

Dossier n° 37301

COUR SUPRÊME DU CANADA

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

ENTRE :

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

DEMANDERESSE
(appelante)

- et -

MARIO BRIÈRE

INTIMÉ
(intimé)

RÉPONSE DE L'INTIMÉ
(règle 27 des Règles de la Cour suprême du Canada)

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

Tél. : 418 523-4222 (M^e Bourgoïn)
Tél. : 418 692-5137 (M^e Gamache)
Télec. : 418 692-5695
dbourgoïn@bga-law.com
bgamache@bga-law.com

Procureurs de l'intimé

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

Tél. : 514 841-6548 (M^e Rodrigo)

Tél. : 514 841-6487 (M^e Aber)

Télec. : 514 841-6499

nrodrigo@dwpv.com

maber@dwpv.com

Procureurs de la demanderesse

TABLE DES MATIÈRES

Réponse de l'intimé Page

MÉMOIRE DE L'INTIMÉ

PARTIE I – EXPOSÉ DE LA POSITION DE L'INTIMÉ SUR LES QUESTIONS D'IMPORTANCE POUR LE PUBLIC ET DES FAITS 1
PARTIE II – QUESTIONS EN LITIGE 4
PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS 5
A) Le juge siégeant au mérite d'une action collective est-il lié par le cadre juridique établi par le juge autorisateur? En d'autres termes, le jugement d'autorisation fait-il office de chose jugée, et si oui, selon quels critères? 5
B) Un contrat de service peut-il déroger valablement au régime de l'article 2129 C.c.Q. en stipulant une clause qui prévoit le paiement d'une indemnité en cas de résiliation anticipée qui représente, en partie, la perte de revenus futurs ou les profits post résiliation? 7
C) Une clause contenue dans un contrat de service d'adhésion ou de consommation est-elle nécessairement abusive au sens de l'article 1437 C.c.Q. si elle stipule le paiement d'une indemnité qui vise à compenser, même en partie, la perte de revenus futurs du prestataire de service? 9
PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS 11
PARTIE V – ORDONNANCES DEMANDÉES 12

MÉMOIRE DE L'INTIMÉ

**PARTIE I – EXPOSÉ DE LA POSITION DE L'INTIMÉ SUR LES QUESTIONS
D'IMPORTANCE POUR LE PUBLIC ET DES FAITS**

1. La demanderesse articule la question d'importance pour le public autour d'un argument de chose jugée qui n'en est pas un et qu'elle seule semble avoir décelé dans les motifs du jugement autorisant l'exercice de l'action collective.
2. Même dans l'hypothèse où la demanderesse avait raison sur la question de la chose jugée et de la renonciation au droit à la résiliation de contrat, il n'en demeure pas moins que le juge de première instance et les trois juges de la Cour d'appel ont conclu sans équivoque que la clause en litige était abusive et que les obligations qui en découlent devaient être réduites¹.
3. Ce raisonnement logique est au cœur de l'arrêt de la Cour d'appel et les questions que la demanderesse veut soumettre à cette Cour doivent être analysées par le prisme de ce syllogisme.
4. Dans la mesure où la Cour supérieure et la Cour d'appel concluent à l'abus, les membres du groupe ne peuvent avoir renoncé à un droit ou accepté de déroger à une disposition législative par le biais d'une clause abusive.
5. Il serait en effet contraire aux règles contractuelles élémentaires ainsi qu'à l'économie du droit de la consommation qu'une telle renonciation ou dérogation soit fondée sur une clause abusive stipulée dans un contrat d'adhésion par la partie qui en bénéficie.
6. À moins de préciser en quoi cette conclusion discrétionnaire d'abus est déraisonnable, ce constat est incontournable.

¹ Voir aussi *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496; demande d'autorisation d'appel n° 37303.

7. La demanderesse tente néanmoins de convertir un débat théorique sur une question d'autorité de la chose jugée ayant été maintes fois interprétée et appliquée par les tribunaux de toutes les instances en une question d'importance pour le public, alors que le juge de première instance n'a jamais conclu au stade de l'autorisation que la clause de résiliation de contrat n'était pas abusive.
8. La demanderesse invoque maintenant devant cette Cour les principes d'équité, de justice naturelle et de droit à une défense pleine et entière afin de justifier qu'une question somme toute banale puisse être élevée à un rang d'importance pour le public.
9. À la lumière des questions communes autorisées par le juge de première instance, lesquelles sont retranscrites ci-après, les arguments de surprise et de violation du droit à une défense pleine et entière soulevés par la demanderesse sont sans valeur :

Les frais de résiliation de contrat (FRA) facturés par l'intimée au requérant et aux membres sont-ils excessifs ou abusifs?

Les frais de résiliation de contrat (FRA) 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 des dommages punitifs?

10. Il était donc clair que le caractère abusif de la clause de résiliation de contrat et la notion de préjudice réel étaient au cœur du litige et que ces deux questions allaient nécessairement être analysées au fond.
11. La possibilité de renoncer ou de déroger aux articles 2125 et 2129 du *Code civil du Québec* (CcQ) ne signifie pas que la clause de résiliation de contrat de la demanderesse n'est pas

abusive et le juge de première instance ne tire aucune conclusion à cet égard dans le jugement d'autorisation.

12. D'ailleurs, si le juge de première instance avait décidé du fond de la cause d'action au stade de l'autorisation, pourquoi a-t-il autorisé l'exercice de l'action collective et quelle était l'utilité de tenir un procès.
13. La Cour d'appel n'a commis aucune erreur en concluant que ce moyen de défense fondé sur l'autorité de la chose jugée devait échouer.

PARTIE II – QUESTIONS EN LITIGE

- A) **Le juge siégeant au mérite d'une action collective est-il lié par le cadre juridique établi par le juge autorisateur? En d'autres termes, le jugement d'autorisation fait-il office de chose jugée, et si oui, selon quels critères?**
- B) **Un contrat de service peut-il déroger valablement au régime de l'article 2129 CcQ en stipulant une clause qui prévoit le paiement d'une indemnité en cas de résiliation anticipée qui représente, en partie, la perte de revenus futurs ou les profits post résiliation?**
- C) **Une clause contenue dans un contrat de service d'adhésion ou de consommation est-elle nécessairement abusive au sens de l'article 1437 CcQ si elle stipule le paiement d'une indemnité qui vise à compenser, même en partie, la perte de revenus futurs du prestataire de service?**

PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS

A) Le juge siégeant au mérite d'une action collective est-il lié par le cadre juridique établi par le juge autorisateur? En d'autres termes, le jugement d'autorisation fait-il office de chose jugée, et si oui, selon quels critères?

14. La demanderesse rattache son argument de chose jugée aux paragraphes suivants du jugement d'autorisation :

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.?

[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.

15. Le juge de première instance répond ainsi à ce moyen de défense fondé sur l'autorité de la chose jugée :

[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 ».

[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.

16. La Cour d'appel donne raison au juge de première instance sur cette question.
17. Le juge de première instance ne s'est donc prononcé au stade de l'autorisation que sur le caractère d'ordre public des articles 2125 et 2129 du CcQ et sur la possibilité d'y renoncer ou d'y déroger.
18. Bien que le juge siégeant au mérite soit tenu de suivre les balises ou le cadre juridique établi par le juge autorisateur, et ce, dans une optique évolutive et libérale compatible avec l'action collective, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas lié par la qualification juridique du juge autorisateur et que des questions communes autorisées peuvent être adaptées et ajustées en fonction de la preuve et du cheminement du dossier.
19. En principe, le jugement d'autorisation ne fait pas office de chose jugée, sauf à l'égard d'une conclusion sur une pure question de droit.
20. Ce principe est bien connu et il est régulièrement appliqué par les tribunaux.
21. Ce n'est toutefois pas sur cette base que la demanderesse articule son argumentaire, mais bien sur une prétention selon laquelle l'analyse factuelle du caractère abusif de la clause de résiliation de contrat aurait été complète et définitive dès l'étape de l'autorisation.
22. En d'autres termes, la demanderesse semble rechercher l'inférence suivante : comme le juge de première instance reconnaît que les parties peuvent déroger à l'article 2129 CcQ, aucune dérogation ne peut être abusive.

23. Un tel syllogisme est non seulement sans valeur, mais s'il était retenu, il entrerait en collision frontale avec des notions élémentaires du droit des obligations et de la consommation en créant une espèce d'immunité que seule une disposition législative d'ordre public pourrait contrer.
 24. La demanderesse plaide qu'une telle dérogation serait en quelque sorte à l'abri du regard des tribunaux et qu'elle équivaldrait à lui donner la latitude nécessaire pour inclure tous les dommages qu'elle prétend subir par le fait d'une résiliation de contrat, soit essentiellement ses profits et revenus futurs.
 25. Tel que déjà exposé dans la première partie de la présente réponse, la possibilité de déroger au régime des articles 2125 et 2129 CcQ est bien établie.
 26. Le juge de première instance ne confirme que ce principe dans le jugement d'autorisation et n'applique évidemment pas les faits du dossier au droit à cette étape préliminaire du dossier.
 27. D'ailleurs, le juge de première instance aurait commis une erreur de droit s'il avait conclu que la clause de résiliation de contrat qui dérogeait au régime de l'article 2129 CcQ n'était pas abusive sur la base de faits incomplets et sans avoir eu l'opportunité d'apprécier toutes les données financières qui pouvaient justifier les FRA réclamés par la demanderesse.
- B) Un contrat de service peut-il déroger valablement au régime de l'article 2129 CcQ en stipulant une clause qui prévoit le paiement d'une indemnité en cas de résiliation anticipée qui représente, en partie, la perte de revenus futurs ou les profits post résiliation?**
28. Le juge de première instance a procédé à une analyse minutieuse des faits donnant ouverture à l'application de l'article 1437 CcQ et la Cour d'appel a confirmé la justesse de sa démarche intellectuelle.

29. Le juge de première instance résume ainsi son raisonnement :

[86] En cherchant à se garantir une source de revenus, sans même tenir compte de la contrepartie offerte, Rogers oublie l'objet premier du contrat de téléphonie cellulaire qui demeure l'obtention d'un service en contrepartie d'un paiement mensuel. Rogers modifie cet objet en cherchant à obtenir une garantie que le client ne mettra pas fin au contrat ou encore que, si le client y met fin et que Rogers n'a plus à offrir le service, elle pourra tout de même engranger des bénéfices.

30. La demanderesse n'a de son côté administré aucune preuve susceptible de contrer les différents éléments sur lesquels le juge de première instance s'est appuyé pour déterminer que la clause de résiliation de contrat était abusive².

31. La demanderesse se limite à plaider de nouveau que sa perte de profit et les commissions versées à ses détaillants doivent être tenues en compte dans l'analyse du caractère abusif de la clause de résiliation de contrat.

32. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont motivé l'exclusion de ces composantes dans l'établissement du préjudice réellement subi par la demanderesse³.

33. La demanderesse se raccroche au paragraphe suivant de l'arrêt de la Cour d'appel pour tenter de démontrer que ses profits futurs doivent lui être octroyés :

[26] Pour autant, je demeure d'avis que des cocontractants pourraient inclure dans l'indemnité à verser les profits post-résiliation. Par exemple, le petit constructeur qui construit une résidence par année pourrait exiger le plein prix du contrat par crainte de ne pouvoir exécuter quelque autre contrat si la résiliation survient à la mi-saison; si le donneur d'ouvrage l'accepte, ce sera la loi des parties qui l'auront négocié à force égale.

² *Brière c. Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.)*, 2014 QCCS 5917, par. 35, **Demande d'autorisation d'appel (ci-après « D.A.A. »)**, vol. I, p. 29.

³ *Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.) c. Brière*, 2016 QCCA 1497, par. 55 et 57 à 60 (**Onglet 3**), **D.A.A.**, vol. I, p. 55 à 58. Voir aussi *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2014 QCCS 4236; *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496; demande d'autorisation d'appel n° 37303.

34. Or, non seulement la demanderesse déforme la signification de ce paragraphe de l'arrêt de la Cour d'appel, mais l'exemple qui y est décrit est sans commune mesure avec la situation contractuelle des membres.
 35. En effet, il ne s'agit pas d'un cas de contrat d'adhésion ou de consommation à grande échelle et la partie qui stipule la clause de résiliation de contrat dans cet exemple de la Cour d'appel est en position de dépendance financière.
 36. En l'espèce, la demanderesse n'est pas dépendante d'un seul ou de quelques clients, mais bien de centaines de milliers, voire de millions.
 37. Le modèle d'affaires de la demanderesse écarte donc de lui-même toute justification d'inclure les profits et revenus post résiliation dans les FRA.
 38. À preuve, pour la période couverte par l'action collective, plus de 35 M \$ en FRA n'ont pas été perçus et la demanderesse est non seulement toujours en opération, mais sa rentabilité n'a cessé de croître.
 39. Les motifs du jugement de première instance et de la Cour d'appel n'ont rien à voir avec une quelconque discrimination de traitement fondé sur la grosseur de l'entreprise, argument que la demanderesse soulève maintenant devant cette Cour, mais uniquement avec le type de contrat et le rapport de force entre les parties contractantes.
- C) Une clause contenue dans un contrat de service d'adhésion ou de consommation est-elle nécessairement abusive au sens de l'article 1437 CcQ si elle stipule le paiement d'une indemnité qui vise à compenser, même en partie, la perte de revenus futurs du prestataire de service?**
40. Après avoir fait de même à la Cour d'appel, la demanderesse veut maintenant inviter cette Cour à refaire l'exercice d'appréciation de la preuve [en ajoutant les commissions et le profit] et à se substituer à la discrétion exercée par le juge de première instance, alors qu'il s'est fondé sur les chiffres et données financières de la demanderesse.

41. Considérant le large pouvoir discrétionnaire et d'appréciation de la preuve dévolu à un tribunal de première instance lorsqu'il est question de déterminer le caractère abusif d'une clause contractuelle, aucune erreur ne justifiait l'intervention de la Cour d'appel et c'est précisément ce qui ressort de son arrêt.
42. Le juge de première instance a exposé logiquement les faits objectifs sur la base desquels la clause de résiliation de contrat était selon lui abusive.
43. Il s'agit d'une conclusion qui pouvait être tirée des faits circonscrits, limités et bien précis qui ont été présentés en preuve au juge de première instance, dont l'analyse ne révèle aucune erreur révisable.
44. En effet, les conditions d'application de la clause de résiliation de contrat, la finalité recherchée par cette clause, les composantes des frais de résiliation qui ne pouvaient être réclamées en vertu de l'article 2129 CcQ (profits et commissions), le montant des frais de résiliation et la nature de la relation contractuelle sont tous des facteurs qui ont été analysés par le juge de première instance⁴.
45. Dans l'exercice d'appréciation de la preuve qui lui a été présentée, le juge de première instance a de plus retenu le manque de transparence de la demanderesse dans tout le processus entourant la rédaction, l'établissement et l'inclusion de cette clause de résiliation dans les contrats des membres du groupe.
46. En regard des motifs du jugement de première instance et de l'arrêt de la Cour d'appel, du large pouvoir discrétionnaire du juge de première instance sur la question centrale du litige et du défaut par la demanderesse de pointer une erreur manifeste et dominante sur le réel enjeu, la présente demande d'autorisation d'appel doit être rejetée.

⁴ *Brière c. Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.)*, 2014 QCCS 5917, par. 79 à 88, **D.A.A., vol. I, p. 36-37.**

PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS

47. L'intimé demande à ce que la partie demanderesse soit condamnée aux dépens.

PARTIE V – ORDONNANCES DEMANDÉES

PAR CES MOTIFS, PLAISE À CETTE HONORABLE COUR :

REJETER la demande d'autorisation d'appel de la demanderesse;

LE TOUT avec dépens.

RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Québec, le 9 janvier 2017

**M^e David Bourgoin
M^e Benoît Gamache
BGA avocats S.E.N.C.R.L.
Procureurs de l'intimé**

PARTIE VI – TABLE DES SOURCES

Jurisprudence

Paragraphe(s)

<i>Gagnon c. Bell Mobilité inc.</i> , 2016 QCCA 1496; demande d'autorisation d'appel n° 373032,32
<i>Gagnon c. Bell Mobilité inc.</i> , 2014 QCCS 423632

