

# COUR D'APPEL

CANADA  
PROVINCE DE QUÉBEC  
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-018424-085  
(500-06-000301-057)

DATE : 28 juillet 2010

---

**CORAM :LES HONORABLES PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.  
YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.  
NICOLE DUVAL HESLER, J.C.A.**

---

**APPLE CANADA INC.**  
APPELANTE – Intimée  
c.

**JIMMY ST-GERMAIN**  
INTIMÉ – Requérant

---

## ARRÊT

---

- [1] **LA COUR;** - Statuant sur le pourvoi de l'appelante contre un jugement rendu le 11 janvier 2008 par la Cour supérieure, district de Montréal (la juge Hélène Le Bel), qui a accueilli le recours collectif de l'intimé et qui a ordonné le recouvrement des créances des membres du groupe selon des modalités qui resteraient à déterminer contradictoirement si le jugement entrepris était confirmé;
- [2] Après avoir étudié le dossier, entendu les parties et délibéré;
- [3] Pour les motifs du juge Morissette, ci-joints, auxquels souscrit le juge Dalphond, ainsi que pour les motifs distincts de la juge Duval Hesler;
- [4] **ACCUEILLE** l'appel, sans frais;
- [5] **INFIRME** le jugement de la Cour supérieure;

[6] **REJETTE** avec dépens le recours collectif.



PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.



YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.



NICOLE DUVAL HESLER, J.C.A.

Me Simon V. Potter  
Me Donald Bisson  
Me Shaun Finn  
McCARTHY TÉTRAULT LLP  
Pour l'appelante

Me Philippe H. Trudel  
Me Geneviève Douville, stagiaire (présente le 27-10-2009)  
TRUDEL JOHNSTON s.e.n.c.  
Pour l'intimé

Dates d'audience : 27 octobre 2009 et 13 mai 2010

---

## MOTIFS DU JUGE MORISSETTE

---

[5] L'appelante se pourvoit contre un jugement de la Cour supérieure<sup>1</sup> qui a accueilli le recours collectif de l'intimé et qui a ordonné le recouvrement des créances des membres du groupe selon des modalités qui resteraient à déterminer contradictoirement si le jugement entrepris était confirmé.

### I. Introduction

[6] Le dossier se présente sous un jour inhabituel : il recèle deux paradoxes de taille qu'il faut dissiper pour résoudre de manière satisfaisante les questions soulevées par le pourvoi. L'un et l'autre de ces paradoxes résultent de certaines mesures prises par l'appelante avant l'autorisation du recours collectif, ainsi que des moyens de défense qu'elle a ensuite choisis de faire valoir en première instance.

[7] Avant même la présentation de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, l'appelante s'est efforcée par ses propres moyens de remettre aux personnes représentées par l'intimé les sommes revendiquées par la suite en demande. L'essentiel de la contestation en première instance et en appel a donc porté sur l'opportunité, dans de telles circonstances, d'autoriser puis de mener à terme une procédure de recouvrement collectif dont l'appelante a soutenu à chaque étape qu'elle était désormais superflue. C'est le premier paradoxe.

[8] Contrairement à ma collègue la juge Duval Hesler, j'estime pour les raisons qui suivent que ce premier paradoxe devait être résolu en faveur de l'intimé, comme l'a d'ailleurs conclu la juge de première instance.

[9] Néanmoins, pour légitimes qu'ils aient pu être, les moyens ainsi invoqués en défense par l'appelante faisaient écran à une question plus fondamentale, celle de la nature du lien de droit entre les parties. L'importance de cet aspect du litige – pourtant primordial – est passée presque inaperçue en première instance et n'est devenue vraiment apparente qu'après l'audition de l'appel. La formation saisie du pourvoi a donc rayé le délibéré en avril 2010; elle a ensuite invité les avocats des parties à déposer des mémoires ampliatifs et à se faire entendre sur ce moyen demeuré jusque-là en suspens. D'où une deuxième audition. C'est le second paradoxe.

[10] À mon avis, cet aspect du litige emporte le sort du pourvoi : si cette question avait été vidée en Cour supérieure, la juge de première instance aurait dû refuser l'autorisation d'exercer le recours collectif, mais on ne peut lui reprocher de l'avoir accordée puisque ce n'est qu'en appel que les raisons de la refuser se sont imposées.

---

<sup>1</sup> J.E. 2008-528, 2008 QCCS 217.

[11] Il s'ensuit qu'à ce stade de la contestation, je donnerais raison à l'appelante.

[12] Je traiterai des deux volets du pourvoi dans l'ordre inversé où ils ont été débattus en appel : l'opportunité d'autoriser puis d'accueillir le recours collectif, et l'assise juridique du recours exercé par l'intimé. En d'autres circonstances, le débat aurait d'abord dû porter sur ce dernier point et je crois qu'il aurait mis fin au litige au stade de l'autorisation.

[13] Il convient en premier lieu de situer les prétentions des parties dans leur contexte et de faire état des circonstances assez particulières qui sont à l'origine du litige.

## **II. Chronologie du dossier et contexte du pourvoi**

[14] L'appelante fabrique et vend des appareils audionumériques connus sous le nom de iPod et iPod mini.

[15] Le 12 décembre 2003, la Commission du droit d'auteur du Canada rendait une décision en application de laquelle l'appelante décidait d'augmenter le prix de vente de ses appareils iPod afin de payer sur chacun d'entre eux une redevance destinée à la Société canadienne de perception pour la copie privée (la SCPCP).

[16] Le 14 décembre 2004, la Cour d'appel fédérale accueillait une demande de contrôle judiciaire présentée par diverses parties demanderesses, dont l'appelante, et elle cassait la décision de la Commission du droit d'auteur qui avait amené l'appelante à augmenter ses prix en fonction de la redevance imposée par la Commission. La demande d'autorisation d'appeler de cet arrêt présentée par la SCPCP en Cour suprême du Canada était rejetée le 28 juillet 2005. Le jour même, la SCPCP annonçait qu'elle verserait à l'appelante la totalité des redevances perçues entre le 12 décembre 2003 et le 14 décembre 2004 – soit une somme globale de 2 791 122 \$, qui comprend les intérêts sur les sommes initialement perçues.

[17] Dans les jours qui suivent immédiatement la décision de la Cour suprême, l'intimé s'adresse par téléphone au siège social de l'appelante afin de savoir ce qu'il adviendra de ces sommes. L'intimé a témoigné qu'il avait compris lors de sa conversation avec une employée de l'appelante que cette dernière n'avait pas l'intention d'effectuer un remboursement. La juge de première instance a tenu cette version des faits pour invraisemblable, ce qui semble entièrement justifié au vu du reste de la preuve; il reste que, lors de cette conversation, l'intimé ne pouvait avoir été mis au fait des intentions précises de l'appelante puisque celle-ci ne les avait pas encore arrêtées.

[18] Le 5 août 2005, un vendredi, l'intimé signifiait à l'appelante, à son établissement de Ville St-Laurent, sa requête pour autorisation d'exercer un recours collectif. La requête donne du groupe représenté par l'intimé la description suivante : « toutes les personnes qui ont acheté un iPod ou un iPod mini au Québec entre le 12 décembre

2003 et le 14 décembre 2004 ». Elle précise plus loin quel est le fondement en fait du recours que veut exercer l'intimé :

3.1 Tous les membres du groupe ont payé par erreur la somme de 25 \$ à l'achat d'un iPod et de 15 \$ à l'achat d'un iPod mini à titre de redevance alors que celle-ci a été jugée illégale;

3.2 Tous les membres du groupe sont par conséquent en droit de réclamer le remboursement des redevances qu'ils ont payées[.]

[19] Le siège social de l'appelante se trouve en Ontario. Le 9 août suivant, premier jour ouvrable qui suit le vendredi 5 dans cette province, l'appelante publiait sur son site Internet un court communiqué en langues anglaise et française, libellé comme suit dans cette seconde langue :

#### Redevance d'iPod au Canada

Apple est heureuse que la Cour suprême du Canada ait considéré finale la décision que la redevance pour copie privée sur les iPods était invalide, et annoncera bientôt un procédé de réclamation afin que ses clients et clientes puissent demander un remboursement de la redevance qu'ils ou elles ont payée.

Entre le 21 septembre et le 31 décembre 2005, l'appelante met sur pied et mène à terme une procédure conforme à ce qui avait été annoncé le 9 août. Cette procédure, que je qualifierai de « procédure interne » dans les lignes qui suivent, avait pour but de rembourser les acheteurs d'appareils iPod dans l'ensemble du Canada.

[20] L'intimé a tôt fait de prendre connaissance de la procédure interne, mais il choisit de ne pas s'en prévaloir.

[21] Entre-temps, la requête de l'intimé progresse. Le juge coordonnateur fixe l'audience en conférence préparatoire au 13 janvier 2006. L'appelante se voit accorder à cette occasion la permission de produire une déclaration sous serment et diverses pièces sur le déroulement et les résultats de la procédure interne jusqu'à la date de l'audience.

[22] L'audience procède comme prévu et, le 23 février suivant, la juge saisie de la requête autorise le recours collectif. Le jugement circonscrit en ces termes le groupe représenté par l'intimé :

« toutes les personnes qui ont acheté un iPod ou iPod mini au Québec entre le 12 décembre 2003 et le 14 décembre 2004, à l'exception de celles qui ont été remboursées par Apple avant le 28 février 2006 »

En outre, il identifie comme suit les principales questions qui devront être traitées collectivement :

- 1) Les membres du groupe ont-ils payé à l'intimée une somme de 15 \$ ou de 25 \$ à titre de redevance au moment de l'achat de leur iPod ou de leur iPod mini?
- 2) L'intimée doit-elle rembourser aux membres du groupe les sommes payées à titre de redevance?
- 3) Y a-t-il lieu de tenir compte du Programme de remboursement de la redevance iPod mis en place par l'intimée et, le cas échéant, comment?

La question 2) cible déjà le second paradoxe que je mentionnais au paragraphe [9].

[23] Néanmoins, vu la position prise dès le mois d'août 2005 par l'appelante, qui n'avait jamais contesté que des sommes avaient été perçues comme redevances et que celles-ci seraient remboursées aux acheteurs d'appareils iPod<sup>2</sup>, la seule question qui demeurait véritablement en litige entre les parties semblait être la troisième identifiée dans le jugement d'autorisation. La réponse à la première question déterminerait les formalités de mise en application d'un programme de remboursement et, puisque l'appelante ne faisait pas porter sa contestation sur la deuxième question, tout le débat porterait sur la troisième. La juge de première instance fait d'ailleurs état de ce qui précède aux paragraphes [7], [34], [42] et [46] des motifs prononcés au fond.

[24] Le procès, d'une durée d'une journée et demie, se déroule les 15 et 16 octobre 2007. Le jugement au fond est prononcé le 11 janvier 2008, dans les termes que j'ai résumés plus haut. Il est utile de reproduire ici les passages les plus pertinents de son dispositif :

DÉCLARE que 20 000 personnes ont acheté un iPod ou un iPod mini au Québec entre le 12 décembre 2003 et le 14 décembre 2004 et ainsi payé une majoration de prix égale à la redevance que l'intimée devait elle-même payer sur chaque appareil vendu;

ORDONNE le recouvrement collectif selon les modalités à être établies par le Tribunal après avoir entendu les représentations des parties;

ORDONNE à l'intimée de soumettre, dans les 30 jours des présentes, un état de compte montrant la somme reçue de la SCPCP en remboursement de la redevance, les intérêts accusés sur cette somme, déduction faite des sommes versées en vertu du programme de remboursement ou du présent jugement, et faisant état des sommes déboursées pour l'administration du programme de remboursement;

<sup>2</sup> Ce fait est constant. Un cadre représentant l'appelante déclarera au cours d'un interrogatoire après défense : « At no time did we consider these funds [to be] anyone other's but the consumers'... » et réitérera cette affirmation à plusieurs reprises.

ORDONNE à l'intimée de soumettre ce calcul en date du jugement autorisant le présent recours, soit le 23 février 2006, et à la date de l'institution du présent recours et à la date du présent jugement;

ORDONNE aux parties de soumettre leurs représentations sur les questions suivantes :

- Comment doit être calculée la somme qui fera l'objet du recouvrement collectif et à quelle date ce montant doit-il être établi? Pourquoi?
- Y a-t-il lieu d'autoriser l'intimée à déduire du reliquat les frais d'administration de son programme de remboursement de la redevance ou quelque autre somme? Comment ces montants devraient-ils être établis?
- Quelle pourrait ou devrait être la procédure suivie pour le recouvrement collectif?
- Quelle forme pourrait ou devrait prendre la publication de l'avis prévu par l'art. 1030 C.p.c.? Y a-t-il lieu que cet avis soit publié dans les deux langues officielles?
- Y a-t-il lieu de convoquer les parties à une nouvelle audition?

Les représentations devront être soumises au Tribunal avant le 23 février 2008 et communiquées à l'autre partie qui pourra y répondre avant le 1<sup>er</sup> mars 2008;

...

### **III. Premier volet du pourvoi : l'opportunité du recours collectif**

[25] Sur ce point, les arguments de l'appelante gravitent tous autour d'un grief central. Elle soutient n'avoir commis aucune faute en percevant sous la dictée de la loi des sommes qu'elle a souhaité rembourser par la suite. Agissant de bonne foi, ce qui est avéré<sup>3</sup>, elle a offert à la première occasion et à toutes les personnes de qui elle avait perçu des redevances au Canada, y compris les membres du groupe représenté par l'intimé, un règlement avantageux, en vertu duquel l'intimé lui-même aurait obtenu entière satisfaction s'il en avait accepté les termes. Cela étant, l'offre extrajudiciaire de l'appelante aurait dû donner satisfaction à l'intimé telle qu'elle lui avait été faite, plusieurs mois avant la présentation de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif; par la suite, le recours collectif de l'intimé aurait dû échouer au stade de l'autorisation ou au fond, car, toujours selon l'appelante, il était inutile et abusif.

<sup>3</sup> L'avocat de l'intimé l'a admis en ces termes lors de l'interrogatoire d'un cadre de l'appelante : « And for the record, no one is questioning Apple's good faith in this matter. You understand? It is not a question of accusing Apple of anything. It is a simple question of resolving an issue. »

### **A. Détail des prétentions de l'appelante**

[26] Dans son pourvoi, l'appelante attaquait le jugement de première instance sous trois angles voisins. Je résume sommairement la teneur de son argumentation.

[27] En premier lieu, vu la preuve relative à sa procédure interne, l'appelante faisait valoir que la juge aurait dû conclure au rejet du recours collectif, ou qu'à tout le moins elle aurait dû exercer en ce sens la discrétion dont elle est investie par la loi.

[28] L'appelante soutenait ensuite que la juge avait incorrectement fait reposer sur elle le fardeau de démontrer que le recours devait être rejeté, alors qu'il revenait plutôt à l'intimé de démontrer le contraire.

[29] Enfin, selon l'appelante, la juge se serait méprise sur le degré de preuve approprié puisqu'elle lui a reproché de ne pas avoir fait une « preuve scientifique » de ce qu'elle avançait, alors que, dans un litige de ce type, une preuve prépondérante suffit à la tâche.

[30] En somme, l'appelante reproche à l'intimé de ne pas s'être prévalu de sa procédure interne et elle reproche à la juge de ne pas avoir rejeté le recours alors que, selon la preuve, cette procédure interne avait déjà solutionné tout litige entre elle et les membres du groupe.

[31] Avant toute chose, il me paraît opportun de revenir sur certaines des règles qui délimitent ici le cadre du débat entre les parties, tout en rappelant au passage les faits qui confèrent à ces règles leur pertinence dans ce pourvoi. J'aborderai ensuite les prétentions de l'appelante en considérant, dans l'ordre, le jugement autorisant le recours, le jugement au fond et l'argument que fait valoir l'appelante quant à la discrétion exercée par la juge de première instance.

### **B. Analyse**

#### **1. Observations préliminaires**

[32] Premièrement, l'intimé aurait certes pu transiger avec l'appelante et accepter son offre de remboursement, mais la transaction est un contrat (art. 2631 C.c.Q.) et on ne peut contraindre quelqu'un à transiger contre son gré. Mis au courant de la procédure interne de l'appelante à peine quelques jours après avoir déposé sa requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, l'intimé a choisi de ne pas tirer parti de cette offre. Si l'on était ici en présence d'une réclamation individuelle ne concernant que le remboursement dû à l'intimé, la continuation d'une demande en justice dans ces conditions, c'est-à-dire en dépit d'une offre de règlement complet et rapide par la débitrice alors même qu'elle n'a pas été mise en demeure extrajudiciairement, pourrait sembler abusive et, sans doute, risquerait fort d'être qualifiée de telle. Mais l'intimé, ici, demandait à représenter les intérêts d'un groupe et non simplement à faire valoir les siens.

[33] Deuxièmement, le débiteur d'une obligation pour laquelle le créancier refuse de recevoir paiement peut se libérer de cette obligation en consignant la somme appropriée selon la procédure prévue aux articles 187 et suivants du *Code de procédure civile*. La codification des règles comprises aux articles 1573 et suivants du *Code civil du Québec*, et notamment à l'article 1583, a sensiblement facilité les choses pour le débiteur qui souhaite profiter de ce dispositif juridique puisqu'il lui est maintenant possible de procéder par engagement financier irrévocable conforme au second alinéa de l'article 1574 *C.c.Q.* Or, bien qu'elle se soit engagée d'emblée à rembourser la fraction du prix de vente de ses produits correspondant aux redevances qu'elle destinait à la SCPCP, l'appelante n'a pris aucune mesure pour consigner les sommes provenant d'acheteurs au Québec<sup>4</sup>. Questionné à l'audience sur ce point, l'avocat de l'appelante a laissé entendre que la chose était incommode, explication qui paraît un peu courte<sup>5</sup>.

[34] Troisièmement, un « engagement financier irrévocable tient lieu à la fois d'offres réelles et de "consignation"<sup>6</sup> », de sorte qu'une fois cette démarche accomplie, l'issue d'un litige comme celui-ci est assujettie à l'article 1025 *C.p.c.* Si elle avait procédé ainsi, l'appelante aurait été en mesure de faire valoir devant le tribunal tout argument qui lui aurait semblé justifié quant aux coûts de transaction qu'engendrait pour elle la volonté de l'intimé de poursuivre la contestation. Parmi ces coûts se trouvent évidemment les honoraires extrajudiciaires des avocats. Les tribunaux, avec raison, n'hésitent pas à réviser le montant de ces honoraires en fonction de leur valeur réelle, à les arbitrer et à les réduire lorsqu'ils sont inutiles, exagérés, ou hors de proportion au regard de ce que le groupe retire du recours<sup>7</sup>. En outre, l'appelante se serait présentée devant le tribunal armée de bons arguments. Ce n'est pas sans raison que la juge de première instance écrivait, au paragraphe [54] de ses motifs : « On peut même penser que ce programme

<sup>4</sup> Ce montant ne semble pas avoir été difficile à établir, du moins pour ce qui concerne les quelque 18 000 acheteurs avec lesquels l'appelante admettait avoir contracté au Québec.

<sup>5</sup> Néanmoins, l'avocat de l'appelante concédait en ces termes, au cours d'un interrogatoire après défense, que cette solution serait peu coûteuse pour sa cliente : « Allow me to say that if your hypothesis is correct, and if on the hypothesis that there is a Court-operated and administered process which only requires Apple to write a cheque and to send a cheque to the administrator, there is not much more transaction costs for Apple, I will admit that. »

<sup>6</sup> PINEAU, Jean, et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Les Éditions Thémis, p. 589.

<sup>7</sup> Ainsi, voir *Demers c. Johnson & Johnson Corporation*, J.E. 2009-2133, 2009 QCCS 4885, *Cilinger c. Centre hospitalier de Chicoutimi*, J.E. 2009-1942, 2009 QCCS 4445, *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Corporation Nortel Networks*, J.E. 2009-1229, 2009 QCCS 2407, *Melvin c. Maple Leaf Foods inc.*, J.E. 2009-938, 2009 QCCS 1378, *Roberge c. Capitale (La), assureur de l'administration publique inc.*, J.E. 2007-1864, 2007 QCCS 4395, *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, [2007] R.J.Q. 1268, 2007 QCCS 1796, *Guilbert c. Sony BMG Musique (Canada) inc.*, [2007] R.J.Q. 983, 2007 QCCS 432, confirmé sauf quant à une erreur de calcul par *Sony BMG Musique (Canada) inc. c. Guilbert*, B.E. 2009BE-204, 2009 QCCA 231, *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Corporation Nortel Networks*, J.E. 2007-428, 2007 QCCS 266, confirmé par *Association de protection des épargnants et investisseurs du Québec (APEIQ) c. Ontario Public Service Employees' Union Pension Plan Trust Fund*, 2008 QCCA 1132, [2008] R.J.Q. 1540 et *Hotte c. Servier Canada inc.*, J.E. 2006-1793, 2006 QCCS 4007.

[la procédure interne de l'appelante], tel quel ou avec certaines modifications, aurait pu recevoir l'aval du Tribunal s'il avait fait l'objet d'une entente soumise à son approbation. »

[35] Quatrièmement, et indépendamment de ce qui précède, si l'intimé avait transigé pour lui-même et avait réglé à sa satisfaction la réclamation qu'il avait contre l'appelante en acceptant l'offre de cette dernière faite par Internet, il n'aurait pas perdu pour autant son statut de représentant, ni l'intérêt pour agir en cette qualité. L'article 1015 C.p.c. est explicite sur ce point.

[36] Cinquièmement, lorsque la procédure de recours collectif est engagée et qu'il appart qu'on pourrait se diriger vers l'attribution d'un reliquat selon les dispositions des articles 1034 et 1036 C.p.c., les modalités de disposition du reliquat – a fortiori s'il devait s'agir, comme ici, d'un reliquat relativement important – risquent de devenir objet de débat entre les parties. Or, la décision qui fixe le sort de ce reliquat relève du tribunal et non des parties ou de l'une d'entre elles. L'appelante a indiqué qu'elle avait décidé, après étude de la question, de verser ce reliquat à la Croix-Rouge canadienne. Nul doute qu'un tel choix se défend. Cependant, les tenants et aboutissants du régime de recours collectif en droit québécois étant ce qu'ils sont, il ne revenait pas à l'appelante de déterminer unilatéralement à qui seraient destinées les sommes visées par l'article 1036 C.p.c. C'est au tribunal saisi du recours qu'il revient de le faire.

## **2. Le bien-fondé du jugement autorisant le recours collectif**

[37] On sait que le jugement qui accueille une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif est sans appel (art. 1010 C.p.c., al. 2). Cependant, comme cette autorisation est accordée lorsque, entre autres conditions, « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées » (art. 1003 C.p.c., paragr. b), (italique ajouté), il peut arriver que l'assise sur laquelle l'autorisation a été obtenue s'avère en fin de compte moins solide qu'elle ne le semblait en apparence *in limine litis*. Dans cette hypothèse, la situation à laquelle la Cour fait face est celle que décrivait récemment le juge Brossard dans l'arrêt *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal (SCFP, section locale 301) c. Coll*<sup>8</sup> : la Cour « siég[e] en appel non seulement du jugement faisant l'objet du pourvoi, mais peut-être, indirectement, sur certains aspects du jugement autorisant le recours collectif ». Cette situation n'est pas étrangère à la nôtre.

[38] En l'espèce, dans sa requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, l'intimé identifiait en ces termes le groupe cible :

« toutes les personnes qui ont acheté un iPod ou un iPod mini au Québec entre le 12 décembre 2003 et le 14 décembre 2004 »

Ayant obtenu la permission de présenter une preuve appropriée en application de l'article 1002 C.p.c., al. 2, l'appelante a déposé le 10 janvier 2006 neuf pièces qui

<sup>8</sup> [2009] R.J.Q. 961, 2009 QCCA 708, paragr. [49].

détaillaient le fonctionnement et les résultats de sa procédure interne, ainsi qu'une déclaration sous serment (un affidavit) de Jacqueline Famulak, identifiée comme la « Manager of Government and Legal Affairs at Apple Canada Inc. ». Selon cet affidavit, 124 433 appareils audionumériques de marque Apple avaient été vendus au Canada entre le 13 décembre 2003 et le 21 décembre 2004, l'appelante avait reçu 6181 réclamations depuis la mise en place de sa procédure interne (close, en principe, le 31 décembre 2005) et elle avait effectué 5860 remboursements de redevances pour l'ensemble du pays.

[39] Sachant cela, la juge de première instance a autorisé le recours mais elle a modifié la description du groupe dans les termes que j'ai cités au paragraphe [22] pour en exclure toutes les personnes admissibles qui avaient obtenu un remboursement au 28 février 2006. L'intimé concédait d'ailleurs qu'il devait en être ainsi.

[40] En présence de ces éléments d'information, et au stade de l'autorisation du recours, je ne vois pas comment la juge de première instance aurait pu statuer autrement qu'elle l'a fait sur la requête dont elle était saisie. Une fois la requête accueillie, les facteurs que je mentionnais aux paragraphes [34], [35] et [36] ci-dessus devenaient effectifs et susceptibles d'affecter le déroulement ultérieur ou l'issue de l'instance.

### **3. Le bien-fondé du jugement au fond**

[41] Lors de l'audition au fond, d'une durée d'une journée et demie, plaidoiries comprises, l'essentiel de la preuve testimoniale a consisté en deux dépositions : celle de l'intimé, et celle, surtout, du témoin John Hagias, cité par la demande et qui s'identifiait comme le « Finance Director for Apple Canada and Apple Latin America ». La juge avait aussi à sa disposition un interrogatoire après défense de ce même témoin.

[42] Les prétentions de l'appelante concernent, du moins pour partie, l'évaluation que la juge a faite de cette preuve. Il s'agit là d'une question de fait et les déterminations de cet ordre ne sont révisables en appel que conformément à la norme d'intervention contraignante de l'erreur manifeste et déterminante<sup>9</sup>. Or, rien dans ce que soulève l'appelante ne permet de conclure que le jugement entrepris repose sur une évaluation de la preuve altérée par une erreur de cette nature.

[43] Mais l'appelante formule deux autres griefs contre la juge : elle aurait erronément considéré qu'il incombaît à l'appelante de prouver que le recours collectif devait être rejeté et elle aurait exigé de l'appelante une preuve plus probante que celle de nature à satisfaire la règle de l'article 2804 C.c.Q.

<sup>9</sup> Voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95, 2005 CSC 53 et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25.

[44] Les règles qu'énoncent les articles 2803 C.c.Q. (sur l'attribution du fardeau de preuve) et 2804 C.c.Q. (sur le degré de preuve) ne sont pas exemptes de difficultés dans leur application, mais elles sont élémentaires; reprocher à un juge de les avoir ignorées ou de les avoir appliquées erronément est parfois une manière de tenter de se soustraire à la rigueur de la règle jurisprudentielle rappelée ci-dessus au paragraphe [42].

[45] En ce qui concerne le fardeau de preuve, la défense de l'appelante en première instance portait sur un point précis que la juge a très bien circonscrit dans ses motifs. Elle l'a fait dans les termes suivants :

[42] Le débat a vraiment porté sur la troisième question :

C) *Y a-t-il lieu de tenir compte du Programme de remboursement de la redevance d'iPod mis en place par l'intimée et, le cas échéant, comment?*

[43] D'une certaine façon, le Tribunal a déjà répondu à cette question par l'affirmative, au moins en partie, en excluant du groupe visé par le recours collectif les personnes qui ont déjà « été remboursées par Apple avant le 28 février 2006 ».

[44] Le litige qui persiste porte donc sur la disposition du reliquat qui demeure en la possession de Apple, maintenant que son programme de remboursement est terminé. Apple propose d'en disposer conformément à ce qui était prévu à l'origine, soit en versant la somme à la Croix Rouge canadienne. Elle reconnaît qu'elle n'a pas à tirer profit d'une somme qui ne lui appartient pas et s'engage à l'avance à ne pas réclamer de crédit d'impôt pour ce don.

[45] Selon Apple, l'affaire devrait s'arrêter là et le Tribunal devrait rejeter le recours collectif. Il s'agirait d'un recours inutile et abusif puisque Apple a déjà fait le nécessaire pour rembourser la redevance iPod.

[46] C'est ici que se situe le véritable litige entre les parties. C'est sur cette question qu'a porté le débat devant le Tribunal.

Il ne peut faire de doute dans mon esprit que, compte tenu de l'objet de la contestation liée entre les parties, il revenait à l'appelante de prouver que sa procédure interne avait déjà adéquatement indemnisé les membres du groupe, de telle sorte qu'elle rendait superflue toute mesure de redressement envisagée par l'intimé. Après avoir souligné la bonne foi et la diligence de l'appelante dans la mise sur pied et l'administration de sa procédure interne, la juge poursuit :

[55] ... Apple a choisi d'agir seule et sans se soucier des procédures entreprises. Aujourd'hui, elle demande le rejet du recours qui serait devenu inutile. Cette prétention doit être écartée pour deux motifs.

[56] D'une part, la preuve soumise ne justifie pas la conclusion que le recours est maintenant sans objet ou devenu inutile. Selon le vice-président de Apple qui

a témoigné, John Hagias, le programme de remboursement de la redevance a été un franc succès. Il fonde son témoignage sur son expérience personnelle des programmes de remise postale offerts par Apple dans le passé. Selon lui, le taux de remboursement est tout à fait remarquable. Il va même jusqu'à dire qu'on ne pouvait faire mieux.

[57] Il ne s'agit cependant pas là d'une preuve qui a une quelconque valeur scientifique. Sans mettre en doute la bonne foi de Hagias ou de Apple, le Tribunal ne voit pas là une preuve qui justifierait la conclusion que le recours est maintenant sans objet et qu'il est impossible de faire mieux.

[58] Et ce, d'autant plus que le demandeur a souligné ce qui semble être certaines lacunes dans le programme. Ainsi, il n'est pas évident que le programme a bénéficié d'une large publicité dans les médias québécois ou qu'il aurait été inutile de communiquer avec tous les acquéreurs qui avaient fourni une adresse postale ou de courriel à Apple dès le début, ou qu'il était approprié d'exiger une copie de la facture dans tous les cas, puisqu'il semble avoir été possible de valider certaines réclamations en l'absence de facture.

[59] Quoi qu'il en soit, et même si le taux de remboursement est relativement élevé, il n'en reste pas moins qu'un très grand nombre de personnes n'ont pas été remboursées, soit parce qu'elles n'ont pas été informées du programme, soit parce qu'elles n'ont pas pu soumettre une demande de remboursement conforme à ce qui était demandé. Dans la meilleure des hypothèses, 1013 personnes ont été remboursées alors que 18 000 avaient le droit d'être remboursées. Et ce chiffre de 18 000 sous-estime sans doute le nombre de iPod vendus au Québec pendant la période visée.

[60] D'autre part, il semble difficile de réconcilier la conclusion recherchée par Apple avec le cadre juridique dans lequel s'inscrit le présent recours. On comprend facilement que Apple ait traité la question comme un problème « canadien » et qu'elle ait mis en place un programme de remboursement unique, annoncé dans les deux langues officielles, sur son site Internet.

[61] Toutefois, même si le problème qui a surgi ici tire son origine d'une redevance imposée en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, qui est une loi du Parlement du Canada, la relation juridique entre le manufacturier ou l'importateur d'un enregistreur audionumérique (ou d'un autre bien de consommation), et l'acquéreur d'un tel enregistreur, ne relève pas de la *Loi sur le droit d'auteur* ou d'un quelconque droit fédéral. C'est véritablement une question de « propriété et droits civils » qui relève de la compétence législative de la province où la transaction a lieu. Il en est de même de la procédure qui régit un tel recours.

[Références omises]

Les faits relatés aux paragraphes [56], [58] et [59] trouvent amplement appui dans la preuve, administrée en bonne partie par l'intimé, et je ne vois rien à redire sur le sens que leur prête la juge de première instance au regard de la défense de l'appelante.

[46] En ce qui concerne le degré de preuve, il est vrai que la juge mentionne au paragraphe [57] que la preuve du témoin Hagias est sans valeur scientifique. Mais « preuve scientifique » n'est pas synonyme de « preuve au-delà de tout doute raisonnable », tant s'en faut.

[47] Le témoin Hagias, dont il est évident qu'il a témoigné avec honnêteté sur tout ce qu'il savait, n'a pas déposé en qualité d'expert. Contre-interrogé par l'avocat de l'appelante, puisque c'est l'intimé qui l'avait cité, ce témoin a exprimé sa conviction que la procédure interne de l'appelante avait été couronnée de succès (« We are extremely pleased ») et que le taux de réponse était plus que satisfaisant (« remarkable », « phenomenal »). Mais son témoignage, tant après défense qu'au procès, recèle plusieurs passages qui soulèvent des questions sur les repères à partir desquels il porte de tels jugements. Ainsi, après défense, il déclare :

- Q. Were there any notices, formal notices [tombstone notices], published in the newspaper to your knowledge?
- A. No, there were none of those.
- Q. And you don't believe they may have – they can reach some consumer?
- A. No, it is not effective.
- Q. What is the basis of your information? Do you have an expertise on –
- A. Do I have any particular expertise?
- Q. Yes.
- A. I am not a marketing person; you asked me my opinion.
- Q. 'mm hmm.
- A. My opinion is that –
- Q. But your opinion corresponds to Apple's opinion, am I right in that specific – regarding this affirmation?
- A. I would prefer to validate my point. If you want my opinion I can give you my opinion, otherwise I would be –

Plus loin, questionné sur la durée du délai de remboursement fixé par l'appelante, il répond :

- Q. And what was the rationale for the three months, were there any, as opposed to four or two?
- A. Three months is a long period of time; if you look at the data and how many people actually claimed, it proved that, and secondly, we don't have anybody complaining. We have not had one complaint from an individual saying you didn't give us enough time.
- Q. No, my question was what was the rationale to decide for three instead of four or two?
- A. Our experience as a company.
- Q. Were there any similar programs, refund programs, set up by Apple?
- A. Never.
- Q. Never. So what was the experience?
- A. Well, we have run rebate programs – we have run a multitude of other rebate programs.
- Q. So you based your decision on your experience –
- A. That is what I just said.
- Q. – with respect to rebate programs, that is correct?
- A. We based it on our experience as a company to what was a reasonable amount of time based on our prior experience, yes.

Au procès, le témoin précise ceci sur les envois collectifs de courriels :

- Q. You said, you told the court that a blast of e-mails towards the end was better than at the beginning and your reason for this was that there are articles at the beginning, and it was on your web page, and therefore it was somehow better at the end. That wouldn't have been better both at the beginning and towards the end? Wouldn't it have been better?
- A. I was offering my opinion. I am not a marketing person.
- Q. Well, you did testify.

A. Yes.

Q. And your attorney asked you a lot of questions asking for your opinion and so don't you think that common sense would command, command the conclusion that it would be better both at the beginning and towards the end than just towards the end? Isn't that common sense?

A. Again, this was a – common sense would tell you that. However, when you look at our standard rebate process, it is not part of our process to send e-mails out to anybody about a rebate program. That is not what we did. So...

Bref, il y avait dans la preuve des éléments d'information – et ceux que je viens de reproduire ne sont pas les seuls – qui justifiaient que l'on s'interroge sur le caractère empirique des mesures prises par l'appelante. Le témoin ordinaire cité par l'intimé a fait part de son expérience de la procédure interne mise en place par l'appelante, mais il aurait été possible d'appeler un témoin expert dont la preuve aurait été plus convaincante (sans toutefois devoir être autre chose qu'une preuve prépondérante). À mon avis, c'est ce qu'exprime la juge par la remarque, anodine, que relève l'appelante.

[48] Lorsque l'on considère le raisonnement sur lequel la juge appuie sa conclusion, il ne faut pas perdre de vue deux autres éléments importants.

[49] Premièrement, qu'on le veuille ou non, le taux de succès de la procédure interne est plutôt faible. Sur 124 443 appareils vendus au Canada, ce taux pour l'ensemble du pays est de 5,5 % selon la défense de l'appelante. Si l'on accepte les déterminations de la juge, aux paragraphes [59], [70] et [71] de ses motifs, qu'environ 20 000 appareils furent écoulés au Québec, ce taux est de 5,06 %. C'est donc dire que, dans un cas comme dans l'autre, près de 95 % des utilisateurs d'appareils iPod n'ont pas réclamé la redevance qu'ils avaient dû verser à l'achat. Cela en soi incite à s'interroger sur le caractère « phénoménal » que le témoin imputait à cette procédure.

[50] Deuxièmement, indépendamment de l'impact du recours sur le taux de remboursement, il était d'ores et déjà apparent qu'un reliquat important serait dégagé à l'issue du litige. Or, comme le remarque à juste titre la juge de première instance au paragraphe [44] de ses motifs, précité au paragraphe [45], l'usage qui serait fait de ce reliquat demeurait une question en litige et, selon la réglementation en vigueur, un pourcentage de ce reliquat reviendrait au Fonds d'aide aux recours collectifs<sup>10</sup>.

[51] Dans ces conditions, la juge a eu raison de statuer comme elle l'a fait dans le jugement au fond.

<sup>10</sup> *Règlement sur le pourcentage prélevé par le Fonds d'aide au recours collectif*, L.R.Q., c. R-2.1, r. 3.1.

[52] En l'occurrence, ce jugement a été prononcé le 11 janvier 2008. À cette date, à peine plus de deux ans s'étaient écoulés depuis la fin de la procédure interne de l'appelante. Il ne peut faire de doute que le simple écoulement du temps depuis lors aurait réduit la probabilité que des avis donnés en vertu de l'article 1030 C.p.c. suscitent beaucoup de réactions. Mais cette question, et les autres encore en suspens auraient pu faire l'objet d'observations écrites par les parties, conformément à l'ordonnance de la juge.

#### 4. L'exercice par le tribunal de sa discrétion

[53] Enfin, le dernier argument de l'appelante à ce stade du pourvoi consistait à soutenir que la juge aurait dû rejeter le recours de l'intimé dans l'exercice de sa discrétion, seule solution selon l'appelante qui aurait été conforme au principe de proportionnalité énoncé par l'article 4.2 C.p.c.

[54] Cette prétention peut s'analyser sous deux aspects. La juge aurait-elle dû faire de la sorte au stade de l'autorisation du recours ? Devait-elle faire de la sorte au stade du jugement au fond ? À mon avis, et pour les raisons qui suivent, la réponse est négative dans les deux cas.

[55] À mon sens, le récent arrêt *Marcotte c. Ville de Longueuil*<sup>11</sup> ne justifie aucunement que l'on réponde par l'affirmative à la première question. Il s'agit d'un arrêt majoritaire de cinq des neuf juges de la Cour suprême du Canada. Les juges minoritaires, sous la plume de la juge Deschamps, expriment explicitement l'avis<sup>12</sup> que l'article 4.2 C.p.c. n'a pas pour effet d'introduire en droit québécois un principe accepté dans d'autres systèmes canadiens et selon lequel un recours collectif, pour être autorisé, doit être la procédure la plus appropriée ou le meilleur moyen de vider les questions communes. Les juges majoritaires, sous la plume du juge LeBel, livrent quelques observations sur la portée de l'article 4.2 C.p.c. « [m]ême s'il n'est pas nécessaire d'invoquer le principe de la proportionnalité pour conclure au rejet des demandes d'autorisation des recours collectifs » devant la Cour. Ces observations ne conduisent nullement au résultat recherché par l'appelante dans un dossier comme celui-ci, et il est apparent, d'autre part, que l'un des fondements du jugement majoritaire de la Cour est la proposition (bien établie dans la jurisprudence de la Cour d'appel<sup>13</sup>) selon laquelle un recours collectif n'est pas une voie appropriée pour la présentation d'une demande d'annulation de règlement municipal. Cet arrêt n'est donc d'aucun secours pour l'appelante.

<sup>11</sup> [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43.

<sup>12</sup> *Ibid.*, paragr. [77].

<sup>13</sup> La Cour suprême mentionne à ce sujet les arrêts *Francœur c. Municipalité régionale de comté d'Acton*, [1985] R.D.J. 511 (C.A.), *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire c. Ville de St-Césaire*, [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.), *Gravel c. La Plaine (Corporation municipale de la paroisse de)*, [1988] R.D.J. 60 et *Vena c. Montréal (Ville)*, J.E. 2002-1799 (C.A.).

[56] Quant à l'hypothèse d'un rejet « discrétionnaire » au fond, une telle possibilité n'existe pas. Comme elle le devait à ce stade de la procédure, la juge de première instance a cru se prononcer sur le recours de l'intimé conformément au droit substantiel ici applicable. Elle a noté au paragraphe [65] de ses motifs que, le moment venu, par exemple sur la question des dépens, « très certainement, le Tribunal pourrait user de sa discrétion en décidant par exemple qu'il n'y a pas lieu de condamner Apple à payer les dépens ou même des dommages, mais la requête introductory d'instance ne recherche pas de telles conclusions ». Saisie du fond du litige, mais sans que la question du lien de droit entre les parties n'ait été débattue, c'est avec raison qu'elle a écrit, au paragraphe [67] : « Il semble évident qu'il s'agit ici d'un cas où il y a lieu d'accueillir le recours de St-Germain et d'ordonner le recouvrement collectif. »

[57] Bien que l'on puisse leur reconnaître certains mérites, les arguments que fait valoir l'appelante dans le premier volet du pourvoi portent sur des choix législatifs et relèvent par conséquent du législateur plutôt que d'un tribunal. Le législateur a fait de tels choix : le Livre IX du *Code de procédure civile*, la *Loi sur le recours collectif*<sup>14</sup> et la réglementation sous son empire incorporent ces choix qui se traduisent par des règles précises, différentes de celles qui ont cours en d'autres endroits. Je ne vois pas ce qui justifierait qu'un tribunal, appelé à sanctionner ces règles, s'autorise d'une vague idée de discrétion pour s'y soustraire plutôt que s'y conformer, et empêche ainsi le déroulement normal d'un recours collectif régi par le *Code de procédure civile*. Les tribunaux de droit commun disposent, cela va sans dire, de pouvoirs inhérents pour contrôler leur procédure et pour lui faire porter fruit en accord avec les fins de la justice. Il y a longtemps que le droit positif consacre cet état de choses et ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici. S'il existait un lien de droit substantiel entre les parties, l'appelante devait rembourser au groupe, représenté par l'intimé, les sommes perçues en trop, et la détermination du montant du reliquat, du destinataire ultime de ce montant et du pourcentage qu'aurait droit d'y prélever le FARC, demeuraient des questions à résoudre, voire à débattre contradictoirement. Il n'est pas exclu qu'exerçant ses pouvoirs la Cour supérieure aurait pu estimer excessif d'ordonner la publication d'avis dont les coûts, quatre ans après l'autorisation du recours, risquaient d'être hors de proportion avec leur impact probable auprès des membres du groupe<sup>15</sup>. Mais cela en soi ne pouvait commander qu'on liquide l'affaire comme si, considéré rétrospectivement, le recours n'avait pas eu raison d'être en 2006.

### **III. Second volet du pourvoi : l'assise juridique du recours de l'intimé**

[58] Comme je l'ai expliqué au début de ces motifs, l'assise juridique du recours de l'intimé, paradoxalement, n'a pas fait l'objet d'un débat en première instance, et cela, bien qu'elle ait figuré dans l'énoncé des questions communes identifiées par la juge

<sup>14</sup> L.R.Q., c. R-2.1.

<sup>15</sup> Même dans le meilleur des cas, l'efficacité de ces avis ne semble pas aller de soi : voir POULIN, Stéphanie, « Les avis aux membres des recours collectifs : un outil à améliorer » dans Association du Barreau canadien, *Cinquième colloque sur les recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 185.

dans son jugement du 23 février 2006. L'appelante, en effet, n'a pas insisté sur ce point, probablement parce qu'elle avait déjà décidé, dès l'été 2005, de restituer aux acheteurs d'appareils iPod l'équivalent de la hausse de prix provoquée par la décision de la Commission du droit d'auteur du Canada.

[59] Il serait cependant inexact de prétendre que l'appelante a reconnu être légalement ou juridiquement tenue de restituer ces sommes. Après l'autorisation du recours, au stade de la requête introductory d'instance de l'intimé, de la défense de l'appelante puis de la réponse de l'intimé, il appert que les parties s'entendaient sur les trois questions à être traitées collectivement, dont la suivante :

- 3.2 La défenderesse doit-elle rembourser aux membres du groupe les sommes payées à titre de redevance?

De plus, bien que l'appelante ait admis le paragraphe 2.17 de la requête introductory d'instance (« Le paiement des redevances par les consommateurs a donc été fait par erreur pour une dette qui n'était pas due puisque la redevance était illégale. »), les parties liaient contestation sur les deux allégations suivantes de la même requête :

- 2.25 En conséquence la défenderesse doit restituer aux membres du groupe les sommes perçues, sommes qui lui ont été remboursées par la SCPCP;
- 2.26 Le demandeur est en droit de réclamer et réclame par la présente une somme de 25 \$;

De fait, au paragraphe 15 de sa défense, l'appelante niait explicitement qu'elle « [devait] restituer aux membres du groupe les sommes perçues, sommes qui lui ont été remboursées par la SCPCP ».

[60] Nous n'avons pas au dossier la transcription des plaidoiries entendues au stade de l'autorisation du recours, mais il ressort des plaidoiries au fond que l'avocat de l'appelante s'est refusé à concéder que l'appelante avait une obligation contractuelle ou légale de rembourser quoi que ce soit. Ainsi, l'échange suivant a ici quelque pertinence :

**Me Simon Potter :**

[...] as a matter of law it is very arguable that Apple just did not have to do this. It has collected its price, everyone had willingly paid the purchase price. I don't want to spend a lot of time on it because Apple admits to you and says openly we took for granted the money wasn't ours and we were going to try and give it back. But I do want to say that as a matter of law I don't think it is clear at all that Apple had to do that.

**Le juge :**

Je ne suis pas sûre de ça. From the time...

**Me Simon Potter :**

I am not asking for a judgment on it. Because the fact is Apple wanted to give it back.

**The Court :**

Okay

**Me Simon Potter :**

Apple saw it as a moral duty and went about it. And I'm saying it is all the more laudable that Apple didn't even try to use the argument, that I will get to, that it didn't owe an obligation to give it back.

Et plus loin :

**Me Simon Potter :**

[...] And 3.2, est-ce que la défenderesse, doit-elle rembourser? Moi je vous soumets qu'en droit c'est pas clair. But I don't mind about that because my client says yes. My client says as a moral question, yes. But 3.2, a-t-il lieu de tenir compte du programme de remboursement? Absolument! Il faut en toute proportionnalité tenir compte de ce qui a été fait qui est tout à fait acceptable et qui paraissait acceptable depuis le début.

En raison de l'importance que revêt cette question sous-jacente au recours de l'intimé, la formation saisie de l'appel a procédé comme je le décrivais au paragraphe [9] afin de connaître la position des parties sur ce point.

#### **A. Prétentions des parties en mai 2010**

[61] Dans ce volet du pourvoi, l'appelante réitère, mais maintenant avec fermeté, qu'il faut répondre par la négative à la question 3.2 citée plus haut au paragraphe [59]. Il en serait ainsi parce que les réclamations de l'intimé et des membres du groupe sont dénuées de fondement en droit substantiel. Les consommateurs qui ont acquis des appareils iPod l'ont fait par des contrats de vente valide et pour un prix donné, qu'ils ont consenti à payer. Les conditions d'exercice d'un recours pour réception de l'indu selon les articles 1491 et 1492 C.c.Q. ne sont donc pas réunies, de sorte que les réclamations des membres sont dénuées d'assise juridique.

[62] L'intimé, pour sa part, répond en se plaçant sur un tout autre plan et invoque le « contrat judiciaire » intervenu entre les parties au cours du litige. Elle s'exprime ainsi :

10. Dans ses prétentions additionnelles, l'Appelante confirme qu'elle a reconnu devoir rembourser les consommateurs mais plaide maintenant qu'on ne doit pas tenir compte de cette admission. Toutes les représentations additionnelles de l'Appelante reposent en fait sur cette prémissse :

6. The supplemental question put to the parties by this Court raises the following issues of law : leaving aside Apple's decision that it would not simply keep the refund, do consumers have a legal right to demand that it be paid to them?

11. Nous soumettons que l'Appelante ne peut d'un côté reconnaître que les membres du groupe ont droit à un remboursement et de l'autre plaider qu'ils n'ont pas droit à ce remboursement.

En somme, selon l'intimé, l'appelante a admis judiciairement qu'elle devait rembourser les sommes reçues de la SCPCP et le débat est clos sur ce point.

## B. Analyse

[63] Tout le raisonnement développé dans la partie III de ces motifs repose sur la prémissse essentielle que l'appelante est juridiquement tenue de rembourser aux membres du groupe les sommes en litige.

[64] Or, je ne crois pas, contrairement à ce que soutient l'intimé, que l'appelante ait concédé qu'il en était ainsi. La juge de première instance avait circonscrit cette question dans le dispositif de son jugement du 23 février 2006 et les actes de la procédure écrite ne contiennent aucun aveu formel de l'appelante sur ce point précis. Tout au plus peut-on qualifier son attitude de quelque peu équivoque, ce que j'attribue à sa volonté déclarée depuis le 9 août 2005 de remettre aux acheteurs d'appareils iPod une fraction de leur prix d'achat. Cette attitude a occulté la question principale. Diverses considérations de nature commerciale (relations avec la clientèle, concurrence, image de marque, etc.) ont pu dicter la décision annoncée à cette date. Mais cela ne change rien au problème juridique sous-jacent. Le recours collectif ne crée pas de droits substantiels, c'est un mécanisme procédural de mise en œuvre de ces droits; à moins que la partie défenderesse ne le concède, il incombe à la partie demanderesse, le moment venu, d'établir que le droit dont elle recherche la sanction existait antérieurement à la prise du recours. S'étant déclarée prête à rembourser ses clients selon les conditions qu'elle avait fixées (et celles-là seulement), l'appelante ne concédait pas pour autant que l'intimé et les membres du groupe avaient droit au redressement qu'ils recherchaient.

[65] L'intimé appuie sa position sur un passage d'un ouvrage du Professeur Ducharme<sup>16</sup>.

**666.** Le fait que l'aveu ne puisse porter sur une question de droit ne fait pas obstacle à ce qu'une partie au litige reconnaîse l'existence d'un état de droit et consente à ce que le rôle du tribunal se limite à se prononcer sur les conséquences qui en découlent. Ainsi, une entreprise poursuivie en responsabilité peut admettre sa responsabilité et demander au tribunal de se prononcer uniquement sur la question des dommages-intérêts. Dans le cadre d'une plainte par une personne handicapée, l'employeur peut reconnaître que la plaignante est une handicapée au sens de la Charte et demander au commissaire de se prononcer uniquement sur la question de savoir si l'employeur s'est acquitté de son obligation d'accommodement. Dans le cadre d'une opposition à un avis de cotisation concernant la contribution de l'employeur au régime d'assurance maladie, le sous-procureur général peut reconnaître que plusieurs des employés de l'employeur sont des non-résidants au sens des lois fiscales et limiter ainsi le débat à la question de savoir si une contribution de cet employeur est exigible pour des employés non-résidants. Parce que ce genre d'aveu équivaut à un contrat judiciaire, une partie ne devrait pas être admise à en demander la révocation au motif qu'il aurait été la suite d'une erreur de fait.

Trois jugements, dont un arrêt de la Cour, sont mentionnés par cet auteur au soutien de ce passage. Le jugement dans l'affaire Québec (*Procureur général*) c. *Commission de la fonction publique (Parisé et Québec (Ministère de la Justice))*<sup>17</sup> n'est d'aucune utilité pour nos fins actuelles. Dans les affaires *Sunoco inc. c. Église Vie et Réveil inc., les ministères d'Alberto Carbone*<sup>18</sup> et *Club de baseball de Montréal Itée c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*<sup>19</sup>, une erreur de fait qu'une partie aurait pu éviter en prenant la peine de se renseigner était à l'origine d'un aveu judiciaire qu'elle souhaitait rétracter. Mais en l'espèce, il n'est pas question d'une quelconque erreur de fait – si l'appelante ou ses avocats ont commis une erreur, ce que je ne suis pas prêt à conclure, il s'agit d'une erreur de droit.

[66] Il est vrai que l'argument central que plaide l'appelante dans ce volet du pourvoi n'avait été qu'évoqué première instance, et certainement pas développé sources à l'appui comme elle le fait maintenant. Cela dit, le principe qui doit guider la Cour dans un tel cas est depuis longtemps fixé. Dans l'arrêt *Pitre et Durand inc. (Syndic de)*<sup>20</sup>, le juge Nichols l'énonçait en ces termes :

Le principe à ce sujet me paraît être qu'une partie ne peut soulever en appel un argument entièrement nouveau qui n'a pas été soulevé en première instance quand un tel argument, s'il avait été soulevé, aurait pu donner ouverture à des éléments additionnels de preuve.

<sup>16</sup> DUCHARME, Léo, *Précis de la preuve*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 269.

<sup>17</sup> J.E. 2003-259 (C.S.).

<sup>18</sup> J.E. 2002-1137 (C.A.).

<sup>19</sup> [1991] R.D.F.Q. 80 (C.Q.).

<sup>20</sup> [1990] R.J.Q. 2088 (C.A.).

En l'occurrence, les faits avérés entre les parties suffisent pour qualifier le lien de droit qui s'est établi entre elles. S'il y avait quelque raison de croire, par exemple, que l'intimé aurait pu fonder son recours sur la réception de l'indu payé sous protêt (art. 1491 C.c.Q.), l'hypothèse d'éléments de preuve additionnels mériterait peut-être que l'on s'y arrête, mais ce n'est pas le cas ici.

[67] Dans le jugement qu'elle a rendu ici le 14 décembre 2004<sup>21</sup>, jugement par lequel elle a fait droit en partie à une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, la Cour d'appel fédérale décrivait en ces termes les relations entre la SCPCP, l'appelante et les membres du groupe représenté par l'intimé :

[5] La SCPCP est l'« organisme de perception » désigné par la Commission en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 pour percevoir les redevances et pour les répartir entre les titulaires de droits. Les fabricants et les importateurs de supports vierges vendus au Canada doivent payer des redevances à la SCPCP. L'organisme de perception est chargé de répartir les redevances entre les sociétés de gestion qui représentent les catégories susmentionnées de titulaires de droits dans les proportions établies par la Commission.

[6] Bien que les fabricants et les importateurs soient tenus de payer la redevance prévue par la Loi, ils n'en assument pas nécessairement le coût. Normalement, les fabricants et les importateurs incluent le montant de la redevance dans le prix de vente exigé de l'acheteur, de sorte que c'est habituellement le consommateur qui assume le coût de la redevance.

Il ne peut faire de doute, en effet, que les redevances destinées à la SCPCP étaient perçues directement de l'appelante et qu'aux termes de la loi, seule cette dernière avait des obligations à l'endroit de la SCPCP. En effet, la *Loi sur le droit d'auteur*<sup>22</sup> prévoit ce qui suit au paragraphe (1) de l'article 82 :

82. (1) Quiconque fabrique au Canada ou y importe des supports audio vierges à des fins commerciales est tenu :

- a) sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 86, de payer à l'organisme de perception une redevance sur la vente ou toute autre forme d'aliénation de ces supports au Canada;
- b) d'établir, conformément au paragraphe 83(8), des états de compte relatifs aux activités visées à l'alinéa a) et aux activités d'exportation de ces supports, et de les communiquer à l'organisme de perception.

<sup>21</sup> [2005] 2 R.C.F. 654 (C.A.F.).

<sup>22</sup> L.R.C. 1985, c. C-42.

[68] Par analogie au raisonnement qu'expose le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Bande indienne de Saugeen c. Canada* (C.A.)<sup>23</sup>, où il s'appuyait sur les propos du juge Thurlow dans l'affaire *Price (Nfld.) Pulp & Paper Ltd. c. La Reine*<sup>24</sup>, on pourrait soutenir que « ce que l'intimé a payé n'était pas la redevance comme telle, mais un prix qui comprenait la redevance ». Cette analogie n'est cependant pas nécessaire car, en droit civil, la réclamation de l'intimé n'avait de fondement ni contractuel ni extracontractuel.

[69] À mon avis, l'appelante a bien résumé la situation dans son argumentation écrite du mois d'avril 2010, lorsqu'elle commente un jugement de la Cour supérieure<sup>25</sup> :

... restitution could not be ordered since the reception was not "undue". The purchase price paid by the consumer was paid willingly by the consumer, whatever cost it was said to be covering and whatever profit the retailer or manufacturer could be said to be earning. The money was not an unlawful tax, but a negotiated price which the purchaser willingly paid. Likewise, in this case, it cannot be said that the levies in question were undue within the meaning of articles 1491 and 1492 C.c.Q. Rather, they were costs covered by the commodity price of goods, a price willingly paid by Apple customers.

Dans ces conditions, si l'appelante n'avait pas offert de rembourser une fraction du prix de vente des appareils iPod aux acheteurs, et que l'intimé avait tenté d'exercer un recours collectif contre elle, il n'aurait pu avoir gain de cause.

[70] J'en viens donc à la conclusion que, rigoureusement analysée sur un plan juridique, l'offre de l'appelante aux membres du groupe devait être acceptée telle quelle, selon ses termes; en l'absence d'une telle offre, l'intimé ne pouvait revendiquer le montant payé en trop. Si l'appelante avait plaidé en première instance tout ce qu'elle a plaidé en appel, la juge aurait dû refuser l'autorisation d'exercer le recours ou, à tout le moins, aurait dû rejeter au fond la requête introductory d'instance de l'intimé. Aussi suis-je d'avis d'accueillir le pourvoi, mais sans frais vu l'issue mitigée du débat en appel.

  
YVES-MARIE MORISSETTE, J.C.A.

<sup>23</sup> [1990] 1 C.F. 403 (C.A.), p. 413.

<sup>24</sup> [1974] 2 C.F. 436 (C.A.).

<sup>25</sup> 9007-7876 Québec inc. c. Henry Sztern & Associates inc., [2001] R.J.Q. 181 (C.S.).

---

REASONS OF DUVAL HESLER, J.C.A.

---

- [71] The judgment below maintains a class action against Appellant Apple Canada.
- [72] Appellant Apple Canada says it was found liable despite having done the right thing.
- [73] I believe the Appellant is correct in making this statement.
- [74] The facts are not in dispute, except for one circumstance which I will address in due course.
- [75] Apple sells, markets and distributes iPods, digital music players that are able to store large quantities of songs and play them on demand.
- [76] In accordance with a decision rendered by the Copyright Board of Canada on December 12, 2003, Apple was obliged to pay a levy of \$15 or \$25 on each iPod sold in Canada, depending on the model's storage capacity.
- [77] Accordingly, Apple added the levy to the price of its iPods. So did its competitors.
- [78] The levies were paid by Apple to the Canadian Private Copying Collective between December 12, 2003 and December 14, 2004.
- [79] On December 14, 2004, the Federal Court of Appeal ruled that the Copyright Board had erred in finding that memory permanently embedded in digital audio recorders was an "audio support" within the meaning of the Copyright Act, and found therefore that the levies ought never to have been collected on iPods.
- [80] On July 28, 2005, an application for leave to appeal that judgment was dismissed by the Supreme Court of Canada. The judgment of the Federal Court of Appeal accordingly became final.
- [81] That day, the Canadian Private Copying Collective declared that it would return the amounts that had been levied illegally.
- [82] In the days immediately following the Supreme Court's dismissal of the leave application, Apple began to put together a plan to refund the levies.
- [83] Here is the one aspect of the evidence on which the parties differ. The Plaintiff testified that he had telephoned someone at Apple and been told that Apple intended to

keep the illegal levy of the Copyright Board for itself. It is obvious, however, that the court below did not accept his testimony on this point.

[84] Indeed, the judge of first instance confirms in her findings the fact that the Appellant never intended to keep the money returned by the Canadian Private Copying Collective:

[49] À cet égard, le Tribunal reconnaît que Apple n'a jamais eu l'intention de garder les sommes reçues de la SCPCP, même si elle n'a fait connaître sa position qu'après la signification de la requête en autorisation. Le Tribunal retient la prétention de Apple qui affirme avoir toujours eu l'intention de rembourser les acquéreurs et qui explique que son retard à faire connaître ses intentions est lié au fait que le jugement de la Cour suprême du Canada rejetant l'autorisation de pourvoi a été connu en plein cœur de la période des vacances et qu'il a fallu un certain temps pour réunir les personnes nécessaires à la prise d'une décision.  
[...]

[51] Selon le Tribunal, il n'est pas possible de conclure que Apple aurait eu l'intention de garder l'argent de la redevance ou qu'un représentant autorisé de Apple l'aurait affirmé à St-Germain. [...]

[85] It bears mentioning at this point that the Notice to Members was drafted in such a fashion as to convey the meaning that a contentious issue raised by the class action was whether the Appellant, Apple, had to reimburse to the class members the amount paid as levy, even though Apple's position throughout was that it must indeed do so.

[86] It also bears mentioning at this point that in paragraph 54 of her judgment, the judge of first instance found that Apple also acted diligently by putting in place a refund program to indemnify Canadian iPod purchasers:

[54] Il n'y a pas lieu de mettre en doute la bonne foi de Apple dans cette affaire. Elle a fait preuve de diligence en mettant rapidement en place un programme de remboursement qui a permis d'indemniser sans délai un peu plus de 10% des personnes qui avaient acquis un iPod ou un iPod mini pendant la période visée. On peut même penser que ce programme, tel quel ou avec certaines modifications, aurait pu recevoir l'aval du Tribunal s'il avait fait l'objet d'une entente soumise à son approbation. (Emphasis added)

[87] On Friday, August 5, 2005, while Apple was in the process of organizing a comprehensive refund program to reimburse its customers, a week before it had even received the refund, the Respondent filed and served a Motion for authorization to institute a class action against Apple on behalf of all iPod purchasers in Quebec who had paid the \$15 or \$25 levy.

[88] The Respondent had never asked for his refund or sent a letter of demand to Apple. There is no evidence that anyone had.

[89] On Tuesday, August 9, 2005, the next business day in Ontario, Apple issued a press release in which it stated that it would implement a refund program to reimburse affected customers.

[90] On September 21, 2005, Apple announced the details of, and immediately made available, the Canadian iPod Levy Refund Program. Apple promised to refund its customers in full for the levies they had paid if they simply submitted a claim form along with a proof of purchase by December 31, 2005.

[91] Apple assumed all of the administrative costs associated with the Program and pledged to donate any unclaimed remainder to the Canadian Red Cross, while also resolving not to claim any tax benefit ensuing from that donation.

[92] Details of the Refund Program were communicated to Apple customers directly via e-mail in instances where they had provided their electronic addresses and had agreed to be contacted in this manner, and via regular mail for people who had provided their addresses. Information regarding the Refund Program was also posted, in both official languages, on Apple's websites. It was reported in the media as well, as attested by the articles filed in the record as Exhibit 2, which were published in August, September and October 2005 in the *Canadian Press*, the *Globe & Mail*, *CNET News.com*, *The Register*, *Macworld*, *Yahoo News*, *Digital Home Canada*, *CBC.ca* and *Le Journal de Montréal*.

[93] 124,443 iPods were sold in Canada subject to the illegal levy ordered by the Copyright Board during the period of concern. Of that number, about 18,000 were sold in Quebec. Beginning on September 21, 2005, Apple received 7,247 claims under its refund program. Of those, 6,884 were accepted and reimbursed. The claims rejected totaled 363, including 57 claims submitted twice and 13 where the device had been purchased from another manufacturer.

[94] The corresponding numbers for Quebec are 1,134 claims submitted, of which 1,013 resulted in a complete refund. 121 claims were rejected on the basis that the customer had not purchased a product covered by the Refund Program, or that no proof of purchase had been submitted, or for similar reasons. Two claims were rejected for having been submitted twice.<sup>1</sup>

[95] Appellant's Refund Program came to an end on December 31, 2005, although, as noted by the judge of first instance, no claims were rejected on account of lateness:

[22] Pour être éligible au remboursement, les acquéreurs devaient soumettre leur réclamation à Apple avant le 31 décembre 2005, mais il semble que, dans les faits, aucune réclamation n'ait été rejetée pour cause de tardiveté. Il y aurait eu 23 réclamations tardives mais elles ont été remboursées. (Emphasis added)

<sup>1</sup> Judgment a quo, par. 17 and 18.

[96] Despite these facts, and while stating clearly that she could not impugn the good faith of Apple, the first judge deemed herself unable to dismiss the class action because, in her view, the evidence submitted by Apple to show that it was ill founded and would serve no purpose was not "scientific" in nature. And despite the complete lack of evidence by the Respondent on this point, she declared that Apple's evidence did not provide sufficient proof that it was impossible for Apple to have done better:

[56] D'une part, la preuve soumise ne justifie pas la conclusion que le recours est maintenant sans objet ou devenu inutile. Selon le vice-président de Apple qui a témoigné, John Hagias, le programme de remboursement de la redevance a été un franc succès. Il fonde son témoignage sur son expérience personnelle des programmes de remise postale offerts par Apple dans le passé. Selon lui, le taux de remboursement est tout à fait remarquable. Il va même jusqu'à dire qu'on ne pouvait faire mieux.

[57] Il ne s'agit cependant pas là d'une preuve qui a une quelconque valeur scientifique. Sans mettre en doute la bonne foi de Hagias ou de Apple, le Tribunal ne voit pas là une preuve qui justifierait la conclusion que le recours est maintenant sans objet et qu'il est impossible de faire mieux. (Emphasis added)

[97] With respect, this constitutes an error in law. The burden of proof in civil matters is that of the balance of probabilities and it rests on Plaintiff. It is not transformed into a different burden or attributed to a different party because the procedural venue is a class action:

[17] The class action is nevertheless a procedural vehicle whose use neither modifies nor creates substantive rights. It cannot serve as a basis for legal proceedings if the various claims it covers, taken individually, would not do so.<sup>2</sup>

[98] In point of fact, the Respondent presented no evidence at all regarding any alleged inadequacies in the Refund Program, be it by way of witnesses, documents, experts or any other means. The uncontested testimony of Mr. Hagias, testifying on behalf of Apple, was that no better program could have been implemented.

[99] Appellant is right in its claim that the Court below failed to appreciate the merit of the right claimed by class members in and of itself:

[63] Le demandeur St-Germain a saisi le Tribunal de la question en produisant une requête pour autorisation d'intenter un recours collectif. Le recours a été autorisé. Puisqu'il a maintenant démontré que le recours est bien fondé, le Tribunal est tenu d'y faire droit et de se conformer aux dispositions du Code de procédure civile ou de la loi.

<sup>2</sup> *Bisaillon v. Concordia University*, [2006] 1 S.C.R. 666, 2006 SCC 19, par. 17. See to the same effect: *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, [2007] 2 S.C.R. 801, 2007 SCC 34; *Rogers Sans-fil Inc. v. Muroff*, [2007] 2 S.C.R. 921, 2007 SCC 35; *Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.*, [2008] R.J.Q. 1350, 2008 QCCA 949, par. 45.

[64] Le fait que St-Germain lui-même ait eu connaissance du programme de remboursement et qu'il a choisi de ne pas s'en prévaloir, sans doute parce qu'il ne voulait pas compromettre son statut de représentant, n'a aucune incidence sur son droit de recouvrer la somme de 25 \$ qu'il a lui-même déboursée.

[...]

Quo qu'il en soit, le Tribunal ne peut tenir compte du programme de remboursement de la redevance d'iPod mis en place par Apple qu'en adjugeant sur le redressement et non en rejetant le recours. (Emphasis added)

[100] I point out that article 1015 C.P.C. specifically allows the class representative to accept an offer regarding his or her personal claim without being deemed to have lost sufficient interest in the lawsuit, which means that s/he may continue acting as class representative unless a substitution is sought and obtained.

[101] Again with respect, the insistence by the court below on limiting its examination to the issue of whether or not the remedy offered by Appellant was sufficient sidesteps the principal issue of whether or not the recourse itself was well founded in law:

The basic principle of evidence in civil matters is that the party who wishes to exercise a right has the burden of proving the facts which support his or her claim  
[...]

These general rules of evidence are applicable to any civil law action in Quebec and to actions under statutory law of a civil nature, unless otherwise provided or indicated. There is no indication in the *Code of Civil Procedure* that the ordinary rules of civil proof do not apply to class actions. On the other hand, by their very nature, class actions invite procedural rules that are unique to such actions. These rules are set out in Book Nine of the *Code of Civil Procedure*, entitled "Class Action". Those provisions certainly do not create new rules of evidence; rather, they adapt to class actions the methods by which a right, which previously could be claimed only by each person entitled to it, may be exercised [...].<sup>3</sup>

[102] A fundamental aspect of civil law is that the alleged debtor must be put in default to respect its obligation. The Appellant was never called upon to do anything by Respondent for the simple reason that it was already agreeing to provide what Respondent was seeking: a reimbursement. And, I might add, a reimbursement not only to him but to every single person entitled to it.

[103] The judge of first instance was equally wrong in finding that Apple should be condemned on the basis of unjust enrichment. As demonstrated by the facts in this

<sup>3</sup> *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, par. 31, 32. See also: *Bou Malhab c. Métromédia C.M.R. Montréal inc.*, [2003] R.J.Q. 1011, particularly at par. 56 to 58. (In appeal before the Supreme Court of Canada.)

case, Apple did not intend to be enriched by the cancellation of the illegal levy of the Copyright Board. Quite to the contrary, it planned to remit the unclaimed amounts to the Canadian Red Cross.<sup>4</sup>

[104] I find that since the judge of first instance made a finding of fact that Apple had no intent to keep the amounts that had been levied illegally in favor of the Canadian Private Copying Collective and was presented with evidence that the Appellant did all that was reasonably possible to reimburse its customers, with only unsubstantiated allegations, meeting no standard of proof whatever, being advanced to the contrary, she was not justified in maintaining the class action against the Appellant.

[105] In addition, there is nothing untoward in planning to award unclaimed class funds to a charitable organization. Such an organization was awarded the unclaimed amounts ordered by way of collective recovery in *ACEF-Centre c. Association québécoise des pharmaciens propriétaires*.<sup>5</sup> As the group members were women, the Court awarded the remainder of the recovery, if unclaimed, to women's shelters. Appellant's choice of the Red Cross does not appear inappropriate in the case at hand.

[106] What is more significant is that the judgment *a quo*, in my respectful opinion, goes counter to the main objectives of class action legislation, to wit: judicial economy, access to justice and behavior modification of defendants.<sup>6</sup>

[107] This Court embraced the same objectives in *Regroupement des CHSLD Christ-Roy (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades*.<sup>7</sup>

[108] I fail to see how access to justice and economy of the judicial process are fostered by maintaining the class action in this instance. I also fail to see how behavior modification is encouraged when a party is found liable despite having sought to reimburse every customer for a levy which was not its initiative in the first place, and vouched to remit the remainder to an acknowledged, *bona fide*, well respected charitable organization.

[109] I can see no valid reason for the Appellant to be publicly perceived by the consuming public as having had to defend itself against a class action and having been condemned to collective recovery for the benefit of class members in a context such as the present one.

[110] Appellant Apple offered to reimburse all its customers, the class members, and made a diligent effort to publicize its Refund Program. The Respondent, who was the class representative, was well aware of the offer and chose not to avail himself of it. He

<sup>4</sup> As the judgment orders collective recovery, 90% of any remainder would, if it stands, go to the Fonds d'aide au recours collectif under applicable regulation.

<sup>5</sup> C.S. Montréal, n° 500-06-000006-953, February 3, 1997, Ryan J.

<sup>6</sup> *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] 3 S.C.R. 158, 2001 SCC 68.

<sup>7</sup> [2007] R.J.Q. 1753, 2007 QCCA 1068.

quite simply has not suffered any prejudice and is not entitled to compensation or reparation of any kind.

[111] As mentioned above, the law is settled that a class action is but a procedural option. The substantive law, which is what determines the parties' rights, does not change just because the action instituted is a class action.

[112] A representative plaintiff cannot succeed in an action such as the present one by simply refusing or neglecting to claim the full reimbursement which was offered to every single class member.

[113] To the extent that the judge of first instance felt she had no choice but to maintain the class action, having authorized it, that constitutes an error in law. Authorizing a class action does not mean that the outcome is a foregone conclusion. The trial judge has the discretion to annul the judgment of authorization (articles 1022 and 1026 C.C.P.). S/he certainly should dismiss the class action if Plaintiff fails to prove a cause of action. On the facts of this case, Plaintiff's individual claim could not possibly be maintained, nor could that of any member of the class, who had only to ask to receive.

[114] The message that is being sent by the judgment *a quo* is that instead of reimbursing money that is returned to it as a result of the acts of a third party, a manufacturer and distributor should sit on the money and wait to be sued rather than go ahead and reimburse it as best they can. This a result which I am unable to condone, seeing that behaviour modification was definitely not required here and that the reimbursement had already taken place to the extent of all customers who manifested themselves. Further judicial action was simply not warranted in law or in fact

[115] Respondent argued in appeal that Appellant's Refund Program was flawed. Let us examine those alleged flaws.

[116] The first is that there was limited coverage of the Refund Program in the Quebec traditional media.

[117] However, people who purchase iPods, by definition, are people who go on Web sites all the time. I fail to see how Appellant's efforts in this respect were insufficient. In the *Dell* case, the arbitration clause which was eventually deemed to bind the parties was only available online.<sup>8</sup> I do not wish to imply that the *Dell* case had to do with sufficient notice, but merely to illustrate that people who use the Internet, such as iPods purchasers, are apt to seek information online.

[118] Electronic notification is increasingly viewed as the notification of preference in cases involving parties such as these, not only in Canada but in the United States. I find it enlightening, while acknowledging that it cannot in any way serve as a precedent for

---

<sup>8</sup> *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, supra*, note 2.

our purposes, to refer to a recent decision by the Supreme Judicial Court of Maine, which vacated a default judgment in excess of \$100,000 because of the court's concern that service on the defendant only by publication in a newspaper violated the defendant's due process right to be notified of the lawsuit. The Court said:

In this advanced technological age, it does not seem that providing notices only in local newspapers where the court action is commenced is sufficient. The Internet provides many more sources to track people down than have ever existed before – [...] making publication notice in newspapers even less of a necessity.

[...]

[S]ervice by publication in a newspaper is now a last resort that a party should attempt only when it has exhausted other means more likely to achieve notice.<sup>9</sup>

[119] The second alleged flaw in the Refund Plan of Appellant is that purchasers should have been individually contacted. Since the evidence showed indubitably that they were, to the extent possible, this contention was refined in appeal and the alleged flaw is now to the effect that there should have been individual contact with purchasers as soon as the decision of the Federal Court regarding the reimbursement of the illegal levy became final. In this connection, Apple's representative testified that:

- A. You know, we took incredible efforts to increase the awareness and increase the number of people who received their money back. It was in our commercial best interests to do so. These are our customers that we are dealing with here.
- Q. Do you know how many of the 20,000 people who downloaded the claim form couldn't find their invoice?
- A. We don't.
- Q. You said, you told the court that a blast of e-mails towards the end was better than at the beginning and your reason for this was that there are articles at the beginning, and it was on your web page, and therefore it was somehow better at the end. That wouldn't have been better both at the beginning and at towards the end? Wouldn't that have been better?
- A. I was offering my opinion. I am not a marketing person.
- [...]
- A. So this whole thing was very new for Apple. So we followed our current procedures and in the interest to increase the participation, we sent an e-mail out. You know, hindsight is always 20-20 in these types of things.

<sup>9</sup> *Gaeth v. Deacon*, 964 A.2d 621 (Me. Sup. Jud. Ct. 2009), 2009 ME 9.

Q. I understand. And for the record, no one is questioning Apple's good faith in this matter. You understand? It is not a question of accusing Apple of anything. It is a simple question of resolving an issue.

Now, when you say hindsight is 20-20 I agree. And in hindsight don't you agree that it might have been more effective to send a blast of e-mails out at the beginning of the program?

[...]

A. Well, you don't know that. Because there was so much other noise in the marketplace around this program, you know, it is hard to say that, you know, adding another element would have made it high. It was already high. If you look at the data, it was already high at the beginning of the program. So to say that adding another layer on top of it would have made it even higher..

Q. Well, look, it was high at the beginning of the program, it is true, if you look at D-5, your Lordship (sic). But it was almost twice as high, the spike is almost twice as high when the blast of e-mails go out. It is almost 8,000 versus just over 4,000.

Now, do you have any reason to believe that the result of a blast of e-mails would have been different in September than in December? I suggest to you that there is no reason to believe that the result would have been different in September than in December.

A. Okay.

Q. "Okay" you agree with me?

A. I don't know. I honestly don't know. I mean, again, there was a lot of noise in the marketplace. Adding more, would there have been more noise in the marketplace? Sure, it would have led, directly led to more claims, more hits to our website, sure. But again, those hits to the website didn't translate into claims. They didn't translate into people downloading more forms and more claims. I mean we see the results. Not a lot of people claimed their money (emphasis added).<sup>10</sup>

[120] What these excerpts make clear is that there was no fault or negligence by Apple in this respect, far from it.

[121] The third flaw is supposedly the requirement of a proof of purchase. This is tantamount to saying that no proof would have been required at any stage in order for members' claims to be accepted. I fail to see how any class member could individually have succeeded in his or her claim without submitting some proof that it had paid the levy in the first place, whether through an invoice or a duplicate. On the other hand, this aspect may have an impact on take-up rates, since it may not be worth the trouble of recovering the required documentation in order to collect \$15 or \$25. I will revert to this issue in due course.

---

<sup>10</sup> Appellant's Factum and Schedules, p. 714 to 717.

[122] The fourth alleged flaw is that the claims period was too short. Besides the fact that all late claims were accepted, as we have seen previously, the evidence revealed that:

- A. Ninety days is a very long period of time for a rebate program. As I have stated, the standard for Apple is forty-five days. When you consider that we announced this program in August, people have had from August the 8th to the end of December to prepare, get organized for this. So it is a very long period of time.<sup>11</sup>

[123] Now it is true that article 1038 C.C.P. provides that once a final judgment in a class action acquires the authority of *res judicata*, a member can file a claim at the office of the court within one year following publication of the notice of final judgment. However, that does not make a one-year period mandatory for all voluntary refund programs, nor was there any proof adduced to the effect that Apple's Refund Program was too brief to be effective. In addition, such an argument is difficult to reconcile with Respondent's argument regarding the need for early notification, which I discussed earlier.

[124] In this case, even after much effort was expended on e-mail reminders towards the end of the refund period, the fact remains that claims simply petered out.

[125] The fifth alleged flaw is a lack of a review process for rejected claims. However, the evidence disproves this allegation:

- Q. And then the other two items, Mr. Hagias, had to do with Apple's involvement in the claims process and Apple's involvement in the rejections.
- A. Okay. Again, Madam Justice, I did follow up back at our Markham office with respect to these. There was not a formal process in place for this. Resolve Corporation had periodic calls with our head office reviewing the status of the program, the status of the claims to date, where have the rejections been, what has been the pattern of rejections.

And through this discussion there was a lot of discussion about well, HP1s or people who under the manufacturer will discard those if the units were purchased outside the dates, those get discarded or here is a group that may warrant more information because we can fulfill these claims if we did some digging. So again, it was an interactive discussion between the two parties that happened over, you know, the period of the program.

THE COURT: And if necessary, it was Apple who would go back to its own records to try and find out?

A. Yes

Q. The supporting information?

---

<sup>11</sup> Appellant's Factum and Annexes, p. 685.

A. We would have, if we had the data we would be the ones going back and doing the research. But just to be clear on that point, of the 7,000ish that were approved we weren't involved in those. It was only the disputed ones potentially, the grey area that we were involved.

[126] The sixth alleged flaw is that Apple would not have rendered a proper account of its refund plan. Again, this is contrary to uncontested evidence. In addition to the evidence already referred to, careful reading of pages 732 to 742 of Mr. Hagias' testimony reveals that Apple was able to provide figures for the number of claims received, the number of claims rejected, as well as to provide both a rate of recovery by customers and a rejection rate under its plan, and how those numbers and rates evolved over time.

[127] The seventh alleged flaw concerns the supposedly weak response rate by Quebec residents. Yet, when compared to actual response rates under court imposed recovery programs, the rate attained by Appellant is quite commendable for claims of this nature. In *Jeudi c. Paquette, Rocheleau, Dion, Grenier et associés*, to cite an extreme example, only three individuals who had paid excessive fees as a result of a Denver boot being affixed to their vehicle actually claimed those fees.<sup>12</sup> It is not rare for take-up rates to appear low in the context of a class action. There is nothing to suggest that a class action would result in a higher take-up rate than the one achieved through Apple's own Refund Program. Be that as it may, in this particular case, Apple representatives were at a loss to find a way to improve the response rate:

A. We are very pleased with the claims.

Q. Why do you say that?

A. Again, when you look at the effort that we expended to be able to reach our customers and the number of people that actually, the 7,000 that actually claimed, that number was a very good number for us relative to other things that we do. So we are very happy with the results of the program.

Q. And can you think of something that should have been done to increase the number of claims?

A. No. Again, we took some extraordinary measures at great expense, at greater expense to Apple in terms of again doing our own due diligence which we normally would have done. So I can't see what more we could have done to increase the participation or the amount of people who received money.<sup>13</sup>

[128] If the take-up rate in settled class actions in the United States is any indication, then the numbers reveal that claims-based settlements in class actions typically reach

---

<sup>12</sup> J.E. 90-750, (C.S.), par. 4.

<sup>13</sup> Appellant's Factum and Annexes, pp. 698, 699.

low take-up rates. In *Strong v. BellSouth Telecomm., Inc.*<sup>14</sup>, only 4.3% of class members participated in a claims process offering payments of \$12 to \$20. Even when significantly higher minimum payments are offered, participation remains low. In *Sylvester v. Cigna Corp.*,<sup>15</sup> it was noted that because take-up rates are generally below 10%, the take-up rate of 19% was "above average",

[129] The last alleged flaw is that Apple acted unilaterally in deciding where the unclaimed amount from the collective recovery of claims, which is bound to be significant, should be directed, i.e., to the Red Cross as opposed to the Fonds d'aide au recours collectif.

[130] The Respondent's argument is circuitous. He asserts in effect that the Fonds has some sort of legal entitlement to a remainder. But this entitlement only arises in cases where a class action has been upheld and the Court has ordered collective recovery. In this instance, the class action was unfounded, and should have been dismissed in first instance. Apple was free to dispose of the remainder in a responsible manner.

[131] Here is how Apple explained its decision in this respect:

- Q. Now what was contemplated, I sometimes give money to the Red Cross and I get a tax receipt for that. What was contemplated with respect to the tax receipt? Who is going to get that?
- A. We actually haven't contemplated. We have not contemplated that, Madam Justice.
- Q. But Apple Canada is a Canadian corporation, it pays taxes to both federal and I suppose Ontario jurisdiction?
- A. Correct. However, what I would say is, Madame Justice, that Apple in no way is looking to benefit from this money. So because we haven't discussed it, you know, there's a lot of things going on and we just haven't discussed it, but it would not be without reason that we would not accept a tax receipt for this because we don't want to benefit from this. So to say that, you know, we are looking forward to benefiting from a tax receipt, if that is what is being implied, that wouldn't be true.<sup>16</sup>

[...]

- Q. Now, there were questions put to you about the choice of the Canadian Red Cross as the recipient of any remainder. And you say that choice of the Canadian Red Cross was done on September 13<sup>th</sup>. Prior to September 13<sup>th</sup>, was there any idea that there would be no recipient, that there would be no donee?
- A. No. We never considered the money ours. It was a matter of what we were going to do with the money. But we never considered it ours.

<sup>14</sup> 173 F.R.D. 167, 169 (W.D. La. 1997), *aff'd*, 137 F.3d 844 (5th Cir. 1998).

<sup>15</sup> 369 F.Supp. 2d 34, 44 (D. Me. 2005).

<sup>16</sup> Appellant's Factum and Annexes, p. 666.

Q. And after choosing the Canadian Red Cross as your recipient, did you ever receive a complaint from anybody about that choice?

A. No, we have not. In fact, we have not received any complaints about this program.<sup>17</sup>

[132] Lastly, it was suggested during argument that Appellant should at least have tendered the amount of the recovered levies in Court if it wanted to avoid being condemned to reimburse what it was willing to reimburse.

[133] The impracticality of such a notion is immediately apparent to me. I see no reason to burden the provincial judicial system with thousands of individual claims of \$15 or \$25 each when Appellant was more than willing to deal with same for all the right reasons.

[134] I find that the principles enunciated by the Supreme Court in the recent case of *Marcotte v. Longueuil (City)*<sup>18</sup> find application here:

Moreover, the requirement of proportionality in the conduct of proceedings reflects the nature of the civil justice system, which, while frequently called on to settle private disputes, discharges state functions and constitutes a public service. This principle means that litigation must be consistent with the principles of good faith and of balance between litigants and must not result in an abuse of the public service provided by the institutions of the civil justice system. [...] [C]are must be taken not to deny this principle, from the outset, any value as a source of the court's power to intervene in case management. From this perspective, the effect of the principle of proportionality is to cast serious doubts on the appropriateness of bringing class actions to achieve the purposes being pursued in the appellants' proceedings.<sup>19</sup>

[135] There remains a question which was not argued in the court below, nor indeed in appeal until the Court invited the parties to address it at a rehearing, and that is whether Appellant could have taken the position that it did not have to reimburse the illegal levy.

[136] Our judicial system is an adversarial one and the initiative of adopting a position, leading evidence and choosing arguments rests on the parties. At trial, whether or not Apple had to reimburse the levy to the customers who had paid it and sought reimbursement was never an issue. The issue was whether or not its offer to reimburse such customers was sufficient and could constitute a sufficient bar to the class action. No other issue was debated in first instance.

[137] The extent to which Apple's obligation to reimburse was not put into question before the trial judge is made clear by the following excerpts from the transcript:

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 702.

<sup>18</sup> [2009] 3 S.C.R. 65, 2009 SCC 43.

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 43.

Me SIMON POTTER [representing Appellant Apple]

I am going to speak about the law a bit later very very briefly. But I will say here as a matter of law it is very arguable that Apple just did not have to do this. It had collected its price, everyone had willingly paid a purchase price. I don't want to spend a lot of time on it because Apple admits to you and says openly we took for granted the money wasn't ours and we were going to try and give it back. But I do want to say that as a matter of law I don't think it is clear at all that Apple had to do that.

[...]

I am not asking for a judgment on it. Because the fact is Apple wanted to give it back.

[...]

Apple saw it as a moral duty and went about it. And I'm saying it is all the more laudable that Apple didn't even try to use the argument [...] that it didn't owe an obligation to give it back.<sup>20</sup>

[...]

Oui, oui, excusez-moi. Je vous la position ici devant vous que l'argent ne leur appartenait pas, ils ne peuvent pas demander la déduction d'impôt, légalement ils peuvent pas. J'ai donné cet avis à Apple et Apple ne le demandera pas.<sup>21</sup>

[138] On February 22, 2006, Appellant confirmed in writing to the judge of first instance, through its attorneys, that there was no longer any debate regarding two principal questions to be dealt with collectively, i.e., whether the members of the group had paid the levy in error and whether Appellant was obliged to reimburse to its customers the amounts paid as levy by them.<sup>22</sup>

[139] Respondent rightly argues that had the question of Apple's obligation to reimburse the levy been a matter at issue at trial, he may have led evidence to deal with it – for instance, evidence that Apple's customers had paid the amount of the levy in error – and that he is now, at this late stage, effectively foreclosed from dealing with the issue adequately:

En l'espèce, si l'Appelante avait contesté le droit des membres du groupe au remboursement des sommes réclamées, le procès aurait été complètement différent. En effet, alors que l'Intimé avançait au départ une cause d'action

<sup>20</sup> Annexes to Appellant's Factum, vol. III, pp. 844 1.16 to 845 1.14.

<sup>21</sup> Annexes to Appellant's Factum, vol. III, p. 899 1.18 *et seq.*

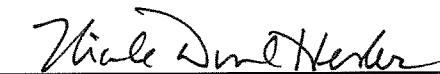
<sup>22</sup> Tab 1 of Respondent's "Annexes additionnelles".

fondée sur la réception de l'indu ou sur l'enrichissement injustifié, [il] s'est appuyé par la suite sur l'aveu que les membres du groupe avaient droit au remboursement demandé.<sup>23</sup>

[140] In addition, it is debatable whether admissions made in first instance can be revoked in appeal<sup>24</sup>. And while it is true that the law itself cannot be the object of an admission, nothing prevents a party from acknowledging the existence of a legal situation and limiting the debate before the court to the consequences that flow from that situation.<sup>25</sup>

[141] Since the appeal can be disposed of without a burdensome and unhelpful discussion surrounding an issue that was never raised up to now, I see no need to deal with it further.

[142] For these reasons, I would maintain the appeal and dismiss the class action. A condemnation to costs against Respondent-Plaintiff does not, however, seem warranted in the circumstances at hand.



NICOLE DUVAL HESLER, J.C.A.

<sup>23</sup> Respondent's *Plan d'argumentation additionnel*, par. 18.

<sup>24</sup> L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 6th ed., 2005, Montreal: Wilson Lafleur, par. 752; *Église Vie et Réveil inc. c. Sunoco inc. et al*, REJB 2002-32178 (C.A.), par. 6.

<sup>25</sup> L. Ducharme, op. Cit., par. 666.