

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'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)
Télé. : 514 841-6499
nrodrigo@dwpv.com
maber@dwpv.com

Procureurs de l'appelante

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

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

Procureurs de l'intimé

TABLE DES MATIÈRES

i)

Mémoire de l'intimé

Page

EXPOSÉ DE L'INTIMÉ

PARTIE I – LES FAITS1
PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE SOUMISES PAR L'APPELANTE2
PARTIE III – RÉPONSE À L'ARGUMENTATION DE L'APPELANTE3
A) Le juge d'instance n'a pas 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)3
B) Le juge d'instance n'a pas 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)4
C) Le juge d'instance n'a pas 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)8
D) Le juge d'instance n'a pas 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)12
E) Le juge d'instance n'a pas erré en statuant que le montant à être remboursé aux Membres totalise 16 829 016 \$ en dommages (Jugement Entrepris, paragr. 90 à 97)15

TABLE DES MATIÈRES

ii)

Mémoire de l'intimé

Page

PARTIE IV – LES CONCLUSIONS19

PARTIE V – LES SOURCES20

Attestation des procureurs21

=====

EXPOSÉ DE L'INTIMÉ**PARTIE I – LES FAITS**

1. Sur le fondement du recours collectif, l'INTIMÉ s'en remet aux faits pertinents résumés dans le jugement de première instance.
2. L'INTIMÉ ajoute toutefois que l'APPELANTE reconnaît dans ses propres documents financiers déposés en preuve qu'en moyenne, son préjudice allégué (incluant les commissions) est entièrement compensé à compter du 28^e mois de contrat et son profit anticipé à compter du 20^e mois¹.
3. L'INTIMÉ conteste toutefois que l'APPELANTE puisse avoir droit à son profit anticipé, aux commissions versées et à l'entièreté des subventions sur appareils à titre de préjudice découlant d'une résiliation de contrat.
4. La preuve a également révélé que les appareils subventionnés étaient verrouillés et ne pouvaient être utilisés que sur le réseau de l'APPELANTE même après une résiliation de contrat².

¹ Pièce D-5, Mémoire de l'appelante, ci-après « M.A. », vol. 2, p. 499.

² Témoignage Choi, M.A., vol. 3, p. 602 à 606.

PARTIE II – LES QUESTIONS EN LITIGE SOUMISES PAR L'APPELANTE

- A) 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)?
- B) 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)?
- C) 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)?
- D) 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)?
- E) 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)?

PARTIE III – RÉPONSE À L'ARGUMENTATION DE L'APPELANTE

- A) Le juge d'instance n'a pas 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)**
5. Un jugement sur une requête pour autorisation d'exercer un recours collectif ne revêt pas l'autorité de la chose jugée, sauf sur les questions qui y sont définitivement tranchées³.
 6. Dans son jugement d'autorisation, le juge de première instance a uniquement rappelé un principe général, mais sans rien conclure sur le fond de la cause d'action proposée par le représentant et les membres.
 7. Il est vrai que la seule présence d'une clause de résiliation de contrat ne constituait pas en soi une cause d'action suffisante donnant ouverture à un recours collectif puisqu'il est possible pour le client de renoncer à son droit de résilier son contrat.
 8. Par contre, le juge de première instance n'a jamais conclu que l'INTIMÉ et les membres avaient renoncé de façon claire et non équivoque à leur droit à la résiliation de leur contrat.
 9. Une telle conclusion relevait de toute façon du fond du recours collectif entrepris et d'un jugement rendu après l'administration d'une preuve dans le cadre d'un procès.

³ *Company Canada c. Norbourg Capital inc.*, EYB 2010-171571, par. 69 à 76; *Hotte c. Servier Canada inc.*, REJB 1999-14507, par. 29 à 31; *Belley v. TD Auto Finance Services Inc./Services de financement auto TD inc.*, EYB 2013-224036, par. 35 et 36.

10. C'est d'ailleurs ce que le juge de première instance a mentionné dans le jugement de première instance en réponse à cet argument de chose jugée longuement plaidé par l'APPELANTE.
 11. L'INTIMÉ est en accord avec les motifs du juge de première instance et réitère ses arguments à cet effet.
 12. Le jugement de première instance n'est entaché d'aucune erreur sur cette question.
- B) Le juge d'instance n'a pas 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)**
13. Tout d'abord, les prémisses factuelles à la base du Jugement de première instance sur cette question relèvent strictement du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance⁴.
 14. Même si, pour fins de discussion, l'APPELANTE pouvait avoir 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 a conclu sans équivoque que la clause en litige était abusive et/ou excessive et que les obligations qui en découlent devaient être réduites.
 15. Ce raisonnement logique est au cœur du Jugement de première instance et les moyens d'appel doivent être analysés par le prisme de ce syllogisme.

⁴ *Corporation de développement TR inc. c. Recyclage Arctic Beluga inc.*, 2015 QCCA 1286.

16. Dans la mesure où le juge de première instance conclut à l'abus de l'APPELANTE, les membres du groupe ne peuvent avoir renoncé à un droit par le biais d'une clause abusive.
17. Il serait en effet contraire aux règles contractuelles élémentaires ainsi qu'à l'économie du droit de la consommation qu'une telle renonciation soit fondée sur une clause abusive stipulée par la partie qui en bénéficie.
18. À moins de préciser en quoi le juge de première instance aurait exercé sa discrétion de façon déraisonnable sur cette question bien précise, ce qui est absent de l'argumentation de l'APPELANTE, cette conclusion est incontournable. Il lui fallait montrer du doigt l'erreur manifeste et dominante du juge de première instance, ce qu'elle n'est pas en mesure de faire.
19. Considérant que c'est l'APPELANTE qui invoquait une renonciation à un droit, il lui revenait de prouver qu'elle était claire et non équivoque. Elle ne s'est manifestement pas déchargée de son fardeau à cet égard⁵.
20. 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 l'APPELANTE dans tout le processus entourant la rédaction, l'établissement et l'inclusion de cette clause de résiliation dans les contrats des membres du groupe visés par le Jugement de première instance.
21. Contrairement à ce que prétend l'APPELANTE, ce manque de transparence n'a rien à voir avec la divulgation du montant exact des frais de résiliation de contrat pas

⁵ *M.D.V. Représentations. c. Corporation Xprima.com inc.*, 2012 QCCS 2451, EYB 2012-207356, par. 92 à 96 et 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.

plus qu'au retrait lors de l'audition de la requête pour autorisation d'une question commune proposée, laquelle visait strictement une contravention à l'art. 12 de la *Loi sur la protection du consommateur*. Les paragraphes pertinents du jugement de première instance se lisent d'ailleurs comme suit⁶ :

[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 consommation. Pour les clients PME, il s'agit d'un contrat d'adhésion.

[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.

[...]

[79] Il est révélateur que la rédaction de la clause de résiliation anticipée ait comme prémisse de départ que, si le contrat est annulé « pour quelque raison que ce soit », le client doit payer le montant prescrit. Même s'il ne s'agit pas de la situation envisagée ici, une annulation de service due à a) la mauvaise qualité du service de Rogers, b) des changements aux conditions du contrat ou encore c) un cas de force majeure, aurait pu justifier Rogers à réclamer le paiement des FRA si l'on se fie au texte de la clause.

⁶ Jugement d'autorisation, M.A., vol. 1, p. 96, par. 30 et 31 et jugement de première instance, M.A., vol. 1, p. 38 et 44-45, par. 43 à 45, 79 et 80.

[80] Si, comme le plaide Rogers, l'obligation vise à forcer le client à abandonner son droit à une résiliation anticipée ou de le faire à des conditions différentes de celles énoncées à l'article 2129 C.c.Q., il apparaît nécessaire, dans le cas d'un contrat de consommation ou d'adhésion, de l'informer que c'est bel et bien l'effet de la clause. Le manque de transparence est un élément dont il faut tenir compte dans la détermination de l'existence ou non d'un abus.

(Références omises)

22. Ce devoir de transparence ne vise pas non plus à imposer à l'APPELANTE le devoir de donner un cours de droit à ses clients, mais bien de s'assurer que le contenu de sa clause de résiliation de contrat, incluant ce qui peut être réclamé à titre de frais de résiliation, soit conforme au droit.
23. En d'autres termes, par la dérogation ou la renonciation qu'elle cherchait à imposer à ses clients, l'APPELANTE se trouvait déjà sur le terrain juridique et elle ne pouvait jouer ainsi avec les droits de ses clients sans être complètement transparente.
24. Il est vrai que « *nul n'est censé ignorer la loi* », mais la Cour suprême du Canada rappelle toutefois que ce devoir incombe d'abord et avant tout au commerçant [l'APPELANTE]⁷.
25. La conclusion du juge de première instance pouvait raisonnablement être tirée des faits circonscrits, limités et bien précis qui lui ont été présentés en preuve et son analyse n'est entachée d'aucune erreur.

⁷ *Richard c. Time inc.*, 2012 CSC 8 : « *caveat venditor* ».

C) Le juge d'instance n'a pas 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. Dans un ultime argument, l'APPELANTE prétend que le juge de première instance aurait également dû utiliser l'alinéa 1 de l'art. 2129 C.c.Q. et ainsi ajouter les commissions à titre de « *frais et dépenses actuelles* ».
27. En conviant ainsi la Cour d'appel à cette lecture restrictive de l'art. 2129 al. 1 C.c.Q., l'APPELANTE omet les mots « *en proportion du prix convenu* » précédant « *frais et dépenses actuelles* ».
28. Dans l'hypothèse où l'alinéa 1 devait être appliqué, il faudrait que les commissions et les subventions sur appareils y soient soumises afin qu'il n'y ait pas double emploi avec l'alinéa 3.
29. L'alinéa 3 de l'article 2129 C.c.Q. stipule en effet que les parties peuvent être tenues à tout autre préjudice subi par l'autre, ce qui exclut nécessairement ce qui est prévu à l'alinéa 1 du même article.
30. En suivant la logique complète de l'art. 2129 al. 1 C.c.Q., et non partielle comme tente de le faire l'APPELANTE, le résultat serait nettement plus désavantageux pour elle. À ce sujet, les paragraphes pertinents du jugement de première instance se lisent comme suit⁸ :

[63] M. Brière fait cependant valoir que l'évaluation du préjudice devrait correspondre uniquement à une fraction du rabais consenti. Selon lui, cette fraction devrait être établie en fonction du temps écoulé au contrat au moment où le client y met fin.

⁸ Jugement de première instance, M.A., vol. 1, p. 41-42, par. 63 à 72.

[64] *Dans le cas de M. Brière, si on applique le calcul suggéré en amortissant le préjudice en fonction du temps écoulé, le préjudice de Rogers serait réduit à 36,11 \$ au lieu de 100 \$.*

[65] *L'argument de M. Brière se fonde sur la notion de « proportion du prix convenu » pour les services ou biens, prévue au premier alinéa de l'article 2129 C.c.Q.*

[66] *Cette notion ne peut recevoir application ici puisque l'indemnisation du préjudice se fait en vertu du 3^e alinéa de l'article 2129 C.c.Q., alinéa auquel la notion de proportion ne s'applique pas.*

[67] *Pour appuyer sa position, M. Brière a également référé le Tribunal au Journal des débats de l'Assemblée nationale lors de l'adoption de la loi modifiant la L.P.C. en juin 2010.*

[68] *M. Louis Borgeat, témoin interrogé lors de l'étude du projet de loi, déclarait :*

Il y a bien sûr, un amortissement de prévu sur la valeur du bénéfice économique faisant partie de l'indemnité de résiliation, là, dans le sens qu'il va de soi que, sur un contrat de trois ans, le rabais consenti au départ n'est pas le même après 24, 12 et six mois. Il y a un amortissement qui est considéré, dont bénéficie le consommateur, sur la durée...on le verra, là, potentiellement sur la durée du contrat.

[69] *Ce témoignage n'a pas été entendu devant le Tribunal et n'a donc pas force probante. Que le législateur se soit inspiré d'un possible amortissement du rabais consenti pour établir l'indemnité de résiliation payable par le consommateur ne peut influencer sur l'analyse de la situation ici.*

[70] *Au surplus, la preuve non contredite offerte par Rogers permet de conclure que le rabais n'est pas amorti sur la durée du contrat. Le coût est porté à la dépense comme étant le coût d'acquisition d'un client. Il s'agit bien entendu d'un traitement comptable qui ne porte pas nécessairement à conséquence d'un point de vue juridique, mais M. Brière n'a pas établi que l'amortissement sur l'ensemble du contrat devait être privilégié.*

[71] Pour le Tribunal, le rabais est consenti en contrepartie d'un terme prévu au contrat. Il apparaît juste que le consommateur ou adhérent puisse remettre le rabais ou le bénéfice reçu, peu importe le moment où la résiliation intervient, s'il souhaite mettre fin à l'abonnement par anticipation.

[72] L'objet de l'indemnité de FRA étant d'éteindre l'obligation principale, cette indemnité doit correspondre au préjudice de Rogers. Elle est donc constituée du rabais entier consenti au client, et ce, peu importe le moment où l'on se situe dans l'exécution de l'obligation principale.

(Références omises)

31. Selon l'INTIMÉ, le montant des subventions sur appareils et des commissions devrait être réduit en fonction de la proportion entre le nombre moyen de mois restants et le nombre moyen de mois pour les contrats à durée déterminée (ces 2 données sont en preuve), ce qui serait une forme d'amortissement de l'« investissement » de départ.
32. De plus, la fin du premier alinéa de l'article 2129 C.c.Q. fait référence à la valeur des biens fournis (appareils) lorsqu'ils peuvent être utilisés, alors que la preuve a révélé que les appareils étaient verrouillés et qu'ils ne pouvaient être utilisés que sur le réseau de l'APPELANTE⁹.
33. Les subventions sur appareils pourraient donc très bien se voir octroyer une valeur de 0 \$ par l'application de la dernière section de cet alinéa.
34. En tenant compte de cet argument additionnel, la clause de résiliation de contrat de l'APPELANTE est d'autant plus abusive.
35. Tel que le juge de première instance l'expose, l'INTIMÉ a plaidé en première instance que le calcul des dommages devait être effectué en fonction d'une

⁹ Témoignage Choi, M.A., vol. 3, par. 602 à 606.

proportion ou d'un amortissement. L'INTIME a également plaidé que le verrouillage des appareils devait être considéré au niveau de la détermination du préjudice que l'APPELANTE pouvait justifier.

36. L'INTIMÉ maintient sa position à ce sujet et souligne que l'APPELANTE aurait dû être condamnée à un montant plus élevé ainsi qu'à des dommages punitifs si le juge de première instance avait complété son analyse sur l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*.
37. Par contre, plutôt que de formuler un appel incident, l'INTIMÉ oppose ces arguments à l'encontre de la prétention de l'APPELANTE selon laquelle la détermination de son préjudice réel par le juge de première instance est en l'espèce déraisonnable.
38. L'APPELANTE se limite d'ailleurs 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.
39. Le juge de première instance a clairement motivé l'exclusion de ces composantes dans l'établissement du préjudice réellement subi par l'APPELANTE. Les paragraphes pertinents du jugement de première instance se lisent d'ailleurs comme suit ¹⁰ :

[55] Il a déjà été établi plus haut que l'existence d'une indemnité de résiliation ne fait pas présumer de la renonciation à un droit. La preuve n'a pas démontré de renonciation au droit à la résiliation anticipée ni au respect de l'article 2129 C.c.Q. pour le calcul du préjudice. En conséquence, il faut examiner si les FRA correspondent au préjudice subi par Rogers.

[...]

¹⁰ Jugement de première instance, M.A., vol. 1, p. 40-41, par. 55 et 57 à 60.

[57] Lors de l'application de l'article 2129 C.c.Q., il est de jurisprudence constante que le préjudice n'inclut pas le gain dont le fournisseur est privé ou son profit futur.

[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.

[59] Dans notre affaire, il en est de même.

[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.

(Références omises)

40. Encore une fois, l'APPELANTE ne montre pas du doigt l'erreur fondamentale et dominante dans le raisonnement du juge de première instance sur la question du préjudice réellement subi découlant des résiliations de contrat des membres¹¹.

D) Le juge d'instance n'a pas 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)

41. Le juge de première instance a procédé à une analyse minutieuse des faits donnant ouverture à l'application de l'article 1437 C.c.Q.

42. Le juge de première instance résume ainsi son raisonnement au paragraphe 86 de son jugement :

¹¹ Vidéotron, s.e.n.c. c. Bell ExpressVu, l.p., 2015 QCCA 422, par. 51 à 54, 84, 87 à 90 et 97.

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.

43. L'APPELANTE 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 abusive¹². Voici ce que le juge conclut à ce sujet :

[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.

44. Lorsqu'il est question de déterminer le caractère abusif d'une clause contractuelle, les motifs d'intervention de la Cour d'appel sont d'autant plus restreints en raison du large pouvoir discrétionnaire et d'appréciation de la preuve conféré à un tribunal de première instance¹³.
45. Le juge de première instance a clairement exposé les faits sur la base desquels il a conclu que la clause de résiliation de contrat était abusive.

¹² Jugement de première instance, M.A., vol. 1, p. 37, par. 35.

¹³ *Telus Mobilité c. Comtois*, 2012 QCCA 170, par. 35 à 38; *Cloutier c. Familiprix inc.*, EYB 2014-243638, par. 16.

46. 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 C.c.Q. (profits et commissions) et le montant des frais de résiliation sont tous des facteurs qui ont été analysés par le juge de première instance. Les paragraphes pertinents du jugement de première instance se lisent comme suit ¹⁴ :

[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.

a) Le bénéfice

[82] M. Brière a payé l'appareil 200 \$ en contrepartie d'un contrat avec abonnement de 36 mois. Sans abonnement, il aurait payé 300 \$. Rogers elle-même calcule le coût d'acquisition du client sur la foi de son propre coût d'acquisition de l'appareil et non selon le prix de détail annoncé.

[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?

b) Le préjudice

[85] Tel que discuté plus haut, c'est le fait d'avoir accordé un rabais sur l'appareil de M. Brière qui constitue le préjudice de Rogers puisque, si M. Brière avait opté pour l'un ou l'autre des deux autres types de contrat, prépayé ou sans abonnement, Rogers n'aurait jamais obtenu l'engagement de M. Brière pendant 36 mois, mais aurait perçu 100 \$ de plus à l'achat de l'appareil.

c) Le caractère excessif

[86] En cherchant à se garantir une source de revenus, sans même tenir compte de la contrepartie offerte, Rogers oublie

¹⁴ Jugement de première instance, M.A., vol. 1, p. 45, par. 81 à 88.

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.

[87] Rogers profite du fait que les consommateurs ou adhérents sont réceptifs à tout ce qui coûte moins cher au départ, pour imposer des FRA sans commune mesure avec la contrepartie fournie par Rogers.

[88] Pour le Tribunal, les FRA sont excessifs et abusifs dans la mesure où ils excèdent le préjudice de Rogers.

47. Bien que le constat d'abus du juge de première instance soit l'objet de l'un de ses moyens d'appel, l'APPELANTE ne pointe pas l'erreur factuelle manifeste et dominante susceptible de donner ouverture à la révision du Jugement de première instance.
48. La conclusion du juge de première instance sur cette question n'est entachée d'aucune erreur révisable.
- E) Le juge d'instance n'a pas erré en statuant que le montant à être remboursé aux Membres totalise 16 829 016 \$ en dommages (Jugement Entrepris, paragr. 90 à 97)**
49. Après avoir conclu que la clause était abusive, deux avenues s'offraient au juge de première instance : l'annulation et la restitution intégrale des frais perçus ou la réduction des frais perçus.
50. L'art. 1437 C.c.Q. donne ouverture à l'une ou l'autre de ces options et le juge de première instance ne pouvait donc commettre une erreur en choisissant une sanction à l'intérieur des paramètres applicables.

51. Or, c'est précisément ce que le juge de première instance a fait en établissant les montants moyens auxquels l'APPELANTE pouvait avoir droit à titre de frais de résiliation de contrat et en réduisant d'autant les obligations des membres du groupe.
52. Cette solution adoptée par le juge de première instance était la moins contraignante et la moins onéreuse des deux pour l'APPELANTE.
53. La restitution des montants excédentaires perçus par l'APPELANTE s'imposait donc et le juge de première instance avait toute la latitude pour établir la méthode de calcul et déterminer les sommes à restituer.
54. À l'étape de la détermination des dommages, soit après avoir conclu que la clause était abusive, le juge de première instance aurait pu simplement arbitrer le montant des dommages sans que l'APPELANTE puisse lui opposer quelque grief que ce soit.
55. Il a plutôt appliqué un raisonnement logique fondé sur l'art. 2129 C.c.Q. et il a effectué un calcul sur la base des chiffres fournis par l'APPELANTE. Les paragraphes pertinents du jugement de première instance se lisent comme suit¹⁵ :

[66] Cette notion ne peut recevoir application ici puisque l'indemnisation du préjudice se fait en vertu du 3^e alinéa de l'article 2129 C.c.Q., alinéa auquel la notion de proportion ne s'applique pas.

[...]

[89] Le Tribunal estime qu'il n'est pas utile ici d'utiliser l'article 8 L.P.C., l'article 1437 C.c.Q. étant suffisant en soi. En tout état de cause, la détermination du montant à rembourser se fera,

¹⁵ Jugement de première instance, M.A., vol. 1, p. 42, par. 66, p. 46-47, par. 89, 91, 92 et 95.

comme nous le verrons ci-après, sur la base de l'article 2129 C.c.Q.

[...]

[91] Rogers devra donc remettre les FRA perçus qui excèdent le rabais moyen consenti à chaque catégorie de membres suivant le type de forfait dont ils bénéficiaient.

[92] L'obligation des membres est réductible parce qu'excessive. Le Tribunal choisit d'indemniser les membres du groupe en tenant compte que les FRA auraient dû respecter les termes de l'article 2129 C.c.Q.

[...]

[95] Les indemnités à payer pour chacune de ces sous-catégories s'établissent comme suit :

Sous-catégorie	FRA¹⁶	Rabais¹⁷	Différence	Indemnité
Consommateurs forfait voix	177,14 \$	(81,35 \$)	95,79 \$	95,79 \$
Consommateurs forfait transmission de données	97,34 \$	(118,48 \$) ¹⁸	(21,14 \$)	Aucune
PME forfait voix	384,16 \$	(97,07 \$)	287,09 \$	287,09 \$
PME forfait transmission de données	124,28 \$	(86,80 \$)	37,48 \$	37,48 \$

¹⁶ Pièce D-7, M.A., vol. 2, p. 512, référence provenant du jugement de première instance.

¹⁷ Pièce D-8, M.A., vol. 2, p. 513-514, référence provenant du jugement de première instance.

¹⁸ Tiré de la portion "data" de Consumer Voice & Data, Pièce D-8, M.A., vol. 2, p. 513-514, référence provenant du jugement de première instance.

56. Le juge de première instance s'est donc acquitté du rôle qui lui a été conféré en pareilles circonstances et il a exercé ses pouvoirs à l'intérieur des balises établies par la loi et la jurisprudence¹⁹.
57. L'APPELANTE veut en fait inviter la Cour d'appel 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 pourtant fondé sur les chiffres et données financières de l'APPELANTE.
58. En effet, que la condamnation ait été de 16,8 M\$ pour l'ensemble des membres ou de 100 \$ pour M. Brière, la question demeure la même : *Est-ce que le juge de première instance a exercé sa discrétion de façon manifestement déraisonnable?*
59. En regard des motifs du Jugement de première instance, du large pouvoir discrétionnaire du juge de première instance sur la question centrale du litige et du défaut par l'APPELANTE de pointer une erreur manifeste et dominante sur le réel enjeu, l'appel doit être rejeté.
60. L'appel de l'APPELANTE est mal fondé en fait et droit.

¹⁹ *Cinar Corp. v. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, p. 1174 à 1176 et par. 74, 78 et 80 et *Vidéotron, s.e.n.c. c. Bell ExpressVu, l.p.*, 2015 QCCA 422, par. 51 à 54, 84, 87 à 90 et 97.

PARTIE IV – LES CONCLUSIONS**POUR CES MOTIFS, L'INTIMÉ DEMANDE À LA COUR D'APPEL DE :****REJETER** l'appel de l'APPELANTE;**AVEC DÉPENS** tant en première instance qu'en appel.

Québec, le 13 octobre 2015

**BGA-LAW avocats S.E.N.C.R.L.
(M^e David Bourgoïn)
(M^e Benoît Gamache)
Procureurs de l'intimé**

PARTIE V – LES SOURCES

Jurisprudence

Paragraphe(s)

<i>Company Canada c. Norbourg Capital inc.</i> , EYB 2010-171571 5
<i>Hotte c. Servier Canada inc.</i> , REJB 1999-14507 5
<i>Belley v. TD Auto Finance Services Inc./Services de financement auto TD inc.</i> , EYB 2013-224036 5
<i>Corporation de développement TR inc. c. Recyclage Arctic Beluga inc.</i> , 2015 QCCA 1286 13
<i>M.D.V. Représentations c. Corporation Xprima.com inc.</i> 2012 QCCS 2451, EYB 2012-207356 19
<i>Richard c. Time inc.</i> , 2012 CSC 8 24
<i>Vidéotron, s.e.n.c. c. Bell ExpressVu, l.p.</i> , 2015 QCCA 422 40,56
<i>Telus Mobilité c. Comtois</i> , 2012 QCCA 170 44
<i>Cloutier c. Familiprix inc.</i> , EYB 2014-243638 44
<i>Cinar Corp. v. Robinson</i> , [2013] 3 R.C.S. 1168 56

Doctrine

Vincent KARIM, <i>Contrats d'entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers : construction et rénovation), contrat de prestation de services et l'hypothèque légale</i> , 2 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 19
---	----------
