

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093
(500-06-000197-034)

DATE : 2 août 2012

**CORAM : LES HONORABLES ANDRÉ FORGET, J.C.A.
PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.
MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.**

Dossier n° : 500-09-019849-090

BANQUE DE MONTRÉAL
APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE
et
BERNARD LAPARÉ
INTIMÉS - Demandeurs

et

**BANQUE AMEX DU CANADA, BANQUE ROYALE DU CANADA, LA BANQUE
TORONTO-DOMINION, BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE,
BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, BANQUE NATIONALE DU CANADA, BANQUE
LAURENTIENNE DU CANADA, CITIBANQUE CANADA**
MISES EN CAUSE - Défenderesses

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
INTERVENANT

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**
MIS EN CAUSE - Intervenants

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 2

Dossier n° : 500-09-019850-098

CITIBANQUE CANADA

APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE

et

BERNARD LAPARÉ

INTIMÉS - Demandeurs

et

**BANQUE DE MONTRÉAL, LA BANQUE TORONTO-DOMINION, BANQUE
CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE, BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE,
BANQUE NATIONALE DU CANADA, BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA,
BANQUE ROYALE DU CANADA, BANQUE AMEX DU CANADA**

MISES EN CAUSE - Défenderesses

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

INTERVENANT

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

MIS EN CAUSE - Intervenants

Dossier n° : 500-09-019851-096

LA BANQUE TORONTO-DOMINION

APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE

et

BERNARD LAPARÉ

INTIMÉS - Demandeurs

et

**BANQUE DE MONTRÉAL, BANQUE ROYALE DU CANADA, BANQUE NATIONALE
DU CANADA, BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, BANQUE CANADIENNE
IMPÉRIALE DE COMMERCE, BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA, BANQUE
AMEX DU CANADA, CITIBANQUE CANADA**

MISES EN CAUSE - Défenderesses

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 3

et
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
INTERVENANT

et
**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**
MIS EN CAUSE - Intervenants

Dossier n° : 500-09-019852-094

BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE
APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE
et
BERNARD LAPARÉ
INTIMÉS - Demandeurs

et
**BANQUE DE MONTRÉAL, BANQUE ROYALE DU CANADA, LA BANQUE
TORONTO-DOMINION, BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, BANQUE NATIONALE
DU CANADA, BANQUE AMEX DU CANADA, CITIBANQUE CANADA, BANQUE
LAURENTIENNE DU CANADA**
MISES EN CAUSE - Défenderesses

et
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
INTERVENANT

et
**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**
MIS EN CAUSE - Intervenants

Dossier n° : 500-09-019853-092

BANQUE AMEX DU CANADA
APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 4

et

BERNARD LAPARÉ

INTIMÉS - Demandeurs

et

**BANQUE DE MONTRÉAL, BANQUE ROYALE DU CANADA, LA BANQUE
TORONTO-DOMINION, BANQUE NATIONALE DU CANADA, BANQUE DE
NOUVELLE-ÉCOSSE, BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE,
BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA, CITIBANQUE CANADA**

MISES EN CAUSE - Défenderesses

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

INTERVENANT

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

MIS EN CAUSE – Intervenants

Dossier n° : 500-09-019854-090

BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA

APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE

et

BERNARD LAPARÉ

INTIMÉS - Demandeurs

et

**BANQUE DE MONTRÉAL, BANQUE ROYALE DU CANADA, LA BANQUE
TORONTO-DOMINION, BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE,
BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, BANQUE NATIONALE DU CANADA, BANQUE
AMEX DU CANADA, CITIBANQUE CANADA**

MISES EN CAUSE - Défenderesses

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

INTERVENANT

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

MIS EN CAUSE – Intervenants

Dossier n° : 500-09-019855-097

BANQUE NATIONALE DU CANADA
APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE

et

BERNARD LAPARÉ

INTIMÉS - Demandeurs

et

**BANQUE DE MONTRÉAL, BANQUE ROYALE DU CANADA, LA BANQUE
TORONTO-DOMINION, BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE,
BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE, BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA,
BANQUE AMEX DU CANADA, CITIBANQUE CANADA**

MISES EN CAUSE - Défenderesses

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

INTERVENANT

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

MIS EN CAUSE – Intervenants

Dossier n° : 500-09-019856-095

BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE
APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE

et

BERNARD LAPARÉ

INTIMÉS - Demandeurs

et

**BANQUE DE MONTRÉAL, BANQUE ROYALE DU CANADA, LA BANQUE
TORONTO-DOMINION, BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE,**

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 6

**BANQUE NATIONALE DU CANADA, BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA,
BANQUE AMEX DU CANADA, CITIBANQUE CANADA**

MISES EN CAUSE - Défenderesses

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

INTERVENANT

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

MIS EN CAUSE – Intervenants

Dossier n° : 500-09-019857-093

BANQUE ROYALE DU CANADA

APPELANTE - Défenderesse

c.

RÉAL MARCOTTE

et

BERNARD LAPARÉ

INTIMÉS - Demandeurs

et

**BANQUE DE MONTRÉAL, LA BANQUE TORONTO-DOMINION, BANQUE
CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE, BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE,
BANQUE NATIONALE DU CANADA, BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA,
BANQUE AMEX DU CANADA, CITIBANQUE CANADA**

MISES EN CAUSE - Défenderesses

et

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

INTERVENANT

et

**LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC et LE PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA
PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

MIS EN CAUSE – Intervenants

ARRÊT

[1] Les appelantes se pourvoient contre un jugement rendu le 11 juin 2009 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Clément Gascon), qui accueille le recours collectif intenté contre elles au motif qu'elles ont enfreint la *Loi sur la protection du consommateur* en matière de frais de crédit, lorsqu'elles ont facturé certains montants à leurs clients qui ont effectué des paiements en devises étrangères.

[2] Pour les motifs du juge Dalphond, auxquels souscrivent les juges Forget et Bich, la Cour :

Dans le dossier 500-09-019852-094 (Banque Canadienne Impériale de Commerce) :

[3] **ACCUEILLE** l'appel avec dépens contre les intimés;

[4] **INFIRME** les parties du jugement de la Cour supérieure concernant la Banque Canadienne Impériale de Commerce et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé, **REJETTE** le recours collectif à son égard, avec dépens.

Dans le dossier 500-09-019854-090 (Banque Laurentienne du Canada) :

[5] **ACCUEILLE** l'appel avec dépens contre les intimés;

[6] **INFIRME** les parties du jugement de la Cour supérieure concernant la Banque Laurentienne du Canada et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé, **REJETTE** le recours collectif à son égard, avec dépens.

Dans le dossier 500-019856-095 (Banque de Nouvelle-Écosse) :

[7] **ACCUEILLE** l'appel avec dépens contre les intimés;

[8] **INFIRME** les parties du jugement de la Cour supérieure concernant la Banque de Nouvelle-Écosse et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé, **REJETTE** le recours collectif à son égard, avec dépens.

Dans le dossier 500-09-019857-093 (Banque Royale du Canada) :

[9] **ACCUEILLE** l'appel avec dépens contre les intimés;

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 8

[10] **INFIRME** les parties du jugement de la Cour supérieure concernant la Banque Royale du Canada et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé, **REJETTE** le recours collectif à son égard, avec dépens.

Dans le dossier 500-09-019853-092 (Banque Amex du Canada) :

[11] **ACCUEILLE** l'appel, sans frais vu les circonstances;

[12] **INFIRME** les parties du jugement de la Cour supérieure concernant la Banque Amex du Canada, et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé, **REJETTE** le recours collectif à son égard, sans frais vu les circonstances.

Dans le dossier 500-09-019849-090 (Banque de Montréal) :

[13] **ACCUEILLE** l'appel, sans frais vu les circonstances;

[14] **INFIRME** les parties du dispositif du jugement de la Cour supérieure condamnant la Banque de Montréal à payer des dommages punitifs et **RÉDUIT** la condamnation à titre de recouvrement collectif à 6 109 298 \$, les autres parties du dispositif du jugement la concernant demeurant inchangées.

Dans le dossier 500-09-019855-097 (Banque Nationale du Canada) :

[15] **ACCUEILLE** l'appel, sans frais vu les circonstances;

[16] **INFIRME** les parties du dispositif du jugement de la Cour supérieure condamnant la Banque nationale du Canada à payer des dommages punitifs et **RÉDUIT** la condamnation à titre de recouvrement collectif à 6 363 496,41 \$, les autres parties du dispositif du jugement la concernant demeurant inchangées.

Dans le dossier 500-09-019850-098 (Citibanque du Canada) :

[17] **ACCUEILLE** l'appel, sans frais vu les circonstances;

[18] **INFIRME** les parties du dispositif du jugement de la Cour supérieure condamnant Citibanque du Canada à payer des dommages punitifs et **RÉDUIT** la

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 9

condamnation à titre de recouvrement collectif à 383 132 \$, les autres parties du dispositif du jugement la concernant demeurant inchangées;

Dans le dossier 500-09-019851-096 (La Banque Toronto-Dominion) :

[19] **ACCUEILLE** l'appel, sans frais, à la seule fin de réduire la période de recouvrement et de dommages punitifs du 17 avril 2000 au 31 août 2001, les autres parties du dispositif du jugement la concernant demeurant inchangées.

ANDRÉ FORGET, J.C.A.

PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.

MARIE-FRANCE BICH, J.C.A.

Me Mahmud Jamal
Me Éric Préfontaine
Me Alexandre Fallon
Osler, Hoskin & Harcourt
Et

Me Stephen W. Hamilton
Me Julie Girard
Stikeman, Elliott
Et

Me Sylvain Deslauriers
Me Alberto Martinez
Deslauriers & Cie, Avocats s.a.

Pour Banque de Montréal, Citibanque du Canada, Banque Toronto-Dominion, Banque Canadienne Impériale de Commerce, Banque Amex du Canada, Banque Laurentienne, Banque Nationale du Canada, Banque de Nouvelle-Écosse et Banque Royale du Canada

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 10

Me Bruce W. Johnston
Me Philippe H. Trudel
Trudel & Johnston
Et
Me André Lespérance, avocat conseil
Lauzon Bélanger, Lespérance inc.
Pour les intimés Réal Marcotte et Bernard Laparé

Me Marc Migneault
Allard, Renaud et associés
Pour le mis en cause (le président de l'Office de la protection du consommateur)

Me Jean-François Jobin
Me Francis Demers
Me Samuel Chayer
Bernard Roy (Justice-Québec)
Pour le mis en cause (Le Procureur général du Québec)

Me Michel Miller
Me Jean-Robert Noiseux
Joyal Leblanc
Pour l'intervenant

Date d'audience : 12 au 15 septembre 2011

MOTIFS DU JUGE DALPHOND

[20] Ces motifs traitent de neuf pourvois distincts découlant d'un même jugement accueillant un recours collectif contre les neuf banques appelantes. Ce jugement tranche des questions similaires, voire identiques, relatives à la perception de frais lors de l'utilisation d'une carte de crédit pour effectuer des paiements en monnaies étrangères (frais de conversion).

LE CONTEXTE

[21] Tout détenteur d'une carte Visa, MasterCard ou Amex qui l'utilise pour faire des paiements en devises autres qu'en dollars canadiens, que ce soit, par exemple, à l'occasion d'un voyage à l'étranger ou d'un achat effectué par Internet d'un fournisseur hors Canada, voit porter à son compte des frais de conversion établis selon un pourcentage fixe du montant converti (entre 1,5 % et 2,5 % à l'époque du recours).

[22] Le relevé mensuel acheminé au détenteur de la carte fait état du montant payé en devises étrangères et du montant porté à son dédit en dollars canadiens. Le taux de conversion correspond au taux de change interbancaire au jour où le paiement est porté au compte du détenteur de la carte, taux ordinairement non disponible aux consommateurs, majoré de frais de conversion.

[23] Réal Marcotte détient une carte Visa émise par la Banque de Montréal (BMO). En avril 2003, il dépose une première requête en autorisation d'exercer un recours collectif contre les neuf banques appelantes et la Fédération des caisses Desjardins du Québec (Desjardins). Bien qu'il ne conteste ni l'utilité de l'option de paiement en devises étrangères, ni la nécessité de convertir ensuite le montant payé en devises canadiennes, puisque le crédit accordé en relation avec sa carte est en dollars canadiens, ni même le caractère raisonnable des taux de conversion utilisés, M. Marcotte prétend que toutes les institutions émettrices ont néanmoins enfreint la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1 (*LPC*) en omettant de traiter les frais de conversion comme des *frais de crédit* au sens de cette loi. Selon lui, les frais de conversion devaient être inclus dans le *taux de crédit*¹ indiqué sur les relevés, calculé selon la méthode prescrite par la *LPC*, et ils ne pouvaient être exigés des clients qui acquittaient le solde de leur compte dans le délai de grâce applicable. Il reproche aussi

¹ Les expressions définies à la *LPC* ou dans la réglementation fédérale sont en italique.

à cinq des banques d'avoir, à certaines périodes, carrément omis de dévoiler l'existence de ces frais de conversion, ce qui constituerait une autre violation de la *LPC*.

[24] Peu après, les banques, institutions qui relèvent de la compétence fédérale, annoncent leur intention de soulever l'inapplicabilité constitutionnelle de la *LPC* à leur endroit. M. Marcotte rétorque par une seconde requête en autorisation d'exercer un recours collectif, dirigée cette fois contre Desjardins uniquement, et par un désistement dans le présent dossier à l'égard de cette institution financière qui relève de la compétence provinciale.

[25] Le recours collectif contre Desjardins est autorisé le 5 juillet 2004. Après la mise en état du dossier, l'action est portée au rôle de juin 2006 pour une durée de 12 jours. Malheureusement, le recours contre les banques ne progresse pas au même rythme. D'abord, les banques autres que la BMO mettent en doute la capacité de M. Marcotte de les poursuivre et demandent une suspension jusqu'à l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367, 2005 QCCA 437, rendu le 29 avril 2005. Puis, en mai 2006, devant l'imminence de l'audition au fond du dossier Desjardins et craignant qu'il en résulte un dangereux précédent, elles demandent que les deux recours collectifs soient entendus par un même juge et concurremment². Afin de faciliter cet arrimage au dossier Desjardins dont le procès est remis, les banques ne contestent plus la requête en autorisation, qui est accueillie en mai 2006 (*Marcotte c. Banque de Montréal*, J.E. 2006-1253, 2006 QCCS 2963). Les banques précisent alors qu'elles ne renoncent pas pour autant à plaider ultérieurement l'absence d'intérêt du représentant. Il importe de souligner que le jugement d'autorisation fait débiter la période de remboursement des frais au 17 avril 2000 (un jugement de mars 2008 précise que cette période se termine le 31 décembre 2007).

[26] Le 18 octobre 2006, la Cour rend l'arrêt *Bouchard c. Agropur Coopérative*, [2006] R.J.Q. 2349, 2006 QCCA 1342. Forte de celui-ci, la Banque Amex du Canada (Amex) signifie une requête en irrecevabilité du recours de M. Marcotte à son égard. En réponse, les avocats de M. Marcotte obtiennent la permission d'amender la requête introductive d'instance afin d'ajouter Bernard Laparé, détenteur d'une carte American Express, à titre de coreprésentant et codemandeur. La requête d'Amex est rejetée (*Marcotte c. Banque de Montréal*, [2007] R.J.Q. 158, 2006 QCCS 5497). Les sept autres banques ne présenteront ensuite aucune requête similaire à celle d'Amex, choisissant plutôt d'alléguer dans leur défense respective l'absence d'intérêt juridique des représentants à leur endroit.

[27] Le 23 novembre 2007, à la suite d'une requête pour directives de gestion présentée par Desjardins, le juge Gascon décrète l'audition concurrente des deux actions collectives. Celle-ci, d'une durée totale de 34 jours, aura lieu en septembre,

² L'art. 1051 *C.p.c.* exclut la réunion de recours collectifs.

octobre et novembre 2008. Elle donnera lieu à deux jugements fort élaborés rendus le 11 juin 2009, l'un de 200 pages (*Marcotte c. Banque de Montréal*, J.E. 2009-1225, 2009 QCCS 2764) et l'autre de 126 pages (*Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2009 QCCS 2743).

[28] Le même jour, un troisième jugement, comportant 72 pages, statue sur un recours collectif intenté par Sylvan Adams contre Amex à la suite d'un procès tenu en décembre 2008 devant le même juge (*Adams c. Amex Bank of Canada*, [2009] R.J.Q. 1746, 2009 QCCS 2695).

LE JUGEMENT ATTAQUÉ

[29] Le juge traite d'abord de la question de la recevabilité du recours contre les banques autres que la BMO et Amex. Il qualifie la situation de « déplorable ». Pourquoi Marcotte et Laparé n'ont-ils pas amendé leurs procédures afin d'inclure des représentants ayant un lien contractuel avec les sept autres banques concernées? Pourquoi ces banques ont-elles repoussé ce débat au moment ultime, après plus de 30 jours d'audition? Il ajoute qu'aucune des parties n'a fourni une justification convaincante, alors qu'une collaboration minimale aurait permis résoudre le problème aisément.

[30] Ces commentaires faits, le juge s'attaque au moyen d'irrecevabilité qu'il rejette pour plusieurs motifs. Premièrement, il souligne que, contrairement à l'arrêt *Agropur*, rendu au stade de l'autorisation, l'absence d'intérêt est soulevée après le jugement d'autorisation, lequel a produit des effets. Ainsi, il y a eu interruption de prescription pour tous les membres du groupe (art. 2897 C.c.Q.) et les représentants ont mis le dossier en état. Pour lui, une fois le recours collectif autorisé, il ne se conçoit plus dans la seule perspective du représentant et l'argument d'absence d'intérêt doit s'analyser dans sa dimension collective. Deuxièmement, le juge estime que l'essence du litige consiste en l'interprétation de certaines dispositions de la *LPC* à la lumière d'une situation de fait commune à toutes les banques, situation qui permet au représentant d'assigner non seulement la banque avec laquelle il fait affaire, mais aussi toutes celles qui sont dans la même situation, tel que décidé par la Cour dans l'arrêt unanime *Regroupement des CHSLD Christ-Roi (Centre hospitalier, soins longue durée) c. Comité provincial des malades*, [2007] R.J.Q. 1753, 2007 QCCA 1068, qui rejette le même argument, plaidé dans le même contexte³. Troisièmement, exiger des recours collectifs distincts contre chacune des banques irait à l'encontre des objectifs visés par ce type de recours et entraînerait un gaspillage troublant des ressources judiciaires. Finalement, le juge note que les banques autres que la BMO et Amex n'identifient

³ Le juge s'appuie aussi sur un jugement refusant une permission d'appeler dans *Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, J.E. 2007-1049, 2007 QCCA 694.

aucun préjudice du fait que les représentants soient MM. Marcotte et Laparé, plutôt qu'un de leurs clients.

[31] Sur le fond, le juge énonce d'abord que cette loi s'applique aux banques, rejetant l'argument d'exclusivité fédérale. Puis, il retient la thèse des intimés selon laquelle les frais de conversion constituent des *frais de crédit* au sens de la *LPC*, qu'ils doivent être inclus dans le calcul du *taux de crédit* et qu'ils ne peuvent être exigés des détenteurs acquittant leur solde mensuel dans le délai de grâce. De plus, il conclut que la BMO, Citibanque, la Banque Toronto-Dominion (TD), Amex et la Banque Nationale du Canada (BNC) ont non seulement calculé ces frais de conversion d'une manière non conforme à la *LPC*, mais qu'elles en ont en outre, pendant un certain temps, caché l'existence, ce qui constitue une violation de l'art. 12 *LPC*.

[32] Poursuivant son analyse de la *LPC*, il opine que les sanctions appropriées ne peuvent être que celles prévues à l'art. 272, soit un remboursement des frais de conversion. Lorsqu'il estime qu'une preuve adéquate avait été présentée, le juge ordonne un recouvrement collectif du montant total des frais de conversion facturés par chacune des banques pendant la période pertinente. Dans le cas contraire, il ordonne que l'indemnisation des membres du sous-groupe fasse l'objet de réclamations individuelles. Les personnes ayant droit à de tels remboursements sont généralement décrites comme membres du premier sous-groupe, sauf lorsque des recouvrements collectif et individuel s'appliquent à une même banque, donnant lieu à deux sous-groupes pour le remboursement des frais de conversion.

[33] Il accorde aussi des dommages punitifs de 25 \$ par membre, à être recouverts individuellement, à l'encontre des cinq banques qui ont omis de déclarer que des frais de conversion étaient facturés. Les personnes ayant droit à de tels dommages sont décrites ci-après comme membres du deuxième sous-groupe ou du troisième sous-groupe lorsque des recouvrements collectif et individuel s'appliquent à une même banque.

[34] Les différentes condamnations prononcées se résument ainsi :

Banque de Montréal (BMO) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement collectif, les frais de conversion facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007, pour un total de 27 086 737 \$;

Deuxième sous-groupe : 25 \$ en dommages punitifs à chaque membre qui démontrera s'être vu facturer des frais de conversion entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} septembre 2002;

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 5

Citibanque Canada (Citibanque) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement collectif, les frais facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007, pour un total de 5 103 227 \$;

Deuxième sous-groupe : 25 \$ en dommages punitifs à chaque membre qui démontrera s'être vu facturer des frais de conversion entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} avril 2001;

Banque Toronto-Dominion (TD) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement individuel, les frais de conversions facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007;

Deuxième sous-groupe : 25 \$ en dommages punitifs à chaque membre qui démontrera s'être vu facturer des frais de conversion entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} septembre 2001;

Banque canadienne impériale de commerce (CIBC) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement collectif, les frais facturés entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 décembre 2007, pour un total de 38 349 506 \$;

Deuxième sous-groupe : par voie de recouvrement individuel, les frais facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2004;

Banque Amex du Canada (Amex) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement collectif, les frais facturés entre le 1^{er} janvier 2003 et le 31 décembre 2007, pour un total de 8 075 300 \$;

Deuxième sous-groupe : par voie de recouvrement individuel, les frais facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2002;

Troisième sous-groupe : 25 \$ en dommages punitifs par membre qui démontrera s'être vu facturer des frais de conversion entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} février 2003;

Banque Laurentienne du Canada (BLC) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement collectif, les frais facturés entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 décembre 2007, pour un total de 3 038 853 \$;

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 6

Deuxième sous-groupe : par voie de recouvrement individuel, les frais facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2003;

Banque Nationale du Canada (BNC) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement collectif, les frais facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007, pour un total de 33 764 531 \$;

Deuxième sous-groupe : 25 \$ en dommages punitifs par membre qui démontrera s'être vu facturer des frais de conversion entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} janvier 2003;

Banque de Nouvelle-Écosse (Scotia) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement collectif, les frais facturés entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 décembre 2007, pour un total de 4 055 630 \$;

Deuxième sous-groupe : par voie de recouvrement individuel, les frais facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2003;

Banque Royale du Canada (BRC) :

Premier sous-groupe : par voie de recouvrement collectif, les frais facturés entre le 1^{er} novembre 2003 et le 31 décembre 2007, pour un total de 36 261 380 \$;

Deuxième sous-groupe : par voie de recouvrement individuel, les frais facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2003.

LES MOYENS D'APPEL

[35] On peut regrouper en quatre catégories les moyens des appelantes.

[36] La première tient du droit processuel. Un recours collectif ne peut être autorisé et continué qu'à l'égard d'une banque avec laquelle le représentant est en relation contractuelle. Puisque M. Marcotte détenait une carte émise par la BMO et M. Laparé par Amex, seules ces deux banques pouvaient être légalement poursuivies et, par voie de conséquence, le jugement attaqué est nul pour défaut d'intérêt juridique à l'égard des sept autres banques. De plus, le juge aurait erré dans la description des groupes et en ordonnant des recouvrements collectifs au lieu de recouvrements strictement individuels.

[37] La deuxième, à deux branches, est d'ordre constitutionnel. D'abord, les banques soutiennent que leurs activités en matière de cartes de crédit relèvent de la compétence exclusive du Parlement. Ensuite, si la province peut aussi légiférer, il demeure qu'elles font l'objet d'une réglementation fédérale complète et incompatible avec l'application en sus de la *LPC*, qui est alors inopérante à leur égard.

[38] La troisième catégorie de moyens, subsidiaire à la deuxième, est relative à l'interprétation de la *LPC*. Selon les appelantes, le juge de première instance a eu tort de conclure que les frais de conversion constituaient des *frais de crédit* au sens des art. 68 et suivants *LPC*. Par ailleurs, s'il s'agit de *frais de crédit*, les remèdes appropriés se trouvaient à l'art. 271 *LPC*, disposition qui permet de tenir compte de l'avantage reçu et de conclure à l'absence, ici, d'un quelconque préjudice. En appliquant plutôt l'art. 272 *LPC*, le juge les prive de cet argument et permet un enrichissement indu des membres du groupe. De même, à l'égard des cinq banques qui ont omis de dénoncer l'existence des frais de conversion, il aurait erré dans l'application des principes applicables à l'octroi des dommages punitifs.

[39] La quatrième et dernière catégorie regroupe divers arguments de droit civil : renonciation, prescription et exception au principe de la restitution.

L'ANALYSE

I. L'intérêt juridique suffisant pour agir

[40] Il est vrai qu'une controverse se dégage des décisions de la Cour sur ce point. Les appelantes invoquent au soutien de leur position l'arrêt *Agropur*, précité, rendu à l'étape de l'autorisation, et l'arrêt *Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.*, [2008] R.J.Q. 1350, 2008 QCCA 949. Les intimés rétorquent en citant l'arrêt *CHSLD Christ-Roi*, précité, rendu dans un contexte identique à notre affaire, et le jugement refusant une permission d'appeler dans *General Motors du Canada ltée c. Billette*, [2010] R.J.Q. 66, 2009 QCCA 2476 (permission d'appeler refusée, C.S. Can., 22 avril 2010, n° 33582).

[41] Cette controverse n'est pas unique au Québec puisqu'elle fait aussi rage dans les juridictions de common law du reste du pays et même ailleurs dans le monde anglo-saxon (Vince Morabito, « *Standing to Sue and Multiple Defendant Class Actions in Australia, Canada, and the United States* », (2003) 41 *Alberta Law Review* 295⁴; Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Portland, Hart Publishing, 2004, p. 144-164). Cette dernière écrit à la p.

⁴ L'auteur y critique l'approche ontarienne.

164 qu'il s'agit « *the most vexed, issues among the class action regimes of the focus jurisdictions* ».

[42] Mais c'est à la lumière du texte des dispositions spécifiques de chaque juridiction qu'il faut tenter de déterminer l'intention du législateur à cet égard, conscient que celle-ci n'est pas nécessairement uniforme à travers le monde. Avant d'analyser les dispositions pertinentes au Québec, il peut s'avérer utile de tenter de cerner ce qui se fait dans les autres juridictions puisqu'on les cite à l'occasion devant nous.

[43] Aux États-Unis, il existe un encadrement législatif des recours collectifs tant au niveau des cours des différents États que devant les cours fédérales. Au niveau fédéral américain, la règle 23(a) des *Federal Rules of Civil Procedure* énonce quatre prérequis pour l'approbation d'un recours collectif, dont l'un est que « *the claims or defenses⁵ of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class* » [je souligne]. Ce critère dit « *typicality* » a été interprété comme signifiant que le représentant doit être dans la même situation que chaque membre du groupe. Il est étroitement lié à la détermination de la question commune (« *communality* »). Dans l'arrêt phare *La Mar v. H & B Novelty & Loan Company*, 489 F.2d 461 (9^e Cir. 1973), cité dans l'arrêt *Agropur*, au par. 110, la Cour d'appel fédérale du 9^e circuit réfère à ce critère pour refuser un recours contre plusieurs défendeurs si le représentant ne peut justifier une cause d'action contre chacun. Elle écrit à la page 466 :

Assuming, therefore that in this type of class action the role of the representative party is largely formal, it is reasonable in our view to design its formal characteristics in a manner that is consistent with what we perceive to be the tone of the Advisory Committee's Note. In keeping with that tone and to reduce the incidence of proceedings in which the trial judge and the representative plaintiff's counsel become a part-time regulatory agency, we assert that a plaintiff who has no cause of action against the defendant cannot "fairly and adequately protect the interests" of those who do have such causes of action. This is true even though the plaintiff may have suffered an identical injury at the hands of a party other than the defendant and even though his attorney is excellent in every material respect.

[Je souligne.]

[44] Dans ce même arrêt, toujours à la page 466, il est précisé que cela n'empêche pas un recours contre plusieurs défendeurs dans les situations suivantes :

Obviously this position does not embrace situations in which all injuries are the result of a conspiracy or concerted schemes between the defendants at whose

⁵ Il est possible aux États-Unis d'avoir des recours collectifs en défense (« *defendant class* »).

hands the class suffered injury. Nor is it intended to apply in instances in which all defendants are juridically related in a manner that suggests a single resolution of the dispute would be expeditious.

[45] La première situation se résume à reconnaître que les coauteurs d'un préjudice peuvent être poursuivis ensemble et est universellement reconnue. La deuxième, « *juridically related* », aussi appelée « *the juridical link doctrine* », donne lieu à diverses interprétations. Elle s'applique, notamment, pour adoucir ou préciser l'exigence de la situation commune en permettant des recours par plusieurs représentants contre plusieurs défendeurs, même si chaque représentant n'a pas une cause d'action contre chacun des défendeurs, pourvu que les demandes « *arise from the same event or practice or course of conduct that gives rise to the claims of other class members* » (*Keele v. Wexler*, 149 F.3d 589, p. 594, un arrêt rendu en 1998 par la Cour d'appel fédérale du 7^e circuit).

[46] Je souligne au passage que le critère de « *typicality* » n'existe pas au Québec (Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice : impact et évolution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, p. 101; *Guilbert c. Vacances Sans Frontière Ltée*, [1991] R.D.J. 513 (C.A.), le juge LeBel pour la Cour, à la p. 516).

[47] En Ontario, si les critères d'approbation (« *certification* »), une étape subséquente à l'introduction du recours collectif, prévus à la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6 (CPA), sont assez semblables à ceux que prévoit le *Code de procédure civile* dans le cadre d'une autorisation, étape préalable à l'introduction du recours collectif, ils en diffèrent sur un aspect important. Le droit ontarien applique en effet un critère additionnel de « *preferability* », qui commande un examen du caractère opportun d'un recours collectif dans l'affaire dont on demande l'approbation. Ce critère n'est pas pertinent ici.

[48] Par ailleurs, il est possible de contester en vertu de l'art. 21.01(1)(b) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règlement 194, l'intérêt juridique du demandeur à l'égard d'un défendeur, et ce, avant l'approbation d'un recours collectif :

21.01 (1) Une partie peut demander à un juge, par voie de motion :

(a) soit, qu'une question de droit soulevée par un acte de procédure dans une action soit décidée avant l'instruction, si la décision de la question est susceptible de régler la totalité ou une partie de l'action,

21.01 (1) A party may move before a judge,

(a) for the determination, before trial, of a question of law raised by a pleading in an action where the determination of the question may dispose of all or part of the action, substantially shorten the trial or result

d'abrégier considérablement in a substantial saving of costs; or
l'instruction ou de réduire
considérablement les dépens;

b) soit, qu'un acte de procédure soit radié parce qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense fondée. (b) to strike out a pleading on the ground that it discloses no reasonable cause of action or defence,

Le juge peut rendre une ordonnance ou un jugement en conséquence. and the judge may make an order or grant judgment accordingly.

[Je souligne.]

[49] Ainsi, s'il y a plusieurs défendeurs assignés, ceux desquels le demandeur (qui n'a pas encore le statut de représentant) ne peut espérer recevoir une compensation pourront plaider absence de cause d'action de ce dernier à leur égard.

[50] Après certaines hésitations, les tribunaux ontariens ont décidé qu'il doit y avoir un représentant en mesure de réclamer de chacun des défendeurs. Il est donc possible de poursuivre dans un même recours plusieurs entreprises en alléguant une faute similaire du moment qu'il y a un représentant en lien avec chaque défendeur. La situation est ainsi similaire à la pratique établie devant les cours fédérales américaines.

[51] Le jugement rendu dans *Ragoonanan Estate v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* (2000), 51 O.R. (3d) 603, par la Cour supérieure de justice de l'Ontario marque un tournant (il est cité dans *Option consommateurs c. Novopharm Ltd.*). Le juge Cumming y écrit :

[52] Looked at in the context of the motion for certification, there is arguably not a prerequisite required by s. 5(1)(a) to have a representative plaintiff with a cause of action against each defendant. For the purposes of certification, it may be enough if the pleading provides that class members have a cause of action against the defendants and there is at least one representative plaintiff. *Campbell* and *Harrington* both dealt with a motion for certification. They did not deal with a pre-certification motion under B.C. rule 19(24) [Supreme Court Rules, B.C. Reg. 221/90] being the equivalent to rule 21.01(1)(b) in Ontario. As well, it is clear that in both *Campbell* and *Harrington*, for each defendant there were known putative class members with a cause of action against the defendant. This was not disputed by the defendants.

[53] It is not necessary to offer any definitive interpretation for s. 5(1)(a) of the *CPA* in the context of the Rule 21 motion at hand. As I have said, it is recognized that the requirements of Rule 21 and the procedural regime for class proceedings determined by the provisions of the *CPA* should be consistent one with the other.

[54] In my view, and I so find, it is not sufficient in a class proceeding, for the purpose of meeting the requirement of rule 21.01(1)(b), if the pleading simply discloses a “reasonable cause of action” by the representative plaintiff against only one defendant and then puts forward a similar claim by a speculative group of putative class members against the other defendants.

[55] At the earlier point in time of the rule 21.01(1)(b) motion, the representative plaintiff is the only plaintiff party to the pleading. The putative class members cannot be considered parties until certification is granted by the court. In addition, in the case at hand there cannot be any certainty that there are any persons with a cause of action against RBH and JTI-M. There cannot be a cause of action against a defendant without a plaintiff who has that cause of action. In my view, for every named defendant there must be a party plaintiff with a cause of action against that defendant to meet the Rule 21 threshold.

[56] This result does not inhibit class proceedings with multiple defendants when there is a generic product (or generic defect) in issue, so long as the pleading discloses a reasonable cause of action against each defendant by a representative plaintiff. The rule 21.01(1)(b) motion of course precedes any certification motion. The determination of this rule 21.01(1)(b) motion is without prejudice to a representative plaintiff with a cause of action against RBH/JTI-M bringing a new class proceeding and seeking an order for joinder with the action at hand. Until there is a plaintiff who has such a cause of action, it is entirely speculative as to whether there is anyone with such a claim. A defendant should not be made subject to a speculative claim which presumes that one or more unknown persons possibly has a cause of action. It would be wrong to put a defendant to the expense of the litigation process if there is no reasonable cause of action against that defendant on the face of the pleading.

[Je souligne.]

[52] En d'autres mots, il doit exister une cause d'action entre le(s) représentant(s) et chacun des défendeurs (dans l'affaire *Ragoonanan Estate*, il faut souligner qu'il n'y avait pas de preuve qu'il existait des membres potentiels à l'égard des autres défendeurs). Cette approche a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Hughes v. Sunbeam Corp. (Canada) Ltd.* (2002), 61 O.R. (3d) 433.

[53] L'approche ontarienne a cependant été rejetée dans les autres provinces de common law du pays, même celles qui ont adopté des lois inspirées de l'Ontario et où il est possible de soulever l'absence de cause d'action avant l'approbation.

[54] D'abord, en Colombie-Britannique, où une loi encadre les recours collectifs depuis 1996 : *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50. Ainsi, dans l'arrêt *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, [2005] 1 W.W.R. 233, 2004 BCCA 472, une formation de cinq juges, siégeant en appel d'un jugement interlocutoire rejetant les requêtes en irrecevabilité, avant l'étape de l'approbation, de plusieurs défenderesses poursuivies par un représentant qui n'avait pas emprunté de chacune d'elles, mais uniquement de trois d'entre elles, était invitée à adopter la position américaine ou à tout le moins celle de l'Ontario depuis le jugement *Ragoonanan Estate*. Après une analyse de la loi britanno-colombienne, qui est similaire sous de nombreux aspects aux dispositions québécoises, la Cour d'appel rejette en ces termes les arguments des appelantes, eux aussi très similaires à ceux qui nous ont été présentés dans la présente affaire :

[51] I conclude that while the *Act* requires a cause of action against each named defendant, that cause of action must be held by class members, not necessarily the representative plaintiff.

[52] The appellants urge upon us the reasoning in *Ragoonanan*. However, that case concerns a different statute, one without the equivalent of s. 2(4)⁶. It may be distinguished simply on that basis.

[53] The appellants complain that they will be dragged into expensive proceedings without a prospect of recovering costs, referring to s. 37 of the *Act*. However, that risk flows from the language in the statute and, in any event, is not absolute. The possible sanction of costs exists, particularly under s. 37(c). Further, there is the potential to flush out a representative plaintiff with a cause of action against a defendant, or an identifiable class member, through the process of establishing subclasses, through the s. 4 certification application and through the discovery process.

[54] The appellants also express concern that an entire business sector may be embroiled in litigation at the instance of one person in circumstances where there is no real complaint against many of the defendants. On the other side of this, of course, is the concern discussed in *Lupsor Estate v. Middlesex Mutual*

⁶ Cette disposition du *Class Proceedings Act* de Colombie-Britannique est ainsi rédigée :
2 (4) The court may certify a person who is not a member of the class as the representative plaintiff for the class proceeding only if it is necessary to do so in order to avoid a substantial injustice to the class.

Insurance Co., [2003] O.J. No. 1038 (S.C.J.) of needless multiple proceedings. The materialization of unfocussed, sector-wide litigation would be a concerning development. However, tools for corralling abuse exist within the Act, both in the certification process that tests the commonality of issues and imports the test of fairness and efficiency, and after certification if such should be ordered. This will be particularly important where, as here, the claim hinges on an allegation of criminal conduct.

[55] I would expect the controls given to the trial court by the Act to be applied robustly, so as to protect against abuse while still advancing the three objectives I referred to at the beginning of these reasons for judgment.

[56] The appellants also commend to us the principle of consistency between jurisdictions to prevent forum shopping, referring to Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board), [1993] 1 S.C.R. 897, 102 D.L.R. (4th) 96. I agree it is better, all things being equal, that like statutes in different jurisdictions bear like results. However, as I have sought to explain in these reasons for judgment, I do not consider the Act to correspond to the Ontario statute in a critical aspect bearing on the issue before this Court.

[Je souligne.]

[55] En Alberta, le recours collectif est encadré par une loi depuis 2003 seulement : *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, ch. C-16.5. Après une période d'hésitations et de jugements contradictoires, la jurisprudence a finalement opté pour l'approche de la Colombie-Britannique et rejeté celle dominante en Ontario : *Pauli v. Ace Ina Insurance*, 322 A.R. 104, 2002 ABQB 715; *Gillespie v. Gessert* (2006), 32 C.P.C. (6th) 319 (Alta. Q.B.); *Condominium Plan No. 0020701 v. Investplan Properties Inc.*, 57 Alta. L.R. (4th) 310, 2006 ABQB 224; *Alberta Society for Pension Reform v. Alberta*, 2008 ABQB 74, 450 A.R. 191; *Eaton v. HMS Financial Inc.*, 458 A.R. 282, 2008 ABQB 631.

[56] Il en va de même de la seule décision manitobaine répertoriée sur ce point : *Bellan v. Curtis*, 219 Man.R. (2d) 175, 2007 MBQB 221, rendue en vertu de la *Loi sur les recours collectifs*, C.P.L.M., ch. 130.

[57] En Saskatchewan, où une loi existe depuis 2001 (*Loi sur les recours collectifs*, L.S. 2001, ch. C-12.01), la thèse que présentent ici les appelantes a été rejetée de façon constante, comme l'indiquait récemment le juge Richards, au nom de la Cour d'appel, dans *Red Seal Vacations Inc. v. Alves*, [2012] 1 W.W.R. 701, 2011 SKCA 117 :

[3] This set of circumstances led Red Seal to bring a motion pursuant to Rule 173(a) of The Queen's Bench Rules. The motion asked that the claim in relation to Red Seal be struck as disclosing no cause of action because there was no

party plaintiff asserting a claim against it. The certification judge refused the motion by relying on *Frey v. BCE Inc.*, 2006 SKQB 328, [2006] 12 W.W.R. 545 and *Frey v. BCE Inc.*, 2006 SKQB 331, 282 Sask. R. 35. In those cases, Justice Gerein had said only one representative plaintiff is required in class action proceedings, regardless of whether there are defendants against whom no named plaintiff asserts a cause of action.

[4] Red Seal appeals the decision of the certification judge and asks us to overturn it on the basis that, unless there is a party plaintiff making a claim against it, the action must be dismissed.

[5] For the reasons set out below, I conclude this appeal must be dismissed. One defendant in a multi-defendant action commenced under the Act cannot have the claim struck pursuant to Rule 173(a) for failing to disclose a cause of action simply and only because there is no party plaintiff alleging a claim against that defendant. In light of the nature of proceedings under the Act, it is sufficient that a representative plaintiff asserts a cause of action on behalf of a class of persons whose putative members are alleged to have a claim against the defendant.

[...]

[28] In my view, the central difficulty with Red Seal’s argument is its contention that the proceeding commenced by Ms. Alves *et al* is an ordinary action—no different than any other—and that a clear line should be drawn between the “pre-certification” and “certification” stages of this kind of litigation. This approach overlooks the central nature of the Act and the procedures it contemplates.

[...]

[33] Section 44 of the Act does say *The Queen’s Bench Rules* apply to class actions. However, it also sets out an important qualification in this regard. The *Rules* apply only to the extent that they are not in conflict with the Act. Section 44 reads as follows:

44 *The Queen’s Bench Rules* apply to class actions to the extent that those rules are not in conflict with this Act.

[34] I note, as well, that Rule 77 of *The Queen’s Bench Rules* provides that “[u]nless provided otherwise by the [Act] or by the rules in this Division, the general procedure and practice of the court shall apply to actions and applications brought under the [Act].” But, this does not mean that, in the

application of the Rules, a judge can or should turn a blind eye to the special nature of an action commenced under the Act.

[35] In the result, it is clear that Rule 173(a) must be applied here in a way which recognizes and is sensitive to the scheme of the Act and the class proceeding dimension of an action brought pursuant to the Act.

[36] When Red Seal's motion is considered in this way, it becomes apparent that it cannot succeed. The Act does not demand, as a pre-condition of certification, that for every defendant there be a party plaintiff with a cause of action against that defendant. Rather, s. 4(1) says a resident of Saskatchewan who is a member of a class may commence an action "on behalf of" the members of the class.

[39] Having considered s. 4(1) of the Act what then of the certification proceedings proper? This aspect of the matter is also fairly straightforward. Once a claim is initiated pursuant to s. 4(1) and a certification application is made, the court determines the appropriateness of the matter proceeding as a class action by reference to the criteria set out in s. 6(1) of the Act

6(1) Subject to subsections (2) and (3), the court shall certify an action as a class action on an application pursuant to section 4 or 5 if the court is satisfied that:

- (a) the pleadings disclose a cause of action;
- (b) there is an identifiable class;
- (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not the common issues predominate over other issues affecting individual members;
- (d) a class action would be the preferable procedure for the resolution of the common issues; and
- (e) there is a person willing to be appointed as a representative plaintiff who:
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class;
 - (ii) has produced a plan for the class action that sets out a workable method of advancing the action on behalf of the class and of notifying class members of the action; and
 - (iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.

[40] No aspect of s. 6(1) categorically forecloses the possibility of a multi-defendant class action being certified if there is not a party plaintiff with a cause of action against each defendant. Indeed, in *Ragoonanan Estate v. Imperial Tobacco Canada Ltd.* itself, Cumming J., without being definitive, acknowledged the flexibility of the certification process on this point when he wrote as follows:

[52] Looked at in the context of the motion for certification, there is arguably not a prerequisite required by s. 5(1)(a) to have a representative plaintiff with a cause of action against each defendant. For the purposes of certification, it may be enough if the pleading provides that class members have a cause of action against the defendants and there is at least one representative plaintiff. ...

[emphasis added]

[41] The prospect of a representative plaintiff acting against a defendant in the absence of a direct cause of action between them is expressly reflected in s. 4(4) of the Act. It says a person who is not a member of the class may be named as a representative plaintiff in order to “avoid a substantial injustice to the class.” This too suggests it is not an essential feature of a class action that a representative plaintiff or plaintiffs have a cause of action against each defendant. See: *MacKinnon v. National Money Mart Co.*, *supra*, at paras. 49 and 50.

[42] All of this accords with the views of the courts in British Columbia. As noted above, they have taken the position that, for purposes of certification, it may not always be necessary to have a representative plaintiff with a cause of action against each of several defendants. See: *Campbell v. Flexwatt Corp.*, *supra* at para. 43; *Furlan v. Shell Oil Co.*, *supra* at para. 22; and *Harrington v. Dow Corning Corp.*, *supra* at para. 51 (B.C. S.C.).

[43] In my opinion, this is the correct approach and it dictates the result of the Rule 173(a) application in issue here. An action commenced pursuant to the Act must be seen as being connected to, and flowing directly into, the certification application. It is different than an ordinary action in this critical way. Under the certification process, an application to proceed against a defendant in a multi-defendant proceeding is not automatically doomed to fail because there is no party plaintiff with a cause of action against that defendant. This necessarily means the Rule 173(a) application in issue here cannot succeed, *i.e.* it is not “plain and obvious” that a claim cannot be certified against Red Seal simply because the statement of claim does not include a named plaintiff with a cause of action against it.

[Je souligne.]

Au même effet voir : *Microcell Communications Inc. v. Frey*, [2012] 3 W.W.R. 423, 2011 SKCA 136 (autorisation d'appeler rejetée avec dépens en Cour suprême (C.S. Can., 28 juin 2012, n° 34618).

[58] Je passe maintenant à la situation du Québec où le recours collectif est introduit en 1978 par la *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., ch. R-2.1, qui ajoute le Livre IX au *Code de procédure civile*. Les nouvelles dispositions s'incorporent ainsi à un code existant dont les autres dispositions s'appliquent aux recours collectifs, mais uniquement dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec celles du Livre IX :

1051. Les dispositions des autres livres du présent code incompatibles avec le présent Livre, notamment le deuxième alinéa de l'article 172 et les articles 270 à 272 et 382 à 394, ne s'appliquent pas aux demandes pour les fins desquelles on exerce le recours collectif.

1051. The provisions of the other books of this Code that are inconsistent with this Book, particularly the second paragraph of article 172 and articles 270 to 272 and 382 to 394, do not apply to suits for the purposes of which the class action is brought.

[59] Cela signifie en l'espèce que l'art. 55 *C.p.c.* qu'invoquent les sept appelantes s'applique, mais d'une façon qui doit respecter l'esprit du Livre IX. Telle est l'intention législative.

[60] Il est vrai que l'art. 55 *C.p.c.* est d'ordre public et que, dans une action ordinaire, l'absence d'intérêt peut être soulevée par une partie défenderesse par un moyen d'irrecevabilité présentable en tout temps. Sauf exception prévue par la loi, l'intérêt, pour être suffisant, doit être direct et personnel (*Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du Théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S 207, 2001 CSC 39).

[61] Cet intérêt peut découler d'un lien contractuel entre le demandeur et le défendeur qu'il a assigné ou d'un manquement extracontractuel de la personne assignée envers le demandeur. Cela ne signifie cependant pas que le demandeur doit toujours être la personne qui possède cet intérêt, comme la victime d'une faute qui poursuit l'auteur de cette dernière. En effet, notre droit reconnaît à certains la capacité de poursuivre au nom de la personne qui a l'intérêt (par exemple : le tuteur pour le mineur (art. 159 *C.c.Q.*), le tuteur *ad hoc* (art. 190 *C.c.Q.*) ou le mandataire en vertu d'un mandat

d'inaptitude (art. 2166 C.c.Q.))⁷. Cette reconnaissance de la capacité d'agir au nom d'autrui découle soit d'une habilitation législative expresse (par exemple : la tutelle des parents à l'égard de leurs enfants mineurs et non émancipés, art. 192 C.c.Q.), soit d'une délégation (par exemple, art. 200 C.c.Q.) ou d'une décision judiciaire (art. 205 C.c.Q.). C'est pourquoi l'art. 55 C.p.c. parle d'un « intérêt suffisant » et non d'un intérêt juridique personnel. Comme le souligne la Cour dans l'arrêt *Agropur*, précité, au par. 103, il faut distinguer entre cause d'action et intérêt pour agir.

[62] Lorsque le recours est intenté au nom d'une autre personne, sa validité est tributaire de la qualité du représentant et de l'intérêt juridique du représenté; un défendeur pourra donc possiblement soulever deux moyens d'irrecevabilité, l'un pour défaut de qualité du représentant (art. 165(2) C.p.c.) et l'autre, pour absence d'intérêt juridique du représenté (art. 165(3) C.p.c.).

[63] Au Québec, les moyens préliminaires ne sont pas encouragés au stade de l'autorisation et l'art. 1012 C.p.c. invite plutôt les plaideurs à les soulever à l'encontre de l'action collective une fois que celle-ci a été autorisée et initiée. En fait, seuls les moyens préliminaires soulevant des questions distinctes des critères prévus à l'art. 1003 C.p.c., comme la litispendance, l'absence de compétence *rationae materiae* et la chose jugée, semblent permis avant l'autorisation. Quant à l'absence d'un intérêt juridique suffisant pour représenter l'ensemble des membres du groupe proposé, cette question relève de l'analyse requise par l'art. 1003, puisqu'elle ne peut s'évaluer qu'en fonction des questions proposées, du groupe que le représentant souhaite représenter, de sa capacité de faire valoir les intérêts de tous les membres de ce groupe, etc.

[64] Dans le cas d'une requête en autorisation d'un recours collectif contre un seul défendeur, l'absence d'un lien de droit entre le requérant et ce défendeur est sans contredit un élément qui pourrait justifier le/la juge de lui refuser le statut de représentant (art. 1003 C.p.c.). On empêche ainsi l'institution de recours collectifs par une personne qui n'a comme véritable intérêt que celui d'agir au nom d'un groupe dont il ne fera pas partie. Notre système, et l'arrêt *Agropur* en est un exemple, ne voit pas d'un bon œil le justicier ou poursuivant professionnel à la recherche de publicité ou d'honoraires, mais qui ne recherche pas un redressement à son bénéfice.

[65] Il faut cependant souligner que des règles particulières du livre sur les recours collectifs écartent ce principe dans certaines situations.

[66] Ainsi, l'art. 1048 C.p.c. autorise certaines personnes morales et associations à agir comme représentants pourvu qu'un de leurs membres, identifié dans la requête,

⁷ Un autre exemple est la disposition de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 39(8), qui autorise la Commission des normes du travail à intenter des recours en recouvrement de salaire et autres avantages au nom de travailleurs impayés.

soit membre du groupe proposé et possède un intérêt contre le défendeur, intérêt qui doit être relié à leur mission. L'obligation d'identifier une personne physique qui peut avoir un lien juridique avec le défendeur empêche les recours collectifs intentés uniquement par une personne morale ou une association devenue une poursuivante professionnelle. Cela dit, il demeure que l'art. 1048 *C.p.c.* reconnaît qu'un recours collectif peut être initié et dirigé par une entité qui n'a pas un intérêt juridique direct et personnel, au sens de l'art. 55 *C.p.c.*, à l'encontre de la partie défenderesse.

[67] De même, si, en cours d'instance, le représentant individuel perd son intérêt direct et personnel contre le défendeur en acceptant une offre de ce dernier, il pourra néanmoins continuer à agir, étant « réputé conserver un intérêt suffisant » (art. 1015 *C.p.c.*)⁸.

[68] Ces dispositions confirment deux choses : i) la qualité de représentant et l'intérêt du représenté sont deux concepts différents; ii) un représentant peut ne pas avoir un intérêt direct et personnel dans l'action collective.

[69] Participant de cette même logique, notre Cour a refusé de rejeter un recours collectif au motif que le recours individuel du représentant était prescrit, puisque ceux d'une majorité des membres du groupe ne l'étaient pas : *Service aux marchands détaillants Itée (Household Finance) c. Option Consommateurs*, J.E. 2006-2099, 2006 QCCA 1319⁹.

[70] Tel qu'indiqué plus haut, non seulement les dispositions du *Code de procédure civile* relatives aux recours collectifs distinguent entre la qualité pour agir comme représentant et l'intérêt pour obtenir une condamnation contre le défendeur (art. 1015 et 1048 *C.p.c.*), mais elles n'excluent pas la possibilité de multiples défendeurs. De plus, elles permettent l'intervention de membres pour parfaire la situation du représentant (art. 1017 *C.p.c.*) et leur interrogatoire au besoin (art. 1019 *C.p.c.*), ce qui peut s'avérer utile lorsqu'il y a plusieurs défendeurs et autant de sous-groupes possibles.

[71] Il faut aussi signaler que, en vertu des dispositions du Livre IX, un recours collectif n'existe que s'il est autorisé¹⁰. Ce n'est que si l'autorisation est accordée que le requérant, en sa qualité désormais de « représentant », peut tenter une action collective au nom des membres du groupe (art. 1011 *C.p.c.*). Dans le cas où plusieurs défendeurs sont assignés par cette action, le ou les défendeur(s) en lien direct avec le représentant ne peuvent lui opposer une absence d'intérêt pour la partie du recours qui

⁸ Il pourra cependant être remplacé par un autre membre du groupe sur demande de ce dernier (art. 1015 *C.p.c.*).

⁹ Autorisation d'appeler rejetée en Cour suprême (C.S. Can., 5 avril 2007, n° 31756).

¹⁰ Dans d'autres provinces, comme l'Ontario et la Colombie-Britannique, et aux États-Unis, le recours est initié, mais doit être ensuite certifié ou approuvé par un juge (« certification »).

le concerne personnellement. Quant aux autres défendeurs, ils ne peuvent opposer une absence d'intérêt suffisant à celui qui a désormais qualité de représentant pour la partie du recours instituée au nom des autres membres du groupe ni prétendre qu'ils sont parties à un recours qui ne les concerne pas, puisque l'étape de l'autorisation aura permis de démontrer qu'il existe des liens de droit entre des membres d'un sous-groupe et chacun d'entre eux, lesquels membres seront les seuls qui pourront obtenir une condamnation contre lui. En somme, pour chacun des défendeurs, en autant qu'il existe un sous-groupe réel de membres, celui-ci ne peut prétendre en une absence de cause d'action contre lui ou en une absence d'intérêt juridique suffisant du représentant autorisé pour faire valoir cette cause d'action.

[72] Finalement, la Cour suprême dans *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, 2009 CSC 43, nous enseigne que, dans l'analyse des critères d'autorisation décrits à l'art. 1003 *C.p.c.*, l'arrêt *Agropur* est un arrêt de principe dont les juges d'instance peuvent s'inspirer. La Cour suprême ajoute que le/la juge doit avoir à l'esprit l'art. 4.2 *C.p.c.* sur la proportionnalité et rappelle que le système judiciaire est un service public aux ressources limitées. Sans en faire nécessairement un cinquième critère (*Apple Canada Inc. c. St-Germain*, [2010] R.J.Q. 1627, 2010 QCCA 1376), l'art. 4.2 *C.p.c.* doit être pris en considération dans l'analyse des quatre critères énoncés à l'art. 1003 *C.p.c.* et dans les déterminations prévues à l'art. 1005 *C.p.c.* (Jean-Philippe Lincourt et Jean Saint-Onge, « La définition du groupe : pierre angulaire du recours collectif », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, vol. 295, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 155).

[73] Or, adopter la position proposée par les appelants aurait eu pour conséquence dans l'arrêt *CHSLD Christ Roi*, précité, d'exiger des dizaines de représentants, agissant séparément au nom des résidants de chacune des institutions. En d'autres mots, il aurait fallu autoriser des dizaines de recours collectifs identiques, sauf quant à l'identité du défendeur, portant sur une même question (interprétation d'un règlement provincial) et recherchant une même réparation (un remboursement des montants surfacturés), puis gérer des dizaines d'actions collectives similaires. Une fois en état, pour éviter les jugements contradictoires, il aurait fallu les confier aux fins d'audition à un/une même juge ou procéder dans l'un des dossiers tout en suspendant les autres (on peut aisément imaginer que les avocats des autres défendeurs auraient cherché à intervenir dans le premier dossier).

[74] Une telle approche a été clairement rejetée par la Cour dans l'arrêt *CHSLD Christ Roi*, précité :

[31] La présence de défendeurs multiples n'exige pas en l'espèce qu'il y ait autant de représentants qu'il y a de CHSLD. En effet, la question en litige est commune à tous les établissements, privés conventionnés ou publics, qui

n'offrent pas à leurs usagers le service de buanderie auquel ils prétendent avoir droit en vertu de la Loi. Procéder comme les appelants le suggèrent signifierait qu'il y aurait autant de recours collectifs qu'il y a d'établissements, ce qui se traduirait par des frais importants, sinon considérables, et une lourdeur procédurale qui exigerait du système judiciaire plus de ressources que nécessaire. Imposer aux usagers des centres de soins de longue durée la contrainte d'intenter autant de recours collectifs qu'il y a d'établissements pourrait avoir pour effet de les dissuader de faire valoir leurs droits en justice, ce qui irait à l'encontre des objectifs visés par la procédure de recours collectif. Retenir la proposition des établissements publics tendrait, dans un cas comme celui-ci, à stériliser la procédure de recours collectif et miner sa vocation sociale.

[75] En retenant cette approche interprétative, je suis d'avis que les dispositions du *Code de procédure civile* en matière d'intérêt à poursuivre et de cause d'action sont appliquées aux recours collectifs dans la mesure de leur pertinence (*Marcotte c. Longueuil (Ville)*, précité, par. 21) et tenant compte de la nature de ces recours, tout en facilitant leur exercice (*Marcotte c. Longueuil (Ville)*, précité, par. 22). En d'autres mots, conformément à la volonté législative.

[76] À ceux qui craignent des poursuites ingérables ou sans fondement, je rappelle que lorsqu'il/elle est saisi(e) d'une requête pour autorisation d'introduire une action collective contre plusieurs défendeurs, le/la juge doit s'assurer que le requérant est en mesure de représenter adéquatement tous les membres du groupe (art. 1003d) *C.p.c.*). Cela justifie de vérifier son degré de connaissance de la situation des personnes qu'il voudrait représenter, particulièrement à l'égard de défendeurs contre qui il ne peut personnellement réclamer quoi que ce soit, et ce, pour éviter, notamment, un recours à l'aveuglette. Le recours collectif n'est pas une procédure d'enquête sur un secteur commercial ou industriel!

[77] Le requérant devra aussi démontrer que même s'il n'a pas une cause d'action personnelle contre certains défendeurs, il existe un nombre suffisant de personnes dans le groupe qu'il propose qui l'auront si le recours est accueilli sur le fond (art. 1003c) *C.p.c.*). Le/la juge doit aussi s'assurer de l'existence de questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes à l'égard de tous les défendeurs recherchés (art. 1003a) *C.p.c.*).

[78] Dans le cadre de son analyse, le/la juge devra s'interroger sur l'opportunité de décrire un groupe qui se compose dans les faits de plusieurs sous-groupes (art. 1005 *C.p.c.*), s'assurer que ce groupe n'est pas inutilement large, sans nécessairement exiger que ses membres partagent exactement le même intérêt dans le règlement de la question commune, et tenir compte de la complexité que cela peut ajouter au dossier, des délais possibles, des modalités de recouvrement et de liquidation des réclamations

si le recours est accueilli au fond, etc., comme l'exige l'art. 4.2 C.p.c. (Éric McDevitt David, « La règle de proportionnalité de l'art. 4.2 C.p.c. en matière de recours collectif », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Développements récents en recours collectifs*, vol. 278, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 315).

[79] En l'espèce, le recours collectif a été autorisé et le statut juridique de représentant a été conféré à M. Marcotte. Cela était pleinement justifié considérant que tous les membres du groupe avaient en commun un litige de même nature, découlant des mêmes dispositions législatives et des mêmes pratiques des banques poursuivies. Dès lors, on pouvait accorder à M. Marcotte le statut de représentant à l'égard des neuf banques sans craindre qu'il ne soit pas en mesure de bien comprendre la situation propre à chacun des membres des sous-groupes et de diriger adéquatement la défense de leurs intérêts peu importe la carte détenue ou la banque émettrice. Une fois nommé, M. Marcotte, en sa qualité de représentant des clients des sept autres banques, était investi de l'intérêt juridique suffisant pour initier l'action collective.

[80] Le moyen d'irrecevabilité de sept des banques appelantes, puisque soulevé lors du procès, s'attaquait en réalité au statut de celui qui les poursuivait et non au fait que des membres de sept sous-groupes avaient une cause d'action contre chacune d'elles. En l'absence de faits nouveaux déterminants, le juge Gascon a eu raison de rejeter cette attaque en s'appuyant sur l'arrêt *CHSLD Christ Roi*, précité, où la Cour écrit :

[24] Rappelons que le juge d'autorisation a, en l'espèce, considéré que les critères de l'article 1003 C.p.c. étaient satisfaits, dont celui de l'article 1003 d) relativement à la capacité du représentant d'assurer une représentation adéquate des membres du Groupe. Le juge d'autorisation, en l'occurrence l'honorable André Desmeules de la Cour supérieure, explique ainsi sa décision d'attribuer le statut de représentant à Michel Cantin :

Finally, le paragraphe d) du même article exige que le membre auquel le Tribunal entend attribuer le statut de représentant doit être en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

Dans le présent cas, l'un des requérants est le Comité provincial des malades, corporation dont l'un des buts est de représenter les comités des bénéficiaires ou tout autre organisme représentant les résidents de tout centre hospitalier de soins de longue durée ou d'hébergement accueillant des adultes.

Quant au requérant Michel Cantin, il est le fils et mandataire de son père, monsieur Henri Cantin, pour qui il agit en vertu d'un mandat d'inaptitude et il agit également comme représentant du Comité provincial des malades.

Les requérants ont déposé avec leur requête, une liste des membres connus au 3 octobre 1997 et le requérant Michel Cantin, fut interrogé sur affidavit par les procureurs des intimés.

Après avoir pris connaissance des interrogatoires, le Tribunal est d'avis que monsieur Michel Cantin est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe qu'il veut représenter.

[25] Ce jugement emportait que le représentant avait l'intérêt juridique suffisant pour agir au nom de tous les membres du Groupe, quel que soit l'établissement qui les héberge. En l'absence de faits nouveaux déterminants, le juge du fond a eu raison d'écarter ce moyen de contestation. [...]

[Jje souligne.]

* * * * *

[81] En conclusion, une fois bien comprises les étapes d'un recours collectif, la finalité des dispositions du *Code de procédure civile* en matière d'autorisation et de conduite des recours collectifs et les enseignements récents de la Cour suprême et des autres cours d'appel du pays, il n'est pas nécessaire au Québec, dans tous les cas d'un recours dirigé contre plusieurs défendeurs, que le représentant justifie d'une cause d'action personnelle contre chacun d'entre eux. Une approche souple doit donc être adoptée dans l'application de l'arrêt *Agropur (Union des consommateurs et Myrna Raphaël c. Bell Canada, 2012 QCCA 1287)*.

II. L'applicabilité de la LPC

[82] L'émission de cartes de crédit aux consommateurs est permise aux institutions bancaires (art. 409 de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46).

[83] La délivrance d'une carte de crédit par une banque à ses clients est en réalité la conclusion d'un contrat de crédit variable et, donc, un acte au cœur des activités d'une banque. Dans certains cas, comme Amex, cela peut même constituer l'activité principale, voire exclusive, de la banque.

[84] Néanmoins, cette forme d'octroi d'un crédit ne relève pas en exclusivité de la compétence du Parlement en vertu de l'art. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., ch. 3, sur les banques. Elle est d'ailleurs largement exercée par d'autres institutions financières comme les compagnies de fiducie et les caisses de crédit, tant fédérales que provinciales, et même par des institutions non financières. Au Québec, la principale institution émettrice de cartes de crédit Visa semble d'ailleurs être Desjardins.

[85] Comme le souligne le juge Gascon dans son jugement, les cartes de crédit ne sont pas un produit dont les banques peuvent revendiquer la création. En fait, les cartes de crédit sont d'abord apparues sous la forme de cartes de paiement (« *charge cards* ») émises par de grands magasins et des compagnies pétrolières. Par la suite, les « *travel and entertainment cards* » (« *T & E cards* »), acceptées par de nombreux marchands, ont fait leur apparition. Ce n'est que dans une troisième phase que sont apparues les cartes de crédit bancaires, cette activité n'étant pour elles que « le fruit d'une opportunité commerciale qu'elles ont saisie avec beaucoup d'à propos, en raison de la force de leur réseau, de son étendue et de la réciprocité qui caractérise leur industrie » (par. 673 du jugement).

[86] En somme, il s'agit d'une nouvelle façon pour les banques, expressément permise par la *Loi sur les banques*, d'accorder du crédit à leurs clients et de leur offrir des services accessoires (moyen de paiement en devises étrangères, clé d'accès à des guichets à travers le monde pour y retirer de l'argent, assurances diverses, etc.). Une telle activité ne peut être considérée hors de portée des lois provinciales, comme le rappelle la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, au par. 89 :

[89] Les appelantes se fondent également sur l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, dans lequel notre Cour a conclu comme suit :

... il est incontestable que la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires permet au Parlement d'établir une nouvelle forme de financement et de définir, d'une façon complète et exclusive, les droits et obligations des emprunteurs et des prêteurs en vertu de cette sûreté. [p. 150]

Toutefois, il nous faut réitérer que le simple fait pour le Parlement d'établir de nouvelles formes de financement ne signifie pas que le par. 91(15) attribue au Parlement la compétence exclusive d'en réglementer la promotion. S'il fallait que les lois provinciales soient jugées inapplicables à toutes les formes de garantie détenues par les banques, l'application d'une loi provinciale comme la *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7 (« *PPSA* »), serait également menacée. Les appelantes prétendent que l'*Insurance Act* diffère de la *PPSA* parce qu'elle peut entraîner une interdiction de l'activité (la promotion de l'assurance), alors que la *PPSA* ne vise que la façon dont le créancier réalise sa garantie. Cependant, l'*Insurance Act* n'interdit pas la promotion d'assurance, pas plus que la *PPSA* n'interdit la réalisation d'une garantie. Dans les deux cas, le respect des règles provinciales représente une condition préalable à l'obtention du bénéfice de la loi. La démarcation tranchée que les banques cherchent à obtenir entre les règlements fédéraux et provinciaux risque non seulement de créer un vide juridique, mais de priver les législateurs des deux

ordres de gouvernement de la souplesse nécessaire pour qu'ils s'acquittent de leurs responsabilités respectives.

[Je souligne.]

[87] L'argument d'exclusivité plaidé par les avocats des banques pour écarter toute application de la *LPC* est donc mal fondé en droit.

III. Le nouvel encadrement fédéral

[88] Je passe à la deuxième branche du moyen d'inapplicabilité constitutionnelle de la *LPC*, soit celui de l'incompatibilité des dispositions de cette loi avec l'encadrement fédéral des activités reliées aux cartes émises par les banques.

[89] Il ne fait pas de doute que le Parlement peut encadrer les activités des banques, notamment celles qui touchent le crédit variable et les cartes de crédit. Il ne fait pas de doute non plus que, en cas de conflit entre l'encadrement fédéral et les lois provinciales aussi applicables en vertu des pouvoirs des législatures aux termes des par. 92(13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les dispositions fédérales prévalent en vertu du principe de la prépondérance (« *paramountcy* »).

[90] Encore faut-il qu'il existe un conflit réel, comme le rappelle la Cour suprême dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* :

37 Le fondement logique du « courant dominant » tient à la volonté que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l'application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement. En l'absence de textes législatifs conflictuels de la part de l'autre ordre de gouvernement, la Cour devrait éviter d'empêcher l'application de mesures considérées comme ayant été adoptées en vue de favoriser l'intérêt public. Le professeur Paul Weiler a écrit ce qui suit il y a plus de 30 ans :

[TRADUCTION] [L]a cour devrait refuser d'essayer de protéger les possibles enclaves, encore inoccupées, du pouvoir gouvernemental contre les ingérences d'une autre assemblée législative représentative qui s'est aventurée dans le domaine. La cour devrait plutôt chercher à s'en tenir au rôle plus modeste, mais néanmoins important qui consiste à interpréter les lois édictées par les différents ressorts dans un même domaine, dans un but d'éviter les conflits, et à appliquer la doctrine de la prépondérance dans les rares cas qui restent.

[...]

[91] L'encadrement fédéral se retrouve à trois endroits :

- i) *Loi sur les banques*;
- ii) *Règlement sur le coût d'emprunt*, DORS/2001-101 (*Règlement*); et
- iii) *Loi sur l'Agence de la consommation en matière financière du Canada*, L.C. 2001, ch. 9 (*Loi sur l'ACFC*).

[92] La *Loi sur les banques* énonce diverses définitions et prévoit des obligations en matière de calcul du *coût d'emprunt* et de divulgation de celui-ci et des autres frais, y compris les *frais non reliés aux intérêts*, à ses art. 449 et 451 à 454. Je souligne l'art. 452(2), dans la version applicable, oblige les banques à dévoiler tous les frais associés à l'utilisation d'une carte de crédit :

452. (1) La banque qui consent à une personne physique un prêt visé à l'article 450 remboursable à date fixe ou en plusieurs versements doit lui faire savoir, conformément aux règlements :

[...]

(2) La banque qui délivre ou a délivré une carte de paiement, de crédit ou de débit à une personne physique doit lui communiquer, outre le coût d'emprunt en ce qui concerne tout emprunt obtenu par elle au moyen de cette carte, l'information suivante, conformément aux règlements :

a) les frais et pénalités visés à l'alinéa (1)b);

b) les droits et obligations de l'emprunteur;

c) les frais qui lui incombent pour l'acceptation ou l'utilisation de la carte;

452. (1) Where a bank makes a loan in respect of which the disclosure requirements of section 450 are applicable and the loan is required to be repaid either on a fixed future date or by instalments, the bank shall disclose to the borrower, in accordance with the regulations,

[...]

(2) Where a bank issues or has issued a credit, payment or charge card to a natural person, the bank shall, in addition to disclosing the costs of borrowing in respect of any loan obtained through the use of the card, disclose to the person, in accordance with the regulations,

(a) any charges or penalties described in paragraph (1)(b);

(b) particulars of the person's rights and obligations;

(c) any charges for which the person becomes responsible by accepting or using the card;

d) au moment et en la forme réglementaires, les changements — dont la nature est prévue par règlement — apportés au coût d'emprunt ou à l'accord relatif au prêt; (d) at such time and in such manner as may be prescribed, such changes respecting the cost of borrowing or the loan agreement as may be prescribed; and

e) au moment et en la forme réglementaires, les autres renseignements prévus par règlement. (e) any other prescribed information, at such time and in such form and manner as may be prescribed.

(3) [...]

(3) [...]

[Je souligne.]

[93] Cette loi est complétée depuis le 1^{er} septembre 2001 par le *Règlement*, qui régit, entre autres, la divulgation du *coût d'emprunt* et des *frais non liés aux intérêts* (art. 11), le calcul du *coût d'emprunt* par le biais d'une formule mathématique précise (art. 3), les frais inclus et exclus du *coût d'emprunt* (art. 5), le moment où doivent être faites les déclarations écrites et leur contenu (art. 6, 7, 8, 9, 10 et 11) et la date à partir de laquelle courent les intérêts (art. 12). Il inclut aussi, en annexe, des *encadrés informatifs* qui servent à guider la divulgation, en quelques lignes, des renseignements requis, dont les taux de conversion.

[94] Depuis l'entrée en vigueur en 2001 de la *Loi sur l'ACFC*, une agence supervise les institutions bancaires afin de « s'assurer qu'elles se conforment aux dispositions visant les consommateurs qui leurs sont applicables » (art. 3(2)a *Loi sur l'ACFC*). Cette agence a également pour mission de sensibiliser les consommateurs (art. 3(2)d *Loi sur l'ACFC*). Elle dispose aussi de pouvoirs d'enquête (art. 5 *Loi sur l'ACFC*) et de poursuite pénale (art. 22 *Loi sur l'ACFC*). On y retrouve un commissaire qui traite des plaintes.

[95] De son côté, la *LPC* contient des dispositions sur l'obligation de divulgation des frais, le calcul des *frais de crédit* et du *taux de crédit*, la nature des informations à donner aux détenteurs de carte, le délai de grâce, les frais pouvant être réclamés, etc. Elle prévoit aussi qu'une agence provinciale, l'Office de la protection du consommateur (OPC), peut recevoir des plaintes, faire enquête et poursuivre en cas de non-respect des dispositions de la *LPC*.

[96] Bref, nous sommes en présence, depuis 2001, de deux régimes d'encadrement qui poursuivent le même objectif, protéger le consommateur, en exigeant la fourniture de certaines informations, en énonçant des règles de calcul des taux applicables au crédit, en encadrant l'exigibilité des frais et des intérêts, en supervisant les opérations des émetteurs de carte, en mettant sur pied des mécanismes de traitement des plaintes, en prévoyant des recours, etc.

[97] Les recoupements entre le régime fédéral et la *LPC* sont évidents et nombreux. Cela n'est pas, en soi, inhabituel et, encore moins, inconstitutionnel. Il faut aller plus loin et déterminer s'il y a harmonie ou, au contraire, conflit.

[98] La doctrine et la jurisprudence reconnaissent deux formes de conflit : le conflit opérationnel et le conflit d'intention. Le premier s'entend de dispositions adoptées en vertu d'une compétence fédérale, d'une part, et de dispositions adoptées en vertu d'une compétence provinciale, d'autre part, qui obligent l'assujetti à faire une chose et son contraire. En d'autres termes, l'assujetti se trouve dans l'impossibilité pratique de respecter les deux séries de dispositions. La deuxième forme se manifeste dans les situations où, même s'il est techniquement possible de se conformer aux deux dispositions, l'application de celle qui est édictée en vertu des compétences provinciales entraverait la réalisation de l'objet de la disposition fédérale.

[99] Récemment, dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, [2011] 3 R.C.S. 635, 2011 CSC 60¹¹, la Cour suprême rappelle la distinction en ces termes :

[17] Dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 64, la Juge en chef précise que deux formes de conflit peuvent donner ouverture à l'application de la doctrine de la prépondérance des lois fédérales :

La première est le conflit d'application entre une loi fédérale et une loi provinciale, où une loi dit « oui » et l'autre dit « non », de sorte que « l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre » : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191, le juge Dickson. Dans *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 155, le juge La Forest a relevé, pour le critère de la prépondérance, un deuxième volet selon lequel il est possible de se conformer aux deux textes même si la loi provinciale est incompatible avec l'objet de la loi fédérale : voir aussi *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 72; [*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86], par. 84. La règle de la prépondérance fédérale peut donc s'appliquer s'il est

¹¹ Confirmant notre arrêt : *Canada (Ministère des Ressources humaines et du Développement social) c. Bruyère*, [2010] R.J.Q. 1, 2009 QCCA 2246.

impossible de se conformer aux deux textes ou si la réalisation de l'objet d'une loi fédérale est entravée : [*Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188], par. 14.

[100] En l'espèce, c'est uniquement la deuxième catégorie de conflit que plaide le procureur général du Canada dans son intervention et que nie avec force le procureur général du Québec.

[101] Dans *Canada (Ressources humaines et Développement social)*, la Cour suprême reconnaît l'existence d'un conflit d'objectifs législatifs entre une disposition fédérale en matière de recouvrement et une disposition d'une loi provinciale en matière d'insaisissabilité :

[18] En l'espèce, la Cour d'appel a estimé qu'il existait un conflit d'intention entre les deux dispositions litigieuses (par. 7). Le procureur général du Québec conteste cependant cette conclusion, au motif que l'intention du Parlement ne pouvait être d'empêcher l'application des lois provinciales en matière d'insaisissabilité. Il souligne que ces lois visent généralement à protéger des ressources minimales. Puisque le Parlement n'a pas exprimé clairement son intention d'en exclure l'application, le droit provincial, en l'occurrence l'art. 144 *LATMP*, s'appliquerait en conformité avec l'art. 8.1 de la *Loi d'interprétation*.

[...]

[20] [...] Pour déterminer s'il y a un conflit d'objectifs législatifs, il faut se demander si le but poursuivi par le Parlement est compatible avec celui du législateur provincial. L'examen de quelques arrêts de la Cour est utile pour guider l'analyse.

[...]

[26] Ces quatre affaires montrent bien que, pour déterminer si un conflit d'objectifs existe réellement, il faut replacer les dispositions en cause dans leur contexte respectif et examiner les objectifs législatifs pour préciser la portée de ces dispositions.

[Je souligne.]

[102] Qu'en est-il en l'espèce?

[103] Les obligations prévues à la *LPC* de dévoiler certaines informations, notamment les *frais de crédit* et les *taux de crédit*, ne sont pas incompatibles avec l'encadrement fédéral sur les *coûts d'emprunt* et les *taux d'emprunt*. Il en va de même des dispositions

en matière de délai de grâce et de point de départ du calcul des intérêts qui sont au même effet.

[104] Par contre, en matière de calcul du taux d'intérêt et des frais, l'interprétation retenue par l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC) des dispositions du *Règlement* veut que les frais de conversion, appelés « marge de conversion », soient traités comme des *frais non liés aux intérêts*. S'il fallait retenir une interprétation de la *LPC* à l'effet contraire, comme l'a fait le juge de première instance, un conflit d'objectifs, voire même opérationnel, existerait. En effet, l'objectif fédéral de mieux informer les consommateurs ne peut être atteint si les avis et comptes mensuels contiennent deux séries d'information quant au taux d'intérêt et autres frais applicables. Un relevé de compte qui préciserait un taux aux fins de la *Loi sur les banques* et un autre aux fins de la *LPC* ne pourrait qu'engendrer confusion chez le consommateur.

[105] Le conflit serait encore plus criant en matière de perception des frais de conversion. En vertu de l'encadrement fédéral, ces frais ne font pas partie des *coûts d'emprunt* et, par conséquent, il n'importe pas que le consommateur acquitte son relevé de compte dans le délai de grâce ou non, alors que l'interprétation proposée par les intimés, si elle devait être retenue, ferait dire le contraire à la *LPC*.

[106] Mais, puisque l'interprétation de la *LPC* retenue par la Cour dans l'arrêt *Fédération des caisses Desjardins du Québec c. Marcotte*, rendu ce jour et qui complète ces motifs, est compatible avec l'encadrement fédéral, nous nous retrouvons en harmonie des encadrements!

[107] Quant à la supervision des banques et au traitement des plaintes des consommateurs, il est manifeste que le régime fédéral mis en place en 2001 avec l'ACFC ne se veut pas optionnel. Tel qu'il appert de l'historique législatif, notamment le livre blanc de 1999¹², c'est le guichet auquel le consommateur insatisfait d'une banque ou une autre institution financière régie par le Parlement doit s'adresser.

[108] Organisme spécialisé, l'ACFC est équipée pour traiter des plaintes d'une façon cohérente à l'échelle du pays. Une plainte, une fois traitée, est terminée et ne peut donner lieu à de nouvelles procédures devant l'OPC ou une autre agence provinciale sans risquer de mener à des résultats contradictoires, qui mineraient l'autorité de l'ACFC.

[109] En réalité, pour éviter un conflit d'objectifs et rendre l'encadrement fédéral efficace et cohérent, les dispositions de la *LPC* en matière de plaintes doivent être

¹² Ministère des Finances du Canada, *La réforme du secteur des services financiers canadien un cadre pour l'avenir*, 25 juin 1999.

déclarées inopérantes aux institutions financières régies par le Parlement, et ce, en raison de la prépondérance fédérale.

[110] Il demeure que les recours civils des consommateurs, faute de dispositions particulières dans le régime fédéral, comme le souligne le juge de première instance, continuent d'être régis par le droit provincial, dont la *LPC* et le *Code civil du Québec*.

[111] En somme, nous sommes actuellement en présence d'un régime fédéral incomplet qui n'exclut pas l'application de la *LPC* dans les situations appropriées.

IV. L'absence de manquements en matière de calcul des intérêts

[112] Pour les motifs de l'arrêt rendu ce jour dans *Fédération des caisses Desjardins du Québec c. Marcotte*, n° 500-09-019846-096, les frais exigés lors de l'utilisation de la carte pour effectuer un paiement en devises étrangères ne constituent pas des *frais de crédit* au sens de la *LPC*, n'entrent pas dans le calcul du *taux de crédit* et ne bénéficient pas d'un délai de grâce.

[113] Il n'en va pas autrement en vertu de l'encadrement fédéral où ils ne font pas partie des *coûts d'emprunt* et du *taux d'emprunt*.

[114] Il s'ensuit que, dans la mesure où il y a eu dénonciation des frais de conversion, les condamnations prononcées contre les appelantes sont mal fondées.

[115] Les pourvois des banques RBC, CIBC, Scotia et BLC doivent donc être accueillis.

V. Les manquements au devoir d'information

[116] Pour les motifs de l'arrêt rendu ce jour dans *Amex Bank of Canada v. Adams*, n° 500-09-019842-095, il y a lieu cependant de conclure que cinq banques ont commis une faute en omettant, durant certaines périodes, de dévoiler aux usagers de leurs cartes de crédit que l'utilisation de celles-ci pour effectuer des paiements en devises étrangères comportait des frais de conversion :

BMO, avant septembre 2002;

BNC, avant janvier 2003;

Citibanque, avant avril 2001;

TD, avant septembre 2001;

Amex, avant février 2003.

[117] Tel qu'indiqué précédemment, la réglementation fédérale ne prévoit pas de recours civil advenant de tels manquements, sans les exclure. Il faut donc s'en remettre aux lois provinciales. Il s'ensuit que, tant en vertu de la *LPC* que du Code civil, les intimés ont droit de réclamer au nom des membres l'annulation des frais et la restitution des frais perçus, mais uniquement pendant les périodes de manquement au devoir d'information. En l'espèce, les montants accordés en première instance comprennent aussi les frais perçus après ces dates puisque le juge était d'avis qu'il s'agissait de frais de crédit au sens de la *LPC*. Il faut donc réduire les montants accordés aux seules périodes de non-divulgateion.

[118] Dans le cas d'Amex, la réclamation pour avoir caché les frais de conversion jusqu'en février 2003 est entièrement couverte par le montant accordé à titre de recouvrement collectif dans le recours collectif *Adams v. Amex Bank of Canada*. Pour éviter tout doublement, il y a lieu d'accueillir l'appel d'Amex, sans frais, et de privilégier le recouvrement collectif dans l'autre dossier.

[119] Il reste à traiter du sort de quatre banques : BMO, BNC, TD et Citibanque.

[120] En vertu du recours, tel que formulé, la BMO est tenue de restituer les frais de conversion pour la période du 17 avril 2000 à août 2002 inclusivement. Il ressort de la pièce P-123 que les frais perçus pour cette période s'élevaient à 6 250 561 \$:

- 2000 :	2 172 180 \$
- 2001 :	2 370 632 \$
- 2002 :	1 707 749 \$ (8/12 de 2 561 623 \$)
TOTAL :	6 250 561 \$

Il faut ensuite réduire ce montant de 2,26 % pour tenir compte du taux moyen de mauvaises créances (par. 1052 du jugement), soit 141 263 \$, ce qui laisse un solde de 6 109 298 \$. La condamnation contre la BMO doit donc être réduite de 27 086 737 \$ à 6 109 298 \$.

[121] Pour la BNC, la période pertinente est du 17 avril 2000 à décembre 2002 inclusivement. Selon la pièce P-118, les frais perçus durant cette période sont :

- 2000 (avril à octobre) :	1 245 971 \$
- nov. 2000 - oct. 2001 :	2 525 418 \$

500-09-019849-090; 500-09-019850-098; 500-09-019851-096;
500-09-019852-094; 500-09-019853-092; 500-09-019854-090;
500-09-019855-097; 500-09-019856-095; 500-09-019857-093

PAGE : 33

- nov. 2001 - oct. 2002 :	2 580 432 \$
- nov. 2002 - déc. 2002 :	232 241, 50 \$
TOTAL :	6 584 062,50 \$

Il faut ensuite réduire ce montant de 3,35 % pour tenir compte du taux moyen de mauvaises créances (par. 1056 du jugement), soit 220 566,09 \$, ce qui laisse un solde de 6 363 496,41 \$. La condamnation contre la BNC doit donc être réduite de 33 764 531 \$ à 6 363 496, 41 \$.

[122] Quant à la Citibanque, la période pertinente est du 17 avril 2000 à mars 2001 inclusivement. La pièce P-154 indique un total pour cette période de 403 042 \$, à réduire de 4,94 % (par. 1053 du jugement), ce qui laisse un solde de 383 132 \$. La condamnation contre elle doit donc être réduite de 5 103 227 \$ à 383 132 \$.

[123] Ne reste que TD. À son endroit, le juge écrit au par. 1086 : « d'aucuns pourraient critiquer la coopération de TD à ce sujet ». Il retient de la preuve produite par les intimés qu'elle n'est pas fiable et qu'il est incapable d'arrêter un montant et d'ordonner en conséquence un recouvrement collectif (par. 1099-1101). Un recouvrement individuel a donc été ordonné pour la période du 17 avril 2000 au 31 décembre 2007. Il y a lieu de réduire cette période du 17 avril 2000 à août 2001 inclusivement, pour ne couvrir que la période du défaut de dénonciation des frais de conversion.

VI. Les dommages punitifs

[124] Puisque je ne retiens à l'égard de BMO, BNC, TD et Citibanque qu'une violation de l'obligation de divulgation des frais de conversion, tant en vertu de l'art. 12 *LPC* et du *Code civil du Québec* que de l'art. 452 *Loi sur les banques*, et que, tel qu'indiqué plus bas, il n'y a pas motif à exclure les recouvrements collectifs (sauf pour la TD), il y a lieu de revoir l'attribution des dommages punitifs. Pour, essentiellement, éviter le double emploi et tenir compte de toutes les circonstances, tel qu'indiqué dans l'arrêt *Amex*, rendu ce jour, les condamnations à des dommages punitifs doivent être rayées quant à ces banques.

[125] Quant à TD, il faut retenir que le juge a dû se résigner à ordonner un recouvrement individuel, faute par cette banque d'avoir fourni les informations requises pour ordonner un recouvrement collectif. Dans son cas, la condamnation à des dommages punitifs doit demeurer.

VII. Les moyens de droit civil

[126] Les appelantes plaident trois moyens bien connus en droit civil : renonciation, prescription et absence de préjudice. Ceux-ci n'ont désormais de valeur que dans les pourvois impliquant quatre banques (BMO, BNC, TD et Citibanque), condamnées pour avoir omis de dénoncer l'existence des frais de conversion.

- La renonciation :

[127] Les appelantes plaident qu'en payant leurs comptes, incluant les frais de conversion, les clients ont renoncé à leur droit de les contester. Comme l'explique le juge du procès, ce moyen est mal fondé.

[128] Une renonciation par une personne à la protection que lui accorde une loi, sauf s'il s'agit d'une loi d'ordre public de direction, est possible une fois le droit acquis, mais non en anticipation de celui-ci (*Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499). Cette renonciation peut alors être expresse, écrite, implicite ou tacite; dans tous les cas, elle doit néanmoins être claire, non ambiguë ou équivoque. En d'autres mots, on ne peut valablement renoncer qu'en pleine connaissance de cause et en démontrant l'intention suffisante.

[129] En l'espèce, il semble que les clients ignoraient que des frais étaient payés en raison d'un défaut de dénonciation contraire à la loi, que ce soit l'art. 452 de la *Loi sur les banques* ou l'art. 12 de la *LPC*. Lorsqu'ils l'ont appris, des recours ont été introduits, ce qui démontre une absence d'acquiescement et de renonciation correspondante.

- La prescription :

[130] Les appelantes plaident aussi prescription partielle du recours collectif en invoquant l'art. 273 *LPC* (dans la mesure où la *LPC* s'applique, ce qu'elles nient par ailleurs), tel qu'en vigueur à l'époque¹³, qu'elles considèrent énoncer un délai de déchéance :

273. Sous réserve de ce qui est prévu aux articles 274¹⁴ et 275¹⁵, une action fondée sur la présente loi se prescrit par trois ans à compter de la formation du contrat.

[131] Selon elles, les membres dont les contrats de crédit ont été formés avant le 17 avril 2000 ne peuvent être inclus dans le recours intenté le 17 avril 2003. Autrement dit,

¹³ Abrogé en 2006.

¹⁴ Relatif aux vices cachés.

¹⁵ Relatif à la garantie et la durabilité d'un bien.

le groupe ne peut comprendre des clients qui ont débuté l'usage d'une carte de crédit à compter du 17 avril 2000, puisque l'art. 29 *LPC* fait naître le contrat à la date de la première utilisation de la carte.

[132] Les représentants du groupe contestent cette prétention. Ils ajoutent qu'en fait le juge du procès a erré en excluant du groupe les personnes qui ont acquitté des frais de conversion à compter du 17 avril 2000 et qui avaient un contrat de crédit en vigueur avant cette date.

[133] Le raisonnement du juge du procès tient à la conclusion que l'art. 273 *LPC* s'applique et qu'on ne saurait parler d'un contrat continu entre le client et l'institution émettrice de la carte, mais plutôt d'une série de contrats successifs correspondant à chaque émission d'une nouvelle carte. Cela l'amène à conclure que les seules réclamations possibles sont celles découlant de contrats intervenus à compter du 17 avril 2000 (sauf s'il y a eu interruption de prescription), ce qui exclut les réclamations pour des frais payés après cette date dans le cadre d'un contrat de crédit convenu antérieurement. Pour les cinq banques qui n'ont pas divulgué les frais de conversion et qui sont les seules désormais intéressées par le moyen, il retient qu'il y a eu suspension de prescription jusqu'à la découverte de l'existence de ces frais conformément à l'art. 2904 *C.c.Q.* En d'autres mots, le moyen devient sans impact.

[134] L'idée que chaque émission d'une nouvelle carte puisse constituer un nouveau contrat de crédit surprend. Après tout, l'émission périodique d'une nouvelle carte tient plus d'une formalité de sécurité et de contrôle, que de l'octroi d'un nouveau crédit avec novation de la dette existante au moment de l'activation de la nouvelle carte. C'est plutôt le contrat d'origine qui se poursuit, assorti de l'utilisation d'une nouvelle carte, comme dans le cas du remplacement d'une carte volée ou perdue.

[135] Quant à l'art. 29 *LPC*, il s'applique certes à la naissance du contrat, lors de la réception et de l'utilisation de la première carte, mais on ne peut y voir la volonté du législateur de faire naître virtuellement un nouveau contrat chaque fois qu'une carte est remplacée. D'ailleurs, l'art. 121 *LPC* distingue entre l'émission de la carte initiale et la délivrance des cartes de remplacement.

[136] En somme, il y a lieu de retenir que le contrat de crédit ne prend pas fin par l'émission d'une carte de remplacement. Aux fins d'application de l'art. 273 *LPC*, la prescription de trois ans débutait dès la formation du contrat de crédit initial.

[137] De même, il ne ressortait pas du texte de l'art. 273 que le législateur avait voulu un délai de déchéance (*Alexandre c. Dufour*, [2005] R.J.Q. 1 (C.A.)). Il s'agissait d'un délai de prescription auquel, à titre supplétif, on pouvait appliquer les dispositions du Code civil en matière d'interruption et suspension de prescription (art. 2904 *C.c.Q.*). Comme le souligne le juge du procès, en l'espèce, le fait de cacher les frais de

conversion avait rendu impossible le début de la prescription tant et aussi longtemps que l'ignorance d'un consommateur perdurait (*Oznaga c. Société d'exploitation des loteries et courses du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 113, p. 126; *Nadeau c. Nadeau*, J.E. 2010-481, 2010 QCCA 341, par. 64 et s.).

[138] Par contre, si les frais avaient été dévoilés dans le contrat initial, puis cachés lors d'une modification de celui-ci par un amendement valide en vertu de l'art. 129 *LPC*, il va de soi que l'art. 273 ne pouvait être lu comme signifiant que le recours peut être prescrit avant la naissance même du droit de réclamer en conséquence de l'omission d'informer!

[139] En d'autres mots, la prescription de trois ans prévue à l'art. 273 *LPC* commençait ici dès la connaissance du manquement (art. 2904 *C.c.Q.*). Donc, les recours contre les cinq banques n'étaient pas prescrits sous l'art. 273 *LPC*.

[140] De toute façon, le recours contre les banques qui ont caché une information importante peut découler tout autant de la *Loi sur les banques*, complétée par le Code civil, que de l'art. 12 *LPC* (cette dernière n'exclut pas les droits et recours en vertu d'une autre loi tel que l'indique l'art. 270 *LPC*).

[141] Or, en vertu du Code civil, le délai pour la restitution de la prestation se calcule à partir du paiement, sous réserve de l'art. 2904 *C.c.Q.* Il s'ensuit que tous les clients des banques qui ont acquitté des frais de conversion cachés peuvent faire valoir leur droit, de nature personnelle, à la restitution dans les trois années de la découverte de ces frais. Le recours contre les cinq banques qui ont caché les frais de conversion est non prescrit à l'égard de tous les montants payés, limités selon le recours à ceux depuis le 17 avril 2000.

- L'absence de préjudice :

[142] Selon les banques, les détenteurs de cartes qui les ont utilisées pour payer en devises étrangères n'ont subi aucun préjudice; au contraire, ils ont eu accès à des services de conversion, et ce, à des taux compétitifs. Par conséquent, rien ne justifie une restitution des frais de conversion.

[143] En droit, puisqu'il y a eu facturation sans droit de frais de conversion, les clients ont droit à la restitution (art. 1491 et 1554 *C.c.Q.*), réparation habituelle en pareilles situations (*Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, [2009] R.J.Q. 54, 2008 QCCA 2329, par. 39).

[144] Il revenait ensuite aux banques de démontrer qu'il y avait lieu de déroger, exceptionnellement, à ce principe parce que la restitution en l'espèce procurerait un avantage indu aux membres (art. 1699, al. 2 *C.c.Q.*; art. 271 *LPC*). Or, le juge retient de

la preuve que les banques ne se sont pas déchargées de ce fardeau, une conclusion dont on ne nous démontre pas qu'elle est entachée d'une erreur manifeste et déterminante.

[145] Les condamnations en restitution prononcées, plus haut, contre les quatre banques doivent demeurer.

VIII. Les moyens propres à l'action collective

[146] Deux questions sont soulevées à l'égard de l'application des dispositions applicables aux recours collectifs : la composition du groupe et le mode de recouvrement.

[147] D'abord, les appelantes plaident que la définition des sous-groupes devrait inclure uniquement les consommateurs résidant au Québec et qui ont contracté avec elles à compter du 17 avril 2000 et devrait exclure les personnes qui n'ont pas personnellement payé les frais de conversion, parce que celles-ci ont été remboursées par une entreprise ou un tiers.

[148] Les intimés concèdent que les membres ne peuvent être que des résidents du Québec aux moments pertinents. Cette admission est suffisante et conforme à la nature du recours collectif. Quant à la deuxième partie de cette première exclusion, elle est contraire à l'analyse exposée plus haut axée non sur la date des contrats, mais sur la date de paiement des frais de conversion et les périodes où ils n'étaient pas divulgués.

[149] Par ailleurs, l'exclusion proposée des personnes qui ont pu être remboursées ne m'apparaît pas appropriée. Les seuls consommateurs qui peuvent être membres du groupe sont ceux qui ont payé les frais de conversion. Il importe peu de savoir, aux fins de définition du groupe, la nature des arrangements, s'il en est, qu'ils ont pu avoir avec des tiers. De plus, les frais de conversion remboursés par des tiers doivent être modiques par rapport aux montants accordés, puisque le juge a retenu de la preuve que l'usage des cartes était principalement personnel.

[150] Ensuite, quant à la méthode de recouvrement, le juge n'a commis aucune erreur révisable en retenant le recouvrement collectif, ni abusé de la discrétion dont l'investit à cet égard l'art. 1031 *C.p.c.* (*Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64, par. 112, 113 et 116). Il en va de même de son appréciation de la preuve et de la détermination des montants à l'égard de chaque banque.

LA CONCLUSION

[151] Pour ces motifs, je propose d'accueillir les pourvois des appelantes RBC, CIBC, Scotia et BLC, avec dépens contre les intimés, d'infirmier les parties du jugement de la Cour supérieure les concernant et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé, de rejeter le recours collectif à leur égard, avec dépens.

[152] Pour le pourvoi d'Amex, je propose de l'accueillir, sans frais vu les circonstances, d'infirmier toutes les parties du jugement de la Cour supérieure la concernant, et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être prononcé, de rejeter le recours collectif à son égard, sans frais vu les circonstances.

[153] Quant aux pourvois des appelantes BMO, BNC et Citibanque, je propose de les accueillir, sans frais vu les circonstances, aux seules fins d'infirmier les parties du dispositif du jugement de la Cour supérieure les condamnant à payer des dommages punitifs et de réduire les montants ordonnés à titre de recouvrement collectif comme suit : BMO de 27 086 737 \$ à 6 109 298 \$; BNC de 33 764 531 \$ à 6 363 496,41 \$; Citibanque, de 5 103 227 \$ à 383 132 \$, les autres parties du dispositif du jugement les concernant demeurant inchangées.

[154] Finalement, dans le cas du pourvoi de l'appelante TD, je propose d'accueillir son appel, sans frais, à la seule fin de limiter la période de recouvrement et de dommages punitifs au 31 août 2001, les autres parties du dispositif du jugement la concernant demeurant inchangées.

PIERRE J. DALPHOND, J.C.A.