any investigation by the Competition Bureau on an impugned conduct is not determinative of the potential existence of a section 45 conspiracy. But it is certainly telling.

*C. Paragraph 334.16(1)(d) [of the Rules]: The preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact*

[299] The last criterion challenged by the defendants is the preferable procedure criterion, set out in paragraph 334.16(1)(d) and, even though I do not have to in light of my previous findings, I will make the following brief observations on this certification requirement.

y ait eu préalablement une déclaration de culpabilité, un plaidoyer de culpabilité ou une enquête menée par les autorités canadiennes en matière de concurrence. Toutefois, lorsque tous ces éléments font défaut, lorsque — comme c'est le cas en l'espèce — il n'y a pas d'acte d'accusation, pas de négociation de plaidoyer, pas de déclaration de culpabilité et pas d'enquête réglementaire par les autorités canadiennes, ni aucun autre élément de preuve semblable dans un territoire de compétence quelconque en ce qui a trait au comportement reproché, il est manifestement plus difficile et plus ardu pour un demandeur d'étayer des allégations de complot illicite au moyen de faits substantiels ou de présenter le fondement probatoire minimum requis pour les questions communes proposées à l'égard de l'acte illicite allégué. Toutefois, il incombe toujours au demandeur de le faire, et le choix d'un demandeur de déposer un recours collectif en matière de concurrence rapidement, sans un tel appui, ne le dispense pas de satisfaire aux exigences relatives au fondement probatoire minimum nécessaire et de présenter plus que de vagues conjectures au sujet de l'accord interdit allégué qui sous-tend le recours intenté en vertu de l'article 36.

[298] Je dois souligner qu'il s'agit d'un domaine où une autorité publique (c.-à-d. le Commissaire) est investie de pouvoirs et d'outils considérables pour enquêter sur les comportements anticoncurrentiels criminels et appliquer les dispositions criminelles de la Loi. Le Commissaire a affirmé à maintes reprises que l'article 45 est la disposition la plus importante de la Loi et que la prise de mesures contre les cartels injustifiables constitue sa priorité. Je reconnais que l'absence d'enquête du Bureau de la concurrence sur un comportement reproché n'est pas déterminante quant à l'existence d'un complot visé par l'article 45. Toutefois, il s'agit certainement de quelque chose de révélateur.

*C. Alinéa 334.16(1)d [des Règles] : Le meilleur moyen pour un règlement juste et efficace des questions communes de droit ou de fait*

[299] Le dernier critère remis en question par les défenderesses est celui du meilleur moyen énoncé à l'alinéa 334.16(1)d) et, même si je n'ai pas à le faire vu les conclusions que j'ai déjà tirées, je formulerai les brèves observations suivantes sur cette condition d'autorisation.

[300] The plaintiffs submit that a class proceeding is the preferable procedure in this case, since it favours access to justice, judicial economy and behaviour modification. Furthermore, they maintain that they meet all the factors set out in subsection 334.16(2): common questions predominate over individual ones; there is no evidence of Class members having an interest in controlling individual actions; there are no individual proceedings; only one class proceeding has been filed in a provincial court (in *Hazan*), on the basis of a different cause of action; there is no viable alternative to resolve the claims; and the class proceeding will not create greater difficulties than any other alternative.

[301] However, in this case, I have found an absence of proposed common issues. I agree with the defendants that a class action cannot be the preferable procedure for a claim under section 36 of the Act where the alleged wrongful acts and the alleged harm or loss resulting from the wrongful conduct cannot be certified as common issues. The preferable procedure analysis in a competition class action is closely linked to the question of whether the court has a basis to certify common issues comprising the elements of a defendant's liability (*Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187 [cited above], at paragraph 84). This requires, at a minimum, the unlawful conspiracy and harm to be certifiable as common issues because these form the core elements of any plaintiff's claim under section 36 of the Act for a breach of sections 45 and 46.

[302] According to the test outlined by the S.C.C., in order to meet the preferable procedure criterion, the representative plaintiff must show: (i) that a class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim and determining the common issues which arise from the claims of multiple plaintiffs, and (ii) that it would be preferable to any other reasonably available means of resolving the class members' claims (*Fischer*, at paragraph 48; *Hollick*, at paragraph 28;

[300] Les demandeurs font valoir qu'un recours collectif constitue le meilleur moyen en l'espèce de régler le litige puisqu'il favorise l'accès à la justice, l'économie judiciaire et la modification du comportement. De plus, ils soutiennent qu'ils satisfont à tous les facteurs énoncés au paragraphe 334.16(2) : les questions communes prédominent sur les questions individuelles; il n'y a aucune preuve que les membres du groupe ont un intérêt à contrôler des actions individuelles; il n'y a pas de procédures individuelles; un seul recours collectif a été déposé devant une cour provinciale (dans *Hazan*), sur le fondement d'une cause d'action différente; il n'y a pas d'alternative viable pour résoudre les réclamations; et le recours collectif ne créera pas de plus grandes difficultés que toute autre alternative.

[301] Toutefois, en l'espèce, j'ai constaté une absence de questions communes proposées. Je suis d'accord avec les défenderesses pour dire qu'un recours collectif ne saurait être le meilleur moyen de régler une réclamation présentée au titre de l'article 36 de la Loi lorsque les actes répréhensibles allégués, et les dommages ou la perte allégués découlant du comportement répréhensible ne peuvent être autorisés à titre de questions communes. L'analyse du meilleur moyen dans le cadre d'un recours collectif en matière de concurrence est étroitement liée à la question de savoir si le tribunal dispose d'un fondement pour autoriser des questions communes comprenant les éléments de la responsabilité d'un défendeur (*Ewert v. Nippon Yusen Kabushiki Kaisha*, 2019 BCCA 187 (CanLII) [précité], au paragraphe 84). Pour ce faire, il faut à tout le moins que le complot illicite et les dommages soient admissibles à titre de questions communes, car ils constituent les éléments essentiels de toute réclamation présentée par tout demandeur en vertu de l'article 36 de la Loi pour une violation des articles 45 et 46.

[302] Selon le critère énoncé par la C.S.C., pour satisfaire au critère du meilleur moyen, le représentant doit démontrer ce qui suit : (i) qu'un recours collectif serait un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance et de trancher les questions communes qui découlent des demandes de plusieurs demandeurs; (ii) qu'il serait préférable à tout autre moyen raisonnablement disponible pour résoudre les réclamations des membres du groupe (*Fischer*, au paragraphe 48; *Hollick*, au paragraphe 28;

*Wenham*, at paragraph 77). Determining whether a class proceeding is preferable must be “conducted through the lens of the three principal goals of class action, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice” (*Fischer*, at paragraph 22; *Wenham*, at paragraphs 81, 85–98; *Airbnb*, at paragraph 143).

[303] It is axiomatic that, if there is no basis in fact for the proposed common issues, then there is no basis in fact for a class action satisfying the preferable procedure criterion (*Kaplan*, at paragraph 87; *O’Brien v. Bard Canada Inc.*, 2015 ONSC 2470 (CanLII), at paragraph 221). Absent common issues, a class proceeding is not the preferred procedure for the just and efficient resolution of the claims of the putative class members, and will not achieve the three principles underpinning class actions, namely judicial economy, behavioural modification and access to justice.

[304] Here, it is obvious that, given the absence of common issues, the plaintiffs do not satisfy the preferable procedure criterion either.

#### V. Conclusion

[305] For the above reasons, the plaintiffs’ certification motion is dismissed.

[306] Pursuant to rule 334.39, no costs are typically awarded on a motion for certification. Neither party has sought costs, and there is no basis to depart from the principle established by rule 334.39 and to award costs in the present motion.

#### ORDER in T-809-18

THIS COURT ORDERS that:

1. The motion for certification is dismissed.
2. No costs are awarded.

*Wenham*, au paragraphe 77). Pour déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen, l’analyse « s’effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l’économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l’accès à la justice » (*Fischer*, au paragraphe 22; *Wenham*, aux paragraphes 81, 85 à 98; *Airbnb*, au paragraphe 143).

[303] Il est évident que, s’il n’y a aucun fondement factuel en ce qui concerne les questions communes proposées, il n’y a aucun fondement factuel pour un recours collectif satisfaisant au critère du meilleur moyen (*Kaplan*, au paragraphe 87; *O’Brien v. Bard Canada Inc.*, 2015 ONSC 2470 (CanLII), au paragraphe 221). En l’absence de questions communes, un recours collectif n’est pas le meilleur moyen pour le règlement juste et efficace des réclamations des membres de l’éventuel groupe, et ne permettra pas de réaliser les trois principes qui sous-tendent les recours collectifs, à savoir l’économie de ressources judiciaires, la modification du comportement et l’accès à la justice.

[304] En l’espèce, il est manifeste que, compte tenu de l’absence de questions communes, les demandeurs ne satisfont pas non plus au critère du meilleur moyen.

#### V. Conclusion

[305] Pour les motifs qui précèdent, la requête en autorisation des demandeurs est rejetée.

[306] Selon la règle 334.39, aucuns dépens ne sont habituellement accordés dans le cadre d’une requête en autorisation. Aucune des parties n’a demandé le remboursement des dépens, et rien ne permet de déroger au principe établi à la règle 334.39 et d’adjudger des dépens dans le cadre de la présente requête.

#### ORDONNANCE au dossier T-809-18

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. La requête en autorisation est rejetée.
2. Aucuns dépens ne sont adjudgés.

ANNEX A

Subsections 334.16(1) and (2), and rule 334.18 read as follows:

**Certification****Conditions**

**334.16 (1)** Subject to subsection (3), a judge shall, by order, certify a proceeding as a class proceeding if

- (a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;
- (b) there is an identifiable class of two or more persons;
- (c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;
- (d) a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact; and
- (e) there is a representative plaintiff or applicant who
  - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
  - (ii) has prepared a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members as to how the proceeding is progressing,
  - (iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and
  - (iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff or applicant and the solicitor of record.

**Matters to be considered**

(2) All relevant matters shall be considered in a determination of whether a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether

ANNEXE A

Les paragraphes 334.16(1) et (2), et la règle 334.18 des Règles sont rédigés comme suit :

**Autorisation****Conditions**

**334.16 (1)** Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une instance comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;
- b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;
- c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;
- d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs;
- e) il existe un représentant demandeur qui :
  - (i) représenterait de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe,
  - (ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement,
  - (iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs,
  - (iv) communique un sommaire des conventions relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et l'avocat inscrit au dossier.

**Facteurs pris en compte**

(2) Pour décider si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait communs de façon juste et efficace, tous les facteurs pertinents sont pris en compte, notamment les suivants :



(a) the questions of law or fact common to the class members predominate over any questions affecting only individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings;

(c) the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceeding;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

....

#### Grounds that may not be relied on

**334.18** A judge shall not refuse to certify a proceeding as a class proceeding solely on one or more of the following grounds:

(a) the relief claimed includes a claim for damages that would require an individual assessment after a determination of the common questions of law or fact;

(b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;

(c) different remedies are sought for different class members;

(d) the precise number of class members or the identity of each class member is not known; or

(e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common questions of law or fact not shared by all of the class members.

#### ANNEX B

The relevant portions of sections 36, 45 and 46 of the Act read as follows:

##### Recovery of damages

**36 (1)** Any person who has suffered loss or damage as a result of

a) la prédominance des points de droit ou de fait communs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) la proportion de membres du groupe qui ont un intérêt légitime à poursuivre des instances séparées;

c) le fait que le recours collectif porte ou non sur des réclamations qui ont fait ou qui font l'objet d'autres instances;

d) l'aspect pratique ou l'efficacité moindres des autres moyens de régler les réclamations;

e) les difficultés accrues engendrées par la gestion du recours collectif par rapport à celles associées à la gestion d'autres mesures de redressement.

[...]

#### Motifs ne pouvant être invoqués

**334.18** Le juge ne peut invoquer uniquement un ou plusieurs des motifs ci-après pour refuser d'autoriser une instance comme recours collectif :

a) les réparations demandées comprennent une réclamation de dommages-intérêts qui exigerait, une fois les points de droit ou de fait communs tranchés, une évaluation individuelle;

b) les réparations demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;

c) les réparations demandées ne sont pas les mêmes pour tous les membres du groupe;

d) le nombre exact de membres du groupe ou l'identité de chacun est inconnu;

e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les réclamations soulèvent des points de droit ou de fait communs que ne partagent pas tous les membres du groupe.

#### ANNEXE B

Voici le libellé des parties pertinentes des articles 36, 45 et 46 de la Loi :

##### Recouvrement de dommages-intérêts

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

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, or

...

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

....

## PART VI

### Offences in Relation to Competition

#### Conspiracies, agreements or arrangements between competitors

**45 (1)** Every person commits an offence who, with a competitor of that person with respect to a product, conspires, agrees or arranges

(a) to fix, maintain, increase or control the price for the supply of the product;

(b) to allocate sales, territories, customers or markets for the production or supply of the product; or

(c) to fix, maintain, control, prevent, lessen or eliminate the production or supply of the product.

#### Penalty

(2) Every person who commits an offence under subsection (1) is guilty of an indictable offence and liable on conviction to imprisonment for a term not exceeding 14 years or to a fine not exceeding \$25 million, or to both.

#### Evidence of conspiracy, agreement or arrangement

(3) In a prosecution under subsection (1), the court may infer the existence of a conspiracy, agreement or arrangement from circumstantial evidence, with or without direct evidence of communication between or among the alleged parties to it, but, for greater certainty, the conspiracy, agreement or arrangement must be proved beyond a reasonable doubt.

....

a) soit 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.

[...]

## PARTIE VI

### Infractions relatives à la concurrence

#### 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, complotte ou 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.

#### Peine

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de quatorze ans et une amende maximale de 25 000 000 \$, ou l'une de ces peines.

#### Preuve du complot, de l'accord ou de l'arrangement

(3) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

[...]

**Definitions**

(8) The following definitions apply in this section.

*competitor* includes a person who it is reasonable to believe would be likely to compete with respect to a product in the absence of a conspiracy, agreement or arrangement to do anything referred to in paragraphs (1)(a) to (c). (*concurrent*)

*price* includes any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage in relation to the supply of a product. (*prix*)

....

**Foreign directives**

**46 (1)** Any corporation, wherever incorporated, that carries on business in Canada and that implements, in whole or in part in Canada, a directive, instruction, intimation of policy or other communication to the corporation or any person from a person in a country other than Canada who is in a position to direct or influence the policies of the corporation, which communication is for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45, is, whether or not any director or officer of the corporation in Canada has knowledge of the conspiracy, combination, agreement or arrangement, guilty of an indictable offence and liable on conviction to a fine in the discretion of the court.

**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). (*competitor*)

*prix* S'entend notamment de tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage relatif à la fourniture du produit. (*price*)

[...]

**Directives étrangères**

**46 (1)** Toute personne morale, où qu'elle ait été constituée, qui exploite une entreprise au Canada et qui applique, en totalité ou en partie au Canada, une directive ou instruction ou un énoncé de politique ou autre communication à la personne morale ou à quelque autre personne, provenant d'une personne se trouvant dans un pays étranger qui est en mesure de diriger ou d'influencer les principes suivis par la personne morale, lorsque la communication a pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'étranger qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45, commet, qu'un administrateur ou dirigeant de la personne morale au Canada soit ou non au courant du complot, de l'association d'intérêts, de l'accord ou de l'arrangement, un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, une amende à la discrétion du tribunal.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## ANTI-DUMPING

Application for judicial review challenging Canada Border Services Agency (CBSA) conclusion on absence of particular market situation (PMS) in Turkey's heavy plate market — Applicant filed complaint with CBSA pursuant to *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 (SIMA), s. 31, alleging that certain heavy plate originating in, or exported from, *inter alia* Turkey being dumped into Canada — Further claimed that PMS existed in Turkey — CBSA made preliminary determinations of dumping of heavy plate originating in, or exported from, Turkey — Estimated that Ereğli Demir ve Çelik Fabrikalari T.A.Ş. (Erdemir) dumping heavy plate by a margin of 2.9 percent — Refused request by applicant for preliminary determination calculation worksheets disclosed to Erdemir — President of CBSA terminated dumping investigation in respect of heavy plate exported from Turkey by Erdemir pursuant to SIMA, s. 41(1)(a) — Indicated that, based on information on record, it did not form opinion that PMS existed in heavy plate market in Turkey such that domestic sales did not permit proper comparison with sales to importers in Canada — Determined that total normal value compared to total export price resulted in zero margin of dumping for Erdemir — Main issues whether refusal on part of CBSA to provide applicant preliminary dumping calculations giving rise to breach of procedural fairness; whether failure on part of CBSA to provide President of CBSA final calculations pursuant to which it found that Erdemir had dumping margin of zero (Calculations), include Calculations in statement of reasons, rendering final determination unreasonable; whether failure on part of the President of CBSA to find that PMS existed in heavy plate market in Turkey rendering final determination unreasonable — Failure to disclose preliminary calculation worksheets to applicant not resulting in breach of procedural fairness — Disclosure of CBSA's preliminary calculations done on exceptional basis — Here, no special circumstances warranting disclosure of such information — Although decision in *Franke Kindred Canada Limited v. Jiangmen New Star Enterprise Ltd*, 2014 FC 459 not binding on Court, analysis therein persuasive — No evidence that applicant's counsel did not have access to all information provided by Erdemir, government of Turkey — While applicant did not have access to preliminary calculations, duty of fairness in this matter not extending to disclosure of these internal documents — Failure of CBSA to have Calculations before President of CBSA not departure from rule of law — This issue disposed of in *Canadian Hardwood Plywood and Veneer Association v. Canada (Attorney General)*, 2023 FCA 74, (*Canadian Hardwood*) — Court in *Canadian Hardwood* holding not unreasonable for President of CBSA to rely on memoranda prepared by officers within CBSA, without need to see detailed calculation spreadsheets — Same reasoning applying here — Absence of calculations in statement of reasons not rendering decision unreasonable or resulting in breach of procedural fairness — CBSA's conclusion on absence of PMS in Turkey based on consideration of relevant factors, on evidence in record — Its analysis comprehensive, responsive to applicant's arguments, particular context of SIMA investigations — In present case, CBSA calculated normal value for heavy plate produced in Turkey by Erdemir using SIMA, s. 19(b) — CBSA's treatment of government support programs in Turkey must be understood within overall context of PMS determination — Not unreasonable for President of CBSA, when considering government support programs in context of PMS determination, to only consider those already assessed under subsidy investigation — Applicant not identifying any particular program having significant impact on heavy plate industry in Turkey nor demonstrating that CBSA's consideration of government support programs unreasonable — SIMA Handbook specifying that volatility must be significant — What must be considered is not volatility itself, but effect of volatility — Not unreasonable for CBSA to conclude that both Erdemir, Turkish government had taken measures to minimize effects of this volatility — CBSA investigated, considered both Turkey, Erdemir in regards to existence of PMS — CBSA alive to fact that a PMS could exist in respect of any goods of particular exporter or of particular country — In summary, CBSA's conclusion on absence of PMS in Turkey based on consideration of relevant factors, on evidence in record — CBSA's analysis comprehensive,

**ANTI-DUMPING—Concluded**

responsive to applicant’s arguments, particular context of SIMA investigations — Fact that CBSA did not conduct perfect investigation unreasonable standard — Application dismissed.

ALGOMA STEEL INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-39-21, 2023 FCA 164, Roussel J.A., public reasons for judgment dated July 25, 2023, 30 pp.)

**COPYRIGHT****PRACTICE**

Appeal by Bell from order of Case Management Judge (CMJ) striking portions of Bell’s amended statement of defence and counterclaim without leave to amend — Underlying action, first of its kind, commenced by group of film studios (Millennium Producers or plaintiffs) against Bell for alleged failure to deliver notices to potential defendants under Notice and Notice regime of *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 — Impugned paragraphs included allegations that Millennium Producers, together with their counsel Aird & Berlis LLP (AB), other AB clients, have abused Notice and Notice regime and misused their copyright (a novel defence), abused process, engaged in champerty and maintenance and unlawful means conspiracy through their use of copyright enforcement program (CEP) to enforce Notice and Notice regime — Bell also argued that if statutory damages could be awarded on “per notice” basis, such provisions contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 12 — At issue was whether CMJ erred in striking these allegations, and whether Bell should have been granted leave to amend its pleading — Allegations made by Bell in support of misuse of copyright defence raised policy concerns with application of Act, ss. 41.25, 41.26, its impact on ISPs — It was an error for CMJ to suggest that because arguments raised involved matters of policy, they could not be asserted in support of misuse of copyright defence — Also an error for CMJ to conclude that doctrine of misuse of copyright could never extend to Act, s. 41.26 action — However, facts alleged by Bell did not sufficiently set out how CEP was set up to intimidate, harass alleged infringers, claim exorbitant amounts from ISPs — Pleading did not provide sufficient foundation for what constitutes alleged improper behaviour — Bell therefore not establishing that CMJ erred in law or made palpable and overriding error in finding there were insufficient material facts to support misuse of copyright defence — With respect to allegations against AB, was noted that , subject to a few well-established exceptions , claim cannot be made against opposing party’s solicitor for acting within their scope as lawyer — Actions Bell attributing to AB in managing CEP consistent with steps counsel would take in solicitor-client relationship — Such actions without more detail not providing sufficient support for assertion that AB unreasonably, unfairly and/or disproportionately shared in any profits of CEP, that AB has fostered frivolous and improper litigation, or that AB induced such activities by the plaintiffs — Where plain, obvious that cause of action, even novel one, cannot succeed, it may be properly struck — Bell not establishing that CMJ erred with respect to allegations involving AB — Turning to champerty and maintenance, it operates, achieves its purpose by rendering agreement tainted by maintenance and champerty unenforceable — Bell did not plead that it sought to nullify any form of agreement, nor did its pleading outline how any purported agreement between AB, plaintiffs is fundamentally different from contingency agreement (which is not champertous) — Bell not establishing CMJ erred in striking that allegation either — As to abuse of process and unlawful means conspiracy allegations, none of Bell’s allegations purported to assert how, in advancing statutory right under Act, 41.26(3) on behalf of the Millennium Producers, action advanced illegal purpose — Alleged abusive conduct was with respect to generation of notices against alleged infringers, not Bell — Bell not pleading it suffered damage from action — Bell not establishing that CMJ erred in finding that there were no material facts alleged to establish torts of abuse of process and unlawful means conspiracy — With respect to Charter allegations, CMJ struck them out on basis corporations cannot avail themselves of protections provided under Charter — CMJ did not err in striking Charter allegations — Full nature of any constitutional challenge Bell might opt to allege, authority for doing so, not established — Finally, with respect to whether leave to amend should have been granted, Bell did not indicate how it would cure the deficiencies in its pleadings — Rather, its argument focussed on fact allegations novel, should be given leeway — This did not overcome necessity for party who needs to respond to pleading to understand foundation for allegations made — Bell knew of plaintiffs’ concerns — No basis to suggest further amendment would cure defects noted — Decision to deny leave justified, CMJ not erring in that regard — Appeal dismissed.

MILLENNIUM FUNDING, INC. v. BELL CANADA (T-1062-21, 2023 FC 764, Furlanetto J., reasons for order dated May 31, 2023, 35 pp. + 8 pp.)

**INDIGENOUS PEOPLES**

## DUTY TO CONSULT

*Related subjects: Energy; Environment*

Appeals from Federal Court decision (2021 FC 990, [2021] 3 F.C.R. D-7) dismissing appellants' applications for judicial review of Order in Council P.C. 2019-0784 (Order) — Order directed National Energy Board (NEB) to issue Certificate of Public Necessity and Convenience for international transmission line (Project) crossing Treaty 1 territory — Appellants seeking to quash Order — Canada heavily relied upon thorough NEB process to satisfy duty to consult — After hearings before NEB, Canada engaged in supplemental consultations with Indigenous groups — Project completed in 2020, now in operation — Review of Governor in Council's decision done in two separate steps: (1) examination of Governor in Council's compliance with administrative law principles; (2) examination of Crown's compliance with duty to consult principles under *Constitution Act, 1867*, s. 35, honour of Crown — Whether Federal Court properly finding that Order reasonable in administrative law sense — Whether Crown satisfied duty to consult based on honour of Crown, *Constitution Act, 1982*, s. 35 — Federal Court properly found that Order reasonable in administrative law sense — In making Order, Governor in Council assessed polycentric, subjective, amorphous, indistinct criteria, applying its view of economics, cultural considerations, societal costs and benefits — Given large margin of appreciation that must be accorded to Governor in Council when it makes this sort of public interest decision, Order in Council must be found reasonable on its merits — Outcome, reasons of NEB, Crown-Indigenous Consultation and Accommodation Report showing justification, transparency, intelligibility — Reasonable for Governor in Council to rely upon process before NEB to consult, accommodate Indigenous groups — Well established that Governor in Council, Crown may rely on steps undertaken by regulatory agency to fulfil duty to consult in whole or in part, accommodate — This was the case here — No indication that NEB process deficient or that NEB not attentive to issues before it — Order itself showing that Indigenous interests, adequacy of consultation, accommodation front and center in Governor in Council's consideration — Evidence showing that informational, response components of duty to consult with appellants fulfilled — Appellants' concerns, interests taken on board, genuinely considered through two-way dialogue, some accommodation made — Appeals dismissed.

ROSEAU RIVER FIRST NATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-280-21, A-281-21, A-284-21, 2023 FCA 163, Stratas J.A., reasons for judgment dated July 24, 2023, 30 pp.)

**PRACTICE**

## CONFIDENTIALITY ORDERS

*Related subject: Competition*

Motion by respondent (Google) seeking confidentiality order under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 151 to seal certain information in the Court's file — Backdrop for this motion including investigations in U.S., Canada into potentially anti-competitive conduct by Google LLC, litigation against Google LLC in U.S. — Commissioner of Competition commenced inquiry under *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (Act), s. 10(1)(b)(ii) concerning conduct by Google in relation to online display advertising — Filed *ex parte* application under Act, s. 11 for order compelling Google to produce records, provide returns of information related to inquiry — Google's position on its motion was that Commissioner had included confidential information in its s. 11 application record — Interim confidentiality order issued pending hearing of Google's r. 151 motion — Information Google seeking to protect narrowed to include only names, positions, contact information of individuals who are non-senior executive employees of Google — Since motion originally filed, Google obtained six sealing orders in legal proceedings in U.S. — Google's amended notice of motion requested order sealing materials filed or to be filed in respect of s. 11 application to extent that such materials or information have been sealed in court record in litigation before U.S. courts — Commissioner noted that U.S. District Court orders issued after Commissioner filed s. 11 application materials — Also noted that there was no evidence herein proving that names, titles, contact information redacted under District Court's orders overlapping with names, titles, contact information that Google requested to be sealed under r. 151 — Google submitted that important public interest it seeks to protect is integrity of orders it obtained under U.S. law from U.S. courts — Argued that there is a nexus between matters investigated in Commissioner's inquiry, matters in dispute in U.S. proceedings in which it obtained sealing orders — Whether Google providing convincing evidentiary basis to justify issuing r. 151 order — Google not establishing important public interest for purposes of the first element of test in *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522 — Unlike in U.S. District Court proceedings, Google not characterizing interest at stake as being privacy interest of its non-senior executive employees in seeking to protect

**PRACTICE**—Continued

their names, titles, contact information — Here, individual privacy interests of non-senior executive employees not qualifying as serious risk to public interest warranting confidentiality order under r. 151 — If those employees' information were the subject of standalone r. 151 motion, motion would not succeed because their privacy interests not meeting standard established in *Sherman Estate* — On r. 151 motions, Court should pay respectful attention to sealing orders granted by foreign courts, reasons provided for granting them — However, international comity not requiring Court to issue confidentiality order under r. 151 simply because foreign court has issued sealing order over information in its file — To issue r. 151 order automatically would undermine constitutional open courts principle, sidestep application of legal principles in *Sherman Estate*, *Sierra Club*, and deprive Court of its discretion under r. 151 to decide whether to make an order on facts, evidence of each case — Given constitutional importance of open court principle, Court bound to apply the established legal tests to evidence — In this case, evidence not showing that information at issue confidential to Google — Evidence on U.S. law, practices during antitrust investigations not establishing that Google's employee names confidential *per se* — No direct evidence from Google that information sealed in U.S. District Courts' orders actually overlapping with names, positions, contact information of persons mentioned in Commissioner's application record — On this motion, Google not discharging its heavy burden to establish real, substantial risk of harm that is well grounded in evidence — Benefits of r. 151 confidentiality order as requested not outweighing its negative effects — Motion dismissed.

CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) V. GOOGLE CANADA CORPORATION (T-1551-21, 2023 FC 1038, Little J., reasons for order dated August 1, 2023, 27 pp.)

## DISCOVERY

*Examination for Discovery**Related subject: Patents*

Motion seeking to compel attendance of plaintiffs' employee inventors (inventor employees) for discovery pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 237(4) by way of order pursuant to r. 90(2) made *in personam* against plaintiffs — In essence, defendant seeking order requiring plaintiffs to make their inventor employees, who are potential witnesses but not corporate representatives for discovery, attend to be examined for discovery pursuant to r. 237(4), failing which order could be enforced against plaintiffs themselves — Plaintiffs in underlying proceeding seeking declaratory relief against defendant in connection with defendant's making, constructing, using, selling of orally administered empagliflozin tablets — Defendant also seeking orders requiring plaintiffs to: provide more meaningful contact information such as telephone numbers and email addresses; permit counsel for defendant to have a one-hour videoconference conversation with each of the inventor employees — Inventors beyond territorial jurisdiction of Court — Each of the inventors assigned their patent rights to plaintiffs such that inventors are assignors of patent rights, plaintiffs are assignees of those inventors' patent rights for purposes of r. 237(4) — Scheduling order made early on in litigation ordered plaintiffs to advise defendant which inventors would be made available to attend examinations for discovery — Plaintiffs offered up six inventors across all patents at issue, suggested that their examination for discovery take place in Brussels as opposed to Germany — Stated that remaining inventor employees not available for examination — Defendant claiming refusal unjustified, contrary to its discovery rights pursuant to Rules — Defendant arguing that it seeks on this motion to have Court determine issue of which party, between patentee or challenger of patent, has authority to decide which, how many inventors are examined during discovery process in Canadian patent disputes — Real issue mechanics of compelling non-party assignor to be examined for discovery pursuant to r. 237(4) in context of litigation pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 when allegation of patent invalidity or voidness made by a defendant — R. 237(4) providing defendant with right to examine assignor inventor who resides outside of Canada, r. 90(2) providing mechanics of when, where, how that examination to take place — Neither rule imposing duty upon assignee party to make its assignor inventor available to be examined — Right to examine assignor inventor pursuant to r. 237(4) in context of action commenced pursuant to Regulations, s. 6, in which allegation of invalidity or voidness made triggering duty upon assignee party to provide inventor names, contact information, upon request, but not any greater duty upon assignee to take steps to facilitate assignor's attendance to be examined for discovery — Duty to provide inventor contact information only duty contemplated to be imposed directly upon assignee in connection with party right to examine non-party assignor pursuant to r. 237(4) — No specific Rules-based duty upon assignee party to make any of its assignor inventors available to be examined for discovery — Neither Rules nor Regulations providing plaintiffs with any pre-emptive right to unilaterally dictate what may or may not be proportional in defendant's intended manner of proceeding with inventor discovery — No basis for *in personam* orders in Rules or Regulations — Order defendant seeking one that plaintiffs may not be able to comply with despite their best

**PRACTICE**—Concluded

efforts for any one of a number of reasons, circumstances, or interests that are beyond their control and are personal to assignor to be examined — As to contact information, no basis requiring plaintiffs to do more than they have done — Also no basis for order that plaintiffs permit one-hour videoconference conversation between defendant's solicitors of record and each inventor employee — Motion dismissed.

BOEHRINGER INGELHEIM CANADA LTD. v. JAMP PHARMA CORPORATION (T-2276-22, T-2318-22, 2023 FC 943, Duchesne C.M.J., reasons for order dated July 4, 2023, 24 pp.)





# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## ANTIDUMPING

Demande de contrôle judiciaire visant à contester la conclusion de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) sur l'absence de situations particulières du marché (SPM) dans le marché des tôles fortes en Turquie — Le demandeur a déposé une plainte auprès de l'ASFC en vertu de l'article 31 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 (LMSI), alléguant que certaines tôles fortes provenant notamment de la Turquie ou exporté depuis ce pays font l'objet de dumping au Canada — Il a également allégué qu'il existait des SPM en Turquie — L'ASFC a rendu des décisions provisoires de dumping concernant les tôles fortes provenant de Turquie ou exportées depuis ce pays — Elle a estimé que Ereğli Demir ve Çelik Fabrikalari T.A.Ş. (Erdemir) a fait du dumping de tôles fortes selon une marge de 2,9 pour cent — Elle a refusé la requête du demandeur de lui fournir les feuilles de travail de la décision provisoire divulguées à Erdemir — Le président de l'ASFC a mis fin à l'enquête sur le dumping de tôles fortes exportées par Erdemir depuis la Turquie conformément à l'alinéa 41(1)a) de la LMSI — Il a indiqué que, d'après l'information au dossier, il était d'avis qu'il n'existait pas de SPM de tôles fortes en Turquie, de sorte que les ventes intérieures ne permettaient pas de faire une comparaison juste avec les ventes aux importateurs au Canada — Il a conclu que la comparaison de valeur normale totale avec le prix à l'exportation total donnait une marge de dumping nulle pour Erdemir — Il s'agissait principalement de savoir si le refus de l'ASFC de fournir au demandeur les calculs provisoires de la marge de dumping entraînait un manquement à l'équité procédurale; si l'omission par l'ASFC de fournir au président de l'ASFC le calcul final à partir duquel elle a conclu qu'Erdemir avait une marge de dumping nulle (Calculs) et d'inclure les Calculs dans l'exposé des motifs rendait la décision finale déraisonnable; si le fait que le président de l'ASFC a conclu à l'absence de SPM de tôles fortes en Turquie rendait la décision finale déraisonnable — Le refus de l'ASFC de fournir au demandeur les feuilles de travail ayant servi au calcul provisoire n'a pas entraîné de manquement à l'équité procédurale — La communication des calculs préliminaires de l'ASFC est exceptionnelle — En l'espèce, aucune circonstance ne justifiait la communication de tels renseignements — Bien que la décision *Franke Kindred Canada Limited c. Jiangmen New Star Entreprise Ltd*, 2014 CF 459 ne lie pas la Cour, l'analyse qu'elle contient demeure convaincante — Il n'y a aucune preuve indiquant que l'avocat du demandeur n'avait pas accès à tous les renseignements fournis par Erdemir et le gouvernement de la Turquie — Bien que le demandeur n'ait pas eu accès aux calculs provisoires, le devoir d'équité en l'espèce ne s'étend pas à la communication de ces documents internes — Le fait que l'ASFC n'a pas présenté les Calculs au président de l'ASFC ne va pas à l'encontre de la primauté de droit — Cette question a été tranchée dans la décision *Association Canadienne du Contreplaqué et des Placages de Bois Dur c. Canada (Procureur général)*, 2023 CAF 74 (*Association Canadienne du Contreplaqué*) — Dans la décision *Association Canadienne du Contreplaqué*, la Cour a conclu qu'il n'était pas déraisonnable de la part du président de l'ASFC de se fonder sur des mémoires produits par les agents de l'ASFC, sans nécessairement consulter les calculs détaillés — Le même raisonnement s'appliquait en l'espèce — L'absence de calculs dans l'énoncé des motifs ne rendait pas la décision déraisonnable ni n'entraînait de manquement à l'équité procédurale — La conclusion de l'ASFC quant à l'absence de SPM en Turquie est fondée sur un examen des facteurs pertinents et sur la preuve au dossier — Son analyse était exhaustive et elle tenait compte des arguments du demandeur ainsi que du contexte particulier des enquêtes menées en vertu de la LMSI — En l'espèce, l'ASFC a calculé la valeur normale des tôles fortes produites en Turquie par Erdemir selon la méthode prévue à l'alinéa 19b) de la LMSI — Il convient d'interpréter le traitement fait par l'ASFC des programmes de soutien gouvernementaux en Turquie dans le contexte global de la détermination de l'existence de SPM — Il n'était pas déraisonnable de la part du président de l'ASFC de limiter son analyse des programmes de soutien gouvernementaux à ceux ayant déjà fait l'objet d'une évaluation aux fins d'une enquête en subventionnement — Le demandeur n'a désigné aucun programme particulier ayant une incidence importante sur

**ANTIDUMPING—Fin**

l'industrie des tôles fortes en Turquie ni n'a démontré que l'examen par l'ASFC des programmes de soutien gouvernementaux était déraisonnable — Le Manuel de la LMSI précise que la volatilité doit être importante — Il ne convient pas d'examiner la volatilité elle-même, mais plutôt son effet — Il n'était pas déraisonnable de la part de l'ASFC de conclure qu'Erdemir et le gouvernement de la Turquie avaient tous deux pris des mesures pour atténuer les effets de cette volatilité — L'ASFC a fait enquête et a examiné à la fois le gouvernement de la Turquie et Erdemir quant à l'existence de SPM — L'ASFC est consciente qu'un SPM peut exister à l'égard de tout produit d'un exportateur ou d'un pays donné — En bref, la conclusion de l'ASFC quant à l'absence de SPM en Turquie était fondée sur un examen des facteurs pertinents et sur la preuve au dossier — L'analyse de l'ASFC était exhaustive et elle tenait compte des arguments du demandeur ainsi que du contexte particulier des enquêtes menées en vertu de la LMSI — Le fait que l'ASFC n'a pas mené une enquête parfaite n'était pas déraisonnable — Demande rejetée.

ALGOMA STEEL INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-39-21, 2023 CAF 164, juge Roussel, J.C.A., motifs publics du jugement en date du 25 juillet 2023, 30 p.)

**DROIT D'AUTEUR****PRATIQUE**

Appel interjeté par Bell de l'ordonnance du juge chargé de la gestion de l'instance radiant certaines parties de la défense et demande reconventionnelle modifiée de Bell sans autorisation de les modifier — L'action sous-jacente, la première en son genre, a été entamée par un groupe de studios cinématographiques (les producteurs Millennium ou les demanderesses) à l'encontre de Bell, alléguant une omission de transmettre des avis de prétendue violation conformément au régime d'avis et avis énoncé dans la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 — Les paragraphes contestés comprenaient des allégations selon lesquelles les producteurs Millennium, de pair avec Aird & Berlis LLP (AB) et d'autres clients de ce cabinet, avaient abusé du régime d'avis et avis, du droit d'auteur (une nouvelle défense) et de la procédure, s'étaient adonnés à la champartie et au soutien abusif et avaient participé à un complot prévoyant le recours à des moyens illicites en recourant à un programme d'application du droit d'auteur (le PADA) pour appliquer le régime d'avis et avis — Bell avait aussi soutenu que si les dommages-intérêts préétablis pouvaient être calculés en fonction du nombre d'avis non transmis, les dispositions en question contreviendraient aux articles 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne devraient pas être appliquées — Il s'agissait de savoir si le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur lorsqu'il a radié ces allégations, et s'il aurait dû donner à Bell l'autorisation de modifier son acte de procédure — Les allégations formulées par Bell à l'appui de sa défense fondée sur l'abus du droit d'auteur ont soulevé des préoccupations en matière de politique générale concernant l'application des articles 41.25 et 41.26 de la Loi et son incidence sur les FSI — C'était une erreur pour le juge chargé de la gestion de l'instance de laisser entendre que ces arguments ne pouvaient pas être invoqués à l'appui de la défense fondée sur l'abus du droit d'auteur parce qu'ils soulevaient des questions de politique générale — Le juge chargé de la gestion de l'instance a aussi commis une erreur en concluant que la théorie de l'abus du droit d'auteur ne pourrait jamais s'appliquer dans le cadre d'une action fondée sur l'article 41.26 — Toutefois, les faits allégués par Bell ne décriaient pas de façon suffisante comment le PADA est conçu de manière à intimider et à harceler les personnes qui auraient violé le droit d'auteur et à réclamer des montants exorbitants auprès des FSI — L'acte de procédure n'établissait pas de faits substantiels suffisants pour fonder l'allégation de conduite inappropriée — Bell n'a donc pas établi que le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante en concluant que les faits substantiels présentés ne suffisaient pas à étayer une défense fondée sur l'abus du droit d'auteur — Quant aux allégations contre AB, il a été souligné que, à moins de quelques exceptions bien établies, aucune action ne peut être intentée contre l'avocat de la partie adverse parce qu'il a agi dans l'exercice de ses fonctions d'avocat — Selon la description de Bell, les mesures qu'AB a prises dans le contexte de la gestion du PADA correspondent aux mesures que l'avocat doit prendre dans le contexte d'une relation client-avocat — Sans autre précision, ces mesures ne permettaient pas d'étayer l'affirmation selon laquelle AB a touché une part déraisonnable, injuste et/ou disproportionnée des profits découlant du PADA, qu'AB a favorisé un litige frivole et inapproprié ou qu'AB a incité les demanderesses à agir comme elles l'ont fait — S'il est évident et manifeste qu'une cause d'action, même nouvelle, est vouée à l'échec, elle peut être radiée à bon droit — Bell n'a pas établi que le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur en ce qui concerne les allégations relatives à AB — Pour ce qui est de la doctrine de la champartie et du soutien abusif, celle-ci rend inexécutable toute entente viciée par un acte de champartie et de soutien abusif — Bell n'a pas indiqué qu'elle cherchait à faire annuler quelque entente que ce soit et n'a pas expliqué, dans son acte de procédure, en quoi l'entente qui serait intervenue entre AB et les demanderesses est fondamentalement différente d'une entente sur les honoraires conditionnels (qui n'est pas visée par la champartie) — Bell n'a pas établi que le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur en radiant aussi cette allégation — En ce qui concerne les allégations relatives à l'abus de procédure et au complot

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

prévoyant le recours à des moyens illicites, aucune des allégations de Bell ne faisait valoir qu'en invoquant l'obligation prévue au paragraphe 41.26(3) de la Loi au nom des producteurs Millennium, AB avait un motif inapproprié — L'abus allégué était lié aux avis générés à l'intention de tiers (les personnes qui auraient violé le droit d'auteur), pas contre Bell — Bell n'a nulle part dans son acte de procédure affirmé que l'action lui avait causé un préjudice — Bell n'a pas établi que le juge chargé de la gestion de l'instance a commis une erreur en concluant qu'aucun fait substantiel n'avait été allégué pour établir l'existence du délit d'abus de procédure et du délit de complot prévoyant le recours à des moyens illicites — En ce qui a trait aux allégations fondées sur la Charte, le juge chargé de la gestion de l'instance les a radiées au motif que les personnes morales ne peuvent pas se prévaloir des protections prévues par la Charte — Le juge chargé de la gestion de l'instance n'a pas commis d'erreur en radiant les allégations fondées sur la Charte — La véritable nature de la contestation constitutionnelle que Bell pourrait choisir d'alléguer et le fondement de cette allégation n'ont pas été établis — Enfin, en ce qui concerne la question de savoir si l'autorisation de modification devait lui être accordée, Bell n'a pas expliqué comment elle corrigerait les lacunes dans son acte de procédure — Elle a plutôt fait valoir que ses allégations étaient inédites et qu'une certaine latitude devait lui être accordée — Cet argument ne l'a pas emporté sur la nécessité pour la partie qui doit répondre à l'acte de procédure de comprendre le fondement des allégations présentées — Bell était au fait des préoccupations des demandresses — Rien ne portait à croire qu'une nouvelle modification aurait permis de corriger les lacunes relevées — Le juge chargé de la gestion de l'instance n'a pas commis d'erreur en refusant d'accorder l'autorisation de modifier l'acte de procédure — Appel rejeté.

MILLENNIUM FUNDING, INC. C. BELL CANADA (T-1062-21, 2023 CF 764, juge Furlanetto, motifs de l'ordonnance en date du 31 mai 2023, 35 p. + 8 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES****OBLIGATION DE CONSULTER**

*Sujets connexes : Énergie; Environnement*

Appels à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2021 CF 990, [2021] 3 R.C.F. F-12) rejetant les demandes de contrôle judiciaire du décret C.P. 2019-0784 (le décret) soumises par les appelants — Le décret ordonnait à l'Office national de l'énergie (l'ONE) de délivrer un certificat d'utilité publique pour le projet de ligne de transmission internationale traversant le territoire visé par le Traité n° 1 — Les appelants souhaitaient faire annuler le décret — Le Canada s'est fortement appuyé sur le processus exhaustif de l'ONE pour satisfaire à l'obligation de consulter — Après les audiences devant l'ONE, le Canada a procédé à d'autres consultations avec les groupes autochtones — Le projet a été achevé en 2020 et il est maintenant en exploitation — Le contrôle de la décision du gouverneur en conseil a été fait en deux étapes distinctes : 1) examen du respect des principes de droit administratif par le gouverneur en conseil; 2) examen des principes d'obligation de consulter par la Couronne en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'honneur de la Couronne — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a eu raison de conclure que le décret était raisonnable au sens du droit administratif — Il s'agissait également de savoir si la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter fondée sur l'honneur de la Couronne, conformément à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — La Cour fédérale a eu raison de conclure que le décret était raisonnable au sens du droit administratif — En prenant le décret, le gouverneur en conseil a évalué des critères polycentriques, subjectifs, imprécis et indistincts, en appliquant sa vision de l'économie, des considérations culturelles, des coûts et des avantages pour la société — Étant donné l'importante marge de manœuvre qui doit être accordée au gouverneur en conseil lorsqu'il prend ce genre de décision d'intérêt public, le décret doit être jugé raisonnable sur le fond — Le résultat, les motifs de l'ONE et le rapport sur la consultation et l'accommodement entre la Couronne et les autochtones sont justifiés, transparents et intelligibles — Il était raisonnable pour le gouverneur en conseil de s'appuyer sur le processus devant l'ONE pour consulter les groupes autochtones et répondre à leurs besoins — Il est bien établi que le gouverneur en conseil et la Couronne peuvent s'appuyer sur les étapes déjà entreprises par un organisme de réglementation pour s'acquitter, en tout ou partie, de leurs obligations de consultation et d'accommodement — C'était le cas en l'espèce — Rien n'indiquait que le processus de l'ONE était lacunaire ou que l'ONE n'était pas attentif aux questions dont il était saisi — Le décret en soi démontre que les intérêts des Autochtones, la pertinence des consultations et l'accommodement étaient au premier plan et au cœur des considérations du gouverneur en conseil — La preuve a démontré que les éléments d'information et de réponse que comportait l'obligation de consulter les appelants ont été respectés — Les préoccupations et les intérêts des appelants ont été pris en compte et véritablement examinés dans le cadre d'un dialogue bidirectionnel, et certains accommodements ont été faits — Appels rejetés.

PREMIÈRE NATION DE ROSEAU RIVER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-280-21, A-281-21, A-284-21, 2023 CAF 163, juge Stratas, J.C.A., motifs du jugement en date du 24 juillet 2023, 30 p.)

## PRATIQUE

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Interrogatoire préalable**Sujet connexe : Brevets*

Requête visant à enjoindre les employés inventeurs des demandeurs (employés inventeurs) de se présenter à l'interrogatoire préalable en vertu du paragraphe 237(4) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (Règles), par voie d'ordonnance en vertu du paragraphe 90(2) des Règles, rendue *in personam* contre les demandeurs — Essentiellement, le défendeur cherchait à obtenir une ordonnance obligeant les demandeurs à faire en sorte que leurs employés inventeurs, qui sont des témoins potentiels mais pas des représentants de l'entreprise pour la communication préalable, assistent à l'interrogatoire préalable conformément au paragraphe 237(4) des Règles, faute de quoi l'ordonnance pourrait être exécutée contre les demandeurs eux-mêmes — Dans la procédure sous-jacente, les demandeurs souhaitaient obtenir une mesure déclaratoire contre le défendeur relativement à la fabrication, à la construction, à l'utilisation et à la vente par le défendeur de comprimés d'empagliflozine administrés par voie orale — Le défendeur avait également demandé que soient rendues des ordonnances exigeant que les demandeurs fournissent des coordonnées plus pertinentes, comme des numéros de téléphone et des adresses électroniques et qu'ils permettent à l'avocat du défendeur de tenir une conversation d'une heure par vidéoconférence avec chacun des employés inventeurs — Les inventeurs ne relevaient pas de la compétence territoriale de la Cour — Chacun des inventeurs a cédé ses droits de brevet aux demandeurs, de sorte que les inventeurs sont des cédants de droits de brevet et que les demandeurs en sont les cessionnaires aux fins du paragraphe 237(4) des Règles — Selon l'ordonnance établissant le calendrier, rendue au début du litige, les demandeurs étaient tenus d'informer le défendeur des inventeurs qui seraient disponibles pour assister aux interrogatoires préalables — Les demandeurs ont proposé six inventeurs pour l'ensemble des brevets en cause et ont suggéré que leur interrogatoire préalable ait lieu à Bruxelles plutôt qu'en Allemagne — Les demandeurs ont déclaré que les autres employés inventeurs n'étaient pas disponibles pour l'interrogatoire — Le défendeur a allégué que le refus était injustifié et contraire à ses droits en matière de communication préalable en vertu des Règles — Le défendeur a soutenu qu'il cherchait par cette requête à faire en sorte que la Cour tranche la question de savoir quelle partie, entre celle qui est titulaire du brevet et celle qui conteste le brevet, a le pouvoir de décider quels inventeurs sont interrogés au cours de la procédure de communication préalable dans les litiges en matière de brevets au Canada — La véritable question était celle de savoir comment obliger un cédant tiers à être interrogé dans le cadre de la procédure de communication préalable conformément au paragraphe 237(4) des Règles dans le contexte d'un litige en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (Règlement), lorsqu'une allégation d'invalidité ou de nullité du brevet a été faite par un défendeur — Le paragraphe 237(4) des Règles confère au défendeur le droit d'interroger l'inventeur cédant qui réside à l'extérieur du Canada, le paragraphe 90(2) des Règles prévoyant les mécanismes pour déterminer quand, où et comment cet interrogatoire doit se dérouler — Aucun de ces paragraphes n'impose au cessionnaire le devoir d'obliger l'inventeur cédant à se rendre disponible pour un interrogatoire — Le droit d'interroger l'inventeur cédant en vertu du paragraphe 237(4) dans le contexte d'une action intentée en vertu de l'article 6 du Règlement, dans laquelle une allégation d'invalidité ou de nullité a été faite, déclenche l'obligation pour le cessionnaire de fournir les noms et les coordonnées de l'inventeur, sur demande, mais pas une obligation plus grande pour le cessionnaire de prendre des mesures pour faciliter la présence du cédant à l'interrogatoire préalable — L'obligation de fournir les coordonnées de l'inventeur est la seule obligation qu'il est envisagé d'imposer directement au cessionnaire dans le cadre du droit de la partie d'interroger le cédant tiers en vertu du paragraphe 237(4) des Règles — Aucune obligation particulière fondée sur les Règles n'exige de la partie cessionnaire qu'elle contraigne l'un de ses inventeurs cédants à se rendre disponible pour un interrogatoire préalable — Ni les Règles ni le Règlement n'accordent aux demandeurs un droit de préemption pour dicter unilatéralement ce qui peut ou ne peut pas être proportionnel dans la manière dont le défendeur entend procéder à l'interrogatoire préalable de l'inventeur — Les ordonnances *in personam* n'ont aucun fondement dans les Règles ou le Règlement — L'ordonnance demandée par le défendeur est une ordonnance que les demandeurs pourraient ne pas être en mesure de respecter malgré tous leurs efforts, et ce pour un certain nombre de raisons, de circonstances ou d'intérêts qui échappent à leur contrôle et qui concernent personnellement le cédant qui fera l'objet de l'interrogatoire — En ce qui concerne les coordonnées, il n'y a aucun fondement exigeant que les demandeurs fassent plus que ce qu'ils ont fait — De même, rien ne justifie qu'il soit ordonné aux demandeurs d'autoriser une conversation par vidéoconférence d'une heure entre les avocats du défendeur inscrit au dossier et chaque employé inventeur — Requête rejetée.

## PRATIQUE—Fin

## ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ

*Sujet connexe : Concurrence*

Requête présentée par le défendeur (Google) au titre de la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 pour solliciter une ordonnance de confidentialité afin que soient mis sous scellés certains renseignements dans le dossier de la Cour — Le contexte qui sous-tend la présente requête visait notamment des enquêtes menées aux États-Unis et au Canada sur des comportements anti-concurrentiels auxquels se serait livrée Google LLC, et des procédures judiciaires intentées contre Google LLC aux États-Unis — Le commissaire de la concurrence a ouvert une enquête en vertu du sous-alinéa 10(1)b(ii) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (Loi), concernant la conduite de Google relativement à l’affichage publicitaire en ligne — Il a déposé une demande *ex parte* en vertu de l’article 11 de la Loi afin de solliciter une ordonnance enjoignant à Google de produire des documents et de fournir des déclarations énonçant les renseignements se rapportant à l’enquête — Google a indiqué dans sa requête que le commissaire avait inclus des renseignements confidentiels dans le dossier de la demande fondée sur l’article 11 — La Cour a rendu une ordonnance provisoire de confidentialité en attente de l’instruction de la requête déposée par Google en vertu de la règle 151 — Les renseignements dont Google sollicite la protection ont depuis été restreints de sorte à inclure seulement le nom, le poste et les coordonnées des personnes qui sont des employés de Google, mais qui ne font pas partie de la direction de celle-ci — Depuis le dépôt initial de la présente requête, Google a obtenu six ordonnances de mise sous scellés dans le cadre de procédures judiciaires intentées aux États-Unis — Dans son avis de requête modifié, Google sollicitait une ordonnance de mise sous scellés des documents qui avaient été ou qui seraient déposés relativement à la demande fondée sur l’article 11 dans la mesure où ces documents ou ces renseignements ont été mis sous scellés dans le dossier de la cour dans le cadre de procédures intentées devant des tribunaux américains — Le commissaire a souligné que les ordonnances des cours de district des États-Unis ont toutes été rendues après qu’il a déposé ses documents relatifs à la demande fondée sur l’article 11 — Le commissaire a fait valoir qu’aucun élément de preuve produit devant la Cour ne prouve que les noms, les titres et les coordonnées caviardés en application des ordonnances des cours de district correspondaient aux noms, aux titres et aux coordonnées dont Google a demandé la mise sous scellés en vertu de la règle 151 — Google a fait valoir que l’intérêt public important qu’elle cherche à protéger consiste en l’intégrité des ordonnances qu’elle a obtenues de tribunaux américains en vertu de la législation américaine — Elle a soutenu qu’il existe un lien entre les affaires visées par l’enquête du commissaire et les questions en litige dans les procédures intentées aux États-Unis au cours desquelles elle a obtenu les ordonnances de mise sous scellés — Il s’agissait de déterminer si Google devait fournir une preuve convaincante pour justifier qu’une ordonnance soit rendue en vertu de la règle 151 — Google n’a pas établi un intérêt public important aux fins du premier élément du critère défini dans *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25 et *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522 — À la différence de celles introduites devant les cours de district américaines, Google n’a pas désigné l’intérêt en cause comme le droit à la vie privée de ses employés ne faisant pas partie de la direction qui est associé à la protection de leurs noms, titres et coordonnées — En l’espèce, le droit individuel à la vie privée des employés ne faisant pas partie de la direction ne serait pas considéré comme présentant un risque sérieux pour l’intérêt public qui justifierait qu’une ordonnance de confidentialité soit rendue en vertu de la règle 151 — Si les renseignements concernant ces employés faisaient l’objet d’une requête isolée fondée sur la règle 151, cette requête ne serait pas accueillie puisque les intérêts en matière de vie privée soulevés ne satisferaient pas à la norme établie dans *Sherman (Succession)* — Dans le cas de requêtes fondées sur la règle 151, la Cour devrait accorder une attention respectueuse aux ordonnances de mise sous scellés rendues par des tribunaux étrangers de même qu’aux motifs s’y rapportant — Toutefois, la courtoisie internationale ne contraint pas la Cour à rendre une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 tout simplement parce qu’un tribunal étranger a rendu une ordonnance de mise sous scellés visant des renseignements dans ses dossiers — Rendre automatiquement une ordonnance en vertu de la règle 151 contournerait l’application des principes juridiques définis dans *Sherman (Succession)* et *Sierra Club*, et priverait la Cour du pouvoir discrétionnaire que lui confère la règle 151 pour déterminer s’il y a lieu de rendre une ordonnance au regard des faits et des éléments de preuve relatifs à l’affaire — Compte tenu de l’importance constitutionnelle que revêt le principe de la publicité des débats judiciaires, la Cour est tenue d’appliquer les critères juridiques établis à la preuve — En l’espèce, la preuve ne montrait pas que les renseignements visés constituaient des renseignements confidentiels de Google — Les éléments de preuve portant sur les lois et les pratiques américaines applicables aux enquêtes en matière d’antitrust n’établissent pas que les noms des employés de Google sont confidentiels en soi — Google n’a fourni aucun élément de preuve qui montre directement que les renseignements mis sous scellés en vertu de ces ordonnances de tribunaux américains correspondent aux noms, aux postes et aux coordonnées des personnes mentionnées dans le dossier de demande déposé par le commissaire — Aux fins de la présente requête, Google ne s’est pas acquittée du lourd fardeau qui lui incombait d’établir l’existence d’un risque de préjudice réel et important qui est bien étayé par la preuve — Les avantages d’une ordonnance de confidentialité rendue en vertu de la règle 151, telle qu’elle était sollicitée, ne l’emportaient pas sur ses effets négatifs — Requête rejetée.

If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3