

500-09-024972-150

COUR D'APPEL DU QUÉBEC

(Montréal)

En appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, rendu le 5 décembre 2014 par l'honorable juge Pierre Nollet.

N° 500-06-000557-112 C.S.M.

**ROGERS COMMUNICATIONS S.E.N.C.,
faisant également affaires sous la raison sociale
ROGERS SANS-FIL S.E.N.C.**

APPELANTE
(intimée)

c.

MARIO BRIÈRE

INTIMÉ
(représentant)

MÉMOIRE DE L'APPELANTE ET ANNEXES

**M^e Nick Rodrigo
M^e Mouna Aber
Davies Ward Phillips &
Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.
1501, av. McGill College, 26^e étage
Montréal (Québec) H3A 3N9**

**M^e David Bourgoin
M^e Benoît Gamache
BGA-LAW avocats S.E.N.C.R.L.
67, rue Sainte-Ursule
Québec (Québec) G1R 4E7**

Tél. : 514 841-6548 (M^e Rodrigo)
Tél. : 514 841-6487 (M^e Aber)
Télé. : 514 841-6499
nrodrigo@dwpv.com
maber@dwpv.com

Tél. : 418 692-5137
Télé. : 418 692-5695
dbourgoin@bga-law.com
bgamache@bga-law.com

Procureurs de l'appelante

Procureurs de l'intimé

TABLE DES MATIÈRES

i)

Mémoire de l'appelante et annexes

Page

Volume 1

EXPOSÉ DE L'APPELANTE

PARTIE I – LES FAITS1
II. Historique procédural2
III. Cadre législatif2
IV. Les faits admis3
PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE9
PARTIE III – LES ARGUMENTS10
I. Le juge d'instance a erré en outrepassant les limites établies par le jugement d'autorisation10
II. Le juge d'instance a erré dans l'application des principes régissant la renonciation au droit à la résiliation unilatérale17
III. Le juge d'instance a erré dans la détermination du préjudice réel subi par Rogers25
IV. Le juge d'instance a erré dans la détermination du caractère excessif et abusif des FRA selon l'article 1437 C.c.Q.28
V. Le juge d'instance a erré lors du calcul des dommages29
PARTIE IV – LES CONCLUSIONS30
PARTIE V – LES SOURCES30.1

TABLE DES MATIÈRES

ii)

Mémoire de l'appelante et annexes

Page

Volume 1 (suite)

ANNEXE I – LE JUGEMENT

Jugement dont appel (Nollet, J.) 05 déc. 2014 31

ANNEXE II – LES PROCÉDURES

Inscription en appel 05 janv. 2015 53

Requête pour autorisation d'exercer un recours collectif et pour se voir attribuer le statut de représentant 21 févr. 2011 77

Jugement sur la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif (Nollet, J.) 24 mai 2012 91

Requête introductive d'instance en recours collectif 14 sept. 2012 108

Défense 15 févr. 2013 117

Requête introductive d'instance en recours collectif amendée 19 juil. 2013 134

Procès-verbal 29 sept. 2014 143

Procès-verbal 30 sept. 2014 150

Procès-verbal 01 oct. 2014 154

Procès-verbal 02 oct. 2014 157

ANNEXE III a) – LES PIÈCES

P-1 Facture datée du 29 janvier 2009 159

P-2 Contrat (partiel) 160

P-3 Facture datée du 26 novembre 2010 161

TABLE DES MATIÈRES

iii)

Mémoire de l'appelante et annexes

Page

Volume 2

P-4	Affidavit de M. Barry Choi, pièces à son soutien et transcription sténographique du contre-interrogatoire sur affidavit de M. Barry Choi, en liasse (sous pli confidentiel)165
P-5	Engagements 1 à 5 communiqués dans le cadre de l'interrogatoire de M. Barry Choi (sous pli confidentiel)476
P-6	Engagements 6 à 9 communiqués dans le cadre de l'interrogatoire de M. Barry Choi (sous pli confidentiel)484
P-7	Engagements 7 à 9 amendés communiqués dans le cadre de l'interrogatoire de M. Barry Choi (sous pli confidentiel)488
P-8	Tableau d'évaluation de la disproportion et du quantum : Position principale (sous pli confidentiel)492
D-1	Entente de service sans-fil en vigueur à compter de février 2007493
D-2	Entente de service sans-fil en vigueur à compter d'août 2007494
D-3	Tableaux démontrant la méthodologie utilisée par Rogers, depuis février 2007, afin d'établir le montant des frais de résiliation (sous scellés)495
D-4	Tableaux démontrant la méthodologie utilisée par Rogers, depuis février 2007, afin d'établir le montant des frais de résiliation (transmission de données) (sous scellés)498
D-5	Profitability model 2010499
D-6	Réponse aux engagements de monsieur Choi datée du 8 septembre 2011507

TABLE DES MATIÈRES

iv)

Mémoire de l'appelante et annexes

Page

Volume 2 (suite)

D-7	ECF Charged & Estimated Recovery from 2008 to 2013512
D-8	Consumer Average Cost of Acquisition513

Volume 3

ANNEXE III b) – LES DÉPOSITIONS

Audition du 29 septembre 2014

Préliminaires519
Échanges de part et d'autre520
Représentations525

Preuve de la demande

MARIO BRIÈRE

En chef	par M ^e Bourgoin537
Contre-int.	par M ^e Stolor557

BARRY CHOI

En chef	par M ^e Bourgoin560
---------	-----------------------------	----------

Représentations614
-----------------	----------

BARRY CHOI (suite)

En chef	par M ^e Bourgoin636
---------	-----------------------------	----------

Échanges de part et d'autre638
-----------------------------	----------

Preuve de la défense

BARRY CHOI

En chef	par M ^e Stolor641
---------	---------------------------	----------

Représentations683
-----------------	----------

TABLE DES MATIÈRES

v)

Mémoire de l'appelante et annexes

Page

Volume 3 (suite)

BARRY CHOI (suite)

En chef par M^e Stolow693

Représentations715

BARRY CHOI (suite)

En chef par M^e Stolow731

Échanges de part et d'autre738

Volume 4

Audition du 30 septembre 2014

Preliminaires754

Échanges de part et d'autre755

Preuve de la défense (suite)

BARRY CHOI (suite)

En chef par M^e Stolow762

Contre-int. par M^e Bourgoïn822

Échanges de part et d'autre884

Audition du 1^{er} octobre 2014

BARRY CHOI (suite)

Représentations896

Contre-int. par M^e Bourgoïn901

Réint. par M^e Stolow988

Représentations993

Attestation des procureurs1001

EXPOSÉ DE L'APPELANTE

PARTIE I – LES FAITS

1. Rogers Communications S.E.N.C. (« **Rogers** » ou l'« **Appelante** ») en appelle devant cette Cour d'un jugement rendu le 5 décembre 2014 par le juge Pierre Nollet (le « **Juge d'Instance** ») de la Cour supérieure, district de Montréal (le « **Jugement Entrepris** »), aux termes duquel il a :

(a) accueilli, en partie, le recours collectif intenté par l'Intimé, M. Mario Brière (l'« **Intimé** ») à titre de représentant pour le compte du groupe défini comme suit :

Toutes les personnes physiques et morales (comptant au plus 50 employés dans les douze mois précédant le présent recours), résidant ou ayant résidé au Québec et ayant bénéficié du service de téléphonie cellulaire ou de transmission de données de Rogers, qui se sont vues facturer par cette dernière et qui ont payé, depuis le 21 février 2008, des frais de résiliation en vertu d'un contrat écrit conclu avant (i) le 1^{er} février 2007 et qui contient une clause de résiliation exigeant des frais de résiliation de 20 \$ par mois restant au contrat jusqu'à concurrence de 200 \$ ou (ii) un contrat conclu avant le 30 juin 2010 et après le 1^{er} février 2007 et qui contient une clause de résiliation exigeant des frais de résiliation du plus élevé de 100 \$ ou de 20 \$ par mois restant à courir jusqu'à concurrence de 400 \$ ou dans le cas de la transmission de données du plus élevé de 25 \$ ou de 5 \$ par mois restant à courir jusqu'à concurrence de 100 \$ (les « **Membres** »); et

(b) condamné Rogers à payer, par voie de recouvrement collectif, un montant total de 16 829 016 \$ (plus taxes, intérêts et l'indemnité additionnelle prévue par la loi). Ce montant représente la différence entre : (i) les frais de résiliation anticipés (« **FRA** ») récupérés des Membres par Rogers suite à la résiliation avant terme de leur entente de téléphonie cellulaire et (ii) selon le Jugement Entrepris, les « bénéfices reçus par ces derniers lors de la conclusion de leurs contrats avec abonnement, soit le rabais offert sur le prix de leur appareil téléphonique »¹.

¹ Jugement Entrepris, paragr. 4, Mémoire de l'Appelante (« **M.A.** ») Annexe I, Volume 1, [page 32](#).

II. HISTORIQUE PROCÉDURAL

2. Le ou vers le 21 février 2011, l'Intimé déposa une requête en autorisation d'exercer un recours collectif (la « **Requête en Autorisation** ») réclamant contre Rogers, en son nom et pour les Membres : (i) le remboursement total des FRA payés par ces derniers (ou subsidiairement la réduction de ces FRA), le tout en alléguant que les FRA facturés par Rogers étaient « excessifs et dépassaient largement le montant que pourrait justifier [Rogers] à titre de pénalité et/ou de dommages liquidés »²; et (ii) des dommages punitifs.

3. Par jugement rendu le 24 mai 2012 (le « **Jugement d'Autorisation** »), la Cour supérieure sous la plume du juge Nollet accueillit la Requête en Autorisation.

4. Le 19 juillet 2013, l'Intimé déposa une requête introductive d'instance en recours collectif amendée (la « **Requête Introductive d'Instance** »).

5. L'audition au mérite en première instance a duré trois (3) jours, soit le 30 septembre et les 1^{er} et 2 octobre 2014.

6. Par le Jugement Entrepris, le Juge d'Instance a : (i) accueilli, en partie, la Requête Introductive d'Instance et a ordonné à Rogers de payer un montant total de 16 829 016 \$ (plus taxes, intérêts et l'indemnité additionnelle prévue par la loi); et (ii) rejeté la réclamation pour dommages punitifs.

III. CADRE LÉGISLATIF

7. D'entrée de jeu, il importe de souligner que tous les contrats visés par le présent recours collectif ont été conclus avant le 30 juin 2010. Cette date est déterminante puisqu'elle correspond à l'entrée en vigueur des amendements à la *Loi sur la protection du consommateur* qui instaurèrent depuis cette date un nouveau cadre législatif quant aux frais de résiliation pouvant être facturés par un commerçant à un consommateur lors de la résiliation d'un contrat avant l'expiration de son terme³.

² Requête en Autorisation, paragr. 13, M.A. Annexe II, Volume 1, [page 78](#).

³ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, arts. 214.6 - 214.7.

8. Or en l'instance, bien que les amendements de 2010 ne trouvent aucunement application aux contrats des Membres, le remède recherché par la Requête Introductive d'Instance du présent recours collectif⁴, ainsi que le Jugement d'Instance ayant partiellement accueilli celle-ci, équivalent dans les faits à une application rétroactive des amendements de 2010 à une situation contractuelle antérieure à cette nouvelle législation.

9. En effet, les nouvelles dispositions de 2010 relatives aux frais de résiliation des contrats à exécution successive de services fournis à distance, incluant les contrats de téléphonie cellulaire, sont de droit nouveau, et n'ont aucun effet rétroactif. Ce nouveau cadre législatif n'est donc pas applicable aux contrats qui étaient conclus avant, ou en cours à, la date d'entrée en vigueur des amendements, soit le 30 juin 2010, à l'instar de tous les contrats des Membres⁵.

IV. LES FAITS ADMIS

10. Les faits suivants, mise en preuve devant le Juge d'Instance, sont incontestés et essentiels aux fins de cet appel.

11. Tel que noté dans le Jugement Entrepris, il existe trois (3) types de contrats de téléphonie cellulaire chez Rogers :

les contrats prépayés [(« **Contrat Prépayé** »)], les contrats payables mensuellement suivant l'usage, mais sans terme (contrats sans abonnement) [(« **Contrat sans Abonnement** »)] et les contrats payables mensuellement suivant l'usage, mais avec un terme de 12, 24 ou 36 mois (contrats avec abonnement) [(« **Contrat avec Abonnement** »)] (Jugement Entrepris, paragr. 9)

12. En tout temps, les clients ont le choix de conclure avec Rogers un des trois types de contrats.

⁴ Voir la Requête en autorisation, paragr. 14 à 16 et 23, M.A. Annexe II, Volume 1, page 79, ainsi que la Requête introductive d'instance amendée, paragr. 25, M.A., Annexe II, Volume 1, page 139.

⁵ P.L. 60, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*, 1^{re} session, 39^e lég., Québec, 2009 (sanctionnée le 4 décembre 2009), L.Q. 2009, c. 51, arts. 34-35. Voir aussi *Morin c. Bell Canada*, 2011 QCCS 6166, J.E. 2011-2110, laquelle était également menée par les procureurs représentant le Demandeur en l'espèce, où le tribunal a conclu que les dispositions en cause sont de droit nouveau et ne s'appliquent pas aux contrats en cours au moment de leur entrée en vigueur, paragr. 60 à 61.

13. Les Membres qui ont opté pour un Contrat avec Abonnement se sont volontairement engagés, lors de la conclusion de ce contrat, pour une période contractuelle prédéterminée. De fait, seuls les Membres avec un Contrat avec Abonnement bénéficiaient d'un rabais sur l'achat de leur appareil ainsi que des crédits, lesquels variaient en fonction de différents facteurs⁶.

14. Les FRA prédéterminés dans l'entente signée par les Membres sont uniquement applicables dans le cadre d'un Contrat avec Abonnement. D'ailleurs, tel que reconnu dans le Jugement Entrepris, « le contrat des membres énonçait clairement, en toutes lettres, le montant à payer afin de bénéficier de la résiliation anticipée » (Jugement Entrepris, paragr. 103) [nos soulignements].

15. La méthode de calcul du montant des FRA en cas de résiliation anticipée était divulguée de façon claire et précise dans l'Entente de Service Sans Fil (*Wireless Service Agreement*) conclue par tous les Membres (l'« **Entente de Service Sans Fil** »).

16. L'Entente de Service Sans Fil conclue par les clients sans fil, incluant M. Brière (pièce BC-2 au soutien de l'Affidavit de M. Choi, comprise dans la pièce P-4, M.A. Annexe IIIa, Volume, 2 page 262), entre juin 2005 et février 2007, prévoyait respectivement, en version française et anglaise, ce qui suit concernant les Frais de Résiliation :

Frais de résiliation anticipée :

Des frais de résiliation anticipée de 20 \$ (taxes exigibles en sus) par nombre de mois restants dans l'entente de service, jusqu'à un maximum de 200 \$, s'appliquent aux ententes de service à durée déterminée si, pour quelque raison que ce soit, le service est interrompu avant la fin de la période d'abonnement

Early Cancellation Fee:

An Early Cancellation Fee (ECF) of \$20 (plus applicable taxes) times the number of months remaining in the service agreement, to a maximum of \$200, applies on committed-term service agreements if, for any reason, your service is terminated prior to the end of the service agreement period.

⁶ M.A. Annexe IIIb, Volume 3, pages 648 à 650.

Frais de résiliation anticipée

31. Si votre service est annulé, pour quelque raison que ce soit, avant la fin de l'entente de service sans-fil (s'il y a lieu), vous convenez de nous payer une somme égale à vingt dollars (20 \$) (taxes exigibles en sus) multipliés par le nombre de mois restants dans l'entente, jusqu'à un maximum de deux cents dollars (200 \$).[...]

Early Cancellation Fee

31. If, for any reason your Service is terminated prior to the end of the service agreement period (if applicable), you agree to pay us \$20 (plus applicable taxes) times the number of months remaining in the service agreement period, to a maximum of \$200.[...]

[encadrement dans l'original]

17. Par la suite, l'Entente de Service Sans Fil qui est entrée en vigueur à compter de février 2007 (pièce D-1, M.A. Annexe IIIa, Volume 2, [page 493](#)) prévoyait un changement du montant maximum à être payé à titre de frais de résiliation de 200 \$ à 400 \$ (sauf pour ceux qui avaient souscrit à un forfait avant février 2007 et qui l'avaient maintenu ou renouvelé. Dans ces cas, le montant maximum demeurerait à 200 \$). Cette entente comportait les modalités suivantes en ce qui a trait aux FRA :

Frais de résiliation anticipée (applicable uniquement aux clients avec un abonnement) :

Des frais de résiliation anticipée s'appliquent si, pour quelque raison que ce soit, le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement. Les frais de résiliation anticipée correspondent au montant le plus élevé de ces deux éventualités : (i) 100 \$ ou (ii) 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 400 \$ (taxes exigibles en sus) et s'appliquent pour chaque ligne au compte annulé. Si vous avez souscrit votre forfait avant le 1er février 2007 et que vous maintenez ce forfait ou le renouvelez pour une période de un an, de deux ans ou de trois ans, les frais de résiliation anticipée correspondent à 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement jusqu'à un maximum de 200 \$.

Early Cancellation Fee:

An Early Cancellation Fee (ECF) applies if, for any reason, your service is terminated prior to the end of the service agreement. The ECF

is the greater of (i) \$100 or (ii) \$20 per month remaining in the service agreement, to a maximum of \$400 (plus applicable taxes), and applies to each line in the plan that is terminated. If you have subscribed to your Price Plan before February 1, 2007 and you continue or renew on the same Price Plan on a 12-, 24- or 36-month term, the ECF will be equal to \$20 times the number of months remaining in the term, to a maximum of \$200.

18. L'augmentation du montant maximum de 200 \$ à 400 \$ s'explique par l'augmentation des coûts des appareils ainsi que des subventions correspondantes fournies par Rogers.

19. La clause relative aux FRA dans l'Entente de Service Sans Fil a été modifiée en août 2007 (pièce D-2, M.A. Annexe IIIa, Volume 2, [page 494](#)) et prévoyait dès lors ce qui suit :

Frais de résiliation anticipée (applicable uniquement aux clients avec un abonnement) :

Des frais de résiliation anticipée s'appliquent si, pour quelque raison que ce soit, le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement. Les frais de résiliation anticipée correspondent au montant le plus élevé de ces deux éventualités : (i) 100 \$ ou (ii) 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 400 \$ (taxes exigibles en sus) et s'appliquent pour chaque ligne au compte annulé. Si vous avez souscrit votre forfait avant le 1er février 2007 et que vous maintenez ce forfait ou le renouvelez pour une période de un an, de deux ans ou de trois ans, les frais de résiliation anticipée correspondent à 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement jusqu'à un maximum de 200 \$.

Frais de résiliation anticipée pour la transmission de données :

Selon votre service de transmission de données sans fil, des frais de résiliation anticipée pour la transmission de données s'appliquent si, pour quelque raison que ce soit, le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement (au forfait Données). Les frais de résiliation anticipée correspondent au montant le plus élevé de ces deux éventualités : (i) 25 \$ ou (ii) 5 \$ par nombre de mois

Early Cancellation Fee:

An Early Cancellation Fee (ECF) applies if, for any reason, your service is terminated prior to the end of the service agreement. The ECF is the greater of (i) \$100 or (ii) \$20 per month remaining in the service agreement, to a maximum of \$400 (plus applicable taxes), and applies to each line in the plan that is terminated. If you have subscribed to your Price Plan before February 1, 2007 and you continue or renew on the same Price Plan on a 12-, 24- or 36-month term, the ECF will be equal to \$20 times the number of months remaining in the term, to a maximum of \$200.

Additional Data Early Cancellation Fee:

In connection with your wireless data service, a Data Early Cancellation Fee (DECF) also applies if, for any reason, your service is terminated prior to the end of your plan's commitment term (Data Term). The DECF is the greater of (i) \$25 or (ii) \$5 per month remaining in the Data Term, to a maximum of \$100 (plus applicable taxes), and applies in addition to the ECF for termination of

restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 100 \$ (taxes exigibles en sus) et s'appliquent en plus des frais de résiliation anticipée lorsque le service est annulé avant la fin de la période d'engagement. Les frais de résiliation anticipée et les frais de résiliation anticipée pour la transmission de données s'appliquent si vous êtes abonné à un forfait combinant les services Voix et Données.

your service agreement. If you subscribe to a plan combining both voice and data services, both the ECF and the DECF apply.

20. Finalement, à compter de janvier 2009, les Membres qui ont fait un changement à leur forfait en cours de contrat ont signé une Entente de gestion des comptes (l'« **Entente de Gestion** ») (pièce P-2, M.A. Annexe IIIa, Volume 1, [page 160](#)). Ce fut notamment le cas de M. Brière lors de son rehaussement d'équipement (« **HUP** ») en janvier 2009. L'Entente de Gestion, qui prévoit expressément qu'elle « s'ajoute à l'Entente de [S]ervice Sans Fil », prévoyait ce qui suit quant aux FRA pour les services sans fil et de transmission de données :

SECTION II

Frais de résiliation anticipée (s'applique uniquement aux clients avec un abonnement) :

Des frais de résiliation anticipée s'appliquent si, pour quelque raison que ce soit, le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement. Les frais de résiliation anticipée correspondent au montant le plus élevé de ces deux éventualités : (i) 100 \$ ou (ii) 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 400 \$, et s'appliquent pour chaque ligne inscrite au compte annuel. Si le client souscrit un forfait avant le 1er février 2007 et le conserve ou le renouvelle pour une période d'un an, de deux ans ou de trois ans, les frais de résiliation anticipée correspondent à 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 200 \$.

Frais de résiliation anticipée pour la transmission de données :

Selon votre service de transmission de données sans fil, des frais de résiliation anticipée pour la transmission de données s'appliquent si, pour quelque raison que ce soit, le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement (au forfait Données). Les frais de résiliation anticipée pour la transmission de données correspondent au montant le plus élevé de ces deux éventualités : (i) 25 \$ ou (ii) 5 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 100 \$, et s'appliquent en plus des frais de résiliation anticipée lorsque le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement. Les frais de résiliation anticipée et les frais de

résiliation anticipée pour la transmission de données s'appliquent si vous êtes abonné à un forfait combinant services Voix et données.

AUTORISATION

[...] La présente entente s'ajoute à l'Entente de service de Rogers sans fil conclu antérieurement entre vous et Rogers et doit être lu en conjonction avec les Modalités de service de Rogers et la Politique d'utilisation acceptable, qui vous ont été fournies. [...]

En signant la présente entente, vous acceptez les changements décrits ci-dessous [...]. [nous soulignons]

21. Ainsi, il ne fait aucun doute que l'Entente de Service Sans Fil prévoyait de façon claire le montant des FRA applicable en cas de résiliation anticipée par le client. Rogers a clairement divulgué tant la méthode de calcul des FRA que le montant maximal pouvant être réclamé à ce titre.

22. De plus, c'est uniquement suite à la conclusion d'un Contrat avec Abonnement que Rogers paie des commissions à ses détaillants⁷.

23. Quant à la situation personnelle de l'Intimé, les faits suivants sont admis :

(a) l'Intimé a exécuté une Entente de service sans fil⁸ ainsi qu'une Entente de gestion⁹ (laquelle s'ajoute à l'Entente de service) (collectivement ci-après l'« **Entente Brière** ») lesquelles prévoyaient le montant de FRA à payer dans l'éventualité d'une résiliation anticipée des services;

(b) lorsque l'Intimé s'est procuré un nouvel appareil sans fil en janvier 2009, il a obtenu un rabais sur l'appareil et un crédit totalisant la somme de 100 \$¹⁰;

(c) lorsque l'Intimé a mis fin à l'Entente Brière, il restait treize (13) mois au terme de son abonnement à durée déterminée¹¹;

(d) l'Intimé a admis que l'estimation du montant moyen de ses factures mensuelles avec Rogers aurait été de 36,59 \$ par mois pendant chacun des treize (13) mois restants

⁷ M.A. Annexe IIIb, Volume 3, [pages 656 à 659](#).

⁸ M.A. Annexe IIIa, Volume 2, [page 262](#).

⁹ M.A. Annexe IIIa, Volume 1, [page 160](#).

¹⁰ M.A. Annexe IIIa, Volume 2, [page 169](#) et pages [476-477](#).

¹¹ M.A. Annexe IIIa, Volume 2, [page 166](#).

à son abonnement avec Rogers et que la perte de profits subie par Rogers pour cette période de treize (13) mois se chiffre à 267,54 \$¹²; et

(e) en vertu de l'Entente Brière, au moment de la résiliation anticipée, le montant maximum de FRA qui était exigible était de « 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 200 \$ ». L'Intimé a été facturé, et a payé des frais de résiliation de 200 \$¹³.

PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE

I. Le Juge d'Instance a-t-il erré en statuant qu'il n'y a pas, suite au Jugement d'Autorisation, chose jugée sur la question de la renonciation par les Membres au droit à la résiliation unilatérale prévue aux articles 2125 et 2129 C.c.Q. (Jugement Entrepris, paragr. 26 à 35)?

24. Dans son Jugement d'Autorisation, le Juge d'Instance a tranché la question de la renonciation par M. Brière en concluant que M. Brière avait connaissance de la clause de FRA dans le contrat et qu'il avait en fait renoncé à son droit à la résiliation unilatérale prévu par le C.c.Q. Pour cette raison, le juge a refusé d'autoriser la question commune proposée traitant la résiliation unilatérale. Avec égard, l'Appelante soumet que le Juge d'Instance a erré en statuant de nouveau dans le Jugement Entrepris sur la question de la validité de la renonciation au droit à la résiliation unilatérale des Membres alors qu'il avait déjà pris position sur cette question dans le Jugement d'Autorisation.

II. Le Juge d'Instance a-t-il erré en statuant au mérite qu'il n'y a pas eu de renonciation par les Membres au droit à la résiliation unilatérale prévu aux articles 2125 et 2129 C.c.Q. (Jugement Entrepris, paragr. 36 à 45)?

25. Avec égard, l'Appelante soumet que le Juge d'Instance a erré quant aux principes applicables à la renonciation du régime des articles 2125 et 2129 C.c.Q. L'Appelante soutient

¹² M.A. Annexe IIIa, Volume 2, [pages 170-171](#).

¹³ M.A. Annexe IIIa, Volume 1, [pages 161 à 164](#).

en effet qu'il y a eu, selon les enseignements de cette Cour, renonciation par les Membres au droit à la résiliation unilatérale.

III. Le Juge d'Instance a-t-il erré en statuant que les FRA payés par les Membres excèdent le montant du préjudice réellement subi par Rogers selon l'article 2129 C.c.Q. (Jugement Entrepris, paragr. 46 à 73)?

26. Sous réserve ce de qui précède et de la position de l'Appelante à l'effet que les parties n'étaient pas sujettes aux limites établies par les articles 2125 et 2129 C.c.Q., l'Appelante soumet avec égard que le Juge d'Instance a erré dans la détermination des dommages qui peuvent être réclamés par Rogers en vertu de l'article 2129 C.c.Q. L'Appelante soutient en effet que le Juge d'Instance a erré en excluant de la détermination du préjudice réel subi par Rogers les commissions qu'elle a payées pour conclure le contrat.

IV. Le Juge d'Instance a-t-il erré en statuant que les FRA sont « excessifs et abusifs » en vertu de l'article 1437 C.c.Q. (Jugement Entrepris, paragr. 74 à 89)?

27. Sous réserve de ce qui précède et de la position de l'Appelante à l'effet que l'Intimé n'a droit à aucun dommage, l'Appelante soumet avec égard que le Juge d'Instance a erré dans la détermination du caractère abusif et excessif des FRA en vertu de l'article 1437 C.c.Q.

V. Le Juge d'Instance a-t-il erré en statuant que le montant à être remboursé aux Membres totalise 16 829 016 \$ en dommages (Jugement Entrepris, paragr. 90 à 97)?

28. Sous réserve ce de tout ce qui précède et de la position de l'Appelante à l'effet que l'Intimé n'a droit à aucun dommage, l'Appelante soumet avec égard que le Juge d'Instance a erré dans son calcul du montant de dommages accordés aux Membres.

PARTIE III – LES ARGUMENTS

I. LE JUGE D'INSTANCE A ERRÉ EN OUTREPASSANT LES LIMITES ÉTABLIES PAR LE JUGEMENT D'AUTORISATION

29. L'article 2125 C.c.Q. prévoit le droit d'un client de résilier un contrat de service et l'article 2129 C.c.Q. prévoit les frais qu'un client est tenu de payer lors d'une telle résiliation.

30. Tel que reconnu dans le Jugement d'Autorisation¹⁴, il est bien établi que ces articles ne sont pas d'ordre public et que des parties peuvent, contractuellement, écarter leur application.

31. Malgré cela, l'Intimé a prétendu dans la Requête en Autorisation que les Membres n'avaient en fait pas renoncé au droit à la résiliation unilatérale prévu aux articles 2125 et 2129 C.c.Q. et, à cet égard, a soumis la question quatre (4) suivante : « Les frais de résiliation contreviennent-ils au droit du requérant et des membres à la résiliation unilatérale d'un contrat? »¹⁵. L'Intimé a soutenu à cet égard que « l'inclusion d'une clause pénale applicable en cas de résiliation anticipée n'équivaut pas à une renonciation à son droit à la résiliation anticipée. Une telle renonciation, s'il y a lieu, aurait dû être expresse »¹⁶.

32. Le Juge d'Instance a expressément rejeté cet argument dans le Jugement d'Autorisation. D'abord, lors de l'analyse des conditions d'autorisation, le Juge d'Instance conclut que la validité d'une clause qui détermine à l'avance l'indemnité à laquelle est tenue la partie qui résilie un contrat afin de faire échec à l'application de l'article 2129 C.c.Q. est une pure question de droit :

IV. LES CONDITIONS D'AUTORISATION [...]

a) Les Frais sont-ils conformes au contrat?

[30] Le requérant allègue l'article 12 de la *Loi* :

12. Aucuns frais ne peuvent être réclamés d'un consommateur, à moins que le contrat n'en mentionne de façon précise le montant.

[31] Le contrat mentionne la méthode de calcul des Frais. Il a déjà été décidé que lorsque la méthode de calcul permet d'en arriver au montant précis, la clause est suffisamment précise. C'est notre cas ici. Le requérant ne pourra donc prouver que les frais ne sont pas tels que représentés au contrat.

b) Les Frais sont-ils illégaux?

[32] Les parties pouvaient-elles convenir d'une clause qui détermine à l'avance l'indemnité à laquelle est tenue la partie qui souhaite résilier le contrat afin de faire échec à l'application de l'article 2129 C.c.Q.?

¹⁴ Voir Jugement d'Autorisation, paragr. 34 et 60, M.A. Annexe II, Volume 1, [pages 96 et 100-101](#).

¹⁵ Jugement d'Autorisation, paragr. 60, M.A. Annexe II, Volume 1, [pages 100-101](#).

¹⁶ Jugement d'Autorisation, paragr. 19; Voir aussi paragr. 17, M.A. Annexe II, Volume 1, [pages 94 et 93](#).

[33] **Cette question est une pure question de droit. Elle peut être déterminée à ce stade.**

[34] Pour pouvoir conclure que les parties ne pouvaient contractuellement convenir de frais de résiliation, le Tribunal doit se convaincre que l'article 2129 C.c.Q. est d'ordre public. Cette Cour a déjà reconnu que tel n'était pas le cas dans l'affaire *Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.* Le seul fait d'avoir introduit au contrat une clause pénale applicable en cas de résiliation ne peut donc donner lieu à un recours collectif.

(Jugement d'Autorisation, paragr. 30-34) [nos soulignements et caractères gras]

33. Comme si cela ne suffisait pas, lorsque le Juge d'Instance a ensuite résumé les conclusions recherchées qui semblaient être justifiées par les faits allégués selon l'art. 1003(b) C.c.Q., il a complètement exclu toute référence au droit à la résiliation unilatérale en vertu des articles 2125 et 2129 C.c.Q. :

[53] Ainsi, la condition énoncée au paragraphe 1003 b) C.p.c. est remplie pour une partie des conclusions recherchées. **Seules les conclusions aux questions qui touchent l'existence d'une clause abusive en vertu des articles 1437, 1623 (2) C.c.Q. et 8 de la Loi, le droit à des dommages punitifs et à la réduction ou annulation des obligations découlant d'une clause jugée abusive proposent un syllogisme juridique susceptible de réussir.** (Jugement d'Autorisation, paragr. 53) [nos soulignements]

34. Ensuite, lors de son analyse des questions soumises par l'Intimé, le Juge d'Instance refuse d'autoriser au mérite la question quatre (4) de l'Intimé. En effet, le Juge d'Instance écarte cette question en indiquant expressément qu'il en a déjà été décidé :

4. Le droit à la résiliation unilatérale sans frais.

[66] Le Tribunal a déjà décidé cette question plus haut en déterminant qu'il est loisible aux parties de négocier une clause de résiliation qui contourne l'application de l'article 2129 C.c.Q. Au surplus, l'article 2129 C.c.Q. ne suggère pas que telle résiliation puisse se faire sans frais. C'est l'aspect abusif des Frais qui permettra de traiter utilement de cette question. (Jugement d'Autorisation, paragr. 66) [nos soulignements]

35. Finalement, en toute cohérence avec son analyse, le Juge d'Instance n'a pas identifié dans les conclusions du Jugement d'Autorisation la question quatre (4) de l'Intimé comme étant une question qui serait analysée au mérite de ce recours¹⁷. De fait, en comparant (tel qu'illustré

¹⁷ Jugement d'Autorisation, page 16, M.A. Annexe II, Volume 1, [page 106](#).

dans le tableau ci-dessous) les questions soumises par l'Intimé dans la Requête en Autorisation, lesquelles sont reprises dans le Jugement d'Autorisation (paragr. 60), aux questions identifiées dans les conclusions de ce même jugement, il appert clairement que le Juge d'Instance a refusé d'autoriser dans le Jugement d'Autorisation la question relative à la renonciation au droit à la résiliation unilatérale.

Questions soumises par l'Intimé	Questions autorisées dans le Jugement Entrepris
<p>[60] <u>Les questions soumises par M. Brière comme reliant chaque membre sont les suivantes :</u></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>Le montant précis des frais de résiliation de contrat facturés par l'intimée au requérant et aux membres est-il contractuellement dénoncé? Si non, ces frais sont-ils nuls?</u> 2. Les frais de résiliation de contrat facturés par l'intimée au requérant et aux membres sont-ils excessifs ou abusifs? 3. Les frais de résiliation de contrat factures au requérant et aux membres excèdent-ils le montant du préjudice réellement subi par l'intimée? 4. <u>Les frais de résiliation contreviennent-ils au droit du requérant et des membres à la résiliation unilatérale d'un contrat?</u> 5. Le requérant et les membres ont-ils subi de dommages découlant de l'imposition de frais de résiliation de contrat par l'intimée? Si oui, sur quels chefs de dommages le requérant et les membres peuvent-ils être indemnisés? 6. Est-ce que l'intimée a contrevenu à la Loi sur la protection du consommateur? Si oui, est-ce que l'intimée est tenue au paiement de dommages punitifs? (Jugement d'Autorisation, paragr. 60) [nous soulignons et nos caractères gras] 	<p>POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :</p> <p>[...]</p> <p>IDENTIFIE les principales questions de faits et de droit qui seront traitées collectivement :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Les frais de résiliation de contrat facturés par l'intimée au requérant et aux membres sont-ils excessifs ou abusifs? • Les frais de résiliation de contrat facturés au requérant et aux membres excèdent-ils le montant du préjudice réellement subi par l'intimée? • S'il y a lieu, comment doit être établi le montant à être remboursé au requérant et aux membres du groupe? • Est-ce que l'intimée a contrevenu à la Loi sur la protection du consommateur? Si oui, est-ce que l'intimée est tenue au paiement de dommages punitifs? (Jugement d'Autorisation, page 16)

36. De surcroît, il est à noter que hormis la question quatre (4) relative à la renonciation au droit à la résiliation unilatérale, la seule autre question posée par M. Brière qui fut rejeté dans les conclusions du Jugement d'Autorisation, soit la question un (1), se rapporte également à la validité de cette renonciation.

37. En effet, M. Brière prétendait dans la Requête en Autorisation que :

[...] le préposé de la boutique et représentant de l'intimée [Rogers] n'a pas attiré l'attention du requérant [M. Brière] sur la clause de résiliation du contrat et ne s'est pas assuré qu'il avait connaissance des frais qui pourraient s'appliquer en cas de résiliation du contrat (paragr. 8, M.A. Annexe II, Volume 1, [page 78](#))

Or, cet argument a été abandonné par M. Brière durant l'audition sur la Requête en Autorisation. La Cour a en effet constaté l'admission explicite de M. Brière quant à sa connaissance de la clause détaillant les FRA dans le Jugement d'Autorisation (paragr. 18 et 61 du Jugement d'Autorisation, M.A. Annexe II, Volume 1, [pages 94](#) et [101](#)).

38. Il appert donc clairement que le Juge d'Instance a rejeté l'argument à l'effet que les Membres n'avaient pas renoncé au bénéfice des articles 2125 et 2129 C.c.Q. Dès lors, conformément à la jurisprudence applicable, toute la question relative à la validité de la renonciation au droit à la résiliation unilatérale prévu aux articles 2125 et 2129 C.c.Q. ne pouvait être de nouveau soulevée et analysée par le Juge d'Instance au mérite de ce recours puisqu'elle a été rejetée dans le Jugement d'Autorisation. Cette question constitue chose jugée qui lie le Juge d'Instance et les parties au mérite.

39. En plus de cette conséquence décisive du jugement d'autorisation, celui-ci, et plus particulièrement les questions qui y sont autorisées, revêtent une importance cruciale dans le processus contradictoire d'un litige puisqu'ils déterminent la nature même de la preuve qui sera présentée par les parties lors de l'audition au fond. Il va en effet de soi qu'une partie ne tentera pas lors de l'audition au mérite d'un recours collectif d'exposer une preuve au soutien, ou en opposition, à une prétention, si cette même prétention a d'ores et déjà été explicitement rejetée par le tribunal à l'étape d'autorisation.

40. Il s'avère qu'en l'instance, l'Appelante a justement été préjudiciée parce qu'elle s'est fiée au cadre juridique fixé par le Jugement d'Autorisation et les questions qui y sont identifiées.

41. En effet, au paragraphe 35 du Jugement Entrepris, le Juge d'Instance tire une conclusion négative pour l'Appelante parce que cette dernière n'a pas tenté de prouver dans les faits la connaissance et la renonciation de la clause de FRA :

[35] La preuve établit l'absence de représentations faites à M. Brière au sujet de la renonciation. Rogers n'a pas tenté de prouver que les représentants étaient formés de telle façon que cette clause était expliquée en détail aux clients et que dans les faits, la renonciation au droit à la résiliation anticipée était connue du client. Rogers fait plutôt valoir, de façon subsidiaire, un argument de texte qui lui peut être traité collectivement : il s'agit de la renonciation présumée découlant de la détermination à l'avance de l'indemnité de résiliation. (Jugement Entrepris, paragr. 35) [nos soulignements]

42. Or, avec égard, ce que le Juge d'Instance omet de considérer avant de parvenir à cette conclusion c'est que si l'Appelante n'a même pas tenté d'apporter pareille preuve, c'est parce qu'elle s'est justement fondée sur le cadre juridique du Jugement d'Autorisation pour établir sa preuve au mérite. Étant donné que M. Brière avait lui-même admis qu'il était au courant de la clause de FRA, ce qui fut de surcroît reconnu explicitement dans le Jugement d'Autorisation¹⁸, et qu'en plus le Juge d'Instance avait refusé d'autoriser les seules questions soumises par l'Intimée portant sur la validité de la renonciation au droit à la résiliation unilatérale¹⁹, l'Appelante n'avait aucune raison d'avancer des éléments de preuve portant sur ces aspects.

43. Cette affaire démontre très justement l'importance de circonscrire à l'étape de l'autorisation les questions à débattre au mérite d'un recours collectif, et du fait même, l'injustice fondamentale qui se produit lorsque le tribunal modifie ces questions en cours de route, redéfinissant ainsi le recours collectif, sans même que les parties en soient avisées, et aussi tardivement que le jour du procès, comme ce fut le cas en l'instance.

44. Le Juge d'Instance a tenté de contourner l'obstacle auquel il faisait face en autorisant la réouverture de la question portant sur la renonciation au droit à la résiliation unilatérale de deux façons : premièrement, en citant le Professeur Lafond à l'effet qu'un jugement d'autorisation « ne constitue qu'une décision préliminaire susceptible d'être modifiée au cours du procès, voire avant, et qui ne préjuge pas du résultat de la contestation finale », et deuxièmement, en insistant sur le fait que le Jugement d'Autorisation ne portait que sur l'établissement de

¹⁸ Jugement d'Autorisation, paragr. 18 et 61, M.A., Annexe II, Volume 1, [pages 94](#) et [101](#).

¹⁹ Jugement d'Autorisation, paragr. 32, 33, 60, 66, M.A., Annexe II, Volume 1, [pages 96](#) et [100 à 102](#).

l'indemnité en vertu de l'article 2129 C.c.Q., et non sur la renonciation en vertu de l'article 2125 C.c.Q. Ces deux assertions, dans le contexte de cette affaire, sont erronées en droit.

45. En effet, « [i]l existe un consensus à l'effet que le jugement d'autorisation possède l'autorité de chose jugée dans l'application des articles 1003 et 1005 C.p.c. »²⁰. De plus, il est bien établi qu'un recours collectif doit être poursuivi en conformité avec l'autorisation accordée²¹. Cette Cour a notamment rappelé que :

L'exercice du recours collectif obéit à certaines règles précises, notamment les principales questions en litige et les conclusions recherchées doivent se retrouver dans le jugement d'autorisation ou être implicites ou accessoires, sinon une demande d'amendement est requise.²²

46. Ce principe a été très récemment réitéré par cette Cour qui réaffirmait que le juge au mérite doit respecter le cadre du recours collectif établi par le jugement d'autorisation et que celui-ci ne doit pas prendre une « tournure différente de celle envisagée »²³.

47. Par conséquent, l'Intimé ne peut prendre une route expressément rejetée à l'étape de l'autorisation²⁴. Or, c'est précisément ce que le Juge d'Instance a permis à l'Intimée de faire dans le Jugement Entrepris.

48. La question relative à la renonciation au droit à la résiliation constituait chose jugée suite au Jugement d'Autorisation et le Juge d'Instance a erré en permettant de nouveau l'analyse de cette question au mérite.

49. De plus, l'Appelante soumet respectueusement que le Juge d'Instance a erronément dissocié l'application de l'article 2125 de l'article 2129 C.c.Q. pour, entre autres, justifier que le Jugement d'Autorisation ne s'est pas prononcé sur l'existence d'une renonciation²⁵. Le Juge d'Instance a notamment écrit :

²⁰ *Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.*, 2006 QCCS 1098, paragr. 106.

²¹ Voir entre autres *Option Consommateurs c. Banque de Montréal*, 2009 QCCS 5595, paragr. 36 : « Le jugement d'autorisation n'est pas qu'une simple formalité. On y décide de l'étendue du recours qui sera exercé. C'est dans le jugement qui fait droit à la requête que sont identifiées les questions en litige et les conclusions recherchées (références omises) ».

²² *Billette c. Toyota Canada inc.*, 2007 QCCA 847, paragr. 8.

²³ *Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Conseil pour la protection des malades*, 2014 QCCA 459, paragr. 55 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, 35872).

²⁴ *Howarth c. DPM Securities*, (2005) AZ-50297306 (C.S.).

²⁵ Jugement d'Autorisation, paragr. 30 à 35. Voir aussi Jugement d'Autorisation, paragr. 37 à 40 et 55, M.A. Annexe II, Volume 1, [pages 96-97](#) et [99](#).

[30] On notera en premier lieu que le jugement d'autorisation réfère à l'établissement de l'indemnité suivant 2129 C.c.Q. et non à la renonciation suivant l'article 2125 C.c.Q. (Jugement d'Autorisation, paragr. 66)

50. Or, les articles 2125 et 2129 C.c.Q. sont indissociables et font partie du même régime. L'application de l'article 2129 C.c.Q. est uniquement déclenchée lorsque le droit prévu à l'article 2125 C.c.Q. trouve application. Une partie ne peut déroger aux conséquences prévues à l'article 2129 C.c.Q. sans déroger à l'application même de l'article 2125 C.c.Q. Le Juge d'Instance a erré en faisant cette distinction.

51. En l'espèce, lorsque les Membres ont renoncé aux limites prévues par l'article 2129 C.c.Q., ils avaient dès lors effectivement renoncé au droit à la résiliation unilatérale de l'article 2125 C.c.Q. Le Juge d'Instance a clairement reconnu dans le Jugement d'Autorisation que M. Brière avait renoncé en refusant spécifiquement d'autoriser la question (4) qui visait à faire déterminer si les FRA contrevenaient au droit à la résiliation unilatérale.

52. Ainsi, puisque les Membres avaient valablement renoncé à leur droit à la résiliation unilatérale prévu aux articles 2125 et 2129 C.c.Q., l'Appelante était parfaitement en droit de réclamer, entre autres dommages, la perte de profit subséquente à une résiliation anticipée par les Membres. Cette conclusion requiert l'intervention de cette Cour.

53. Puisqu'il est admis que la perte de profit subie par Rogers pour le compte de l'Intimé se chiffre à 267,54 \$ (soit la période de (13) mois restant à courir multipliée par le montant moyen des factures mensuelles de l'Intimée de 36,59 \$)²⁶, il faut conclure que les FRA payés par l'Intimé (200 \$) sont en fait inférieurs au préjudice total réellement subi par Rogers en raison de la résiliation de l'Entente Brière (267,54 \$).

II. LE JUDE D'INSTANCE A ERRÉ DANS L'APPLICATION DES PRINCIPES RÉGISSANT LA RENONCIATION AU DROIT À LA RÉSILIATION UNILATÉRALE

54. Respectueusement, et sous réserve de la position principale de l'Appelante à l'effet que le régime des articles 2125 et 2129 C.c.Q. a été écarté dans le Jugement d'Autorisation, le Juge d'Instance a erré dans l'application des principes pour déterminer à l'étape du mérite s'il y a eu renonciation par les Membres au droit à la résiliation unilatérale.

²⁶ Voir Pièce BC-1 dont la validité a été admise par l'Intimé lors de l'audition en première instance, M.A. Annexe IIIa, Volume 2, [pages 170-171](#).

55. Premièrement, le Juge d'Instance conclut qu'« une clause prévoyant le paiement de FRA pour mettre fin au contrat avec abonnement ne permet pas d'inférer une renonciation au droit à la résiliation anticipée »²⁷ :

[38] La rédaction de la clause de résiliation anticipée tend plutôt à prouver le contraire. Cette clause porte sur des frais dus à l'occasion d'une résiliation anticipée et non pas sur une pénalité pour le cas où le client serait en défaut de se rendre au terme de son contrat.

[39] Le droit à la résiliation étant assujéti à certaines modalités, il faut plutôt en conclure que ce droit est préservé et non en inférer une renonciation implicite.

[40] Pour cette même raison, le Tribunal ne peut conclure que la seule existence des frais de résiliation contrevient au droit du requérant à la résiliation unilatérale d'un contrat. Le Tribunal est d'opinion que la faculté de résiliation moyennant paiement accordé au client consacre son droit à la résiliation anticipée. (Jugement Entrepris, paragr. 38-40) [nos soulignements]

56. Cette analyse est avec égard erronée. Les articles 2125 et 2129 C.c.Q. font partie du même régime; ils sont indissociables. L'article 2125 C.c.Q. octroie à un client le droit de résilier un contrat d'entreprise, et ce faisant, l'article 2129 C.c.Q. définit les dommages qui peuvent être réclamés par l'entrepreneur suite à une telle résiliation.

57. Dès lors, le fait d'assujéti le droit à la résiliation unilatérale de l'article 2125 C.c.Q. à des modalités différentes de celles de l'article 2129 C.c.Q. – tel qu'il est le cas avec les FRA – écarte effectivement l'application du régime des articles 2125 et 2129 C.c.Q. Les Membres avaient validement renoncé au bénéfice de ce régime en s'engageant dans un Contrat avec Abonnement assujéti à un terme et à des FRA en cas de résiliation avant terme.

58. Il est tout à fait illogique de soutenir qu'un client peut, d'une part, s'engager contractuellement à respecter un terme fixe et à s'assujéti à des frais en cas de non-respect de ce terme, et simultanément d'autre part, continuer à bénéficier du droit à résiliation unilatérale des articles 2125 et 2129 C.c.Q. Un tel engagement contractuel et le régime de ces articles sont tout simplement incompatibles.

²⁷ Jugement Entrepris, paragr. 37, M.A. Annexe I, Volume 1, [page 37](#).

59. Deuxièmement, en statuant sur la renonciation au droit à la résiliation des Membres, le Juge d'Instance énonce que :

[45] Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, le commerçant se doit d'être transparent. Si l'intention du commerçant est d'obtenir une renonciation du client à son droit d'obtenir la résiliation unilatérale du contrat ou de calculer le préjudice suivant la loi, cette intention ou la renonciation elle-même doit être stipulée en toutes lettres à moins d'être expliquée de vive voix au client. Or, nous n'avons ici ni l'un ni l'autre. On ne peut donc parler de renonciation explicite ou implicite ». (Jugement Entrepris, paragr. 45) [nos soulignements]

60. Le Juge d'Instance a erré en appliquant ce critère de « stipulation en toutes lettres ». En effet, s'il est vrai que la renonciation au droit à la résiliation unilatérale doit être non équivoque, il est bien établi que : (i) celle-ci peut être *tacite*²⁸; et (ii) qu'une renonciation tacite peut s'inférer des dispositions contractuelles qui sont incompatibles avec l'application stricte des articles 2125 et 2129 C.c.Q.

61. De fait, l'existence d'une clause de FRA qui, comme dans l'Entente Brière et les contrats exécutés par les Membres, stipule expressément le montant des frais que devra payer le client en cas de résiliation unilatérale du contrat avant terme constitue une renonciation tacite non équivoque à l'application de l'article 2129 C.c.Q. et élimine les limites établies par cet article²⁹.

62. Une analyse de la jurisprudence mène à constater que certaines clauses rédigées en termes moins explicites que la clause de FRA en l'espèce ont été interprétées par les tribunaux comme étant une renonciation valide du client à son droit à la résiliation unilatérale; tandis que des décisions dans lesquelles cette position a été rejetée font valoir des clauses nettement moins manifestes³⁰ que celle de la présente instance³⁰.

²⁸ Voir *Centre régional de récupération C.S. inc. c. Services d'enlèvement de rebuts Laidlaw (Canada) Itée*, REJB 1996-29236 (C.A.), paragr. 33 (Baudouin J.C.A.) et 42 (Philippon J.C.A.) (C.A.).

²⁹ Voir *Superior Energy Management c. Para-Net buanderie et nettoyage à sec inc.*, 2012 QCCS 7122, paragr. 16 à 20.

³⁰ Voir, entre autres, *Altimag Consultants inc. c. S.G.F. Mineral inc.*, 2002 CanLII 7118 (C.S.), paragr. 51; *Gendron Communication inc. c. Vidéotron Itée*, J.E. 2006-48 (C.S.), paragr. 18, 51-55; *MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau Lemire inc.*, 2007 QCCA 92, paragr. 26; *Nicholson Manufacturing Company c. Maritonex inc.*, 2008 QCCA 1536, paragr. 11; *Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.*, J.E. 2002-1003 (C.S.), paragr. 50-52.

63. Cette Cour a notamment conclu que le fait d'écarter contractuellement la terminaison d'une entente avant un minimum de (3) ans et d'exiger un préavis d'une durée déterminée pour résilier celle-ci écartait effectivement l'application du régime des articles 2125 et 2129 C.c.Q. :

[26] En l'instance, les parties avaient **manifestement** convenu d'écarter ces dispositions du Code civil en matière de résiliation unilatérale, qui ne sont pas d'ordre public (J.L. Baudouin et Y. Renaud, Code civil du Québec annoté, sous l'art. 2125 C.c.Q.; Centre régional de récupération C.S. inc. c. Services d'enlèvement de rebuts Laidlaw (Canada) Ltée, J.E. 96-1048 (C.A.); Société canadienne des postes c. Morel, [2004] R.J.Q. 2405 (C.A.)), en exigeant un préavis de neuf mois et en écartant une terminaison avant un minimum de trois ans (Cela n'empêchait pas cependant de mettre fin pour les motifs prévus au code en matière de contrat (résiliation-sanction), telle l'inexécution par le cocontractant de ses obligations (art. 1590 et 1604 et suivants C.c.Q.)).³¹ [nos soulignements]

64. Qui plus est, en tenant compte du caractère exceptionnel de l'article 2125 C.c.Q., cette Cour a également jugé qu'un client avait validement renoncé au bénéfice de ce régime d'exception en consentant à donner un préavis d'un an pour mettre fin au contrat de façon unilatérale :

[11] En second lieu, la qualification juridique du contrat est, en l'espèce, sans conséquence véritable. La faculté de résiliation unilatérale constitue une dérogation au principe de l'effet obligatoire des contrats. L'article 2125 C.c.Q., tout comme son prédécesseur l'article 1691 C.c.B.C., possède donc un caractère exceptionnel (*Auclair c. Corp. du Village de Brownsburg*, [1946] B.R. 466). Cette disposition n'étant pas d'ordre public, rien n'empêche « le client » d'y renoncer. Or, les parties ont expressément convenu qu'un préavis d'un an devait être donné pour pouvoir mettre fin au contrat de façon unilatérale. Le dossier ne fait voir aucun motif d'écarter la volonté clairement exprimée des parties.³² [nos soulignements]

65. Dans le cas qui nous concerne, non seulement les Membres ont très clairement consenti à un terme lors de la conclusion de leur Contrat avec Abonnement – lequel faut-il le rappeler est le seul type de contrat qui octroie un rabais sur l'achat de l'appareil ainsi que des crédits – mais ils ont en plus consenti à des frais de résiliation en cas de terminaison du contrat avant ledit terme. La renonciation au droit à la résiliation unilatérale par les Membres paraît donc manifeste à la lumière de la jurisprudence soumise par l'Appelante.

³¹ *MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau Lemire inc.*, 2007 QCCA 92, paragr. 26.

³² *Nicholson Manufacturing Company c. Maritonex inc.*, 2008 QCCA 1536, paragr. 11.

66. La doctrine du professeur Vincent Karim citée par le Juge d'Instance au paragraphe 41 du Jugement Entrepris, à l'effet qu'une renonciation au droit de résiliation doit faire l'objet d'une stipulation précise et acceptée par le client en toute connaissance de ses droits en vertu du *Code civil*, n'est pas appuyée et n'est pas compatible avec la jurisprudence sur la question.

67. Le Juge d'Instance a donc appliqué un principe erroné en concluant que « la renonciation elle-même doit être stipulée en toutes lettres à moins d'être expliquée de vive voix au client »³³ qui requiert l'intervention de cette Cour.

68. Troisièmement, le Juge d'Instance fonde également son analyse sur le fait que :

[...] M. Brière n'a pas été informé que la clause prévue au contrat équivalait à une renonciation à son droit à la résiliation anticipée prévue au *Code civil* ni à l'établissement d'une indemnité calculée différemment du principe énoncé à l'article 2129 C.c.Q.³⁴

En d'autres mots, le Juge d'Instance reproche à Rogers de ne pas avoir expliqué à M. Brière les conséquences que la clause aurait dans le contexte de ses droits généraux en vertu du *Code civil*.

69. Afin de comprendre la gravité de cette erreur, il faut rappeler certains principes de base : le *Code civil* est le *jus commune* qui établit les droits et obligations contractuelles des parties. Certains de ces droits et obligations, comme le droit à la résiliation unilatérale en vertu des articles 2125 et 2129 C.c.Q., ne sont pas d'ordre public et peuvent donc être modifiés ou contournés contractuellement. Si, comme le suggère le Juge d'Instance, Rogers avait l'obligation légale de donner un cours de droit à M. Brière pour s'assurer que ce dernier comprenne (i) ses droits généraux à la résiliation unilatérale prévue par le *Code civil*; et (ii) les conséquences d'une clause qui dérogeait à ces droits, il faudrait alors qu'en toute logique ce même type de cours doive être dispensé à l'égard de chaque clause de tous les contrats de la province qui contiennent une clause dérogeant à une disposition générale du *Code civil*! Une telle hypothèse serait manifestement absurde, et aucune telle exigence n'existe en vertu de notre droit.

70. Avec égard, le Juge d'Instance a erré en appliquant ce principe, car la situation juridique est complètement l'inverse : il n'est pas nécessaire que le dispositif d'un contrat de service

³³ Jugement Entrepris, paragr. 45, M.A. Annexe I, Volume 1, [page 38](#).

³⁴ Jugement Entrepris, paragr. 43; Voir également paragr. 50, M.A. Annexe I, Volume 1, [pages 38 et 39](#).

informe expressément le client des droits dont il bénéficie en raison d'une loi d'application générale ni qu'il précise en termes exprès la renonciation à ces droits.

71. Il n'incombait pas à Rogers de renseigner les Membres sur les droits dont ils bénéficiaient à titre de client ou de consommateur puisque ces derniers sont présumés connaître les lois d'application générale³⁵.

72. En l'instance, les articles pertinents du C.c.Q. ainsi que la *L.p.c.* sont des lois publiques d'application générale et par conséquent, il ne peut y avoir de doute que dans le cas du droit à la résiliation unilatérale : (i) le consommateur « a la possibilité de connaître l'information ou d'y avoir accès »³⁶; et que (ii) le commerçant pouvait donc « présumer, en effet, que l'information générale de base, normalement disponible est connue de son cocontractant, ou alors qu'il a décidé de ne pas en tenir compte »³⁷. La *Loi d'interprétation*³⁸ prévoit d'ailleurs à son article 39 que « [t]oute personne est tenue de prendre connaissance des lois publiques » [nos soulignements].

73. De même, la *L.p.c.* et le *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, c. P-40.1, r. 1 (le « **Règlement** ») prévoient plusieurs obligations explicites de divulgation³⁹. Or, le commerçant doit être en droit de présumer qu'il agit légalement s'il respecte toutes les obligations spécifiques de divulgation prévue à la *L.p.c.* et au *Règlement* et s'il divulgue tous les « faits importants » sur un bien (art. 228 *L.p.c.*).

74. Cette position a d'ailleurs récemment été adoptée par cette Cour dans *Fortier c. Meubles Léon Itée*, 2014 QCCA 195 (« **Meubles Léon** »). Les conclusions dans cette affaire, à l'effet que les commerçants n'avaient pas l'obligation d'informer les consommateurs de l'existence

³⁵ Voir JOBIN, Pierre-Gabriel avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, *Baudouin Jobin : Les Obligations*, 6^e édition, Cowansville Yvon Blais, 2005, paragr. 329 tel que cité dans *Fortier c. Meubles Léon Itée*, 2014 QCCA 195; *Banque de Montréal c. Bail Itée*, [1992] 2 R.C.S. 554 (« **Bail** »), page 587.

³⁶ *Bail*, paragr. 74.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ L.R.Q., chapitre I-16.

³⁹ Voir, à titre d'exemple, l'article 45 de la *L.p.c.* qui prévoit l'information que doit inclure la garantie conventionnelle. La section relative aux automobiles et motocyclettes prévoit les modalités de divulgation de la garantie ainsi que la durée de la garantie légale (qui est fixée par la loi) : art. 151 et s. *L.p.c.* La *L.p.c.* prévoit également l'obligation de divulguer des informations avant la conclusion de certains contrats : art. 54.4, 156, 180, 183 *L.p.c.* et 50.1 du *Règlement*. Le *Règlement* prévoit enfin l'obligation d'inclure des mentions prédéterminées à certains contrats : art. 32-36 (contrat de crédit), 45.1 (contrat de louage à long terme de biens) et 46 du *Règlement* (contrat de service à exécution successive).

et/ou des droits à la garantie légale dont ils bénéficiaient, sont tout à fait applicables en cette instance :

[98] L'article 228.1 L.p.c. est de droit nouveau. Il crée une nouvelle pratique obligatoire pour les commerçants, sans effet rétroactif. Cette disposition et le règlement d'application correspondant contiennent plusieurs obligations de divulgation spécifiques pour les commerçants, de sorte qu'avant l'entrée en vigueur de l'article 228.1 L.p.c., ces derniers n'étaient pas soumis à l'obligation d'informer les consommateurs de l'existence et du contenu de la garantie légale.

[99] Les juges de première instance concluent que les appelants n'ont pas de cause défendable lorsqu'ils allèguent que les commerçantes intimées ont passé sous silence l'existence de la garantie légale. En effet, ils n'y étaient pas tenus avant le 30 juin 2010. On ne saurait donc soutenir raisonnablement que les appelants ont commis une faute en n'informant pas leurs clients de l'existence de la garantie légale. L'appel à cet égard doit échouer. (*Meubles Léon*, paragr. 98-99) [nos soulignements]

75. Par conséquent, contrairement à la conclusion du Juge d'Instance, Rogers n'avait pas l'obligation d'informer les Membres de l'existence de leur droit à la résiliation unilatérale prévue par les articles 2125 et 2129 C.c.Q. afin que la renonciation soit valide⁴⁰.

76. En dernier lieu, le Juge d'Instance a erronément conclu que :

[...] [a]u moment de l'achat, Rogers n'informe pas M. Brière qu'il bénéficie d'un rabais sur le prix de l'appareil, qu'il renonce à son droit à une résiliation unilatérale de son forfait avant terme, et qu'il contracte pour une nouvelle période de trois ans.⁴¹

77. Eu égard à la prise de connaissance de la clause de FRA par M. Brière, l'Appelante soumet respectueusement que les conclusions du Juge d'instance dans le Jugement Entrepris sont incohérentes, voire incompréhensibles, étant donné qu'il avait expressément reconnu dans le Jugement d'Autorisation que l'Intimé avait en fait admis avoir eu connaissance de la clause :

⁴⁰ Il est intéressant de noter que le législateur a traité cette question en interdisant toute « stipulation qui exclut en tout ou en partie l'application des articles 2125 et 2129 du *Code civil* relatifs à la résiliation des contrats d'entreprise ou de services. » (art. 11.4 L.p.c.). Encore une fois, cette disposition est de droit nouveau, et entrée en vigueur le 30 juin 2010. Elle ne s'applique pas aux contrats de cette affaire et n'a aucune application rétroactive.

⁴¹ Jugement Entrepris, paragr. 12. Voir également paragr. 50, M.A. Annexe I, Volume 1, pages 33 et 39.

[18] L'argument d'avoir omis d'expressément attirer l'attention de M. Brière sur la clause détaillant les frais de résiliation tel qu'exigé par l'article 1435 C.c.Q. et l'article 12 de la Loi a été abandonné à l'audience et le Tribunal n'en tiendra donc pas compte.

[...]

1. La dénonciation contractuelle précise des frais de résiliation

[61] Le requérant a admis avoir eu connaissance de la clause et n'a pas soumis l'obligation d'attirer l'attention sur la clause comme une question pouvant être traitée collectivement. Le Tribunal ne retient donc pas ce point même s'il semblait central aux faits soumis par le requérant dans sa requête. Cette question n'ayant pas franchie l'étape de l'article 1003b), elle ne fera pas partie des questions retenues. (Jugement d'Autorisation, paragr. 18 et 61) [nous soulignons et nos caractères gras]

78. De plus, en choisissant l'option du Contrat avec Abonnement, l'Intimé a volontairement choisi de s'engager dans un contrat à durée déterminée sujet à des FRA. L'Intimé a apposé sa signature vis-à-vis de la clause FRA à deux reprises : d'abord en juillet 2005 dans l'Entente de service sans fil et en janvier 2009 dans l'Entente de gestion.

79. Dans le Jugement Entrepris, le Juge d'Instance a d'ailleurs remarqué, étonnamment lorsque l'on considère ses conclusions, que « le contrat des membres énonçait clairement, en toutes lettres, le montant à payer afin de bénéficier de la résiliation anticipée »⁴² [nos soulignements]. Le Juge d'Instance reconnaît lui-même que l'entente liant M. Brière prévoit clairement le montant des FRA et que ce faisant, ni lui ni les Membres du groupe ne peuvent valablement soutenir qu'ils n'avaient pas pris connaissance de ces termes préalablement à leur signature. Ces conclusions de fait par le Juge d'instance rendent sa décision ultime dans cette affaire encore plus difficile à comprendre, et impossible à justifier, requérant donc l'intervention de cette Cour.

80. Par conséquent, pour les motifs qui précèdent, le Juge d'Instance a commis une erreur requérant l'intervention de cette Cour en concluant que les Membres n'avaient pas valablement renoncé au bénéfice des articles 2125 et 2129 C.c.Q. et que Rogers n'était pas en droit de réclamer les FRA perçues.

⁴² Jugement Entrepris, paragr. 12, M.A. Annexe I, Volume 1, [page 33](#).

III. LE JUGE D'INSTANCE A ERRÉ DANS LA DÉTERMINATION DU PRÉJUDICE RÉEL SUBI PAR ROGERS

81. Sous réserve des motifs qui précèdent, et de façon subsidiaire, Rogers soumet qu'advenant qu'il faille conclure que les Membres n'avaient pas renoncé au droit à la résiliation unilatérale prévue aux articles 2125 et 2129 C.c.Q., le Juge d'Instance a erré dans la détermination du préjudice réel subi par Rogers en vertu de l'article 2129 C.c.Q. en le limitant au « bénéfice reçu ».

82. Premièrement, dans le Jugement Entrepris, le Juge d'Instance suggère à plusieurs reprises qu'en vertu de l'article 2129 C.c.Q., Rogers est uniquement en droit de réclamer les « bénéfices reçus » par les clients⁴³ :

[4] Pour les motifs exprimés ci-après, le Tribunal ordonne à Rogers d'indemniser les membres du groupe de la différence entre les FRA récupérés par Rogers et les bénéfices reçus par les membres lors de la conclusion du contrat avec abonnement, soit le rabais offert sur le prix de leur appareil téléphonique.

[...]

[83] Le Tribunal établit à 100 \$ le bénéfice que M. Brière tire du contrat avec abonnement.

[84] Dès lors, n'apparaît-il pas déraisonnable d'exiger de M. Brière qu'il paie 200 \$ pour mettre fin à son abonnement? (Jugement Entrepris, paragr. 4 et 82-83) [nos soulignements]

83. Or, le Juge d'Instance a erré en appliquant une telle notion de « bénéfice reçu » puisque, tel que l'énonce l'article 2129 C.c.Q., Rogers a le droit de recouvrir en totalité « les frais et dépenses actuels ». Le caractère supposément déraisonnable d'exiger 200 \$ alors que l'Intimé aurait reçu, selon le Juge d'Instance, un bénéfice de 100 \$ est un exercice de comparaison qui n'a pas sa place suivant le régime des articles 2125 et 2129 C.c.Q.⁴⁴

84. Le Juge d'Instance devait plutôt déterminer si les FRA réclamés équivalent au préjudice réel subi par Rogers tel que défini par l'article 2129 C.c.Q.

⁴³ Voir, entre autres, Jugement Entrepris, paragr. 4, 71, 81 et 96, M.A. Annexe I, Volume 1, [pages 31, 42, 45 et 47](#).

⁴⁴ Voir Jugement Entrepris, paragr. 81 à 83, M.A. Annexe I, Volume 1, [page 45](#).

85. D'ailleurs, le Juge d'Instance distingue la notion de préjudice subi de celle de « bénéfice reçu » plus loin dans le Jugement Entrepris :

[81] Pour évaluer le caractère abusif de la clause, le Tribunal peut aussi tenir compte du préjudice subi par Rogers suite à la résiliation anticipée et du bénéfice reçu par M. Brière en contrepartie de la signature de cette entente avec terme. (Jugement Entrepris, paragr. 81) [nos soulignements]

86. Deuxièmement, le Juge d'Instance a également erré en excluant du calcul du préjudice subi selon l'article 2129 C.c.Q les commissions payées par Rogers aux détaillants, soit un montant de 50 \$ pour le cas de l'Intimé :

[60] Dans le cas des contrats avec abonnement, Rogers consent un rabais. C'est le rabais qui constitue la contrepartie du terme et qui constitue le préjudice de Rogers si le client ne se rend pas au terme de son contrat. Le Tribunal exclut du calcul du préjudice les commissions payées par Rogers au détaillant pour conclure le contrat puisque le client n'a aucun contrôle sur celles-ci, qu'elles ne lui sont pas dévoilées, qu'elles peuvent varier et qu'il ne s'agit pas d'un préjudice prévisible pour le client. (Jugement Entrepris, paragr. 60) [nos soulignements]

87. L'exclusion de ces commissions n'est pas justifiée puisque celles-ci constituent bel et bien une dépense actuelle au sens de l'article 2129 C.c.Q.

88. Lorsque l'Intimé a acheté son appareil sans fil en janvier 2009 et s'est engagé pour une entente de trente-six (36) mois, Rogers a effectivement assumé des coûts de 150 \$: soit 100 \$ à titre de subvention sur le prix et l'appareil et 50 \$ à titre de commission payée au détaillant.

89. Le fait que l'Intimé n'ait, selon le Juge d'Instance, aucun contrôle sur le coût des commissions, que celles-ci ne soient pas dévoilées ou encore qu'elles puissent varier est une détermination erronée en droit lorsque, comme en l'instance, un tribunal doit déterminer le préjudice subi. Ces conclusions du Juge d'Instance ne permettent pas moins de qualifier lesdites commissions de « frais et dépenses actuels » assumés par Rogers ou encore de « tout autre préjudice que l'autre partie a pu subir » au sens de l'article 2129 C.c.Q. Le Juge d'Instance souligne d'ailleurs correctement à cet égard ce qui suit :

[56] Les membres pouvaient résilier unilatéralement leur contrat avec abonnement. Dans un tel cas, ils étaient tenus, en proportion du prix convenu, des frais et dépenses actuels, de même que la valeur des travaux exécutés ou biens fournis. En outre, ils pouvaient être tenus de tout préjudice que Rogers pouvait subir. (Jugement Entrepris, paragr. 56) [nos soulignements]

90. Le Juge d'Instance fonde également sa décision d'exclure les commissions du préjudice réel subi par Rogers sur l'affaire *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2014 QCCS 4236 (« **Gagnon** »), qui est présentement en appel :

[58] Dans l'affaire *Gagnon*, la juge Nantel écarte de la définition de préjudice toute notion de profit futur. Elle conclut que seul le rabais sur l'appareil octroyé par le fournisseur au client constitue le préjudice réel du fournisseur. (Jugement *Entrepris*, paragr. 58)

91. Or dans l'affaire *Gagnon*, il n'y a eu aucune analyse de commissions qui auraient été payées par Bell. Dès lors, l'analogie qui est faite avec cette affaire est incorrecte.

92. De surcroît, et avec égard, le Juge d'Instance a erré en qualifiant le coût des commissions comme étant non prévisible.

93. Les dommages prévisibles, tel que prévoit l'article 1613 C.c.Q., sont ceux qui découlent directement de la non-exécution du contrat et qu'un contractant raisonnablement prudent et diligent pouvait prévoir dans les circonstances :

La prévisibilité du dommage, envisagée au jour du contrat, doit s'apprécier *in abstracto*. Il ne s'agit pas, en effet, du dommage que le débiteur a pu prévoir, mais « qu'on a pu prévoir », dit l'art. 1074, du *Code Civil*, ce qui veut dire : que le type abstrait du bon père de famille, de l'homme prudent et avisé a pu prévoir.⁴⁵

94. En l'instance, un contractant raisonnablement prudent et diligent pouvait prévoir que Rogers doit payer un certain montant aux détaillants qui vendent ses produits, d'autant plus que certains de ces détaillants ne sont aucunement affiliés à Rogers et font affaire sous des bannières totalement distinctes.

95. Par ailleurs, il faut souligner qu'aucune preuve n'a été avancée par l'Intimé pour soutenir la non-prévisibilité des coûts payés par Rogers aux détaillants à titre de commissions.

96. En dernier lieu et avec déférence pour l'opinion du Juge d'Instance, il a erré en considérant la « nature pénale » des FRA dans l'analyse qu'il effectue pour déterminer si les FRA excèdent le préjudice réellement subi par Rogers⁴⁶.

⁴⁵ *Remer Bros. Investment Corp. c. Robin*, [1966] R.C.S. 506, page 512.

⁴⁶ Voir Jugement *Entrepris*, paragr. 48 à 53, M.A. Annexe I, Volume 1, [pages 39 et 40](#).

97. La qualification de la clause de FRA en tant que clause pénale n'a en effet aucune incidence sur l'appréciation des dommages auxquels a droit Rogers en vertu de l'article 2129 C.c.Q.

98. En fait, soit l'on conclut que : (i) les Membres avaient renoncé à leur droit à la résiliation unilatérale, auquel cas la question qui se pose est de déterminer si les FRA sont abusifs en considérant le préjudice réellement subi par Rogers, lequel inclut alors le gain dont Rogers a été privé; soit l'on conclut que : (ii) les Membres n'avaient pas valablement renoncé au droit à la résiliation unilatérale (ce que Rogers nie), auquel cas, la seule question pertinente est de déterminer si Rogers a perçu, par le biais des FRA, un montant supérieur à la somme des « frais et dépenses actuels » et de « tout autre préjudice subi » tel que prescrit par l'article 2129 C.c.Q.

99. Dès lors, advenant qu'il faille conclure que le régime des articles 2125 et 2129 C.c.Q. est applicable (ce que Rogers nie et soutient de façon subsidiaire seulement), si le Juge d'Instance avait appliqué les bons principes, il aurait conclu que les commissions font partie du préjudice réel subi par Rogers.

100. En prenant en compte les montants de commissions (ainsi que les subventions et crédits) payés par Rogers dans le cadre des Contrats avec Abonnements souscrits par les Membres, le préjudice subi par Rogers lors de la résiliation desdits contrats avant termes excède le montant des FRA récupérés.

IV. LE JUGE D'INSTANCE A ERRÉ DANS LA DÉTERMINATION DU CARACTÈRE EXCESSIF ET ABUSIF DES FRA SELON L'ARTICLE 1437 C.C.Q.

101. Sous réserve des motifs qui précèdent, et de façon subsidiaire, Rogers soumet que le Juge d'Instance a erronément conclu que les « FRA sont excessifs et abusifs dans la mesure où ils excèdent le préjudice de Rogers »⁴⁷, car il a omis d'appliquer l'ensemble des principes relatifs à la détermination du caractère potentiellement abusif des FRA, et de fait, n'a pas apprécié le préjudice réel subi par Rogers comme il aurait dû être fait.

102. Le caractère abusif d'une clause selon l'article 1437 C.c.Q. doit s'évaluer au moment de la conclusion du contrat. Une partie qui invoque le caractère abusif d'une clause contractuelle

⁴⁷ Jugement Entrepris, paragr. 88, M.A. Annexe I, Volume 1, [page 45](#).

doit établir deux conditions, à savoir : (i) que la clause désavantage d'une façon excessive le débiteur de l'obligation; et (ii) que la clause est déraisonnable⁴⁸.

103. Les tribunaux apprécient notamment le caractère abusif et déraisonnable d'une clause pénale en analysant les prestations respectives des deux parties, ce qui inclut l'existence d'une disproportion entre la pénalité payable par le consommateur et le préjudice subi par le commerçant, incluant sa perte de profits⁴⁹. Le caractère déraisonnable d'une clause pénale peut également ressortir d'une comparaison entre le montant de la pénalité et le montant de l'obligation dont le consommateur aurait été responsable s'il n'avait pas résilié le contrat⁵⁰.

104. Or, le Juge d'Instance n'a pas correctement considéré le préjudice réel subi par Rogers : il a non seulement omis de considérer le profit dont Rogers a été privé par la résiliation anticipée de l'Intimé et des Membres, mais le Juge d'Instance n'a même pas considéré les commissions que Rogers a dû effectivement payer à ses détaillants⁵¹.

105. De plus, le Juge d'Instance pose la question de la déraisonnabilité de la clause de FRA sans considérer le fait que le paiement de celle-ci par l'Intimé a eu pour effet de le libérer des treize (13) versements restants à l'Entente Brière, d'une valeur totale de 475,67 \$⁵².

106. Ces omissions ont erronément mené à conclure que les FRA avaient un caractère excessif et abusif au sens de l'article 1437 C.c.Q.

V. LE JUGE D'INSTANCE A ERRÉ LORS DU CALCUL DES DOMMAGES

107. Finalement, sous réserve de tout ce qui précède, l'Appelante soumet subsidiairement que le Juge d'Instance a commis une erreur lors du calcul des dommages octroyés advenant une conclusion en ce sens.

⁴⁸ Voir entre autres *Sansregret, Taillefer & Associés inc. c. Demers*, J.E. 2005-975 (C.S.), paragr. 30, (confirmée par 2007 QCCA 271).

⁴⁹ Voir entre autres *Corporation First Capital (Carrefour Don Quichotte) inc. c. Massé*, 2008 QCCS 4080 (appel rejeté sur requête), paragr. 62.

⁵⁰ Voir entre autres *Dubreuil c. D.K. Automobile inc.*, 1996 CanLII 6488 (C.A.), page 5.

⁵¹ Jugement Entrepris, paragr. 82 à 85, M.A. Annexe I, Volume 1, [page 45](#).

⁵² 36,59 \$, qui constitue le paiement mensuel moyen de l'Intimé x 13 mois.

108. Dans le Jugement Entrepris, le Juge d'Instance condamne Rogers à payer 16 829 016 \$ en dommages (ceci représente la différence entre les FRA récupérés et les subventions octroyées aux Membres)⁵³.

109. Or, le montant total des dommages qui peut être accordé aux Membres, si on inclut uniquement à titre de préjudice subi par Rogers le montant des subventions accordées aux Membres, et qu'on exclut les commissions payées par Rogers à ses détaillants, est 15 505 226 \$.

110. Pour toutes ces raisons, Rogers soumet respectueusement que le Jugement Entrepris est manifestement mal fondé et doit être infirmé.

PARTIE IV – LES CONCLUSIONS

POUR CES MOTIFS, L'APPELANTE DEMANDE À LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC DE :

ACCUEILLIR l'appel;

INFIRMER le Jugement Entrepris;

REJETER la Requête Introductive d'Instance;

RENDRE toute autre ordonnance juste et équitable dans les circonstances.

LE TOUT avec dépens, tant en première instance qu'en appel.

Montréal, le 13 juillet 2015

**Davies Ward Phillips & Vineberg
S.E.N.C.R.L., s.r.l.
(M^e Nick Rodrigo)
(M^e Mouna Aber)
Procureurs de l'appelante**

⁵³ Jugement Entrepris, paragr. 95 et 97, M.A. Annexe I, Volume 1, [page 47](#).

PARTIE V – LES SOURCES

<u>Jurisprudence</u>	<u>Paragraphe(s)</u>
<i>Morin c. Bell Canada</i> , 2011 QCCS 6166, J.E. 2011-2110 9
<i>Conseil québécois sur le tabac et la santé c. JTI-MacDonald Corp.</i> , 2006 QCCS 1098 45
<i>Option Consommateurs c. Banque de Montréal</i> , 2009 QCCS 5595 45
<i>Billette c. Toyota Canada inc.</i> , 2007 QCCA 847 45
<i>Fédération des médecins spécialistes du Québec c. Conseil pour la protection des malades</i> , 2014 QCCA 459 46
<i>Howarth c. DPM Securities</i> , (2005) AZ-50297306 (C.S.) 47
<i>Centre régional de récupération C.S. inc. c. Services d'enlèvement de rebuts Laidlaw (Canada) Itée</i> , REJB 1996-29236 (C.A) 60
<i>Superior Energy Management c. Para-Net buanderie et nettoyage à sec inc.</i> , 2012 QCCS 7122 61
<i>Altimag Consultants inc. c. S.G.F. Mineral inc.</i> , 2002 CanLII 7118 (C.S) 62
<i>Gendron Communication inc. c. Vidéotron Itée</i> , J.E. 2006-48 (C.S.) 62
<i>MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau Lemire inc.</i> , 2007 QCCA 92 62,63
<i>Nicholson Manufacturing Company c. Maritonex inc.</i> , 2008 QCCA 1536 62,64
<i>Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.</i> , J.E. 2002-1003 (C.S.) 62
<i>Fortier c. Meubles Léon Itée</i> , 2014 QCCA 195 71

Jurisprudence (suite)**Paragraphe(s)**

<i>Banque de Montréal c. Bail Itée</i> , [1992] 2 R.C.S. 554 71,72
<i>Gagnon c. Bell Mobilité inc.</i> , 2014 QCCS 4236 90,91
<i>Remer Bros. Investment Corp. c. Robin</i> , [1966] R.C.S. 506 93
<i>Sansregret, Taillefer & Associés inc. c. Demers</i> , J.E. 2005-975 (C.S.) 102
<i>Corporation First Capital (Carrefour Don Quichotte) inc. c. Massé</i> , 2008 QCCS 4080 (appel rejeté sur requête) 103
<i>Dubreuil c. D.K. Automobile inc.</i> , 1996 CanLII 6488 (C.A.) 103

Doctrine

JOBIN, Pierre-Gabriel avec la collaboration de Nathalie VÉZINA, <i>Baudouin Jobin : Les Obligations</i> , 6 ^e édition, Cowansville Yvon Blais, 2005 71
--	----------

ANNEXE I

LE JUGEMENT

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000557-112

DATE : 5 décembre 2014

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE PIERRE NOLLET, j.c.s.

MARIO BRIÈRE
Requérant

c.

ROGERS COMMUNICATIONS S.E.N.C., faisant également affaires
sous la raison sociale **ROGERS SANS-FIL S.E.N.C.**
Intimée

JUGEMENT

[1] Le requérant, Mario Brière, dûment autorisé par la Cour, exerce un recours collectif contre l'intimée, Rogers Communications S.E.N.C. (Rogers).

[2] Entre 2007 et 2013, sur la foi du contrat de service avec abonnement l'y autorisant, Rogers a facturé des frais de résiliation anticipée (les FRA) de 69 135 228 \$ à des consommateurs et de 4 145 078 \$ à des petites et moyennes entreprises (PME).

[3] Le requérant s'est vu facturé et a payé des FRA de 200 \$. Il en demande le remboursement de même que des dommages punitifs.

[4] Pour les motifs exprimés ci-après, le Tribunal ordonne à Rogers d'indemniser les membres du groupe de la différence entre les FRA récupérés par Rogers et les

bénéfices reçus par les membres lors de la conclusion du contrat avec abonnement, soit le rabais offert sur le prix de leur appareil téléphonique.

I. Les faits

[5] Le Tribunal a accordé à Mario Brière le statut de représentant aux fins de représenter le groupe suivant :

Toutes les personnes physiques et morales (comptant au plus 50 employés dans les douze mois précédant le présent recours), résidant ou ayant résidé au Québec et ayant bénéficié du service de téléphonie cellulaire ou de transmission de données de Rogers, qui se sont vues facturer par cette dernière et qui ont payé, depuis le 21 février 2008, des frais de résiliation en vertu d'un contrat écrit conclu avant (i) le 1^{er} février 2007 et qui contient une clause de résiliation exigeant des frais de résiliation de 20 \$ par mois restant au contrat jusqu'à concurrence de 200 \$ ou (ii) un contrat conclut avant le 30 juin 2010 et après le 1^{er} février 2007 et qui contient une clause de résiliation exigeant des frais de résiliation du plus élevé de 100 \$ ou de 20 \$ par mois restant à courir jusqu'à concurrence de 400 \$ ou dans le cas de la transmission de données du plus élevé de 25 \$ ou de 5 \$ par mois restant à courir jusqu'à concurrence de 100 \$¹;

[6] Rogers a plusieurs types de comptes de téléphonie cellulaire. Ceux-ci ne sont pas modelés exactement sur la définition des membres du groupe du recours collectif.

[7] Aux fins du recours toutefois, les parties ont admis que le Tribunal pouvait utiliser les catégories suivantes :

7.1. les comptes qui sont propriété de « personnes physiques résidant au Québec » et que Rogers appelle les comptes consommateurs.

7.2. les comptes qui incluent « les entreprises comptant au plus 50 employés dans les 12 mois précédant le présent recours et d'autres entreprises » et que Rogers appelle les comptes PME.

[8] Aux fins du recours, il est admis que le Tribunal peut utiliser la catégorie PME de Rogers comme celle correspondant, dans son ensemble, à la catégorie d'entreprises (personnes physiques ou morales) comptant au plus 50 employés dans les 12 mois précédant le recours.

[9] Il existe trois types de contrats de téléphonie cellulaire chez Rogers: les contrats prépayés, les contrats payables mensuellement suivant l'usage, mais sans terme (contrats sans abonnement) et les contrats payables mensuellement suivant l'usage, mais avec un terme de 12, 24 ou 36 mois (contrats avec abonnement).

¹ Voir jugement autorisant le recours daté du 24 mai 2012.

[10] Le 29 janvier 2009, M. Brière, client de la téléphonie cellulaire de Rogers depuis plusieurs années, achète, au prix de 249,99 \$, un téléphone cellulaire en remplacement de son ancien appareil. Il choisit un forfait « voix seulement », sans utilisation du service de transmission de données, et ce, pour un terme de 36 mois. C'est un contrat avec abonnement.

[11] Le prix de détail suggéré de l'appareil acheté par M. Brière serait de 360 \$². Rogers a payé celui-ci 300 \$³.

[12] Au moment de l'achat, Rogers n'informe pas M. Brière qu'il bénéficie d'un rabais sur le prix de l'appareil⁴, qu'il renonce à son droit à une résiliation unilatérale de son forfait avant terme, et qu'il contracte pour une nouvelle période de trois ans.

[13] Suivant le témoignage de M. Brière, c'est après avoir payé l'appareil avec sa carte de crédit que le représentant de Rogers l'informe que le nouveau contrat a une durée de 36 mois. M. Brière s'oppose, mais le représentant lui dit qu'il est trop tard, le contrat ayant été conclu. M. Brière admet avoir reçu copie du contrat d'une durée de 36 mois⁵.

[14] En février 2009, M. Brière reçoit sa facture mensuelle de Rogers, laquelle indique qu'un rabais de 50 \$ lui a été octroyé sur le prix de son appareil⁶.

[15] En novembre 2010, M. Brière avise Rogers qu'il met fin à son contrat. À ce moment, il reste 13 mois à courir sur le terme de 36 mois⁷.

[16] Lorsqu'il reçoit sa facture du 26 novembre 2010, M. Brière constate que Rogers lui facture des FRA de 200 \$ plus les taxes⁸. M. Brière contacte alors Rogers et tente de contester l'imposition des FRA, sans succès. Il acquitte donc les FRA imposés.

² Voir réponse numéro 3 aux engagements du 16 juin 2011 de l'interrogatoire de M. Barry Choi.

³ Pièce D-6a).

⁴ Suivant les témoignages, mais aussi la note au bas de la pièce P-1. « Le coût de l'équipement ne comprend pas rabais » (sic).

⁵ Pièces P-1 et P-2.

⁶ Facture du 26 février 2009 jointe à l'affidavit de Barry Choi du 23 juin 2011. Dans les faits, le crédit est intitulé « *rabais du fabricant* », ce qui laisse croire que ce crédit s'applique au prix de l'appareil, mais il pourrait tout aussi bien être, suivant le témoignage de Barry Choi, un incitatif à l'achat s'appliquant à d'autres coûts occasionnés par l'activation du nouveau téléphone.

⁷ Il semble que la période de 13 mois commence à courir 30 jours après la période de facturation pendant laquelle le préavis est donné. Il serait donc effectif le 26 décembre 2010.

⁸ Voir pièce P-3.

[17] Il est admis que, pour la période de 13 mois restant à courir à son contrat, la facture moyenne de M. Brière aurait été de 36,59 \$ par mois, le tout en se basant sur les factures émises par Rogers entre février 2009 et novembre 2010⁹.

[18] Suivant la preuve faite par Rogers, les trois contrats, prépayés, postpayés sans abonnement et avec abonnement, ont un coût d'opération et d'utilisation similaire pour le client et une marge d'opération bénéficiaire mensuelle équivalente pour Rogers. Les mêmes forfaits sont disponibles pour les trois types de contrat.

[19] Entre 2008 et 2013, Rogers recouvre les FRA suivants pour les forfaits voix seulement¹⁰:

19.1.	157 800 comptes consommateurs :	27 953 252 \$
19.2.	5 524 comptes PME:	2 122 109 \$

[20] Pour la même période, Rogers perçoit les FRA suivants pour la transmission de données :

20.1.	50 744 comptes consommateurs:	4 939 624 \$
20.2.	3 401 comptes PME:	422 701 \$

II. Les questions en litige

[21] Le jugement autorisant le recours définit comme suit les principales questions en litige à être traitées collectivement :

- 1) Les frais de résiliation de contrat (FRA) facturés par l'intimée au requérant et aux membres sont-ils excessifs ou abusifs?
- 2) Les frais de résiliation de contrat (FRA) facturés au requérant et aux membres excèdent-ils le montant du préjudice réellement subi par l'intimée?
- 3) S'il y a lieu, comment doit être établi le montant à être remboursé au requérant et aux membres du groupe?
- 4) Est-ce que l'intimée a contrevenu à la *Loi sur la protection du consommateur*? Si oui, est-ce que l'intimée est tenue au paiement des dommages punitifs?

⁹ Tel qu'il appert de la pièce BC-1 au soutien de l'affidavit de Barry Choi du 23 juin 2011. M. Brière payait en réalité une surcharge de temps à autre lorsqu'il excédait les limites de son forfait.

¹⁰ Pièce D-7.

III. Position des parties

A. Position du requérant

[22] M. Brière souhaite un remboursement complet des FRA qui lui ont été imposés. Il plaide que les FRA ne visent qu'à garantir Rogers contre une perte de profits, ce à quoi elle n'a pas droit vu les articles 2125 et 2129 C.c.Q.

[23] M. Brière ne prétend pas que le droit à la résiliation anticipée soit d'ordre public, mais il soutient que Rogers n'a pas fait la preuve qu'il a renoncé à ce droit. Il ajoute que les FRA sont disproportionnés par rapport au préjudice réellement subi et qu'ils sont abusifs, contrevenant ainsi à la *Loi sur la protection du consommateur (L.P.C.)*¹¹.

B. Position de l'intimée

[24] Rogers est d'avis que le jugement en autorisation, en écartant la question de la renonciation comme question commune, décide que le requérant a renoncé à l'application des articles 2125 et 2129 C.c.Q. Au surplus, elle plaide qu'il y a eu renonciation implicite sans équivoque au droit à la résiliation anticipée et qu'en conséquence, l'article 2129 C.c.Q. limitant le préjudice pouvant être réclamé ne s'applique pas. Selon Rogers, la règle générale est alors le droit de recouvrer tout préjudice y compris les profits perdus au moyen de ce que Rogers qualifie d'une clause pénale.

[25] Selon Rogers, le montant payé par M. Brière n'est pas abusif et la preuve ne soutient aucunement le droit à des dommages punitifs.

IV. Analyse

A. Y a-t-il chose jugée sur la renonciation à la résiliation anticipée prévue par l'article 2125 C.c.Q.?

[26] Rogers soutient que le jugement d'autorisation a déterminé que la clause de FRA constituait une renonciation au droit à la résiliation unilatérale autorisée par l'article 2125 C.c.Q.

[27] La clause établissant les FRA se lit comme suit :

Frais de résiliation anticipée (s'appliquent uniquement aux clients avec un abonnement) :

Des frais de résiliation anticipée s'appliquent si, pour quelque raison que ce soit, le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement. Les frais de

¹¹ L.R.Q., c. P-40.1.

résiliation anticipée correspondent au montant le plus élevé de ces deux éventualités : (i) 100 \$ ou (ii) 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 400 \$, et s'appliquent pour chaque ligne inscrite au compte annulé. Si le client souscrit un forfait avant le 1^{er} février 2007 et le conserve ou le renouvelle pour une période d'un an, de deux ans ou de trois ans, les frais de résiliation anticipée correspondant à 20 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 200 \$.

Frais de résiliation anticipée pour la transmission de données :

Selon votre service de transmission de données sans fil, des frais de résiliation anticipée pour la transmission de données s'appliquent si, pour quelque raison que ce soit, le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement (au forfait Données). Les frais de résiliation anticipée pour la transmission de données correspondent au montant le plus élevé de ces deux éventualités : (i) 25 \$ ou (ii) 5 \$ par nombre de mois restant à la période d'abonnement, jusqu'à un maximum de 100 \$, et s'appliquent en plus des frais de résiliation anticipée lorsque le service est annulé avant la fin de la période d'abonnement. Les frais de résiliation anticipée et les frais de résiliation anticipée pour la transmission de données s'appliquent si vous êtes abonné à un forfait combinant les services Voix et données.

[28] L'article 2125 C.c.Q. stipule :

2125. Le client peut, unilatéralement, résilier le contrat, quoique la réalisation de l'ouvrage ou la prestation du service ait déjà été entreprise.

[29] Dans sa requête en autorisation, le requérant suggère de traiter collectivement la question suivante: *Les frais de résiliation contreviennent-ils au droit du requérant et des membres à la résiliation unilatérale d'un contrat ?*

[30] Voici ce que dit le Tribunal dans le jugement d'autorisation:

[32] Les parties pouvaient-elles convenir d'une clause qui détermine à l'avance l'indemnité à laquelle est tenue la partie qui souhaite résilier le contrat afin de faire échec à l'application de l'article 2129 C.c.Q.?

[33] Cette question est une pure question de droit. Elle peut être déterminée à ce stade ^[citation omise].

[34] Pour pouvoir conclure que les parties ne pouvaient contractuellement convenir de frais de résiliation, le Tribunal doit se convaincre que l'article 2129 C.c.Q. est d'ordre public. Cette Cour a déjà reconnu que tel n'était pas le cas dans l'affaire *Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.* ^[citation omise]. Le seul fait d'avoir introduit au contrat une clause pénale applicable en cas de résiliation ne peut donc donner lieu à un recours collectif.

[31] On notera en premier lieu que le jugement d'autorisation réfère à l'établissement de l'indemnité suivant 2129 C.c.Q. et non à la renonciation suivant l'article 2125 C.c.Q.

[32] Le jugement d'autorisation n'a pas pour objet ni ne s'est prononcé sur l'existence ou non d'une renonciation au droit de M. Brière à la résiliation anticipée.

[33] D'ailleurs, le professeur Lafond rappelle au sujet du jugement d'autorisation que « [il] ne constitue qu'une décision préliminaire susceptible d'être modifiée au cours du procès, voire avant, et qui ne préjuge pas du résultat de la contestation finale »¹².

[34] La question écartée l'a été parce que la détermination à l'avance d'une indemnité de résiliation ne pouvait être présumée fautive, l'article 2129 C.c.Q. n'étant pas d'ordre public. Le Tribunal s'est toutefois gardé de conclure sur l'existence ou non d'une renonciation à l'article 2125 C.c.Q., ou d'une renonciation à l'indemnité prévue à l'article 2129 C.c.Q., ignorant si la preuve de la renonciation découlerait de situations individuelles ou pouvant être traitées collectivement.

[35] La preuve établit l'absence de représentations faites à M. Brière au sujet de la renonciation. Rogers n'a pas tenté de prouver que les représentants étaient formés de telle façon que cette clause était expliquée en détail aux clients et que dans les faits, la renonciation au droit à la résiliation anticipée était connue du client. Rogers fait plutôt valoir, de façon subsidiaire, un argument de texte qui lui peut être traité collectivement : il s'agit de la renonciation présumée découlant de la détermination à l'avance de l'indemnité de résiliation.

B. Y a-t-il renonciation présumée à la résiliation anticipée ?

[36] Selon Rogers, la présence de la clause imposant les FRA signifie que le client a implicitement renoncé à son droit à la résiliation anticipée prévue à l'article 2125 C.c.Q.

[37] Le Tribunal est d'avis que l'existence d'une clause prévoyant le paiement de FRA pour mettre fin au contrat avec abonnement ne permet pas d'inférer une renonciation au droit à la résiliation anticipée.

[38] La rédaction de la clause de résiliation anticipée tend plutôt à prouver le contraire. Cette clause porte sur des frais dus à l'occasion d'une résiliation anticipée et non pas sur une pénalité pour le cas où le client serait en défaut de se rendre au terme de son contrat.

¹² Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, pp. 25 et ss, 116-117 et ss; *Ridley inc. c. Bernèche*, 2006 QCCA 984, par. 25.

[39] Le droit à la résiliation étant assujéti à certaines modalités, il faut plutôt en conclure que ce droit est préservé et non en inférer une renonciation implicite.

[40] Pour cette même raison, le Tribunal ne peut conclure que la seule existence des frais de résiliation contrevient au droit du requérant à la résiliation unilatérale d'un contrat. Le Tribunal est d'opinion que la faculté de résiliation moyennant paiement accordée au client consacre son droit à la résiliation anticipée.

[41] La jurisprudence citée par le requérant dont les affaires *Services Matrec*¹³ et *Gagnon c. Bell Mobilité*¹⁴ de même que la doctrine de l'auteur Vincent Karim¹⁵ nous apparaissent concluantes quant au fait que la renonciation doit apparaître clairement à la lecture de la clause. Ce n'est pas notre cas ici.

[42] L'affaire *Gagnon c. Bell Mobilité* mettait en cause des FRA semblables à ceux dont il est question ici, mais justifiés d'une façon différente par Bell Mobilité. La juge Nantel décide qu'il n'y a pas lieu de conclure à la renonciation au droit à la résiliation anticipée, le texte de la clause n'étant pas clair à cet effet.

[43] Au procès, la preuve se résume ainsi: M. Brière n'a pas été informé que la clause prévue au contrat équivalait à une renonciation à son droit à la résiliation anticipée prévue au *Code civil* ni à l'établissement d'une indemnité calculée différemment du principe énoncé à l'article 2129 *C.c.Q.* Rogers ajoute qu'il n'appartient pas au commerçant de conseiller juridiquement le client à cet égard.

[44] À l'égard des clients consommateurs, nous sommes en présence d'un contrat de consommation¹⁶. Pour les clients PME, il s'agit d'un contrat d'adhésion¹⁷.

[45] Dans un contrat de consommation ou d'adhésion, le commerçant se doit d'être transparent. Si l'intention du commerçant est d'obtenir une renonciation du client à son droit d'obtenir la résiliation unilatérale du contrat ou de calculer le préjudice suivant la loi, cette intention ou la renonciation elle-même doit être stipulée en toutes lettres à moins d'être expliquée de vive voix au client. Or, nous n'avons ici ni l'un ni l'autre. On ne peut donc parler de renonciation explicite ou implicite.

¹³ 2014 QCCA 221.

¹⁴ 2014 QCCS 4236.

¹⁵ Vincent KARIM, *Contrats d'entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers : construction et rénovation), contrat de prestation de services et l'hypothèque légale*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

¹⁶ 1384 *C.c.Q.*

¹⁷ 1379 *C.c.Q.*

C. Les frais de résiliation de contrat facturés au requérant et aux membres excèdent-ils le montant du préjudice réellement subi par l'intimée?

[46] Les deux parties font valoir que si la clause de FRA est une clause pénale, ce sur quoi nous reviendrons plus bas, le calcul du préjudice exigible du client qui met fin prématurément à son contrat avec abonnement peut inclure les pertes de profits futurs. Si la clause de FRA n'est pas une clause pénale, alors le calcul du préjudice ne peut excéder ce qui est prévu par l'article 2129 C.c.Q.

[47] Pour mettre fin à son contrat d'une durée de 36 mois, M. Brière a payé le maximum prévu à la clause de FRA soit 200 \$ (étant client avant février 2007).

a) S'agit-il d'une clause pénale?

[48] L'article 1622 C.c.Q. stipule ce qui suit :

1622. La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation.

Elle donne au créancier le droit de se prévaloir de cette clause au lieu de poursuivre, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation; mais il ne peut en aucun cas demander en même temps l'exécution et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée que pour le seul retard dans l'exécution de l'obligation.

[Le Tribunal souligne]

[49] Si la clause pénale a pour but de sanctionner un défaut d'exécution, clairement ce n'est pas l'objectif de la clause de résiliation anticipée dont il est question ici. En effet, le contrat accorde le droit à M. Brière de résilier son contrat avant terme. Le fait de le faire ne constitue pas un défaut.

[50] Contrairement aux prescriptions de l'article 1622 C.c.Q., il ne s'agit pas non plus d'une clause négociée par les parties. M. Brière n'est pas informé, au moment de l'achat de son appareil, a) de l'existence de la clause b) de la façon dont l'indemnité a été établie, c) qu'elle est requise en contrepartie d'une réduction du prix de l'appareil qu'il achète, ni d) qu'elle a pour but de garantir à Rogers les marges d'opération bénéficiaire de son contrat.

[51] Les FRA, malgré les arguments de Rogers, ne constituent pas une évaluation par anticipation des dommages-intérêts, mais un montant déterminé en fonction de deux critères dont l'un est les frais similaires chargés par les