

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE QUÉBEC

N° : 200-09-009450-179
(200-06-000126-105)

DATE : 25 JUIN 2019

**CORAM : LES HONORABLES FRANCE THIBAULT, J.C.A.
JOCELYN F. RANCOURT, J.C.A.
CLAUDINE ROY, J.C.A.**

**ÉRIC MASSON
CLAUDE GAUTHIER**
APPELANTS – demandeurs

c.

**TELUS MOBILITÉ
SOCIÉTÉ TELUS COMMUNICATIONS**
INTIMÉES – défenderesses

ARRÊT

[1] Les appelants se pourvoient contre un jugement rendu le 17 janvier 2017 par la Cour supérieure, district de Québec (l'honorable Clément Samson), qui rejette une action collective visant à réclamer le remboursement de frais payés lors de la résiliation de contrats à durée déterminée de services de téléphonie.

[2] Pour les motifs de la juge Roy, auxquels souscrivent les juges Thibault et Rancourt, **LA COUR** :

[3] **ACCUEILLE** en partie l'appel;

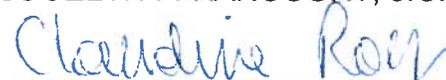
[4] **INFIRME** le jugement de première instance;

[5] **ACCUEILLE** partiellement l'action collective;

- [6] **DÉCLARE** abusives les deux clauses de résiliation;
- [7] **ORDONNE** le recouvrement individuel des réclamations;
- [8] **RETOURNE** le dossier au juge d'instance pour fixer les modalités de remboursement des membres qui ont payé des frais de résiliation supérieurs à 226,71 \$ dans le cas de Telus Mobilité et supérieurs à 201,38 \$ dans le cas de Société Telus Communications;
- [9] Avec les frais de justice tant en première instance qu'en appel.


FRANCE THIBAUT, J.C.A.


JOCELYN F. RANCOURT, J.C.A.


CLAUDINE ROY, J.C.A.

Me David Bourgoïn
BGA AVOCATS
Me Benoît Gamache, procureur-conseil
CABINET BG AVOCAT INC.
Pour les appelants

Me Yves Martineau
Stikeman Elliott
Pour les intimées

Date d'audience : Le 26 novembre 2018

MOTIFS DE LA JUGE ROY

[10] Les appelants se pourvoient contre un jugement rendu le 17 janvier 2017 par la Cour supérieure, district de Québec (l'honorable Clément Samson), qui rejette une action collective visant à réclamer le remboursement de frais payés lors de la résiliation de contrats à durée déterminée de services de téléphonie¹.

1. Le litige

[11] Le recours autorisé² comprend deux groupes distincts :

- un premier groupe composé de personnes à qui Telus Mobilité (TM) a facturé des frais lors de la résiliation de leur contrat à durée déterminée de téléphonie sans fil;
- un deuxième groupe composé de personnes à qui Société Telus Communications (STC) a facturé des frais lors de la résiliation de leur contrat à durée déterminée de téléphonie filaire.

[12] Les deux intimées sont des sociétés liées.

[13] Les appelants plaident que les clauses de résiliation sont abusives au sens de l'article 1437 *C.c.Q.* ou qu'elles équivalent à de l'exploitation du consommateur selon l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*³ (*LPC*) :

C.c.Q.

1437. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible.

Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à

1437. An abusive clause in a consumer contract or contract of adhesion is null, or the obligation arising from it may be reduced.

An abusive clause is a clause which is excessively and unreasonably detrimental to the consumer or the adhering party and is therefore

¹ *Masson c. Telus Mobilité*, 2017 QCCS 1675.

² *Masson c. Telus Mobilité*, C.S. 200-06-000126-105, 30 juillet 2012.

³ RLRQ, c. P-40.1.

l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.

contrary to the requirements of good faith; in particular, a clause which so departs from the fundamental obligations arising from the rules normally governing the contract that it changes the nature of the contract is an abusive clause.

LPC

8. Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.

8. The consumer may demand the nullity of a contract or a reduction in his obligations thereunder where the disproportion between the respective obligations of the parties is so great as to amount to exploitation of the consumer or where the obligation of the consumer is excessive, harsh or unconscionable.

[14] Ils veulent obtenir le remboursement des frais payés et des dommages punitifs.

[15] Au contraire, les intimées prétendent que les frais perçus ne sont pas abusifs et qu'ils n'équivalent pas à de l'exploitation du consommateur puisque leur valeur est moindre que celle du préjudice qu'elles subissent en raison des résiliations avant terme des contrats à durée déterminée.

1.1 Le recours Masson

[16] M. Masson représente les membres du recours visant les services de téléphonie sans fil (le recours Masson). Le 30 janvier 2009, il reçoit une lettre de TM lui indiquant que son contrat de téléphonie mobile vient bientôt à échéance. Il se rend alors dans un commerce Stéréo Plus de Montmagny et mentionne au vendeur qu'il ne souhaite pas déboursier de frais pour l'achat d'un nouvel appareil. TM n'offre pas de rabais sur les frais mensuels pour la conclusion d'un contrat à durée déterminée, mais, en certains cas, comme avec M. Masson, elle offre un rabais sur le coût d'achat d'un nouvel appareil.

[17] M. Masson signe un contrat de service de deux ans – qui vient donc à échéance le 30 janvier 2011. Il acquiert un nouvel appareil pour 349,99 \$ et bénéficie d'un rabais équivalent.

[18] M. Masson et le représentant de TM ont discuté des modalités du contrat, mais la question des frais de résiliation n'a jamais été abordée verbalement. Le contrat remis ce jour-là précise toutefois les modalités applicables en cas de résiliation avant terme :

Qu'arrive-t-il si je veux annuler mon abonnement?

Si vous décidez d'annuler votre abonnement avant la fin du contrat, vous devrez payer des frais d'annulation pour chaque numéro de téléphone débranché, en plus des autres frais alors dus à TELUS. Ces frais sont exigés à titre de dommages-intérêts liquidés et non de pénalité. Les frais d'annulation correspondent au montant le plus élevé des deux montants suivants : (1) 20 \$ multipliés par le nombre de mois qui restent à la durée du contrat, ou (2) 100 \$. Si vous vous abonnez à un service de transmission de données auquel une fonction courriel a été intégrée et que vous annulez ce service dans les 12 premiers mois d'une entente de service de 36 mois, des frais d'annulation additionnels de 100 \$ s'appliqueront. Les frais d'annulation doivent être payés, que le service soit annulé par TELUS ou par vous. (TELUS peut mettre fin à votre service si vous ne respectez pas toutes les modalités de service.)

[Soulignement ajouté]

[19] Le 26 décembre 2010, M. Masson met fin à son contrat, soit environ un mois avant échéance. Conformément à la clause de résiliation, TM lui facture des frais de résiliation de 100 \$. M. Masson offre de payer 30 \$, mais TM refuse. Il se résout alors à payer les frais de résiliation exigés.

[20] M. Masson est le seul membre du groupe qui témoigne au procès.

[21] Ce groupe comprend « [t]outes les personnes physiques domiciliées ou ayant été domiciliées au Québec, et s'étant vues facturer par l'intimée Telus Mobilité, depuis le 1^{er} octobre 2007, des frais de résiliation en vertu d'un contrat conclu avant le 30 juin 2010 ». Après cette date, le législateur a amendé la *LPC* et le règlement pertinent pour fixer les frais applicables en cas de résiliation du contrat, ce qui n'était pas le cas auparavant⁴.

[22] La même clause de résiliation s'applique à tous les membres du groupe.

[23] La preuve révèle que :

- entre janvier 2008 et juin 2010, près de 9 % des clients résilient leur contrat avant terme;

⁴ RLRQ, c. P-40.1, articles 214.1-214.11 et RLRQ, P-40.1r.3, articles 79.7-79.12.

- pendant la même période, les contrats sont majoritairement des contrats d'une durée de 3 ans : 14,1 % sont des contrats à durée indéterminée, 2,6 % sont d'une durée de 1 an, 7,6 %, de 2 ans et 75,7 %, de trois ans;
- pour diverses raisons, les clients n'ont pas tous payé les frais de résiliation dus et certains ont payé moins de 100 \$;
- TM a facturé un total de 51 722 412,59 \$ de frais de résiliation à 152 837 clients, soit une moyenne de 338,41 \$ par client;
- 57 377 clients ont payé 10 834 067 \$ en frais de résiliation, soit une moyenne de 188,82 \$ par client, montant que le juge majore de 15 \$ pour les frais de déverrouillage, pour un total de 203,82 \$;
- le coût moyen de l'appareil remis au client est de 226,71 \$.

1.2 *Le recours Gauthier*

[24] M. Gauthier est un client de longue date de STC. Au cours du mois de mai 2009, un représentant de STC lui communique une nouvelle offre de service par téléphone. Lors de cet appel, M. Gauthier conclut un contrat à durée déterminée de 36 mois pour obtenir des services de téléphonie et Internet haute vitesse, incluant une réduction de 5 \$ sur les frais mensuels. Il n'est pas question des frais de résiliation ou d'une quelconque renonciation à la faculté de résiliation unilatérale du client. STC poste la copie du contrat à M. Gauthier.

[25] Le contrat contient les modalités de résiliation par le client :

Obligations relatives à la durée contractuelle des produits et services de TELUS

[...]

3 Résiliation

3.1 Le Client peut résilier le contrat moyennant l'envoi d'un avis et le paiement de :

3.1.1 Pour les contrats de 12 mois ou moins, la totalité (100 %) des frais restants à payer au contrat ou à tout renouvellement de celui-ci.

3.1.2 Pour les contrats de 36 mois, cinquante pour cent (50 %) des frais restants à payer au contrat ou à tout renouvellement de celui-ci.

3.1.3 Pour les contrats de 60 mois, trente pour cent (30 %) des frais restants à payer au contrat ou à tout renouvellement de celui-ci.

3.2 Les frais restants au contrat sont réputés être le plus élevé de dix dollars (10.00 \$) par mois multiplié par le nombre de mois restants au contrat ou à la valeur de votre mensualité multipliée par le nombre de mois restants au contrat.

3.3 Le Client consent, en cas de résiliation unilatérale du contrat, à payer à TELUS les frais de résiliation prévus précédemment, nonobstant toute disposition contraire aux articles 2125 et 2129 du Code civil du Québec.

[26] Son contrat vient à échéance en mai 2012.

[27] En février 2011, M. Gauthier change de fournisseur. Il reçoit une facture qui inclut des frais de résiliation de 559,87 \$, plus taxes, facture qu'il acquitte pour éviter d'entacher son dossier de crédit.

[28] M. Gauthier est le seul membre de ce groupe qui témoigne au procès. Le groupe comprend « [t]outes les personnes physiques domiciliées ou ayant été domiciliées au Québec, et s'étant vues facturer par l'intimée Société TELUS Communications, des frais de résiliation en vertu d'un contrat de téléphonie filaire ou de service internet, ou combinant les deux, conclu avant le 30 juin 2010 ».

[29] La même clause de résiliation s'applique à tous les membres du groupe.

[30] La preuve révèle que :

- 73 % du large territoire desservi par STC se trouve dans des zones considérées « à coût élevé » par le CRTC;
- les contrats à durée déterminée sont de 12, 36 ou 60 mois;
- entre 42,7 % et 66,7 % des clients de STC sont liés par des contrats à durée déterminée pendant la période visée par l'action collective (42,7 % en 2007, 52,4 % en 2008, 60,8 % en 2009 et 66,7 % en 2010);
- STC n'est pas en mesure de préciser la proportion de clients liés par contrats à durée déterminée en fonction de la durée des contrats (12, 36 ou 60 mois);
- STC n'est pas en mesure de préciser la proportion de clients qui se sont vu facturer des frais de résiliation en fonction de la durée des contrats (12, 36 ou 60 mois);
- STC a facturé 7 027 763,47 \$ à 25 258 clients, pour une moyenne de 278,24 \$ par client;

- STC a perçu 1 997 446 \$ en frais de résiliation de 14 311 clients, soit 139,57 \$ en moyenne.

2. Le jugement de première instance

[31] Le juge conclut que les frais de résiliation ont été dénoncés de manière suffisamment précise, qu'ils ne sont pas abusifs (article 1437 *C.c.Q.*), qu'ils n'équivalent pas à une exploitation des consommateurs (article 8 *LPC*) puisqu'ils n'excèdent pas le préjudice réellement subi par les intimées et qu'ils ne contreviennent pas au droit des membres de résilier unilatéralement leurs contrats. Les membres n'ont pas droit à des dommages punitifs parce qu'il n'y a pas eu manquement à une obligation imposée par la *LPC*. En conséquence, il rejette l'action collective intentée contre les intimées.

3. Les questions en litige

[32] Les parties, le juge d'autorisation et le juge du fond formulent les questions différemment. Pour les fins de l'appel, elles sont regroupées et traitées de la façon suivante :

- Les frais de résiliation ont-ils été divulgués dans le recours Gauthier? Dans la négative, les membres peuvent-ils en réclamer le remboursement?
- L'imposition de frais de résiliation contrevient-elle au droit des membres de résilier leur contrat unilatéralement avant terme?
- La compétence du CRTC empêche-t-elle la réclamation pour imposition de frais abusifs?
- Les clauses de résiliation sont-elles abusives (art. 1437 *C.c.Q.*) ou équivalent-elles à de l'exploitation du consommateur (art. 8 *LPC*)? Dans l'affirmative, quel est le remède approprié?

4. La divulgation des frais de résiliation

[33] Ce moyen d'appel trouve application seulement dans le recours Gauthier.

[34] M. Gauthier plaide que l'omission de divulguer l'obligation de payer des frais en cas de résiliation constitue un manquement à l'article 54.4 *LPC*. Vu les termes de l'article

272 *LPC*, il a droit au remboursement de tous les frais de résiliation payés. Tous les membres du groupe seraient dans la même situation que lui.

[35] Le contrat conclu par M. Gauthier au téléphone est un « contrat conclu à distance » au sens de l'article 54.1 *LPC* :

54.1 Un contrat conclu à distance est un contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre et qui est précédé d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat.

54.1 A distance contract is a contract entered into without the merchant and the consumer being in one another's presence and preceded by an offer by the merchant to enter into such a contract.

[...]

[...]

[36] L'article 54.4 *LPC* énumère les renseignements que le commerçant doit divulguer au consommateur avant la conclusion d'un tel contrat. Le commerçant doit divulguer les conditions d'annulation, de résiliation, de retour, d'échange ou de remboursement :

54.4 Avant la conclusion du contrat à distance, le commerçant doit divulguer au consommateur les renseignements suivants:

54.4 Before a distance contract is entered into, the merchant must disclose the following information to the consumer:

[...]

[...]

k) le cas échéant, les conditions d'annulation, de résiliation, de retour, d'échange ou de remboursement;

(k) the applicable cancellation, rescission, return, exchange and refund conditions, if any; and

[...]

[...]

[37] La conversation téléphonique enregistrée au moment de la conclusion du contrat démontre que le représentant de STC, malgré les consignes de son employeur à l'effet contraire, n'a pas mentionné à M. Gauthier l'existence de frais en cas de résiliation. Il y a donc eu contravention à l'article 54.4 *LPC*.

[38] La preuve ne permet cependant pas de conclure que les autres membres sont dans la même situation que M. Gauthier, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas été informés de l'existence de frais en cas de résiliation.

[39] Premièrement, 10 % des contrats ne sont pas des contrats conclus à distance. L'argument ne peut donc pas s'appliquer à ces derniers.

[40] Deuxièmement, il appartient à celui qui veut faire valoir un droit de prouver les faits qui soutiennent sa prétention, et ce, par prépondérance des probabilités (articles 2803 et 2804 *C.c.Q.*). Il incombait donc à M. Gauthier, en tant que représentant du groupe, de démontrer l'existence du défaut d'information pour tous les membres du groupe.

[41] Il présume que l'expérience des autres membres du groupe est similaire à la sienne. La présomption est une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu (article 2846 *C.c.Q.*). Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal. Celui-ci doit prendre en considération celles qui sont graves, précises et concordantes (article 2849 *C.c.Q.*). Ici, aucun autre membre du groupe n'a été entendu.

[42] Le témoignage de M. Gauthier ne permet pas d'inférer ni de présumer que STC a manqué à ses obligations à l'égard de tous les membres du groupe. Au contraire, STC a prouvé : (1) qu'elle demande à ses représentants, employés ou représentants externes, de mentionner la clause de résiliation au téléphone, et ce, avant la conclusion du contrat; (2) qu'ils sont formés pour le faire; et (3) qu'ils sont évalués en tenant compte de cette obligation. La prépondérance de preuve favorise la position de STC sur cette question et le juge a retenu cette preuve. La seule contravention prouvée est donc celle qui a trait à M. Gauthier.

[43] Même pour ce dernier, le motif d'appel doit être rejeté. En effet, M. Gauthier plaide que le manquement à l'obligation de divulgation lui donne droit, à titre de remède, au remboursement des frais de résiliation payés. Or, il n'en est rien.

[44] L'article 272 *LPC*, en tenant pour acquis sans en décider que cette disposition s'applique dans les circonstances, permet au consommateur de demander la réduction de son obligation, mais elle ne lui garantit pas que le tribunal l'accordera. Tout est affaire de circonstances :

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, [...], le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas:

- a) l'exécution de l'obligation;
- b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant;
- c) la réduction de son obligation;

272. If the merchant or the manufacturer fails to fulfil an obligation imposed on him by this Act, [...], the consumer may demand, as the case may be, subject to the other recourses provided by this Act,

- (a) the specific performance of the obligation;
- (b) the authorization to execute it at the merchant's or manufacturer's expense;
- (c) that his obligations be reduced;

d) la résiliation du contrat;	(d) that the contract be rescinded;
e) la résolution du contrat; ou	(e) that the contract be set aside; or
f) la nullité du contrat,	(f) that the contract be annulled,
sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.	without prejudice to his claim in damages, in all cases. He may also claim punitive damages.

[45] L'article 54.4 *LPC* vise à informer adéquatement le consommateur pour lui permettre de faire un choix éclairé avant de contracter à distance. Or, la preuve démontre que M. Gauthier est client de STC depuis 1981 et que cette clause de résiliation se trouvait dans les cinq derniers contrats signés pour obtenir le service filaire. Il serait inapproprié dans ces circonstances d'ordonner le remboursement des frais de résiliation payés par M. Gauthier au motif que le représentant de STC ne l'a pas informé de l'existence de la clause de résiliation lors de l'appel téléphonique.

5. Le droit à la résiliation et l'imposition de frais de résiliation

[46] Le même cabinet d'avocats a institué deux autres recours concernant des clauses de même nature contre Bell Mobilité et contre Rogers Communications (les arrêts *Bell Mobilité*⁵ et *Rogers*⁶). Les clauses ont été déclarées abusives et ces actions ont été partiellement accueillies. Bell Mobilité a dû rembourser près de 1 M\$ aux membres du groupe, et Rogers Communications, près de 15 M\$, plus taxes, intérêts et indemnité additionnelle.

[47] L'interaction entre les articles 2125 et 2129 *C.c.Q.* et les clauses de résiliation des contrats de téléphonie a été longuement étudiée dans les motifs des juges Bélanger et Vézina, aux paragraphes 38 à 56 et 142 à 156 de l'arrêt *Bell Mobilité* et aux paragraphes 17, 18 et 63 à 69 de l'arrêt *Rogers*.

[48] Le juge applique les enseignements de la Cour aux clauses en litige et conclut que (1) les membres n'ont pas renoncé à leur droit de résilier le contrat et que (2) les frais de résiliation doivent être calculés conformément à la clause contractuelle et non en vertu de l'article 2129 *C.c.Q.* Il n'y a là aucune erreur.

⁵ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2014 QCCS 4236, appel rejeté, 2016 QCCA 1496, demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, 6 juillet 2017, n° 37303.

⁶ *Brière c. Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.)*, 2014 QCCS 5917, appel rejeté, 2016 QCCA 1497, demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, 6 juillet 2017, n° 37301.

6. La compétence du CRTC

[49] Plusieurs des membres du groupe dans le recours Gauthier résident dans des territoires réglementés par le CRTC (à l'intérieur de zones désignées « à coût élevé »). Celui-ci a approuvé les tarifs de STC puisqu'il les estime « justes et raisonnables » au sens de la *Loi sur les télécommunications*⁷.

[50] Au paragraphe [151] de son jugement, le juge se déclare sans compétence pour statuer sur les réclamations des membres visés par la réglementation fédérale. Ce faisant, le juge commet une erreur de droit. Il n'avait malheureusement pas alors le bénéfice des enseignements de la Cour dans *Bell Canada c. Aka-Trudel*⁸.

[51] Le juge a commis une erreur en déclinant compétence pour statuer sur le caractère abusif des clauses de résiliation applicables dans les zones réglementées par le CRTC. Ce n'est pas l'argument présenté par STC qui a plutôt fait valoir que des frais justes et raisonnables aux yeux du CRTC devraient également être considérés comme tels pour décider du caractère abusif de la clause au sens du *Code civil du Québec* ou pour vérifier si elle constitue de l'exploitation au sens de la *LPC*. À cet argument, il faut répondre que les objectifs de la *Loi sur les télécommunications* et ceux du *Code civil du Québec* et de la *LPC* ne sont pas les mêmes. Il n'y a donc pas d'adéquation automatique entre les termes. Il faut les remettre dans leur contexte respectif.

7. Les clauses abusives et l'exploitation du consommateur

[52] L'article 1437 *C.c.Q.* énonce qu'est abusive toute clause qui désavantage le consommateur d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi. L'article 8 *LPC* permet au consommateur de demander la réduction de ses obligations lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur ou lorsque l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.

[53] Est-ce le cas ici?

7.1 Le préjudice de TM

[54] Le juge établit le préjudice subi par TM en cas de résiliation du contrat de téléphonie avant terme à 226,71 \$ (le coût moyen de l'appareil remis au client + 15 \$ à titre de frais pour déverrouiller l'appareil). Il aurait également inclus les commissions aux vendeurs, sans les quantifier avec précision.

⁷ L.C. 1993, c. 38.

⁸ 2018 QCCA 829, demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, 21 février 2019, n° 38205; voir également *WestJet c. Chabot*, 2016 QCCA 584, demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, 27 octobre 2016, n° 37027.

7.1.1 Les frais de déverrouillage

[55] La preuve ne permet pas de savoir si des membres du groupe ont payé des frais de déverrouillage. M. Alexander, représentant de TM, le seul témoin qui discute de la question, déclare qu'il n'était pas possible avant 2011 de déverrouiller les appareils dotés de la technologie CDMA. Or, le litige vise les frais facturés entre le 1^{er} octobre 2007 et le 30 juin 2010. Il n'y a donc aucune raison de tenir compte de ce coût pour les membres du groupe.

7.1.2 Les commissions payées aux vendeurs

[56] Le juge indique qu'il aurait ajouté les commissions payées aux vendeurs dans le calcul du préjudice, tant dans le recours Masson que dans le recours Gauthier, sans toutefois les quantifier. Il s'appuie sur le raisonnement du juge Vézina dans le dossier *Rogers*. Or, le juge Vézina est dissident dans cette affaire. Au contraire, les juges majoritaires concluent qu'il n'y a pas lieu d'inclure dans le préjudice les commissions payées aux vendeurs⁹. Les intimées ne font valoir aucun motif qui permettrait à la Cour de s'écarter de ce précédent.

7.1.3 La décroissance du préjudice

[57] M. Masson fait valoir que le juge a erré en refusant de reconnaître que le préjudice de TM décroît en fonction de la durée du contrat courue avant sa résiliation.

[58] Le même argument a été plaidé et rejeté dans les affaires *Bell Mobilité* et *Rogers*. Les juges majoritaires ont conclu qu'il était inexact d'affirmer que le rabais sur l'appareil est remboursé par les clients au fur et à mesure de leurs paiements mensuels¹⁰.

[59] La seule différence qui existe dans le présent dossier découle du témoignage de M. Alexander, directeur marketing. Celui-ci a déclaré que les contrats à durée fixe permettent à l'entreprise de récupérer la perte subie de mois en mois. Le juge discute de ce témoignage au paragraphe 170 de son jugement. Il souligne la différence entre ce témoignage et celui des experts, mais il retient l'opinion de ces derniers. Il n'y a pas d'erreur révisable dans cette conclusion.

⁹ *Brière c. Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.)*, 2014 QCCS 5917, paragr. 60, 2016 QCCA 1497, paragr. 80-85, demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, 6 juillet 2017, n° 37301.

¹⁰ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2014 QCCS 4236, paragr. 57-58, appel rejeté, 2016 QCCA 1496, paragr. 177-184, demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, 6 juillet 2017, n° 37303; *Brière c. Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.)*, 2014 QCCS 5917, paragr. 74, appel rejeté, 2016 QCCA 1497, paragr. 63-72, demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, 6 juillet 2017, n° 37301.

7.1.4 Le calcul du rabais moyen

[60] M. Masson reproche ensuite au juge d'avoir retenu le rabais moyen offert aux membres calculé par les experts des intimées. Ces derniers utilisent des données applicables pour la période 2007 à 2010, alors que ces rabais ont été accordés aux membres visés par le recours qui vise une période plus longue, soit 2004 à 2010. Ils auraient voulu que les experts des intimées appliquent un facteur d'ajustement pour tenir compte de cette difficulté. Ils ne précisent cependant pas quel facteur serait approprié et ne soumettent aucune expertise pour soutenir leur proposition.

[61] Il appert que les données utilisées ne coïncident pas parfaitement avec la période visée par l'action collective. Mais le juge a travaillé avec la seule expertise disponible, celle des intimées. TM a expliqué que ces données n'étaient pas disponibles pour la période 2004 à 2006. L'expert a donc travaillé avec l'hypothèse que la moyenne des revenus et des coûts sur les appareils pour la période 2004 à 2007 était la même que pour la période 2007 à 2010 et il a validé le caractère raisonnable de son hypothèse avec d'autres données. Le juge a retenu son témoignage. Les appelants ne démontrent aucune erreur révisable.

[62] Ce moyen d'appel est rejeté.

7.1.5 Conclusion sur le calcul du préjudice

[63] Le préjudice subi par TM en cas de résiliation du contrat avant terme est donc de 226,71 \$ par membre en moyenne.

7.2 Le préjudice de STC

[64] Le juge établit le préjudice subi par STC en cas de résiliation du contrat avant terme à 211 \$. Ce montant est constitué d'une réduction sur le tarif mensuel, de cadeaux promotionnels, de divers avantages supplémentaires et des commissions versées aux vendeurs. Comme dans le recours Masson, il faut déduire 9,62 \$ puisqu'il ne fallait pas inclure les commissions aux vendeurs. Le préjudice est donc de 201,38 \$ (211 \$ - 9,62 \$ = 201,38 \$).

7.3 Le caractère abusif des clauses de résiliation

[65] Dans l'arrêt *Bell Mobilité*, la Cour rappelle que le client a droit de résilier unilatéralement son contrat, que l'appréciation du caractère abusif de la clause de résiliation doit se faire en tenant compte de l'équilibre économique entre les parties,

incluant le nombre de personnes visées, et du caractère disproportionné ou non de cette clause¹¹ :

[162] En effet, il serait illogique de permettre au client de résilier unilatéralement et sans cause un contrat, tout en lui imposant de supporter des frais qui excèdent le réel préjudice subi par le prestataire.

[...]

[166] L'appréciation du caractère abusif de la clause doit se faire en tenant compte de l'équilibre économique entre les parties et du caractère disproportionné, ou non, de la clause. Le nombre de personnes touchées par la clause de résiliation anticipée est un facteur qu'il faut considérer dans l'analyse de l'équilibre économique entre les parties. [...]

[167] Dans le cadre de cette affaire, il m'apparaît raisonnable d'affirmer que toute obligation financière prévue aux FRA [frais de résiliation anticipée], qui excède le rabais octroyé par Bell, serait trop éloignée des « obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat ». Rappelons, en effet, que le client bénéficie du même forfait et qu'il paie le même montant mensuel, pour le service de téléphonie, qu'il ait bénéficié ou non d'un rabais sur l'achat de son téléphone portable.

[168] La clause est donc abusive et réductible au sens de l'article 1437 *C.c.Q.* car Bell profite, pour ne pas dire abuse, en quelque sorte, d'une position dominante et qu'elle s'écarte des pratiques contractuelles généralement acceptées.

[66] Ces principes sont applicables ici.

[67] D'entrée de jeu, et ceci dit avec les plus grands égards, le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante en retenant que la prestation exigible des membres du groupe – en lien avec la clause de résiliation prévue dans le contrat – doit être établie en fonction des sommes perçues par les intimées. Cette erreur a été induite par le rapport d'expertise produit par les intimées. Celui-ci retient cette donnée pour mesurer l'obligation ou la prestation exigible en vertu du contrat pour les membres du groupe. Or, le rapport d'expertise fait totalement abstraction des exigences de l'article 1437 *C.c.Q.* Celles-ci obligent en quelque sorte à mesurer les prestations ou les obligations réciproques des cocontractants et à vérifier si l'écart entre elles est

¹¹ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2014 QCCS 4236, appel rejeté, 2016 QCCA 1496, demande d'autorisation d'appeler à la Cour suprême rejetée, 6 juillet 2017, n° 37303. Sur la lésion objective, voir également *Riendeau c. Compagnie de la Baie d'Hudson*, 2006 QCCA 1379; *Gareau Auto inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.).

excessif au point où il désavantage le consommateur d'une manière excessive ou déraisonnable.

[68] Dans le cas de TM, la clause permet de réclamer le plus élevé de (1) 100 \$ ou de (2) 20 \$ multiplié par le nombre de mois restant à courir au contrat, auquel peut s'ajouter 100 \$ si le client est abonné à un service de transmission de données avec courriel et qu'il annule le service dans les 12 premiers mois d'une entente de 36 mois. Par exemple, un client qui résilie son contrat de 36 mois après un mois seulement pourrait devoir payer $20 \$ \times 35 \text{ mois}$, soit 700 \$, auquel peut s'ajouter 100 \$ supplémentaires en cas d'abonnement au service de transmission de données avec courriel.

[69] En vertu de sa clause de résiliation, TM a facturé 51 722 412,59 \$ à 152 837 clients. Elle a donc imposé en moyenne des frais de résiliation de 338,41 \$ par membre du groupe ($51\,722\,412,59 \$ \div 152\,837 = 338,41 \$$) alors que son préjudice moyen est de 226,71 \$ à titre de frais de résiliation.

[70] Dans le cas de STC, la clause permet de réclamer : 100 % des frais restants dans le cas d'un contrat de 12 mois, 50 % des frais restants dans le cas d'un contrat de 36 mois et 30 % des frais restants dans le cas d'un contrat de 60 mois. Les « frais restants » sont établis au plus élevé de (1) 10 \$ multiplié par le nombre de mois restants ou (2) la mensualité multipliée par le nombre de mois restants au contrat. Pour ne prendre qu'un exemple, M. Gauthier a dû payer 559,87 \$ alors que le préjudice moyen de STC est de 201,38 \$.

[71] En vertu de sa clause de résiliation, STC a facturé 7 027 763,47 \$ à 25 258 clients. Elle a imposé en moyenne des frais de résiliation de 278,24 \$ ($7\,027\,763,47 \$ \div 25\,258 = 278,24 \$$) par membre du groupe alors que son préjudice moyen est de 201,38 \$.

[72] Les clauses de résiliation sont clairement abusives. Elles permettent à TM et à STC de réclamer des frais de résiliation qui excèdent très substantiellement le préjudice subi en raison de la résiliation avant terme des contrats. Elles désavantagent le consommateur d'une manière excessive et déraisonnable. Pour TM, la clause lui permet de réclamer environ 49 % de plus que le préjudice subi, et pour STC, l'excédent est d'environ 38 %.

7.4 Le remède approprié

[73] Le dossier pose une difficulté particulière puisque ce ne sont pas tous les membres qui ont droit d'être indemnisés.

[74] Les membres inclus dans chacun des groupes comprennent tous ceux à qui des frais de résiliation ont été facturés. Parmi eux, certains n'ont rien payé, certains ont payé moins que le préjudice moyen de leur fournisseur de service, d'autres ont payé plus.

Seuls ces derniers ont droit d'obtenir une réduction des frais payés puisque leur recours est bien fondé.

[75] La preuve ne démontre pas combien de membres ont payé des frais supérieurs au préjudice subi ni à combien s'élève le total des frais excessifs perçus.

[76] Le recouvrement des réclamations peut se faire de façon collective, individuelle ou selon une combinaison des deux. Le recouvrement collectif est certes préférable lorsque possible puisqu'il permet d'étendre la responsabilité du défendeur à toute la mesure du préjudice causé, plutôt que de la limiter à indemniser seulement les membres qui produisent une réclamation individuelle; il favorise l'objectif de réparation intégrale du préjudice subi¹².

[77] Mais il n'est pas toujours possible. L'article 595 *C.p.c.* prévoit que « le tribunal ordonne le recouvrement collectif des réclamations des membres si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment précise le montant total de ces réclamations ». Ici, les appelants n'ont pas prouvé de façon suffisamment précise le nombre de membres qui ont payé des frais excessifs ni le montant total des frais réclamés en trop, de sorte que le recouvrement collectif est impossible.

[78] Comme le souligne la juge Paquette dans *Martin c. Telus Communication*¹³, à l'occasion d'un recours visant la facturation illégale des frais de messagerie texte, l'allègement de la preuve dans le cas d'un recouvrement collectif ne doit pas conduire à l'augmentation aveugle du fardeau financier du défendeur :

[116] En effet, le recouvrement collectif peut être ordonné malgré certaines incertitudes ou imperfections dans la méthode de calcul du montant total de la réclamation de membres. Il n'est pas nécessaire non plus que le montant des réclamations individuelles soit identique.

[117] Ainsi, il suffit que le total soit raisonnablement et globalement exact en regard de la preuve, et ce, même si le nombre précis de membres, leur identité et le montant de leurs réclamations individuelles ne sont pas ou ne peuvent pas être établis avec exactitude. À cette fin, l'utilisation de statistiques, de moyennes et de pondération est parfois appropriée, voire nécessaire.

¹² *Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil Québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, paragr. 1173 à 1196; *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, 2008 CSC 64, paragr. 107-118; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, paragr. 32-36.

¹³ 2014 QCCS 1554, désistement d'appel, 2016 QCCA 1178.

[118] Rappelons cependant que cet allègement des règles de preuve vise à favoriser la réparation intégrale du préjudice subi, et non à augmenter aveuglément le fardeau financier du défendeur.

[119] Aux fins du choix du mode de recouvrement et de l'estimation du montant total des réclamations, le Tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire important.

[120] En l'espèce, considérant les sommes en jeu et le nombre de membres lésés, le recouvrement collectif doit être préconisé. Cependant, il n'est pas possible d'arriver à une approximation satisfaisante du montant total des réclamations pour tous les sous-groupes que la demanderesse propose.

[79] Dans cette affaire, la juge ordonne le recouvrement collectif pour certains sous-groupes et le recouvrement individuel pour d'autres, pour d'autres également, elle ordonne à la défenderesse de fournir la liste des clients concernés. Un mode de recouvrement similaire est utilisé dans le cadre d'un recours contre Bell Mobilité portant sur le même objet¹⁴.

[80] Pareillement, dans la trilogie concernant les banques, la Cour suprême a avalisé le recouvrement collectif pour la plupart des banques, mais elle a rétabli le jugement du juge Gascon, alors à la Cour supérieure, qui avait ordonné un recouvrement individuel eu égard aux frais de conversion imposés par la Banque Amex du Canada pour une certaine période, étant incapable d'en établir la quotité globale de manière suffisamment précise¹⁵. Un processus de recouvrement individuel a par la suite été mis en place¹⁶. Quant à la Fédération des caisses populaires Desjardins, la Cour suprême lui a ordonné de fournir les preuves nécessaires pour calculer avec suffisamment de précision le montant des demandes¹⁷ :

[32] La preuve au dossier ne permet pas de déterminer le total des frais que Desjardins est tenue de rembourser aux membres du groupe dont les demandes ne sont pas prescrites. Parallèlement, rien n'indique qu'il serait impossible de calculer ce total avec suffisamment de précision. Comme le signale le juge Gascon, c'est au représentant du groupe qu'il incombe de prouver que le recouvrement collectif est possible. Cependant, Desjardins est tenue de fournir les renseignements qui permettront à celui-ci de faire cette preuve. Le recouvrement individuel ne sera ordonné que si Desjardins est incapable, en agissant avec diligence raisonnable, de fournir les renseignements qui permettront de calculer avec suffisamment de précision le montant des demandes qui ne sont pas

¹⁴ *Laflamme c. Bell Mobilité inc.*, 2014 QCCS 525.

¹⁵ *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CC 55, paragr. 116 (*Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57; *Banque Amex du Canada c. Adams*, 2014 CSC 56).

¹⁶ *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1916.

¹⁷ *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, paragr. 32.

prescrites. Ainsi qu'il a été ordonné au procès, les autres détails relatifs à la procédure de recouvrement seront réglés à une date ultérieure par la Cour supérieure.

[81] Les parties ont par la suite conclu une entente permettant de maximiser le recouvrement, entente qui a été entérinée par la Cour supérieure¹⁸.

[82] Le recouvrement individuel a également été utilisé dans *Coalition pour la protection de l'environnement du parc linéaire Petit train du Nord. Laurentides (Municipalité régionale de comté des)*¹⁹ où la Cour supérieure conclut au trouble de voisinage seulement pour les membres résidant à moins de 100 mètres de la piste alors que le groupe comprenait tous les résidents à moins de 200 mètres de la piste. Elle ordonne un recouvrement individuel puisque la preuve n'établissait pas avec suffisamment d'exactitude le nombre de membres visés. Dans *Biondi c. Ville de Montréal*²⁰, la Cour supérieure a également recours à un processus de recouvrement individuel dans le cadre d'un recours en dommages pour des chutes sur les trottoirs de la ville de Montréal.

[83] Le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire important à l'étape du recouvrement, particulièrement dans le choix des modalités. Comme le souligne la professeure Piché, « [s]omme toute, les solutions de recouvrement disponibles n'ont de limites que l'imaginaire des avocats et des tribunaux »²¹.

[84] L'article 604 *C.p.c.* permet à la Cour lorsqu'elle accueille l'appel de retourner le dossier au juge de première instance pour qu'il soit procédé au recouvrement. Je suis d'avis qu'il s'agit du remède approprié ici : le juge devra procéder au recouvrement individuel des réclamations et accorder la différence entre les frais payés par chacun des membres et la moyenne du préjudice subi, moyenne établie à 226,71 \$ dans le cas de TM et à 201,38 \$ dans le cas de STC.

[85] Pour ces motifs, je propose d'accueillir en partie l'appel, d'infirmier le jugement de première instance, d'accueillir partiellement l'action collective, de déclarer abusives les deux clauses de résiliation, d'ordonner le recouvrement individuel des réclamations, et de retourner le dossier au juge d'instance pour qu'il fixe les modalités de remboursement des membres qui ont payé des frais de résiliation supérieurs à 226,71 \$ dans le cas de

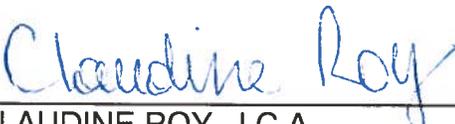
¹⁸ *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2015 QCCS 1921.

¹⁹ J.E. 2005-47 (C.S.) (désistement d'appel).

²⁰ 2010 QCCS 4073, paragr. 180-186. La Cour d'appel est intervenue mais sur un autre point, 2013 QCCA 404

²¹ CATHERINE PICHÉ, « Le recouvrement et l'indemnisation des membres dans l'action collective », (2016) 94 *R. du B. Can.* 171, p. 186; voir également DAVID STOLOW, ROBERT KUGLER, « L'étape du recouvrement en matière de recours collectif : les enjeux et les objectifs sociaux », (2015) 11 *Canadian Class Action Review* 3; PIERRE-CLAUDE LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.

TM et à 201,38 \$ dans le cas de STC, avec les frais de justice tant en première instance qu'en appel.



CLAUDINE ROY, J.C.A.