

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000197-034

DATE : 11 JUIN 2009

SOUS LA PRÉSIDENTE DE L'HONORABLE CLÉMENT GASCON, J.C.S.

**RÉAL MARCOTTE
BERNARD LAPARÉ**
Demandeurs

c.
**BANQUE DE MONTRÉAL
BANQUE ROYALE DU CANADA
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**
Défenderesses

et
PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
Intervenant

et
PRÉSIDENT DE L'OFFICE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR
Intervenant

JUGEMENT

TABLE DES MATIÈRES

I	<u>INTRODUCTION</u>	5
II	<u>MISE EN SITUATION</u>	5
III	<u>LE JUGEMENT D'AUTORISATION ET LE RECOURS ENTREPRIS</u>	7
IV	<u>LES POSITIONS DES PARTIES</u>	12
	A. <u>LA DEMANDE</u>	12
	B. <u>LA DÉFENSE</u>	15
	C. <u>LES INTERVENANTS</u>	19
	1) Le Président de l'Office de la protection du consommateur	19
	2) Le Procureur général du Québec	20
V	<u>LES QUESTIONS À RÉSOUDRE</u>	21
VI	<u>ANALYSE ET DISCUSSION</u>	22
	A. <u>LE LIEN DE DROIT AVEC LES BANQUES AUTRES QU'AMEX ET BMO</u>	22
	1) l'argument des banques	23
	2) la réponse des demandeurs	25
	3) l'analyse du Tribunal	26
	a) remarques liminaires	26
	b) discussion	28
	B. <u>LA NATURE VÉRITABLE DES FRAIS DE CONVERSION</u>	36
	1) les arguments de chacun	36
	2) la question à trancher	36
	3) la preuve pertinente	37
	a) les systèmes Visa, MasterCard et American Express	37
	b) les documents contractuels des banques et de Desjardins	42
	c) les témoignages des institutions financières	48
	d) les experts entendus	49
	e) la documentation de Visa, MasterCard et l'ACFC	52
	4) l'analyse du Tribunal	53
	a) les articles pertinents de la LPC	54
	b) frais de conversion ou marge bénéficiaire ?	55
	i) les frais de conversion sont des frais	55
	ii) les frais de conversion ne sont ni une marge bénéficiaire, ni du capital net	56
	iii) les frais de conversion sont donc des frais de crédit	60
	c) les autres arguments des banques et de Desjardins	63

C. <u>L'ABSENCE DE DIVULGATION DES FRAIS DE CONVERSION</u>	66
1) BMO.....	67
2) BNC.....	68
3) CITIBANQUE.....	69
4) TD.....	70
5) AMEX.....	70
D. <u>LA RENONCIATION IMPUTÉE AUX CONSOMMATEURS</u>	71
E. <u>LA PRESCRIPTION</u>	75
F. <u>LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE</u>	81
1) l'argument des banques.....	81
2) la réponse du PGQ.....	82
3) l'analyse du Tribunal.....	83
a) les principes directeurs.....	83
b) les règles constitutionnelles applicables et la démarche analytique.....	86
c) le caractère véritable de la législation provinciale.....	88
d) la doctrine de l'exclusivité des compétences.....	92
i) remarques liminaires.....	92
ii) les éléments vitaux et essentiels (le « <i>core</i> »).....	95
iii) la notion d'opérations bancaires ou de « <i>banking</i> ».....	96
iv) les cartes de crédit.....	104
v) les opérations de change.....	113
vi) les moyens de paiement et opérations de compensation et de règlement en matière de cartes de crédit.....	115
vii) la preuve d'entrave.....	116
e) la doctrine de la prépondérance fédérale.....	125
i) remarques liminaires.....	125
ii) les dispositions législatives concernées.....	128
iii) l'absence de conflits opérationnels.....	138
iv) l'absence de conflit avec le but poursuivi par le législateur fédéral.....	142
G. <u>LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES ET LES RECOURS DISPONIBLES</u>	145
1) les violations de la <i>LPC</i> communes à toutes les banques.....	145
2) l'absence de divulgation reprochée à certaines banques.....	146
3) les recours disponibles.....	149

H. <u>LES CONCLUSIONS RECHERCHÉES</u>	154
1) le remboursement des frais de conversion	154
a) RBC, CIBC, BNE et BL	154
b) BMO, Citibanque, BNC, Amex et TD	161
c) le mode de recouvrement	167
i) les critères applicables.....	168
ii) les montants totaux suffisamment exacts.....	170
- RBC, CIBC, BNE et BL	
- BMO, Citibanque, BNC et Amex	
iii) les montants totaux imprécis.....	176
- RBC, CIBC, BNE et BL	
- Amex	
- TD	
iv) la création de sous-groupes.....	179
2) les dommages punitifs	182
a) la méthode de calcul proposée	182
b) les critères applicables aux dommages punitifs	184
c) les articles 72, 83, 91 et 92 LPC et 55 à 61 de son Règlement d'application	185
d) l'article 12 LPC	188
e) le mode de recouvrement	189
3) récapitulatif	189
4) l'ordonnance quant aux documents	191
VII <u>DISPOSITIF</u>	191

I INTRODUCTION

[1] Le Tribunal rend jugement ce jour dans trois affaires¹, connexes mais distinctes, qui opposent principalement² des consommateurs à des institutions financières oeuvrant au Québec.

[2] Les conflits portent, pour l'essentiel³, sur les cartes de crédit. Ils concernent plus précisément la légalité des frais ou commissions facturés lors de la conversion des transactions effectuées en devises étrangères imputées sur ces cartes.

II MISE EN SITUATION

[3] En l'espèce⁴, Réal Marcotte et Bernard Laparé se disent consommateurs résidant au Québec. À ce titre, comme plusieurs autres d'ailleurs, ils détiennent une carte de crédit personnelle.

[4] Celle de M. Marcotte est une carte Visa; la Banque de Montréal (BMO) en est l'institution financière émettrice. Celle de M. Laparé est une carte American Express; la Banque Amex du Canada (Amex) la lui a émise.

[5] Comme plusieurs toujours, MM. Marcotte et Laparé utilisent à l'occasion leurs cartes de crédit pour faire des achats en devises autres que le dollar canadien. Lors des opérations de conversion qui s'ensuivent, BMO et Amex leur imputent des frais établis à un pourcentage fixe du montant converti.

[6] Aux yeux de MM. Marcotte et Laparé, et bien que l'utilité de la carte de crédit à cette fin reste indéniable, ce serait là que le bât blesse.

[7] En effet, disent-ils, l'imputation de tels frais de conversion serait illégale, car contraire à la *Loi sur la protection du consommateur (LPC)*⁵ et au *Code civil du Québec (C.c.Q.)*⁶. Ils en revendiquent donc le remboursement intégral, en plus de dommages punitifs.

[8] BMO et Amex réfutent leurs arguments. Elles respectent la loi et n'ont rien à se reprocher.

¹ Dossiers 500-06-000197-034 (*Marcotte-Banques*), 500-06-000223-046 (*Marcotte-Desjardins*), et 500-06-000262-044 (*Adams-Amex*).

² À la différence des deux autres, le dossier *Adams-Amex* inclut aussi des non-consommateurs.

³ À la différence des deux autres, le dossier *Adams-Amex* inclut aussi les cartes de paiement (*charge cards*).

⁴ Dossier 500-06-000197-034 (*Marcotte-Banques*).

⁵ L.R.Q., c. P-40.1.

⁶ L.Q., 1991, c. 64.

[9] Jusque-là, l'affaire peut sembler simple, voire anodine. Cependant, il n'en est rien et ce, pour une raison majeure. Le recours de MM. Marcotte et Laparé ne se limite pas à leurs seuls cas. Il s'agit d'un recours collectif.

[10] De ce fait, les enjeux sont peu banals. Trois facteurs déterminants y contribuent.

[11] Premièrement, les membres touchés se comptent par dizaines de milliers.

[12] Deuxièmement, les institutions financières visées ne se limitent pas aux seules BMO et Amex. Sept autres banques faisant affaires au Québec dans ce domaine sont aussi ciblées : il s'agit de la Banque royale du Canada (RBC), de la Banque Toronto-Dominion (TD), de la Banque canadienne impériale de commerce (CIBC), de la Banque de Nouvelle-Écosse (BNE), de la Banque nationale du Canada (BNC), de la Banque Laurentienne du Canada (BL) et de Citibanque Canada (Citibanque).

[13] En comparaison, dans le second dossier connexe qui n'implique que M. Marcotte à titre de représentant du groupe, la Fédération des caisses Desjardins du Québec (Desjardins) est la seule institution financière ciblée⁷. Dans le troisième dossier, M. Sylvan Adams, le représentant, ne vise pour sa part qu'Amex⁸.

[14] Troisièmement, puisque la période visée par le recours s'étend de 2001 à 2007, les sommes en jeu sont colossales⁹.

[15] En termes de remboursement des frais de conversion, la somme totale réclamée excède 240 millions de dollars. En termes de dommages punitifs, les réclamations culminent à plus de 265 millions de dollars. Le détail est le suivant pour chacune des banques :

Banques	Remboursement des frais de conversion	Dommages punitifs
BMO	28 280 845 \$	35 351 056 \$
CIBC	75 568 670 \$	75 568 670 \$
BL	5 056 241 \$	5 056 241 \$
BNC	33 764 531 \$	42 205 663 \$
RBC	56 729 735 \$	56 729 735 \$
BNE	5 813 414 \$	5 813 414 \$
Amex	11 147 647 \$	13 871 920 \$
TD	20 636 662 \$	25 795 827 \$
Citibanque	5 103 228 \$	6 379 035 \$
TOTAL	242 100 973 \$	266 771 561 \$

⁷ Dossier 500-06-000223-046 (*Marcotte-Desjardins*).

⁸ Dossier 500-06-000262-044 (*Adams-Amex*).

⁹ Requête introductive d'instance réamendée du 25 novembre 2008.

[16] Devant ce constat, l'on comprend aisément l'ampleur des moyens consacrés par chacun au soutien de leurs positions respectives.

[17] Avant d'identifier les nombreuses questions à résoudre qui en découlent, il convient de préciser la nature du jugement d'autorisation et du recours entrepris et de résumer les positions adoptées par la demande, la défense et les intervenants.

III LE JUGEMENT D'AUTORISATION ET LE RECOURS ENTREPRIS¹⁰

[18] Le jugement d'autorisation et le recours entrepris sont tributaires de l'historique particulier du dossier. Ils ne se comprennent que sous l'éclairage du cheminement parallèle du dossier connexe ***Marcotte-Desjardins***.

[19] En avril 2003, M. Marcotte dépose une requête pour être autorisé à exercer un recours collectif à la fois contre les banques et Desjardins. Cette requête reproche à toutes les intimées d'imposer illégalement des frais de conversion de monnaie étrangère aux détenteurs de cartes de crédit, en violation de la *LPC*.

[20] M. Marcotte estime qu'aux termes de la *LPC*, ces frais de conversion sont des frais de crédit qu'on ne peut exiger pendant la période de grâce de 21 jours prévue par la loi.

[21] Au début du recours original, les banques annoncent leur intention de soulever l'inapplicabilité constitutionnelle de la *LPC* à leur endroit. En réaction, M. Marcotte dépose une seconde requête en autorisation d'exercer un recours collectif séparé contre Desjardins (dossier ***Marcotte-Desjardins***), se désiste ensuite du recours original en ce qui concerne Desjardins, et le continue uniquement contre les banques (dossier ***Marcotte-Banques***).

[22] Dès lors, les deux dossiers empruntent des chemins différents.

[23] D'un côté, Desjardins ne conteste pas la demande d'autorisation d'exercer le recours distinct contre elle. Il est donc autorisé dès juillet 2004 et éventuellement fixé pour une audience de douze jours devant débuter en juin 2006.

[24] De l'autre côté, le dossier ***Marcotte-Banques*** ne suit pas une progression aussi rapide. Il est entre autres retardé en raison d'une directive administrative de la Cour, dans l'attente d'un arrêt de la Cour d'appel pouvant affecter l'ensemble des demandes d'autorisation d'intenter un recours collectif, soit l'affaire *Pharmascience*¹¹. Ce n'est qu'une fois cet arrêt rendu que le dossier se réactive.

¹⁰ Cette partie du jugement est essentiellement identique dans les dossiers ***Marcotte-Banques*** et ***Marcotte-Desjardins***.

¹¹ *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367 (C.A.).

[25] Aussi, en 2006, le dossier **Marcotte-Banques** n'a toujours pas franchi l'étape de l'autorisation. En outre, l'évolution indépendante de chacun des dossiers fait en sorte que deux juges différents en assurent alors la gestion particulière.

[26] En mai 2006, confrontées à cette situation et à l'imminence du procès au fond dans le dossier **Marcotte-Desjardins**, les banques présentent une requête au juge en chef de la Cour supérieure afin que les deux dossiers soient désormais coordonnés pour être entendus ensemble par un même juge¹².

[27] Les banques font valoir que les recours soulèvent des questions constitutionnelles similaires et des questions identiques sur l'interprétation et l'application de la *LPC*. Elles avancent qu'une partie importante de la preuve présentée sera la même dans les deux dossiers.

[28] Elles soutiennent que tout résultat final sera plus facile de compréhension pour les membres des groupes visés si les affaires sont décidées en même temps. Dans les deux cas, il s'agit en effet d'utilisateurs des mêmes cartes de crédit (Visa ou MasterCard), bien que l'institution émettrice varie¹³.

[29] Par leur requête, les banques cherchent à éviter qu'un procès ait lieu en juin 2006 dans le dossier **Marcotte-Desjardins** et qu'un jugement y soit rendu alors que le dossier **Marcotte-Banques** n'est toujours pas en état.

[30] Devant le juge en chef, elles doivent cependant faire un compromis pour atteindre l'objectif recherché. Elles acceptent ainsi de se désister de leur contestation de la requête en autorisation d'exercer un recours collectif dans le dossier **Marcotte-Banques**, afin de faciliter sa mise en état et son arrimage éventuel au dossier **Marcotte-Desjardins**.

[31] C'est ce que le juge en chef note aux paragraphes 22 et 23 de son jugement du 18 mai 2006¹⁴ qui accorde la requête. La conséquence est la remise du procès fixé dans le dossier **Marcotte-Desjardins**, la désignation du soussigné pour entendre les deux dossiers, et la reconnaissance de l'engagement des banques de mettre leur dossier en état pour que les deux affaires soient instruites ensemble aussitôt que possible.

[32] À cette occasion, les banques qualifient toutefois le désistement de leur contestation et précisent qu'elles ne renoncent pas à leur argument d'absence de lien

¹² « Requête au juge en chef pour que le juge Jean-Yves Lalonde soit autorisé à entendre le recours collectif de Réal Marcotte contre les banques et ce, malgré les dispositions des articles 234 et 235 *C.p.c.* et, subsidiairement, que le juge Jean-Yves Lalonde soit autorisé à entendre la requête des Banques en intervention et ce, malgré des dispositions des articles 234 et 235 *C.p.c.* » datée du 9 mai 2006.

¹³ *Id.*, paragr. 25-29.

¹⁴ *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2006 QCCS 2963.

de droit avec M. Marcotte. À l'époque, comme aujourd'hui, il ne détient une carte de crédit qu'avec BMO et Desjardins. Il n'en a aucune avec les autres banques.

[33] Dès le 19 mai 2006, à la suite de ce jugement du juge en chef et en l'absence de contestation des banques, le Tribunal autorise le recours collectif du dossier **Marcotte-Banques**. Il précise dans les « *considérant* » que toutes les conditions de l'article 1003 C.p.c. sont satisfaites.

[34] Ainsi, la situation qui prévaut alors se résume à ceci.

[35] D'un côté, dans le dossier **Marcotte-Desjardins**, un jugement d'autorisation du 5 juillet 2004 vise les membres du groupe suivant :

Tous les consommateurs détenteurs d'une carte de crédit émise par la défenderesse [Desjardins] à qui des frais pour des transactions effectuées en devises étrangères ont été facturés depuis le 17 avril 2000, et ce avant l'expiration d'un délai de 21 jours suivant l'envoi d'un état de compte.

[36] De l'autre côté, dans le dossier **Marcotte-Banques**, un jugement d'autorisation du 19 mai 2006 vise les membres du groupe suivant :

Tous les consommateurs détenteurs d'une carte de crédit émise par une des défenderesses [les banques] à qui des frais pour des transactions effectuées en devises étrangères ont été facturés depuis le 17 avril 2000, et ce avant l'expiration d'un délai de 21 jours suivant l'envoi d'un état de compte.

[37] Les descriptions dont chaque dossier traite sont, en définitive, identiques, sauf quant aux défenderesses concernées.

[38] À compter de mai 2006, conformément au jugement du juge en chef, les deux dossiers cheminent ensemble. De fait, avec la collaboration des avocats impliqués, leur mise en état progresse de façon concurrente, sinon carrément commune, vu la similitude des questions soulevées dans chaque affaire.

[39] En cours d'instance, soit le 18 octobre 2006, la Cour d'appel rend son arrêt dans l'affaire *Agropur*¹⁵. En matière de recours collectif, plusieurs parties dans de nombreux dossiers attendent la décision, tantôt avec impatience, parfois avec appréhension.

[40] Dans la présente cause, Amex fait partie de la première faction.

[41] Le 19 octobre, forte de cet arrêt, elle signifie une requête en rejet d'action. Le motif qu'elle invoque est simple. L'absence de lien de droit entre elle et le représentant du groupe, M. Marcotte, ferait échec au recours collectif dans son cas : l'intérêt suffisant requis serait simplement inexistant.

¹⁵ *Bouchard c. Agropur Coopérative*, [2006] R.J.Q. 2349, 2006 QCCA 1342 (l'arrêt **Agropur**).

[42] En réponse à la requête en irrecevabilité, M. Marcotte présente une requête en substitution et pour permission d'amender sa requête introductive.

[43] D'une part, il y soulève ceci. Dans un contexte où le recours collectif est déjà autorisé en raison notamment du désistement de toute contestation par les banques, Amex aurait renoncé à plaider que les critères de 1003 *C.p.c.* ne sont pas satisfaits à son endroit. Elle ne saurait être admise à revenir sur la parole donnée.

[44] M. Marcotte est d'avis qu'Amex aurait pu évoquer cette absence de lien de droit à l'étape de l'autorisation. Sa requête en irrecevabilité serait, en somme, une tentative illégale d'en appeler d'un jugement d'autorisation rendu sans contestation.

[45] D'autre part, afin d'éviter un débat juridique à son avis inutile, M. Marcotte propose de substituer un membre du groupe, M. Laparé, à titre de représentant en ce qui concerne Amex. Il joint à sa requête une procédure amendée où il ajoute quelques allégations précisant que M. Laparé détient une carte de crédit American Express émise par Amex et établissant les faits donnant ouverture à son recours individuel.

[46] Par jugement du 11 décembre 2006¹⁶, l'amendement recherché est autorisé. De l'avis du Tribunal, cet amendement que M. Marcotte suggère pour pallier le problème du lien de droit qui se soulève constitue une solution à la fois simple, conforme à ce qu'autorise le *Code de procédure civile* et respectueuse des droits de chacun dans le contexte particulier de l'évolution de ce dossier.

[47] Après cet amendement, le recours entrepris comporte deux représentants, MM. Marcotte et Laparé, chacun détenant une carte de crédit avec l'une des neuf banques visées, soit BMO et Amex respectivement.

[48] Par contre, malgré ce jugement et contrairement à ce qu'ils ont fait pour M. Laparé, les avocats en demande ne présentent aucun représentant additionnel détenant une carte de crédit avec les sept autres banques concernées. En outre, aucune d'entre elles ne présente une requête en irrecevabilité similaire à celle d'Amex.

[49] Cette situation perdurera jusqu'aux procès au fond et jusqu'à la mise en délibéré des dossiers. Nous y reviendrons.

[50] Quoiqu'il en soit, le 23 novembre 2007¹⁷, à la suite d'une requête pour directives de gestion de Desjardins, le Tribunal décrète l'audition concurrente au mérite des deux dossiers selon les paramètres suivants :

¹⁶ Jugement sur requête en irrecevabilité et sur requête en substitution et pour permission d'amender, *Marcotte c. Banque de Montréal*, [2007] R.J.Q. 158, 2006 QCCS 5497.

¹⁷ Motifs du jugement prononcé séance tenante sur requête pour directives de gestion relativement à l'audition concurrente, datés du 23 novembre 2007.

- a) La demande présentera d'abord sa preuve de façon concurrente dans les deux dossiers, en identifiant pour chaque témoin, pièce ou expertise, au(x)quel(s) dossier(s) la preuve se rapporte. Le droit au contre-interrogatoire sera fonction du ou des dossiers au(x)quel(s) la preuve se rapporte;
- b) Les défendeurs présenteront ensuite leur preuve de façon concurrente dans les deux dossiers, en procédant de la même façon que pour la demande;
- c) Les mis en cause et intervenants présenteront enfin leur preuve de façon concurrente dans les deux dossiers, toujours en procédant de la même façon que pour la demande;
- d) Dans la mesure du possible, les parties procéderont en regroupant les éléments de preuve communs aux deux dossiers et, idéalement, en regroupant la preuve en fonction des sujets visés;
- e) Les arguments seront plaidés de façon simultanée dans les deux dossiers, idéalement par sujets, en identifiant ce qui se rapporte à l'un ou à l'autre, et ce, selon le même ordre que pour la preuve.

[51] Quelques mois avant le début de l'audience au mérite, les demandeurs dans les deux dossiers présentent une requête pour modifier les groupes visés. L'objectif est d'inclure une date butoir à la période de temps visée par les descriptions des groupes.

[52] Le 14 mars 2008¹⁸, le Tribunal permet la modification à la description des groupes autorisés afin de les limiter à la période comprise entre les 17 avril 2000 et 31 décembre 2007.

[53] En définitive, les groupes visés restent somme toute identiques dans les deux dossiers. Il en va de même des principales questions de faits et de droit à être traitées collectivement que les jugements d'autorisation identifient ainsi :

- Les frais imposés par les défenderesses aux membres du groupe pour des transactions effectuées en devises étrangères depuis le 17 avril 2000 l'ont-ils été illégalement ?
- Les défenderesses doivent-elles restituer aux membres du groupe les frais pour des transactions effectuées en devises étrangères qu'elles leur ont illégalement imposés ?
- Les membres du groupe ont-ils droit à des dommages pour troubles et inconvénients et, le cas échéant, à quelle somme chacun des membres du groupe a-t-il droit ?
- Les membres du groupe ont-ils droit à des dommages exemplaires et, le cas échéant, à quelle somme chacun des membres du groupe a-t-il droit ?

¹⁸ Jugement sur requêtes pour modifier le groupe visé par le recours collectif, daté du 14 mars 2008.

[54] À l'audience, avec l'autorisation du Tribunal, les demandeurs retirent la troisième question, si bien que l'octroi de dommages pour troubles et inconvénients ne se pose plus.

[55] Quant aux autres dommages, MM. Marcotte et Laparé recherchent un recouvrement collectif pour le groupe décrit. Les sommes réclamées au chapitre des frais de conversion et des dommages punitifs sont détaillées au paragraphe 15 de ce jugement.

[56] En argument, ils y ajoutent une conclusion visant à ordonner aux banques de ne pas détruire les documents ou les données faisant état des frais payés par les membres du groupe pour les transactions effectuées en devises étrangères.

IV LES POSITIONS DES PARTIES

A. LA DEMANDE¹⁹

[57] MM. Marcotte et Laparé considèrent que les frais de conversion que les banques facturent aux membres du groupe lors de transactions effectuées en devises étrangères portées sur les cartes de crédit sont des « frais de crédit » au sens où l'entend la *LPC*.

[58] Selon eux, puisque ces frais sont facturés à l'occasion d'un contrat de crédit variable²⁰, ils ne peuvent être qualifiés que de « capital net » ou de « frais de crédit » en vertu des articles 67 a), 68 b), 69 a) et 70 *LPC* :

67. Aux fins de la présente section, on entend par:

« obligation totale »

a) « obligation totale »: la somme du capital net et des frais de crédit;

[...]

68. Le capital net est:

[...]

b) dans le cas d'un contrat assorti d'un crédit ou d'un contrat de crédit variable, la somme pour laquelle le crédit est effectivement consenti.

Frais exclus.

Toute composante des frais de crédit est exclue de ces sommes.

69. On entend par «frais de crédit» la somme que le consommateur doit payer en vertu du contrat, en plus:

¹⁹ Cette partie du jugement est essentiellement identique dans les dossiers **Marcotte-Banques** et **Marcotte-Desjardins**.

²⁰ Articles 66 b) et 118 *LPC*.

- a) du capital net, dans le cas d'un contrat de prêt d'argent ou d'un contrat de crédit variable;

[...]

70. Les frais de crédit doivent être déterminés en incluant leurs composantes dont, notamment:

- a) la somme réclamée à titre d'intérêt;
- b) la prime d'une assurance souscrite, à l'exception de la prime d'assurance automobile;
- c) la ristourne;
- d) les frais d'administration, de courtage, d'expertise, d'acte ainsi que les frais engagés pour l'obtention d'un rapport de solvabilité;
- e) les frais d'adhésion ou de renouvellement;
- f) la commission;
- g) la valeur du rabais ou de l'escompte auquel le consommateur a droit s'il paye comptant;
- h) les droits exigibles en vertu d'une loi fédérale ou provinciale, imposés en raison du crédit.

[59] MM. Marcotte et Laparé soutiennent que les frais de conversion ne sont manifestement pas du « capital net ». Ils entreraient plutôt dans le cadre de la catégorie résiduaire des « frais de crédit » de l'article 70. Ce serait, à leurs yeux, la seule façon de qualifier les frais de conversion. Du reste, les termes utilisés aux conventions de crédit variable des banques montreraient qu'il s'agit bel et bien de frais au sens où l'entend l'énumération de cet article.

[60] Cela étant, les frais de conversion imputés par les banques aux membres du groupe l'auraient été en violation flagrante de la *LPC* et ce, pour trois raisons.

[61] En premier lieu, contrairement aux articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et 55 à 61 de son Règlement d'application, les banques n'auraient ni calculé, ni divulgué ces frais de conversion sous la forme d'un pourcentage annuel. Ces frais ne feraient pas partie du taux de crédit mentionné. Les banques ne les auraient pas exprimés non plus en dollars et en cents, malgré ce que l'article 71 exige :

71. Le commerçant doit mentionner les frais de crédit en termes de dollars et de cents et indiquer qu'ils se rapportent:

[...]

- b) à la période faisant l'objet de l'état de compte dans le cas d'un contrat de crédit variable.

72. Le taux de crédit est l'expression des frais de crédit sous la forme d'un pourcentage annuel. Il doit être calculé et divulgué de la manière prescrite par règlement.

Composantes exclues.

Pour le calcul du taux de crédit dans le cas d'un contrat de crédit variable, on ne tient pas compte des composantes suivantes des frais de crédit:

- a) les frais d'adhésion ou de renouvellement; et
- b) la valeur du rabais ou de l'escompte auquel le consommateur a droit s'il paye comptant.

[...]

83. Le commerçant ne peut exiger sur une somme due par le consommateur des frais de crédit calculés suivant un taux de crédit plus élevé que le moindre des deux taux suivants: celui calculé conformément à la présente loi ou celui qui est mentionné au contrat.

91. Les frais de crédit doivent être calculés selon la méthode de type actuariel prescrite par règlement²¹.

92. Les frais de crédit, qu'ils soient imposés à titre de pénalité, de frais de retard, de frais d'atermoisement, ou à un autre titre doivent être calculés de la manière prévue à l'article 91, à l'exception des composantes mentionnées aux paragraphes a et b du deuxième alinéa de l'article 72 dans le cas d'un contrat de crédit variable.

[62] En second lieu, les banques auraient imposé les frais de conversion avant d'envoyer l'état de compte et sans donner le délai de grâce prévu à l'article 126 *LPC* :

126. À la fin de chaque période, le commerçant, s'il a une créance à l'égard d'un consommateur, doit lui fournir un état de compte, posté au moins vingt et un jours avant la date à laquelle le créancier peut exiger des frais de crédit si le consommateur n'acquitte pas la totalité de son obligation; dans le cas d'une avance en argent, ces frais peuvent courir à compter de la date de cette avance jusqu'à la date du paiement.

[63] En dernier lieu, cinq banques, soit Amex, TD, BMO, BNC et Citibanque, auraient aussi fait défaut de divulguer l'existence même de ces frais de conversion pendant une certaine période, en contravention des articles 12, 219 et 228 *LPC* :

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

²¹ Il s'agit des articles 55 à 61 du Règlement d'application, R.R.Q. 1981, c. P-40.1, r.1.

219. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire une représentation fausse ou trompeuse à un consommateur.

228. Aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important.

[64] MM. Marcotte et Laparé estiment que, pour l'essentiel, ce sont là des violations de règles de fond et de devoirs impératifs imposés par la *LPC*, ce que le recours prévu à l'article 272 *LPC* vise à sanctionner :

272. Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret pris en vertu de l'article 315.1, le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas:

- a) l'exécution de l'obligation;
- b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant;
- c) la réduction de son obligation;
- d) la résiliation du contrat;
- e) la résolution du contrat; ou
- f) la nullité du contrat,

sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs.

[65] Par conséquent, cela donnerait ouverture, d'un côté, à la restitution des frais de conversion illégalement facturés et, de l'autre, à l'octroi de dommages punitifs.

[66] Pour MM. Marcotte et Laparé, ces deux chefs de dommages devraient faire l'objet d'un recouvrement collectif car, dans chaque cas, la preuve établit de façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres à l'endroit de chacune des banques (article 1031 *C.p.c.*).

B. LA DÉFENSE

[67] Les banques contestent avec vigueur les prétentions de MM. Marcotte et Laparé. Elles soulèvent une série d'arguments en cascade à l'encontre du recours entrepris. Chaque moyen se veut subsidiaire à celui qui le précède.

[68] Premièrement, toutes les banques autres que BMO et Amex estiment que le recours collectif devrait être rejeté à leur égard, vu l'absence d'intérêt et de lien de droit des deux représentants envers chacune d'entre elles.

[69] Deuxièmement, contrairement à ce qu'affirment MM. Marcotte et Laparé, toutes les banques soulèvent que les frais de conversion ne seraient pas des « frais de crédit » au sens où l'entend la *LPC*.

[70] Ces frais de conversion seraient plutôt une composante du taux de change facturé par les banques lors d'une transaction effectuée en devises étrangères. Cette composante, qui ne serait rien d'autre que la marge bénéficiaire reliée au service de conversion qu'elles offrent indépendamment de l'octroi du crédit, ferait donc partie du « capital net » aux termes de la *LPC*.

[71] En outre, selon les banques, l'on ne saurait qualifier cette marge bénéficiaire de « frais de crédit », puisqu'elle n'est pas exigée en raison de l'octroi d'un « crédit » selon la définition de l'article 1 f) *LPC* :

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

[...]

f) «crédit»: le droit consenti par un commerçant à un consommateur d'exécuter à terme une obligation, moyennant des frais;

[72] En somme, les banques plaident que la conversion de devises constitue un service distinct, non lié au contrat de crédit variable. Partant, la marge bénéficiaire qu'elles facturent à ce chapitre ne saurait être qualifiée de « frais de crédit » au sens de la *LPC*.

[73] Troisièmement, les cinq banques qui auraient fait défaut de divulguer les frais de conversion pendant une certaine période réfutent cette prétention au motif qu'en tout temps, ces frais étaient intégrés au taux de change imputé au détenteur de carte. Or, ce taux de change était dénoncé de façon claire au consommateur. Seul le taux global importait pour le client, ce qu'il acceptait en payant le solde de son relevé chaque mois.

[74] Quatrièmement, les banques ajoutent qu'à tout événement, en payant le solde de leur état de compte à chaque mois sur la foi des taux de change imputés sur les cartes de crédit, les membres du groupe auraient renoncé à tout recours contre elles.

[75] Cinquièmement, les banques soulèvent que le recours serait prescrit pour tous les membres dont le contrat de crédit variable fut formé avant le 17 avril 2000, soit plus de trois ans avant la date de la requête en autorisation.

[76] Sixièmement, dans la mesure où le Tribunal rejette l'argument d'absence d'intérêt et de lien de droit de certaines des banques, conclut que les frais de conversion sont des « frais de crédit », estime que les membres n'ont pas renoncé à leur recours et ne retient pas l'argument de prescription, les banques plaident que les dispositions pertinentes de la *LPC* et de son Règlement d'application seraient constitutionnellement inapplicables ou inopérantes à leur endroit.

[77] À ce chapitre, l'argument constitutionnel des banques est de deux ordres :

- a) En premier lieu, elles invoquent la doctrine de l'exclusivité des compétences pour soutenir que les dispositions concernées de la *LPC* et de son Règlement d'application leur seraient inapplicables.

Selon elles, en réglementant le coût du crédit offert au consommateur, le législateur provincial entrave trois éléments essentiels de l'activité des banques, soit les cartes de crédit, les opérations de change et les moyens de paiement et opérations de compensation et de règlement afférentes à ces cartes.

Les banques relevant de la compétence exclusive du Parlement (art. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²²), le législateur provincial ne pourrait agir ainsi :

91 [...] il est par la présente déclaré que... l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

[...]

15. Les banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie.

91 ... it is hereby declared that... the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,

...

15. Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money.

- b) En second lieu, elles invoquent la doctrine de la prépondérance fédérale pour soutenir que ces dispositions de la *LPC*, loi provinciale d'application générale, ne peuvent s'appliquer aux banques, puisqu'elles produisent un résultat incompatible avec la législation et la réglementation fédérales portant sur les opérations bancaires, soit la *Loi sur les banques*²³, son *Règlement sur le coût d'emprunt*²⁴ et la *Loi sur l'agence de la consommation en matière financière du Canada*²⁵.

À cet égard, les banques soutiennent à la fois qu'il y a conflit opérationnel entre les lois fédérales et la *LPC* et que la *LPC* empêche la réalisation du but des lois fédérales.

[78] Septièmement, dans la mesure où leur argument constitutionnel n'est pas retenu par le Tribunal, les banques font valoir que les violations alléguées de la *LPC* ne seraient sanctionnées que par l'article 271 *LPC* :

²² *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. 11, n° 5.

²³ L.C. 1991, c. 46.

²⁴ DORS/92-320 et DORS/2001-101

²⁵ L.C. 2001, c. 9.

271. Si l'une des règles de formation prévues par les articles 25 à 28 n'a pas été respectée, ou si un contrat ne respecte pas une exigence de forme prescrite par la présente loi ou un règlement, le consommateur peut demander la nullité du contrat.

Contrat de crédit.

Dans le cas d'un contrat de crédit, lorsqu'une modalité de paiement ou encore le calcul ou une indication des frais de crédit ou du taux de crédit n'est pas conforme à la présente loi ou à un règlement, le consommateur peut demander, à son choix, soit la nullité du contrat, soit la suppression des frais de crédit et la restitution de la partie des frais de crédit déjà payée.

Acquiescement du tribunal.

Le tribunal accueille la demande du consommateur sauf si le commerçant démontre que le consommateur n'a subi aucun préjudice du fait qu'une des règles ou des exigences susmentionnées n'a pas été respectée.

[79] De ce fait, en l'absence de préjudice causé aux membres du groupe, il n'y aurait pas lieu à quelque restitution. De plus, aux termes de cet article 271, les membres du groupe n'auraient pas droit à quelque dommage punitif.

[80] De toute façon, selon les banques, aucun des critères justifiant l'octroi de dommages punitifs ne serait satisfait en l'espèce.

[81] Finalement, quant au recouvrement collectif dont s'autorisent MM. Marcotte et Laparé, les banques considèrent que les chiffres avancés souffriraient de trop d'imprécisions pour le justifier.

[82] Les calculs effectués seraient basés sur des estimés. De plus, il serait impossible d'isoler les transactions faites à des fins d'affaires, la province de résidence de chaque membre resterait à établir, et une question de prescription se soulèverait dans plusieurs cas individuels.

[83] Au mieux, l'on ne saurait donc envisager qu'un recouvrement par voie de réclamations individuelles.

[84] Cela dit, au-delà des prétentions avancées dans leur position en demande, MM. Marcotte et Laparé réfutent bien sûr les arguments d'absence d'intérêt et de lien de droit, de renonciation implicite et de prescription formulés par les banques.

[85] Ils appuient aussi pleinement la position du Procureur général du Québec (PGQ) en regard des arguments constitutionnels que soulèvent les banques.

C. LES INTERVENANTS

1) Le Président de l'Office de la protection du consommateur²⁶

[86] Le Président de l'Office de la protection du consommateur (l'Office) intervient en l'instance pour appuyer la position de MM. Marcotte et Laparé.

[87] L'Office fait d'abord valoir que la *LPC* s'applique aux contrats d'utilisation d'une carte de crédit conclu entre personne physique et les banques. Il plaide que les recours en l'espèce sont exercés uniquement au nom de consommateurs et que les banques ne sauraient s'appuyer sur leur omission de vérifier la finalité des contrats qu'elles concluent pour soutenir que ceux-ci ne sont pas visés par la *LPC*.

[88] À ce chapitre, ce serait la finalité du contrat des membres du groupe qui importe, et non pas la qualification de chacune des transactions individuellement.

[89] Dans cette mesure, la preuve établirait que le recours vise les personnes physiques qui se procurent un bien ou un service pour une fin autre que leur commerce, ce qui suffirait à les qualifier de consommateurs.

[90] Ensuite, l'Office appuie la prétention de MM. Marcotte et Laparé voulant que les frais de conversion de devises soient des « frais de crédit » au sens de la *LPC*. Selon l'Office, le « capital net » se limite à la somme ou valeur dont bénéficie véritablement le consommateur. Les frais de conversion ne sauraient être qualifiés ainsi. La définition de « frais de crédit » serait large et non limitative dans la *LPC*. Elle viserait toutes les charges exigées d'un consommateur qui est partie à un contrat de crédit, y compris pour des services accessoires.

[91] À cet égard, l'Office rappelle qu'en vertu de la *LPC* et du *Code civil du Québec*, le contrat de crédit variable intervenu entre les membres du groupe et les banques doit être interprété en faveur du consommateur.

[92] Par ailleurs, l'Office soutient lui aussi que les frais de conversion exigés par les banques contreviennent à la *LPC*. Étant des « frais de crédit », ils doivent être exprimés sous la forme de pourcentage annuel et d'un taux de crédit. Ils doivent être calculés selon les dispositions du Règlement d'application. Ce ne serait manifestement pas le cas en l'espèce.

[93] Finalement, la *LPC* étant une loi d'ordre public, l'on ne saurait, aux yeux de l'Office, prétendre sérieusement à une renonciation tacite des membres du groupe aux recours de la *LPC* par le paiement de leurs états de compte mensuels.

²⁶ Cette partie du jugement est essentiellement identique dans les dossiers ***Marcotte-Banques*** et ***Marcotte-Desjardins***.

2) Le Procureur général du Québec

[94] Le PGQ intervient en l'instance à la suite des avis d'intention selon l'article 95 *C.p.c.* que les banques ont signifié. Son intervention se limite à réfuter les arguments constitutionnels soulevés.

[95] Sommairement, le PGQ soutient que les mesures législatives en cause relèvent de la compétence de la législature provinciale en vertu des articles 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

92 Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

[...]

13. La propriété et les droits civils dans la province;

[...]

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

92 In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,

[...]

13. Property and Civil Rights in the Province.

[...]

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

[96] Le PGQ plaide que le caractère véritable de la *LPC* est de régler les contrats intervenus entre des consommateurs et des commerçants dans la province de Québec.

[97] De ce fait, les banques, comme toute autre institution financière faisant affaires au Québec, ne seraient pas immunisées contre l'application de ces dispositions qui visent un intérêt impérieux.

[98] Aussi, dans un tel cas, selon les enseignements récents de la Cour suprême dans les affaires *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*²⁷ et *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*²⁸, l'on devrait d'abord donner une portée restreinte à la doctrine de l'exclusivité des compétences qu'invoquent les banques.

²⁷ [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22 (l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*).

²⁸ [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23 (l'arrêt *Lafarge*).

[99] Dans la mesure où cette doctrine serait applicable, ce que le PGQ nie, les dispositions contestées de la *LPC* et de son Règlement d'application seraient constitutionnellement applicables aux contrats de carte de crédit des banques. En effet, elles n'auraient pas pour objet de régler un élément vital ou essentiel de la compétence fédérale sur les banques prévue à l'article 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[100] Selon le PGQ, ni les cartes de crédit, ni les opérations de change, ni les moyens de paiement ou opérations de compensation et de règlement relatifs aux cartes de crédit ne seraient des éléments essentiels et vitaux de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires.

[101] En outre, les dispositions en litige n'entraveraient aucunement ces éléments prétendument vitaux et essentiels de cette compétence fédérale.

[102] Par ailleurs, le PGQ n'estime guère plus fondé l'autre argument des banques voulant que les dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application seraient inopérantes à leur égard en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

[103] Pour le PGQ, il n'y aurait en l'espèce aucune incompatibilité entre la législation provinciale et les législations fédérales touchant les banques. Aucun conflit opérationnel n'existerait et les dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application seraient tout à fait compatibles avec les lois fédérales sur les banques. Il y aurait enfin absence totale d'entrave aux buts poursuivis par le législateur fédéral à cet effet.

V LES QUESTIONS À RÉSOUDRE

[104] Compte tenu des arguments soulevés par chacun, le Tribunal est d'avis qu'il y a lieu de formuler ainsi les questions à résoudre en l'espèce :

- A. Le recours collectif à l'endroit des banques autres que BMO et Amex devrait-il être rejeté sommairement au motif d'absence de lien de droit et d'intérêt suffisant de MM. Marcotte et Laparé ?
- B. Aux termes de la *LPC*, les frais de conversion ou marges bénéficiaires imposés par les banques lors de transactions effectuées en devises étrangères portées sur les cartes de crédit sont-ils des « frais de crédit » ou du « capital net » ?
- C. S'il s'agit de « frais de crédit » au sens où l'entend la *LPC*, certaines des banques ont-elles fait défaut de divulguer ces frais de conversion pendant une partie de la période visée par le recours collectif ?
- D. Dans la mesure où les frais de conversion constituent des « frais de crédit » au sens de la *LPC*, y a-t-il eu renonciation au recours collectif en raison du paiement de ces frais par les membres du groupe ?

- E. Y a-t-il prescription partielle du recours en regard de certains des membres du groupe visé ?
- F. Les dispositions invoquées de la *LPC* et de son Règlement d'application sont-elles constitutionnellement inapplicables et/ou inopérants à l'endroit des banques, compte tenu de la compétence fédérale exclusive prévue à l'article 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière d'opérations bancaires ?
- G. Dans la mesure où les frais de conversion constituent des « frais de crédit » au sens de la *LPC* et que la *LPC* et son Règlement d'application sont constitutionnellement applicables et valides à l'endroit des banques, y a-t-il eu en l'espèce violation de la *LPC* ? Dans l'affirmative, quels sont les recours ouverts aux termes de la *LPC* ?
- H. Dans la mesure où il y a eu violation de la *LPC*, les membres du groupe ont droit à la restitution des frais de conversion et/ou à des dommages punitifs ? S'agit-il d'un cas où il y a lieu d'ordonner le recouvrement collectif ? Les conclusions recherchées par MM. Marcotte et Laparé sont-elles justifiées ?

VI ANALYSE ET DISCUSSION

A. LE LIEN DE DROIT AVEC LES BANQUES AUTRES QU'AMEX ET BMO

[105] D'entrée de jeu, les banques autres que BMO et Amex demandent le rejet total du recours collectif en ce qui les concerne. Le motif: il y aurait absence d'intérêt de MM. Marcotte et Laparé à leur endroit, et partant, absence de lien de droit entre l'un ou l'autre de ces représentants et ces sept banques.

[106] En l'espèce, il est acquis que MM. Marcotte et Laparé ne détiennent pas de carte de crédit émise par les banques autres que BMO et Amex. Mis à part ces dernières, aucune des banques ne leur a facturé quelque frais.

[107] Il est aussi clair qu'à la suite du compromis intervenu dans le contexte de l'audience concurrente des dossiers ***Marcotte-Banques*** et ***Marcotte-Desjardins*** prônée par le juge en chef²⁹, ces banques ont convenu de retirer leur contestation au stade de l'autorisation, sans préjudice à leurs droits au mérite, dont celui d'invoquer leur absence de lien de droit avec les demandeurs.

[108] Elles ont, de fait, précisément consigné ce moyen de contestation dans leurs défenses respectives de façon non équivoque³⁰.

²⁹ Voir, jugement du 18 mai 2006, *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2006 QCCS 2963.

³⁰ Voir défense de Citibanque du 20 novembre 2006, paragr. 20-22; défense de RBC du 20 novembre 2006, paragr. 198-202; défense amendée de TD du 3 juin 2008, paragr. 5-11; défense de CIBC du 20 novembre 2006, paragr. 19 à 24; défense de BNE du 20 novembre 2006, paragr. 18; défense de BNC du 20 novembre 2006, paragr. 18; et défense de BL du 20 novembre 2006, paragr. 19-24.

1) l'argument des banques

[109] Les banques estiment que l'absence d'intérêt suffisant pour agir est une règle de droit substantiel qui relève de l'ordre public de direction et qui s'applique à toute demande en justice. Pour être suffisant, cet intérêt doit être direct et personnel, né et actuel.

[110] Aussi, le fait de présenter une demande en justice sous la forme d'un recours collectif ne saurait accorder à MM. Marcotte et Laparé des droits qu'ils n'ont pas.

[111] Selon les banques, le principe voulant que celui qui intente une action en justice doive avoir un lien de droit avec chaque défendeur poursuivi est fondamental en droit québécois. Il est d'ailleurs codifié à l'article 55 C.p.c. dans le cadre des règles applicables à toutes les demandes en justice.

[112] Ce principe fondamental s'appliquerait intégralement aux demandes en justice présentées sous la forme d'un recours collectif. Les passages suivants de la Cour d'appel dans l'arrêt *Agropur* le confirmeraient :

[103] À mon avis, l'existence d'une cause d'action se distingue de l'intérêt pour agir et doit être vérifiée lors de l'analyse relative au critère de l'apparence de droit, prévu au paragraphe b) de l'article 1003 C.p.c. Quant à l'intérêt, il s'agit d'une règle de droit substantiel qui porte sur la capacité à introduire valablement une action en justice. N'étant pas incompatible avec les dispositions du livre IX du Code de procédure civile, elle trouve application en matière de recours collectifs, parce que non exclue (1051 C.p.c.).

[...]

[108] Le régime de recours collectif mis en place par le législateur en est un de droit privé. La notion d'intérêt à agir doit donc s'apprécier dans ce contexte et non dans celui du droit public. Or, celui qui n'a rien perdu n'a pas l'intérêt requis pour agir.

[...]

[112] En conclusion j'estime que l'intervenante a raison d'affirmer que l'appelant ne peut, à titre de représentant, entreprendre un recours collectif contre des parties avec lesquelles il n'entretient aucun rapport de droit.

(Le Tribunal souligne)

[113] À ce chapitre, les banques invoquent aussi les jugements du Tribunal rendu dans les affaires connexes *Desjardins-Émond*³¹, *Painchaud*³² et *St-Pierre-Audet*³³, où l'on retrouve ces commentaires :

³¹ *Option Consommateurs c. Banque Canadian Tire*, 2006 QCCS 5363, paragr. 55-57.

³² *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2006 QCCS 5362, paragr. 63-65.

³³ *Option Consommateurs c. Banque de Montréal*, 2006 QCCS 5353, paragr. 68-70.

[68] Le principe voulant que celui qui forme une demande en justice doit y avoir un intérêt suffisant est bien ancré en droit québécois. L'article 55 *C.p.c.* le consacre sous le titre « *Règles applicables à toutes les demandes en justice* ».

[69] Cet intérêt est une question de droit substantiel qui n'appartient pas à la procédure (*Jeunes canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation du théâtre du Nouveau-Monde*, [1979] C.A. 491, 493; *Model Furs Ltd. c. H. Lapalme Transport Itée*, [1995] R.R.A. 611 (C.A.)). Pour être suffisant, il doit être direct et personnel, né et actuel. Il doit dépendre de l'existence d'un droit substantiel à faire valoir (*Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, 226-227), bref d'une cause d'action.

[70] Ces principes sont tout aussi vrais en matière de recours collectif. Aucune disposition n'en exclut l'application (article 1051 *C.p.c.*).

[114] Quoique l'arrêt *Agropur* et ces trois jugements aient été rendus au stade de l'autorisation, les banques considèrent qu'ils s'appliquent tout autant au mérite même du recours collectif.

[115] Elles s'autorisent en ce sens des propos de la Cour suprême dans l'arrêt *Bisaillon c. Université Concordia*³⁴ où le juge LeBel rappelle que « [...] le recours collectif demeure un véhicule procédural dont l'emploi ne modifie ni ne crée des droits substantiels ». Il y précise que « [...] le droit substantiel continue de s'appliquer comme s'il s'agissait d'une procédure individuelle traditionnelle ».

[116] Les banques plaident que la Cour d'appel aurait confirmé cela dans trois arrêts récents : *Imperial Tobacco Canada Itée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*³⁵, *Regroupement des CHSLD Christ-Roy c. Comité provincial des malades*³⁶ et *Option Consommateurs c. Novopharm Itée*³⁷.

[117] Elles ajoutent qu'à leurs yeux, il serait inopportun de les condamner à des dommages de quelques centaines de millions de dollars, sans qu'un seul de leurs détenteurs de cartes de crédit ne se soit manifesté. Il y aurait, dans un tel cas, déni de justice criant.

[118] Sous ce rapport, elles font leurs ces autres propos du Tribunal dans les trois jugements déjà cités³⁸ :

[77] De fait, la conception de l'intérêt que proposent les requérants mènerait au résultat paradoxal qu'à la rigueur, un intimé pourrait devoir se défendre face à un recours collectif qui, une fois accordé, résulterait en une absence de réclamation individuelle de quiconque, car personne ne se serait manifesté.

³⁴ [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19, paragr. 17 et 18.

³⁵ 2007 QCCA 694 (l'arrêt **Conseil**).

³⁶ [2007] R.J.Q. 1753, 2007 QCCA 1068 (l'arrêt **Regroupement**).

³⁷ [2008] R.J.Q. 1350, 2008 QCCA 949 (l'arrêt **Novopharm**).

³⁸ *Option Consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2006 QCCS 5362.

[78] Si un recours individuel ne se conçoit qu'en présence d'un demandeur et d'un défendeur, donc d'une victime et d'un responsable, on voit mal comment le recours collectif pourrait évacuer une condition aussi fondamentale.

[79] À ce chapitre, alléguer simplement que d'autres membres du groupe auraient un recours contre les autres intimées au motif que leur situation serait la même que celle de la personne désignée avec sa propre banque ne remplit pas les critères du *Code de procédure civile* en matière d'intérêt ou de lien de droit.

2) la réponse des demandeurs

[119] Les avocats de MM. Marcotte et Laparé ne partagent pas l'avis de ces banques.

[120] Selon eux, l'intérêt pour agir du représentant dont traite l'arrêt *Agropur* se distingue du lien de droit de chacun des membres du groupe identifié par le jugement d'autorisation. Ainsi, la nature du recours collectif voudrait qu'un recours autorisé, bien que mal fondé quant à la qualité ou l'intérêt du représentant, doive se poursuivre jusqu'au jugement au fond.

[121] De même, le procès au mérite servirait à trancher les questions communes autorisées par le jugement d'autorisation. Le juge du procès ne devrait pas mettre de côté le bénéfice des réponses aux questions collectives. Les déclarations de droit qui découlent de ces réponses vaudraient pour tous les membres du groupe.

[122] À ce propos, ils s'autorisent des commentaires de la Cour d'appel dans l'arrêt *Service aux marchands détaillants Itée (Household Finance) c. Option Consommateurs*³⁹, ainsi que ceux que l'on retrouve dans les arrêts *Conseil et Regroupement*, dont ils tirent bien sûr un enseignement différent de celui qu'invoquent les banques.

[123] À leur point de vue, les membres inclus dans les groupes autorisés seraient des quasi-demandeurs en faveur de qui le jugement d'autorisation aurait créé des droits qui ne sauraient être ignorés⁴⁰.

[124] Enfin, disent-ils, ici, ce sont les banques qui ont demandé, et obtenu, la remise du procès dans le dossier **Marcotte-Desjardins**, deux semaines avant qu'il ne s'amorce. Pour l'obtenir, elles ont plaidé que la question relative à l'interprétation de la *LPC* était identique dans le dossier **Marcotte-Banques**. Afin d'économiser les ressources judiciaires et éviter des jugements contradictoires, il était opportun de procéder à une seule audience au mérite des deux dossiers.

[125] Or, c'est sur la foi de cela et de la confirmation que les banques ne contestaient plus la requête en autorisation dans le dossier **Marcotte-Banques** que le juge en chef a rendu son jugement du 18 mai 2006.

³⁹ 2006 QCCA 1319 (l'arrêt **Household Finance**).

⁴⁰ *Société des loteries du Québec c Brochu*, [2006] R.J.Q. 2042; 2006 QCCA 1117, paragr. 15-21.

[126] Par conséquent, les banques ne pourraient désormais à la fois jouir du compromis issu de leur initiative et refuser en même temps d'en respecter l'esprit. Bref, selon les demandeurs, elles ne pourraient, d'un côté, affirmer leur désir de rationaliser le processus en évitant la tenue de procès multiples sur une question identique et, de l'autre, proposer qu'après avoir fait valoir tous leurs moyens de défense, il y ait maintenant lieu de tenir des procès séparés pour chacune d'elles.

3) l'analyse du Tribunal

a) remarques liminaires

[127] Dit bien candidement, la problématique qui se soulève ici est déplorable. Aucune des factions en présence n'est absoute de critiques.

[128] De l'avis du Tribunal, il est inconcevable que l'on ait à trancher une telle question après plus de trente jours d'audience, précédés d'une mise en état échelonnée sur près de deux ans, au travers de multiples conférences de gestion et de nombreux jugements interlocutoires.

[129] La situation est d'autant plus inadmissible que par jugement rendu le 11 décembre 2006 en regard d'Amex⁴¹, le Tribunal a pris le soin de noter à la fois le sérieux de la question et la solution opportune et acceptable qui existait pour y pallier :

[43] Toutefois, quoique la requête en irrecevabilité de la *Banque Amex* soulève une question fort pertinente quant à l'application de l'arrêt *Agropur* aux recours collectifs déjà autorisés, le Tribunal est d'avis qu'en l'espèce, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le sujet.

[...]

[45] [...] cet amendement que *M. Marcotte* propose pour pallier le problème du lien de droit qui se soulève ici constitue en effet une solution à la fois simple, conforme à ce qu'autorise le *Code de procédure civile* et respectueuse des droits de chacun dans le contexte particulier de l'évolution de ce dossier.

[130] Malgré ce jugement pourtant clair, d'un côté, les avocats en demande se sont refusés à réamender leur procédure pour ajouter d'autres membres du groupe comme représentants en regard des sept banques concernées.

[131] Confrontés à cela en argument, ils balbutient une explication peu convaincante voulant que cela aurait entraîné des interrogatoires préalables additionnels de membres ou de représentants. Voilà qui est peu édifiant comme excuse dans un dossier de cette envergure. Dans le pire scénario, il se serait agi d'à peine sept interrogatoires additionnels.

⁴¹ Jugement sur requête en irrecevabilité et sur requête en substitution et pour permission d'amender, *Marcotte c. Banque de Montréal*, [2007] R.J.Q.158, 2006 QCCS 5497.

[132] De l'autre côté, les banques expliquent leur refus de soulever la question autrement qu'en argument sur le fond du dossier par la justification boiteuse qu'il appartenait aux demandeurs de d'abord amender.

[133] Les banques se gardent bien d'expliquer pourquoi elles ont choisi de repousser le débat au moment ultime. Elles ne fournissent aucune justification articulée à leur choix d'agir ainsi. Pourtant, dans leur argumentaire sur cette question du lien de droit, on lit le passage suivant⁴² :

14. Lors de leurs plaidoiries, les procureurs des demandeurs ont aussi opiné que les procureurs des défenderesses ont d'abord voulu une audition commune pour régler le sort du recours collectif des banques, pour ensuite changer d'idée au mérite en faveur d'une multiplicité de causes. Il s'agit évidemment d'une affirmation gratuite dénudée (sic) de fondement. Les défenderesses cherchaient évidemment plutôt, et à bon droit, une audition concurrente de la cause en supposant un demandeur ayant un lien de droit avec chacune d'elles.

(Le Tribunal souligne)

[134] Si tant est que ce soit le cas, l'on peut se demander comment les banques ont pu sciemment accepter d'encourir pendant plus de trente jours des frais et honoraires substantiels, en sachant au départ qu'ils étaient dépensés inutilement en l'absence de demandeurs ayant un lien de droit avec elles.

[135] Pis encore, l'on peut aussi s'interroger à savoir pourquoi elles ont sciemment permis à leurs adversaires d'encourir tous les coûts de ce procès au fond impliquant neuf banques si, aux yeux de sept d'entre elles, il allait de soi qu'elles devaient en être exclues vu le défaut des demandeurs d'identifier un membre qui les concerne.

[136] En définitive, de part et d'autre, cet abcès aurait pu aisément être crevé avec une collaboration minimale des parties et de leurs avocats qui demeurent, après tout, des officiers de la Cour. À ce chapitre, tous ont failli à la tâche.

[137] Cela dit, tout aussi déplorable qu'elle soit, la situation en l'espèce reste unique, voire isolée. Il est fort improbable qu'elle se représente dans un autre dossier. En effet, pour qu'elle se reproduise, il faudrait se trouver en face d'un recours collectif :

- a) intenté par un seul représentant contre des défendeurs multiples;
- b) autorisé avant l'arrêt *Agropur*,
- c) sans qu'il n'y ait eu depuis de demande d'amendement pour ajouter de nouveaux représentants.

[138] Pour le futur, l'arrêt *Agropur* règle la question du lien de droit requis entre un représentant et des défendeurs multiples.

⁴² Réplique des défenderesses sur l'argument d'absence d'intérêt à agir des demandeurs, 27 novembre 2008.

[139] Pour les rares recours du genre autorisés avant qu'il ne soit rendu, il existe peu de situations connues où un seul représentant agit à l'encontre de défendeurs multiples. Ces situations sont encore plus rarissimes quand on isole celles où il n'y a eu aucune demande d'amendement pour pallier la problématique.

[140] En définitive, le cas en est un d'espèce, isolé et singulier. La solution à y apporter doit l'être tout autant. Pour les motifs qui suivent, le Tribunal estime qu'elle ne passe pas par le rejet sommaire du recours collectif comme le proposent les banques.

[141] Ces raisons sont à la fois d'ordre juridique, factuel et contextuel.

b) discussion

[142] Au niveau juridique d'abord, l'arrêt *Agropur* et l'arrêt *Novopharm* qui en applique les enseignements, pierres angulaires de l'argument des banques, se situent tous deux au stade de l'autorisation. Le même commentaire vaut pour les trois jugements du Tribunal auxquels réfèrent abondamment les banques.

[143] Cela se distingue du cas en l'espèce qui se situe au procès au fond. Or, il y a des différences notables entre les deux stades et, partant, des nuances importantes à apporter.

[144] Le jugement d'autorisation demeure un jugement d'intendance⁴³, un mécanisme de filtrage et de vérification, sans plus⁴⁴. Il ne crée pas de droit substantiel et se veut purement procédural⁴⁵.

[145] Certes, la question de l'intérêt suffisant et du lien de droit en reste une de droit substantiel. L'arrêt *Agropur* l'énonce clairement.

[146] Par contre, le jugement d'autorisation, rendu comme ici après constat que toutes les conditions de l'article 1003 C.p.c. sont satisfaites, n'est pas sans effet non plus.

[147] Dans l'arrêt *Agropur*, le juge Pelletier souligne justement :

[109] Il faut garder à l'esprit qu'avant le jugement d'autorisation, « le recours n'existe pas, du moins sur une base collective ». [...]

[148] De même, dans l'arrêt *Novopharm*, le juge Gendreau, discutant de la condition de l'article 1003 d) C.p.c. et du statut du représentant, assimile l'exercice à « un mécanisme d'attribution du statut de mandataire ».

⁴³ *Toyota Canada inc. c. Harmegnies*, J.E. 2004-793, paragr. 10 (C.A.).

⁴⁴ *Thomson c. Masson*, [1993] R.J.Q. 69, paragr. 14 (C.A.).

⁴⁵ *Option Consommateurs c. Novopharm ltée*, [2008] R.J.Q. 1350; 2008 QCCA 949, opinion du juge Gendreau, paragr. 45; *Bisailon c. Université Concordia*, [2006] R.C.S. 666, paragr. 17.

[149] De ce point de vue, le jugement d'autorisation emporte certaines conséquences, au premier chef, pour les membres du groupe qu'il décrit. L'on ne peut ignorer que ce jugement crée des droits en leur faveur et leur confère un certain statut.

[150] Dans l'arrêt *Société des loteries du Québec c. Brochu*⁴⁶, le juge Vézina les assimile à des quasi-demandeurs, bien qu'ils ne soient pas, strictement parlant, parties à l'instance.

[151] Les dispositions du *Code civil du Québec* et du *Code de procédure civile* le confirment.

[152] Ainsi, l'article 2897 C.c.Q. édicte que l'interruption de prescription qui résulte de l'exercice du recours collectif profite à tous les membres du groupe. Aux termes de l'article précédent, 2896 C.c.Q., l'interruption qui résulte d'une demande en justice n'a son effet qu'à l'égard des parties, sans plus. Bref, en matière d'interruption de prescription, le législateur assimile le statut des membres à celui de parties.

[153] De même, aux termes du *Code de procédure civile*, une fois le recours collectif autorisé, sa dimension collective, notamment en regard des membres du groupe visé, impose une approche différente.

[154] Par exemple, l'article 1012 C.p.c. prévoit que seuls les moyens préliminaires communs à une partie importante des membres et portant sur une question traitée collectivement peuvent être opposés.

[155] L'article 1015 C.p.c. ajoute que bien qu'il ait accepté des offres du défendeur quant à sa créance personnelle, le représentant est réputé conserver un intérêt suffisant.

[156] L'article 1022 C.p.c. permet enfin la révision du jugement qui autorise le recours collectif dans les cas où les conditions des paragraphes a) ou c) de l'article 1003 C.p.c. ne sont plus remplies. Ce qui concerne le statut du représentant, soit l'article 1003 d) C.p.c., n'est pas visé.

[157] Somme toute, l'on constate de ces propos de la Cour d'appel et de ces dispositions du C.c.Q. et du C.p.c. qu'une fois le recours collectif autorisé, il ne se conçoit plus dans la seule perspective du représentant. La dimension collective du recours, tout comme la présence de membres du groupe identifiés et décrits dans un jugement, prennent alors une signification importante.

[158] Cela n'est pas sans conséquence. C'est d'ailleurs ce qu'au moins deux arrêts de la Cour d'appel sous-entendent.

[159] Ainsi, dans l'arrêt *Regroupement*, la Cour d'appel dit ceci :

⁴⁶ [2006] R.J.Q. 2042, 2006 QCCA 1117.

[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. Mais il y a plus.

(Le Tribunal souligne)

[160] Dans cette affaire, le jugement d'autorisation rendu avant l'arrêt *Agropur* avait reconnu au représentant un statut suffisant pour agir au nom de tous les membres du groupe, peu importe les établissements visés, et ce, bien qu'un seul de ceux-ci ne le concernait.

[161] Or, lorsque l'argument d'absence de lien de droit entre le représentant et certains défendeurs se soulève à nouveau au fond, tant la Cour supérieure que la Cour d'appel le rejettent. Lorsque la Cour d'appel se prononce, l'arrêt *Agropur* est alors rendu depuis plusieurs mois.

[162] Par ailleurs, dans l'arrêt *Household Finance*, la Cour d'appel estime qu'il n'y a pas lieu de rejeter le recours collectif au mérite au motif que le recours du représentant serait prescrit. En rejetant ce moyen, la juge Côté s'exprime ainsi :

[66] D'une part, l'article 1012 *C.p.c.* prévoit que tout moyen préliminaire doit concerner une partie importante des membres du groupe. Comme la prescription devait être décidée par le juge du fond, il serait illogique de rejeter le recours collectif au motif que le recours d'un seul membre est prescrit, bien qu'il soit le membre désigné, alors que le recours individuel de la majorité des membres ne l'est pas.

[67] D'autre part, l'on ne saurait mettre de côté le bénéfice des réponses fournies par le tribunal aux questions collectives soulevées par les membres du recours. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si la clause imposant des frais de retard était non conforme à la *Loi*. La déclaration de droit vaut pour l'ensemble du groupe.

(Le Tribunal souligne)

[163] Dans cette décision, la Cour d'appel applique ni plus ni moins sur le fond le raisonnement à la base de la disposition de l'article 1012 *C.p.c.* Il n'y a pas lieu au rejet du recours collectif au motif que le recours du seul représentant est prescrit. L'on doit plutôt considérer la dimension collective et s'assurer que le moyen concerne une majorité de membres.

[164] Si la Cour d'appel adopte un tel raisonnement face à un argument de prescription qui, pour l'essentiel, est de la nature d'un moyen d'irrecevabilité sur une question de droit, l'on voit mal comment ce raisonnement ne devrait pas s'appliquer à une question touchant l'intérêt suffisant ou l'absence de lien de droit du représentant.

[165] Dans un tel cas, comme dans l'arrêt *Household Finance*, cela ne saurait entraîner le rejet du recours collectif de tous les membres que dans la mesure où le moyen est commun à une majorité d'entre eux.

[166] Sur ce point, le Tribunal note que dans le dossier connexe **Adams-Amex**, à la suite d'un jugement qui a rejeté un moyen d'irrecevabilité soulevant entre autres la question d'absence d'intérêt⁴⁷, la juge Duval Hesler tient les propos suivants en rejetant la permission d'en appeler⁴⁸ :

La requérante allègue qu'à la lumière de son interrogatoire, le représentant démontre qu'il ne détient pas l'intérêt suffisant pour agir. Si la requérante a raison, le recours du représentant échouera au stade du recouvrement individuel. Ce n'est pas cependant une raison pour éteindre, à ce stade, le recours collectif de tous les autres membres du groupe et je rappelle les propos de la Cour dans Service aux marchands détaillants limitée (Household Finance c. Option consommateurs et Linda Gagné, EYB 2006-110338, paragr. 63, « L'appelante soutient qu'il y a lieu de rejeter le recours collectif au motif que le recours de l'intimée Gagné est prescrit. Elle reprend essentiellement le même argument que devant le juge de première instance. », et ce moyen a été rejeté.

(Le Tribunal souligne)

[167] Par conséquent, le Tribunal est d'avis qu'une fois l'autorisation d'exercer un recours collectif accordée à un représentant, ce qui lui permet d'agir en demande sans mandat pour le compte des membres d'un groupe décrit à un jugement, l'analyse de l'absence d'intérêt ou de lien de droit ne saurait se limiter à la seule situation individuelle de ce représentant.

[168] Elle devrait au contraire se faire en regard de l'ensemble des membres du groupe et satisfaire, comme le souligne la Cour d'appel dans l'arrêt *Household Finance*, à l'existence d'un moyen commun à une majorité de membres et portant sur des éléments traités collectivement.

[169] Ce n'est pas le cas ici. Il s'ensuit que l'absence de lien de droit des seuls représentants avec ces sept banques ne saurait entraîner le rejet du recours collectif des autres membres du groupe que le jugement d'autorisation inclut.

[170] Les banques ont choisi de ne pas contester la demande d'autorisation. Un jugement a reconnu que toutes les conditions de l'article 1003 C.p.c. étaient satisfaites. Cela incluait celles de l'article 1003 d) C.p.c., ce qui sous-entendait l'acceptation de M. Marcotte comme mandataire adéquat pour représenter les membres du groupe décrit au jugement.

⁴⁷ « Judgment On Amex Bank Of Canada's Preliminary Motion To Dismiss », daté du 29 mars 2007, rendu par le Tribunal dans le dossier **Adams-Amex**.

⁴⁸ « Motion for Leave to Appeal Interlocutory Judgment » dismissed, C.A. Montréal n° 500-09-017672-072, 2007-05-10, j. Duval Hesler.

[171] Cela étant, la question de l'intérêt suffisant débordait dorénavant sa seule situation. Nul doute qu'au niveau des réclamations individuelles, les banques qui n'ont pas de lien avec lui pourront opposer un moyen qui le concerne (article 1040 *C.p.c.*). Cependant, cela ne saurait entraîner le rejet sommaire du recours collectif pour un ensemble de membres reconnus par jugement et avisés qu'un recours intenté, et qui a progressé jusqu'à l'audience au mérite, les incluait.

[172] Conclure autrement serait faire peu de cas des enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Bisaillon*⁴⁹ qui rappelle que la procédure de recours collectif a une portée sociale, vise à faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs, et doit faire l'objet d'une interprétation souple et libérale.

[173] Mais, ce n'est pas tout. Ici, il y a plus.

[174] En effet, au niveau factuel cette fois, non seulement les arrêts qu'invoquent les banques se distinguent-ils de la situation en l'espèce, mais, bien au contraire, deux de ceux-ci, les arrêts *Conseil* et *Regroupement*, comportent certaines similitudes frappantes avec le cas présent.

[175] Le premier arrêt qu'invoquent les banques, l'arrêt *Novopharm*, doit être écarté. Il apporte peu à la solution de la problématique qui se pose ici. Il est rendu au stade de l'autorisation, au moment où l'on analyse le statut du représentant pour agir comme mandataire des membres du groupe qu'il décrit. Or, devant la pluralité de défendeurs, le représentant ne justifiait d'un lien de droit qu'avec certains d'entre eux.

[176] Quitte à le redire, cette étape est franchie en l'espèce. En reconnaissant la condition de l'article 1003 d) *C.p.c.*, il y a constat que le représentant justifie d'un intérêt juridique suffisant pour agir au nom des membres du groupe que le jugement décrit.

[177] Dans le second arrêt dont s'autorisent les banques, l'arrêt *Conseil*, le juge Dalphond refuse une permission d'appeler d'un jugement qui rejette une requête en irrecevabilité après le jugement d'autorisation. Il souligne que la situation se rapproche d'une de celles que reconnaît l'arrêt *Agropur* pour passer outre à l'exigence du lien de droit, soit l'existence d'allégations de conspiration.

[178] Le juge Dalphond poursuit l'analyse et discute des exceptions reconnues par la Cour d'appel aux principes établis dans l'arrêt *Agropur*.

[179] Il rappelle que l'existence d'un lien de droit particulier entre le représentant et chaque défendeur connaît des exceptions, qu'il ne qualifie pas de limitatives. Il s'inspire d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale américaine du 9^e circuit pour retenir qu'au moins deux exceptions existent au Québec. D'abord, celle où les situations découlent d'agissements concertés ou, foncièrement, de fautes communes. Ensuite, celle où une série de défendeurs sont liés d'une façon telle qu'une solution unique au litige serait plus à propos.

⁴⁹ *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, 2006 CSC 19.

[180] Sur cette deuxième exception, le juge Dalphond dit ceci :

[22] [...] Quant à la deuxième, elle a permis d'autoriser un recours collectif contre l'ensemble des centres de soins de longue durée à l'égard des frais de buanderies qui étaient exigés des bénéficiaires résidents (*Comité provincial des malades c. Regroupement des centres hospitaliers de soins de longue durée Christ-Roy*, J.E. 98-705 (C.S.); J.E. 2006-294 (C.S.), en appel). Même si le représentant n'était évidemment résidant que dans l'un de ces centres, l'essence du litige consistait à l'interprétation du décret gouvernemental régissant l'ensemble des centres. Le caractère identique de la question en litige, soit la portée d'un règlement gouvernemental, et son caractère déterminant quant à l'ensemble des défendeurs justifiait l'autorisation d'un recours collectif et le juge du fond a rejeté la tentative d'écartier cette conclusion par un moyen d'irrecevabilité. Cela m'apparaît une approche à retenir pour éviter un gaspillage des ressources judiciaires qui découlerait d'une multiplicité de recours distincts, sans parler de la possibilité de jugements contradictoires puisque le Code de procédure interdit la réunion de recours collectifs (art. 1052 C.p.c.).

(Le Tribunal souligne)

[181] Or, en l'espèce, force est de constater que l'essence du litige consiste aussi en l'interprétation de dispositions législatives, celles de la *LPC* qui, selon la demande, régiraient l'ensemble des banques.

[182] Dans cet arrêt, le juge Dalphond souligne que d'un point de vue pratique, des mesures réparatrices adéquates (par l'ajout d'autres membres désignés) pourraient aisément solutionner l'absence potentielle de lien de droit du représentant à l'égard de certains défendeurs. Toutefois, il ne conclut pas que le défaut de procéder ainsi entraîne automatiquement le rejet sommaire du recours collectif, comme le proposent ici les banques.

[183] Le dernier arrêt sur lequel les banques insistent, l'arrêt *Regroupement*, comporte plusieurs similitudes avec la présente situation. Au point où l'on peut affirmer que celle-ci se rapproche sensiblement de la catégorie d'exception que la Cour d'appel reconnaît dans des cas semblables.

[184] Dans l'arrêt *Regroupement*, la Cour d'appel souligne ceci :

[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 nécessaires. 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.

[...]

[36] Rien en l'espèce ne permet de douter de la capacité de la personne désignée par le juge d'autorisation, soit Michel Cantin, à représenter adéquatement le Groupe, d'autant que la connexité des questions en jeu saute aux yeux, qu'elle résulte d'une seule source d'obligation et que les autres critères de l'article 1003 C.p.c. sont, par ailleurs, satisfaits, comme en a décidé le juge d'autorisation.

(Le Tribunal souligne)

[185] Tout comme dans cette affaire, les questions en litige en l'espèce demeurent, pour l'essentiel, communes à toutes les banques. Elles soulèvent les mêmes interprétations de loi en regard de contrats de crédit variable foncièrement identiques qui opèrent dans un cadre semblable, que ce soit pour les systèmes Visa ou MasterCard.

[186] Cette similitude explique d'ailleurs l'insistance des banques à vouloir que tout procède ensemble et en même temps dans les dossiers **Marcotte-Banques** et **Marcotte-Desjardins**.

[187] Comme dans cette affaire toujours, imposer, tel que la position des banques le suggère en dernière analyse, la contrainte d'intenter d'autres recours collectifs envers les banques qui n'auraient pas de membres désignés et connus, irait vraisemblablement à l'encontre des objectifs visés par la procédure de recours collectif.

[188] Sans compter qu'il est indéniable qu'ici, cette approche entraînerait un gaspillage particulièrement troublant des ressources judiciaires, surtout devant l'approche adoptée jusqu'à ce jour dans les deux dossiers.

[189] Le Tribunal ne peut, pour sa part, se rendre à l'argument que proposent les banques et conclure, ni plus ni moins, que des dizaines de journées d'audience ont été consacrées inutilement à cette affaire et qu'il y a lieu de recommencer pour un argument que le juge Dalphond qualifie de technique dans l'arrêt *Conseil*. Surtout lorsqu'une approche constructive du débat aurait permis une solution simple.

[190] Tout cela demeure d'autant plus vrai qu'au niveau contextuel finalement, les banques concernées ne peuvent vraiment justifier d'un préjudice en regard de l'absence d'un représentant dûment identifié en ce qui les concerne.

[191] Le groupe visé par les recours est clair et inclut des membres qui les visent. Chacune aurait pu demander d'interroger un membre détenteur d'une carte de crédit auprès d'elles. Elles ont choisi de ne pas le faire. Elles auraient pu présenter une requête en irrecevabilité et forcer un amendement comme Amex l'a fait. Elles sont

demeurées silencieuses. Elles auraient pu exiger qu'on substitue un membre adéquat à MM. Marcotte et Laparé pour ce qui les touchent. Encore une fois, elles n'ont pas bougé.

[192] L'argument voulant qu'il soit odieux de les condamner à des dizaines de millions de dollars sans qu'un membre ne se soit avancé pour s'en plaindre peut paraître séduisant à première vue.

[193] Toutefois, au second regard, il s'avère peu convaincant. En effet, d'une part, la désignation d'un seul membre y aurait pallié. Aussi, l'ampleur des réclamations à leur endroit n'est visiblement pas influencée du seul fait que quelques membres additionnels du groupe puissent être identifiés.

[194] D'autre part, la réalité de plusieurs recours collectifs montre que fréquemment, les membres concernés sont peu présents jusqu'à ce qu'un jugement dispose des réclamations collectives ou individuelles.

[195] En outre, en l'espèce, l'absence d'un membre du groupe désigné comme représentant pour chacune des banques n'a empêché aucune d'entre elles de présenter une preuve documentaire, testimoniale ou d'experts complète sur chacune des questions collectives identifiées au jugement d'autorisation.

[196] Au demeurant, il est assez paradoxal de constater la réaction des banques lorsque confrontées à l'impact potentiel d'un jugement favorable du Tribunal sur cette question du lien de droit.

[197] Questionnées quant à la valeur de toute la preuve entendue sur les pratiques ou contrats des banques qui seraient ainsi exclues du recours, toutes s'empressent de répondre que cette preuve demeure pertinente dans l'analyse que le Tribunal doit faire des notions de marge bénéficiaire ou de frais de crédit aux fins de qualifier les frais de conversion qui sont au centre du litige. Elles ajoutent que cela vaut aussi pour la preuve commune sur la question constitutionnelle qui les unit.

[198] Voilà qui est révélateur et témoigne de l'importance de la dimension collective du recours une fois autorisé. Cela appuie également la perspective différente qui doit guider l'analyse de l'argument d'absence d'intérêt et de lien de droit une fois le jugement d'autorisation rendu.

[199] En terminant, le Tribunal note que rejeter de façon sommaire le recours collectif n'entraînerait vraisemblablement aucune conséquence fâcheuse pour les membres du groupe en regard de la prescription applicable. Partant, donner foi à l'argument des banques n'apporterait rien de concrètement valable pour quiconque.

[200] Autrement dit, on aurait fait tout cela pour rien, sans conséquence négative pour les membres et sans bénéfice clair pour les banques. Rien ne justifie d'adopter une telle position.

[201] L'argument d'absence de lien de droit et d'intérêt suffisant de MM. Marcotte et Laparé est donc rejeté.

B. LA NATURE VÉRITABLE DES FRAIS DE CONVERSION⁵⁰

[202] La qualification des frais en litige est centrale au débat. Les uns les appellent « frais de conversion »; les autres les qualifient de « marge bénéficiaire ». Pour les fins de ce jugement, le Tribunal préfère la désignation « frais de conversion » qui, en dernière analyse, correspond mieux à ce dont il s'agit.

1) les arguments de chacun

[203] MM. Marcotte et Laparé soutiennent que les frais de conversion sont des « frais de crédit » au sens de la *LPC* (article 70). Selon eux, ce serait porteur de conséquences majeures.

[204] En effet, si tel est le cas, ils devraient alors être calculés et divulgués dans le taux de crédit, sous la forme d'un pourcentage annuel comme le prescrit la *LPC* (articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et 55 à 61 de son Règlement d'application). De même, ils ne pourraient être exigés avant un délai de grâce minimal de 21 jours (article 126 *LPC*).

[205] Les banques et Desjardins voient les frais de conversion différemment.

[206] Il s'agirait plutôt d'une composante du taux de change « tout-inclus » qu'elles imputent aux consommateurs lors d'une transaction effectuée en devises étrangères. À ce titre, ces frais ne seraient rien d'autre qu'une marge bénéficiaire liée à la vente d'un service qui se veut indépendant de l'octroi d'un crédit.

[207] Ainsi, ce taux de change ne comprendrait pas de « frais de crédit » au sens où l'entend la *LPC*. Cette marge bénéficiaire devrait plutôt être considérée comme partie du « capital net » (article 69 a) *LPC*).

2) la question à trancher

[208] De ce point de vue, la question à trancher se résume à ceci : les frais de conversion sont-ils des « frais de crédit » aux termes de la *LPC* ?

[209] Toute qualification est donc directement dépendante de la loi qu'invoquent MM. Marcotte et Laparé. Elle doit se faire en regard des expressions choisies par le législateur à la *LPC* et du sens qui doit leur être donné dans le contexte de cette loi. Cela demeure ici déterminant.

[210] Par ailleurs, dans cet exercice de qualification, MM. Marcotte et Laparé, les banques et Desjardins sont au moins d'accord sur un point.

⁵⁰ Cette partie du jugement est essentiellement identique dans les dossiers ***Marcotte-Banques*** et ***Marcotte-Desjardins***.

[211] Pour déterminer la véritable nature des frais de conversion, l'analyse doit se faire en fonction de la globalité de la preuve, non de la situation particulière de chacune des défenderesses. En effet, les pratiques et façons de faire des institutions financières sont, somme toute, très semblables. Il va donc de soi que la qualification de ces frais de conversion ne saurait varier en fonction de l'institution financière dont on traite.

[212] Bien sûr, les langage, qualificatif ou fonctionnement de chacun demeurent des éléments pertinents à considérer. Toutefois, la réponse à la question ne saurait varier selon l'institution financière en raison, par exemple, d'un choix de termes plus approprié par rapport à une autre.

[213] Toutes les parties souscrivent à cette approche.

[214] Cela étant, pour procéder à cette qualification, le Tribunal est d'avis qu'il faut d'abord cerner ce que la preuve révèle en regard des éléments suivants :

- a) le fonctionnement des systèmes Visa, MasterCard ou American Express lors des transactions effectuées en devises étrangères portées aux cartes de crédit;
- b) les diverses appellations choisies par les banques et Desjardins dans leurs documents contractuels les liant aux consommateurs;
- c) les explications fournies, le cas échéant, par les témoins à l'audience;
- d) le point de vue exprimé par les experts entendus sur la nature de ces frais de conversion; et
- e) la documentation mise à la disposition des consommateurs par les réseaux concernés et les organismes qui chapeautent les banques ou Desjardins en matière de cartes de crédit, dont entre autres, l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC).

3) la preuve pertinente

a) les systèmes Visa, MasterCard et American Express

[215] Lorsqu'un consommateur porte à sa carte de crédit un achat effectué en devises étrangères, il apparaît à son état de compte mensuel sous la forme d'un montant global en dollars canadiens, calculé en multipliant le montant de la transaction en devises étrangères par un taux de change.

[216] Les banques et Desjardins expriment toutes l'opération de la même façon dans leurs états de compte. On y retrouve le montant de la transaction en devises

étrangères, le taux de change applicable et le montant correspondant en dollars canadiens⁵¹.

[217] Ce taux de change s'établit en tenant compte de deux facteurs.

[218] Premièrement, un taux de conversion quotidien pour la devise concernée. Deuxièmement, des frais de conversion qui varient selon l'institution financière ou le type de carte de crédit.

[219] Le taux de conversion est fixé quotidiennement par Visa, MasterCard ou American Express, selon le système ou réseau dont chacune des institutions financières est membre.

[220] En l'espèce, RBC, CIBC, BNE, BL, TD, Citibanque (avant 2001) et Desjardins sont membres du réseau Visa⁵². BMO, BNC et Citibanque (après 2001) sont membres du réseau MasterCard⁵³. Amex fait évidemment partie du réseau American Express.

[221] Pour chaque devise, Visa, MasterCard ou American Express établissent un taux de conversion quotidien à partir d'une gamme de taux auxquels la devise se transige sur le marché interbancaire. Ce marché interbancaire n'est accessible qu'aux seules institutions financières capables d'acheter ou de vendre un important volume de devises quotidiennement.

[222] Une fois ce taux de conversion établi pour une journée donnée, Visa, MasterCard ou American Express l'appliquent à toutes les transactions effectuées dans cette devise par les détenteurs de cartes de crédit rattachées à leur réseau.

[223] Les frais de conversion s'ajoutent à ce taux de conversion quotidien. Depuis avril 2000, ces frais ont varié de 1,8 % à 2,5 % du taux de conversion quotidien pour les institutions financières membres des réseaux Visa et MasterCard, et de 1,5 % à 2,5 % pour Amex.

[224] Tout compte fait, la somme de ces deux composantes correspond au taux de change que le consommateur défraie lorsqu'il acquitte l'état de compte de sa carte de crédit. Il est acquis que le taux de change ainsi établi est compétitif sur le marché, voire généralement favorable aux consommateurs. Personne ne le qualifie d'abusif, de déraisonnable ou d'exagéré.

[225] Cela dit, lorsque le consommateur effectue un achat en devises étrangères au moyen d'une carte de crédit, la remise de sa carte et la signature du relevé de transaction ou l'entrée de son NIP⁵⁴ déclenchent une série d'opérations. Les rapports

⁵¹ Voir, à titre d'exemple, pièces P-4 et P-5b).

⁵² Voir, quant au réseau Visa, pièces P-19, P-20, P-110 à P-113, et P-158 à P-161.

⁵³ Voir, quant au réseau Mastercard, pièces P-115 à P-117 et P-184 et P-185.

⁵⁴ Numéro d'Identification Personnel.

juridiques ainsi formés se définissent en fonction d'une relation quadripartite entre les parties concernées.

[226] À l'audience, Mme Houlden de Visa a rendu un témoignage éloquent à ce sujet. Il résume bien la teneur des rapports qui se forment à cette occasion⁵⁵. Il convient d'en reprendre les points saillants.

[227] Cette relation quadripartite se compose de quatre parties :

- a) le Détenteur de la carte de crédit;
- b) l'institution financière du Détenteur, soit l'Émetteur;
- c) le Marchand étranger où la carte de crédit est utilisée;
- d) l'institution financière du Marchand étranger, soit l'Acquéreur.

[228] Le Détenteur de la carte de crédit est lié par contrat avec l'Émetteur. C'est ce contrat qui est susceptible d'être visé par la *LPC* (article 2) dans les faits de ce dossier.

[229] Cet Émetteur est lié au réseau concerné (Visa ou autre) par une relation contractuelle qui l'autorise à émettre la carte de crédit au Détenteur. Cela lui permet aussi de faire honorer par ce dernier les paiements effectués par l'entremise du réseau.

[230] En effectuant une transaction, le Détenteur se trouve aussi lié par contrat avec le Marchand étranger qui lui fournit le bien ou le service.

[231] Le Marchand et l'Acquéreur sont liés, quant à eux, par une relation contractuelle qui leur est propre. Cela permet au Marchand d'accepter la carte du Détenteur qui en fait usage comme instrument de paiement (article 1564 C.c.Q.). Comme l'Émetteur, cet Acquéreur est lui-même lié au réseau (Visa ou autre) par une relation contractuelle qui lui permet de faire honorer le paiement accepté par le Marchand.

[232] Au sein du réseau Visa, le paiement par carte de crédit pour un bien ou service auprès d'un Marchand étranger implique trois étapes principales : l'autorisation, la compensation et le règlement.

[233] L'autorisation survient lorsque le Détenteur de la carte de crédit la présente au Marchand étranger pour faire sa transaction. Les quatre acteurs de la relation quadripartite interviennent dans cette étape, mais il n'y a alors aucune interaction entre le Détenteur de la carte et l'Émetteur. Par contre, le Marchand obtient à ce moment une autorisation de procéder à la transaction, soit une assurance qu'il sera payé.

[234] Une fois l'achat autorisé et complété, l'opération subséquente est la compensation.

⁵⁵ Voir, entre autres, pièce D-66, Visa Processing Overview.

[235] Afin d'être payé, le Marchand étranger transmet à l'Acquéreur les données relatives à la transaction, dont le montant de celle-ci et ce, dans sa devise. L'Acquéreur transmet cette même donnée au réseau Visa qui, dès lors, convertit les données dans la devise du Détenteur de la carte, au taux de conversion applicable pour cette journée.

[236] Visa transmet ensuite à l'Émetteur les mêmes données maintenant exprimées dans la devise de la carte, en incluant cette fois la marge bénéficiaire de Visa de 1 % et celle de l'Émetteur. Cette dernière est décrite par Visa comme le « *optional issuer fee* »; elle varie selon l'institution financière concernée.

[237] La somme de cette marge bénéficiaire de Visa de 1 % et de cet « *optional issuer fee* » de l'institution financière forme la totalité des frais de conversion qui sont imputés au Détenteur de la carte dans le réseau Visa.

[238] La dernière étape est le règlement.

[239] Elle survient une fois les données de la transaction traitées. À ce moment, les comptes se règlent et les fonds transitent entre l'Émetteur, Visa et l'Acquéreur. Les opérations se complètent essentiellement de façon simultanée. Les compensations se font quotidiennement entre Visa et l'Émetteur d'une part, et entre Visa et l'Acquéreur d'autre part, et ce, pour l'ensemble des transactions effectuées entre ces parties.

[240] Selon le témoignage de Mme Houlden, c'est Visa qui effectue la conversion des données dans la devise du Marchand aux données dans la devise du Détenteur de la carte. Cela ne relève pas des institutions financières émettrices des cartes de crédit.

[241] Selon le témoignage rendu à l'audience par M. Griffith, le réseau MasterCard fonctionne de la même façon.

[242] Là aussi, le paiement par carte de crédit pour des transactions en devises étrangères comporte trois étapes : l'autorisation, la compensation et le règlement.

[243] Là également, c'est le système MasterCard qui effectue la conversion. Ce ne sont pas les institutions financières émettrices des cartes de crédit qui la font.

[244] Tout comme Visa, MasterCard établit les taux de conversion pour chaque devise sur une base quotidienne. Ils sont garantis pour une période de 24 heures. Ils sont établis à partir des taux du marché interbancaire auxquels n'ont accès que les grandes institutions financières.

[245] À la différence de Visa, MasterCard n'ajoute toutefois pas de marge bénéficiaire quelconque au taux de conversion quotidien qu'elle établit pour chaque devise. Ce sont plutôt les institutions financières membres du réseau MasterCard qui appliquent elles-mêmes cette majoration qu'elles fixent avant d'en arriver au taux de change qu'elles imputent aux Détenteurs de carte.

[246] Quant à Amex, le processus de paiement par carte de crédit American Express pour les transactions en devises étrangères se fait par l'entremise de sa compagne-mère, American Express Travel Related Services Company Inc. (TRS)⁵⁶.

[247] Tout comme Visa et MasterCard, TRS fixe quotidiennement un taux de conversion pour chaque devise transigée, à partir des taux du marché interbancaire.

[248] Ce qu'Amex désigne comme la commission de conversion ou le rajustement d'un certain pourcentage (bref, les frais de conversion) est ajouté par la suite par TRS au taux de conversion qu'elle détermine quotidiennement pour chaque devise.

[249] Amex elle-même n'ajoute pas de frais d'administration ou de commission additionnels au taux de conversion que TRS fixe et auquel s'ajoutent ces frais de conversion.

[250] Tous les témoins des banques et de Desjardins expliquent la mécanique de ces processus de la même façon : l'opération de conversion entre la devise du Marchand étranger et celle du Détenteur de la carte s'effectue au niveau des réseaux Visa, MasterCard ou American Express, jamais au niveau des institutions financières concernées.

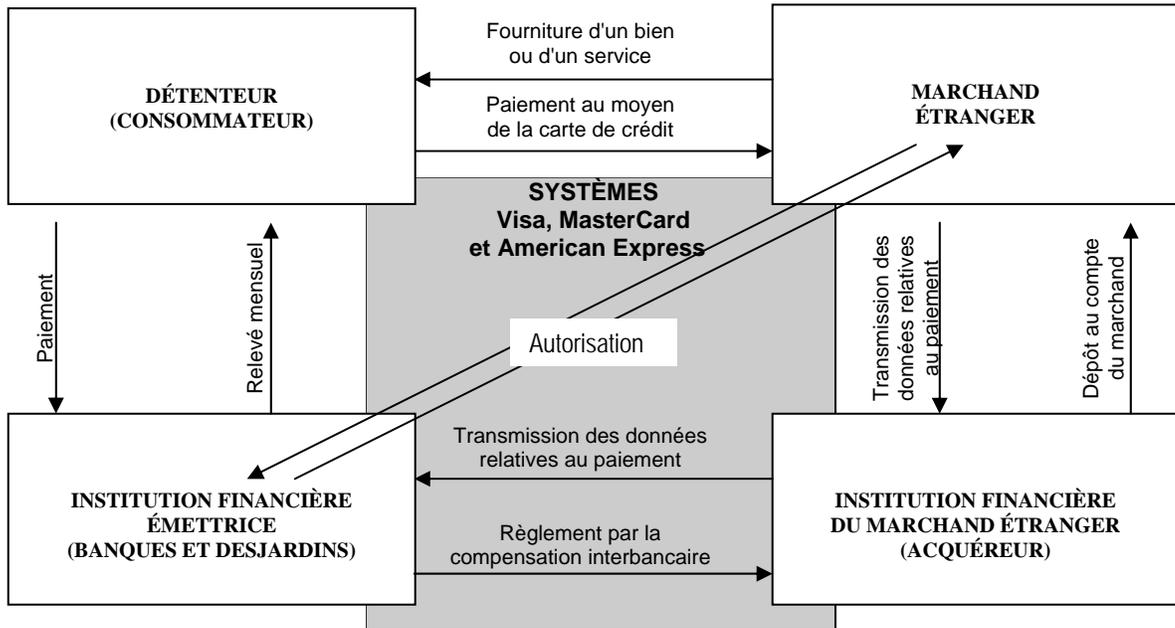
[251] Selon cette preuve non contredite, les taux de conversion alors établis correspondent à un taux interbancaire qui n'est accessible qu'aux institutions financières qui transigent quotidiennement des volumes extrêmement importants de devises. Les consommateurs n'ont simplement pas accès à de tels taux.

[252] Dans tous les cas, les témoins précisent que les frais de conversion s'ajoutent par après à ce taux de conversion quotidien.

[253] Ni Visa, ni MasterCard, ni TRS n'ont de relation contractuelle directe avec les détenteurs de cartes. Ce sont les banques et Desjardins, les institutions financières émettrices des cartes de crédit, qui, par le biais de leurs contrats de crédit variable, ont une relation contractuelle avec les détenteurs de cartes, soit les consommateurs.

[254] Le tableau suivant illustre l'ensemble de ces interrelations et la place qu'occupent les systèmes Visa, MasterCard ou American Express :

⁵⁶ Témoignage de Mme Ghali à l'audience.



b) Les documents contractuels des banques et de Desjardins

[255] Cela dit quant aux systèmes pertinents, en matière de carte de crédit, la relation entre les consommateurs (les Détenteurs) et les institutions financières (les Émetteurs) est contractuelle.

[256] À ce chapitre, les documents contractuels émanant des banques et de Desjardins déposés dans chacun des dossiers se comptent par dizaines. Ils couvrent des centaines de pages.

[257] Il s'agit tantôt de contrats de crédit variable des titulaires de cartes (« *Cardholders Agreements* »), tantôt de fiches d'informations ou de porte-cartes (« *Disclosure Statements* » ou « *Card Carrier Kits* »), parfois de formulaires ou de demandes d'adhésion (« *Application Forms* »), souvent de relevés de compte, et à l'occasion d'avis ou de déclarations aux titulaires.

[258] Dans chacun de leurs documents, les banques et Desjardins décrivent les frais de conversion avec des termes et explications qui leur sont propres. C'est ce que les consommateurs lisent lorsqu'ils sont confrontés à ces frais.

[259] Il serait inutilement fastidieux de répertorier ou reprendre tous et chacun des documents concernés. Une analyse globale de ceux-ci fait plutôt ressortir des

constantes relativement claires dans les appellations ou désignations que chacune des institutions financières choisit⁵⁷.

[260] Le Tribunal en retient ceci pour chacune d'entre elles⁵⁸.

AMEX

[261] Dans sa documentation, Amex désigne les frais de conversion comme étant une « commission de conversion » (« *Conversion Commission* ») ou un « rajustement » d'un certain pourcentage (« *Conversion Rate Adjustment* »)⁵⁹.

[262] Par exemple, dans ses conventions de crédit variable de 2003, 2004 et 2006, Amex explique ainsi les opérations en monnaies étrangères aux consommateurs qui détiennent ses cartes de crédit :

[...] vous comprenez et convenez que le système de trésorerie d'American Express utilisera les taux de conversion établis d'après un taux interbancaire qu'il choisit parmi les sources financières usuelles le jour ouvrable précédant la date du traitement de l'opération, majoré de notre commission de conversion tel qu'il est précisé dans votre fiche d'information [...]

[263] Dans ses fiches d'informations, Amex catégorise sous la rubrique « Frais et autres » les opérations engagées à l'étranger et le rajustement d'un certain pourcentage qu'elle applique. Se retrouvent également sous cette rubrique, entre autres, les frais fixes pour des chèques refusés, pour la réimpression de relevés ou pour l'obtention de billets *Avant-première*.

CIBC

[264] Dans sa documentation, CIBC décrit la conversion de devises étrangères comme comprenant le « taux de conversion qui [lui] est imputé, plus des frais d'administration représentant X % du montant converti » (« ... *same conversion rate CIBC is required to pay, plus an administration fee of X% of the converted amount* »)⁶⁰.

[265] Dans d'autres documents, CIBC réfère à l'opération en devises étrangères comme étant un « taux de change fixé » par CIBC « qui traduit le coût des fonds en devises et les frais de traitement de l'opération par le réseau Visa International » (« ... *the rate of exchange you [CIBC] determine which reflects the cost of foreign funds* »).

⁵⁷ Dans cette partie du jugement, le Tribunal ne traite que des documents contractuels qui divulguent d'une façon quelconque les frais de conversion. Les clauses de certaines institutions financières qui feraient défaut de divulguer ces frais pour certaines périodes sont traitées dans une autre partie.

⁵⁸ Tous les soulignés de cette analyse sont du Tribunal.

⁵⁹ Voir notamment pièces P-26, P-27, P-145 et P-150.

⁶⁰ Voir notamment pièces P-81 et DCIBC-1, DCIBC-2, DCIBC-4 et DCIBC-5.

*and an administration charge for Transaction handling through the Visa International network »)*⁶¹.

[266] Dans d'autres cas, CIBC désigne les frais comme étant des « frais de conversion des devises » ou des « frais de gestion représentant X % du montant converti »⁶².

BNE

[267] Dans sa documentation, BNE réfère aux transactions en devises étrangères comme comportant un taux de change qui comprend, pour toute opération de débit ou de crédit, un pourcentage représentant X % du montant converti (« ...*This rate [exchange rate] includes an amount equal to a percentage of the converted amount disclosed from time to time in your Monthly Statement* »)⁶³.

[268] De même, dans ses formulaires, BNE inclut dans l'énumération des « Frais de gestion » (« *Service charges* »), les « Frais pour opération en devises : 2,5 % du montant converti » (« *Foreign currency handling charges: 2.5% of the converted amount* »). L'énumération de ces frais de gestion inclut, au même titre que les frais pour opération de devises, les frais pour copie d'une opération, pour relevés supplémentaires ou pour l'obtention de chèques Visa⁶⁴.

BL

[269] Dans sa documentation, BL explique la conversion en devises étrangères comme s'effectuant « au taux de change en vigueur au moment de la conversion majoré du taux de conversion des devises étrangères mentionné dans la présente entente » (« *at the exchange rate in effect at the time of conversion, plus the conversion fee for converting foreign currency transactions at the rate stated in this agreement* »)⁶⁵.

[270] BL inclut dans les « Frais d'administration et autres frais » ce qu'elle décrit comme « les frais de conversion de devises étrangères » qui sont de « X % du montant converti ». Dans ses états de compte, elle fait également référence à un pourcentage du « montant converti »⁶⁶.

[271] Dans l'énumération de ces « Frais d'administration et autres frais » où se retrouvent les frais de conversion de devises étrangères, BL inclut aussi d'autres frais de service, tels que les frais de traitement d'un chèque, les frais pour obtenir une copie

⁶¹ Voir pièces P-79 et P-80.

⁶² Voir par exemple pièce P-85.

⁶³ Voir pièces DSB-1, DSB-2, DSB-3, DSB-4 et DSB-5.

⁶⁴ Voir pièce P-127.

⁶⁵ Voir pièce DL-1.

⁶⁶ Voir pièces DL-1 et DL-2.

d'un relevé de compte et les frais pour obtenir une copie d'une facture ou une carte Visa additionnelle⁶⁷.

BMO

[272] Dans sa documentation, BMO traite des transactions en devises étrangères en identifiant les frais de conversion de devises (« foreign currency mark-up ») en termes de pourcentage⁶⁸.

[273] Plus précisément, BMO décrit les « Transactions libellées en monnaies étrangères » comme effectuées en appliquant le « taux de conversion MasterCard en vigueur le jour au cours duquel la transaction est portée à votre compte ». Elle stipule que ce « taux de conversion MasterCard correspond au taux que [BMO paie] à MasterCard International inc., majoré du taux de marge indiqué sur le porte-carte » remis au Détenteur (« ... *the MasterCard conversion rate is the rate that we pay to MasterCard International inc. plus the mark-up percentage shown on the card carrier...* »)⁶⁹.

[274] De toutes les institutions financières impliquées, c'est la seule qui réfère aux frais de conversion comme étant un taux de marge ou un « *mark-up percentage* ». BMO utilise l'expression taux de marge ou « *mark-up* », mais non les termes « marge bénéficiaire » précisément.

BNC

[275] Dans sa documentation, BNC explique les transactions en devises étrangères comme comportant une « conversion... faite suivant le taux de change en vigueur au moment du paiement à la personne présentant une facture conformément aux règles régissant les institutions membres du système MasterCard International Inc., lequel sera majoré de X % »⁷⁰.

[276] De même, dans son énumération des « Frais de service », BNC inclut les « Frais de conversion des devises étrangères de X % », au même titre que les frais de copie additionnelle d'une facture, de copie additionnelle d'un relevé de compte ou des chèques sans provisions.

⁶⁷ Voir pièce P-179.

⁶⁸ Voir pièce P-35.

⁶⁹ Voir notamment pièces P-41 à P-44, P-47 à P-49, et P-51 et P-57.

⁷⁰ Voir pièce DBNC-2.

CITIBANQUE

[277] Dans sa documentation, Citibanque décrit les frais de conversion comme des « foreign currency fee », « currency conversion fee » ou « administration charge »⁷¹.

[278] Elle explique le taux de change (« *rate of exchange* ») comme reflétant « *...the cost of foreign funds at the time of the transaction and an administration charge for the transaction handling through Visa International Network* »⁷².

[279] Lorsqu'elle change son affiliation à MasterCard après 2001, elle traite du « *Foreign currency fee* » comme ceci : « *We will charge you a currency conversion fee equal to X% of the amount of any purchase, cash advance or other transaction not incurred in Canadian dollars* »⁷³.

[280] Dans cette documentation, Citibanque inclut les « *Foreign Currency Transactions* » sous la rubrique des « Service Fees and other Charges »⁷⁴, au même titre que les chèques sans provision ou les chèques qui font l'objet d'un arrêt de paiement.

TD

[281] Dans sa documentation, TD réfère aux frais de conversion comme étant des « frais de conversion de devises » (« *foreign currency conversion fees* »).

[282] À certains endroits, TD précise que les opérations en monnaie étrangère comportent des « *conversion[s] faite[s] aux taux de change établis par Visa* ». Elle ajoute que « [s]ont inclus dans le coût relatif au change de devises ... des frais de conversion qui correspondent... au total du taux de conversion indiqué dans la déclaration et du taux de change en dollars américains... »⁷⁵.

[283] À d'autres endroits, TD réfère aux « *foreign currency transactions* » comme comportant « *a currency... converted by applying a rate established by Visa plus a fixed percentage as shown in the disclosure statement*... »⁷⁶.

[284] Enfin, dans ses fiches d'information, TD traite des frais de conversion de devises comme étant des frais d'un pourcentage donné qui est imputé lorsque TD traite une opération en monnaie étrangère⁷⁷.

⁷¹ Voir pièces P-75 et P-77.

⁷² Pièce P-75.

⁷³ Pièce P-77.

⁷⁴ Voir pièces P-76 et P-77.

⁷⁵ Voir notamment pièces P-104, P-132 et P-93 à P-101.

⁷⁶ Voir pièces P-95 à P-102.

⁷⁷ Voir pièce P-104.

RBC

[285] Dans sa documentation, RBC désigne les « Opérations en devises étrangères » comme étant celles « converties à notre taux de change, lequel est de X % supérieur au taux de change établi par Visa International (« ... *at our exchange rate, which is X% above the exchange rate set by Visa Intenational...* »)⁷⁸.

[286] RBC qualifie les frais de conversion de devises comme des frais de conversion de X % (« *foreign currency fees* » ou « *currency conversion fees* »)⁷⁹.

[287] Cette description varie parfois quelque peu. « Notre taux de change » est à l'occasion décrit comme le « taux de conversion de base établi par Visa International qui est en vigueur à la date d'imputation... majoré de 2,5 % »⁸⁰.

[288] Enfin, comme plusieurs autres institutions financières, les frais de conversion de devises sont inclus dans les « Frais d'administration et autres » au sein de la documentation de RBC⁸¹. Ceux-ci comportent une série d'autres frais de même nature que les rubriques similaires des autres institutions financières.

DESJARDINS

[289] Dans la documentation de Desjardins, les services de conversion de monnaie étrangère sont décrits comme comportant des « frais de conversion de devises de X % sur les montants enregistrés au compte en devises étrangères et convertis en dollars canadiens »⁸².

[290] Dans son énumération des « Frais administratifs » ou des « Frais de service », Desjardins inclut la « Conversion de devises » et les frais afférents de X %. Ces frais administratifs ou de service incluent aussi des frais fixes tels que les frais de copie de factures ou de copie de dossier⁸³.

* * *

[291] Cette revue de la preuve documentaire qui émane des institutions financières fait ressortir des tendances uniformes quant à la désignation de ces frais de conversion :

1- D'une part, les institutions financières les qualifient inmanquablement de frais, frais d'opération, frais d'administration ou frais de gestion, de commission, ou de rajustement ou pourcentage, rarement de marge (BMO seulement), jamais de marge bénéficiaire;

⁷⁸ Pièce P-24.

⁷⁹ Pièces DRBC-2 et DRBC-3.

⁸⁰ Pièces DRBC-2 et DRBC-3.

⁸¹ Pièces DRBC-2 et DRBC-3.

⁸² Voir les pièces D-45 et D-49 à D-52.

⁸³ Voir pièces D-53 et D-57 à D-59.

2- D'autre part, dans une très forte proportion (au moins 7 sur 10), les institutions financières incluent ces frais de conversion dans l'énumération de ce qu'elles qualifient comme étant des frais administratifs, de service ou de gestion;

3- Finalement, dans leur description de ces frais de conversion, les institutions financières parlent d'une majoration ou d'un ajout au taux de conversion de base. Bref, d'une donnée qui s'additionne à ce que plusieurs décrivent comme étant le montant converti.

c) les témoignages des institutions financières

[292] Par ailleurs, les témoins des institutions financières confirment pour la plupart l'essentiel de ce que révèle cette preuve documentaire.

[293] Ainsi, lors des témoignages rendus à l'audience, les représentants de BNC, BNE, BL, CIBC, Amex et Desjardins réfèrent généralement aux frais de conversion comme étant des frais, des « *fees* » ou des « *charges* ».

[294] Les représentants de BMO font parfois référence aux frais de conversion comme étant des « *mark-up* » ou « *margin* », tel que la documentation de cette banque l'indique. Par contre, l'on note que les représentants de TD, RBC et Citibanque utilisent aussi les expressions « *margin* » ou « *mark-up* », et « *margin* » ou « *premium* », afin de désigner les frais de conversion, et ce, même si leur documentation n'y réfère pas ainsi.

[295] D'autre part, appelés à décrire ce à quoi servent ces frais de conversion, les témoins des institutions financières offrent des explications qui varient, mais sur lesquelles il demeure utile de s'attarder quelque peu.

[296] Le représentant de BNE associe ces frais à ce que la plupart des comptoirs de change exigent également.

[297] Le représentant de BNC les décrit comme servant à financer des services aux clients.

[298] Celui de Desjardins les explique comme étant accessoires au crédit.

[299] Les représentants de TD et de BMO les décrivent aussi comme un coût relié à un service, tandis que les représentants de RBC en traitent parfois comme un paiement pour le service de change et une pratique usuelle en matière de devises étrangères.

[300] La représentante de Citibanque les définit comme un service visant à couvrir les coûts de la transaction.

[301] Le représentant de la CIBC donne des explications plus détaillées : ils viseraient les frais d'un service qui couvrent tout autant la gestion du compte, l'utilisation de la carte à l'étranger et les coûts y afférents.

[302] Enfin, le représentant de BL est le plus candide. Il explique les frais de conversion comme étant une source de revenus pour rentabiliser la carte dans un contexte où les coûts des transactions en devises étrangères s'avèrent plus élevés que les autres.

d) les experts entendus

[303] Au-delà de cette preuve testimoniale et documentaire des banques et de Desjardins et des explications fournies sur les systèmes Visa, MasterCard ou American Express, deux témoignages d'experts et quelques documents externes aux institutions financières sont pertinents à la qualification à apporter aux frais de conversion.

[304] Le premier expert des institutions financières, le professeur Shearer, est un économiste. Son rapport⁸⁴ et son témoignage portent sur la perspective historique, d'un point de vue économique, de la place qu'occupaient le crédit rotatif et l'échange de devises étrangères dans les opérations bancaires au Canada.

[305] Sur l'échange de devises étrangères, il explique qu'historiquement, le commerce des devises était le seul dans lequel les banques étaient autorisées à transiger. À cette fin, il précise que les banques percevaient généralement une marge, laquelle correspondait à une majoration qu'elles prenaient sur le prix de gros des devises afin d'offrir à leur clientèle un prix de détail.

[306] Dans son exposé, le professeur Shearer situe essentiellement cette marge d'un point de vue historique. Il souligne que la distinction d'antan entre le taux interne et le taux externe en matière de conversion de devises correspond ni plus ni moins aux distinctions qui existent actuellement entre le marché interbancaire, accessible aux seules institutions financières, et le marché secondaire, qui s'adresse notamment aux consommateurs.

[307] Le deuxième expert des institutions financières, M. Wittmann, est un spécialiste du marché des devises étrangères. Il a occupé plusieurs postes de haute direction dans des entreprises évoluant dans ce marché.

[308] Dans son rapport⁸⁵ et dans son témoignage, il propose diverses explications sur la marge bénéficiaire qu'ajoutent les institutions financières à leur taux de conversion lorsqu'elles procèdent à une conversion de devises. Les banques et Desjardins ont repris ses propos à de maintes occasions afin d'appuyer la qualification de marge bénéficiaire qu'elles donnent à ce qu'elles imputent ici à leurs détenteurs de cartes.

[309] Il est opportun de reproduire dans son entièreté l'extrait du rapport de M. Wittmann sur lequel plusieurs insistent⁸⁶ :

⁸⁴ Pièce DRS-1.

⁸⁵ Pièce DRW-1.

⁸⁶ Pièce DRW-1, p.17 et 18.

j) How Foreign Exchange Prices are Derived in Secondary Markets

In the interbank market, banks deal with each other as peers. They add no margin to the exchange rate. They cover their own costs and make a profit from the small differences in the bid/offer spread by transacting large volumes, or by warehousing positions in anticipation of favourable currency movements. In the secondary market, a mark-up or margin is normally added to the cost of funds before quoting an exchange rate to clients. It is calculated either as a percentage over the cost of the currency or as a number of foreign exchange points over that cost. It compensates banks for the cost of providing the service which includes the assumption of market risk, as well as the costs of warehousing and reciprocity. It also allows them to realize a profit. The price shown to the client, inclusive of margin, is known as an "all-in" price. It is roughly equivalent to the difference between a wholesale and retail price of consumer goods. For small, retail transactions, some may add a fee or commission over the quoted exchange rate where margin alone is insufficient to cover costs and provide acceptable profit. International Card Organizations, however, add no fees or commission over the quoted exchange rate. They apply only a margin over a benchmark which is based on the interbank rate and maintain the same exchange rate throughout the day, thereby providing cardholders with rate consistency and protection from routine exchange rate fluctuations and opportunistic merchants or acquiring banks that might delay processing transactions to take advantage of fluctuations or pick a rate at the high end of a daily range.

Foreign exchange providers in the secondary market will also, as a rule, add a mark-up or margin to the exchange rate. This mark-up or Margin represents the difference between the cost of funds to them and the exchange rate quoted to their own commercial clients. For even smaller, individual, retail or consumer transactions, some may add to the quoted exchange rate a commission or fee.

In one respect, however, the secondary market differs from the interbank market. In the interbank market, counterparts (banks) do not treat each other as clients. Rather, they deal with each other as peers with reciprocal professional dealing relationships in which each counterpart bears its own cost of doing business. In these reciprocal relationships, there is no relative price or service advantage, and as a result, each bank deals with the other at interbank rates, evidenced by consistent, tight, bid/offer spreads.

The mark-up, margin, or spread banks apply when setting their commercial exchange rates to non-interbank customers compensates them for their costs of providing the service, which often includes the assumption of market risk, as well as the cost of warehousing and reciprocity. It also allows them to realize a profit.

Margin is typically included in the exchange rate quoted to the purchaser, is rarely or never disclosed to the purchaser and is calculated either as a number of exchange rate points or a percentage over the cost of the currency to the provider or some other benchmark. It is calculated this way because determining

margin, based on a fixed amount, would be a wildly unreliable method for recouping costs and allowing for acceptable profit given the variability in transaction size.

Fees or commissions, on the other hand, are amounts imposed over and above the quoted exchange rate. They are usually imposed where margin alone is insufficient to cover costs and provide an acceptable profit (usually when the amount purchased is small) or where there are fixed and readily identifiable costs over and above the ordinary costs of providing the service, such as wire fees. The conversion mark-up charged by the Issuing Banks, ranging between 1.8% and 2.5%, constitutes a margin.

Outside the interbank market, the price shown to the client, inclusive of the addition of the margin, is known as an "all-in" price, and may include the cost of services that might otherwise be charged separately, such as wire fees. The margin may be applied in the form of "points" or "percent". The mark-up over cost in the interbank market imposed at the retail, commercial and corporate level is in conformity with the customs and norms of global foreign exchange markets. It is an integral part of the price of the product and its attendant services at these levels. It is roughly equivalent to the difference between a wholesale and retail price of consumer goods.

(Le Tribunal souligne)

[310] Selon les propos de M. Wittmann, ce qu'il qualifie de « *conversion mark-up* » des institutions financières constituerait ni plus ni moins une marge bénéficiaire (« *margin* »), par opposition à des « *fees or commissions* ». Cette marge serait équivalente à la différence entre le prix du gros et le prix au détail d'un produit.

[311] Par contre, à ce chapitre, cet extrait déterminant de son rapport fait aussi ressortir les éléments suivants :

- dans le marché interbancaire, les banques couvrent leurs frais et se dégagent un certain profit, entre autres par l'écart entre l'offre et la demande dans un volume de transactions élevé et par la mise en sûreté (« *warehousing* ») de certaines positions afin de prévoir les fluctuations du marché;
- dans le marché dit secondaire, la marge bénéficiaire des banques vise à compenser le coût du service d'échanges de devises, dont les risques de fluctuation du marché et le coût du « *warehousing* »;
- les organisations internationales de cartes de crédit (Visa ou autre) appliquent une marge bénéficiaire au taux interbancaire qu'elles retiennent;
- la marge bénéficiaire est généralement incluse dans le taux « tout-inclus » offert au consommateur et est rarement sinon jamais divulguée. Dans son rapport, à la page 36, M. Wittmann ajoute que la divulgation des éléments constitutifs de cette marge est « *unheard of* »;

- les frais ou commissions sont généralement ajoutés en plus du taux de change, notamment lorsque le niveau relativement bas des transactions fait en sorte que la marge déjà incluse dans ce taux est insuffisante pour couvrir les frais et générer un profit suffisant.

[312] Quoique ces deux rapports d'experts ne traitent que des banques, ils sont déposés pour servir de preuve dans les deux dossiers **Marcotte-Banques** et **Marcotte-Desjardins**.

e) la documentation de Visa, MasterCard et l'ACFC

[313] Enfin, la documentation émanant de Visa, MasterCard et l'ACFC fournit aussi quelques éléments utiles à la qualification des frais de conversion.

[314] Chez la première, le pourcentage qu'ajoutent les banques ou Desjardins au taux de conversion et à la marge bénéficiaire de Visa de 1 % est qualifié de « *optional issuer fees* »⁸⁷. Sur son site Internet, les détenteurs de carte peuvent calculer le taux de change d'une transaction en ajoutant au taux de base le « *bank foreign transaction fee* »⁸⁸.

[315] Quant à la seconde, sur son site Internet⁸⁹, elle assimile les frais de conversion à des « *service fees* », au même titre que des pénalités ou des coûts afférents à des cartes additionnelles.

[316] Pour ce qui est de l'ACFC, il s'agit d'un organisme fédéral qui chapeaute l'activité des banques en matière de protection des consommateurs. Or, dans la documentation qu'elle met à la disposition de ces derniers, il y a une série de publications qui visent à expliquer les frais que comportent les cartes de crédit.

[317] Dans l'une de ces publications qui explicite les différents frais de services imputés en matière de cartes de crédit, l'ACFC y inclut les frais de conversion en devises étrangères comme partie intégrante, de la même façon que plusieurs des institutions financières le font elles-mêmes dans leur propre documentation.

[318] En outre, l'ACFC y décrit les « frais de conversion » comme étant des frais que le consommateur paie « en plus du taux de change ». Elle ajoute que « ... les institutions financières... vous imposent habituellement un frais de conversion... qu'elles appliquent au taux de change en gros de Visa ou MasterCard »⁹⁰.

⁸⁷ Voir entre autres pièces D-40, D-41, P-110 à P-113, et P-158 à P-161.

⁸⁸ Pièce P-161.

⁸⁹ Voir pièce P-190.

⁹⁰ Pièce DAMEX-13H, p. 8.

[319] D'ailleurs, en 2002, cette même ACFC a rendu une décision concluant qu'Amex agissait en violation de la *Loi sur les banques* et de sa réglementation en ne divulguant pas les frais de conversion⁹¹.

[320] Pour l'ACFC, il s'agissait là d'une violation des articles 452(2)c) de la *Loi sur les banques* et 10(1)c) et 12(1) du *Règlement sur le coût d'emprunt* de 2001, et ce, en regard de la divulgation de frais qui y est exigée :

452.

[...]

(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 :

[...]

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

10. (1) La banque qui conclut une convention de crédit visant une marge de crédit doit remettre à l'emprunteur une première déclaration comportant les renseignements suivants :

[...]

c) la nature et le montant des frais non liés aux intérêts;

[...]

12. (1) La banque qui conclut une convention de crédit visant une carte de crédit doit remettre à l'emprunteur une première déclaration qui comporte, outre les renseignements visés aux alinéas 10(1)a) et c) à k), les renseignements suivants :

[...]

4) l'analyse du Tribunal

[321] Ces constats factuels posés, le Tribunal est d'avis que selon l'interprétation à donner aux articles pertinents de la *LPC*, la preuve prépondérante veut que les frais de conversion soient des « frais de crédit », non du « capital net ».

[322] En effet, les frais de conversion constituent vraisemblablement des frais, non pas une marge bénéficiaire. Ils sont distincts du taux de conversion, et non une composante de celui-ci. À ce titre, étant des frais imputés à l'occasion du contrat de crédit variable, ils ne peuvent constituer du « capital net ». Les théories avancées par

⁹¹ Pièces P-172 et P-138.

les banques et Desjardins pour faire échec à cette conclusion ne résistent pas à l'analyse.

[323] Pour étayer cette conclusion, le Tribunal s'en remet aux articles pertinents de la *LPC* et aux constatations découlant de la preuve documentaire et testimoniale des banques et de Desjardins, de la preuve externe émanant des organismes qui les entourent, du fonctionnement des systèmes Visa, MasterCard ou American Express, et des opinions exprimées par les experts sur la nature des frais de conversion.

a) les articles pertinents de la *LPC*

[324] La *LPC* est une loi d'ordre public qui vise à protéger les consommateurs, en rétablissant l'équilibre entre ceux-ci et les commerçants⁹². Il est acquis qu'elle doit s'interpréter de manière large, libérale et favorable aux consommateurs⁹³.

[325] Elle s'applique aux contrats conclus entre un consommateur et un commerçant dans le cadre de ses activités et ayant pour objet un bien ou un service. Le contrat conclu pour l'utilisation d'une carte de crédit entre dans cette définition et constitue un contrat de crédit variable au sens de la loi⁹⁴.

[326] La *LPC* régit expressément ce type de contrat. Il doit respecter les articles 66 à 114 et 118 à 130 *LPC*. En plus, en cas de doute ou d'ambiguïté, ce contrat doit être interprété en faveur du consommateur (article 17 *LPC*).

[327] En matière de contrat de crédit variable, l'obligation totale du consommateur est constituée du « capital net » et des « frais de crédit »⁹⁵.

[328] Selon l'article 68 b) *LPC*, le « capital net » est la somme pour laquelle le crédit est effectivement consenti. Il exclut toute composante des « frais de crédit ». Aux termes de l'article 69 *LPC*, les « frais de crédit » représentent la somme que le consommateur doit payer en plus du « capital net ».

[329] En somme, dans un contrat de crédit variable, la *LPC* considère que tout montant qu'un consommateur doit payer qui n'est pas du « capital net » est un « frais de crédit ». Les « frais de crédit » sont en quelque sorte la catégorie résiduaire qui englobe tout ce que l'autre n'inclut pas. C'est ailleurs l'opinion du regretté professeur Masse :

En matière de prêt d'argent ou de crédit variable, il n'existe pas d'autres catégories que celles du capital net ou de frais de crédit. [...] Ces règles sont

⁹² Articles 261 et 262 *LPC*; *Paquette c. Crédit Ford du Canada ltée*, [1989] R.J.Q. 2153 (C.A.); *Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.*, [1995] R.J.Q. 746 (C.A.) (l'arrêt **Nichols**).

⁹³ *Paquette c. Crédit Ford du Canada ltée*, *id.* et *Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.*, *id.*

⁹⁴ Article 118 *LPC*.

⁹⁵ Article 67 a) *LPC*.

impératives et permettent au consommateur d'évaluer clairement la situation, sans possibilité d'échappatoire pour le pourvoyeur de crédit⁹⁶.

[330] Pour ce même professeur Masse, le « capital net » se limite à la somme ou valeur dont bénéficie véritablement le consommateur, ce dont il profite réellement⁹⁷.

[331] Quant aux « frais de crédit », ses composantes sont énumérées à l'article 70 *LPC*. Le législateur y dresse une liste qui commence par les mots « notamment ». Cela dénote la volonté de définir les « frais de crédit » de façon non exhaustive⁹⁸.

[332] L'énumération de l'article 70 inclut dans ces « frais de crédit » les intérêts, les primes d'assurance, les frais d'administration, de courtage ou d'expertise, de même que les commissions. Bref, non seulement les intérêts, ce qui va de soi, mais aussi, toute une série de frais accessoires au contrat de crédit variable.

[333] Cette énumération ne se limite pas non plus à des frais directement reliés à l'octroi du crédit, mais englobe aussi des frais qui découlent de l'usage de la carte de crédit elle-même. À titre d'exemple, les frais d'adhésion ou de renouvellement et les frais d'administration ou d'acte.

b) frais de conversion ou marge bénéficiaire ?

i) les frais de conversion sont des frais

[334] Ici, la preuve prépondérante établit que les frais de conversion sont vraisemblablement des frais que les institutions financières imputent aux consommateurs pour le service de conversion de devises étrangères qu'elles leur offrent dans le cadre de l'utilisation de leur carte de crédit.

[335] D'abord, une majorité des banques et Desjardins décrivent ces frais de conversion comme étant justement des frais. Dans une industrie où, selon leur expert M. *Wittmann*, il y a une nette distinction entre la marge bénéficiaire (« *margin* ») incluse au taux de change et les frais ou commissions (« *fees and commissions* ») qui s'y ajoutent, ce choix de mots est significatif.

[336] Il serait en effet assez incongru que, dans un contexte de conversion de devises étrangères, les institutions financières versées en la matière aient sciemment choisi des termes (« *fees and commissions* ») qui, selon elles, exprimeraient la réalité d'une toute autre notion (« *margin* »).

⁹⁶ Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 418-419.

⁹⁷ *Id.*, p. 418.

⁹⁸ *Options Consommateurs c. Service aux marchands détaillants Itée (Household Finance)*, [2003] R.J.Q. 1603, paragr. 51 (C.S.), appel principal et incident accueillis en partie avec dissidence, 2006 QCCA 1319.

[337] Du reste, les systèmes ou réseaux dans lesquels ces institutions financières évoluent traitent de la même manière les frais de conversion de devises étrangères imputées aux cartes de crédit.

[338] Dans sa documentation, Visa qualifie d'« *optional issuer fees* » les frais de conversion que fixent les institutions financières émettrices membres de son réseau⁹⁹. De plus, sur son site Internet où elle propose aux détenteurs de carte un moyen de calculer le taux de change d'une transaction, elle prévoit une case où l'utilisateur doit ajouter au taux de base le « *bank foreign transaction fee* »¹⁰⁰.

[339] Pour sa part, sur son site Internet, MasterCard associe les frais de conversion à des frais de service¹⁰¹.

[340] Des commentaires identiques valent pour l'ACFC qui, dans ses publications ou décision, relie clairement les frais de conversion à des frais de service¹⁰² ou à des frais aux termes de la *Loi sur les banques*¹⁰³.

[341] Ensuite, ces frais de conversion ont toutes les caractéristiques d'une commission, soit « *un pourcentage laissé à un intermédiaire* » ou « *un montant fixe ou proportionnel alloué à une banque... pour la rémunérer... de ses services* »¹⁰⁴.

[342] La commission est un terme que le législateur inclut nommément dans l'énumération de ce qui constitue des « frais de crédit » à l'article 70 *LPC*. Certains banques définissent d'ailleurs les frais de conversion en utilisant ce terme précisément.

[343] De la même façon, la preuve prépondérante montre que les frais de conversion s'approchent, à bien des égards, des frais d'administration, autre expression que le législateur identifie nommément comme constituant des « frais de crédit ».

[344] Encore une fois, certaines banques et Desjardins utilisent exactement ce terme pour définir les frais de conversion. Plusieurs de leurs témoins lient d'ailleurs la raison d'être de ces frais aux coûts de gestion ou de traitement afférents à ce service.

ii) les frais de conversion ne sont ni une marge bénéficiaire, ni du capital net

[345] À l'opposé, l'on conçoit difficilement comment les frais de conversion pourraient constituer du « capital net » au sens de la *LPC*.

⁹⁹ Voir notamment pièces P-110 à P-113 et P-158 à P-161.

¹⁰⁰ Pièce P-161.

¹⁰¹ Pièce P-190.

¹⁰² Pièce DAMEX-13H, p. 8.

¹⁰³ Pièces P-172 et P-138.

¹⁰⁴ *Le petit Larousse illustré*, 1990; *Le grand dictionnaire terminologique*, Office québécois de la langue française, <http://www.granddictionnaire.com>, consulté le 11 novembre 2008; *Le nouveau petit Robert*, 1996, s.v. « *commission* ».

[346] D'un côté, il semble évident que le pourcentage qu'ils représentent n'est jamais remis au Marchand étranger avec qui le Détenteur transige. Par conséquent, l'on ne peut affirmer qu'il s'agit d'une somme dont bénéficie réellement le consommateur.

[347] De l'autre côté, les banques et Desjardins appuient leur argument voulant que les frais de conversion soient du « capital net » sur la prémisse suivante : il s'agirait en réalité d'une marge bénéficiaire qui ferait partie intégrante du taux de conversion.

[348] La preuve n'appuie pas cette prétention.

[349] Premièrement, si les frais de conversion étaient, en réalité, une marge bénéficiaire qui fait partie intégrante du taux de conversion, et partant du « capital net », ni les banques ni Desjardins n'auraient alors à en divulguer la teneur. En effet, dans ce cas, que ce soit aux termes de la *LPC* ou de la *Loi sur les banques*, cette marge ne pourrait pas être considérée comme un frais au sens de ces législations.

[350] Or, la preuve documentaire qui émane des banques et de Desjardins fait échec à cet argument. De fait, pour les suivre dans ce raisonnement, il faudrait ignorer la teneur de ce qu'elles ont elles-mêmes inscrit dans leurs propres documents.

[351] Dit simplement, les banques et Desjardins avancent ceci. Dans les documents qu'elles ont écrits et les clauses qu'elles ont stipulées, elles ont volontairement divulgué une marge bénéficiaire qu'elles n'étaient pas tenues de dévoiler, en utilisant pour ce faire une terminologie autre que ce dont il s'agit réellement.

[352] D'aucuns diront que pour toute entreprise le moins sérieuse, ce serait là un constat fort désolant. Pourtant, aussi aberrante que peut sembler leur proposition, les banques et Desjardins insistent néanmoins. À leurs yeux, divulguer plus que ce qu'elles ne doivent ne saurait constituer un reproche valable. De plus, utiliser le mauvais terme pour décrire la marge bénéficiaire n'en changerait pas la nature réelle.

[353] Avec égards, le Tribunal n'est pas disposé à suivre les banques et Desjardins dans cette voie. Bien au contraire, leur documentation témoigne d'une réalité factuelle et d'un comportement qui correspond à une réalité incontournable.

[354] Comme le souligne l'avocat de l'Office, lorsque le stipulant, en matière de contrat de consommation, fait valoir qu'il ne faut pas se fier à ce qu'il a écrit, il y a lieu de questionner sérieusement la justesse du propos.

[355] En l'espèce, les appellations et désignations choisies par les institutions financières sont révélatrices. Jamais, elles ne désignent les frais de conversion comme une marge bénéficiaire, et ce au travers de centaines de pages de documents mis en preuve. Toujours, elles associent ces frais à des frais d'administration, de service ou de gestion. Chaque fois, elles les dissocient du taux de conversion en précisant que cette donnée s'y ajoute.

[356] En matière d'interprétation de documents contractuels, les mots choisis par les rédacteurs d'un contrat, lus dans le contexte où ils s'inscrivent, sont généralement indicateurs de l'intention réelle des parties. Ici, l'on peut certes inférer qu'en choisissant ces mots, les stipulants ont voulu assumer les conséquences de leur choix. Ni les banques, ni Desjardins ne peuvent en faire abstraction.

[357] En outre, aux termes des articles 17 *LPC* et 1432 *C.c.Q.*, des contrats de crédit variable comme en l'espèce doivent recevoir une interprétation favorable au consommateur. Tout doute ou ambiguïté doit se résoudre en sa faveur. La Cour d'appel enseigne d'ailleurs que le Tribunal se doit de les interpréter en fonction de la personne crédule et inexpérimentée qui en prendrait connaissance¹⁰⁵.

[358] Ici, il est improbable qu'une telle personne ait pu comprendre les termes choisis par les banques et Desjardins comme désignant une marge bénéficiaire. La documentation analysée suggère plutôt que tout lecteur raisonnable aurait compris les frais de conversion comme un autre type de frais de service afférent à l'utilisation de la carte de crédit.

[359] Ce n'est pas tout.

[360] Deuxièmement, l'expert retenu par les banques et Desjardins, M. Wittmann, distingue les notions de marge (« *margin* ») et de frais ou commissions (« *fees or commissions* ») dans le marché de la conversion des devises.

[361] Selon lui, la « *margin* » est normalement incluse dans le taux de change (« *exchange rate* ») et rarement sinon jamais divulguée à l'acheteur. Par contre, les « *fees or commissions* » sont des sommes ajoutées « *over and above the quoted exchange rate* ». Elles sont normalement ajoutées lorsque la marge est insuffisante pour couvrir les coûts et dégager un profit acceptable, par exemple, quand le montant de l'achat est peu élevé.

[362] Or, d'une part, la preuve révèle qu'en l'espèce, les frais de conversion sont effectivement ajoutés au-delà du taux de conversion déterminé par les réseaux concernés.

[363] D'autre part, la preuve montre qu'en matière de transactions en devises étrangères faites par le biais des cartes de crédit, les montants impliqués sont en fait généralement très petits en moyenne, de l'ordre d'environ une centaine de dollars par transaction¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Voir à ce sujet *Turgeon c. Germain Pelletier Ltée*, [2001] R.J.Q. 291 (C.A.); voir également *Richard c. Time Inc.*, [2007] R.J.Q. 2008 (C.S.).

¹⁰⁶ Voir, à cet effet, témoignage à l'audience de M. Raoult, représentant de Desjardins, et pièce D-70, de même que témoignage à l'audience de l'expert Guertin et rapports de ce dernier, pièces D-68 et D-69. Voir également, pièce DRS-3, sur la valeur moyenne des achats payés par carte de crédit Visa et MasterCard entre 2000 et 2007.

[364] Enfin, si la divulgation des éléments constitutifs d'une marge, tels que des frais de conversion, est généralement « *unheard of* » selon cet expert, c'est tout le contraire ici pour les frais de conversion dont les institutions financières dévoilent la teneur sous de multiples formes.

[365] Somme toute, si l'on s'en tient aux explications fournies par cet expert, les faits mis en preuve suggèrent que les frais de conversion sont beaucoup plus près de la notion de « *fees or commissions* » que de la notion de « *margin* » en matière de conversion de devises.

[366] De ce point de vue, cette expertise, loin d'appuyer les banques et Desjardins dans leur théorie, s'avère plus utile à la thèse de leurs adversaires.

[367] De fait, soit dit avec égards pour cet expert, lorsqu'il affirme à son rapport que « ... *the conversion mark-up charged by the... banks... constitutes a margin* », les définitions et explications qui précèdent cette conclusion, appliquées aux faits mis en preuve, mènent plutôt à la conclusion opposée.

[368] De la même façon, toujours selon la preuve versée aux dossiers, les coûts associés au service de conversion de devises que M. *Wittmann* décrit, et qui justifieraient l'ajout d'une marge pour en arriver à un taux de change « tout-inclus », correspondent en réalité à ce que font Visa, MasterCard ou TRS dans l'établissement du taux de conversion de base.

[369] Autrement dit, ces coûts ne se rattachent pas à ce que peuvent encourir les institutions financières dans le cadre d'une conversion de devises qu'elles ne font pas.

[370] Ainsi, quand M. *Wittmann* affirme, à la page 34 de son rapport, que « *the margin applied over this benchmark [reference rate] by the Issuing Banks covers exchange rate risk and uncertainty between the time a credit card transaction was undertaken and the foreign exchange risk hedged* », il se méprend sur le rôle de chacun. Ce qu'il énonce correspond à la réalité propre aux réseaux Visa, MasterCard ou TRS eux-mêmes, non à celle des banques ou de Desjardins.

[371] En définitive, en regard de la qualification proposée voulant que les frais de conversion soient du « capital net », ni la preuve documentaire ou testimoniale, ni la preuve d'experts n'appuient l'assertion centrale des banques et de Desjardins voulant que ces frais soient, en fait, une marge bénéficiaire.

[372] Du reste, aux termes de l'énumération de l'article 70 *LPC*, en matière de contrat de crédit variable, le Tribunal ne peut conclure qu'il y a opposition de principe entre ce que les institutions financières appellent une « marge bénéficiaire » et ce que le législateur définit comme un « frais de crédit ».

[373] Dans un contrat de crédit variable, voire dans l'octroi de crédit en tant que tel, la marge ou le profit du commerçant consiste, pour l'essentiel, dans l'intérêt gagné sur l'argent. Or, à l'article 70, cet intérêt est justement qualifié de « frais de crédit ».

[374] Il n'y a donc rien d'illogique à ce que la marge bénéficiaire, si tant est qu'il s'agisse de cela, d'un service accessoire fourni à l'occasion du contrat de crédit variable soit traitée de la même façon.

iii) les frais de conversion sont donc des frais de crédit

[375] Cela dit, n'est guère convaincant l'argument des banques et de Desjardins voulant que cette soi-disant marge bénéficiaire soit une composante du taux de conversion.

[376] Là aussi, cette théorie ne tient pas la route devant le fonctionnement des systèmes Visa, MasterCard et American Express, la preuve documentaire provenant des institutions financières et les opinions de leur expert.

[377] Ni les banques, ni Desjardins ne prennent une part active dans le processus de conversion de devises au sein des réseaux Visa, MasterCard et American Express. Que ce soit pour l'achat ou la vente de devises, l'établissement du taux de conversion à partir des taux du marché interbancaire ou le traitement de l'opération de conversion elle-même, tout se passe au niveau de Visa, de MasterCard ou de TRS.

[378] Les témoins le confirment tous.

[379] De même, l'on constate que la conversion des devises, d'une part, et l'ajout de frais, d'autre part, sont deux opérations distinctes, menées séparément.

[380] La description qu'en font la plupart des banques dans leur documentation le confirme. L'on retrouve à de multiples endroits le fait que les frais de conversion s'ajoutent au taux de conversion, le majorent ou qu'ils sont en plus de la conversion elle-même. L'on réfère en outre fréquemment aux frais de conversion comme étant un pourcentage du montant converti.

[381] Pour reprendre le témoignage du représentant de BN, les frais sont ajoutés après la conversion : « ...c'est une fois que la transaction a été acheminée par MasterCard International en devises canadiennes que le montant de 2,5 % est ajouté par nous à la toute fin »¹⁰⁷.

[382] L'ACFC, l'organisme fédéral qui régit les institutions financières comme les banques, abonde dans le même sens. Dans sa publication intitulée « *Service Fees on Credit Cards Transactions* », elle précise que la conversion des monnaies étrangères en argent canadien consiste en un processus qui implique, d'un côté, des frais de

¹⁰⁷ Témoignage de M. L'Écuyer à l'audience.

conversion et, de l'autre, un taux de change. L'ACFC précise que les frais de conversion sont en plus du taux de change¹⁰⁸.

[383] Tout cela indique que la conversion de la devise étrangère précède l'application d'un frais de conversion. Voilà qui exprime bien l'idée de deux étapes distinctes, la première relevant de Visa, MasterCard ou TRS, la seconde, des institutions financières.

[384] Or, si l'on s'en tient à cette réalité, l'argument qu'avancent les banques et Desjardins mène à ceci. Elles imputent aux consommateurs une marge bénéficiaire sur un service qu'elles n'exécutent pas elles-mêmes. D'autres faisant cette conversion, elles se contentent pour leur part de le rendre disponible à des consommateurs dans un cadre bien précis, soit celui d'un contrat de crédit variable.

[385] Si tel est le cas, les frais, pourcentage ou commission sont alors imputés à l'occasion du contrat de crédit variable, non pas pour la fourniture d'un service qui n'est pas le leur.

[386] Ce constat incontournable que les banques et Desjardins ne convertissent pas les devises lorsque les consommateurs utilisent leurs cartes de crédit n'est pas sans conséquence. Il force d'ailleurs certaines à concéder que les frais de conversion facturés pour ce service sont, en réalité, imputés en considération de l'ensemble des services reliés à la carte de crédit.

[387] À l'audience, les représentants de CIBC, RBC et BL le disent sans ambages. En réinterrogatoire, l'expert Wittmann explique aussi que les « *costs that the issuing banks incur with relation to the service that they provide by way of credit card for foreign currency conversion* » incluent « *the costs [they] would incur covering the benefits that the card provides, such as the convenience, security, tracking, all the associated benefits that the cardholders put forward as being a benefit to the card ...* ».

[388] Pareillement, le passage suivant, tiré du sommaire de la preuve d'experts préparé par les banques et Desjardins lors de leur argument final¹⁰⁹, résume bien leur conception de la raison d'être de ces frais de conversion :

En soi, la marge fait partie intégrante des opérations suivantes :

- a) les opérations de change sur monnaies étrangères que la banque effectue sur le marché secondaire, y compris le prix auquel RBC offre de tels services à ses clients;
- b) la stratégie employée par la banque pour financer l'infrastructure nécessaire à l'établissement d'un nouveau moyen de paiement, à savoir la carte de crédit; et

¹⁰⁸ Pièce DMEX-13H, p. 8.

¹⁰⁹ Voir paragraphe 180 de la partie IV.

- c) la stratégie employée par la banque pour financer l'infrastructure nécessaire à la compensation et au règlement des obligations sous-jacentes relatives à ce moyen de paiement.

[389] Il est manifeste que les items b) et c) sont liés non pas à la conversion de devises, mais à la carte de crédit en tant que telle. Bref, au contrat de crédit variable lui-même, tout comme certains des témoignages l'expriment aussi à leur façon.

[390] Si telle est la situation, et ce sont les banques et Desjardins qui l'affirment, il s'agit là de « frais de crédit » au sens de l'article 70 *LPC*, non de « capital net ».

[391] En effet, si ces frais de conversion servent à financer en partie le système Visa, MasterCard et American Express et d'autres services reliés aux cartes de crédit, ils sont couverts par la notion de « frais de crédit » de l'article 70. Que ce soit à titre de frais d'administration ou de commission.

[392] Sous ce rapport, il ne fait pas de doute que les frais d'administration ou les commissions reliés à l'octroi du crédit sont des « frais de crédit » selon l'article 70. Or, cela étant, le législateur n'a certes pas voulu qu'un consommateur doive distinguer entre les frais d'administration ou commissions reliés à un service accessoire au contrat de crédit variable et ceux reliés à l'octroi même du crédit, en excluant les premiers des « frais de crédit » tout en y incluant les seconds.

[393] Si tel devait être le cas, le consommateur se retrouverait la plupart du temps dans une situation où toute distinction serait impossible à faire, le plaçant ainsi dans l'ambiguïté. Cela serait contraire aux objectifs de protection du consommateur et de connaissance des frais qu'on lui impute qui sous-tendent la *LPC*.

[394] Pour sa part, le Tribunal n'est pas disposé à souscrire à une telle distinction qui ne pourrait mener qu'à une incertitude, voire un arbitraire, peu susceptible d'un encadrement efficace.

[395] Cela s'inscrirait en opposition directe avec les définitions hermétiques et mutuellement exclusives de la *LPC* en matière de « frais de crédit » et de « capital net » dont le but certain est d'éclairer pleinement le consommateur tout en limitant les échappatoires du commerçant.

[396] Le regretté professeur Masse le rappelle en des termes non équivoques¹¹⁰ :

Les articles 67 à 72 L.P.C. doivent être lus ensemble. Ils visent l'établissement de règles communes à tous les contrats de crédit et sont destinés à permettre au consommateur de connaître l'étendue et la nature des frais qui sont exigés de lui. Ces règles lui permettent également de comparer entre eux les taux de crédit offerts par les différentes institutions. Il fallait pour cela établir des bases

¹¹⁰ Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 416.

communes à tous les pourvoyeurs de crédit, de sorte qu'un pourvoyeur ne puisse écarter certains des frais de crédit dans l'établissement des coûts réels alors qu'un autre les comptabiliserait et les divulguerait à son désavantage. C'est ainsi que les notions de «capital net», de «versement comptant» et de «frais de crédit» sont définis de façon rigoureuse et complète.

(Le Tribunal souligne)

[397] En résumé, aux termes de la *LPC*, peu importe l'angle sous lequel on aborde la question, les frais de conversion ne sont pas du « capital net », mais bien des « frais de crédit ».

c) les autres arguments des banques et de Desjardins

[398] Cela étant, le Tribunal écarte tout autant les arguments additionnels qu'avancent les banques et Desjardins pour faire échec à cette qualification des frais de conversion comme constituant des « frais de crédit » au sens de la *LPC*.

[399] En premier lieu, contrairement à ce qu'elles affirment, la notion de « frais de crédit » de l'article 70 *LPC* ne vise pas uniquement la divulgation d'un coût relié au crédit lui-même.

[400] À ce chapitre, le Tribunal ne retient pas l'argument voulant que pour être qualifiés de « frais de crédit », les frais de conversion doivent avoir un lien avec l'octroi de crédit en tant que tel. Avec égards, c'est faire dire aux articles pertinents de la *LPC* ce qu'ils n'énoncent pas.

[401] L'énumération des « frais de crédit » contenue à l'article 70 inclut justement des frais accessoires qui ne sont pas liés au crédit. Qu'il suffise de souligner les termes visés par les paragraphes b), d) et e) de l'article qui traitent de primes d'assurance, de frais d'administration, ou de frais d'adhésion ou de renouvellement.

[402] Quitte à le redire, le législateur inclut ici des frais reliés au simple usage de la carte de crédit, sans plus.

[403] Cette énumération tend à appuyer l'interprétation voulant qu'un service accessoire offert à l'occasion d'un contrat de crédit variable est visé par cette notion de « frais de crédit », bien qu'il ne soit pas nécessairement lié au crédit lui-même.

[404] Les propos de la ministre Payette en commission parlementaire lors de l'adoption de la *LPC* en 1978 sont révélateurs sur ce point. Elle souligne que : « [...] [l]'article déclare et informe le consommateur que les frais de crédit incluent tous les frais accessoires. [...] »¹¹¹.

¹¹¹ Assemblée Nationale du Québec, Journal des débats, Commission parlementaire, 3^e Session, 31^e législature, 4 décembre 1978, n 206, p. B-8384.

[405] Plusieurs banques reconnaissent dans leurs procédures que la conversion de devises est, en réalité, un service accessoire au crédit. RBC le fait au paragraphe 26 de sa défense, BMO, au paragraphe 59 de la sienne et BNC, à son paragraphe 86.

[406] Dans le mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale en ce qui concerne les changements législatifs potentiels à la *LPC*, Desjardins affirme précisément que « *[l]e service de conversion est un service distinct et accessoire du service de crédit que fournit la carte de crédit* »¹¹².

[407] Du reste, force est de constater que les frais de conversion demeurent, au minimum, accessoires à l'offre de crédit que font les banques et Desjardins lorsqu'elles permettent à leurs détenteurs de cartes de transiger en devises étrangères.

[408] Enfin, à tout évènement, cet argument des banques et de Desjardins voulant que le service de conversion en devises étrangères soit un service distinct non lié au crédit mène à une impasse.

[409] Si tel était le cas, les frais de ce service distinct seraient immanquablement autre chose que du « capital net ». Or, si ce service s'inscrit, comme il l'est, dans le cadre d'un contrat de crédit variable, la *LPC* prévoit précisément que les frais ne peuvent être autre chose que du « capital net » ou des « frais de crédit ». Il n'y a aucune autre catégorie.

[410] Bref, même en adoptant ce raisonnement, l'on en arrive à un résultat identique.

[411] En second lieu, n'est pas déterminant l'autre argument qu'avancent les banques et Desjardins selon lequel leur marge bénéficiaire ne devrait pas se transformer en frais de crédit aux termes de la *LPC* simplement parce qu'un client porte l'achat en devises étrangères à un compte de carte de crédit.

[412] Cet argument s'appuie essentiellement sur le fait que, généralement, en matière de conversion de devises, le commerçant impute au client une marge bénéficiaire. Or, cette prétention fait abstraction de ce que la *LPC* prévoit.

[413] Le législateur a fait un choix. En matière de contrat de crédit variable, lorsqu'un consommateur utilise ce mode de paiement, certains frais entrent dans la catégorie des « frais de crédit » parce que la *LPC* l'édicte. Cela peut, aux yeux de certains, ne pas correspondre à la réalité économique des choses, mais telle n'est pas la question. Ce qu'il y a lieu de déterminer, c'est si l'expression, telle que définie à la *LPC*, comprend les frais de conversion.

[414] De ce point de vue, est peu utile toute analogie avec la situation prévalant dans un bureau de change ou lors d'une conversion de devises faite au comptoir d'une

¹¹² Voir pièce P-8.

institution financière. Dans de tels cas, le contexte n'est pas celui d'un contrat de crédit variable sujet aux dispositions applicables de la *LPC*.

[415] En troisième lieu, le Tribunal ne retient pas non plus la prétention voulant que les « frais de crédit » de la *LPC* ne devraient correspondre qu'aux seuls montants qu'une personne qui achète au comptant ne paie pas normalement.

[416] Si cette proposition peut parfois s'appliquer à la situation des frais de conversion, elle s'avère boiteuse. Par exemple, elle se heurte à une impasse pour des frais que les banques et Desjardins assimilent aux frais de conversion de devises dans leur nomenclature des frais d'administration et des frais de service afférents au contrat de crédit variable.

[417] En sont, par exemple, les frais d'avance de fonds et les frais de dépassement de limite de crédit. Ce sont certes là des montants qui ne sont normalement pas payables par une personne qui achète comptant. De ce fait, selon le raisonnement proposé, ce serait des « frais de crédit ».

[418] Or, dans leurs documents, les banques et Desjardins les catégorisent de la même façon que les frais de conversion de devises.

[419] Enfin, en dernier lieu, les banques et Desjardins ont tort d'affirmer qu'en qualifiant les frais de conversion de « frais de crédit », cela revient à les empêcher de les imputer aux consommateurs, dans une situation où, selon la preuve, ces frais sont non seulement raisonnables, mais bénéfiques à ces derniers dans le marché.

[420] La *LPC* n'empêche pas les banques et Desjardins de facturer des frais de conversion à leurs détenteurs de carte. La *LPC* insiste seulement sur la façon dont ceux-ci doivent être divulgués et réclamés. Elle permet en outre la pluralité de taux de crédit dans le cas des contrats de crédit variable (article 81 *LPC*).

[421] L'objectif du législateur en est un de protectionnisme. Il se justifie entre autres parce que les cartes de crédit sont justement attrayantes et faciles d'accès et d'utilisation. L'inférence qu'elle facilite l'accès au crédit pour le consommateur coule de source. Dans l'optique choisie par le législateur, l'on comprend la nécessité d'encadrer strictement tous les frais qui peuvent s'y rattacher. La définition de l'article 70 *LPC* s'inscrit dans cette foulée.

[422] Que le service de conversion soit une bonne chose en matière de carte de crédit, que ce mode de paiement soit fiable, apprécié ou utile à l'étranger, ou que les taux de change imputés soient compétitifs, tout cela importe peu.

[423] Personne ne remet d'ailleurs en question la légitimité ou la justification des banques et de Desjardins de facturer aux détenteurs de cartes des frais de conversion pour le bénéfice certain de profiter du taux de conversion du marché interbancaire

auquel les réseaux Visa, MasterCard et American Express donnent accès. Là n'est pas le débat non plus.

[424] Dans la *LPC*, le législateur a fait un choix. Celui d'encadrer strictement ce qui n'est pas du « capital net » et de forcer la divulgation des « frais de crédit » selon un mode précis.

[425] Il s'ensuit que la *LPC* se veut pointilleuse sur le calcul de ces frais de crédit et sur leur divulgation au consommateur. Le but est d'uniformiser les pratiques de calcul des commerçants afin que les frais de crédit contiennent tous les mêmes éléments, avec un mode de calcul identique. Le consommateur peut ainsi donner un consentement éclairé et comparer utilement les contrats de crédit variable entre eux.

[426] En cela, le législateur privilégie une approche de divulgation uniforme qui est d'ordre public. Tout aussi fondée ou équitable que soit l'approche utilisateur-payeur préconisée par les banques et Desjardins en matière de frais de conversion de devises étrangères, cette approche doit céder le pas à celle choisie par le législateur.

[427] Si, comme le Tribunal le conclut, les frais de conversion sont des frais de crédit, il appartient aux banques et à Desjardins de respecter la *LPC*, ou de voir à financer ces frais autrement.

[428] La seconde question se résout dans le sens proposé par MM. Marcotte et Laparé et par l'Office.

C. L'ABSENCE DE DIVULGATION DES FRAIS DE CONVERSION

[429] MM. Marcotte et Laparé reprochent ensuite à cinq banques de ne pas avoir divulgué l'existence même des frais de conversion pendant une partie de la période visée par le recours collectif. Elles auraient ainsi violé les articles 12 et 219 *LPC*.

[430] Les banques et périodes visées se détaillent comme ceci :

BANQUE	PÉRIODE ANTÉRIEURE À
BMO	Septembre 2002
BNC	Janvier 2003
Citibanque	Avril 2001
TD	Septembre 2001
Amex	Février 2003

[431] MM. Marcotte et Laparé ne critiquent pas la divulgation des frais de conversion faite par les quatre autres banques pour la période visée par le recours collectif. Il en va de même pour la divulgation des frais de conversion par ces cinq banques pour la période subséquente à celle indiquée.

[432] Les banques visées protestent.

[433] À leurs yeux, elles auraient divulgué correctement les frais de conversion en tout temps. De toute façon, il y aurait absence de preuve suffisante du défaut de divulgation. À tout événement, il n'y aurait pas violation des articles 12 ou 219 *LPC* dans les circonstances.

[434] En regard de la preuve particulière administrée quant à chaque banque, le Tribunal considère qu'il y a eu effectivement absence de divulgation des frais de conversion pour les périodes identifiées.

1) BMO

[435] Pour BMO, force est de constater que les contrats d'utilisation des cartes de crédit qu'elle a émises ne mentionnent pas l'existence même des frais de conversion avant avril 2002.

[436] Pour la période allant de novembre 1997 à juin 2001, les contrats de crédit variable de BMO ne prévoient que ceci quant aux transactions en devises étrangères¹¹³ :

All advances obtained in a foreign currency through the use of a MasterCard Card shall be reimbursed by the cardholder to the issuer in Canadian currency and conversion thereto will be made by the issuer at the issuer's MasterCard conversion rate in effect on the date the advance is posted to the MasterCard account. This rate may differ from the one in effect on the date of the foreign currency transaction.

(Le Tribunal souligne)

[437] Entre juin 2001 et avril 2002, les contrats de crédit variable de BMO comportent la mention suivante¹¹⁴ :

4. Foreign currency transactions

We convert any transaction made in a foreign currency to Canadian currency using our MasterCard conversion rate in effect on the date we charged the transaction to your account. This rate may differ from the rate in effect on the date transaction was made.

(Le Tribunal souligne)

¹¹³ Pièce P-39.

¹¹⁴ Pièce P-40.

[438] Par la suite, entre avril et septembre 2002, la clause relative à la conversion de devises étrangères se lit ainsi¹¹⁵ :

4. Foreign currency transactions

If you have a Canadian dollar MasterCard reconvert any transactions made in a foreign currency to Canadian dollars using a MasterCard conversion rate in effect on the day the transaction is posted to your account. If you have a U.S. Dollar MasterCard, we convert any transaction made in a currency other than U.S. Dollars to U.S. Dollars at a MasterCard conversion rate in effect on the day the transaction is posted to your account. In either case, the MasterCard conversion rate is the rate that we pay to MasterCard International Inc. plus the mark-up percentage shown on the Card Carrier or as amended overtime. This rate may not be the same as the rate that existed on the date transaction was made.

(Le Tribunal souligne)

[439] Toutefois, malgré cette mention, ce n'est qu'à partir de septembre 2002 que le porte-carte fait référence à l'existence des frais de conversion. Aucun porte-carte n'en fait état avant cette date¹¹⁶.

[440] Il est vrai que dans certains relevés de compte envoyés à compter d'avril 2002, il y a certaines références aux frais de conversion et à leur pourcentage. Toutefois, aucune clause des contrats de crédit variable de BMO ne fait référence à quelque renvoi à un relevé de compte pour connaître le taux des frais de conversion. Les contrats de crédit variable réfèrent plutôt au porte-carte.

[441] Ainsi, compte tenu des dispositions contractuelles pertinentes, l'on doit donc constater qu'il y a absence de divulgation des frais de conversion par BMO avant septembre 2002.

[442] La simple mention d'un « *MasterCard conversion rate* » ne peut être lue ou comprise comme incluant les frais de conversion ou le « *mark-up* ». La description du « *mark-up* » contenue à la clause révisée d'avril 2002 fait ressortir que le « *MasterCard conversion rate* » est différent du « *mark-up percentage* » qui, selon le libellé même de la clause, est ajouté par la suite.

2) BNC

[443] En regard de BNC maintenant, ce n'est qu'en janvier 2003 que les détenteurs de cartes émises par cette dernière sont avisés de l'existence de frais de conversion de devises étrangères dans leurs contrats de crédit variable.

[444] Jusqu'en janvier 2003, les contrats ne prévoient que ceci quant aux transactions effectuées en devises étrangères¹¹⁷ :

¹¹⁵ Pièce P-41.

¹¹⁶ Pièce P-34.

Le détenteur reconnaît que toute transaction effectuée en devises étrangères sera portée à son compte en monnaie canadienne et que la conversion sera faite suyant le taux de change en vigueur au moment du paiement par la banque à la personne présentant une facture conformément aux règles régissant les institutions membres du système MasterCard International inc.

(Le Tribunal souligne)

[445] À compter de janvier 2003, le contrat de crédit variable pertinent aux détenteurs de cartes de crédit émises par BNC contient dorénavant la mention suivante¹¹⁸ :

5. Transactions en devises étrangères

Vous reconnaissez que toute transaction effectuée en devises étrangères est portée à votre compte en monnaie canadienne et que la conversion est faite suyant le taux de change en vigueur au moment de notre paiement à la personne présentant une facture conformément aux règles régissant les institutions membres du système MasterCard International inc., lequel sera majoré de 2.5 %.

(Le Tribunal souligne)

[446] Ici encore, il y a absence de divulgation des frais de conversion dans les contrats de crédit variable de BNC avant janvier 2003. La référence au « taux de change en vigueur » ou aux « règles régissant les institutions membres du système MasterCard International inc. » n'est certes pas une divulgation des frais de conversion.

[447] Le simple libellé de la clause modifiée à compter de janvier 2003 en témoigne. On y ajoute les mots « *lequel sera majoré de 2.5 %* », ce qui fait bien ressortir que la majoration s'ajoute au taux de change. Elle n'en fait pas partie.

[448] L'on ne peut inférer des documents contractuels qu'une personne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la référence au taux de change soit également une référence aux frais de conversion, encore moins considérer qu'il s'agissait là d'une divulgation de ceux-ci.

3) CITIBANQUE

[449] Quant à Citibanque, avant avril 2001, elle émettait des cartes Visa. Or, ses contrats faisaient simplement mention de frais d'administration, sans plus de précision. La clause pertinente disait ceci¹¹⁹ :

We will use a rate of exchange that reflects the costs of foreign funds at the time of the transaction and an administration charge for the transaction handling through Visa International Network. These costs will be included for both credits and debits to your account.

(Le Tribunal souligne)

¹¹⁷ Pièces DBNC-1 et P-74B.

¹¹⁸ Pièce DBNC-10.

¹¹⁹ Pièce P-75.

[450] La preuve est silencieuse quant à quelque référence que ce soit à la nature ou quotité de cette « *administration charge* ». Aucune précision n'est fournie sur ce dont il s'agit.

[451] Force est de conclure que cela ne constitue pas une divulgation de frais, y compris de frais de conversion. Rien ne précise le montant des frais contrairement à ce que requiert l'article 12 *LPC*. Une clause qui ne prévoit pas un montant précis est insuffisante¹²⁰.

4) TD

[452] La situation de TD est du même ordre. Selon la preuve déposée au dossier, l'existence des frais de conversion de devises étrangères est divulguée pour la première fois en septembre 2001 dans les contrats de crédit variable de TD.

[453] Aucune preuve n'établit quelque divulgation que ce soit de ces frais de conversion antérieurement à septembre 2001.

5) AMEX

[454] Quant à Amex finalement, la preuve révèle que c'est à compter de février 2003 qu'elle divulgue aux détenteurs de ses cartes de crédit l'existence de frais de conversion de devises. Les avis qu'elle fait parvenir à ses détenteurs de carte en février et mars 2003 en témoignent¹²¹.

[455] Dans ces documents, Amex précise que ses contrats de crédit variable sont amendés en matière de transactions en devises étrangères, pour dorénavant prévoir que le taux de conversion comporte un ajustement d'un pourcentage donné. Plus tard en 2003, la clause sera corrigée pour référer par la suite à une commission de conversion.

[456] À l'opposé, pour la période précédente à février 2003, les contrats de crédit variable d'Amex se bornent à n'indiquer que ceci au niveau des frais engagés à l'étranger¹²² :

Si vous portez à la Carte de crédit des frais en devises étrangères, ceux-ci seront convertis en dollars canadiens au taux de change que nous aurons déterminé à la date où nous ou nos représentants autorisés traitons l'opération. Ce taux peut différer de celui qui était en vigueur à la date où vous avez porté les frais à la Carte. Les montants convertis par des établissements – comme des sociétés aériennes – vous seront facturés au taux utilisé par ces établissements.
(Le Tribunal souligne)

¹²⁰ Voir *Piscines Trévi inc. c. Lanthier*, J.E. 94-276 (C.S.), qui conclut que l'article 12 *LPC* rend illégale une clause imposant simplement au consommateur de payer des frais d'avocat.

¹²¹ Pièces DAMX-6 et DAMX-9.

¹²² Pièce P-26.

[457] Comme dans le cas de BMO et de BNC, il ne s'agit que d'une référence à un taux de change et à des montants convertis, sans autre explication. Durant cette période, les frais de conversion ne sont pas identifiés, que ce soit dans les contrats ou même dans les fiches d'information afférentes¹²³.

[458] Du reste, dans ses contrats de crédit variable postérieurs à mars 2003, Amex fait référence à un rajustement d'un pourcentage donné qui est inclus dans le taux de change. Elle le décrit comme un rajustement du taux de conversion. Ensuite, elle réfère aux frais de conversion comme étant une majoration d'une commission unique de conversion.

[459] Selon ces expressions utilisées par Amex elle-même, une distinction existe entre ce qu'elle identifie comme un taux de change, d'une part, et ce qu'elle décrit comme une commission ou un rajustement, d'autre part.

[460] La simple référence à un taux de change ne donc peut être lue ou comprise comme étant la divulgation d'un montant précis de frais de conversion.

[461] Cela étant, il s'ensuit que MM. Marcotte et Laparé ont raison d'affirmer qu'avant les mois de septembre 2002, janvier 2003, avril 2001, septembre 2001 et février 2003 respectivement, BMO, BNC, Citibanque, TD et Amex ont fait défaut de divulguer les frais de conversion aux membres du groupe qui les concernent.

[462] Le Tribunal analysera dans le chapitre portant sur les violations alléguées la question de savoir si cette absence de divulgation des frais de conversion par ces cinq banques constitue une violation des articles 12 et 219 *LPC*.

D. LA RENONCIATION IMPUTÉE AUX CONSOMMATEURS¹²⁴

[463] Nonobstant cette absence de divulgation des frais de conversion et leur qualification comme « frais de crédit » au sens de la *LPC*, les banques plaident qu'il y aurait, de toute façon, renonciation au recours collectif de la part des membres du groupe.

[464] En payant les frais de conversion en toute connaissance de cause, elles considèrent que MM. Marcotte et Laparé auraient en effet renoncé implicitement à leur droit de les contester. Cela lierait tous les membres du groupe.

[465] Selon les banques, ce serait vrai pour les frais de conversion payés avant l'institution de la requête en autorisation, puisque les représentants étaient alors bien au courant de leur existence. Ce le serait d'autant plus après l'institution de la requête,

¹²³ Voir également pièce P-27.

¹²⁴ Cette partie du jugement est essentiellement identique dans les dossiers ***Marcotte-Banques*** et ***Marcotte-Desjardins***.

puisqu'ils connaissaient la nature de leur contestation et, partant, le caractère prétendument illégal des frais de conversion qu'ils ont pourtant continué à payer.

[466] Avec égards à nouveau, le Tribunal est d'avis que cet argument ne peut être retenu dans les circonstances que révèle ce dossier.

[467] Ici, il n'y a, bien sûr, aucune renonciation expresse à réclamer le remboursement des frais de conversion ou les dommages punitifs. Au mieux, cette renonciation ne peut être que tacite ou implicite.

[468] Or, la *LPC* est une loi d'ordre public¹²⁵. En matière de protection du consommateur, la doctrine reconnue¹²⁶ confirme que ce caractère d'ordre public de la *LPC* empêche le consommateur de renoncer valablement et à l'avance à ses droits.

[469] Cela ne l'empêche évidemment pas de consentir à une transaction une fois qu'un litige survient, mais cette exception ne s'applique pas en l'espèce. Personne ne prétend qu'il y a eu transaction quelconque dans les faits.

[470] De même, dans l'arrêt *Garcia Transport Itée*¹²⁷, la Cour suprême enseigne qu'en matière de dispositions d'ordre public, la renonciation ne peut intervenir que lorsque le droit en question est acquis, que la renonciation est effectuée en toute connaissance de cause et qu'elle procure un avantage à la partie qui renonce :

[52] La règle générale veut que la renonciation ne soit valide que si elle intervient après que la partie, en faveur de laquelle la loi a été édictée, a acquis le droit qui découle de cette loi. C'est alors, et alors seulement, que la partie la plus faible, tel le débiteur en l'espèce, peut faire un choix éclairé entre la protection que la loi lui accorde et les avantages qu'elle compte obtenir de son cocontractant en échange de la renonciation à cette protection, comme l'explique Gégout, *loc. cit.*, fasc. 2, à la p. 10:

...l'apparition de plus en plus fréquente de règles de protection dans l'ordre public économique a multiplié les cas où les parties peuvent renoncer à un ordre public édicté dans leur seul intérêt. Mais il faut s'entendre sur la portée de cette affirmation: l'ordre public protecteur intervient pour assurer l'entière liberté du contractant le plus faible contre le contractant le plus fort; il manquerait complètement son but si la personne protégée pouvait y renoncer au moment où elle contracte. [...] Il faut qu'en toute connaissance de cause, au moment où la protection doit produire ses effets, l'intéressé ne risque plus de subir les pressions de son adversaire.

¹²⁵ Article 261 et 262 *LPC*; *Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.*, [1995] R.J.Q. 746 (C.A.).

¹²⁶ Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 968.

¹²⁷ *Garcia Transport Itée c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 R.C.S. 499, paragr. 52, 53 et 54.

C'est pourquoi la renonciation à une protection légale d'ordre public ne peut se concevoir que pour des droits acquis. La loi n'impose pas de droits aux individus, mais leur permet de les acquérir; elle n'interdit que la renonciation à un droit qui n'est pas encore né; la seule condition de validité de la renonciation à ces droits est l'accomplissement de leurs conditions d'acquisition. [Je souligne.]

[53] Couturier, *loc. cit.*, souligne lui aussi la nécessité d'assurer la protection constante du contractant placé dans une situation d'infériorité, et ce, jusqu'à ce que le droit lui soit acquis (à la p. 106):

Mais les règles ressortissant à l'ordre public de protection ne sont pas seulement impératives, elles visent à protéger un contractant placé dans une situation d'infériorité; comme il s'agit de le prémunir contre les faiblesses prévisibles de son propre consentement, on ne saurait lui permettre d'abdiquer la protection légale: ce serait ruiner cette protection même. Tant que subsiste la situation d'infériorité qui explique et justifie l'intervention du législateur, la renonciation au bénéfice de la loi, lors même qu'elle porterait sur des droits acquis, paraît porter atteinte aux exigences de l'ordre public de protection. [Je souligne.]

Ou, comme le fait observer Ghestin dans *Le contrat dans le nouveau droit québécois et en droit français, op. cit.*, à la p. 42:

Enfin, il est logique d'autoriser la personne qui était protégée, lorsqu'il s'agit d'ordre public de protection, à renoncer à cette protection, à la condition d'ailleurs qu'elle le fasse lorsque celle-ci n'est plus nécessaire. [Je souligne.]

[54] Pour conclure sur ce point, disons qu'il est possible de renoncer à une disposition d'ordre public économique de protection puisque sa violation n'est sanctionnée que par une nullité relative. En raison de la nature même de la protection accordée, toutefois, cette renonciation n'est valide que si elle est consentie après l'acquisition du droit et non avant. À mon avis, le juge Jacques de la Cour d'appel a correctement exposé l'état du droit lorsqu'il a écrit à la p. 929:

Il est maintenant acquis que la partie qui bénéficie de la protection d'une loi d'ordre public économique de protection peut y renoncer. Cependant, cette renonciation ne peut être anticipée. Elle ne peut avoir lieu que lorsque le droit que cette loi accorde est né et peut être exercé en toute connaissance de cause, tout comme, par analogie, un acte de ratification d'une obligation annulable doit exprimer, entre autres, l'intention de couvrir la cause de l'annulation (art. 1214 C.C.). [Je souligne.]

(Le Tribunal souligne)

[471] En regard de ces enseignements, le Tribunal ne peut conclure à l'existence d'une renonciation implicite ou tacite des consommateurs aux protections que la *LPC* leur accorde.

[472] Dans ce dossier, l'objet même du recours est de revendiquer ces protections et un tribunal n'a pas encore statué sur la question. La reconnaissance judiciaire de l'illégalité à laquelle ils auraient prétendument renoncé ne se fera que par l'entremise de ce jugement. Le droit à la restitution des frais et aux dommages que revendiquent les membres n'est pas acquis jusqu'à ce que ce jugement soit prononcé.

[473] Dans cette perspective, le fait que MM. Marcotte et Laparé aient payé les frais de conversion en sachant ce dont il s'agissait, voire même en sachant qu'ils étaient contestés, ne met pas un terme au débat. La reconnaissance judiciaire de l'illégalité à laquelle ils auraient renoncé reste à faire.

[474] Par ailleurs, le Tribunal est d'avis qu'il n'y a pas non plus démonstration non équivoque d'une renonciation implicite, bien au contraire.

[475] Dans les arrêts *Société de cogénération de St-Félicien c. Industries Falmec inc.*¹²⁸ et *Banque nationale du Canada c. Lemay*¹²⁹, la Cour d'appel décrit la renonciation implicite à un droit comme celle qui est claire et non équivoque, avec intention limpide de renoncer, dans un contexte qui ne peut donner prise à des interprétations contraires.

[476] Bref, d'un degré de clarté qui ne laisse pas place à l'interprétation. Ce n'est pas le cas ici. Le paiement des frais de conversion ne traduit pas à lui seul une intention claire de renoncer à des dispositions d'ordre public.

[477] À tout événement, même s'il s'agissait d'une renonciation implicite au droit à la restitution des frais de conversion et aux dommages afférents, elle aurait eu lieu sans contrepartie ou avantage. Voilà qui s'inscrit fort mal dans les enseignements de cette doctrine et de cette jurisprudence sur la renonciation à un droit découlant d'une loi d'ordre public.

[478] En définitive, le fardeau d'établir cette renonciation implicite invoquée repose sur les épaules des banques et la preuve prépondérante ne l'appuie pas.

[479] Pour tout dire, le seul paiement des frais de conversion dans le contexte que l'on connaît s'avère bien faible pour appuyer cette prétention. Si tel était le cas, l'on pourrait escamoter avec une facilité étonnante les dispositions d'ordre public que le législateur a voulu imposer. Cela explique la sévérité des exigences que pose l'arrêt *Garcia Transport Ltée* avant de conclure à une renonciation implicite en matière de dispositions de cette nature.

[480] En terminant sur cet argument de renonciation, les clauses de vérification dont s'autorisent certaines banques et qui seraient incluses à leur contrat de crédit variable ne peuvent pas plus faire échec à des dispositions d'ordre public comme celles de la

¹²⁸ J.E. 2005-929, 2005 QCCA 441.

¹²⁹ [2008] R.J.Q. 127, 2008 QCCA 1.

LPC. Ces clauses ne sauraient restreindre les droits que cette loi confère aux consommateurs. En outre, ces clauses n'obligent pas une personne à vérifier la légalité d'une pratique; elles visent à confirmer l'exactitude des transactions portée au compte, sans plus.

[481] L'argument de renonciation soulevé par les banques est rejeté.

E. LA PRESCRIPTION¹³⁰

[482] Comme cinquième argument, les banques plaident la prescription partielle du recours collectif en regard de certains des membres du groupe visé, soit les membres dont les contrats de crédit variable auraient été formés avant le 17 avril 2000.

[483] À ce chapitre, leur argument s'appuie sur l'ancien article 273 *LPC* qui prévoit ceci :

273. Sous réserve de ce qui est prévu aux articles 274 et 275, une action fondée sur la présente loi se prescrit par trois ans à compter de la formation du contrat.

(Le Tribunal souligne)

[484] Le législateur a abrogé cet article le 14 décembre 2006¹³¹, quelques semaines après l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Household Finance*¹³². Toutefois, cette loi d'abrogation n'a pas d'effet rétroactif. La Cour suprême l'a confirmé en 2007 dans deux arrêts portant sur un autre aspect de la *LPC*¹³³. L'article demeure donc pertinent en l'espèce pour les contrats formés avant la période de prescription identifiée.

[485] Compte tenu de cet article, les banques considèrent la description du groupe visé fort incomplète, puisqu'elle s'articule seulement autour des frais de conversion facturés aux consommateurs depuis le 17 avril 2000. Or, l'article 273 édicte que le recours fondé sur la *LPC* se prescrit par trois ans à compter de la formation du contrat.

[486] Bref, selon les banques, il ne suffit pas que les frais de conversion soient facturés aux consommateurs depuis le 17 avril 2000. La requête en autorisation datant du 17 avril 2003, il faut en plus qu'il s'agisse de frais de conversion facturés depuis le 17 avril 2000 à des consommateurs dont les contrats ont été formés après le 17 avril 2000.

¹³⁰ Cette partie du jugement est essentiellement identique dans les dossiers **Marcotte-Banques** et **Marcotte-Desjardins**, sauf quant à la question de l'impact de la non-divulgence des frais qui ne concerne pas Desjardins et sauf quant aux questions particulières concernant Desjardins et qui ne sont pas traitées ici.

¹³¹ *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.Q. 2006, c. 56, art. 7.

¹³² Précité, note 39.

¹³³ *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34, paragr. 117-120; *Rogers Sans-fil inc. c. Muroff*, [2007] 2 R.C.S. 921, 2007 CSC 35, paragr. 18-19.

[487] Elles ajoutent qu'en terme de contrat de crédit variable touchant la carte de crédit, il n'y a qu'une seule date de formation du contrat, soit celle de l'émission initiale de la carte de crédit et de sa première utilisation par le consommateur. Elles invoquent l'article 29 *LPC* à ce sujet :

29. Les articles 27 et 28 ne s'appliquent pas à un contrat de crédit variable conclu pour l'utilisation de ce qui est communément appelé carte de crédit. Dans le cas d'un tel contrat, l'émission de la carte tient lieu de signature du commerçant et l'utilisation de la carte par le consommateur tient lieu de signature du consommateur.

(Le Tribunal souligne)

[488] Pour les banques, puisqu'en matière de carte de crédit, le contrat initial se forme, d'un côté, par l'émission de la carte et, de l'autre, par l'utilisation qu'en fait le consommateur la première fois, la date de formation du contrat demeure toujours la même, peu importe qu'il y ait eu des renouvellements de la carte au fil des ans.

[489] MM. Marcotte et Laparé rétorquent que l'article 273 *LPC* ne s'appliquerait pas là où le droit d'action du consommateur ne serait pas encore né. À cet effet, ils tentent de distinguer l'arrêt *Household Finance*, sans grande conviction par ailleurs.

[490] De toute façon, pour les cinq banques qui ont fait défaut de divulguer les frais de conversion pendant un certain temps¹³⁴, MM. Marcotte et Laparé sont d'avis qu'il y a eu suspension de la prescription aux termes de l'article 2904 *C.c.Q.* :

2904. La prescription ne court pas contre les personnes qui sont dans l'impossibilité en fait d'agir soit par elles-mêmes, soit en se faisant représenter par d'autres.

[491] Cette suspension aurait prolongé la période de prescription applicable aux membres du groupe dont les contrats de crédit variable se sont formés avec ces cinq banques.

[492] Enfin, MM. Marcotte et Laparé se disent en désaccord avec les banques quant à la date de formation du contrat de crédit variable en matière de carte de crédit. À leurs yeux, à chaque renouvellement de la carte, il y a formation d'un nouveau contrat. Dans ce cas, il y a chaque fois une première utilisation de la nouvelle carte qui, tout en portant le même numéro de compte, n'en reste pas moins sujette à une date d'expiration différente et, souvent, à des conditions contractuelles qui ont évolué dans le temps.

[493] Dans un premier temps, le Tribunal est d'avis d'écarter sommairement l'argument surprenant que font valoir les banques en regard de l'article 29 *LPC*.

¹³⁴ Voir chapitre C de la partie « VI Analyse et discussion » de ce jugement.

[494] Avec égards, il est inexact d'affirmer qu'il n'y a qu'une date de formation du contrat relatif à une carte de crédit, soit celle de sa première utilisation, et ce, nonobstant tout renouvellement subséquent.

[495] En matière de carte de crédit, le législateur, à l'article 29 *LPC*, conditionne la formation du contrat à l'émission de la carte et à sa première utilisation par le consommateur. À ce sujet, l'on réfère bien sûr à la carte physique elle-même et à son activation par le consommateur, suivie de son utilisation subséquente lors d'une transaction. Une lecture de l'article fait ressortir que l'utilisation physique de la carte est l'élément essentiel à la formation du contrat.

[496] Il s'ensuit que lors de tout renouvellement, puisque le consommateur reçoit alors une nouvelle carte, avec nouvelle date d'expiration, il y a inmanquablement formation d'un nouveau contrat au sens de l'article 29 *LPC* lors de la première utilisation de cette nouvelle carte.

[497] De fait, comme la preuve le révèle, à chaque renouvellement de carte de crédit, la pratique des banques est d'expédier au consommateur un contrat de crédit variable mis à jour, souvent avec des clauses différentes et ajustées. De plus, la nouvelle carte ne devient effective et utilisable que si le consommateur pose des gestes concrets pour l'activer. Enfin, une condition déterminante de la carte est toujours modifiée, soit la date d'expiration.

[498] Sur ce point, l'argument qu'avancent les banques mène d'ailleurs à un résultat pour le moins incongru.

[499] Selon leur position, si un consommateur détient une carte de crédit depuis près de 20 ans, la date de formation de son contrat serait toujours celle de l'an 1, malgré qu'il y ait eu depuis plus de 5 renouvellements de sa carte, chaque fois avec des dates d'expiration distinctes, des conditions contractuelles modifiées et de nouvelles cartes physiques.

[500] Le résultat serait particulièrement étonnant aux termes de l'article 273 *LPC*, car selon un tel argument, le recours du consommateur serait alors prescrit avant même qu'il ne commence à utiliser la nouvelle carte qu'il reçoit.

[501] Entre deux interprétations législatives dont l'une mène à un résultat absurde et l'autre à un résultat conséquent avec le bon sens, le Tribunal doit favoriser la deuxième alternative.

[502] Par conséquent, le Tribunal est d'avis qu'en regard des cartes de crédit des membres du groupe visé, la formation du contrat s'établit à la date de la première utilisation par le consommateur de la carte de crédit initiale ou renouvelée, selon la première des dates qui est postérieure au 17 avril 2000.

[503] Dans un deuxième temps, le Tribunal est par contre d'accord avec les banques quant à l'application de l'article 273 LPC en l'espèce.

[504] Dans l'arrêt *Household Finance*¹³⁵, la Cour d'appel décide, sur dissidence, que le recours sous la LPC se prescrit dans les trois ans de la formation du contrat.

[505] Selon la Cour d'appel, le libellé de l'article 273 ne prête pas à interprétation. En vertu de la LPC, la prescription court à compter de la formation du contrat, et non à compter de la naissance de la cause d'action :

[60] Bien que de façon générale la prescription en matière civile commence à courir à compter de la naissance de la cause d'action (articles 2925 C.c.Q. et suivants), la LPC prévoit que le recours doit s'exercer dans les trois ans de la formation du contrat sauf pour les cas prévus aux articles 274 et 275. Selon l'auteur Masse, il serait souhaitable que la disposition soit harmonisée avec la prescription prévue au Code civil, mais l'on ne saurait interpréter autrement une disposition dont le texte est clair et non équivoque, qui fixe le début de la prescription au moment de la formation du contrat. Les tribunaux ont d'ailleurs adopté cette interprétation. Il n'existe pas ici deux interprétations possibles qui pourraient nous permettre de choisir celle la plus en harmonie avec les objectifs de la Loi.

[61] Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que le législateur a édicté plusieurs dispositions protégeant le consommateur une fois qu'il a signé un contrat de prêt d'argent ou de crédit, notamment le droit du consommateur de revenir sur son engagement et de révoquer unilatéralement le contrat dans les deux jours qui suivent le moment où chacune des parties est en possession d'un double du contrat (article 73). Ce faisant, le législateur permet au consommateur qui a agi avec empressement de prendre le temps d'analyser le contrat ou à tout le moins de le lire pour en connaître le contenu. De plus, toutes les exigences imposées quant à la formation du contrat, dont la nécessité d'un écrit rédigé en double et devant être signé par les parties, favorisent le consommateur et la Loi lui accorde trois ans à compter de la formation du contrat pour en attaquer la validité.

[62] Je partage donc l'avis du juge de première instance à cet égard.

(Le Tribunal souligne)

[506] La Cour suprême a refusé la permission d'en appeler de ce jugement. Le législateur a abrogé l'article depuis.

[507] De ce point de vue, quoiqu'on puisse penser de l'impact de cet arrêt, il écarte la naissance de la cause d'action, soit, en l'espèce, le paiement effectif des frais de conversion illégaux par le consommateur, comme point de départ de la prescription.

¹³⁵ Précité, note 39.

[508] Selon la Cour d'appel, à la différence des articles usuels en la matière (2925 C.c.Q. et suiv.), le point de départ de la prescription d'un recours sous la *LPC* est la formation du contrat. L'article 273 *LPC* l'énonce sans équivoque.

[509] La conséquence est importante ici.

[510] Sauf en cas de suspension ou d'interruption de cette prescription, l'on doit limiter la description du groupe visé par tout jugement aux seuls contrats de crédit variable formés depuis le 17 avril 2000. Cela élimine en quelque sorte du groupe tout détenteur de carte de crédit ayant conclu son contrat avant le 17 avril 2000, et ce, bien qu'on lui ait imputé des frais de conversion prétendument illégaux uniquement après cette date.

[511] Sous ce rapport, les banques ont raison d'affirmer que l'identification des frais de conversion facturés aux consommateurs depuis le 17 avril 2000 est insuffisante pour bien cerner le groupe. Il faut en plus qu'il s'agisse de frais de conversion facturés depuis le 17 avril 2000 à des consommateurs dont le contrat de crédit variable s'est formé après le 17 avril 2000.

[512] Ce constat influence directement la description de tout groupe qui pourrait être visé par ce jugement.

[513] Ce n'est pas tout. En outre, et surtout, ce constat a un impact déterminant sur le caractère suffisamment précis du montant total de la réclamation des membres, ce qui conditionne l'octroi ou non d'un recouvrement collectif selon l'article 1031 *C.p.c.*

[514] Dans l'état actuel du dossier, les données que proposent MM. Marcotte et Laparé chiffrent les frais de conversion facturés annuellement par les banques aux consommateurs depuis le 17 avril 2000. Par contre, ces données ne font pas la distinction entre les frais qui concernent des consommateurs dont les contrats de crédit variable furent formés après le 17 avril 2000 et ceux dont les contrats de crédit variable furent formés avant cette date. Or, le recours des seconds sous la *LPC* est prescrit.

[515] Pour les quatre banques à qui MM. Marcotte et Laparé ne reprochent pas une absence de divulgation des frais de conversion, il n'y a aucune cause de suspension ou d'interruption de prescription qui soit applicable. Dans leur cas, les frais de conversion attaqués sont divulgués et connus pour toute la période visée par le recours. Les contrats de crédit variable qui les concernent en font foi. La prescription de l'article 273 *LPC* a donc tout son impact face aux membres du groupe qui traitent avec RBC, CIBC, BL et BNE.

[516] Pour ces quatre banques, l'établissement des sommes réclamées sur la seule foi des frais de conversion facturés, sans égard aux contrats de crédit variables auxquels ils se rapportent, soulève de sérieuses questions quant au caractère suffisamment précis des sommes identifiées. Nous y reviendrons au moment de traiter du mode de recouvrement.

[517] Toutefois, il en va autrement pour les cinq banques qui n'ont pas divulgué les frais de conversion pour une partie de la période visée par le recours. Dans leur cas, le Tribunal est d'avis qu'il y a un tempérament décisif à la rigueur de la prescription qu'impose l'article 273 *LPC*.

[518] En effet, comme le souligne avec justesse MM. Marcotte et Laparé, il y a eu suspension de la prescription pour les membres du groupe visé qui traitent avec ces cinq banques, et ce, jusqu'à ce que la divulgation des frais ait eu lieu.

[519] Sur ce point, le Tribunal réfère au jugement rendu ce jour dans le dossier connexe **Adams-Amex** et à son analyse de l'impact de l'article 2904 C.c.Q. sur la prescription de l'article 273 *LPC*. Brièvement, le Tribunal y conclut que :

- a) les règles de prescription du *Code civil du Québec* complètent celles de la *LPC*;
- b) à l'époque pertinente, la *LPC* ne contenait que trois articles en matière de prescription, soit les articles 273, 274 et 275;
- c) aucun de ces articles ne traitait de suspension, d'interruption ou de renonciation à la prescription, si bien que les dispositions du *Code civil du Québec* s'appliquent en cette matière;
- d) nulle part dans l'arrêt *Household Finance* la question de la suspension de la prescription n'est-elle traitée;
- e) l'article 2904 C.c.Q. s'applique lorsqu'il y a impossibilité d'agir qui découle des gestes d'une autre partie qui cache les faits essentiels à l'institution de la procédure.

[520] En regard de ces cinq banques, avant les dates déjà identifiées¹³⁶, les membres du groupe ne pouvaient connaître l'existence des frais de conversion qui, à la lecture des contrats, n'étaient simplement pas divulgués. Il y avait, dans leur cas, impossibilité d'agir qui était tributaire du comportement même de la partie adverse.

[521] Par conséquent, pour ces cinq banques, puisqu'il y a eu suspension de la prescription pendant la période d'absence de divulgation des frais de conversion, les membres du groupe visé ne sauraient se limiter aux seuls contrats formés après le 17 avril 2000.

[522] Dans leur situation, quoique le groupe tel que décrit à la requête et aux avis aux membres empêche de tenir compte de frais de conversion facturés antérieurement au 17 avril 2000, cette suspension de la prescription permet par contre d'inclure dans le groupe les contrats des consommateurs formés avant cette date.

¹³⁶ Voir chapitre C de la partie « VI Analyse et discussion » de ce jugement.

[523] En effet, d'un côté, l'absence de divulgation reprochée cesse aux moments suivants pour chacune des banques visées : Citibanque (avril 2001), TD (septembre 2001), BMO (septembre 2002), BNC (janvier 2003) et Amex (février 2003). La preuve prépondérante fixe donc la divulgation effective de chacune après le 17 avril 2000, date d'institution du recours.

[524] De l'autre côté, cette même preuve établit que l'absence de divulgation existait vraisemblablement depuis un certain temps, fort probablement depuis plus longtemps que la durée maximale des périodes de validité de leurs cartes de crédit¹³⁷. C'est la seule inférence logique à tirer de la preuve soumise.

[525] Partant, puisque, aux termes de la *LPC*, la date de formation du contrat de crédit variable ne peut être antérieure à la période de validité maximale de la carte de crédit, la suspension de la prescription fait en sorte que tous les frais de conversion facturés après le 17 avril 2000 par ces cinq banques concernent vraisemblablement des contrats en regard desquels aucune prescription n'est acquise.

[526] Il s'ensuit que pour ces cinq banques, la description du groupe visé peut se limiter aux frais facturés après le 17 avril 2000, sans plus.

[527] En définitive, pour chacune des banques, toute description du ou des groupes potentiellement visés par ce jugement devra tenir compte de ces constats qui découlent de l'analyse de l'argument de prescription soulevé. Il en sera traité et tenu compte dans le cadre du chapitre portant sur les conclusions recherchées, notamment en regard du type de recouvrement ouvert et de l'opportunité de créer ou non des sous-groupes.

F. LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE

[528] Tel que mentionné, le Tribunal est d'avis de rejeter l'argument d'absence d'intérêt et de lien de droit de certaines des banques. Le Tribunal estime aussi que les frais de conversion sont des « frais de crédit » au sens de la *LPC*. Le Tribunal considère en outre que cinq banques ont fait défaut de divulguer ces frais pendant une certaine période et qu'il n'y a pas lieu de retenir l'argument de renonciation invoqué. Enfin, le Tribunal conclut que la prescription n'a qu'un impact partiel sur la description des groupes et sur les modalités de recouvrement applicables.

[529] Cela étant, il est donc nécessaire de passer maintenant à l'analyse de l'argument constitutionnel soulevé en l'espèce.

1) l'argument des banques

[530] À ce chapitre, les banques avancent qu'elles relèvent de la compétence exclusive du Parlement selon l'article 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

¹³⁷ Voir pièce P-207 qui établit ainsi la durée de validité maximale des cartes de crédit de chacune: Amex (3 ans avant 2003), BMO (2 à 5 ans), TD (2 à 3 ans), Citibanque et BNC (3 ans).

91 [...]

15. Les banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie.

91 [...]

15. Banking, Incorporation of Banks, and the Issue of Paper Money.

[531] Par conséquent, elles plaident que les dispositions en litige de la *LPC*, soit les articles 12, 67 à 72, 83, 91, 92, 126, 127, 219, 228, 271 et 272 *LPC*, ainsi que les articles 55 à 61 de son Règlement d'application, seraient constitutionnellement inapplicables ou inopérantes à leur endroit.

[532] Elles invoquent deux doctrines constitutionnelles pour appuyer leur position.

[533] Premièrement, en vertu de la doctrine de la prépondérance fédérale, elles estiment que les articles en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application sont inopérants envers les banques. À leurs yeux, ils produiraient un résultat incompatible avec la législation et la réglementation fédérales portant sur les opérations bancaires.

[534] Selon les banques, d'un côté, il y aurait un conflit opérationnel entre les lois fédérales et les articles en question de la *LPC* et de son Règlement d'application. De l'autre côté, la situation serait telle que l'application de ces articles à leur endroit empêcherait la réalisation même du but des lois fédérales applicables.

[535] Deuxièmement, en vertu cette fois de la doctrine de l'exclusivité des compétences, elles soutiennent que les articles énumérés leur sont inapplicables.

[536] À cet égard, les banques considèrent que ces articles entraveraient trois éléments vitaux et essentiels de leurs activités : les cartes de crédit, les opérations de change et les moyens de paiement et opérations de règlement et de compensation relatifs aux cartes de crédit.

[537] Dans leurs procédures, les banques avaient annoncé deux autres arguments constitutionnels. Un premier, en regard de la compétence fédérale exclusive sur l'intérêt de l'argent prévue à l'article 91(19) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Un second, en regard de la compétence fédérale exclusive sur le cours monétaire et le monnayage prévue à l'article 91(14).

[538] Les banques n'ont pas repris ces moyens à l'audience ou dans leurs argumentaires. Tant le Tribunal que le PGQ en ont par conséquent conclu qu'elles y renonçaient. Il n'en sera pas traité dans ce jugement.

2) la réponse du PGQ

[539] Le PGQ est d'avis qu'aucune des deux doctrines invoquées par les banques ne s'applique dans les faits.

[540] Selon le PGQ, les mesures législatives en cause de la *LPC* et de son Règlement d'application relèvent de la compétence législative exclusive de la province de Québec aux termes des articles 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

92 [...]

13. La propriété et les droits civils dans la province;

[...]

16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

92 [...]

13. Property and Civil Rights in the Province.

[...]

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

[541] Elles seraient donc applicables et opérantes à l'endroit des banques. Tout comme les autres institutions financières faisant affaires dans la province, les banques ne seraient pas immunisées contre l'application de ces dispositions législatives qui visent, aux yeux du PGQ, un intérêt impérieux.

[542] Le PGQ estime que la proposition des banques reviendrait à les catégoriser dans une classe à part en termes de protection du consommateur au Québec. Cela s'inscrirait en faux avec les principes fondamentaux du régime fédéral canadien.

3) l'analyse du Tribunal¹³⁸

[543] Aussi bien le dire d'emblée, le Tribunal est d'avis que la position du PGQ doit prévaloir. Avec égards pour l'opinion contraire, aucune des doctrines invoquées par les banques ne suffit à rendre les articles en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application inapplicables ou inopérants à leur endroit.

[544] Avant d'étayer les motifs pour lesquels le Tribunal conclut ainsi en regard de chacune des doctrines, il convient d'abord de cerner les principes directeurs applicables en la matière, et ensuite, de préciser les règles constitutionnelles et la démarche analytique à suivre.

a) les principes directeurs

[545] Trois principes fondamentaux doivent guider le Tribunal lors de l'examen d'une question constitutionnelle semblable à la présente.

¹³⁸ Dans cette partie du jugement, les sections a), b), c), d) i) et ii) et e) i) sont essentiellement identiques dans les dossiers *Marcotte-Banques* et *Marcotte-Desjardins*.

[546] Premièrement, lorsque se soulève une telle question, le Tribunal doit aborder la qualification des dispositions dont la validité est contestée en présumant que le législateur agit à l'intérieur de ses champs de compétence.

[547] En d'autres mots, toute question relative à la validité d'une loi provinciale doit s'aborder en présumant qu'elle est valide¹³⁹. Évidemment, cette présomption implique que c'est à la partie qui conteste la législation de démontrer qu'elle ne relève pas de la compétence du législateur qui l'a adoptée¹⁴⁰.

[548] En regard des doctrines constitutionnelles qu'invoquent ici les banques, cela signifie qu'il leur appartient de démontrer soit l'incompatibilité entre les articles en litige et la législation fédérale (doctrine de la prépondérance fédérale), soit la présence, selon les faits mis en preuve, d'une entrave à des éléments vitaux et essentiels de la compétence fédérale sur les opérations bancaires (doctrine de l'exclusivité des compétences)¹⁴¹.

[549] Deuxièmement, de concert avec cette présomption de validité, le Tribunal doit, dans son processus d'analyse, tenir compte des principes d'interprétation applicables en matière constitutionnelle.

[550] La Cour suprême l'a souvent rappelé. L'interprétation et l'articulation des compétences de chaque ordre de gouvernement énumérées aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* doivent être évolutives et adaptées aux réalités politiques et culturelles changeantes de la société canadienne¹⁴².

[551] De même, chaque fois que l'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière à ce qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à celle qui entraînerait un conflit¹⁴³. Bref, entre deux interprétations possibles, il faut préférer celle qui favorise la validité constitutionnelle de la loi¹⁴⁴.

[552] Par contre, si le Tribunal doit préconiser une approche évolutive et dynamique ainsi qu'une interprétation téléologique et historique de ces compétences¹⁴⁵, il faut

¹³⁹ *Severn c. The Queen*, [1878] 2 R.C.S. 70, 103; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, 687.

¹⁴⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, paragr. 25.

¹⁴¹ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 75 et 82.

¹⁴² *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 23; *Edwards v. Attorney General for Canada*, [1930] A.C. 124, 136 (C.P.).

¹⁴³ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 75.

¹⁴⁴ *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 6, 2003 CSC 3, paragr. 33.

¹⁴⁵ Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 787.

souligner que seule la version anglaise de la *Loi constitutionnelle de 1867* est officielle¹⁴⁶.

[553] En regard de la compétence constitutionnelle en litige, soit le « *banking* », le commentaire a son importance. L'équivalent français retenu la plupart du temps, soit l'expression « les opérations bancaires », n'a pas nécessairement la même signification que le terme « les banques » de la version française de l'article 91(15).

[554] Troisièmement, dans son analyse, le Tribunal doit enfin garder à l'esprit les principes qui régissent le fonctionnement du fédéralisme canadien.

[555] Entre autres, selon ces principes, le partage des compétences entre les deux ordres de gouvernement permet le traitement différent d'un sujet donné selon les choix politiques particuliers des provinces concernées. Cette diversité est à la base de ce partage des compétences qui caractérise le régime constitutionnel canadien.

[556] La Cour suprême le souligne en ces termes dans *Banque canadienne de l'Ouest*¹⁴⁷ :

[...] le fédéralisme a été la réponse juridique des constituants aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération. Il représentait ainsi une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération. Le partage des compétences qui en représente l'un des éléments fondamentaux visait à respecter cette diversité au sein d'une même nation. De larges pouvoirs ont été conférés aux législatures provinciales, tandis que l'unité du Canada a été assurée en réservant au Parlement des pouvoirs dont l'exercice se prêtait davantage à l'ensemble du pays. Chacune des compétences législatives a été attribuée à l'ordre de gouvernement qui serait le mieux placé pour l'exercer. Le fédéralisme avait, et a toujours, pour objectifs fondamentaux de concilier l'unité et la diversité, de promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux instances locales ou régionales, ainsi que de favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun.

(Le Tribunal souligne)

[557] En somme, que l'exercice de leurs compétences par les provinces mène à des résultats qui tiennent compte de leurs particularités respectives n'a rien d'incongru. Cela fait rationnellement partie de la réalité politique du régime fédéral canadien¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 2, Scarborough (Ont.), Thomson Carswell, 2007, feuilles mobiles, à jour en 2008, p. 56-5.

¹⁴⁷ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 22.

¹⁴⁸ *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, 1047.

b) les règles constitutionnelles applicables et la démarche analytique

[558] Ces principes directeurs posés, tant les banques que le PGQ conviennent que les récents arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge* de la Cour suprême identifient les règles constitutionnelles applicables en l'espèce et la démarche analytique à suivre.

[559] Ces règles et cette démarche se résument ainsi.

[560] D'une part, la résolution d'une affaire qui met en cause la validité constitutionnelle d'une loi en regard du partage des compétences commence par l'analyse du caractère véritable de la législation contestée¹⁴⁹.

[561] Il s'agit alors d'identifier la nature véritable de la loi, d'établir ce à quoi elle est relative, de cerner la matière sur laquelle elle porte¹⁵⁰. Bref, d'identifier son objet essentiel, son idée maîtresse. Cela se détermine notamment en fonction du but visé par le législateur qui l'a adoptée et de l'effet juridique de la loi en cause¹⁵¹.

[562] L'identification du caractère véritable de la loi en cause emporte certaines conséquences. En effet, selon la Cour suprême¹⁵² :

[...] le corollaire fondamental de cette méthode d'analyse constitutionnelle est qu'une législation dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée pourra, au moins dans une certaine mesure, toucher des matières qui ne sont pas de sa compétence sans nécessairement toucher sa validité constitutionnelle. À ce stade de l'analyse de sa constitutionnalité, l'« objectif dominant » de la législation demeure déterminant. Ses buts et effets secondaires n'ont pas de conséquence sur sa validité constitutionnelle : « de simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires* » (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21, par. 23).

(Le Tribunal souligne)

[563] D'autre part, certaines matières, par leur nature, demeurent impossibles à classer dans un seul titre de compétence. Elles peuvent avoir à la fois une facette provinciale et une autre fédérale¹⁵³. C'est ce que la Cour suprême qualifie de théorie ou doctrine du double aspect. Cette doctrine trouve application à l'occasion de l'analyse du caractère véritable de la loi en litige.

¹⁴⁹ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 25.

¹⁵⁰ *Id.*, paragr. 26.

¹⁵¹ *Id.*, paragr. 27; voir également au même effet, *Chatterjee c. Ontario (Procureur Général)*, 2009 CSC 19.

¹⁵² *Id.*, paragr. 28.

¹⁵³ *Id.*, paragr. 30.

[564] À ce sujet, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême précise que¹⁵⁴ :

[...] la théorie du double aspect reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les « aspects » variés de la « matière » discutée.

[565] Ces constats établis quant aux doctrines du « caractère véritable » et du « double aspect », la Cour suprême explique ainsi les autres règles constitutionnelles qui s'appliquent.

[566] Dans certaines circonstances, les compétences d'un ordre de gouvernement doivent être protégées contre les empiètements, même accessoires, de l'autre ordre de gouvernement¹⁵⁵. C'est à cette fin que les tribunaux ont développé les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale, soit celles dont s'autorisent ici les banques.

[567] Toutefois, dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la majorité note que la doctrine de l'exclusivité des compétences reste d'une application restreinte et limitée. En vertu de ce qu'elle appelle « le fondement logique du courant dominant de la jurisprudence de la Cour », les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l'application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement¹⁵⁶.

[568] Par exemple, dans cet arrêt, la Cour souligne que l'immunité complète à laquelle prétendaient alors les banques demeurerait inacceptable dans la structure fédérale canadienne.

[569] Selon la Cour, il faut donc éviter de laisser la doctrine de l'exclusivité des compétences sortir de son champ d'application restreint pour écarter l'application de l'analyse du caractère véritable et de la théorie du double aspect. Ces dernières permettent généralement de résoudre la plupart des problèmes liés à la validité de l'exercice des pouvoirs législatifs à l'égard des compétences applicables¹⁵⁷.

[570] Ainsi, dans la plupart des cas, l'analyse du caractère véritable de la législation et l'application de la doctrine de la prépondérance permet de résoudre de manière satisfaisante les difficultés qui se posent¹⁵⁸.

[571] Plus particulièrement, en ce qui concerne des lois comme la *LPC*, la Cour suprême note que¹⁵⁹ :

¹⁵⁴ *Id.*, paragr. 30.

¹⁵⁵ *Id.*, paragr. 32.

¹⁵⁶ *Id.*, paragr. 37.

¹⁵⁷ *Id.*, paragr. 38.

¹⁵⁸ *Id.*, paragr. 67.

[...] les auteurs ont signalé qu'une application extensive de la doctrine afin de protéger les chefs de compétence fédéraux et les entreprises fédérales n'est ni nécessaire [TRADUCTION] « ni souhaitable dans une fédération où les provinces sont chargées d'adopter et d'appliquer un aussi grand nombre de lois visant à protéger les travailleurs, les consommateurs et l'environnement (pour ne nommer que ceux-ci) » (Hogg, p. 15-30; voir également Weiler, p. 312; J. Leclair, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411).

(Le Tribunal souligne)

[572] Cela dit, là où la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique, la Cour en limite la portée au contenu minimum élémentaire et irréductible de la compétence visée, soit ses éléments vitaux et essentiels, et ce, uniquement là où il y a entrave à ceux-ci.

[573] Pour ce qui est de la doctrine de la prépondérance fédérale, elle en trace l'encadrement ainsi¹⁶⁰ :

[...] il revient à celui qui invoque la doctrine de la prépondérance fédérale de démontrer une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu'il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l'application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale.

(Le Tribunal souligne)

[574] Enfin, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême précise ceci sur l'ordre d'application de ces diverses doctrines constitutionnelles :

En définitive, si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale¹⁶¹.

[575] Par conséquent, devant ces enseignements, le Tribunal doit maintenant procéder à l'analyse du caractère véritable de la loi concernée et après, déterminer s'il faut analyser la doctrine de l'exclusivité des compétences ou plutôt passer directement à l'examen de la doctrine de la prépondérance fédérale.

c) le caractère véritable de la législation provinciale

[576] Les banques ne contestent pas vraiment que la *LPC* est une loi provinciale valide en vertu des articles 92(13) ou 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁵⁹ *Id.*, paragr. 45.

¹⁶⁰ *Id.*, paragr. 75.

¹⁶¹ *Id.*, paragr. 78.

[577] Les mesures dont la validité et l'application sont contestées s'inscrivent dans le cadre d'un régime législatif d'application générale qui vise la protection du consommateur dans ses relations contractuelles avec un commerçant.

[578] Ce sont là les objets réels de ces mesures, à la fois dans leur essence et dans leur substance. La Cour d'appel confirme qu'en adoptant la *LPC*, le législateur poursuit précisément ces objectifs¹⁶².

[579] Ce faisant, le législateur provincial se trouve au cœur même du droit contractuel et de la compétence qui est la sienne en matière de propriété et droits civils, vaisseau amiral de la compétence des provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁶³. Comme le souligne le regretté professeur Masse, au Québec, le droit de la consommation est indissociable de l'histoire du droit des contrats. Il en est d'ailleurs l'aboutissement direct¹⁶⁴.

[580] En effet, en 1971, au moment de l'adoption de la première *Loi de la protection du consommateur*¹⁶⁵, le principe de la liberté contractuelle que consacrait le *Code civil du Bas-Canada* depuis ses origines tenait peu compte du déséquilibre des forces en présence. En matière de consommation, ce déséquilibre s'était traduit au fil du temps par l'expansion du contrat d'adhésion qui permettait au commerçant d'imposer ses conditions au consommateur.

[581] L'existence de ce déséquilibre et le phénomène de surendettement des consommateurs, particulièrement par le biais des contrats de crédit, figurent parmi les principales préoccupations à l'origine de cette loi qui a précédé la *LPC*. Les débats parlementaires de l'époque et la doctrine reconnue le confirment¹⁶⁶. Dans l'arrêt *127097 Canada ltée c. Procureur général du Québec*¹⁶⁷, la Cour d'appel le corrobore : le but de la loi est de protéger le consommateur en faisant exception à l'égalité des contractants qui prévaut normalement en droit civil.

[582] Dès cette première version de la loi, le législateur s'intéresse aux aspects contractuels des relations entre consommateurs et commerçants. Déjà, il traite des contrats assortis d'un crédit. Le règlement général de la loi prévoit même certaines obligations de divulgation en matière de coût de crédit et de taux de crédit.

¹⁶² Voir *Gareau Autos inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091, 1095 (C.A.).

¹⁶³ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 2, Scarborough (Ont.), Thomson Carswell, 2007, feuilles mobiles, à jour en 2008, p. 21-1.

¹⁶⁴ Claude MASSE, « Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse : En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 38, à la page 52.

¹⁶⁵ L.Q. 1971, c. 74.

¹⁶⁶ Voir *Loi de la protection du consommateur*, projet de loi numéro 45, Assemblée Nationale, Journal des débats, 2^e lecture, 24 novembre 1970, p. 1747; Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 8.

¹⁶⁷ [1991] R.J.Q. 2526 (C.A.).

[583] La version de 1978 de la *LPC* s'inscrit dans ce même objectif. Elle comprend une série de mesures visant à protéger davantage les consommateurs dans le cadre de leurs relations contractuelles avec les commerçants.

[584] Là aussi, les débats de l'Assemblée Nationale confirment le but avoué du législateur d'apporter une réponse au déséquilibre des forces entre consommateurs et commerçants¹⁶⁸. Les dispositions qu'il inclut reflètent sa volonté d'assurer que le consommateur est bien informé et qu'il peut en tout temps faire un choix éclairé.

[585] Dans les dispositions portant sur les contrats de crédit variable, le législateur s'attaque aux problématiques découlant d'une plus grande accessibilité au crédit et du surendettement des consommateurs. À cet effet, l'essentiel des obligations imposées par le législateur aux commerçants vise à assurer que le consommateur a à sa disposition les informations pertinentes pour comparer les produits offerts sur le marché et connaître sa situation avec précision.

[586] Rétablir un équilibre contractuel en matière de droit de la consommation et permettre aux consommateurs d'être mieux informés est un choix législatif de protectionnisme et d'interventionnisme qui relève de la compétence des provinces.

[587] À ce propos, dans les affaires *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co.*¹⁶⁹ et *Irwin Toy c. Procureur général du Québec*¹⁷⁰, la Cour suprême confirme le pouvoir d'une législature provinciale d'adopter une loi visant à protéger les consommateurs en régissant leurs relations avec les commerçants. Elle y confirme que la *LPC* a pour but la protection des consommateurs québécois par la réglementation des pratiques commerciales des commerçants.

[588] Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, à pas moins de quatre occasions, la Cour suprême souligne aussi que les dispositions en cause du *Insurance Act* de l'Alberta, qu'elle estime, en dernière analyse, valides, applicables et opérantes face aux banques, visent la protection du consommateur. Elle note que, dans la fédération canadienne, les provinces sont chargées d'adopter et d'appliquer un grand nombre de lois visant, entre autres, à protéger les consommateurs¹⁷¹.

[589] En somme, les dispositions législatives en cause relèvent manifestement de la compétence constitutionnelle de la législature provinciale. Leur objet essentiel est la protection des consommateurs et l'encadrement de leurs relations contractuelles avec

¹⁶⁸ *Loi de la protection du consommateur*, projet de loi numéro 72, Assemblée Nationale, Journal des débats, 2^e lecture, 31 octobre 1978, p. 3377.

¹⁶⁹ [1978] 2 R.C.S. 211.

¹⁷⁰ [1989] 1 R.C.S. 927.

¹⁷¹ Voir également au même effet, *Prebushewski c. Dodge City Auto (1984) Ltd.*, [2005] 1 R.C.S. 649, 2005 CSC 28, paragr. 35, où la Cour suprême confirme la compétence des provinces à adopter des lois visant à améliorer la protection et les recours des consommateurs en vertu de leurs compétences en matière de propriété et droits civils, et *Attorney General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570, 577.

les commerçants. L'intérêt impérieux de la législature provinciale de légiférer en la matière ne fait pas de doute.

[590] De ce point de vue, la *LPC* se veut une loi d'application générale. Son objectif n'est certes pas de viser précisément les banques. L'analyse du caractère véritable des dispositions en litige confirme qu'il s'agit d'une loi valide.

[591] Bien sûr, d'aucuns diront que la protection du consommateur en soi n'entre pas dans un seul chef de compétence. C'est sans doute un sujet qui peut parfois comporter des facettes autant provinciales que fédérales. Dans ce domaine, on échappe difficilement à une complémentarité nécessaire entre les deux ordres de gouvernement.

[592] Cependant, cela n'affecte en rien la conclusion voulant que par son but et ses effets juridiques, la *LPC* ait, comme caractère véritable, l'encadrement des relations contractuelles entre consommateurs et commerçants, ce qui se rattache aux chefs de compétence des articles 92(13) ou 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[593] C'est donc à partir de ce constat que doit se faire l'examen des autres règles constitutionnelles applicables, soit les deux doctrines d'exception qu'invoquent les banques pour y faire échec : l'exclusivité des compétences et la prépondérance fédérale.

[594] Reste toutefois à déterminer dans quel ordre.

[595] À ce propos, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême favorise la promotion de la doctrine du caractère véritable et de la théorie du double aspect en limitant l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences aux situations dites « déjà traitées dans la jurisprudence »¹⁷².

[596] Hormis ces situations, il y aurait lieu de passer directement à l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale lorsque la doctrine du caractère véritable montre qu'il s'agit d'une loi provinciale valide.

[597] Ici, le PGQ soutient qu'il n'existe pas de décision judiciaire qui préconise l'application de la doctrine à l'objet même du litige, soit la conversion de devises à l'occasion d'une transaction par carte de crédit. Les banques rétorquent qu'il n'en est rien. Le débat se situe plutôt au niveau de l'étendue de la compétence constitutionnelle en matière d'opérations bancaires, ce qui a fait l'objet de décisions judiciaires par le passé.

[598] Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême ne précise pas ce qu'elle englobe dans les « situations déjà traitées dans la jurisprudence ». Par contre, dans cet arrêt qui traitait justement d'une affaire impliquant la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires, la Cour commence son analyse par l'examen de la

¹⁷² *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 77.

[599] Cela semble indiquer que les « situations déjà traitées dans la jurisprudence » s'analysent en fonction de la compétence visée plutôt que de l'objet du litige en tant que tel, comme le suggère le PGQ.

[600] Dans ces circonstances, puisqu'il existe des décisions judiciaires portant sur la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires où la doctrine de l'exclusivité des compétences s'est soulevée¹⁷³, il est prudent d'analyser d'abord le fondement de l'argument des banques à cet effet avant de passer à la seconde doctrine invoquée.

d) la doctrine de l'exclusivité des compétences

i) remarques liminaires

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. [...]

[...]

[...] l'immunité complète à laquelle prétendent les banques en l'espèce ne saurait être acceptable dans la structure fédérale canadienne. L'argument révèle les dangers de laisser la doctrine de l'exclusivité des compétences sortir de son champ d'application (déjà fort restreint) pour écarter l'application de l'analyse du caractère véritable et la théorie du double aspect. [...] ¹⁷⁴.

[601] Comme ces propos tirés de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* l'indiquent, la Cour suprême restreint sévèrement l'utilisation et la portée de la doctrine de l'exclusivité des compétences qu'invoquent les banques. Toute application de cette doctrine doit en tenir compte.

[602] Du reste, tout récemment, dans l'arrêt *Chatterjee c. Ontario (Procureur Général)*¹⁷⁵, le juge Binnie réitère que dans *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge*, la Cour a justement « *découragé le recours au concept fédéraliste de la prolifération des enclaves en matière de compétence* (ou de « l'exclusivité des compétences »), *et il ne faudrait pas maintenant lui donner un nouveau souffle* ».

[603] À ce chapitre, il est utile de rappeler que les motivations de la Cour s'appuient sur les constatations suivantes :

¹⁷³ Voir, par exemple, *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121 (l'arrêt **Hall**).

¹⁷⁴ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 37 et 38

¹⁷⁵ *Chatterjee c. Ontario (Procureur Général)*, 2009 CSC 19, par. 2.

- a) En matière d'interprétation constitutionnelle, le courant dominant ne favorise pas cette doctrine, mais plutôt la doctrine du caractère véritable et son corollaire, la théorie du double aspect¹⁷⁶. À ce propos, la Cour partage l'approche prudente favorisée par le regretté juge en chef Dickson¹⁷⁷ :

27 J'approuve chacun de ces arguments de prudence vis-à-vis de la portée du principe de l'exclusivité des compétences. Historiquement, le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il est vrai que des principes comme celui de l'exclusivité des compétences et celui de l'immunité de Sa Majesté ainsi que des notions comme celle des "compartiments étanches" restreignent l'étendue de cette interaction. Il faut cependant reconnaître que ces principes et notions n'ont pas représenté le courant dominant en matière constitutionnelle; ils ont constitué plutôt un contre-courant opposé à l'effet puissant du principe du caractère véritable et du double aspect et, au cours des dernières années, une façon très limitée d'aborder les questions de conflit et de prépondérance en matière législative. [...]

28 De plus, comme le laisse entendre le professeur Hogg, le législateur fédéral dispose toujours d'une arme puissante, savoir ses propres lois. Si le Parlement n'approuve pas l'application d'une loi provinciale à une matière qui relève de la compétence fédérale, il peut facilement légiférer pour empêcher cette application non souhaitée. [...]

(Le Tribunal souligne)

- b) De façon générale, cette doctrine a surtout protégé la spécificité fédérale de certains ouvrages, entreprises, choses et personnes. Elle a donc favorisé une application asymétrique contraire au fédéralisme canadien qui prône souplesse, coordination et coopération entre les acteurs gouvernementaux, et respect du principe de subsidiarité¹⁷⁸;
- c) L'application de la doctrine à des activités fédérales plutôt qu'à des ouvrages, entreprises, choses ou personnes soulève généralement des problèmes plus importants car les limites sont alors plus difficiles à définir¹⁷⁹;
- d) L'incertitude et le caractère abstrait de cette doctrine, qui s'appuie sur une définition du contenu essentiel d'une compétence d'un ordre de gouvernement,

¹⁷⁶ Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 36 et 37, et *Lafarge*, précité, note 28, paragr. 4.

¹⁷⁷ *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, 18 et 19.

¹⁷⁸ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 35 et 45; voir aussi *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241.

¹⁷⁹ *Id.*, paragr. 41-42.

sont peu conciliables avec la tradition canadienne qui favorise l'interprétation progressive de l'étendue des compétences de chacun¹⁸⁰;

- e) Cette doctrine entraîne le risque de vide juridique, car même en l'absence d'une législation d'un ordre législatif, l'autre ordre de gouvernement ne peut légiférer sur une matière donnée¹⁸¹.

[604] Dans cette optique de retenue, avant de rendre la doctrine applicable à une législation provinciale, la Cour se dit d'avis de dorénavant exiger une entrave à un élément essentiel ou vital d'une compétence fédérale. Le simple fait de toucher ou d'affecter un tel élément ne suffit plus¹⁸².

[605] Bref, la Cour suprême limite la doctrine à ce qui est absolument nécessaire pour protéger les aspects indispensables d'une compétence fédérale donnée. En ce sens, dans l'application de la doctrine, elle donne une portée restrictive à la notion même d'élément vital ou essentiel¹⁸³. Nous y reviendrons.

[606] Cette application restreinte de la doctrine de l'exclusivité des compétences se justifie parce qu'il s'agit d'une exception à la règle fondamentale selon laquelle une loi dont le caractère véritable relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée peut toucher ou affecter des matières qui ne relèvent pas de sa compétence¹⁸⁴.

[607] La Cour suprême privilégie en effet la reconnaissance de la compétence d'un ordre de gouvernement lorsque le caractère véritable de la législation se situe à l'intérieur de son champ de compétence.

[608] De ce point de vue, plus le caractère véritable d'une loi donnée se situe au cœur de la compétence d'un ordre de gouvernement, plus exigeant devrait-on être envers l'application de cette doctrine de l'exclusivité des compétences.

[609] Dans de telles situations, une conception large des éléments vitaux et essentiels de la compétence qui se trouvent affectée de façon accessoire, tout comme une conception étroite de l'entrave qui peut y être faite, s'accorderaient mal avec ces enseignements.

[610] Sous ce rapport, en regard de la compétence fédérale de l'article 91(15), il est bien établi que les banques restent malgré tout assujetties aux lois provinciales d'application générale. Les tribunaux ont maintes fois rappelé ce principe. Les

¹⁸⁰ *Id.*, paragr. 42.

¹⁸¹ *Id.*, paragr. 44; *Lafarge*, précité, note 28, paragr. 4.

¹⁸² *Id.*, paragr. 48 et 49.

¹⁸³ *Id.*, paragr. 51 et 53.

¹⁸⁴ *Id.*, paragr. 28 et 29.

banques ne sont pas immunisées contre l'application des lois provinciales du seul fait de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires¹⁸⁵.

[611] Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême précise que les banques en tant que telles ne sont pas soustraites au droit provincial¹⁸⁶. Dans cette affaire, qui impliquait incidemment plusieurs des mêmes banques qu'ici, elle ajoute en outre que la doctrine de l'exclusivité des compétences n'est notamment pas appropriée pour empêcher l'application des lois provinciales en matière de protection du consommateur¹⁸⁷.

ii) les éléments vitaux et essentiels (le « core »)

[612] Cela dit, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne peut s'appliquer qu'en regard des éléments vitaux et essentiels de la compétence fédérale concernée.

[613] À cet égard, il doit s'agir de ce que la Cour suprême qualifie de contenu minimum, irréductible et indispensable de la compétence. Ce qui lui est vital et essentiel, absolument nécessaire. En anglais, l'on y réfère comme étant le « core », soit ce qui est « basic », « minimum », « unassailable », « absolutely indispensable or necessary »¹⁸⁸.

[614] Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême note que le choix des mots « vital » et « essentiel » est voulu. Ils ne sont pas le fruit du hasard. Essentiel veut dire absolument nécessaire ou indispensable; vital touche à ce qui est essentiel à la vie. C'est ce que le juge Chamberland retient dans l'arrêt *P.G. du Québec c. Midland Transport Itée*¹⁸⁹.

[615] Évidemment, ce qui se veut vital et essentiel à une compétence donnée ne peut englober tout ce qui concerne cette compétence. Autrement dit, toutes les opérations bancaires (ou l'ensemble du « banking ») ne sont pas vitales ou essentielles à la compétence fédérale en la matière. Pour être indispensable, il faut que la spécificité fédérale de la compétence ne puisse exister sans l'élément en question.

[616] Comme le rappelle la Cour suprême dans *Banque canadienne de l'Ouest*¹⁹⁰, cette reconnaissance d'un contenu minimum nécessaire pour garantir la réalisation efficace de l'objectif pour lequel la compétence a été attribuée vise à donner effet au principe du fédéralisme. En protégeant ce contenu minimum nécessaire, l'on tient compte du fait que dans un état fédéral, les compétences législatives sont attribuées au palier de gouvernement le mieux placé pour l'exercer.

¹⁸⁵ Voir *Banque of Toronto c. Lambe*, [1887] 12 App. Cas. 575, 585-587 (C.P.); *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31, 45 (C.P.) (l'arrêt **Tennant**).

¹⁸⁶ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 81.

¹⁸⁷ *Id.*, paragr. 45.

¹⁸⁸ *Id.*, paragr. 50 et 51.

¹⁸⁹ 2007 QCCA 467.

¹⁹⁰ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 50.

[617] Somme toute, il s'agit ici de se demander si, comme le plaident les banques, les cartes de crédit, les opérations de change ou les systèmes de règlement ou de compensation pour traiter le moyen de paiement qu'est la carte de crédit font partie des éléments vitaux et essentiels, absolument nécessaires et indispensables, de la spécificité fédérale en matière d'opérations bancaires.

iii) la notion d'opérations bancaires ou de « *banking* »

[618] Après plus de 140 ans d'histoire constitutionnelle, la notion d'opérations bancaires ou de « *banking* » n'est toujours pas cernée de façon immuable et définitive. Ce qui en constitue les éléments vitaux et essentiels reste tout aussi ardu à délimiter.

- les enseignements de la Cour suprême

[619] D'une part, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, l'arrêt le plus récent traitant du sujet, la Cour suprême décrit ainsi les paramètres de cette compétence fédérale :

83 L'attribution au Parlement de la compétence sur « [l]es banques, l'incorporation des banques et l'émission du papier-monnaie » en vertu du par. 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour but l'instauration d'un système financier harmonieux et uniforme relevant de la compétence et de l'autorité exclusives du gouvernement fédéral, par opposition à un système régional de banques qui, [TRADUCTION] « [d]urant les années ayant précédé la Confédération canadienne, avait marqué aux États-Unis une "époque chaotique d'opérations bancaires à l'état sauvage" » (P. N. McDonald, « The B.N.A. Act and the Near Banks : A Case Study in Federalism » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155, p. 156; B. Laskin, *Canadian Constitutional Law : Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power* (3^e ed. 1969), p. 603).

84 Au moins en partie, l'importance d'une autorité nationale tenait « [au] statut particulier des banquiers [en tant qu'intermédiaires financiers], [à] leur importance au centre de la communauté financière [et à] l'attente du public qu'il peut leur accorder une confiance implicite et absolue » (*Canadian Pioneer Management*, p. 461). En 1914, la Haute Cour d'Australie a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] Les caractéristiques essentielles des opérations bancaires [...] peuvent être décrites comme la collecte de sommes d'argent par la réception de dépôts relatifs à des prêts, remboursables au moment et de la manière convenus expressément ou implicitement, et l'utilisation des sommes ainsi perçues pour accorder de nouveaux prêts. . .

(*Commissioners of the State Savings Bank of Victoria c. Permewan, Wright & Co.* (1914), 19 C.L.R. 457, p. 470-471)

85 Il n'est pas nécessaire, en l'espèce, d'examiner en profondeur la tâche notoirement difficile de définir les opérations bancaires, lesquelles comprennent l'incorporation des banques et certainement, comme le prétendent les

appelantes, la protection des prêts par l'obtention d'une garantie suffisante. Ce qui est en cause, c'est la différence entre le fait *d'exiger* une garantie (une activité bancaire) et celui de promouvoir l'achat d'un certain type de produit (par exemple, une assurance) qui pourrait ensuite être *utilisé* comme garantie. Pour sa part, l'intimée soutient que la thèse des appelantes amène le contenu « minimum élémentaire et irréductible » de cette compétence à correspondre plus ou moins à ce que les banquiers peuvent faire. Il ne fait aucun doute que les opérations bancaires jouent un rôle crucial pour l'économie, et que même le contenu minimum élémentaire et irréductible de la compétence exclusive attribuée au Parlement à cet égard ne doit pas recevoir une interprétation étroite. Les banques sont des institutions de grande importance. Les autorités fédérales surveillent tous les aspects de leurs activités afin de s'assurer qu'elles demeurent solvables et n'abusent pas de la situation privilégiée dans laquelle elles se trouvent en tant qu'entités qui reçoivent des dépôts et accordent du crédit. La jurisprudence reconnaît que le Parlement, dans sa réglementation sur les banques, peut bien empiéter sur des matières qui relèveraient par ailleurs de la compétence provinciale, comme la propriété et les droits civils dans la province, y compris l'assurance. Dès 1894, on a conclu que la compétence fédérale sur les banques permettait au Parlement d'accorder à celles-ci des privilèges ayant [TRADUCTION] « pour effet de modifier les droits civils dans la province » (*Tennant*, p. 47). (Voir également *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), et *Banque de Montréal c. Hall*, p. 132-133.) Toutefois, ces considérations ne devraient pas engendrer de confusion entre la portée de la compétence fédérale et le contenu minimum élémentaire et irréductible de celle-ci.

(Le Tribunal souligne)

[620] Le Tribunal retient ceci de ces propos :

- a) la compétence fédérale en matière de « *banking* » avait pour but l'instauration d'un système financier harmonieux et uniforme (« *an orderly and uniform financial system* »);
- b) les caractéristiques essentielles des opérations bancaires se décrivent comme la collecte de sommes d'argent par la réception de dépôts relatifs à des prêts et l'utilisation des sommes ainsi perçues pour accorder de nouveaux prêts (« *collection of money by receiving deposits upon loan... and utilisation of the money so collected by lending it again* »);
- c) les autorités fédérales surveillent les activités des banques pour s'assurer qu'elles demeurent solvables et n'abusent pas de leur situation privilégiée en tant qu'entités qui reçoivent des dépôts et accordent du crédit (« *takers of deposits and granters of credit* »);
- d) les opérations bancaires jouent un rôle crucial pour l'économie et même son contenu minimum élémentaire et irréductible ne doit pas recevoir une interprétation étroite.

[621] D'autre part, si, à une certaine époque, une jurisprudence ancienne affirmait que les opérations bancaires englobent plus ou moins ce qui entre dans l'entreprise légitime d'un banquier¹⁹¹, cette approche dite fonctionnelle est aujourd'hui fortement tempérée, sinon purement écartée.

[622] Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*¹⁹², citant son arrêt antérieur *Canadian Pioneer*¹⁹³, la Cour suprême souligne que si on interprète littéralement une telle définition, cela priverait d'application plusieurs lois provinciales autrement valides.

[623] La Cour en conclut que les « opérations bancaires » ne s'entendent pas de « toute opération entrant dans l'entreprise légitime d'un banquier ».

[624] De la même façon, les opérations bancaires (ou « *banking* ») ne correspondent pas non plus à ce que le législateur fédéral permet aux banques d'effectuer. Encore une fois, dans l'arrêt *Canadian Pioneer*, la Cour suprême qualifie grandement cette approche dite institutionnelle.

[625] Elle le réitère dans *Banque canadienne de l'Ouest*, en notant que le Parlement ne peut, par le biais d'une loi fédérale, élargir unilatéralement la portée de la compétence fédérale exclusive de l'article 91(15)¹⁹⁴.

[626] Ainsi, ces tests fonctionnel ou institutionnel ne peuvent, à eux seuls, déterminer ce que doit comprendre la notion constitutionnelle d'opérations bancaires ou de « *banking* ».

[627] D'aucuns diront que, dans une économie globale où les banques exercent de plus en plus d'activités dans des gammes de plus en plus étendues de services financiers, il serait hasardeux d'étendre la notion de « *core banking* » ou d'opérations bancaires vitales et essentielles au-delà des limites strictes auxquelles nous convie la Cour suprême dans l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[628] Enfin, à ce jour, la Cour suprême n'a explicitement reconnu qu'une seule fois un élément comme faisant partie du contenu minimum vital et essentiel de la compétence fédérale en matière de « *banking* ». C'était dans l'arrêt *Hall*¹⁹⁵, en regard de la garantie bancaire créée en faveur des banques par la *Loi sur les banques*.

¹⁹¹ Voir l'arrêt *Tennant*, précité, note 185.

¹⁹² *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 1 et 65.

¹⁹³ *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan* [1980] 1 R.C.S. 433, 468 (l'arrêt *Canadian Pioneer*).

¹⁹⁴ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 4.

¹⁹⁵ Précité, note 173.

[629] La professeure Ogilvie s'exprime d'ailleurs ainsi dans son ouvrage récent *Bank and Customer Law in Canada*¹⁹⁶ :

[...] The case law shows that taking security for loans is the only activity clearly considered to be part of banking. Among the other cases, the courts have evaluated how closely the provincial regulation comes to core banking business without defining what that core might be in the context of that fact situation. Instead, the courts favour solutions that permit the complementary operation of dual federal and provincial legislation, rather than unnecessarily expanding the scope of banking to everything that banks do.

- la portée de ces enseignements sur les éléments vitaux et essentiels de la compétence

[630] Aussi, dans l'optique de ces enseignements, pour être vital et essentiel à la spécificité de la compétence fédérale en la matière, l'élément en question (carte de crédit, opération de change ou autre) devrait, au premier chef, s'inscrire dans l'essence même du système financier uniforme et national que visait l'article 91(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cet élément devrait en outre jouer un rôle crucial pour l'économie nationale.

[631] Dit autrement, le contenu vital et essentiel (ou « *core* ») de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires (ou « *banking* ») devrait s'en tenir aux éléments nécessaires pour garantir la réalisation efficace de l'objectif pour lequel la compétence a été attribuée au gouvernement fédéral¹⁹⁷.

[632] De même, pour être vital et essentiel à la spécificité fédérale de la compétence en matière d'opérations bancaires, l'élément dont on traite devrait logiquement faire partie des caractéristiques essentielles de la compétence.

[633] Selon la Cour suprême, celles-ci comportent principalement, d'un côté, la collecte de sommes d'argent et la réception de dépôts et, de l'autre, l'octroi de crédit dans le sens de prêts, et ce sur la foi des sommes reçues à titre de dépôt.

[634] Ainsi, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, tant la majorité que la minorité associent l'extension de crédit au contexte du prêt d'argent¹⁹⁸. Le juge d'instance dans cette affaire définit d'ailleurs le « *core banking* » en termes de « *taking of deposits and extension of credit in the form of granting loans* »¹⁹⁹.

¹⁹⁶ M.H. OGILVIE, *Bank and Customer Law in Canada*, Coll. Essentials of Canadian Law, Toronto, Irwin Law, 2007, p. 18.

¹⁹⁷ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 50.

¹⁹⁸ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 84, 85 et 118.

¹⁹⁹ *Canadian Western Bank c. Alberta*, [2004] 5 W.W.R. 108, paragr. 130.

[635] Dans son sens commun, le mot « banque » s'entend du reste d'un « établissement habilité à gérer des fonds reçus du public »²⁰⁰. Pour nombre de gens, la banque demeure une institution de dépôts et de prêts, avec guichets et succursales.

[636] En anglais, le terme a la même signification. Une « *bank* » se définit comme une « *institution where people or businesses can keep their money* ». Quant au terme « *banking* », on le décrit comme « *the business activity of banks* »²⁰¹.

[637] Dans l'arrêt *Alberta Bill of Rights*²⁰², le Conseil privé enseigne que ce qui compte n'est pas ce que les banques faisaient en 1867. Il faut plutôt s'attarder au sens du terme dans la loi constitutionnelle. L'on ne peut donc évacuer le sens commun des termes choisis pour décrire la compétence.

[638] À preuve, dans l'arrêt *Canadian Pioneer*, la Cour suprême cerne d'ailleurs la notion d'opérations bancaires autour des concepts de la tenue de comptes courants pour les déposants, de l'autorité de payer des chèques, et du pouvoir d'en encaisser²⁰³.

[639] À vrai dire, l'importance de la surveillance des autorités fédérales sur la solvabilité des banques et les règles strictes qui les régissent explique la teneur de ces caractéristiques essentielles de la compétence que la Cour suprême retient. De la même manière, leur rôle-clé dans la communauté financière canadienne et la confiance que leur accorde en conséquence le public se justifient par ces fonctions charnières d'entités qui reçoivent des dépôts et accordent des prêts.

[640] L'affirmation de la Cour suprême voulant que les banques soient des institutions de grande importance se comprend dans ce contexte.

- la notion d'octroi de crédit

[641] Cela dit, la Cour suprême elle-même n'établit par contre pas d'automatisme entre le contenu essentiel de la compétence fédérale en matière de « *banking* » et toute forme d'octroi de crédit.

[642] Par exemple, dans l'arrêt *Canadian Pioneer*, elle précise que le prêt d'argent par hypothèque n'est pas une opération bancaire au sens constitutionnel du terme. Elle note que le prêt d'argent garanti par hypothèque ne faisait pas partie des opérations bancaires à l'origine. Il s'agit plutôt d'un type d'activités dans lequel les banques se sont lancées par la suite²⁰⁴.

²⁰⁰ *Le Petit Robert*, 1976, s.v. « banque »

²⁰¹ *Collins Cobuild Advanced Learner's English Dictionary*, s.v. « bank » et « banking ».

²⁰² *A.-G. Alberta c. A.-G. Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.).

²⁰³ *Canadian Pioneer*, précité, note 193, p. 461.

²⁰⁴ *Canadian Pioneer*, précité, note 193, p. 468.

[643] La Cour en conclut qu'on ne pourrait prétendre que les législatures provinciales ont perdu leur compétence sur le droit des hypothèques simplement parce que les banques se sont lancées dans ce type d'activité qu'elle qualifie de non bancaire.

[644] De même, dans son résumé des faits au début de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour s'appuie sur une description révélatrice que l'Association des banquiers canadiens donne des activités des banques dans une brochure d'information destinée aux consommateurs. La majorité y dit ceci²⁰⁵ :

Les modifications apportées à la *Loi sur les banques* en 1991 ont permis aux banques de se lancer dans la promotion de certains types d'assurances, une activité dont elles avaient depuis toujours été exclues. Dans une brochure d'information destinée aux consommateurs intitulée *Guide des services financiers canadiens : Votre guide des produits et services financiers* (1999), l'Association des banquiers canadiens a décrit ainsi cette évolution :

Jusqu'au milieu du 20^e siècle, les banques avaient pour premier mandat d'agir comme intermédiaire financier, en recueillant les dépôts des épargnants et en les mettant à la disposition des emprunteurs. Si leurs principales activités demeurent toujours les dépôts et les prêts, les banques les ont élargies pour offrir des centaines de produits et de services différents à une clientèle variée. Parmi cet éventail, on trouve les comptes d'épargne et de chèques de base, les REER, les mandats bancaires, les services de change, les lettres de crédit, les prêts hypothécaires, la planification financière, les produits d'assurance comme l'assurance-vie des créanciers et les placements. [Je souligne; p. 5.]

[645] Dans cette énumération des produits et services dits « élargis » des banques qu'adopte la Cour suprême, l'Association des banquiers canadiens inclut les services de change, les prêts hypothécaires et les produits d'assurance comme l'assurance-vie des créanciers. Dans *Canadian Pioneer* et *Banque canadienne de l'Ouest* respectivement, la Cour n'a pas considéré les deux derniers comme faisant partie du contenu minimum vital et essentiel de la compétence fédérale sur les banques.

[646] Dans le même ordre d'idées, l'une des autorités sur lesquelles s'appuie le professeur Shearer dans son rapport décrit la notion de « *banking* » en la distinguant de la notion de « *lending* »²⁰⁶ :

« [...] the public, at large, has to do with banking corporations as issuers of circulating notes and receivers of deposits, but in making loans and discounting bills, banks have to do with the commercial classes almost exclusively. [...] Banking is distinguished from money lending in that it requires an active turnover; hence loans for periods of years are entirely foreign to its scope, as, also, are

²⁰⁵ Précité, note 27, paragr. 5.

²⁰⁶ Exhibit 1 au soutien du rapport du Professeur Shearer, pièce DRS-1, soit, George HAGUE, « *Banking and Commerce* », New York, The Bankers Publishing Co., 1908, p. 93.

loans of money which, even if made to a business firm, cannot be repaid periodically out of its active cooperations. [...] The whole operation of loaning money on security of land, buildings, ships or mines, belongs to another category of business than banking. This has been so recognized by the legislature of Canada in granting charters to banking corporations that they are absolutely prohibited from lending money on a moveable property.

(Le Tribunal souligne)

[647] L'écrit en question date de 1908.

[648] Il s'ensuit qu'en matière d'octroi de crédit ou de prêt, la prudence commande de retenir ces divers enseignements pour bien cerner les limites du contenu minimum vital et essentiel de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires.

[649] Si, comme le souligne la Cour suprême, cette compétence ne doit pas faire l'objet d'une interprétation étroite, il n'en demeure pas moins que toute interprétation trop libérale de celle-ci, particulièrement en regard de l'octroi de crédit, serait généralement en conflit direct avec une compétence provinciale tout aussi fondamentale, soit celle portant sur la propriété et les droits civils.

[650] Or, il est acquis qu'en regard du droit commun applicable en matière de prêt ou de garantie hypothécaire, les banques ne sont pas soustraites au droit provincial. La Cour suprême l'a déjà dit dans *Canadian Pioneer*.

[651] Aussi, selon le Tribunal, il est inopportun d'affirmer, comme le suggèrent les banques, que toute forme de « *lending* » ou de prêt, et partant toute forme d'octroi de crédit, est incluse dans le contenu vital et essentiel de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires que les législatures provinciales ne pourraient entraver de quelque façon.

[652] Si tel était le cas, cela mènerait au résultat absurde qu'une série de dispositions du *Code civil du Québec* en matière de prêt hypothécaire seraient inapplicables aux banques²⁰⁷. Il y aurait alors un vide juridique non souhaitable comme le souligne le juge Lebel dans l'arrêt *Lafarge*. Pour paraphraser la Cour suprême²⁰⁸, ce n'est certes pas ce qu'on a voulu par l'octroi de la compétence fédérale en matière de « *banking* ».

- les éléments vitaux et essentiels de la compétence: une application très limitée

[653] De fait, dans les quelques arrêts du Conseil privé et de la Cour suprême où s'est posée la question constitutionnelle du partage des compétences en matière

²⁰⁷ À titre d'exemple, l'article 2778 C.c.Q. (en matière d'autorisation préalable d'un tribunal pour toute prise en paiement d'un bien dont le débiteur a acquitté plus de la moitié de l'obligation) ou l'article 2757 C.c.Q. (en matière de préavis d'exercice d'un droit hypothécaire).

²⁰⁸ *Canadian Pioneer*, précité, note 193, p. 468.

d'opérations bancaires ou de « *banking* »²⁰⁹, seul l'arrêt *Hall* a résolu la difficulté en appuyant, et en partie seulement, son raisonnement sur la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[654] L'essence de l'arrêt *Hall* porte sur l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale en regard de la garantie bancaire spécialement créée par la *Loi sur les banques*. De l'avis de la Cour, celle-ci doit avoir préséance sur la législation provinciale en matière d'exercice de sûretés.

[655] Par contre, la Cour appuie aussi sa décision sur la doctrine de l'exclusivité des compétences. Elle reconnaît comme partie du contenu vital et essentiel de la compétence fédérale cette garantie précisément prévue à la *Loi sur les banques* et unique à ces dernières.

[656] À l'opposé, dans les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* (promotion d'assurance), *Canadian Pioneer* (prêts hypothécaires) et *Banque of Toronto c. Lambe*²¹⁰ (taxation), les lois provinciales ont été déclarées constitutionnellement valides.

[657] Quant aux arrêts *Re Alberta Statutes*²¹¹ et *Re Alberta Bill of Rights*²¹², les lois y furent déclarées invalides et *ultra vires* des pouvoirs de la législature provinciale parce que dirigées précisément contre les banques.

[658] Enfin, dans l'arrêt *Tennant* (« *warehouse receipts as security interest* »), la doctrine de la prépondérance fédérale a permis de donner préséance à la compétence fédérale en matière de « *banking* ».

- récapitulatif

[659] Tout bien considéré, le Tribunal en vient aux conclusions suivantes sur cette notion constitutionnelle d'opérations bancaires ou de « *banking* » :

- A- la compétence fédérale de l'article 91(15) n'est pas synonyme d'immunité des banques face au droit des provinces;
- B- l'objectif de cette compétence fédérale est l'instauration d'un système financier harmonieux, uniforme et national. Toute interprétation de la portée de la compétence doit en tenir compte;
- C- les caractéristiques essentielles des opérations bancaires se décrivent comme la collecte de sommes d'argent par la réception de dépôts

²⁰⁹ Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 2, Scarborough (Ont.), Thomson Carswell, 2007, feuilles mobiles, à jour en 2008, ch. 24.

²¹⁰ [1887] 12 App. Cas. 575.

²¹¹ [1938] R.C.S. 100.

²¹² *A.-G. Alberta c. A.-G. Canada*, [1947] A.C. 503.

relatifs à des prêts et l'utilisation des sommes ainsi perçues pour accorder de nouveaux prêts;

- D- au sens constitutionnel du terme, les opérations bancaires ne correspondent pas nécessairement à ce que les banques font au quotidien, ni à ce qu'elles peuvent faire en vertu de la *Loi sur les banques*;
- E- dans son application ou sa définition de la compétence, la Cour suprême limite la notion de contenu minimum vital et essentiel à la garantie bancaire créée par la *Loi sur les banques* et aux notions de réception de dépôts et d'octroi de crédit sous forme de prêts;
- F- la notion d'octroi de crédit n'est pas sans encadrement. Le contexte a son importance, entre autres en regard de la réalité historique de l'exercice de l'activité concernée;
- G- en l'espèce, toute analyse de ces caractéristiques essentielles, et partant de ce contenu minimum vital et essentiel de la compétence, reste tributaire du caractère d'exception de la doctrine de l'exclusivité des compétences en regard du caractère véritable de la *LPC*, loi provinciale par ailleurs valide;
- H- tout doute doit favoriser la doctrine du caractère véritable puisque le fardeau de démontrer qu'un élément fait partie de ce contenu vital et essentiel repose ici sur les épaules des banques.

[660] C'est en fonction de ces paramètres qu'il y a lieu d'analyser les éléments que les banques veulent soustraire à l'application de la *LPC*.

iv) les cartes de crédit

[661] En l'espèce, les banques proposent ni plus ni moins le syllogisme suivant. L'octroi de crédit fait partie du contenu vital et essentiel de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires. La carte de crédit est une forme d'octroi de crédit. Partant, la carte de crédit fait partie du contenu vital et essentiel de cette compétence fédérale.

[662] Avec égards, le Tribunal estime ce syllogisme mal fondé.

[663] D'une part, l'octroi de crédit n'est pas, en toutes circonstances, partie du contenu minimum vital et essentiel de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires.

[664] Si le syllogisme proposé était exact, tout prêt d'argent impliquant les banques en ferait partie. Or, la Cour suprême a déjà souligné qu'en matière de prêt d'argent, entre

213

[665] D'autre part, la preuve ne permet pas de conclure que, de façon prépondérante, la carte de crédit se veut un octroi de crédit au sens où on l'entend d'un point de vue constitutionnel.

- la réalité historique des cartes de crédit

[666] Les cartes de crédit ne sont ni l'apanage des banques, ni une de leur création. Selon la preuve, elles ne sont d'ailleurs même pas tributaires de l'existence d'une relation préalable quelconque entre la banque et le client. Nul n'est tenu de posséder un compte courant auprès de l'institution financière visée pour qu'une carte de crédit lui soit émise.

[667] De fait, la plupart des entreprises qui offrent des cartes de crédit ne se définissent pas comme des banques, ni n'exercent, à prime abord, des opérations bancaires. L'on n'a qu'à penser aux pétrolières, aux grands magasins ou aux entreprises de voyage ou de divertissement qui offrent ce genre de cartes.

[668] Sous ce rapport, l'origine des cartes de crédit est relativement récente. Les banques ne les ont pas introduites au Canada. Elles n'en ont pas bien sûr l'exclusivité. Leur historique est, au demeurant, révélateur de leur éloignement important des caractéristiques essentielles de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires.

[669] Dans son ouvrage auquel il réfère dans le cadre de son rapport, le professeur Shearer situe ainsi l'évolution de ce qu'il décrit comme étant des « *payments cards* »²¹⁴ :

Payments Cards

[...]

The evolution of the payments card has involved four types of cards with overlapping histories, all still in use. First to appear where merchant charge cards issued primarily by department stores and oil companies to selected customers permitting them to make purchases on credit from the merchant who issued the card as well as from associated merchants. For the customer, the card reduces the need for cash by consolidating purchases into a single monthly payment and, in many cases, permits the spreading of payments for major purchases over an extended period of time.

²¹³ *Canadian Pioneer*, précité, note 193, p. 468.

²¹⁴ Pièce P-198, Ronald A. SHEARER, Johan F. CHANT & David E. BOND, « *Economics of the Canadian Financial Banking System: Theory, Policy and Institutions* », 3rd édition, Scarborough (Ont.), Prentice-Hall Canada, 1995, pp. 33, 35 et 37.

[...]

The next stage was the appearance of travel and entertainment cards (T & E), issued by organizations that were not banks but accepted by a large number of unrelated merchants. First on the scene was *Diners club* (1950), followed by *American Express* (1958) and *Carte Blanche* (1959). [...]»

The third stage, which coincided with the early development of the major travel and entertainment cards, was the introduction of bank credit cards, issued by banks and similar financial institutions to a much wider range of people than were the T & E cards and accepted by many more merchants for a much wider variety of transactions. Initiated in 1951 in New York, the first bank card plans were developed by small banks. Perhaps 100 such plans were developed between 1952 and 1955, but because they could only be used to make purchases from merchants who entered into a contractual arrangement with the bank, the early plans were local in scope. This limited their usefulness and attractiveness to potential cardholders and made it difficult for the banks to cover the very large setup and operating costs. Many of the early plans were quickly discontinued.

In the late 1950s, a number of large American banks began credit card plans with much larger bases of cardholders and merchants. However, most state laws restricted the geographic scope of branch banking so that most credit card plans still involved a local market, which severely limited the potential number of cardholders and the volumes of payments. An important exception was California, where the Bank of America plan was launched in 1958 through the bank's statewide network of branches. After a shaky start it grew explosively. By 1966, there were 2 million cardholders, and the card was accepted by 65,000 merchants for \$228 million of sales. although there were almost 200 bank credit card plans in operation in the United States at this time, BankAmericard was by far the most successful, making obvious the advantages of broad geographical coverage. Other banks began to form regional associations with common or interchangeable cards in the attempt to obtain the advantages of a broad market and to provide a clearinghouse through which they could settle interbank claims arising from reciprocal acceptance of each other's cards (the concept and functions of a clearinghouse are discussed below).

[...]

The next stage in the evolution of the payments card will probably be the widespread use of debit cards in retail transactions. [...]

(Le Tribunal souligne)

[670] Ce portrait rejoint celui que dresse les auteurs Crawford et Falconbridge²¹⁵ dans leur ouvrage connu en matière de droit bancaire. Ils décrivent les premières cartes des compagnies pétrolières et des entreprises oeuvrant dans le domaine du voyage et du

²¹⁵ Bradley CRAWFORD & John Delatre FALCONBRIDGE, *Banking and Bills of exchange*, 8th ed. by Bé CRAWFORD, T. 1, Toronto, Canada Law Book Inc, 1986, p. 886 et suiv.

divertissement comme des « *convenience cards* », en ce que leur utilisateur devait généralement payer le montant total dû chaque mois.

[671] Pour sa part, la professeure Ogilvie, tout en adhérant aux mêmes explications quant à l'évolution de ces cartes qu'elle qualifie de « *charge cards* »²¹⁶, résume ainsi son aboutissement actuel en ce qui concerne les réseaux Visa et Mastercard²¹⁷ :

In 1966, the Bank of America saw the possibilities of adding a line of credit to the charge card and marketing this card to consumers, and established Bank Americard Service Corp. The following year, a national association of regional bank card associations formed Interbank, to promote a rival card. The former promoted "Chargex" (changed to "Visa" in 1976), and the latter promoted "MasterCharge", changed to "MasterCard" in 1981. Since the late 1960s, these two credit card corporations have licensed financial institutions worldwide to issue and administer their respective cards with their distinctive logos and colour schemes patented internationally as intellectual property.

In Canada, the normal practice is for a financial institution to be licensed by only one of these two patent U.S. corporations to carry its card. No financial institution enjoys licences to carry both Visa and MasterCard, although in the United States this may be done as a result of litigation in which restrictions to one card only were found to be anti-competitive. [...]

[672] Il ressort ceci de cet historique.

[673] Loin d'être une continuité des caractéristiques essentielles des opérations bancaires, l'entrée des banques dans le commerce des cartes de crédit semble plutôt 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.

[674] Vue sous cet angle, rien ne permet de conclure que la carte de crédit est essentielle au but visé par la compétence fédérale de l'article 91(15), soit l'instauration d'un système financier uniforme et national.

[675] D'ailleurs, même les banques ne s'entendent pas sur l'uniformité du système qui doit régir ces cartes de crédit. Les unes préfèrent Visa, les autres MasterCard, alors qu'Amex fait bande à part.

[676] Or, en tout état de cause, ces trois réseaux concurrents fonctionnent séparément, et en outre, parallèlement au système financier uniforme et national.

²¹⁶ M.H. OGILVIE, *Canadian Banking Law*, 2nd ed., Scarborough (Ont.), Carswell, 1998, p. 695-697.

²¹⁷ M.H. OGILVIE, *Bank and Customer Law in Canada*, Coll. Essentials of Canadian Law, Scarborough (Ont.), Irwin Law, 2007, p. 371.

[677] De plus, tout comme la Cour suprême l'a noté dans *Banque canadienne de l'Ouest*²¹⁸ en ce qui concerne la promotion d'assurance, les banques exploitent ce service de cartes de crédit comme un centre de revenus autonome, sujet à une gestion et une divulgation distinctes. Entre autres, la preuve de RBC, BNE et BMO le souligne.

[678] D'aucuns ajouteront qu'exception faite d'Amex, la part qu'occupent les cartes de crédit dans les actifs des banques reste, en dernière analyse, plutôt limitée²¹⁹.

[679] Tout cela fait ressortir l'éloignement de ce service des services bancaires traditionnels. Les auteurs L'Heureux, Fortin et Lacoursière²²⁰ rappellent que la carte de crédit n'est pas fondée sur le compte bancaire. Cela se reflète dans la façon dont se gère cette ligne de produits et dans les divulgations qui en découlent.

[680] Ce n'est pas tout.

- la nature véritable des cartes de crédit

[681] Selon la preuve prépondérante versée au dossier, les cartes de crédit ne sont pas non plus la continuité d'une activité qui, historiquement, s'inscrivait dans le cadre des opérations bancaires.

[682] De même, toujours selon cette preuve, la nature véritable de la carte de crédit est fort éloignée de la notion d'octroi de crédit qui reste, et ce seulement dans une certaine mesure, l'un des éléments du contenu minimum vital et essentiel de la compétence fédérale en la matière.

[683] Ainsi, dans son rapport, le professeur Shearer confirme que le prêt à la consommation ne faisait pas partie, historiquement, des activités bancaires²²¹ :

« It is unlikely that what we consider consumer lending was ever a significant part of the banks' business ».

[684] Dans cette optique, la carte de crédit destinée au consommateur ne s'inscrit pas dans la continuité d'un type d'octroi de crédit que les banques faisaient. La ressemblance avec les prêts hypothécaires de l'arrêt *Canadian Pioneer* vient à l'esprit.

[685] De la même façon, l'analogie que cet expert trace entre l'activité des « *cash credits* » ou « *scotish cash credits* » et l'octroi de crédit par le biais d'une carte de crédit s'avère, pour tout dire, peu convaincante et peu concluante²²².

²¹⁸ Précité, note 27, paragr. 94.

²¹⁹ Voir, à ce sujet, pièce P-199.

²²⁰ Nicole L'HEUREUX, Édith FORTIN et Marc LACOURSIÈRE, *Droit bancaire*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 605 et suiv.

²²¹ Pièce DRS-1, p. 24.

²²² Expertise du professeur Shearer, pièce DRS-1, paragr. 15, 19, 21-22, 30-31 et 37-38.

[686] Son rapport fait état qu'au mieux, le crédit rotatif ou les « *cash credits* » étaient une pratique de certaines banques canadiennes avant la Confédération, laquelle était loin d'être répandue. De même, dans la mesure où ils existaient, les prêts consentis par ligne de crédit se limitaient à des clients commerciaux.

[687] Dans tous les cas où un tel crédit était octroyé de cette façon, il était toujours accompagné d'une ou de plusieurs garanties, ce qui ne s'applique aucunement en matière de cartes de crédit.

[688] La preuve établit en effet que, règle générale, les cartes de crédit émises par les institutions financières sont sans garantie. C'est ce qui ressort des documents de l'ACFC en regard de l'analyse globale qu'elle fait des cartes de crédit accordées aux consommateurs par les institutions financières²²³.

[689] Dans cette mesure, les affirmations suivantes du professeur Shearer au paragraphe 66 de ses conclusions n'ont pas, avec égards, la portée des mots choisis : « *There is considerable evidence that revolving credits were a part of the business of banking well before Confederation* » et « *There is considerable evidence that Canadian banks were lending on revolving credit at Confederation and continued to do so thereafter* ».

[690] À vrai dire, son rapport qualifie grandement ces affirmations. En regard des constats factuels que le rapport révèle, le Tribunal ne peut retenir ces énoncés dans la teneur où l'expert les exprime.

[691] Aussi, si tant est que cette preuve du professeur Shearer soit admissible pour comprendre le contexte historique relatif à la compétence fédérale en la matière, ce sur quoi le Tribunal estime inutile de se prononcer, cette preuve s'avère peu concluante et peu probante pour appuyer l'affirmation voulant que les cartes de crédit s'inscrivent dans la continuité historique de ce que faisaient les banques.

[692] Il est vrai que l'interprétation d'une compétence doit être évolutive et ne pas se limiter au sens qu'elle avait en 1867. L'exemple original du Vicomte Simon dans *Re Alberta Bill of Rights* l'exprime bien²²⁴ :

"To take what may seem a frivolous analogy, if 'skating' was one of the matters to which the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada extended, it would be nothing to the point to prove that only one style of skating was practised in Canada in 1867 and to argue that the exclusive power to legislate in respect of subsequent developed styles of skating was not conferred on the central legislature."

²²³ Pièce DAMX-13G.

²²⁴ *A.-G. Alberta c. A.-G. Canada*, [1947] A.C. 503, 516.

[693] Toutefois, ici, la preuve montre que la carte de crédit est fort éloignée du « *banking* ». Il y a un lien, certes. Mais l'élément n'est pas, en soi, caractéristique de la compétence.

[694] En réalité, la preuve prépondérante indique que la carte de crédit s'approche beaucoup plus d'un moyen de paiement que d'une façon d'obtenir du « crédit » au sens où on l'entend d'un point de vue constitutionnel.

[695] Même le professeur Shearer affirme que la carte de crédit, comme le chèque personnel, demeure un moyen de paiement.

[696] De surcroît, selon les témoins des banques, 60 % à 70 % des soldes sur les cartes de crédit sont réglés avant la date d'échéance. Qu'il suffise de référer à ce sujet aux témoignages de Mme Houlden de Visa et de M. Raoult de Desjardins. De fait, l'Association des banquiers canadiens le confirme clairement dans sa documentation²²⁵.

[697] En somme, pour une majorité des utilisateurs, la carte de crédit n'est pas un moyen d'obtenir ou d'utiliser du « crédit » en tant que tel. C'est avant tout un outil de paiement. Seul le retard génère un octroi de crédit réel d'où des intérêts deviennent alors exigibles.

[698] En d'autres mots, selon cette preuve prépondérante, la carte de crédit a donc généralement les caractéristiques de la « *convenience card* » ou de la « *charge card* » originale, soit celles d'un moyen d'acheter et de consommer plutôt que d'un mode d'obtention d'un prêt ou d'un octroi de crédit au sens constitutionnel de la notion.

[699] De ce point de vue, les banques exercent une activité commerciale, sans doute utile et appréciée, également lucrative il va sans dire, mais qui ne cadre pas avec le rôle de banquier au sens traditionnel et constitutionnel du terme.

[700] Leur pénétration de ce marché est tributaire de la force de leurs réseaux et de ce qu'ils peuvent fournir aux marchands, à la différence des réseaux initiaux de carte de crédit dont le fonctionnement était limité à certaines chaînes ou entreprises.

[701] Partant, même en assumant que le contenu minimal vital et essentiel de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires comprend l'octroi de crédit, l'on peut difficilement qualifier la carte de crédit de la sorte devant la preuve faite.

[702] Sous ce rapport, les banques offrent aux consommateurs un « crédit » essentiellement gratuit jusqu'à l'exigibilité du paiement. Selon la preuve, dans une forte majorité de cas, ce crédit n'est généralement pas utilisé et, par conséquent, il n'y a aucun prêt ou avance générateur d'intérêt de la part des institutions financières à partir de dépôts qu'elles gèrent.

²²⁵ Pièce DAMX-18.

[703] Porter un achat au compte de sa carte de crédit pour le payer dans un délai précis de la réception de l'état de compte peut être vu comme l'obtention de « crédit » au sens économique de la notion. Toutefois, ce que la preuve révèle à ce niveau semble fort loin de la notion d'octroi de crédit telle qu'envisagée à la compétence fédérale de l'article 91(15).

[704] Sans relation banquier-client, sans prêt ou avance quelconque et sans aucune forme de garantie, cet octroi de crédit se rapproche sensiblement de ce que nombre d'entreprises font chaque mois avec leurs clients. Or, personne ne songerait à qualifier ces octrois de crédit d'opérations bancaires au sens constitutionnel du terme.

[705] Sur ce plan, que les frais de conversion en litige soient des frais de crédit aux termes de la *LPC* n'est pas déterminant. L'octroi de crédit dont on parle ici n'est pas celui de la *LPC*. C'est celui qui concerne les éléments vitaux et essentiels de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires. Il s'agit de notions distinctes qui répondent à des impératifs différents.

- l'incongruité de la position des banques

[706] Au demeurant, conclure que la carte de crédit fait partie du contenu minimum vital et essentiel de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires mènerait à deux résultats pour le moins étonnants dans les faits de ce dossier.

[707] D'un côté, en regard d'Amex, ses activités de prêts et de dépôts représentent à peine 1 % à 2 % de son chiffre d'affaires. 98 % à 99 % de celui-ci est concentré sur le marché des cartes de crédit. Elle n'a aucune succursale bancaire au Québec et une seule au Canada²²⁶.

[708] Avant les changements législatifs à la *Loi sur les banques* en 1991, les cartes de crédit American Express ne tombaient pas sous l'égide d'Amex, dont l'incorporation comme banque remonte à 1991.

[709] Il serait assez paradoxal qu'en raison d'un changement législatif apporté par le législateur fédéral, une entreprise qui, dans le marché des cartes de crédit, ne faisait pas d'opérations bancaires au sens constitutionnel du terme avant 1991, se retrouve dorénavant à en faire simplement par l'obtention d'une charte en vertu de la *Loi sur les banques*.

[710] Suivre les banques dans leur argument ferait en sorte qu'une entreprise comme Amex, qui n'a pour ainsi dire à peu près aucune des caractéristiques essentielles des opérations bancaires en termes d'activités, se retrouverait, du seul fait de ses cartes de crédit, à maintenant être caractérisée comme ne faisant que du « *banking* ».

²²⁶ Témoignage de Mme Ghali à l'audience.

[711] En somme, selon la théorie des banques voulant que la carte de crédit soit un secteur d'activités qui fasse partie du contenu vital et essentiel de la compétence fédérale de 91(15), il suffirait que toute entreprise qui émet des cartes de crédit devienne une banque au sens de la loi fédérale pour se soustraire à l'application de la *LPC*.

[712] Ce résultat serait inconciliable avec les principes du fédéralisme canadien et les enseignements de la Cour suprême.

[713] De l'autre côté, au Québec, la preuve révèle que Desjardins demeure le joueur le plus important au niveau du nombre de détenteurs de cartes de crédit émises par des institutions financières²²⁷. Personne ne prétend sérieusement qu'elle est une entreprise qui se caractérise, en termes d'activités, comme faisant des opérations bancaires.

[714] Il serait pour le moins singulier de conclure que les cartes de crédit sont des opérations bancaires faisant partie du contenu minimum vital et essentiel de la compétence fédérale en la matière, alors que pour une forte proportion de détenteurs de cartes émises au Québec par des institutions financières, ce ne serait pas le cas.

[715] De ce point de vue, que le législateur fédéral inclut dans les opérations bancaires les cartes de crédit à l'article 409(2)d) de la *Loi sur les banques* signifie peu. Cela n'établit pas qu'il s'agit là d'une opération bancaire au sens constitutionnel de la compétence de l'article 91(15), encore moins qu'il s'agit d'une activité vitale ou essentielle à cette compétence fédérale.

[716] Tant dans *Banque canadienne de l'Ouest* que *Canadian Pioneer*, la Cour suprême écarte un tel argument. Ce ne sont pas toutes les activités définies comme opérations bancaires dans la *Loi sur les banques* qui sont nécessairement considérés comme relevant de la compétence exclusive du Parlement au sens de l'article 91(15).

[717] De fait, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, bien que les activités en question étaient visées par l'article 409(2) comme en l'espèce, cela n'a pas empêché la Cour suprême de mettre de côté l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans cette situation. La carte de crédit n'apparaît pas plus vitale et essentielle à la compétence fédérale que ne l'était la promotion d'assurance²²⁸.

[718] Le Tribunal en conclut que les banques ne se sont pas déchargées de leur fardeau d'établir que les cartes de crédit font partie des éléments vitaux et essentiels de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires.

²²⁷ Voir pièce D-64 quant au nombre de détenteurs de carte Desjardins.

²²⁸ D'ailleurs, le Parlement, dans une série d'autres lois, permet à d'autres institutions incorporées au fédéral d'émettre elles-aussi des cartes de crédit et d'utiliser un tel système de carte, en incluant, comme pour les banques, un encadrement législatif à cet effet, de même qu'un règlement sur le coût d'emprunt. Voir *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, c. 45, a. 409(2)d), et son Règlement sur le coût d'emprunt, et *Loi sur les sociétés d'assurance*, L.C. 1991, c. 47, a. 440(2), et son Règlement sur le coût d'emprunt.

v) les opérations de change

[719] Si, de l'avis du Tribunal, les banques ne font pas échec à l'application de la doctrine du caractère véritable de la *LPC* en regard des cartes de crédit, il va de soi qu'un élément accessoire à celles-ci, soit les frais de service qui y sont intégrés en termes de conversion de devises, ne saurait, à lui seul, être qualifié de vital et essentiel à la compétence fédérale en la matière.

[720] Dans les autorités citées qui ont traité de la compétence fédérale en matière d'opérations bancaires ou de « *banking* », aucune n'associe, de près ou de loin, les opérations de change aux éléments vitaux et essentiels de la compétence²²⁹. Aucune énumération ou description ne les inclut dans ces éléments.

[721] À ce propos, la citation reproduite dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest* provenant de la brochure d'information de l'Association des banquiers canadiens est éloquente²³⁰.

[722] L'on y identifie les activités principales des banques comme touchant les dépôts et les prêts, en les opposant à leurs activités dites « élargies » qui comprennent une série de produits et services.

[723] Entre autres, s'y retrouvent les produits d'assurance comme l'assurance vie des créanciers que la Cour suprême, dans *Banque canadienne de l'Ouest*, exclut justement des éléments vitaux et essentiels de la compétence fédérale en la matière.

[724] Dans cette même énumération apparaissent aussi les prêts hypothécaires que la Cour suprême n'inclut pas non plus dans les éléments essentiels et vitaux de la compétence dans l'arrêt *Canadian Pioneer*.

[725] Or, les services de change font partie de cette même énumération de produits et services dits « élargis » des banques.

[726] Quitte à le répéter, le fait que les banques exercent cette activité n'est pas déterminant. Il ne s'agit pas ici de décider si les opérations de change sont une activité faisant partie des opérations bancaires; il s'agit plutôt de déterminer si elles font partie des éléments vitaux et essentiels de la compétence.

[727] En outre, en l'espèce, la preuve révèle que ce ne sont pas les banques, mais plutôt Visa, MasterCard ou TRS, qui effectuent les opérations de change accessoires aux cartes de crédit qu'elles émettent. Les banques ne participent pas au processus de

²²⁹ Quoique les banques aient insisté sur l'arrêt *Canadian Pioneer* à ce sujet, l'extrait dont elles s'autorisent (page 459 de l'arrêt) ne traite pas des éléments vitaux et essentiels de la compétence, mais bien des opérations bancaires globalement.

²³⁰ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 5.

conversion de devises comme tel. Leur implication se limite à imputer les frais qui sont en litige.

[728] Cette activité se veut donc complémentaire aux opérations des banques en matière de cartes de crédit. Partant, elle s'inscrit difficilement dans un contexte où l'on peut la qualifier de vitale et essentielle à la compétence. À tout le moins, cela établit son élément accessoire.

[729] En ce sens, les dispositions pertinentes de la *LPC* et de son Règlement d'application n'affectent que de façon incidente et indirecte un élément périphérique des opérations des banques reliées aux cartes de crédit. De surcroît, cet élément ne s'inscrit pas dans ce que les tribunaux cernent, à ce jour, comme étant les éléments vitaux et essentiels de la compétence.

[730] Sous ce rapport, les multiples références des banques au témoignage du professeur Shearer et à sa démonstration historique de leurs activités passées en matière d'opérations de change s'avèrent, selon le Tribunal, peu probantes en regard de la question à déterminer.

[731] Si l'analyse de cet expert fait ressortir que, dans une certaine mesure, les opérations de change ont fait partie des activités bancaires depuis leurs origines, rien ne permet de conclure, à la lecture de son rapport, qu'il s'agit là d'éléments essentiels et vitaux à la compétence.

[732] D'une part, si telle était l'opinion du professeur Shearer, son expertise empièterait largement sur le rôle du Tribunal sur une telle question. D'autre part, si telle était son affirmation, que l'on ne retrouve d'ailleurs pas dans son rapport, force est de constater que sa démonstration se révélerait peu convaincante de ce point de vue.

[733] À tout événement, le Tribunal estime ne pouvoir accorder une trop grande importance au contexte historique de la notion présenté par le professeur Shearer. Une preuve extrinsèque de cette nature ne vaut que dans la mesure où elle a une quelconque influence sur le législateur concerné, en l'occurrence, les «Pères de la Confédération». Cela commande une certaine démonstration qui est inexistante ici.

[734] Comme les principes directeurs énoncés l'établissent, le fardeau d'établir que les opérations de change sont des éléments vitaux et essentiels à la compétence fédérale en la matière repose sur les épaules des banques. La preuve prépondérante n'appuie pas cette affirmation.

[735] En regard de ces mêmes principes directeurs, la présomption de validité et d'applicabilité constitutionnelle doit prévaloir. Cela s'avère particulièrement le cas en regard d'une loi d'application générale telle que la *LPC*.

vi) les moyens de paiement et opérations de compensation et de règlement en matière de cartes de crédit

[736] En dernier lieu, aux deux éléments vitaux et essentiels de la compétence fédérale qu'invoquent les banques dans leurs procédures, soit les cartes de crédit et les opérations de change, s'ajoute un troisième qu'elles soulèvent pour la première fois en argument.

[737] Dans leur sommaire de la preuve d'experts, les banques prétendent que les moyens de paiement et opérations de compensation et de règlement relatifs aux cartes de crédit sont des activités qui font partie des opérations bancaires vitales et essentielles.

[738] Ce moyen doit subir le même sort que les deux autres.

[739] Premièrement, il est vrai que ce moyen constitutionnel n'est ni annoncé, ni précisé dans l'avis sous l'article 95 C.p.c. envoyé au PGQ. Cela est indicatif de son importance aux yeux mêmes des banques.

[740] Deuxièmement, tout comme pour les opérations de change, le constat tiré de la jurisprudence en matière d'éléments essentiels et vitaux de la compétence fédérale sur les opérations bancaires demeure identique. Aucune énumération ou description de ces éléments vitaux et essentiels n'inclut, de près ou de loin, ce que les banques qualifient de moyens de paiement et d'opérations de compensation et de règlement.

[741] Là aussi, si, de l'avis du Tribunal, la carte de crédit ne fait pas partie de ces éléments vitaux et essentiels, force est de conclure que sa qualification comme moyen de paiement n'y change rien. De même, les opérations de règlement ou de compensation qui entourent les cartes de crédit, qui n'en restent qu'un accessoire, ne sauraient être qualifiées différemment.

[742] Enfin, troisièmement, cet argument des banques demeure, d'un point de vue factuel, irrecevable pour une raison fort simple.

[743] À la différence des chèques, dépôts, débits pré-autorisés et autres transferts qui sont traités par le système de compensation central aux activités financières des banques, toutes les transactions relatives aux cartes de crédit ne sont pas compensées de cette façon.

[744] Les documents mis en preuve qui émanent de l'Association canadienne des paiements le soulignent en termes clairs²³¹.

[745] De la même manière, la *Loi concernant l'association canadienne des paiements et la réglementation des systèmes et arrangements relatifs aux paiements*²³² (Loi

²³¹ Pièce P-205.

canadienne sur les paiements) précise que les instruments de paiements qu'elle vise s'entendent des lettres de change. De l'aveu même de l'Association canadienne des paiements, cela n'inclut pas les cartes de crédit²³³.

[746] Autrement dit, ce système de compensation et les opérations qui le concernent, qui, de l'avis des banques, feraient partie des éléments vitaux et essentiels de la compétence fédérale en la matière, n'inclut pas le traitement des cartes de crédit.

[747] Les banques ont donc tort de suggérer qu'il y a similitude entre ce système et les opérations de règlement et de compensation qui concernent les transactions relatives aux cartes de crédit des réseaux Visa, MasterCard et Amex.

[748] Contrairement au système de compensation que régit la *Loi canadienne sur les paiements* et dont l'application est uniforme au Canada, ce qui concerne les trois réseaux Visa, Mastercard et TRS est tout à fait différent.

[749] Les trois réseaux fonctionnent en vase clos, sans communication de l'un à l'autre. Ils sont même protégés par des ententes de confidentialité hermétiques qui ont, en l'espèce, nécessité un jugement du Tribunal pour permettre qu'on y passe outre.

[750] Bref, les opérations de règlement et de compensation dont on traite ici n'ont rien d'uniforme ou de national. Elles sont plutôt tributaires des règles particulières de chaque réseau dans lequel les banques émettrices sont membres et participent.

[751] Encore là, les banques ne se déchargent pas du fardeau qui est le leur.

[752] Mais, il y a plus quant à cette doctrine de l'exclusivité des compétences qu'invoquent à tort les banques en l'espèce.

[753] En effet, au-delà du fait que les banques n'établissent pas que les cartes de crédit, les opérations de change ou les moyens de paiement ou opérations de règlement ou de compensation relatifs aux cartes de crédit font partie du contenu minimum élémentaire et irréductible de la compétence fédérale sur les banques, le Tribunal estime qu'elles n'établissent pas non plus qu'il y a ici entrave à l'un ou l'autre de ces éléments.

vii) la preuve d'entrave

[754] Selon l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, en l'absence d'une entrave, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas²³⁴.

²³² L.R.C. 1985, c. C-21.

²³³ Voir pièce P-205.

²³⁴ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 49.

[755] Qui dit entraver dit plus que simplement toucher la spécificité fédérale d'une compétence donnée. Pour conclure à entrave, la Cour suprême souligne que cela sous-entend des conséquences fâcheuses. Il n'est pas nécessaire d'aller jusqu'à stériliser ou paralyser le contenu essentiel de la compétence, mais la notion d'entrave comporte en soi la nécessité d'établir des impacts sérieux²³⁵.

[756] Avec égards pour l'opinion contraire, le Tribunal considère que ce n'est pas le cas en l'espèce.

- l'absence d'entrave en termes de divulgation

[757] En premier lieu, il convient d'écarter sommairement l'argument des banques relatif à une entrave potentielle en ce qui concerne l'application de l'article 12 *LPC* en matière de divulgation des frais de conversion.

[758] D'une part, une simple obligation de divulgation ne s'accorde pas avec la notion d'entrave. Dans ce cas, il n'y a pas de conséquences fâcheuses par l'application de la loi provinciale au contenu dit minimum, irréductible et essentiel d'une compétence fédérale. Tout au plus parle-t-on d'inconvénients mineurs.

[759] D'autre part, puisque, à un moment ou à un autre à compter de 2003, toutes les banques ont, de fait, divulgué d'une certaine façon les frais de conversion (sans toutefois se conformer aux dispositions de la *LPC* en matière de divulgation ou de calcul des frais de crédit), force est de constater qu'elles ont elles-mêmes solutionné la problématique sans que cela n'affecte de quelque façon les activités en question.

[760] Il est d'ailleurs assez incongru de voir les banques parler d'entrave à ce niveau, alors que l'ACFC qui les régit exige aussi la divulgation de ces mêmes frais aux termes de l'article 452(2)c) de la *Loi sur les banques*. Elle a même rendu une décision forçant Amex à s'y conformer à la fin 2002, alors qu'elle était la seule banque récalcitrante qui persistait à ne pas le faire à l'époque²³⁶.

- l'absence d'entrave en termes d'opérations

[761] En second lieu, il est clair que la *LPC*, loi d'application générale, n'a pas pour objet de s'appliquer aux banques ou aux matières de compétence fédérale. C'est uniquement par ses effets accessoires qu'elle a un impact sur les opérations bancaires. Les doctrines du caractère véritable et du double aspect le permettent. Le principe de complémentarité favorisé par la Cour suprême dans l'arrêt *Lafarge* aussi.

[762] Les dispositions en cause de la *LPC* traitent de relations contractuelles entre commerçants et consommateurs, notamment de divulgation et de calcul des frais de crédit en matière de cartes de crédit.

²³⁵ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 48.

²³⁶ Pièce I-8A.

[763] L'effet de ces mesures n'est pas différent de celui résultant de l'application aux banques d'autres dispositions de droit civil en matière de contrat, que ce soit aux termes du *Code civil du Québec* ou de la *LPC*. Or, à maintes reprises, les tribunaux ont appliqué ce genre de mesures aux banques, sans que personne ne prétende à entrave.

[764] À preuve, dans l'arrêt *Houle c. Banque nationale*²³⁷, la Cour suprême n'a pas hésité à appliquer aux banques le devoir de se conformer à la règle de bonne foi implicite dans toute relation contractuelle, au même titre que tout autre membre de la société.

[765] De même, en matière d'application de la *LPC*, contrairement à ce qu'ont laissé sous-entendre certains de leurs avocats en argument, la jurisprudence québécoise contient plusieurs exemples où les banques ont reconnu l'application de la *LPC* à leur endroit.

[766] Entre autres, ce fut le cas en regard de contrats de prêt d'argent, lesquels sont soumis aux mêmes dispositions de la *LPC* que les cartes de crédit.

[767] Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Banque de Nouvelle-Écosse*²³⁸, la Cour d'appel prend acte de ceci en regard de BNE, l'une des banques impliquées ici :

L'appelante reconnaît qu'elle est commerçante et qu'elle est soumise à la Loi sur la protection du consommateur quant à ses contrats de prêt d'argent.

[768] Dans l'arrêt *Boissonneault c. Banque de Montréal*²³⁹, la Cour d'appel note que BMO concède que sa convention de prêt est assujettie à la *LPC*. Dans cette affaire, le débat concernait un avis de déchéance du terme en vertu de l'article 105 *LPC*.

[769] Les exemples de tribunaux d'instance sont également nombreux.

[770] Dans *Gravino c. Banque de Montréal*²⁴⁰, la Cour supérieure souligne que le contrat concerné intervenu entre BMO et un consommateur est un contrat de consommation régi par le *Code civil du Québec* et la *LPC*. Le recours portait sur l'article 128 *LPC* relatif au montant maximal jusqu'à concurrence duquel un crédit peut être consenti dans un contrat de crédit variable.

[771] Dans quatre autres affaires impliquant trois banques parties en l'instance, soit BMO, RBC et BNC, la Cour du Québec conclut, devant des contrats de prêt d'argent

²³⁷ [1990] 3 R.C.S. 122.

²³⁸ [1986] R.J.Q. 1546, 1547 (C.A.).

²³⁹ [1988] R.J.Q. 2622 (C.A.) (l'arrêt *Boissonneault*).

²⁴⁰ J.E. 99-724 (C.S.).

impliquant chacune des institutions financières, qu'il s'agit là de contrats de prêt couverts par la *LPC*²⁴¹.

[772] Ces arrêts et jugements ne sont pas, bien sûr, décisifs à eux seuls de la question constitutionnelle soulevée ici. Les constats que l'on en tire demeurent par contre révélateurs sur l'argument d'entrave.

[773] En effet, dans toutes ces affaires, la *LPC*, en regard de dispositions portant sur les contrats de prêts d'argent, s'est appliquée aux banques, soit avec leur consentement, soit sans qu'elles ne protestent. Cela étant, elles peuvent difficilement invoquer en l'espèce une entrave à leurs activités en regard de dispositions législatives du même ordre portant, cette fois, sur les contrats de crédit variable.

[774] Il est d'ailleurs assez paradoxal de constater que deux des banques impliquées en l'espèce, soit Amex et Citibanque, incluent, dans certains de leurs contrats de crédit variable, des clauses qui réfèrent précisément à l'applicabilité des dispositions de la *LPC* en matière d'avis de déchéance du terme²⁴².

[775] Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'argument d'entrave s'accorde fort mal avec de telles mentions dans les contrats qui sont l'objet même du litige.

- l'absence d'entrave en termes d'impact économique

[776] En troisième lieu, si tant est que ce soit le cas, que l'application des dispositions en litige de la *LPC* ait des conséquences sur les revenus que peuvent tirer les banques des frais de conversion imputés aux cartes de crédit a peu d'importance.

[777] Une loi provinciale valide peut avoir des conséquences économiques, même importantes, sur les entreprises ou activités fédérales. La Cour suprême l'a souligné à plusieurs reprises. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, elle écarte un argument semblable des banques en regard de la source de revenus importante que représente la promotion d'assurance et les avantages commerciaux qui en découlent²⁴³.

[778] D'ailleurs, aux termes de l'arrêt *Banque of Toronto c. Lambe*, une législature provinciale peut valablement taxer les banques, et donc affecter leur profitabilité globale. Il s'ensuit que, logiquement, une législature provinciale peut aussi affecter la profitabilité d'un secteur d'activités des banques, en l'occurrence les cartes de crédit,

²⁴¹ Voir *Banque de Montréal c. Nadon*, [1990] R.J.Q. 880, 881 (C.Q.); *Banque royale du Canada c. Chénier*, J.E. 97-1855 (C.Q.); *Ayotte c. Banque nationale du Canada*, C.Q. Montréal, n° 500-02-066454-011, 2002-12-16, j. Dortéus, paragr. 33-36; et *Banque nationale du Canada c. Kaziberdov*, [2007] R.J.Q. 1068 (C.Q.).

²⁴² Voir pièces P-26 en regard de Amex et pièces P-75 et P-77 en regard de Citibanque.

²⁴³ Voir *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 58 et 94; voir également *Canadian Indemnity Company c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504 et *Procureur général du Québec c. Kellogg's Co.*, [1978] 2 R.C.S. 211.

en réglementant certains de ses paramètres dans l'exercice de la compétence qui est la sienne en matière de propriété et droits civils.

[779] À tout événement, en l'espèce, la preuve d'un impact économique sérieux est, pour tout dire, absente. La teneur d'un tel impact est peu étayée.

[780] De surcroît, les représentants des banques qui abordent la question en témoignage conviennent de ceci. Si les frais de conversion ne peuvent être facturés aux titulaires de cartes dans leur forme actuelle advenant le cas où ils sont qualifiés de frais de crédit aux termes de la *LPC*, il existe néanmoins deux façons de les récupérer. Cela pourrait se faire par le biais d'une augmentation du taux d'intérêt ou d'une majoration des frais annuels²⁴⁴.

[781] À ce sujet, les réponses candides données par le représentant de BMO résument bien la réalité qui, pour tout dire, apparaît évidente dans les circonstances. Questionné par son avocat à savoir si le secteur d'activités des cartes de crédit au Québec pouvait demeurer viable si les dispositions en litige de la *LPC* devaient s'appliquer aux banques, le témoin répond ceci :

The credit card business would remain viable. Would it be less profitable? Very likely yes... How much will the profitability change will be totally dependant upon what increases can we put into place to off set the revenue leak. The reality is we have to be careful with that, obviously because if we increase interest rate, we increase fees or we diminish rewards benefits too substantially, we have seen through multiple situations in the past, that we will have attrition impacts that could, in essence, eliminate any benefits that we, from the bank, would receive from increasing these other rates.

[782] Somme toute, si impact économique il y a, tout est une question de mesure de la profitabilité. Cela demeure fort loin de la notion d'entrave que cerne la Cour suprême dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*.

- l'absence d'entrave en termes de mode de fonctionnement ou de modèle d'affaires

[783] En quatrième lieu, pour appuyer l'entrave alléguée, les banques insistent particulièrement sur l'impact de l'application des dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application sur :

- a) leur mode de fonctionnement national pour les opérations de cartes de crédit; et
- b) leur modèle d'affaires utilisateur-payeur qu'ils privilégient en regard des frais de conversion de devises.

²⁴⁴ Voir témoignage de M. Amato-Gauci de RBC et témoignage de M. Pedersen de BMO.

[784] Avec égards, ces arguments se révèlent peu convaincants.

[785] La preuve qui les appuie est d'une force probante très faible, et ce, même dans la mesure où elle serait admissible. Ensuite, la preuve documentaire qui émane des banques elles-mêmes contredit, à plusieurs égards, cette affirmation. Enfin, des arguments d'entrave de cette nature ne cadrent pas avec les enseignements de la Cour suprême dans les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge*.

[786] Pour soutenir leurs prétentions, les banques s'appuient sur des témoins ordinaires afin de démontrer l'impact potentiel des dispositions en litige sur leur mode de fonctionnement national et sur leur modèle d'affaires.

[787] Les demandeurs et les intervenants se sont objectés à cette preuve au motif qu'il s'agissait de questions hypothétiques qui requéraient un témoignage d'opinion, alors que les témoins n'étaient pas des experts.

[788] Après un jugement qui a maintenu l'objection et dont les demandeurs et les intervenants se sont ensuite désistés, cette preuve a été entendue sous réserve²⁴⁵.

[789] Quoique la teneur de cette preuve se révèle, en dernière analyse, peu concluante, le Tribunal demeure d'avis qu'il s'agit d'une preuve inadmissible. Dans tous les cas où des questions furent posées aux témoins sur ce sujet, il s'agissait de témoignages ne portant pas sur des faits constatés par le témoin²⁴⁶. Il s'agissait plutôt de témoignages d'opinion quant à l'impact potentiel de l'application de certains articles de la *LPC* sur le modèle d'affaires actuel des banques concernées.

[790] Les questions posées se voulaient hypothétiques, soit en regard d'une interprétation éventuelle à donner à la *LPC*, d'une mesure potentielle des impacts qui seraient causés, d'une évaluation des ajustements qui seraient requis aux modèles d'affaires ou de l'existence d'une flexibilité permettant ou non à ces modèles de s'y adapter.

[791] Tous les témoignages rendus prenaient ainsi leur source dans des hypothèses, évaluations ou analyses qui transcendaient le simple constat de faits.

[792] Bien que les témoins internes des banques pouvaient, à la rigueur, être compétents pour rendre un témoignage d'opinion sur le sujet après démonstration de leurs qualifications, leur témoignage demeurerait irrecevable en l'absence d'un rapport écrit préalable comme l'exige l'article 402.1 *C.p.c.*

[793] Quoi qu'il en soit, au-delà de l'inadmissibilité de cette preuve, le Tribunal est d'avis que celle-ci, qu'elle provienne des témoins d'Amex, de BMO ou des autres, s'avère peu concluante pour soutenir la preuve d'entrave.

²⁴⁵ Voir jugement rendu séance tenante le 2 octobre 2008.

²⁴⁶ Article 2843 *C.c.Q.*

[794] En effet, en l'absence d'une analyse détaillée, documentation à l'appui, de l'impact sérieux que l'application des dispositions de la *LPC* en litige pourrait avoir sur les modèles d'affaires des banques, une affirmation générale d'un témoin voulant que cela pourrait poser problème reste d'une valeur probante très faible. Surtout lorsque le fardeau de la preuve repose sur la partie qui se limite à ce genre d'affirmations.

[795] Pour que le Tribunal puisse tirer des conclusions ou inférences raisonnables de la preuve quant aux impacts qu'aurait l'application de dispositions législatives sur les modèles de fonctionnement national ou modèles d'affaires d'une entreprise, il faut plus que des affirmations. Il faut des démonstrations de l'impact réel et de l'impossibilité des systèmes de pouvoir s'y ajuster. Rien de cela n'existe dans les faits.

[796] Bien au contraire, la preuve documentaire des banques révèle plutôt que même dans leur mode de fonctionnement et dans leur modèle d'affaires dits « national », les banques s'ajustent selon les réalités régionales avec lesquelles elles doivent conjuguer, y compris en matière de contrat de crédit variable.

[797] À ce chapitre, il est vrai que le mode de fonctionnement des opérations des banques en matière de cartes de crédit est uniforme à travers le Canada. Ainsi, les demandes d'application, les contrats ou les relevés de compte de chacune sont généralement identiques pour l'ensemble des provinces. Le traitement de ce secteur d'activités se fait au niveau national.

[798] Toutefois, la preuve documentaire est éloquentes quant à la mesure dans laquelle les banques peuvent s'ajuster, en tenant compte des particularités propres à chaque province.

[799] Ainsi, la preuve montre que les banques peuvent moduler leurs contrats selon les dispositions applicables dans une province donnée, dont la province de Québec. Par exemple, certains des contrats d'Amex et de Citibanque prévoient des clauses qui ne sont applicables qu'aux résidents du Québec²⁴⁷.

[800] De la même façon, plusieurs des banques ont des contrats où la méthode de calcul de l'intérêt varie selon la province concernée, dont le Québec. Cela, pour tenir compte des réalités des lois particulières de chaque province²⁴⁸.

[801] Bref, pour un élément aussi délicat que la méthode de calcul de l'intérêt en fonction des périodes visées, les modes de fonctionnement dits « national » des banques peuvent s'adapter aux diversités du régime fédéral canadien.

²⁴⁷ Voir pièces P-26 pour une convention relative à Amex et pièces P-75 et P-77 pour des conventions relatives à Citibanque.

²⁴⁸ Voir, sur les différentes méthodes de calcul d'intérêt qu'autorisent les contrats de crédit variable, les contrats de BMO (pièces P-49 et P-54), les contrats de CIBC (pièces P-79 et P-80) et l'analyse globale que fait l'ACFC de ces méthodes distinctes de calcul en regard de leur application par les institutions financières, soit les méthodes dites « M-1 et M-2 », (pièce DAMX-13J).

[802] La preuve documentaire contient en outre des exemples de contrats où l'une des banques, CIBC, tient compte des délais de grâce différents selon les provinces, en faisant des distinctions en ce qui concerne le Québec et la Colombie-Britannique²⁴⁹.

[803] L'on retrouve aussi des ajustements en fonction des délais de prescription des recours qui varient en ce qui concerne le Québec par rapport aux autres provinces²⁵⁰.

[804] Un commentaire similaire vaut en regard de l'adaptation que requièrent certains des contrats quant à la façon de demander une carte de crédit, puisque la province de Québec exige que la demande soit par écrit, ce qui la distingue des autres²⁵¹.

[805] Dans les deux situations qui précèdent, les ajustements requis découlent des règles de prescription du *Code civil du Québec* ou de la *LPC* ou des dispositions particulières de la *LPC* en matière de contrats de crédit variable.

[806] D'autres exemples existent aussi en regard des ajustements que permet les contrats de crédit variable des banques pour le calcul du coût d'une assurance protection selon le solde quotidien moyen pour le Québec et selon une autre formule de calcul pour les autres provinces²⁵².

[807] Enfin, un nombre important de documents contractuels tient compte de la réalité de la langue du contrat en ce qui concerne plus particulièrement la province de Québec, ce qui découle de l'impact de dispositions telles que l'article 26 *LPC*²⁵³.

[808] L'ensemble de cette preuve documentaire est révélateur.

[809] Contrairement aux affirmations des banques, leur mode de fonctionnement national et leurs modèles d'affaires privilégiés en regard des cartes de crédit peuvent s'adapter aux réalités différentes de chaque province.

[810] Cela est vrai même pour des éléments particulièrement complexes comme les méthodes de calcul de l'intérêt, les méthodes de demande de carte ou le calcul des coûts d'assurance en fonction des soldes quotidiens moyens.

[811] Si les systèmes et modèles d'affaires des banques peuvent ainsi s'adapter, l'affirmation des témoins voulant que ce ne puisse être le cas, que ce soit difficile, ou pis encore, que l'activité en soit entravée, sans appui documentaire quelconque, se révèle, pour tout dire, peu vraisemblable.

²⁴⁹ Voir pièces P-166, DCIBC-4 et DCIBC-5.

²⁵⁰ Voir un exemple de contrat de TD, pièce P-95.

²⁵¹ Voir formulaires d'application de TD (pièces P-133 et DTD-3) et documents d'introduction de CIBC (pièce DCIBC-7).

²⁵² Voir, par exemple, un formulaire d'application de CIBC (pièce P-166).

²⁵³ Voir, en ce qui concerne Amex, les pièces P-26, DMEX-7 et DMEX-8; en ce qui concerne TD, les pièces P-93, P-95 et P-96; en ce qui concerne BMO, la pièce DBMO-8; en ce qui concerne RBC, la pièce DRBC-3; et en ce qui concerne BNE, les pièces DBNE-1 et DBNE-2.

[812] Au demeurant, donner foi à un argument d'entrave de cette nature irait directement à l'encontre d'un des principes directeurs qui doivent guider l'analyse du Tribunal, soit la diversité que reconnaît et permet le fédéralisme canadien.

[813] Somme toute, la preuve au dossier n'appuie pas l'affirmation des banques voulant que l'application des dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application entrave leur modèle de fonctionnement national.

[814] Quant à l'impact sur ce que les banques décrivent comme leur modèle d'affaires utilisateur-payeur en regard des frais de conversion, le Tribunal l'estime peu pertinent dans l'analyse de la question constitutionnelle en litige.

[815] Ce concept est peut-être justifié d'un point de vue affaires ou marketing. Néanmoins, il constitue un motif fort insuffisant pour ne pas donner effet à une législation provinciale valide d'application générale.

[816] À l'évidence, dans la notion de frais de crédit, le législateur québécois ne privilégie pas le modèle d'affaires utilisateur-payeur. Il préconise plutôt la divulgation complète de tous les coûts de crédit sur une base uniforme. L'objectif est de permettre aux consommateurs de pouvoir comparer les contrats de crédit variable sur une même base.

[817] Dans cette mesure, que les banques considèrent le modèle d'affaires utilisateur-payeur plus adéquat pour le consommateur a peu d'importance. C'est ce que le législateur détermine qui a ici préséance.

[818] Si l'application de la *LPC* oblige les banques à ainsi modifier leur modèle d'affaires, l'on peut difficilement conclure qu'il s'agit là d'une entrave au sens constitutionnel de la notion. Le contenu minimum essentiel ou irréductible de la compétence fédérale peut toujours s'exercer. Seule la manière d'y parvenir doit s'ajuster. Non pas en fonction des choix stratégiques du commerçant, mais en fonction des priorités établies par le législateur.

[819] Dans de tels cas, ce n'est pas au modèle législatif de s'adapter. C'est plutôt aux modèles d'affaires de le faire. Lorsque la règle de droit entre en conflit avec la règle d'affaires, c'est à la seconde de céder le pas à la première.

[820] Du reste, la notion d'entrave ne protège pas les modèles d'affaires. Elle protège la spécificité de la compétence fédérale.

[821] En terminant sur ces allégations d'entrave des banques en regard de leur mode de fonctionnement national et de leur modèle d'affaires, il convient de revenir aux principes directeurs essentiels à l'analyse du Tribunal.

[822] Quitte à le redire, le principe du fédéralisme implique, par définition, que des lois provinciales valides varient de province en province. Dans l'arrêt *Banque canadienne*

de l'Ouest, la Cour d'appel d'Alberta avait de fait rejeté un argument similaire d'entrave de la part des banques. Elle y soulignait que si la compétence provinciale justifiait la législation, les ajustements qui pouvaient en découler pour les banques en regard des diverses réglementations provinciales ne restaient qu'une conséquence nécessaire du système fédéral.

[823] Dans cette même affaire, la Cour suprême concluait que pour les activités en question de promotion d'assurance, le souci d'uniformité favorisait plutôt le droit provincial. Effectivement, tous les promoteurs d'assurance dans la province devaient logiquement être assujettis aux mêmes règles.

[824] En matière de protection des consommateurs en regard des cartes de crédit, force est de constater que la même logique devrait prévaloir.

[825] Il serait pour le moins inconvenant qu'à la différence de toutes les autres entreprises opérant dans le domaine des cartes de crédit, les banques fassent cavalier seul et soient soumises à des règles différentes. Notamment, en ce qui concerne, comme en l'espèce, des questions aussi fondamentales que la divulgation des frais de crédit, la méthode de calcul préconisée et les délais qui doivent s'appliquer avant de les imputer à un consommateur.

[826] Pour toutes ces raisons, le Tribunal est d'avis que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'applique pas en l'espèce. Les dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application demeurent applicables aux banques.

e) la doctrine de la prépondérance fédérale

i) remarques liminaires

[827] À l'appui de leur position, les banques invoquent également la doctrine de la prépondérance fédérale. Elles en concluent cette fois que les dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application seraient inopérantes à leur endroit.

[828] Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême résume cette doctrine ainsi :

69 Selon la doctrine de la prépondérance fédérale, lorsque les effets d'une législation provinciale sont incompatibles avec une législation fédérale, la législation fédérale doit prévaloir et la législation provinciale être déclarée inopérante dans la mesure de l'incompatibilité. La doctrine s'applique non seulement dans les cas où la législature provinciale a légiféré en vertu de son pouvoir accessoire d'empiéter dans un domaine de compétence fédérale, mais aussi dans les situations où la législature provinciale agit dans le cadre de ses compétences principales et le Parlement fédéral en vertu de ses pouvoirs accessoires. Cette doctrine est beaucoup mieux adaptée au fédéralisme

canadien contemporain que celle de l'exclusivité des compétences, comme l'a d'ailleurs explicitement reconnu notre Cour dans les cas de « double aspect ».

(Le Tribunal souligne)

[829] Dans cet arrêt, la Cour suprême propose une analyse en deux volets pour déterminer s'il existe un conflit entre des dispositions législatives provinciales et fédérales par ailleurs valides. L'un ou l'autre de ces volets peut donner ouverture à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

[830] Selon le premier volet, il y a incompatibilité qui rend la législation provinciale valide inopérante uniquement lorsque l'application concomitante des dispositions fédérales et provinciales en litige est impossible.

[831] Cela se produit :

- lorsque les dispositions en présence se contredisent, si bien que l'application de l'une rend impossible l'application de l'autre;
- lorsqu'une loi dit oui et que l'autre dit non;
- lorsque l'on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles; ou
- lorsque l'observance de l'une des lois entraîne l'inobservance de l'autre²⁵⁴.

[832] Cela dit, aux termes de ce premier volet, il n'y a pas nécessairement conflit opérationnel du seul fait qu'une loi provinciale ajoute des exigences supplémentaires à celles de la loi fédérale. La Cour suprême a rappelé ce principe dans plusieurs arrêts, comme en témoignent les extraits suivants :

- «Conformément aux motifs exprimés dans *Ross c. Registraire des véhicules automobiles* ([1975] 1 R.C.S. 5), je suis d'accord que lorsque la matière relève de la compétence provinciale, rien n'empêche une province d'imposer des exigences plus sévères que celles que le Parlement fédéral peut avoir prescrites.»²⁵⁵;
- «Dans l'exercice de leur propre compétence, les provinces peuvent constitutionnellement compléter la législation fédérale. La jurisprudence abonde en exemples où une législation provinciale complémentaire de la loi fédérale fut maintenue dans la mesure où elle n'était pas incompatible avec cette dernière.»²⁵⁶;

²⁵⁴ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 71; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 191.

²⁵⁵ *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 477, 515-516.

²⁵⁶ *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, 794.

- «[...] Il serait ironique qu'une province, par l'ajout d'éléments de différenciation dans sa loi (qui n'entrent pas en conflit avec les dispositions fédérales qui régissent les mêmes actes, mais qui, en fait, vont plus loin que la loi fédérale), puisse créer des dispositions valides alors qu'elle ne pourrait reproduire simplement les dispositions fédérales concernant le même domaine législatif.»²⁵⁷;
- «Dans la mesure où le gouvernement fédéral ne tente pas de faire de cette norme moins élevée la seule applicable, il n'y a aucune raison d'invoquer la théorie de la prépondérance.»²⁵⁸;

«Cette loi [la législation fédérale] est permissive et non exhaustive, de sorte qu'il n'y a aucun conflit opérationnel avec le règlement 270. Nul n'est placé dans la situation impossible d'avoir l'obligation légale de se conformer aux deux régimes de réglementation.»²⁵⁹.

(Le Tribunal souligne)

[833] Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême résume en ces termes l'essentiel de la jurisprudence pertinente en regard de ce premier volet²⁶⁰ :

Ainsi, selon ce critère, un simple dédoublement de normes semblables aux niveaux fédéral et provincial ne constitue pas en soi un cas d'incompatibilité déclenchant l'application de la doctrine. De plus, une loi provinciale peut en principe ajouter des exigences supplémentaires à celles de la législation fédérale (*Spraytech*). En effet, dans les deux cas, les législations peuvent agir concurremment et les citoyens peuvent les respecter toutes les deux, sans violer l'une ou l'autre.

(Le Tribunal souligne)

[834] Ainsi, une loi fédérale permissive, mais non exhaustive, n'empêche pas une loi provinciale de la compléter ou d'y ajouter. Par exemple, dans l'affaire *Spraytech*²⁶¹, le fait que la loi fédérale autorise l'utilisation d'un pesticide n'a pas eu pour effet d'empêcher une municipalité d'en interdire l'usage sur son territoire.

[835] Selon le second volet de l'analyse pertinente à la doctrine de la prépondérance fédérale maintenant, il peut aussi y avoir conflit lorsque la législation provinciale empêche la réalisation de l'objectif de la loi fédérale sans toutefois entraîner une violation directe de ses dispositions²⁶².

²⁵⁷ *Multiple Access c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 189.

²⁵⁸ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 964.

²⁵⁹ *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, paragr. 35.

²⁶⁰ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 72.

²⁶¹ *114957 Canada ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241.

²⁶² *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 73; voir également à cet effet *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113; et *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188.

[836] Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême apporte par contre deux bémols importants à ce second volet.

[837] D'une part, elle précise qu'il ne s'agit pas par là de renverser les décisions antérieures de la Cour et d'adopter le test du « champ occupé » rejeté dans l'arrêt *O'Grady*²⁶³. Que le législateur fédéral ait légiféré sur une matière n'entraîne pas la présomption qu'il a voulu ainsi exclure toute possibilité d'intervention provinciale sur le sujet. Pour conclure de cette façon, il faut plutôt un texte de loi clair démontrant que le Parlement a effectivement voulu « occuper tout le champ »²⁶⁴.

[838] D'autre part, la Cour rappelle l'importance des principes directeurs déjà mentionnés dans ce jugement.

[839] D'un côté, c'est à la partie qui l'invoque d'établir l'intention législative fédérale incompatible avec la législation provinciale. De l'autre côté, les règles d'interprétation commandent que si l'on peut légitimement interpréter la loi fédérale de telle sorte qu'elle n'entre pas en conflit avec la loi provinciale, cette interprétation doit être préférée à toute autre²⁶⁵.

[840] Ces principes posés, il convient de passer aux dispositions législatives pertinentes adoptées en l'espèce par les deux ordres de gouvernement.

ii) les dispositions législatives concernées

- la loi provinciale

[841] Les dispositions de la loi provinciale que les banques estiment incompatibles avec les lois fédérales peuvent se regrouper de la façon suivante²⁶⁶ :

- a) l'article 12 *LPC*, sur l'obligation de divulgation des frais, dont les frais de conversion;
- b) les articles 67 à 72, 83, 91 et 92 *LPC* et les articles 55 à 61 de son Règlement d'application, sur la nécessité de divulguer les frais de crédit (dont les frais de conversion) dans le taux de crédit exprimé sous la forme d'un pourcentage annuel, à moins qu'ils ne soient inclus dans les frais d'adhésion ou de renouvellement;
- c) les articles 126 et 127 *LPC*, sur l'interdiction de réclamer des frais de crédit avant un délai de grâce de 21 jours de l'envoi de l'état de compte;

²⁶³ *O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804.

²⁶⁴ *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 74.

²⁶⁵ *Id*, paragr. 75;

²⁶⁶ Ces divers articles de la *LPC* et de son Règlement d'application sont reproduits antérieurement dans ce jugement.

- d) les articles 219 et 228 *LPC*, sur les pratiques de commerce interdites, plus particulièrement, l'interdiction de faire des représentations fausses et trompeuses au consommateur;
- e) les articles 271 et 272 *LPC*, sur les recours particuliers que la *LPC* offre au consommateur en cas de non-respect des dispositions de la loi.

[842] Ces dispositions s'articulent autour des notions de divulgation et d'information des consommateurs, de l'encadrement des représentations qui leur sont faites et des recours qui s'ouvrent à eux en cas de violation.

- les lois fédérales

[843] Les législations fédérales que les banques estiment incompatibles avec cette législation provinciale se regroupent principalement autour de trois blocs de dispositions.

[844] Premièrement, les articles 449 et 451 à 454 de la *Loi sur les banques* qui concernent le coût d'emprunt, sa divulgation et son calcul en regard des cartes de crédit :

Définition de « coût d'emprunt »

449. Pour l'application du présent article et des articles 449.1 à 456, « coût d'emprunt » s'entend, à l'égard d'un prêt consenti par la banque :

- a) des intérêts ou de l'escompte applicables;
- b) des frais payables par l'emprunteur à la banque;
- c) des frais qui en font partie selon les règlements.

Sont toutefois exclus du coût d'emprunt les frais qui en sont exclus selon les règlements.

[...]

Calcul du coût d'emprunt

451. Le coût d'emprunt est calculé de la manière réglementaire, comme si l'emprunteur respectait scrupuleusement tous ses engagements, et exprimé sous forme d'un taux annuel avec indication, dans les circonstances prévues par règlement, d'un montant en dollars et en cents.

Autres renseignements à déclarer

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 :

- a) si elle peut rembourser le prêt avant échéance et, le cas échéant :

- (i) les conditions d'exercice de ce droit, y compris des précisions sur les cas où peut se faire cet exercice,
 - (ii) dans le cas d'un remboursement anticipé, la partie du coût d'emprunt qui peut être remise et le mode de calcul applicable, ou les frais ou la pénalité éventuellement imposés et le mode de calcul applicable;
- b) les renseignements sur les frais ou pénalités imposés lorsque le prêt n'est pas remboursé à l'échéance ou un versement n'est pas fait à la date fixée;
 - c) 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) des précisions sur tous autres droits ou obligations de l'emprunteur;
 - e) au moment et en la forme réglementaires, les autres renseignements prévus par règlement.

Communication dans les demandes de carte de crédit

(1.1) La banque fournit, conformément aux règlements, au moment et en la forme réglementaires, les renseignements réglementaires dans les formulaires de demande et autres documents relatifs à l'émission de cartes de paiement, de crédit ou de débit et les renseignements réglementaires à toute personne qui lui demande une carte de paiement, de crédit ou de débit.

Communication concernant les cartes de crédit

(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;
- 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;
- e) au moment et en la forme réglementaires, les autres renseignements prévus par règlement.

Autres formes de prêts

(3) La banque qui conclut ou a conclu un arrangement, y compris l'ouverture d'une ligne de crédit, pour l'octroi d'un prêt à l'égard duquel l'article 450, mais non les paragraphes (1) et (2) du présent article, s'applique, doit communiquer à l'emprunteur, outre le coût d'emprunt, 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 incombent à l'emprunteur;
- d) au moment et en la forme réglementaires, les changements — dont la nature est prévue par règlement — apportés au coût d'emprunt;
- e) au moment et en la forme réglementaires, les autres renseignements prévus par règlement.

[...]

Divulgence dans la publicité

453. Nul ne peut autoriser la publication, la diffusion ou la parution au Canada d'une annonce publicitaire concernant les arrangements visés au paragraphe 452(3), les prêts ou les cartes de paiement, de crédit ou de débit offerts par la banque aux personnes physiques et censée donner des renseignements réglementaires sur le coût d'emprunt ou sur d'autres sujets si cette annonce ne donne pas les renseignements précisés par règlement dans la forme réglementaire.

Règlements relatifs au coût d'emprunt

454. Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

- a) régir les modalités de temps et de forme applicables à la communication que doit faire une banque à l'emprunteur du coût d'emprunt, de toute remise éventuelle sur celui-ci et de tout autre renseignement relatif aux prêts, arrangements ou cartes de paiement, de crédit ou de débit visés à l'article 452;
- b) régir la teneur de toute déclaration destinée à communiquer le coût d'emprunt et les autres renseignements que la banque est tenue de communiquer;
- c) régir le mode de calcul du coût d'emprunt;
- d) prévoir les cas où le coût d'emprunt doit être exprimé sous forme d'un montant en dollars et en cents;
- e) prévoir les catégories de prêts soustraites à l'application de l'article 449.1, des paragraphes 450(1) ou 452(1) ou (3), des articles 452.1 ou 453 ou de tout ou partie des règlements;
- f) régir les modalités de temps et de forme applicables à la communication des droits, obligations, frais ou pénalités visés aux articles 449.1 à 453;
- g) interdire les frais ou pénalités visés à l'article 452 ou en fixer le plafond;
- h) régir la nature ou le montant des frais ou pénalités visés aux alinéas 452(1)b), (2)a) ou (3)a) et du coût supporté par la banque qui peuvent être inclus ou exclus du calcul des frais ou pénalités;

- i) régir le mode de calcul de la remise mentionnée au sous-alinéa 452(1)a)(ii);
- j) régir les annonces que font les banques concernant les arrangements visés au paragraphe 452(3), les prêts ou les cartes de paiement, de crédit ou de débit;
- k) régir le renouvellement des prêts;
- l) prévoir toute autre mesure d'application des articles 449.1 à 453.
(Le Tribunal souligne)

[845] Deuxièmement, les dispositions du *Règlement sur le coût d'emprunt* (adopté en vertu de la *Loi sur les banques*) portant sur le coût d'emprunt, les frais inclus dans ce coût et les divulgations afférents aux cartes de crédit :

1. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

«capital» Somme empruntée aux termes d'une convention de crédit. Est exclu le coût d'emprunt. (*principal*)

«convention de crédit» Vise notamment une convention portant sur une marge de crédit, une carte de crédit ou tout type de prêt. (*credit agreement*)

2. Le présent règlement s'applique à toute convention de crédit à l'exception des suivantes :

- a) celles conclues pour les activités commerciales d'un emprunteur;
- b) celles où l'emprunteur n'est pas une personne physique.

3. [...]

(3) Pour l'application de l'article 451 de la Loi, le coût d'emprunt d'un prêt obtenu par utilisation d'une carte de crédit ou d'une marge de crédit aux termes d'une convention de crédit est exprimé sous forme d'un taux annuel, comme suit :

- a) s'il s'agit d'un prêt à taux d'intérêt annuel fixe, le taux d'intérêt annuel;
- b) s'il s'agit d'un prêt à taux d'intérêt variable, le taux d'intérêt annuel applicable à la date de la déclaration.

[...]

10. (1) La banque qui conclut une convention de crédit visant une marge de crédit doit remettre à l'emprunteur une première déclaration comportant les renseignements suivants :

- a) la limite de crédit initiale, si elle est connue au moment de la déclaration;
- b) le taux d'intérêt annuel ou, dans le cas d'un taux variable, son mode de calcul;
- c) la nature et le montant des frais non liés aux intérêts;

- d) le versement minimal pour chaque période de paiement ou son mode de calcul;
- e) chaque période pour laquelle un relevé est fourni;
- f) la date à partir de laquelle les intérêts courent et les renseignements relatifs à tout délai de grâce consenti;
- g) les renseignements sur les frais ou pénalités exigés par l'alinéa 452(1)b) de la Loi, y compris les frais en cas de défaillance qui peuvent être imposés conformément à l'article 18 du présent règlement;
- h) la description de tout bien constituant une sûreté détenue par la banque aux termes de la convention de crédit;
- i) les services optionnels liés à la convention de crédit que l'emprunteur accepte, les frais pour chacun d'eux et les conditions auxquelles l'emprunteur peut les annuler si ces renseignements ne lui ont pas été communiqués dans une déclaration distincte avant que les services soient fournis;
- j) un numéro de téléphone local ou sans frais, ou un numéro de téléphone accompagné d'une mention évidente précisant que les appels à frais virés sont acceptés, que l'emprunteur peut composer pour obtenir des renseignements concernant son compte pendant les heures normales d'ouverture de la banque;
- k) les frais de courtage, si les honoraires d'un courtier sont inclus dans la somme empruntée et sont réglés par la banque.

[...]

11. (1) La banque émettrice de cartes de crédit qui distribue des formulaires de demande de carte de crédit doit inclure les renseignements suivants dans le formulaire ou dans un document l'accompagnant, en précisant la date à laquelle chaque renseignement prend effet :

- a) dans le cas d'une carte de crédit avec :
 - (i) un taux d'intérêt fixe, le taux d'intérêt annuel,
 - (ii) un taux d'intérêt variable déterminé par addition ou soustraction d'un pourcentage à un indice publié, l'indice publié et le pourcentage ajouté ou soustrait;
- b) la date à partir de laquelle les intérêts courent et les renseignements concernant tout délai de grâce consenti;
- c) le montant des frais non liés aux intérêts.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas si la banque indique de façon évidente dans le formulaire de demande ou dans un document l'accompagnant, les renseignements suivants :

- a) un numéro de téléphone local ou sans frais, ou un numéro de téléphone accompagné d'une mention évidente précisant que les appels à frais virés sont acceptés, que l'emprunteur peut composer pour obtenir les renseignements exigés par le paragraphe (1) pendant les heures normales d'ouverture de la banque;
- b) une mention indiquant que le demandeur peut obtenir ces renseignements en composant ce numéro de téléphone.

(3) Lorsque le demandeur d'une carte de crédit fait sa demande par téléphone ou par voie électronique, la banque doit lui communiquer les renseignements visés aux alinéas (1)a) et c) au moment de la demande.

(4) La banque émettrice de cartes de crédit qui sollicite des demandes de cartes de crédit en personne, par la poste, par téléphone ou par voie électronique doit communiquer les renseignements visés aux alinéas (1)a) et c) au moment de la sollicitation.

12. (1) La banque qui conclut une convention de crédit visant une carte de crédit doit remettre à l'emprunteur une première déclaration qui comporte, outre les renseignements visés aux alinéas 10(1)a) et c) à k), les renseignements suivants :

- a) le mode de calcul des intérêts et les renseignements exigés par l'alinéa 11(1)a);
- b) si l'emprunteur est tenu aux termes de la convention de crédit de régler le solde impayé en entier sur réception du relevé :
 - (i) la mention de cette exigence,
 - (ii) le délai de grâce à la fin duquel l'emprunteur doit avoir acquitté le solde,
 - (iii) le taux d'intérêt annuel appliqué à tout solde impayé à la date d'échéance;
- c) la mention indiquant la somme maximale pour laquelle l'emprunteur peut être tenu responsable advenant l'utilisation non autorisée d'une carte de crédit perdue ou volée, laquelle somme est la moindre de 50 \$ et la somme maximale prévue par la convention;
- d) la mention indiquant que dans le cas d'une opération effectuée à un guichet automatique à l'aide du numéro d'identification personnel de l'emprunteur celui-ci, malgré, l'alinéa c), est tenu responsable de la somme maximale en cause;
- e) la mention indiquant que l'emprunteur qui avise la banque oralement ou par écrit de la perte ou du vol d'une carte de crédit n'est pas responsable de son utilisation non autorisée à partir du moment où la banque reçoit l'avis.

(2) Si la limite de crédit initiale n'est pas connue lors de la première déclaration, la banque doit la communiquer :

- a) soit dans le premier relevé fourni à l'emprunteur;
- b) soit dans un relevé distinct que l'emprunteur reçoit au plus tard à la date à laquelle il reçoit son premier relevé.

(3) Malgré l'article 13, si la convention de crédit visant une carte de crédit est modifiée, la banque doit remettre à l'emprunteur, au moins trente jours avant l'entrée en vigueur de la modification, une déclaration écrite faisant état des modifications des renseignements dont la communication est exigée dans la première déclaration, sauf dans les cas suivants :

- a) le changement de la limite de crédit;
- b) la prolongation du délai de grâce;
- c) la réduction des frais non liés aux intérêts ou des frais en cas de défaillance prévus respectivement aux alinéas 10(1)c) et g);
- d) la modification des renseignements relatifs aux services optionnels visés à l'alinéa 10(1)j) et liés à la convention de crédit;
- e) le changement du taux d'intérêt variable mentionné au sous-alinéa 11(1)a)(ii) résultant d'un changement de l'indice publié visé à ce sous-alinéa.

(4) Les modifications visées aux alinéas (3)a) à d) doivent être communiquées dans la première déclaration suivant leur survenance.

(5) La banque émettrice de cartes de crédit doit remettre périodiquement à l'emprunteur, au moins une fois par mois, une déclaration indiquant l'information visée aux paragraphes 10(3) et (4) sauf les alinéas 10(3)b) et c) et comportant :

- a) un relevé détaillé de toutes les opérations et de toutes les sommes portées au crédit ou au débit du compte, y compris les intérêts et la date d'inscription au compte;
- b) la somme que l'emprunteur doit payer au plus tard à une date spécifiée de façon à bénéficier d'un délai de grâce;
- c) le montant des versements et le montant des achats, des avances de crédit, des frais d'intérêts et des frais non liés aux intérêts.

(6) Le relevé détaillé satisfait aux exigences de l'alinéa (5)a) s'il permet à l'emprunteur de vérifier chaque opération qui y est inscrite en la comparant à un relevé d'opération qui lui est fourni.

(Le Tribunal souligne)

[846] Troisièmement, la *Loi sur l'agence de la consommation en matière financière du Canada*²⁶⁷ qui crée l'ACFC.

[847] Cette loi prévoit que l'ACFC a pour mission de superviser les institutions financières afin qu'elles se conforment aux dispositions visant les consommateurs qui leur sont applicables (art. 3(2)). Elle inclut entre autres dans ces dispositions visant les consommateurs les articles déjà mentionnés de la *Loi sur les banques* et de son règlement d'application.

[848] Comme l'ensemble de ces dispositions en fait foi, la protection du consommateur constitue un enjeu important pour le législateur fédéral également, du moins en ce qui concerne les institutions financières sous son égide.

[849] Sur ce plan, l'on note que le premier règlement sur la déclaration du coût d'emprunt adopté en vertu de la *Loi sur les banques* date de 1983. Toutefois, ce n'est vraiment qu'à partir de 1991 que les modifications importantes aux lois touchant les institutions financières sont adoptées par le Parlement.

[850] À l'époque, le Parlement modifie la *Loi sur les banques*, ainsi que la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, la *Loi sur les sociétés d'assurance et les sociétés de secours mutuels* et la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, afin d'y ajouter des dispositions somme toute similaires en regard des opérations que ces diverses entités sont autorisées à effectuer²⁶⁸.

[851] L'objectif est d'harmoniser les législations en la matière, de favoriser la protection du consommateur et d'encourager la concurrence entre les institutions financières concernées²⁶⁹.

[852] Par la suite, en 1997, d'autres amendements sont apportés aux lois en question, particulièrement en regard de la diffusion de renseignements sur les frais qu'exigent les institutions financières, dans une optique de mieux informer le consommateur²⁷⁰.

[853] Cela débouche éventuellement sur les modifications apportées à la *Loi sur les banques* en 2001 et sur son *Règlement sur le coût d'emprunt* de 2001, dont les dispositions pertinentes sont déjà reproduites dans ce jugement.

[854] C'est à cette même occasion que l'ACFC est créée afin de regrouper sous son autorité la supervision des institutions financières régies par le Parlement en ce qui touche plus particulièrement les consommateurs.

²⁶⁷ L.C. 2001, c. 9.

²⁶⁸ Voir, entre autres, *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, c. 45, a. 409(2)d) et son Règlement sur le coût d'emprunt et *Loi sur les sociétés d'assurance*, L.C. 1991, c. 47, a. 440(2) et son Règlement sur le coût d'emprunt.

²⁶⁹ Voir Débats de la Chambre des Communes portant sur la législation sur les institutions financières (1991), pièces I-3A, I-3C, I-3E et I-3F.

²⁷⁰ Voir pièces I-6A et I-6B.

[855] Dans l'adoption de ces diverses législations, le législateur fédéral fait montre d'un souci évident de protéger les consommateurs dans leurs relations avec les institutions financières, entre autres en regard de l'utilisation de cartes de crédit.

[856] Cela rejoint l'objectif semblable du législateur québécois de mieux protéger les consommateurs dans leurs relations avec les commerçants, entre autres dans le cadre de l'utilisation des cartes de crédit.

[857] Sous ce rapport, les articles cités de la *Loi sur les banques* et du *Règlement sur le coût d'emprunt* prévoient des dispositions pour encadrer la divulgation des coûts et des frais résultant de l'utilisation d'une carte de crédit. Ces renseignements touchent entre autres le taux d'intérêt annuel, les frais non liés à l'intérêt et les renseignements relatifs au délai de grâce.

[858] Les renseignements relatifs à la divulgation du coût du crédit sont au cœur des dispositions en question, dans l'optique certaine de vouloir mieux protéger les intérêts des consommateurs.

[859] De ce point de vue, l'ACFC est créée afin de bien encadrer les dispositions visant les consommateurs, pour mieux assurer leur protection.

[860] Les nombreux exemples des décisions rendues par l'ACFC au fil des ans témoignent de la nature de ses interventions qui, fréquemment, sont ciblées sur l'importance de divulguer des informations complètes et exactes aux consommateurs²⁷¹. Il est utile de rappeler ici qu'une de ces décisions touche précisément la divulgation des frais de conversion imputés par Amex à une époque où elle ne le faisait pas²⁷².

[861] Si ces diverses dispositions des législations fédérales encadrent la divulgation de renseignements relatifs au coût du crédit et à son calcul, l'on note toutefois que les manquements sont sanctionnés uniquement par un contrôle administratif, qui n'exclut pas la possibilité de recours civils fondés sur le droit contractuel. Les lois fédérales n'encadrent pas ces recours civils.

[862] Il n'y a pas non plus de dispositions particulières sur les informations fausses ou trompeuses qui pourraient être reprochées aux institutions financières, mis à part dans un contexte de publicité²⁷³.

[863] C'est en regard de ces dispositions législatives provinciales et fédérales qu'il y a lieu d'analyser les conflits qu'invoquent les banques.

²⁷¹ Voir pièces I-8A, I-8B et DAMX-14.

²⁷² Pièces P-172 et P-138.

²⁷³ Article 453 de la *Loi sur les banques*.

iii) l'absence de conflits opérationnels

[864] De l'avis du Tribunal, les conflits opérationnels allégués par les banques découlent, avec égards, d'une compréhension erronée des principes d'interprétation qui doivent s'appliquer en la matière. Ces principes visent à favoriser l'interprétation qui évite un conflit plutôt que celle qui le provoque. Les banques proposent essentiellement le contraire.

[865] Ainsi, en premier lieu, l'on peut difficilement conclure à un conflit opérationnel entre les exigences de l'article 12 *LPC* en matière de divulgation des frais, y compris les frais de conversion, et celles des législations fédérales.

[866] Que ce soit aux termes de l'article 452 de la *Loi des banques* ou des articles 11(1) et 12(1) de son *Règlement sur le coût d'emprunt*, les banques sont tenues de divulguer les frais non liés aux intérêts, ce qui, à l'évidence, inclut les frais de conversion de devises.

[867] C'est exactement ce à quoi a conclu l'ACFC en 2002 dans la décision qu'elle a rendue à l'encontre d'Amex, à la suite de laquelle cette dernière a décidé de divulguer les frais de conversion de devises dans ses contrats de crédit variable²⁷⁴.

[868] Bref, en ce qui concerne l'article 12, il s'agit d'une situation où, foncièrement, les dispositions législatives fédérales et provinciales sont au même effet.

[869] Dans un tel cas, selon les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*²⁷⁵, il n'y a pas lieu d'appliquer la doctrine de la prépondérance fédérale. Il n'y a pas de conflit opérationnel. Les dispositions peuvent s'appliquer simultanément, sans que le respect de l'une entraîne la violation de l'autre.

[870] En second lieu, en ce qui touche maintenant le délai de grâce des articles 126 et 127 *LPC*, le Tribunal est d'avis qu'il n'y a manifestement pas de conflit opérationnel.

[871] Aux articles 10(1) et 11(1) du *Règlement sur le coût d'emprunt*, la législation fédérale se borne à inclure une exigence de divulguer les renseignements concernant tout délai de grâce consenti, sans plus. Autrement dit, il s'agit d'une disposition qui ne vise qu'à divulguer l'information, et qui demeure, au mieux, permissive, sans limite quelconque. Rien ne permet de conclure qu'elle se veut exhaustive en soi.

[872] Quant à eux, les articles 126 et 127 *LPC* prévoient que les frais de crédit ne peuvent courir qu'après l'expiration d'un délai de grâce de 21 jours. De ce point de vue, la loi provinciale complète la législation fédérale. Elle va certes plus loin et y ajoute. Par contre, elle n'est pas incompatible avec la législation fédérale.

²⁷⁴ Pièces P-172 et P-138.

²⁷⁵ [1982] 2 R.C.S. 161.

[873] Il est en effet facile de respecter à la fois l'une et l'autre, en s'en tenant à la rigueur de la plus sévère. C'est exactement ce à quoi a conclu la Cour suprême dans les arrêts *Dryden Chemicals*²⁷⁶ et *Spraytech*²⁷⁷, dans des situations où les législations provinciales s'avéraient plus astreignantes que les législations fédérales.

[874] D'aucuns ajouteront que dans la présente situation, le conflit opérationnel allégué est plus théorique qu'autre chose.

[875] À la lecture des relevés faits par l'ACFC en matière de carte de crédit²⁷⁸, l'on constate en effet que toutes et chacune des banques impliquées s'en tiennent à un délai de grâce qui varie de 18 à 26 jours selon le cas. Cela tend à démontrer que, sauf quelques rares exceptions, il est facile de respecter à la fois les exigences des législations provinciales et fédérales en la matière.

[876] En troisième lieu, les banques ne soulèvent ni ne plaident l'existence de quelques conflits opérationnels en regard des articles 219 et 228 *LPC* ou en regard des recours de l'article 272 *LPC*.

[877] Selon la compréhension du Tribunal, il n'y a aucune disposition des lois fédérales qui traite de ces éléments. Bref, dans cette mesure, les législations fédérales sont silencieuses, ce qui ne peut appuyer quelque allégation de conflit opérationnel.

[878] Enfin, en quatrième lieu, les banques soutiennent que, de leur point de vue, les législations fédérales permettraient aux banques de réclamer des frais fixes en matière de frais de conversion, ce que la *LPC* interdirait.

[879] Elles ajoutent que les législations fédérales imposent de divulguer séparément le taux d'intérêt annuel et les frais non liés à l'intérêt, alors que la législation provinciale exige que les deux soient divulgués ensemble dans une même notion, celle du taux de crédit. Partant, il y aurait impossibilité de pouvoir respecter à la fois l'une et l'autre.

[880] Avec égards, le Tribunal est en désaccord.

[881] D'abord, il est inexact de dire que la *LPC* interdit aux banques de réclamer des frais de conversion ou des frais fixes. Ce qu'elle impose, c'est une norme de divulgation. Puisque les frais de conversion sont des frais de crédit au sens de la *LPC*, ils doivent être exprimés dans le taux de crédit, sous forme de pourcentage annuel. Aussi, dans la mesure où les frais de conversion sont également exprimés dans le cadre du taux de crédit et du pourcentage annuel, rien n'interdit de les réclamer.

[882] Par ailleurs, l'article 72 *LPC* prévoit une exception lorsque des frais fixes comme les frais de conversion sont intégrés dans les frais d'adhésion ou de renouvellement.

²⁷⁶ *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. Dryden Chemicals Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 477.

²⁷⁷ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241.

²⁷⁸ Pièce DAMX-13J.

Dans un tel cas, ils sont alors exclus de la notion de taux de crédit et n'ont pas à être inclus dans le pourcentage annuel exprimé. Ils peuvent être réclamés de cette façon.

[883] Autrement dit, il existe des interprétations possibles des législations fédérales et provinciales qui permettent de les appliquer simultanément et de respecter à la fois l'une et l'autre.

[884] Ensuite, un commentaire identique s'applique à l'argument des banques voulant qu'elles soient obligées, au niveau fédéral, de divulguer séparément le taux d'intérêt et les frais non liés à l'intérêt, et au niveau provincial, de tout divulguer dans un seul et même taux.

[885] Pour sa part, le Tribunal ne peut conclure qu'il y a là impossibilité d'observer les deux lois.

[886] La notion de taux de crédit de la loi provinciale se veut certes différente de la notion de coût d'emprunt de la loi fédérale. La première notion englobe plus que la seconde.

[887] Toutefois, l'application simultanée des deux lois demeure possible et n'entraîne, en fait, qu'une divulgation plus complète d'informations pour le consommateur. Cela s'inscrit vraisemblablement dans le but poursuivi par les deux ordres de gouvernement en matière de protection des consommateurs.

[888] Ainsi, rien n'empêche une banque de divulguer à la fois :

- a) le coût d'emprunt de la législation fédérale en exprimant simplement le taux d'intérêt applicable (art. 3(3) du *Règlement sur le coût d'emprunt*);
- b) les frais non liés à l'intérêt, tels que les frais de conversion, de façon séparée (art. 10(1)c) et 12(1) du *Règlement sur le coût d'emprunt*); et
- c) dans la mesure où les frais de conversion ne sont pas intégrés dans les frais annuels ou de renouvellement, le taux de crédit, soit l'expression des frais de crédit sous forme de pourcentage annuel (articles 70, 72 et 91 *LPC* et 55 à 61 de son *Règlement d'application*).

[889] Dans un tel cas, cette troisième donnée inclut, au-delà du seul taux d'intérêt, d'autres frais qui influencent le coût du crédit global que le consommateur doit assumer. La fournir ajoute à ce que la *Loi sur les banques* exige, mais l'ajout de tels éléments de différenciation ne rend pas les dispositions de la *LPC* invalides pour autant. Il est possible de respecter toutes les dispositions sans créer quelque conflit.

[890] Cette interprétation est préférable à celle que proposent les banques qui, plutôt que de favoriser une complémentarité des dispositions, ne les abordent qu'en fonction d'une lecture qui ne mène qu'à une incompatibilité.

[891] En définitive, à ce chapitre, les législations fédérales ne prescrivent que certaines obligations en matière de communication et de divulgation aux consommateurs. Elles n'imposent aucune obligation dans la façon dont les intérêts ou les frais afférents aux cartes de crédit doivent être facturés. Elles n'obligent pas les banques à charger ces frais d'une certaine manière, ni à les calculer d'une façon unique.

[892] Dans cette mesure, les dispositions de la *LPC* se veulent, à certains égards, plus précises. Elles ajoutent aux législations fédérales, parfois devant le silence de celles-ci, parfois en raison de leur nature permissive.

[893] Peu importe le pourquoi, il est possible d'appliquer concurremment les mesures des deux ordres de gouvernement, de façon à pouvoir respecter à la fois l'une et l'autre.

[894] Cela demeure d'autant plus justifié qu'en ce faisant, le premier bénéficiaire demeure le consommateur, ce qui s'inscrit précisément dans l'objectif visé par les deux ordres de gouvernement en la matière.

[895] Bien sûr, en raison de cela, les banques se retrouvent peut-être devant des obligations plus astreignantes. Toutefois, cela a peu d'importance. L'on ne peut sérieusement prétendre qu'en adoptant les législations dont on parle en 1991 et en 2001, l'objectif du législateur fédéral était de faciliter la tâche des banques en matière de divulgation plutôt que de favoriser une meilleure information du consommateur.

[896] Appuyer la position véhiculée par les banques s'avèrerait, en dernière analyse, défavorable au consommateur en regard de l'étendue des divulgations et informations dont il bénéficierait. Entre une interprétation qui privilégierait les banques au détriment d'une autre qui favorise les consommateurs, il y a lieu de préférer la seconde alternative afin de mieux respecter les objectifs que poursuivent à la fois les législations fédérales et provinciales.

[897] Cela dit, en terminant, les analogies que proposent les banques avec les arrêts *Hall* et *Mangat*²⁷⁹ sont, de l'avis du Tribunal, injustifiées.

[898] Il est vrai que dans ces deux affaires, la Cour suprême a appliqué la doctrine de la prépondérance fédérale pour rendre les législations provinciales inopérantes. Toutefois, dans chaque cas, la Cour l'a fait non pas en raison d'un conflit opérationnel, mais bien en raison du second critère de la doctrine, soit celui relatif au but poursuivi par la législation fédérale.

[899] De fait, dans ces deux affaires, c'est justement parce que le conflit opérationnel pouvait se résoudre que la Cour a dû appliquer le second critère de la doctrine pour y donner effet.

²⁷⁹ *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113.

[900] Dans l'arrêt *Mangat*, la Cour suprême note que l'observance de la loi la plus stricte entraîne nécessairement le respect de l'autre et que, dans cette mesure, une personne peut réussir à se conformer aux deux textes de loi.

[901] Par contre, elle conclut néanmoins à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale, puisqu'en observant la loi la plus stricte, l'on se retrouve à faire échec à l'objectif légitime de la législation fédérale. Dans cette affaire, l'objectif avoué était d'établir un processus propre aux tribunaux administratifs, informel, rapide et accessible sur le plan financier, culturel et linguistique, qui permette à des personnes non-membres en règle du barreau de faire des représentations.

[902] De la même façon, dans l'arrêt *Hall*²⁸⁰, la Cour suprême fait le commentaire suivant :

Par conséquent, la décision qu'il y a absence d'incompatibilité ne saurait reposer sur la seule considération qu'en fin de compte la banque pourrait très bien réaliser sa sûreté si elle respecte les dispositions de la loi provinciale. La démonstration que le conflit peut être évité si la loi provinciale est respectée à l'exclusion de la loi fédérale peut difficilement constituer une réponse à la question de savoir si les lois provinciale et fédérale entrent en conflit et sont, par conséquent, incompatibles. À mon avis, cette conclusion reviendrait simplement à supposer vrai ce qui est en question. L'examen doit plutôt porter sur la question plus large de savoir si l'application de la loi provinciale est compatible avec l'objet de la loi fédérale. Dans la négative, le double respect des lois est impossible. Il en est ainsi en l'espèce. Les deux lois diffèrent tellement dans la façon d'aborder le problème de la réalisation que la loi provinciale ne peut se substituer à la loi fédérale.

(Le Tribunal souligne)

[903] De ce point de vue, comme le souligne le juge d'instance dans *Banque canadienne de l'Ouest*²⁸¹, que le respect des régimes instaurés par les législations provinciales et fédérales rende plus difficiles certaines pratiques d'affaires ne crée pas en soi un conflit opérationnel. Il n'y a conflit que lorsqu'une loi rend obligatoire une pratique que l'autre interdit. Ce n'est pas le cas ici.

[904] Les arguments de conflits opérationnels des banques ne sont pas retenus.

iv) l'absence de conflit avec le but poursuivi par le législateur fédéral

[905] Cela étant, n'est guère plus convaincante l'autre approche que préconisent les banques quant au second volet de l'analyse de la doctrine de la prépondérance fédérale.

²⁸⁰ *Hall*, précité, note 173, p. 154-155.

²⁸¹ *Canadian Western Bank c. Alberta*, [2004] 5 W.W.R. 108, paragr. 171 (Alta Q.B.).

[906] Le Tribunal estime que le respect des obligations qu'imposent les dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application n'empêchent pas la réalisation de l'objectif des législations fédérales concernées, que ce soit la *Loi sur les banques*, son *Règlement sur le coût d'emprunt* ou la loi relative à l'ACFC.

[907] Sous ce rapport, la théorie des banques se résume à peu de choses.

[908] En somme, elles avancent que par l'instauration des mesures législatives de la *Loi sur les banques* et de son *Règlement sur le coût d'emprunt* et par la mise en place de l'ACFC, le législateur fédéral a voulu encadrer de façon exhaustive le coût d'emprunt en matière de carte de crédit. Bref, au sens où l'entend l'arrêt *Hall*, le législateur fédéral aurait créé un code complet à ce chapitre, ce qui exclut l'application de toute législation provinciale.

[909] Aux yeux des banques, ce serait là le but des législations fédérales en question.

[910] Pour sa part, le PGQ répond que, par l'adoption de ces diverses dispositions relatives au coût d'emprunt en matière de carte de crédit, l'objectif poursuivi par le législateur fédéral est plutôt de protéger le consommateur d'une façon optimale. Or, loin de se dresser à l'encontre de cet objectif, les dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application s'inscrivent au contraire dans la même foulée.

[911] Le Tribunal est d'avis que le PGQ a raison.

[912] Premièrement, la théorie du code complet que font valoir les banques est, à prime abord, contraire aux principes directeurs qui doivent guider l'analyse du Tribunal.

[913] Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour suprême écarte précisément un argument semblable. Comme elle le souligne dans cet arrêt, l'immunité complète à laquelle y prétendaient les banques n'est pas acceptable dans la structure fédérale canadienne.

[914] Bref, favoriser une telle approche repose sur une interprétation à contre-courant de la doctrine du caractère véritable et de la conception du fédéralisme canadien que retient la Cour suprême dans les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Lafarge*.

[915] Deuxièmement, contrairement à ce qu'exige la Cour suprême en regard de ce second volet²⁸², il n'y a aucune disposition dans la *Loi sur les banques*, dans son *Règlement sur le coût d'emprunt* ou dans la loi sur l'ACFC qui indique que le Parlement a fait part de son intention d'écartier toute possibilité d'intervention provinciale sur le sujet de l'encadrement du coût d'emprunt en matière de carte de crédit.

[916] Or, pour conclure dans le sens proposé par les banques, la Cour suprême exige justement la présence d'un texte de loi clair qui affirme cette intention. Les banques ne

²⁸² *Banque canadienne de l'Ouest*, précité, note 27, paragr. 74.

sont pas en mesure d'identifier une disposition où le législateur fédéral s'exprime en ces termes.

[917] Comme le souligne l'arrêt *La Reine c. Francis*²⁸³, la simple existence de lois concurrentes sur un même sujet est insuffisante pour exprimer une intention d'occuper le domaine de façon exclusive. Le Parlement doit s'exprimer clairement, car il peut constitutionnellement exiger la prépondérance de ses lois.

[918] Ici encore, le fardeau de démontrer cette intention du législateur fédéral repose sur les épaules de la partie qui l'allègue. Devant la teneur des dispositions législatives fédérales sur lesquelles s'appuient les banques, le Tribunal ne peut conclure que ce fardeau est déchargé en l'espèce.

[919] Cela demeure d'autant plus vrai que ces législations fédérales montrent que, à tout le moins minimalement, l'un des objectifs poursuivis par le législateur fédéral est justement, comme le plaide le PGQ, la protection du consommateur. Dans cette mesure, nous ne sommes pas en face de législations dont les buts poursuivis seraient opposés, mais au contraire, de législations dont les buts visés sont, au moins en partie, communs.

[920] De fait, d'aucuns diront que s'il y a une situation où l'intention du législateur fédéral devrait être exprimée clairement et sans détours, ce sont les cas où il désire soustraire des institutions financières assujetties à sa gouverne à des normes d'application générale du droit contractuel provincial en matière de consommation.

[921] Ici aussi, entre une interprétation du but poursuivi par le législateur fédéral voulant qu'il cherche à instaurer un code complet et une interprétation voulant que son objectif soit de favoriser une meilleure protection des consommateurs, favoriser l'interprétation qui mène à l'absence de conflit plutôt que celle qui l'établit penche dans le sens que suggère le PGQ.

[922] Enfin, non seulement la proposition des banques voulant que le but de la législation fédérale soit de créer un code complet en matière de coût d'emprunt relatif aux cartes de crédit se heurte-t-elle aux principes d'interprétation applicables, aux principes du fédéralisme et à l'absence d'intention claire exprimée par le législateur fédéral. En outre, l'on constate que cette prétention voulant que les législations fédérales sont exhaustives ne résiste pas non plus à l'analyse en regard d'au moins deux constats.

[923] D'un côté, à la différence de la législation provinciale, le régime fédéral ne comporte aucune disposition encadrant les représentations fausses ou trompeuses en matière de renseignements relatifs au coût d'emprunt dans le cadre des contrats relatifs aux cartes de crédit.

²⁸³ [1988] 1 R.C.S. 1025.

[924] De l'autre côté, au-delà de dispositions qui ne prévoient que des recours de nature administrative ne menant qu'à des réprimandes ou des amendes, le régime instauré par les législations fédérales ne prévoit aucun recours civil particulier découlant des violations que pourraient commettre les banques, contrairement bien sûr à la législation provinciale.

[925] Dans un tel cas, il est difficile de prétendre que le législateur fédéral a voulu réglementer les choses de façon exhaustive.

[926] En définitive, donner foi à l'interprétation que suggèrent les banques les placerait dans une situation avantageuse par rapport à toutes les autres institutions financières oeuvrant dans la province de Québec en matière de cartes de crédit, et ce, au détriment des consommateurs au premier chef. On peut comprendre l'exigence de la Cour suprême que si telle était l'intention du législateur fédéral, cela commandait de l'exprimer de façon claire et sans ambages.

[927] Tout cela semble bien loin du régime juridique complet et défini sur un élément essentiel des opérations bancaires comme la Cour suprême l'a retenu dans l'arrêt *Hall* en regard du régime de réalisation applicable à la sûreté des banques établie par la *Loi sur les banques*.

[928] Tout comme pour la première doctrine d'exception invoquée, le Tribunal est donc d'avis que la doctrine de la prépondérance fédérale ne s'applique pas en l'espèce. Les dispositions en litige de la *LPC* et de son Règlement d'application demeurent opérantes à l'endroit des banques.

[929] Puisque ces arguments de nature constitutionnelle soulevés par les banques sont rejetés, il y a lieu de déterminer la nature des violations alléguées et d'identifier les recours ouverts aux membres du groupe.

G. LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES ET LES RECOURS DISPONIBLES

1) les violations de la *LPC* communes à toutes les banques²⁸⁴

[930] Si, comme le Tribunal le conclut, les frais de conversion sont des frais de crédit au sens où l'entend la *LPC*, MM. Marcotte et Laparé soutiennent d'abord qu'il est manifeste que toutes les banques violent alors les articles 72, 83, 91 et 92 *LPC*, de même que les articles 55 à 61 de son Règlement d'application.

[931] Ils ajoutent que ce faisant, les banques contreviennent également aux articles 126 et 127 *LPC*, ainsi qu'à l'article 71 de la loi.

²⁸⁴ Cette partie du jugement est essentiellement identique dans les dossiers *Marcotte-Banques* et *Marcotte-Desjardins*.

[932] Sur ce premier point, le Tribunal considère que MM. Marcotte et Laparé ont raison.

[933] Pour tout dire, dans la mesure où les frais de conversion sont effectivement des frais de crédit au sens de la *LPC*, les banques ne contestent pas vraiment qu'il y a violation de la *LPC* dans les circonstances que le dossier révèle.

[934] Dans une telle situation, la *LPC* oblige en effet les banques à calculer et à divulguer les frais de conversion comme des frais de crédit; c'est-à-dire, dans le taux de crédit exprimé sous la forme d'un pourcentage annuel, lequel reflète l'ensemble des frais de crédit réellement facturés. Les articles 72 et 91 de la *LPC*, de même que les articles 55 à 61 de son Règlement d'application, le précisent clairement.

[935] La seule exception potentiellement pertinente au débat concerne les frais de crédit qui seraient autrement inclus dans les frais annuels d'une carte de crédit, tel que le permet l'article 72 *LPC*. Dans ce cas, ils n'ont pas à être inclus dans le taux de crédit. Cette exception n'a pas d'application en l'espèce en ce qui touche les frais de conversion.

[936] La preuve révèle que toutes les banques n'ont jamais inclus les frais de conversion dans les frais de crédit. Partant, elles ne les ont jamais considérés dans l'établissement du taux de crédit qui doit être exprimé sous la forme d'un pourcentage annuel. Ne l'ayant pas fait, il est clair que le taux de crédit que chacune des banques exprime à son contrat de crédit variable s'avère contraire à l'article 83 *LPC*.

[937] De ce point de vue, il s'agit plus que d'une simple erreur de calcul. C'est une omission d'inclure dans les frais de crédit prévus à la *LPC* certains frais qui en font intégralement partie.

[938] Si les banques ne contestent pas réellement ces violations alléguées de la *LPC*, elles estiment par contre qu'il ne s'agit que de violations de forme, et non de fond. Aussi, à leurs yeux, cela limiterait les sanctions disponibles à celles prévues à l'article 271 *LPC*, contrairement à ce qu'invoquent MM. Marcotte et Laparé qui revendiquent les sanctions de l'article 272 *LPC*.

[939] Il en sera traité plus longuement au point 3).

2) l'absence de divulgation reprochée à certaines des banques

[940] En ce qui concerne cette fois les cinq banques qui ont fait défaut de divulguer les frais de conversion pendant une certaine période visée par le recours, MM. Marcotte et Laparé considèrent qu'il s'agit là d'une violation manifeste de l'article 12 *LPC*. Ils soutiennent aussi que cela constitue une pratique interdite contraire aux articles 219 et 228 *LPC*.

[941] Les banques concernées rétorquent que les frais de conversion n'étant rien d'autre qu'une marge bénéficiaire et une composante du taux de change, il ne s'agit pas de frais au sens de cet article 12. Quant aux pratiques interdites reprochées, il y aurait, selon elles, absence de preuve à leur appui dans les faits de ce dossier.

[942] Avec égards, le Tribunal est d'avis que, ici aussi, la violation de l'article 12 *LPC* est manifeste. Par contre, pour le reproche fait à ces cinq banques aux termes des articles 219 et 228 *LPC*, il y a effectivement absence de preuve à son appui.

[943] Le Tribunal a déjà conclu que les frais de conversion sont des frais de crédit. Nonobstant les prétentions des banques, le Tribunal est d'avis qu'il s'agit de coûts, débours ou dépenses, bref de frais dans son sens usuel, que le consommateur doit déboursier lorsqu'il utilise sa carte de crédit à l'occasion de transactions faites en devises étrangères.

[944] Le mot frais n'est pas défini à la *LPC*. Cependant, la *LPC* est une loi d'ordre public²⁸⁵. La Cour d'appel a déjà statué qu'elle doit recevoir une interprétation large et libérale²⁸⁶.

[945] Dans son sens commun, un frais correspond au montant payé ou facturé pour quelque chose. Dans le contexte de l'article 12 *LPC*, le regretté professeur Masse suggère que ce terme doit justement être interprété de façon large²⁸⁷ :

La notion de frais doit être entendue ici dans son sens le plus large. Il peut s'agir de frais pour l'exécution du contrat, de frais de livraison ou d'exécution de la garantie. La règle du jeu édictée par l'article 12 L.P.C. veut que ces frais, s'il en est, doivent être divulgués et précisés à l'avance dans le contrat. [...]

[946] La professeure L'Heureux adopte une position identique²⁸⁸ :

44. Clause Léonines - Le contrat de consommation doit comporter la divulgation d'une façon claire et précise de toutes les obligations du consommateur. Le commerçant ne peut exiger aucuns frais dont le montant n'est pas stipulé de façon précise (art. 12). Ceci a pour but d'empêcher que le consommateur ne soit pris par surprise par l'effet d'une stipulation dont l'évaluation en dollars n'a pas été faite clairement.

[947] Comme le souligne avec justesse les avocats de l'Office, cet article 12 vise à assurer que le consommateur est bien informé de toutes les conditions de son contrat. Le législateur veut qu'il puisse faire un choix éclairé en connaissant précisément ce à quoi il s'engage. L'objectif de protection de la loi prend ici tout son

²⁸⁵ Articles 261 et 262 *LPC*.

²⁸⁶ *Gareau Autos inc. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1989] R.J.Q. 1091, 1095 (C.A.).

²⁸⁷ Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 190.

²⁸⁸ Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 56.

sens. À moins d'indications claires permettant au consommateur de connaître exactement le montant des frais impliqués, le commerçant ne peut les lui réclamer.

[948] Dans les faits, la plupart des banques, de même que les organismes qui les encadrent, qualifient les frais de conversion de frais, de commissions ou d'ajustements. Ces désignations peuvent difficilement être comprises autrement que comme constituant des frais visés par l'article 12.

[949] Au demeurant, une obligation similaire de divulgation s'applique aux banques aux termes de l'article 452(2) de la *Loi sur les banques*. Cet article exige que les banques divulguent les frais non liés aux intérêts. L'ACFC applique cette disposition comme visant, entre autres, la divulgation des frais de conversion.

[950] Si les frais de conversion sont des frais au sens de la *Loi sur les banques*, l'on voit mal comment il pourrait en être autrement au sens de la *LPC*.

[951] Dans les situations qui concernent ces cinq banques, il n'y a aucune divulgation quelle qu'elle soit des frais de conversion, que ce soit sous forme de pourcentage ou autrement, pour la période identifiée.

[952] La violation alléguée de l'article 12 est donc établie pour chacune.

[953] Cela dit, quant à la violation alléguée des articles 219 et 228 *LPC*, force est de constater qu'à la différence de la situation qui prévaut dans le dossier connexe **Adams-Amex**, il y a en l'espèce absence de preuve démontrant que des consommateurs ont pu être trompés par les circonstances décrites.

[954] Étonnamment, pour les cinq banques impliquées, la preuve sur ce point s'avère sinon inexistante, du moins très pauvre. Les avocats en demande ont, de fait, peu insisté sur ce point. Paradoxalement, ils ne soulèvent d'ailleurs cette violation alléguée de la *LPC* qu'à l'égard des banques et non de Desjardins, alors que le reproche d'absence de divulgation concerne aussi cette dernière.

[955] Dans les circonstances, il n'y a pas lieu d'accorder à cette question plus d'importance que les avocats en demande ne lui en ont attribué dans leur preuve ou leur argument. Autrement dit, en l'absence de preuve prépondérante, cette violation alléguée des articles 219 et 228 *LPC* par ces cinq banques est écartée.

[956] En terminant sur les violations alléguées reprochées à ces banques, le Tribunal note qu'un constat similaire s'impose envers les allégations peu étayées des avocats en demande en regard des violations potentielles du *C.c.Q.* découlant de ces absences de divulgation.

[957] Mis à part une référence timide à une violation potentielle de l'article 1458 *C.c.Q.* qui reste inexpliquée, les avocats en demande ne traitent simplement pas de cette autre

3) les recours disponibles²⁸⁹

[958] Cela étant, il y a maintenant lieu de déterminer à quelles sanctions ces violations donnent ouverture aux termes de la *LPC*.

[959] Pour MM. Marcotte et Laparé, les sanctions sont celles de l'article 272 *LPC*. Pour les banques, les violations ne sont sujettes qu'aux sanctions de l'article 271 *LPC*.

[960] Les articles 271 et 272 sont les principales dispositions de la *LPC* en termes de remèdes.

[961] Dans l'arrêt *Household Finance*²⁹⁰, la Cour d'appel a résolu une controverse qui persistait depuis longtemps. Elle conclut que les articles 271 et 272 sont mutuellement exclusifs. Les violations qui sont couvertes par les sanctions de l'article 271 ne peuvent, en même temps, être aussi sujettes aux sanctions de l'article 272.

[962] Dans ce même arrêt, la Cour d'appel réaffirme la distinction qu'elle a déjà exprimée en regard de ces deux dispositions. Les sanctions de l'article 271 concernent les règles de formation du contrat, tandis que celles de l'article 272 s'intéressent aux violations des obligations imposées aux commerçants en vertu de la *LPC*.

[963] Ainsi, dans l'arrêt *Boissonneault c. Banque de Montréal*²⁹¹, cité avec approbation dans l'arrêt *Nichols*²⁹², la Cour d'appel dit ceci sur ces deux articles:

La Loi sur la protection du consommateur prévoit des recours civils variés. Ceux de l'article 271 visent la violation des règles de formation des exigences de forme prescrites. L'article 272, plus sévère, sanctionne le manquement à une obligation imposée par la loi ou par les règlements. [...]

[...]

L'article 272 sanctionnerait plutôt des obligations de comportement du commerçant distinctes de celles qui visent la rédaction des actes qu'il passe avec le consommateur. [...]

[964] Les différences ne s'arrêtent pas là.

²⁸⁹ Cette partie du jugement est essentiellement identique dans les dossiers *Marcotte-Banques* et *Marcotte-Desjardins*.

²⁹⁰ Précité, note 39.

²⁹¹ [1988] R.J.Q. 2622, 2626 (C.A.) (l'arrêt *Boissonneault*).

²⁹² Précité, note 92.

[965] Dans les arrêts *Nichols* et *Household Finance*, la Cour d'appel précise en outre ceci. Pour les remèdes prévus à l'article 272, il n'y a pas ouverture à une défense d'absence de préjudice du consommateur pour le commerçant. Ce n'est pas le cas sous l'article 271 *LPC*. Bref, là où l'article 272 s'applique, il y a une présomption absolue de préjudice qui joue en faveur du consommateur.

[966] Enfin, alors que l'article 272 donne ouverture à des dommages-intérêts punitifs, l'article 271 ne le fait pas.

[967] Ce portrait brossé, l'on comprend aisément pourquoi il y a, d'un côté, insistance sur les remèdes de l'article 272, et de l'autre, sur ceux de l'article 271.

[968] Soit dit avec égards, le Tribunal estime que les violations alléguées de la *LPC* en regard de la divulgation des frais de crédit donnent ouverture aux remèdes que prévoit l'article 272.

[969] Cela étant, la défense d'absence de préjudice soulevée par les banques est non pertinente. Il s'ensuit aussi que ces violations permettent à MM. Marcotte et Laparé de réclamer des dommages-intérêts punitifs au nom des membres du groupe.

[970] De l'avis du Tribunal, le défaut des banques de divulguer les frais de conversion comme frais de crédit, et donc de les inclure dans le taux de crédit exprimé en termes de pourcentage annuel, reste plus qu'une simple question de calcul ou qu'une simple violation d'ordre technique.

[971] La violation des articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et des articles 55 à 61 de son Règlement d'application concerne une forme précise de divulgation sur laquelle insiste le législateur, et ce, dans la poursuite de son objectif de bien informer le consommateur par le biais d'un taux de crédit global qui inclut tous les frais de crédit.

[972] Le but est ici de permettre au consommateur d'avoir une base de comparaison uniforme entre toutes les cartes de crédit, puisque tous les frais de crédit doivent être inclus de la même manière dans un même mode de divulgation.

[973] Dans l'arrêt *Household Finance*, la Cour d'appel conclut qu'une violation de l'article 92 *LPC* correspond justement à une violation d'une obligation générale imposée par le *LPC*, laquelle demeure sujette aux sanctions de l'article 272 *LPC*.

[974] Dans cette affaire, il s'agissait de frais de retard de 10 \$ imposés illégalement par le commerçant, sans les inclure dans le taux de crédit qui doit être exprimé sous forme d'un pourcentage annuel.

[975] Cela étant, il coule de source qu'une même conclusion doit s'appliquer à des frais de conversion qui doivent eux aussi être inclus dans le taux de crédit qui doit être divulgué au consommateur.

[976] Dans chacun des cas, il s'agit de frais qui demeurent des frais de crédit au sens de la *LPC*. Dans chacun des cas, le manquement se situe au niveau de la manière de les divulguer, et non dans la divulgation elle-même.

[977] Conscient de la difficulté que pose cet arrêt de la Cour d'appel, les banques cherchent à le distinguer. Elles soutiennent que l'analyse de la question y serait sommaire et que la Cour n'y traiterai pas d'un arrêt antérieur qui a statué différemment, soit l'arrêt *Boissonneault*.

[978] Ces arguments sont peu convaincants.

[979] Premièrement, le fait que, de l'avis des banques, la Cour d'appel ait traité sommairement de la question peut être un motif de désaccord avec la conclusion de l'arrêt. Ce n'est par contre pas une raison pour ne pas en appliquer le raisonnement.

[980] Deuxièmement, quoiqu'il soit vrai que la Cour d'appel, dans l'arrêt *Household Finance*, n'a pas précisément mentionné l'arrêt *Boissonneault*, il est douteux qu'elle l'ait ignoré pour deux raisons.

[981] D'abord, il est nommément traité dans le jugement du juge d'instance. Ensuite, les avocats du commerçant dans l'arrêt *Household Finance* sont les mêmes que ceux d'une des banques impliquées en l'espèce. Il serait étonnant qu'ils n'aient pas porté à l'attention de la Cour son arrêt *Boissonneault* rendu antérieurement.

[982] Par ailleurs, la prémisse de l'argument des banques voulant que l'arrêt *Household Finance* soit erroné s'appuie aussi sur une lecture inexacte de l'arrêt *Boissonneault*. Cet arrêt associe les violations des obligations de comportement du commerçant aux sanctions de l'article 272. Or, c'est exactement ce dont il s'agit en l'espèce.

[983] La violation reprochée aux banques en regard des frais de conversion non divulgués dans le taux de crédit concerne un geste plus que simplement technique. Elle touche un comportement des banques qui met essentiellement de côté un aspect important de la *LPC* quant à certains frais qui, en dernière analyse, demeurent des frais de crédit.

[984] Même si la justification des banques peut paraître légitime à certains puisque leur objectif est de faire supporter les coûts de la conversion à l'utilisateur, la violation demeure tout de même volontaire. Elle ne tient sciemment pas compte d'un des impératifs visés par la *LPC*, soit de divulguer d'une façon uniforme pour tous, dans le taux de crédit exprimé en pourcentage annuel, ce qui se qualifie de frais de crédit au sens de la loi.

[985] Vu sous cet angle, il est juste de dire qu'il s'agit d'un manquement à une obligation de fond, soit le respect d'un mode de divulgation qui se justifie en raison de l'objectif premier du législateur de bien informer le consommateur.

[986] Dans un tel cas, malgré toute l'emphase mise sur la question par les banques, la notion d'absence de préjudice subi par les consommateurs devient sans pertinence. Que le produit soit bon ou les taux de conversion imputés compétitifs, voire appréciés, cela n'a aucun impact. Ces constats ont peut-être une influence sur le droit à des dommages punitifs ou sur la quantification de ceux-ci, mais ils ne conditionnent aucunement l'application ou non des remèdes de l'article 272 *LPC*.

[987] Il est inutile d'en traiter plus amplement ici.

[988] Quant à la violation de l'article 12 *LPC*, la jurisprudence pertinente s'avère fort limitée, pour dire le moins. Aucune décision ne semble avoir tranché si une violation de cet article est sujette aux sanctions de l'article 271 ou de l'article 272.

[989] Toutefois, dans la foulée du raisonnement adopté par la Cour d'appel dans l'arrêt *Household Finance*, le Tribunal est d'avis qu'immanquablement, une violation de l'article 12 *LPC* qui s'appuie sur une absence totale de divulgation de frais doit, elle aussi, être sujette aux sanctions que prévoit l'article 272.

[990] En effet, l'on réfère ici à des périodes où les cinq banques concernées n'ont absolument rien divulgué en termes de frais de conversion. Que ce soit en pourcentage ou autrement. En somme, pour une certaine période, ces banques ont essentiellement caché ces frais de conversion

[991] Dans l'affaire *Joyal c. Élite Tours inc.*²⁹³, la Cour supérieure conclut qu'une violation de l'article 16 *LPC* donne ouverture aux sanctions de l'article 272, dont des dommages punitifs. Cet article fait partie des dispositions générales de la *LPC*, au même titre que l'article 12.

[992] De même, l'on note avec intérêt que dans l'arrêt *Boissonneault*, la Cour d'appel appuie l'analyse du juge Claude-René Dumais dans son article portant sur les remèdes prévus à ces deux dispositions de la *LPC*²⁹⁴.

[993] Dans cet article, le juge Dumais classe les dispositions de la *LPC* qui sont sujettes aux sanctions de l'article 271 ou de l'article 272. Il précise les violations qui sont sujettes aux remèdes de l'article 271, et conclut que toutes les autres restent régies par les sanctions de l'article 272. Il n'inclut pas l'article 12 dans les premières.

[994] Sous ce rapport, l'obligation impérative de divulguer les frais au consommateur prévue à l'article 12 peut aisément se qualifier d'obligation de comportement du commerçant, selon l'expression consacrée dans l'arrêt *Boissonneault*. Le devoir d'information en question est impératif. Il s'inscrit dans l'un des objectifs fondamentaux de la *LPC*. Il semble fort loin des simples questions de forme dont traite l'article 271.

²⁹³ [1993] R.J.Q. 1143 (C.S.).

²⁹⁴ Claude-René DUMAIS, « Une étude des tenants et aboutissants des articles 271 et 272 de la Loi sur la protection du consommateur », (1985) 26 *C. de D.* 763, 765,769.

[995] Pour ces violations de la *LPC* qui touchent soit des conditions de fond, soit des obligations de comportement, le législateur, à l'article 272, estime que les violations sont elles-mêmes porteuses de préjudice.

[996] Le constat n'est pas dénué de sens. À la différence d'une violation de forme, des violations de cet ordre font en sorte qu'un consommateur revient à payer des frais auxquels il n'est pas normalement tenu, comme c'est le cas en l'espèce. Partant, il est logique qu'il ait droit au remboursement de ce qu'on lui a facturé sans justification.

[997] Si, comme les banques le font valoir, l'on pouvait se défendre en invoquant que les frais sont compétitifs, conformes à ce qu'on retrouve dans le marché, ou appréciés du consommateur, cela reviendrait à permettre à une industrie de faire fi de la *LPC*, au seul motif que la compétitivité entre les principaux acteurs demeure et que les consommateurs n'en sont pas préjudiciés parce que rien de mieux n'existe ailleurs.

[998] Si tel devait être le cas, l'on peut aisément visualiser les abus dont plusieurs pourraient alors s'autoriser.

[999] En définitive, les violations des banques aux articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et 55 à 61 de son Règlement d'application, d'une part, et à l'article 12 *LPC*, d'autre part, sont sujettes aux remèdes de l'article 272. Cela inclut le droit à la restitution des frais de conversion facturés (article 272 c)) et l'ouverture à une réclamation en dommages-intérêts punitifs (article 272 *in fine*).

[1000] À cet égard, le Tribunal ne retient pas l'argument voulant que les dommages punitifs de cet article ne peuvent se réclamer que comme corollaire aux dommages-intérêts compensatoires auxquels réfère l'article 272 *in fine*. Selon l'article 272, la réclamation en dommages punitifs peut s'ajouter à celles de tous les alinéas a) à f).

[1001] Au premier alinéa, l'article édicte : "... *le consommateur... peut demander selon le cas...*". L'article se termine sur les mots suivants : "... *il peut également demander des dommages-intérêts punitifs*".

[1002] L'utilisation des mêmes mots « *peut demander* » au début de l'énumération des alinéas a) à f) et à la fin de la disposition établit un lien indéniable entre les deux types de réclamations. Cela sous-entend que les dommages punitifs peuvent également se réclamer en plus des remèdes de tous les autres alinéas de l'article, dont l'alinéa c).

[1003] De fait, la ponctuation de l'article est révélatrice. Du début de l'article jusqu'à la deuxième phrase traitant des dommages punitifs, il s'agit d'une seule et même phrase. Elle doit se lire comme un tout. La deuxième phrase de l'article doit être lue comme qualifiant la première en totalité, et non en partie seulement.

[1004] Telle étant la situation en regard de l'article 272, il est inutile de traiter plus amplement des autres violations de la *LPC* (articles 71, 126 et 127 *LPC*) qui, selon ce

que reconnaissent les avocats en demande, demeurent sujettes aux sanctions moins sévères prévues à l'article 271 *LPC*.

[1005] Évidemment, puisque le Tribunal conclut à l'absence de preuve de violations des articles 219 ou 218 *LPC*, il est inutile de déterminer si ces articles demeurent sujets aux remèdes de l'article 271 ou de l'article 272.

[1006] Les violations établies étant sujettes aux sanctions des articles 272 c) et *in fine LPC*, il convient maintenant de traiter du bien-fondé des conclusions recherchées par les membres du groupe.

H) LES CONCLUSIONS RECHERCHÉES

1) le remboursement des frais de conversion

[1007] De l'avis du Tribunal, aux termes de l'article 272 c) *LPC*, les membres du groupe ont droit à la restitution des frais de conversion illégalement perçus par les banques pour toute la période visée par le recours collectif, soit du 17 avril 2000 au 31 décembre 2007. Il faut évidemment les quantifier en fonction de la preuve soumise.

[1008] Pour les quatre banques²⁹⁵ à qui MM. Marcotte et Laparé ne reprochent pas une absence de divulgation de ces frais, ce remboursement se limite toutefois, en raison de l'article 273 *LPC*, aux seuls membres dont les contrats de crédit variable se sont formés après le 17 avril 2000.

[1009] Pour les cinq autres banques²⁹⁶, l'absence de divulgation reprochée ayant suspendu la prescription à leur endroit, cela permet d'inclure dans le groupe qui les concernent les contrats des consommateurs qui se sont formés avant le 17 avril 2000²⁹⁷. Quitte à le réitérer, pour ces cinq banques, la description du groupe visé peut ainsi se limiter aux frais de conversion facturés après le 17 avril 2000, sans plus.

[1010] En raison de ces distinctions entre ces deux groupes de banques, il faut traiter séparément la question de la quantification des frais de conversion qui les concerne.

a) RBC, CIBC, BNE et BL

[1011] Premièrement, selon les données fournies par RBC, les frais de conversion bruts perçus des détenteurs de ses cartes de crédit personnelles ayant un code postal au Québec se détaillent ainsi²⁹⁸ :

²⁹⁵ Il s'agit de RBC, CIBC, BNE et BL.

²⁹⁶ Il s'agit de BMO, Citibanque, BNC, Amex et TD.

²⁹⁷ Voir les explications déjà données aux paragraphes 517 à 526 de ce jugement.

²⁹⁸ Pièce P-144, colonne H.

RBC	
Période	Frais de conversion bruts perçus
17 avril 2000 – 31 octobre 2000	2 760 696 \$
1 ^{er} novembre 2000 – 31 octobre 2001	5 488 333 \$
1 ^{er} novembre 2001 – 31 octobre 2002	4 573 955 \$
1 ^{er} novembre 2002 – 31 octobre 2003	5 242 910 \$
1 ^{er} novembre 2003 – 31 octobre 2004	7 563 910 \$
1 ^{er} novembre 2004 – 31 octobre 2005	8 845 954 \$
1 ^{er} novembre 2005 – 31 octobre 2006	10 038 646 \$
1 ^{er} novembre 2006 – 31 décembre 2007	13 734 756 \$

[1012] Il faut réduire ces sommes de 2,76 % pour tenir compte du taux annuel moyen de mauvaises créances du portefeuille de cartes de RBC²⁹⁹. Également, selon le témoignage non contredit de la représentante de RBC à l'audience³⁰⁰, ces sommes doivent faire l'objet d'une autre pondération en raison de la marge d'erreur et des inexactitudes que peuvent contenir ces données. Cette deuxième réduction est de l'ordre de 7 %.

[1013] Ces réductions totales de 9,76 % sont applicables à toute la période et permettent d'en arriver à la somme réellement perçue par RBC à ce chapitre.

[1014] Par ailleurs, selon la représentation de leur avocat, la durée normale des cartes de crédit émises par RBC est de 3 ans. Par conséquent, pour les années allant du 1^{er} novembre 2003 au 31 décembre 2007, il est clair que la donnée annuelle obtenue concerne inmanquablement des frais de conversion relatifs à des contrats de crédit variable formés ou renouvelés à partir du 1^{er} novembre 2000. La prescription applicable n'a donc aucun impact sur les données fournies pour ces années, car l'institution du recours remonte au 17 avril 2000.

[1015] Ainsi, pour ces quatre années, en tenant compte des réductions applicables de 2,76 % et 7 %, la donnée obtenue s'établit donc comme ceci:

²⁹⁹ Pièce P-196.

³⁰⁰ Témoignage de Madame Tallevi à l'audience (8 septembre 2008).

RBC	
Période	Frais de conversion bruts perçus
1 ^{er} novembre 2003 – 31 octobre 2004	6 825 672 \$
1 ^{er} novembre 2004 – 31 octobre 2005	7 982 589 \$
1 ^{er} novembre 2005 – 31 octobre 2006	9 058 875 \$
1 ^{er} novembre 2006 – 31 décembre 2007	12 394 244 \$
Total	36 261 380 \$

[1016] Par contre, pour les chiffres des années antérieures au 31 octobre 2003, il en va autrement.

[1017] En effet, pour ces années allant du 17 avril 2000 au 31 octobre 2003, les données fournies par RBC ne tiennent pas compte de l'impact certain de la prescription. Or, puisque la durée normale des cartes de crédit de RBC est de trois ans, il est manifeste que pour ces années, les données obtenues par MM. Marcotte et Laparé incluent des frais de conversion facturés à des détenteurs dont les contrats de crédit variables ont été formés ou renouvelés avant le 17 avril 2000.

[1018] Cet impact demeure présent jusqu'au 17 avril 2003, si bien que cela affecte toutes les données annuelles des années 2000 à 2003.

[1019] Il est vrai que l'impact de la prescription applicable cesse à compter de mai 2003. Cependant, MM. Marcotte et Laparé fournissent les chiffres à l'appui de leur demande uniquement sur une base annuelle. Partant, le Tribunal n'est pas en mesure d'isoler les données applicables aux seuls mois de mai à octobre 2003.

[1020] Somme toute, en ce qui concerne RBC, le Tribunal dispose d'une donnée précise des frais de conversion perçus et non prescrits pour les années allant du 1^{er} novembre 2003 au 31 décembre 2007. Ils totalisent 36 261 380 \$ pour l'ensemble de ces quatre ans.

[1021] Ce n'est pas le cas pour les années 2000 à 2003. Les données fournies restent imprécises, compte tenu de l'impact de la prescription qui n'est pas chiffré. Les conséquences de cette distinction seront plus amplement discutées lors de l'analyse de l'opportunité d'accorder ou non un recouvrement collectif en l'espèce.

[1022] Deuxièmement, selon les données fournies par CIBC, les frais de conversion bruts perçus sur ses cartes de crédit détenues par des résidents du Québec et limitées aux « *consumer products* » se détaillent ainsi³⁰¹ :

CIBC	
Période	Frais de conversion bruts perçus
2000 (à compter du 17 avril)	4 252 400 \$
2001	7 049 400 \$
2002	7 346 500 \$
2003	8 512 600 \$
2004	11 551 800 \$
2005	12 116 100 \$
2006	12 956 800 \$
2007	14 815 500 \$

[1023] Les avocats en demande et ceux de CIBC conviennent qu'il y a lieu de réduire ces sommes de 3,858 % pour tenir compte du taux annuel moyen de mauvaises créances du portefeuille de cartes de CIBC limitées aux « *consumer products* ». Cette réduction est applicable à toute la période et permet d'en arriver à la somme réellement perçue par CIBC à ce chapitre.

[1024] Selon la preuve, la durée normale des cartes de crédit émises par CIBC varie de 3 à 4 ans³⁰². Par conséquent, pour les années 2005 à 2007, il est clair que la donnée obtenue concerne inmanquablement des frais de conversion relatifs à des contrats de crédit variables formés ou renouvelés à partir du 1^{er} janvier 2001. La prescription applicable n'a donc aucun impact sur les données fournies pour ces années, car l'institution du recours remonte au 17 avril 2000.

[1025] Aussi, en tenant compte de l'impact de la réduction de 3,858 %, la donnée obtenue pour chacune des années 2005 à 2007 est donc celle-ci :

CIBC	
Période	Frais de conversion bruts perçus
2005	11 648 661 \$
2006	12 456 927 \$
2007	14 243 918 \$
Total	38 349 506 \$

³⁰¹ Pièce P-164.

³⁰² Pièce P-207.

[1026] Par contre, tout comme pour RBC, il en va autrement pour les chiffres des années antérieures à 2004.

[1027] Sans répéter les explications similaires fournies en regard de RBC, en ce qui touche CIBC pour les années 2000 à 2004, les données obtenues ne tiennent pas compte de l'impact certain de la prescription. Dans son cas, la durée normale de ses cartes de crédit étant de 3 ou 4 ans, l'impact potentiel demeure présent jusqu'au 17 avril 2004 et affecte toutes les données annuelles des années 2000 à 2004.

[1028] Tout comme dans le cas de RBC, même si l'impact de la prescription cesse à compter de mai 2004, MM. Marcotte et Laparé ne fournissent les chiffres à l'appui de leur demande que sur une base annuelle. Il est donc impossible d'isoler les données applicables aux seuls mois de mai à décembre 2004.

[1029] Par conséquent, pour CIBC, les seules données précises dont dispose le Tribunal pour les frais de conversion perçus et non prescrits sont celles des années 2005 à 2007. Ils totalisent 38 349 506 \$ pour l'ensemble de ces trois ans.

[1030] Comme dans le cas de RBC, l'impact de la prescription n'est pas chiffré pour les années 2000 à 2004 relatives à CIBC. Les données fournies restent imprécises pour toutes ces années. Les conséquences de la distinction seront plus amplement discutées lors de l'analyse de l'opportunité d'accorder ou non un recouvrement collectif quant à CIBC.

[1031] Troisièmement, selon les données fournies par BNE cette fois, les frais de conversion bruts perçus de ses détenteurs de cartes résidant au Québec pour les « *retail products* » se détaillent ainsi³⁰³ :

BNE	
Période	Frais de conversion bruts perçus
2000 (à compter du 1 ^{er} avril)	394 000 \$
2001	471 000 \$
2002	467 000 \$
2003	468 000 \$
2004	797 000 \$
2005	936 000 \$
2006	1 035 800 \$
2007	1 394 000 \$

³⁰³ Pièce P-126

[1032] Il faut réduire à nouveau ces sommes d'un pourcentage de 2,44 % pour tenir compte du taux annuel moyen de mauvaises créances du portefeuille de cartes de BNE pour ses « *retail products* »³⁰⁴. Cette réduction s'applique à toute la période visée.

[1033] Selon la preuve, la durée normale des cartes de crédit émises par BNE est de 3 ans³⁰⁵. Par conséquent, pour les années 2004 à 2007, il est clair que la donnée annuelle obtenue concerne immanquablement des frais de conversion relatifs à des contrats de crédit variable formés ou renouvelés à partir du 1^{er} janvier 2001. Ici aussi, la prescription applicable n'a donc aucun impact sur les données fournies pour ces années, car l'institution du recours remonte au 17 avril 2000.

[1034] Ainsi, en tenant compte de la réduction applicable pour mauvaises créances, la donnée obtenue pour chacune des années 2004 à 2007 est donc celle-ci :

BNE	
Période	Frais de conversion bruts perçus
2004	777 394 \$
2005	914 378 \$
2006	1 008 400 \$
2007	1 355 458 \$
Total	4 055 630 \$

[1035] Pour les mêmes raisons que celles explicitées dans les cas de RBC et de CIBC, il en va par contre autrement pour les chiffres des années antérieures à 2004 en ce qui touche BNE.

[1036] Pour les années 2000 à 2003, les données obtenues ne tiennent pas compte de l'impact certain de la prescription qui, ici aussi, demeure présent jusqu'au 17 avril 2003.

[1037] Les données fournies par MM. Marcotte et Laparé à l'appui de leur demande sont établies uniquement sur une base annuelle dans ce cas également. Le Tribunal ne peut isoler les données applicables aux seuls mois de mai à décembre 2003 dans le cas de BNE non plus.

[1038] Comme pour les deux autres, le Tribunal dispose donc d'une donnée précise des frais de conversion perçus et non prescrits par BNE pour les années 2004 à 2007 seulement. Ils totalisent 4 055 630 \$ pour l'ensemble des ces 4 ans.

[1039] Les données fournies restent cependant imprécises pour les années 2000 à 2003. Les conséquences de la distinctions seront, là encore, discutées lors de l'analyse de l'opportunité d'accorder ou non un recouvrement collectif à l'encontre de BNE.

³⁰⁴ Pièce P-186.

³⁰⁵ Pièce P-207.

[1040] Enfin, quatrièmement, selon les données fournies par BL, les frais de conversion bruts perçus sur les cartes de ses détenteurs qui résident au Québec en excluant les cartes affaires se détaillent ainsi³⁰⁶ :

BL	
Période	Frais de conversion bruts perçus
2000 (à compter du 1 ^{er} avril)	408 525 \$
2001	620 701 \$
2002	574 487 \$
2003	481 658 \$
2004	532 382 \$
2005	640 243 \$
2006	904 794 \$
2007	1 063 839 \$

[1041] Les avocats de BL et de MM. Marcotte et Laparé conviennent qu'il y a lieu de réduire ces sommes de 3,26 % pour tenir compte du taux annuel moyen de mauvaises créances du portefeuille de cartes de BL. Cette réduction est applicable à toute la période et permet d'en arriver à la somme réellement reçue par BL à ce chapitre.

[1042] Selon la preuve, la durée normale des cartes de crédit émises par BL est de 3 ans³⁰⁷. Par conséquent, comme pour BNE, pour les années 2004 à 2007, la donnée annuelle obtenue concerne immanquablement des frais de conversion relatifs à des contrats de crédit variable formés ou renouvelés à partir du 1^{er} janvier 2001. La prescription applicable n'a donc aucun impact sur les données fournies par BL pour ces années, car l'institution du recours remonte au 17 avril 2000.

[1043] Ainsi, en retenant la réduction admise de 3,26 % pour le taux moyen de mauvaises créances, la donnée obtenue pour chacune des années 2004 à 2007 est donc celle-ci :

BL	
Période	Frais de conversion bruts perçus
2004	515 026 \$
2005	619 371 \$
2006	875 298 \$
2007	1 029 158 \$
Total	3 038 853 \$

³⁰⁶ Pièce P-177.

³⁰⁷ Pièce P-207.

[1044] La situation de BL est identique à celle de BNE pour les chiffres des années antérieures à 2004. Pour les années 2000 à 2003, les données obtenues en ce qui la concerne ne tiennent pas compte de l'impact certain de la prescription. Cet impact demeure présent jusqu'au 17 avril 2003, si bien que cela affecte toutes les données annuelles de 2000 à 2003 dans son cas également.

[1045] Ici aussi, en l'absence de chiffres à l'appui de la demande établis sur une base mensuelle, et bien que l'impact de la prescription applicable cesse à compter de mai 2003, le Tribunal n'est pas en mesure d'isoler les données applicables aux seuls mois de mai à décembre 2003.

[1046] Par conséquent, pour BL, le Tribunal dispose d'une donnée précise des frais de conversion perçus et non prescrits pour les années 2004 à 2007 uniquement. Ils totalisent 3 038 853 \$ pour l'ensemble de ces 4 ans.

[1047] Ce n'est pas le cas pour les années 2000 à 2003 pour lesquelles les données fournies sont imprécises. Il en sera discuté plus amplement lors de l'analyse de l'opportunité d'accorder ou non un recouvrement collectif à l'endroit de BL.

b) BMO, Citibanque, BNC, Amex et TD

[1048] Contrairement à la situation qui prévaut pour RBC, CIBC, BNE et BL, en regard des cinq autres banques maintenant, les données fournies peuvent être considérées globalement en raison de la suspension de la prescription qui les concerne.

[1049] Dans leur cas, la prescription n'affecte pas la précision des données obtenues. Pour ces banques, il suffit d'établir le montant des frais de conversion facturés après le 17 avril 2000, sans plus.

[1050] Cela étant, cette donnée ne pose pas de sérieux problèmes en ce qui touche BMO, Citibanque et BNC.

[1051] Dans le cas de BMO, selon les données qu'elle a fournies, les frais de conversion bruts perçus sur ses cartes de crédit personnelles détenues par des résidents du Québec se chiffrent, pour l'ensemble de la période, à 28 280 846 \$³⁰⁸.

[1052] En tenant compte de la réduction admise de 2,26 % pour le taux annuel moyen de mauvaises créances du portefeuille de BMO³⁰⁹, et en excluant la portion de ces sommes qui concerne les cartes de crédit relatives aux « *personal lines of credit* » qui sont sujettes à des règles distinctes et qui représentent, selon la preuve non contredite, une proportion de 3,8 % de l'ensemble, la donnée globale obtenue pour la période allant du 17 avril 2000 au 31 décembre 2007 se chiffre à 27 086 737 \$.

³⁰⁸ Pièce P-123.

³⁰⁹ Pièce DBMO-15.

[1053] Selon les données fournies par Citibanque cette fois, les frais de conversion bruts perçus sur les cartes de crédit de ses « *consumer cardholders* » résidant au Québec totalisent la somme de 5 368 427 \$ pour l'ensemble de la période visée par le recours collectif³¹⁰.

[1054] Déduction faite du pourcentage de 4,94 % admis pour tenir compte du taux annuel moyen de mauvaises créances du portefeuille de cartes de Citibanque³¹¹, la donnée obtenue pour l'ensemble de la période se chiffre à 5 103 227 \$.

[1055] Enfin, en ce qui concerne BNC, selon les données qu'elle a fournies³¹², les frais de conversion bruts perçus sur ses cartes de crédit « Particuliers » (ce qui exclut les cartes « Entreprises ») détenues par des résidents du Québec culminent à 34 963 904 \$.

[1056] Déduction faite du pourcentage moyen de 3,35 % pour tenir compte du taux annuel de mauvaises créances de son portefeuille de cartes³¹³, la donnée obtenue des frais de conversion bruts perçus pour la période du recours collectif, soit du 17 avril 2000 au 31 décembre 2007, se chiffre donc à 33 764 531 \$.

[1057] Dans le cas de ces trois banques, étant donné que pour l'ensemble de la période, la prescription applicable n'a aucun impact, le Tribunal dispose d'une donnée précise des frais de prescription perçus et non prescrits pour toute la période visée par le recours collectif.

[1058] À la différence des situations prévalant dans les cas de RBC, CIBC, BNE et BL, il n'y a pas d'années où les données fournies restent imprécises en regard de BMO, Citibanque et BNC.

[1059] Ici encore, les conséquences seront plus amplement discutées lors de l'analyse de l'opportunité d'accorder ou non un recouvrement collectif en regard de ces trois banques.

[1060] Par contre, la situation d'Amex et de TD est fort différente. Chacune commande des commentaires particuliers en regard de la déficience de la preuve sur les données pertinentes à ces deux institutions financières.

[1061] En ce qui touche d'abord Amex, la fiabilité des données fournies varie selon que l'on se place avant ou après 2003.

[1062] Pour les années postérieures à 2003, selon les données fournies par Amex, les frais de conversion bruts perçus sur ses cartes personnelles détenues par des résidents

³¹⁰ Pièce P-154.

³¹¹ Pièce P-188.

³¹² Pièces P-118 et P-71.

³¹³ Pièce P-186.

du Québec en ce qui concerne ses « *consumer credit card products* » se détaillent ainsi³¹⁴ :

AMEX	
Période	Frais de conversion bruts perçus
2003	1 105 055 \$
2004	1 362 321 \$
2005	1 669 367 \$
2006	2 062 403 \$
2007	2 552 229 \$

[1063] Il faut réduire ces sommes de 5,44 % pour tenir compte du taux annuel moyen de mauvaises créances du portefeuille de cartes d'Amex³¹⁵. Cette réduction est applicable à toute la période et permet d'en arriver à la somme réellement reçue par Amex pour ces cinq années.

[1064] Une fois cette réduction appliquée, la donnée obtenue pour chacune de ces années est donc celle-ci :

AMEX	
Période	Frais de conversion bruts perçus
2003	1 044 940 \$
2004	1 288 211 \$
2005	1 578 553 \$
2006	1 950 208 \$
2007	2 413 388 \$
Total	8 275 300 \$

[1065] Dans le cas d'Amex, en raison de la suspension de la prescription qui découle de son absence de divulgation des frais de conversion jusqu'en février 2003, la prescription applicable n'a aucun impact sur les données fournies pour ces années. L'institution du recours remonte là aussi au 17 avril 2000.

[1066] Ainsi, pour Amex, le Tribunal dispose d'une donnée précise des frais de conversion perçus et non prescrits pour les années 2003 à 2007. Ils totalisent 8 275 300 \$ pour l'ensemble de ces cinq ans.

³¹⁴ Pièces P-31 (revised) et P-174.

³¹⁵ Pièce P-173.

[1067] Il en va cependant autrement pour les chiffres des années antérieures à 2003. La preuve proposée reste particulièrement insatisfaisante dans ce cas. Elle porte flanc à une critique sérieuse.

[1068] Amex ne fournit pas de données précises sur les frais de conversion bruts perçus de ses détenteurs de cartes résidents au Québec pour les années 2000 à 2002. Pour y pallier, les avocats en demande tentent de les établir sur la base d'une série de calculs et d'extrapolations qui, au bout du compte, ne résistent pas à l'analyse³¹⁶.

[1069] Pour la période antérieure au 31 décembre 2002, il y a absence de preuve du nombre total de détenteurs de cartes de crédit personnelles d'Amex au Québec. Seule une donnée nationale existe.

[1070] Qu'à cela ne tienne, pour ces années, les avocats en demande tentent d'extrapoler le nombre de détenteurs potentiels de telles cartes à partir des données québécoises et nationales fournies par Amex pour les années subséquentes. De là, ils extrapolent le pourcentage de dépenses en devises étrangères attribuables aux détenteurs de cartes du Québec, et ce, sur la foi des données nationales fournies par Amex³¹⁷.

[1071] Or, ces extrapolations ne tiennent pas compte des tendances québécoises ou canadiennes en matière de dépenses en devises étrangères faites par les consommateurs, non plus que des pourcentages de détenteurs de cartes québécois ou canadiens qui utilisent celles-ci pour des dépenses à l'étranger. Il y a absence totale de preuve à cet égard.

[1072] Du reste, tracer un parallèle parfait, comme le propose la demande, entre le ratio du nombre de comptes personnels Québec/Canada et le ratio de dépenses étrangères des deux groupes ne saurait se justifier sans un appui statistique quelconque, lequel devrait bien sûr découler d'une preuve d'expert crédible et probante.

[1073] Là aussi, cette preuve est inexistante.

[1074] Partant, l'on ne s'étonne pas devant les résultats inexplicables obtenus par le biais de cette approche. Les calculs proposés par les avocats en demande en font foi. Les montants qu'ils suggèrent pour les années 2000 à 2002 dans leur plan d'argumentation sont révélateurs³¹⁸.

³¹⁶ Voir pages 12 et 13 du plan d'argumentation détaillé des demandeurs, 2^e partie, daté du 28 octobre 2008.

³¹⁷ Voir données tirées des pièces P-148 et P-171.

³¹⁸ Voir pages 12 et 13 du plan d'argumentation détaillé des demandeurs, 2^e partie, daté du 28 octobre 2008.

[1075] D'abord, les données de départ qui apparaissent au tableau retenu apparaissent peu fiables, car les résultats ne concordent pas à plusieurs endroits.

[1076] Ensuite, les chiffres obtenus divergent de la tendance des années subséquentes. À preuve, les chiffres de l'année 2002 ne s'inscrivent pas dans la logique de la progression des années qui suivent.

[1077] La méthode, en plus de reposer sur des appuis inexistantes, mène donc à des résultats incongrus.

[1078] De surcroît, appliquer aux frais de conversion perçus le même ratio que celui qui existe entre le nombre de détenteurs de cartes personnelles et d'affaires est étonnant. La logique sous-jacente voudrait qu'il y ait corrélation parfaite entre ces deux ratios, et donc, que les détenteurs de cartes personnelles dépensent proportionnellement de façon identique aux détenteurs de cartes d'affaires en matière de transactions faites en devises étrangères.

[1079] Non seulement la preuve n'appuie pas cette prémisse; elle est au demeurant surprenante, du moins au premier abord.

[1080] Sous ce rapport, la simple comparaison des données monétaires avancées dans ce dossier avec celles retenues dans le dossier connexe **Adams-Amex** pour ces années 2000 à 2002 fait ressortir le caractère particulièrement imprécis des chiffres que proposent MM. Marcotte et Laparé.

[1081] Dans ce dossier connexe, à la différence de celui-ci, les chiffres avancés prennent appui sur des expertises fouillées, notamment en regard des tendances statistiques des détenteurs de cartes en matière de dépenses à l'étranger.

[1082] Par conséquent, devant l'imprécision qui découle de l'exercice incomplet fait par MM. Marcotte et Laparé en ce qui touche les années 2000 à 2002 relatives à Amex, le Tribunal ne peut en arriver à un montant qui soit un tant soit peu fiable, même sur une base de moyenne, de pondération ou d'approximation.

[1083] Comme pour les situations analogues qui concernent RBC, CIBC, BNE et BL, les conséquences de cette distinction entre les années 2003 à 2007 et 2000 à 2002 qui touchent Amex seront plus amplement discutées lors de l'analyse de l'opportunité d'accorder ou non un recouvrement collectif à son endroit.

[1084] Ne reste plus qu'à traiter de la situation particulière de TD en regard des conclusions recherchées touchant le remboursement des frais de conversion.

[1085] À ce chapitre, la situation de TD est unique. À la différence des autres institutions financières impliquées, MM. Marcotte et Laparé n'ont pas été en mesure d'obtenir des données précises de TD en regard des frais de conversion perçus par

cette dernière des résidants du Québec pour ses cartes de crédit personnelles ou « particuliers ».

[1086] Si, sur ce plan, d'aucuns pourraient critiquer la coopération de TD à ce sujet lorsque comparée à celle des autres banques, il n'en demeure pas moins que les avocats en demande ne se sont pas adressés au Tribunal pour obtenir des ordonnances particulières afin de faciliter leur exercice.

[1087] Ils n'ont pas non plus retenu d'expert afin d'extrapoler des données fiables et raisonnables à partir des informations obtenues. Ils ont plutôt choisi de proposer au Tribunal une série de calculs à partir desquels ils ont eux-mêmes établi une proportion des comptes de cartes de crédit de TD appartenant aux résidents du Québec par rapport à ceux de l'ensemble du Canada, pour ensuite pondérer les sommes obtenues afin d'en exclure celles qui concernent les cartes d'affaires³¹⁹.

[1088] Or, soit dit avec égards, l'exercice effectué tient plutôt de l'expertise, dans un contexte où aucun appui n'existe dans la preuve à cet effet.

[1089] Ainsi, l'on ignore totalement si, d'un point de vue statistique, l'approche suggérée se justifie, de même que si, statistiquement ou autrement, les pondérations choisies sont fondées.

[1090] Contrairement à ce qu'affirment les avocats en demande, le Tribunal estime que les calculs proposés sont beaucoup plus qu'une simple question d'arithmétique. De l'avis du Tribunal, il saute aux yeux qu'une preuve d'expert était nécessaire pour établir des montants de l'importance de ceux dont on parle. Elle est inexistante.

[1091] Les avocats ne peuvent se substituer à cette preuve au moyen de calculs savants, explicités sur plusieurs pages, et proposés en dernier ressort dans le cadre de leur argumentation écrite.

[1092] Le raisonnement proposé par les avocats en demande part des données de TD relatives à l'ensemble des frais de conversion de devises étrangères perçus au Canada, y inclus les cartes « affaires », et ce, pour les années 2001 à 2007³²⁰.

[1093] De là, ils identifient ensuite les pourcentages de répartition entre les comptes de cartes de crédit personnelles et d'affaires pour le Québec³²¹, pour les comparer aux ratios correspondants des comptes personnels et d'affaires des cartes de crédit TD pour le Canada³²².

³¹⁹ Voir pages 6 à 10 du plan d'argumentation détaillé des demandeurs, 2^e partie, daté du 28 octobre 2008.

³²⁰ Pièces P-91 et P-152.

³²¹ Pièces P-106, P-107A et P-204.

³²² Pièces P-106A, P-139 et P-203.

[1094] Enfin, ils appliquent les ratios cartes personnelles et d'affaires Québec/cartes personnelles et d'affaires Canada aux données obtenues pour les frais de conversion bruts perçus pour l'ensemble du Canada. Les données qui en résultent sont celles qu'ils retiennent pour fixer les frais de conversion bruts prétendument perçus par TD de ses détenteurs de cartes de crédit personnelles résidant au Québec.

[1095] Avec égards, ce raisonnement s'appuie sur deux prémisses clés qui ne sont pas prouvées de quelque manière.

[1096] La première prémisse voudrait que le ratio Québec/Canada en termes de nombre de comptes de cartes de crédit soit identique au ratio Québec/Canada en termes de dépenses en devises étrangères. Rien ne permet d'assumer la véracité de cette prémisse sans un appui quelconque.

[1097] La deuxième prémisse voudrait que la pondération des résultats entre les pourcentages de cartes d'affaires et cartes personnelles au Québec soit la même qu'en ce qui concerne le pourcentage de dépenses engendrant des frais de conversion de devises étrangères. Bref, cette seconde prémisse assume que les pourcentages cartes personnelles et cartes d'affaires sont affectés de la même façon au plan du nombre de cartes qu'au plan des frais de conversion perçus.

[1098] En plus d'être une prémisse étonnante, rien dans la preuve ne l'appuie.

[1099] En somme, en l'absence d'une preuve d'expertise là où elle était éminemment requise, le Tribunal doit conclure qu'en ce qui touche TD, la demande ne lui fournit aucune donnée fiable qui permette d'avancer un chiffre quelconque représentant le montant raisonnable des frais de conversion perçus pour l'ensemble des années visées par le recours collectif.

[1100] À la différence de toutes les autres institutions financières, il est impossible d'en arriver à une donnée précise pour TD, ne serait-ce que pour une seule des années.

[1101] Là aussi, ce contexte implique qu'au niveau du choix du mode de recouvrement qui la concerne, il y aura lieu de faire les distinctions qui s'imposent, lesquelles seront, de toute évidence, différentes de celles retenues pour toutes les autres banques.

c) le mode de recouvrement³²³

[1102] Cela étant, en regard des sommes que le Tribunal estime dues par les banques aux membres du groupe pour les frais de conversion illégalement perçus, il faut maintenant déterminer le mode de recouvrement applicable.

³²³ Dans cette partie du jugement, les sections i) et iv) sont essentiellement identiques dans les dossiers *Marcotte-Banques* et *Marcotte-Desjardins*.

[1103] MM. Marcotte et Laparé soutiennent qu'il y a lieu d'ordonner un recouvrement collectif pour toutes les sommes réclamées. Les banques s'y opposent. À leurs yeux, seul un recouvrement individuel s'avère réaliste.

[1104] Sans surprise, la réponse se veut plus nuancée que la position défendue par chacun. La nature du dossier commande un mode de recouvrement qui doit varier selon les banques et selon les périodes concernées.

i) les critères applicables

[1105] En vertu de l'article 1028 *C.p.c.*, c'est au Tribunal que revient le choix de la modalité de recouvrement des réclamations des membres :

1028. Le jugement final qui condamne à des dommages-intérêts ou au remboursement d'une somme d'argent ordonne que les réclamations des membres soient recouvrées collectivement ou fassent l'objet de réclamations individuelles.

[1106] Ce choix du mode de recouvrement relève de la discrétion du juge d'instance³²⁴. La Cour suprême l'a reconnu dans son arrêt récent *Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette*³²⁵, tout comme la Cour d'appel l'a fait dans l'affaire *Thomson c. Masson*³²⁶.

[1107] En matière de recouvrement, cette discrétion du juge est toutefois encadrée par le libellé de l'article 1031 *C.p.c.* Cet article fait ressortir la préséance que le législateur accorde au recouvrement collectif lorsque les conditions prévues sont remplies :

1031. Le tribunal ordonne le recouvrement collectif si la preuve permet d'établir d'une façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres; il détermine alors le montant dû par le débiteur même si l'identité de chacun des membres ou le montant exact de leur réclamation n'est pas établi.

[1108] Une certaine doctrine considère que le langage de cet article est impératif. Si les conditions énoncées sont satisfaites, le Tribunal devrait obligatoirement l'ordonner³²⁷.

[1109] Le professeur Lafond semble plus nuancé. À son avis, dès que la preuve permet d'établir de façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres, le recouvrement collectif devrait être le remède privilégié. L'objectif serait

³²⁴ Nicole DUVAL HESLER, « Le recours collectif un parcours complexe », (2004) 64 *R. du B.* 385, 405.

³²⁵ *Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64, paragr. 112.

³²⁶ J.E. 2000-2199, paragr. 38-48 (C.A.).

³²⁷ François LEBEAU, « Vers l'indemnisation des membres : le processus post-jugement et les considérations en matière de transactions » Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développement récents sur les recours collectifs*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, 123, p. 138.

alors de s'assurer qu'un défendeur qui a violé la loi ne conserve pas les gains illégaux qu'il en a tirés³²⁸ :

Il convient désormais d'orienter l'indemnisation non plus à partir du dommage subi, mais à partir du dommage causé. C'est précisément ce que préconise la formule québécoise du recouvrement collectif. En procurant l'avantage de forcer le défendeur à déposer au greffe du tribunal le montant total des réclamations, la responsabilité du défendeur s'étend à la mesure du préjudice total dont il est responsable, contrairement au mode de recouvrement individuel dans lequel le débiteur n'est appelé à dédommager que les membres qui produisent leur réclamation. Conformément au prince de justice corrective, le recouvrement collectif appelle le plein remboursement des gains illégaux afin de rétablir l'équilibre de la situation entre le défendeur et le groupe.

Cette conception nouvelle de la réparation du préjudice obéit à d'autres règles qu'uniquement à celle de la mesure du préjudice subi; les notions d'accès à la justice, de justice corrective, de prévention, de respect volontaire du droit et d'effet dissuasif sont tout aussi présentes dans la recherche d'une compensation globale. [...]

[1110] Ainsi, selon cet auteur, lorsqu'il y a ordonnance de recouvrement collectif, la condamnation monétaire du défendeur repose sur la teneur du dommage causé à l'ensemble du groupe. Sa responsabilité ne s'en trouve pas élargie. Elle correspond plutôt à celle à laquelle il serait tenu si tous les membres du groupe présentaient leur réclamation individuelle. Il n'en est donc aucunement pénalisé.

[1111] Sur ce plan, le professeur Lafond considère qu'il s'agit d'une solution à favoriser, car meilleure que les réclamations individuelles qui, souvent, font l'objet d'un taux minime de participation. Selon lui, le recouvrement collectif sert mieux la portée sociale des dispositions législatives en matière de recours collectif.

[1112] Dans un ouvrage subséquent cité avec approbation par la Cour suprême dans l'arrêt *Ciment du St-Laurent*, le professeur Lafond souligne d'ailleurs ceci sur la question³²⁹ :

[...] La principale distinction entre le recouvrement individuel et le recouvrement collectif apparaît ici : dans le premier cas, le défendeur n'est appelé à dédommager que les valeureux membres qui produisent leur réclamation, alors que, dans le second cas, sa responsabilité s'étend à la mesure du préjudice causé. Cette forme d'indemnisation ne donne évidemment pas lieu à un reliquat.
[...]

³²⁸ Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 569.

³²⁹ 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. 194-196.

L'expérience montre à ce jour que les tribunaux (ou, en lieu et place, les parties à une transaction) favorisent majoritairement le recouvrement collectif, assorti généralement d'un mécanisme de distribution individuelle, ce qui s'explique aisément par les mérites de cette formule. Ils font preuve, à cet égard, d'une grande souplesse dans l'établissement du montant total des réclamations, préférant ordonner le recouvrement collectif sur la foi d'une somme plus ou moins exacte, parfois même approximative, que de procéder par la voie du recouvrement individuel, beaucoup moins efficace, avec un faible taux de réclamation, qui peut laisser beaucoup de membres sans compensation et qui ne produit pas de reliquat. Tenant en compte leur souci pour un accès amélioré à la justice, on comprend pourquoi les juges expriment une préférence marquée pour le recouvrement collectif.

[1113] Le Tribunal partage l'opinion du professeur Lafond sur cette question.

[1114] Toutefois, même si l'efficacité du recours collectif est liée à l'indemnisation des membres, et même si, pour cette raison, le recouvrement collectif reste la règle et le recouvrement individuel, l'exception, le législateur pose néanmoins des exigences.

[1115] Avant d'ordonner un recouvrement collectif, le Tribunal doit être convaincu que la preuve établit de façon suffisamment exacte le montant total des réclamations des membres. Cette appréciation se fait sur la foi de la preuve présentée. Sur cette question, le fardeau de la preuve repose sur les épaules de la demande.

[1116] À ce chapitre, l'article 1031 *C.p.c.* n'exige pas que le nombre exact de membres soit connu, ni que la valeur de leurs réclamations individuelles soit déterminée d'avance.

[1117] De même, puisque l'article réfère à un critère flexible, soit un montant suffisamment exact, ni la certitude de la somme, ni la perfection de la méthode de calcul n'est requise. Il suffit que le montant total soit raisonnablement exact en regard de l'ensemble de la preuve. Sous ce rapport, rien n'empêche de procéder à l'aide de moyennes, de statistiques, voire de pondérations³³⁰.

[1118] Cela dit, dans ce dossier, la précision des réclamations totales des membres varie selon les banques et les années. Des distinctions doivent donc être faites à plusieurs égards.

ii) les montants totaux suffisamment exacts

[1119] En premier lieu, en ce qui concerne RBC, CIBC, BNE et BL, soit les quatre banques qui n'ont pas violé l'article 12 *LPC*, force est de constater que pour les années 2004 à 2007 (2005 à 2007 pour CIBC), la preuve établit de façon très précise, et certes suffisamment exacte, le montant total de la réclamation des membres quant aux frais de conversion à rembourser.

³³⁰ Voir, à cet effet, *Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64.

[1120] Ces montants sont les suivants pour chacune :

RBC	2004 à 2007	36 261 380 \$
CIBC	2005 à 2007	38 349 506 \$
BNE	2004 à 2007	4 055 630 \$
BL	2004 à 2007	3 038 853 \$

[1121] Puisque les cartes émises par ces banques se renouvellent à intervalles de 3 ou 4 ans, la prescription applicable n'affecte pas l'exactitude de ces sommes pour tout membre qui a utilisé sa carte de crédit après le 1^{er} janvier 2001. Cette date s'arrête au 1^{er} novembre 2000 pour RBC puisque ses données sont établies sur la base de son année financière (31 octobre), et non sur l'année de calendrier.

[1122] Les données qui établissent ces montants globaux proviennent des banques. Elles se limitent aux montants de frais de conversion réellement perçus. Elles ne concernent que les cartes personnelles, de particuliers ou de consommateurs. Elles n'incluent que les résidents du Québec.

[1123] Sur ce plan, l'information fournie par les banques suffit amplement. Elles ne sauraient en contester la légitimité ou la fiabilité. Dans l'arrêt *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*³³¹, la Cour d'appel d'Ontario dit justement ceci en autorisant un recours collectif visant les clients de TD qui ont payé des frais de conversion de devises étrangères non-divulgués :

« [...] Rather, the aggregate of TD's liability may reasonably be expected to be capable of proof by resort to TD's records of the amount of fee income collected during the relevant time frame. »

[1124] En définitive, devant la teneur de la preuve pour les années 2004 (ou 2005) à 2007, le recouvrement collectif demeure incontestablement la voie à favoriser en l'espèce en ce qui touche RBC, CIBC, BNE et BL.

[1125] En second lieu, des commentaires identiques valent pour les banques suivantes à qui l'on reproche en plus une absence de divulgation des frais de conversion, soit BMO, Citibanque et BNC pour les années 2001 à 2007 et Amex pour les années 2003 à 2007.

[1126] Là aussi, la preuve établit de façon très précise, et certes suffisamment exacte, le montant total de la réclamation des membres quant aux frais de conversion à rembourser. Pour ces banques, les sommes prouvées se chiffrent ainsi :

³³¹ 2007 ONCA 781 (CanLII), paragr. 45 (permission d'interjeter appel à la Cour suprême rejetée le 27 mars 2008).

BMO	2001-2007	27 086 737 \$
Citibanque	2001-2007	5 103 227 \$
BNC	2001-2007	33 764 531 \$
Amex	2003-2007	8 275 300 \$

[1127] Le recouvrement collectif demeure, là encore, la voie à favoriser en l'espèce en ce qui touche ces quatre banques.

[1128] Cela étant, il y a lieu d'écarter les arguments que les banques font valoir pour plutôt procéder par voie de réclamations individuelles dans ces situations.

[1129] D'abord, certaines questions que les banques identifient comme étant des éléments à traiter au moment des réclamations individuelles des membres sont des questions collectives dont ce jugement dispose. C'est le cas notamment pour les questions relatives à la renonciation alléguée des membres ou à la nécessité d'établir le préjudice subi par chacun d'eux. Le Tribunal a déjà rejeté chacun des arguments proposés sur ces sujets.

[1130] De la même façon, le Tribunal écarte l'argument voulant que dans les frais de conversion perçus dont les membres réclament le remboursement, il y aurait lieu d'exclure les pourcentages que certaines des banques retournent à Visa ou à TRS.

[1131] Avec égards, cela n'a pas de pertinence en regard des réclamations des membres. Le remboursement qui est recherché est celui des frais de conversion perçus. Que des banques aient remis en partie ou en totalité ces frais à d'autres entités ne concerne pas les membres du groupe. Il s'agit d'une question que ces banques auront à régler avec d'autres, si elles l'estiment nécessaire.

[1132] Ensuite, le Tribunal considère que les réclamations des membres du groupe ne sont pas sujettes à une démonstration que le membre a lui-même effectué le paiement. Ce qui importe, c'est que les frais de conversion illégalement perçus aient été payés. L'identité du payeur importe peu.

[1133] Ce qui est en litige ici, c'est le remboursement de frais de conversion facturés en contravention de la *LPC*. Le créancier de cette obligation demeure la partie au contrat visé par la *LPC*, soit le consommateur. Que le paiement ait été effectué par un tiers ne change rien à cette réalité. Le droit d'action appartient au consommateur.

[1134] D'ailleurs, aux termes de l'article 1555 *C.c.Q.*, un paiement comme celui des frais de conversion en litige peut être effectué par une partie autre que le débiteur, sans que cela n'en affecte la validité.

[1135] D'un côté, le fait d'agir ainsi ne crée aucune subrogation légale. De l'autre côté, sauf pour les cas où il y aurait eu cession de créance, il ne s'agit tout au plus que d'une indication de paiement (article 1667 C.c.Q.). Cela n'affecte pas le lien qui unit le créancier de l'obligation et son débiteur en regard du droit au remboursement des frais de conversion facturés illégalement.

[1136] Comme les auteurs Pineau et Gaudet le notent³³² :

Lorsque le paiement de l'indu a été effectué par un mandataire, l'action appartient tant au mandant (au nom duquel le paiement a été fait) qu'au mandataire et ce, afin d'éviter un inutile circuit d'actions : cf. Bankers Trust Co. C. Clark, (1967) R.P. 346 (C.S.). [...]

[1137] Ainsi, dans l'affaire *Mercedes-Benz Credit du Canada c. Heger*³³³, la Cour supérieure qualifie de consommateur selon la *LPC* un vice-président qui utilise une voiture pour fins personnelles et d'affaires. Elle lui reconnaît cette qualité, et les droits qui en découlent, et ce, bien que les paiements mensuels soient effectués par son employeur.

[1138] En somme, l'identité du payeur n'affecte pas le caractère suffisamment exact des montants totaux réclamés pour ces années. Les montants déterminés correspondent aux frais perçus, donc payés. Seule la description du groupe devra être précisée en ce sens, afin de bien identifier les membres qui ont droit à un remboursement.

[1139] Par ailleurs, quant au statut de consommateur des membres du groupe au sens de la *LPC* qui, selon les banques, devrait être établi sur une base individuelle, la problématique se résout simplement.

[1140] À l'article 1 e), la *LPC* définit le consommateur comme une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce. Ainsi, la finalité dominante du contrat détermine le statut du consommateur. L'utilisation d'un bien ou d'un service en partie pour fins d'affaires ne suffit pas à disqualifier une personne physique du statut de consommateur³³⁴.

[1141] L'omission des banques de vérifier la finalité des contrats conclus avec des personnes physiques pour l'utilisation de cartes de crédit ne saurait à elle seule suffire pour conclure que certains contrats ne sont pas visés par la *LPC*.

[1142] Dans le dossier actuel, les recours sont exercés uniquement au nom de consommateurs et les données fournies par les banques se limitent aux cartes personnelles, de particuliers ou de consommateurs qui les concernent.

³³² Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd. par J. PINEAU et S. GAUDET, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 467, note 878.

³³³ J.E. 95-1228 (C.S.).

³³⁴ *Mercedes-Benz Credit du Canada c. Heger*, *id.*

[1143] La prépondérance de la preuve établit que vraisemblablement, les sommes visées par les données fournies concernent des consommateurs, soit des personnes physiques qui utilisent les cartes de crédit à des fins autres que commerciales.

[1144] En effet, pas moins de sept des neuf banques impliquées relient les données fournies au statut de consommateur des détenteurs de cartes.

[1145] Dans ses descriptions de pièces, Amex réfère aux « *consumers credit cardmembers* »³³⁵. BMO inclut des tableaux qui traitent des consommateurs résidant au Québec³³⁶, alors que ses données distinguent les cartes personnelles et corporatives³³⁷. La description des pièces de BNC renvoie aux cartes émises à des consommateurs au Québec³³⁸. CIBC limite l'information transmise aux « *consumer products* »³³⁹.

[1146] Pour sa part, Citibanque identifie les comptes des consommateurs au Québec et les frais de conversion facturés à ces consommateurs, tout en parlant de « *open consumer accounts* » et de « *consumer cardholders* »³⁴⁰. RBC décrit les revenus tirés comme ceux des consommateurs au Québec (« *Quebec consumers Visa transactions* »)³⁴¹. Enfin, dans sa description de ses pièces, BNE identifie les cartes visées comme émises aux consommateurs au Québec³⁴².

[1147] Quant à BL, les revenus de frais de conversion divulgués excluent ceux provenant de cartes affaires³⁴³. TD distingue aussi les cartes affaires de celles qui concernent le recours³⁴⁴.

[1148] La preuve statistique déposée³⁴⁵ et le témoignage de M. Guertin appuient cette assertion. Selon cette preuve, quoiqu'il soit exact que, parfois, les personnes physiques utilisent leurs cartes de crédit pour fins d'affaires, l'utilisation prépondérante demeure personnelle. Cela suffit à qualifier ces personnes de consommateurs au sens de la LPC.

[1149] Encore une fois, cet argument des banques n'affecte pas le caractère suffisamment exact du montant total de frais de conversion à rembourser pour ces années. Ils sont vraisemblablement établis en limitant les sommes à des

³³⁵ Voir pièces DAMX-6, DAMX-8, DAMX-9 et DAMX-10.

³³⁶ Pièce P-69.

³³⁷ Pièce P-123.

³³⁸ Pièce P-73.

³³⁹ Pièce P-164.

³⁴⁰ Pièces P-76 et P-78.

³⁴¹ Pièce P-23.

³⁴² Pièce P-15.

³⁴³ Pièces P-9 et P-177.

³⁴⁴ Voir, par exemple, pièce P-92.

³⁴⁵ Pièce D-69.

consommateurs selon la définition de la *LPC*. Une description plus précise du groupe suffira à bien cerner les membres qui sont justement visés par les données fournies.

[1150] Enfin, pour ce qui est de la résidence au Québec, l'article 1 a) *LPC* prévoit que l'adresse du consommateur est le lieu de sa résidence habituelle indiqué au contrat. Or, les banques elles-mêmes établissent les montants des frais de conversion perçus des consommateurs en les identifiant à partir des codes postaux de chacun des détenteurs de carte apparaissant dans leurs registres. Elles isolent de ce fait les détenteurs résidant au Québec.

[1151] Cette preuve suffit amplement pour établir la résidence au Québec des membres du groupe visés par ces années. Cela confirme à nouveau que les montants totaux établis sur la foi de ce critère restent suffisamment exacts. La description du groupe en tiendra évidemment compte.

[1152] En terminant sur l'opportunité d'accorder un recouvrement collectif pour ces années et pour ces banques, le jugement de la Cour supérieure dans *Masson c. Thomson*³⁴⁶ qu'invoquent certaines défenderesses ne sert pas leur position.

[1153] En effet, il est inexact de dire, sur la foi de ce jugement, que la grande disparité des réclamations individuelles des membres rend le recouvrement collectif inopportun.

[1154] Au contraire, ce qui importe, c'est que le montant total des réclamations des membres soit suffisamment exact. C'est le cas ici. Ce ne l'était pas dans l'affaire *Masson* où aucun total n'était disponible.

[1155] Que le recouvrement collectif commande à chacun des membres d'établir ensuite ce qui lui est dû ne change rien. De la même manière, que les sommes dues à chacun varient importe peu³⁴⁷.

[1156] Les articles 1031, 1033 et 1034 *C.p.c.* prévoient justement les mécanismes de liquidation individuelle des réclamations des membres dans le cadre d'un recouvrement collectif. Cela se distingue de la question de la disponibilité de ce mode de recouvrement qui reste fonction du critère énoncé à l'article 1031 *C.p.c.*

[1157] Ce critère est amplement respecté pour le recouvrement collectif des frais de conversion perçus par BMO, Citibanque et BNC de 2001 à 2007, par Amex de 2003 à 2007, par RBC, BNE et BL de 2004 à 2007, et par CIBC de 2005 à 2007.

³⁴⁶ [1997] R.J.Q. 634 (C.S.).

³⁴⁷ Par exemple, dans l'arrêt *Association pour la protection des automobilistes inc. c. Toyota Canada inc.*, [2008] R.J.Q. 918 (C.A.), la Cour d'appel ordonne un recouvrement collectif de frais de transfert même si ceux-ci fluctuent d'un membre à un autre.

iii) les montants totaux imprécis

[1158] Par contre, dans le cas d'Amex pour les années 2000 à 2002 et dans le cas de TD pour les années 2001 à 2007, un recouvrement collectif des frais de conversion à rembourser doit être écarté.

[1159] Tel que déjà explicité, les données fournies dans ces deux situations sont insuffisantes pour extrapoler quoi que ce soit de fiable en regard d'une donnée globale de frais de conversion perçus.

[1160] De la même manière, en ce qui concerne RBC, CIBC, BNE et BL, pour les années 2000 à 2003 (2000 à 2004 dans le cas de CIBC), la preuve présentée au Tribunal se révèle trop incomplète pour conclure que le montant total des réclamations des membres est suffisamment exact.

[1161] Ordonner un recouvrement collectif sur la foi des chiffres avancés pour ces années risquerait fortement de condamner ces banques à verser des sommes qui dépasseraient largement l'étendue des dommages auxquels elles peuvent légitimement être tenues. Une fois ce constat posé, l'on se retrouve aux antipodes des exigences de l'article 1031 *C.p.c.*

[1162] De l'avis du Tribunal, voici pourquoi.

[1163] Pour ces années 2000 à 2003 (ou 2004), les données fournies par la demande pour RBC, CIBC, BNE et BL sont établies sur la foi d'une prémisse inexacte. La description du groupe visé et, partant, l'établissement des sommes réclamées, s'appuient sur le montant des frais de conversion facturés par ces banques à leurs consommateurs entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2003.

[1164] Cette description résulte d'une mauvaise compréhension de la règle de prescription applicable en l'espèce. Aux termes de la *LPC*, le point de départ de la naissance du droit d'action n'est pas la date de facturation des frais de conversion illégaux. Tel qu'explicité précédemment, c'est plutôt la date de formation du contrat du consommateur.

[1165] Par conséquent, isoler la donnée monétaire des frais de conversion facturés à compter du 17 avril 2000 s'avère incomplet. Cette donnée n'a de sens que si on la relie aux contrats de crédit variable formés à compter du 17 avril 2000.

[1166] Autrement dit, pour établir de façon suffisamment précise le montant total des réclamations des membres, il ne suffit pas de connaître les frais de conversion perçus par ces banques du 17 avril 2000 au 31 décembre 2003 (ou 2004). Pour ces années, il faut aussi savoir quels sont ceux facturés aux consommateurs dont les contrats se sont formés après le 17 avril 2000.

[1167] Or, cette donnée reste inconnue. MM. Marcotte et Laparé ne l'ont pas mise en preuve de quelque manière.

[1168] Pour y pallier, conscients de la difficulté réelle qui se pose à ce sujet en regard du point de départ de la prescription applicable, les avocats en demande proposent en argument une forme de calculs inusitée et audacieuse qui s'avère, bien honnêtement, peu convaincante.

[1169] Selon leur raisonnement, puisque la durée normale d'une carte de crédit est de 3 ou 4 ans³⁴⁸, il y aurait lieu de simplement appliquer une réduction dégressive linéaire aux sommes réclamées à ces banques pour les 3 ou 4 ans qui suivent le 17 avril 2000. Ce faisant, l'on tiendrait compte de l'impact du renouvellement progressif des cartes, et partant, de la prescription.

[1170] Ainsi, en regard de CIBC, ils suggèrent de réduire les frais de conversion mensuels perçus de 97,92 % à compter de mai 2000, et par la suite d'un 2,08 % additionnel mensuellement (soit 100 points de pourcentage divisé par 48 mois), pour prendre en considération l'impact de la prescription sur les sommes réclamées. Pour les autres banques, le pourcentage de départ est de 97,22 % et la réduction mensuelle qui suit de 2,78 % (soit 100 points de pourcentages divisé par 36 mois)³⁴⁹.

[1171] De cette façon, disent-ils, l'on écarterait des montants calculés les sommes liées à des contrats de crédit variable dont la formation est antérieure au 17 avril 2000, et donc prescrits. Par cette méthode, ils estiment que les montants seraient alors ajustés pour refléter la réalité des sommes dues auxquelles la prescription ne s'applique pas.

[1172] Avec égards, le Tribunal est d'avis que cette proposition, tout comme la méthode utilisée, sont appuyées par une preuve insuffisante et peu probante.

[1173] D'abord, aucune preuve d'expert quelconque ne supporte la méthode proposée ou les calculs faits. Le choix de procéder à une pondération linéaire dégressive pendant 36 ou 48 mois ne s'appuie sur rien d'autre que la suggestion des avocats.

[1174] Cette suggestion est, au demeurant, échafaudée en réplique, dans le cadre d'un plan d'argumentation additionnel, sur la foi de multiples calculs répartis sur plusieurs pages dont personne n'atteste de la justesse.

[1175] Ensuite, la pondération linéaire constante pour toute la période en question ne s'appuie sur aucune donnée statistique pertinente à la particularité de chaque institution financière.

³⁴⁸ Voir pièce P-207.

³⁴⁹ Voir les tableaux préparés par les avocats en demande expliquant la pondération selon les périodes maximales de recouvrement reproduits aux onglets 7 à 11 du plan d'argumentation touchant les questions relatives à la prescription (Partie E).

[1176] Enfin, cette pondération linéaire se fait de la même façon mois après mois, bien que le nombre de jours de chaque mois varie, particulièrement en regard de la fin de l'année 2000 où les computations suggérées incluent même un mois de 45 jours.

[1177] Somme toute, devant l'ampleur des sommes impliquées, l'exercice s'avère peu concluant. Le Tribunal se refuse à y donner foi et à imposer un recouvrement collectif de l'ordre de celui demandé sur la base d'approximations modulées au gré des arguments soulevés, sans appui sérieux au plan de la preuve.

[1178] Contrairement à ce qu'affirment les avocats en demande, il ne s'agit pas ici de simples calculs arithmétiques. Les montants suggérés s'appuient sur des prémisses de pondération dégressive, mensuelle et linéaire qui n'ont d'appui dans quoi que ce soit autre que l'approche préconisée par les avocats. Lorsque des sommes de l'envergure déjà décrite sont en jeu, cela se révèle nettement insatisfaisant.

[1179] Du reste, dans leurs propres scénarios³⁵⁰, les avocats en demande démontrent eux-mêmes l'ampleur des écarts possibles. Ils se chiffrent en termes de millions de dollars possiblement.

[1180] Ainsi, dans la ponction qu'ils font dans les données fournies par ces quatre banques afin d'en arriver à une donnée qui tienne compte de l'impact potentiel de la prescription³⁵¹, ils se trouvent à réduire les chiffres proposés de façon substantielle. À preuve, la réduction dépasse 13 M\$ pour CIBC et 7 M\$ pour RBC. Elle gravite autour de 800 000 \$ pour BNE et 850 000 \$ pour BL.

[1181] Dans chaque cas, pour les périodes de 3 ou 4 ans concernées, cela s'approche de près de 50 % des sommes totales en jeu. Voilà qui est révélateur. Le Tribunal ne saurait se fier à des variations de cette ampleur sans un appui solide sur une quelconque preuve. Cela suffit amplement à écarter cette approche. Accorder un recouvrement collectif pour ces années sur la foi de cette seule suggestion serait des plus téméraires.

[1182] Si un recours collectif doit favoriser un accès à la justice des membres du groupe visé, cela n'implique pas que cela doive se faire à n'importe quelle condition. L'accès à la justice n'est pas synonyme d'un accès à un remboursement, même collectif, auquel des membres n'ont potentiellement pas droit.

[1183] En l'espèce, en regard de RBC, CIBC, BNE et BL, le Tribunal ne peut se convaincre que pour les années 2000 à 2003 (ou 2004), la demande lui fournit des sommes suffisamment précises quand les erreurs peuvent varier en termes de milliers de membres et de millions de dollars. Dans un cas comme celui-ci, l'importance des chiffres en jeu place la certitude requise à un niveau élevé. Nous en sommes forts loin pour ces années.

³⁵⁰ *Id.*

³⁵¹ *Id.*

[1184] En résumé, devant la preuve administrée quant à ces années, un résultat global équitable envers ces banques sera vraisemblablement mieux atteint par le biais d'un recouvrement individuel.

iv) la création de sous-groupes

[1185] Cela étant, puisqu'un recouvrement collectif se justifie pour certaines années mais non pour d'autres, le Tribunal est d'avis qu'il y a lieu de créer des sous-groupes pour chacune des banques et d'ajuster en conséquence les conclusions du recours.

[1186] Le Tribunal peut exercer ce pouvoir, même d'office (article 1022 C.p.c.). Dans *Ciment du Saint-Laurent*, la Cour suprême confirme la juge d'instance sur la question de la création de divers sous-groupes. L'affaire *Deronvil c. Univers Gestion Multi-voyages inc.*³⁵² illustre le même principe.

[1187] En l'espèce, cela permet de limiter le recouvrement collectif aux seules années qui le justifient. Tant les membres que les banques visées seront ainsi traités plus équitablement.

[1188] Partant, pour les premiers sous-groupes relatifs aux banques suivantes, soit BMO, Citibanque et BNC pour les années 2001 à 2007, Amex pour les années 2003 à 2007 et RBC, CIBC, BNE et BL pour les années 2004 (ou 2005) à 2007, un recouvrement collectif sera ordonné à l'encontre de chacune des banques.

[1189] La description de ces sous-groupes tiendra compte des remarques déjà faites afin d'en clarifier les paramètres.

[1190] Par contre, pour les deuxièmes sous-groupes relatifs aux banques Amex, RBC, CIBC, BNE et BL pour les années 2000 à 2002, 2003 ou 2004, il faudra procéder par voie de réclamations individuelles en raison de la déficience de la preuve sur le caractère suffisamment précis des sommes totales réclamées. Pour TD, ce sera le cas pour le premier sous-groupe qui la concerne et qui touche les années 2001 à 2007.

[1191] Pour ces deuxièmes sous-groupes (premier sous-groupe pour TD), il est néanmoins possible d'encadrer les recouvrements individuels afin d'en maximiser le résultat. Sur ce plan, l'article 1029 C.p.c. octroie une grande latitude au Tribunal :

1029. Le tribunal peut, d'office ou à la demande des parties, prévoir des mesures susceptibles de simplifier l'exécution du jugement final.

[1192] À ce chapitre, l'objectif est de statuer, autant que faire se peut, sur la façon de simplifier le processus des réclamations individuelles pour en limiter la preuve requise à son essentiel, sans plus³⁵³.

³⁵² J.E. 2006-1445 (C.S.).

³⁵³ Voir à ce sujet *Ciment du St-Laurent inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, 2008 CSC 64, paragr. 113.

[1193] Sous ce rapport, rien n'empêche qu'une ordonnance du Tribunal soit éventuellement rendue afin que les banques visées cernent les noms des détenteurs de cartes de crédit personnelles concernées et leurs adresses. Il est aussi possible de limiter les réponses à obtenir des consommateurs afin de faciliter le processus des réclamations individuelles. L'audience tenue permet de préciser les paramètres et les conditions d'exercice de ce processus.

[1194] Autrement dit, l'on peut cerner les enjeux véritables qui conditionnent les réclamations individuelles, sans aggraver la responsabilité des banques, mais en évitant de rendre la procédure de réclamation inutilement fastidieuse ou potentiellement litigieuse, au point de la scléroser totalement.

[1195] De ce point de vue, cela commande en premier lieu que les ordonnances de recouvrements individuels renvoient à des descriptions des sous-groupes qui soient précises et ciblées.

[1196] Cela requiert d'abord de les limiter aux consommateurs, soit les personnes physiques qui ont conclu un contrat de crédit variable avec les banques pour une fin autre que leur commerce. Cela exige ensuite de limiter les descriptions aux contrats de crédit variable formés par ces personnes au Québec après le 17 avril 2000.

[1197] En second lieu, pour éviter tout débat inutile en regard de ces réclamations individuelles, il est à propos d'écarter ce qui, de l'avis du Tribunal, ne revêt dorénavant aucune pertinence compte tenu de ce jugement.

[1198] En sont, toutes les questions relatives à la renonciation alléguée des membres du groupe ou à la nécessité d'établir le préjudice subi par chacun. Il s'agit de questions collectives que le Tribunal a résolues en rejetant les arguments proposés sur ces sujets.

[1199] Également, pour les raisons déjà explicitées, il en va de même pour les arguments des banques relatifs aux pourcentages des frais de conversion que certaines retournent à Visa ou TRS, à l'identité du payeur des frais de conversion perçus, au statut de consommateur des membres du groupe et au lieu de leur résidence habituelle.

[1200] Les remarques déjà formulées sur ces questions s'appliquent ici aussi.

[1201] Partant, selon le Tribunal, au stade des réclamations individuelles des membres des sous-groupes pour le remboursement des frais de conversion facturés illégalement, les seules questions qui doivent être vidées se limitent à une simple confirmation :

- a) du statut de consommateur de chacun des membres;
- b) de la résidence de chacun des membres au Québec au moment de la formation du contrat;
- c) du fait que les frais de conversion facturés ont été payés; et
- d) du fait que le contrat s'est formé après la date de prescription applicable.

[1202] Dans ce contexte, il semble que l'on pourrait aisément réaliser un recouvrement individuel optimal à partir des données dont disposent les banques. La preuve documentaire versée au dossier confirme que ces données sont généralement disponibles pour les années en question. Le processus de réclamation pourrait ainsi être initié à partir de ces données plutôt que par le dépôt de réclamations individuelles de la part de chaque membre du sous-groupe.

[1203] Par exemple, rien n'empêcherait que les banques initient le processus de réclamations individuelles par l'envoi d'une lettre aux personnes identifiées dans leurs registres détenant une carte de crédit personnelle et pour laquelle des frais de conversion de devises ont été facturés pendant la période applicable.

[1204] Cette lettre pourrait se lire en partie comme ceci :

Cher détenteur de carte,

Selon les données de nos registres, vous résidez au Québec et êtes détenteur d'une carte de crédit personnelle à qui des frais de conversion de devises étrangères ont été facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre XXXX.

À ce titre, à la suite d'un jugement rendu par la Cour supérieure du Québec le xxx 2009, vous êtes éligible à recevoir un remboursement des frais de conversion de devises ainsi facturés et qui ont été payés.

Afin de confirmer votre éligibilité à ces remboursements, nous vous prions de nous confirmer, par retour du courrier, les informations suivantes:

	oui	non
<i>a) Entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre XXXX, au moment de la première utilisation de votre carte de crédit ou de tout renouvellement subséquent de celle-ci, votre intention était d'utiliser votre carte de crédit pour des fins personnelles et, au moins en partie, pour des fins autres que votre commerce ?</i>		
<i>b) Entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre XXXX, lors de l'utilisation de votre carte de crédit ou de tout renouvellement subséquent de celle-ci, vous étiez résident au Québec ?</i>		
<i>c) Les frais de conversion de devises étrangères qui vous ont été facturés entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre XXXX ont été payés ?</i>		
<i>d) Entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre XXXX, la date de la première utilisation de votre carte de crédit ou de tout renouvellement subséquent de celle-ci est survenue aux environs du _____.</i>		

[1205] Une telle lettre devrait certainement devoir s'ajuster selon la situation particulière de chaque banque. Elle pourrait aussi tenir compte de la question des dommages punitifs accordés là où ils sont pertinents.

[1206] Voilà qui fait bien ressortir qu'en l'espèce, même si la mécanique du recouvrement individuel s'impose à certains égards, cette modalité peut s'avérer relativement simple dans la mesure où ses paramètres et conditions d'exercice sont bien circonscrits.

[1207] Aussi, au-delà de descriptions du groupe qui seront plus ciblées et séparées en sous-groupes pour chacune des banques, les conclusions du jugement prévoient une nouvelle convocation des parties afin d'arrêter de façon plus précise ces modalités et conditions en regard des commentaires qui précèdent.

2) les dommages punitifs³⁵⁴

[1208] Au-delà du remboursement des frais de conversion imputés illégalement aux membres du groupe, MM. Marcotte et Laparé réclament aussi le paiement de dommages punitifs de l'ordre de 266 771 561 \$. Le détail précis pour chacune des banques se trouve au paragraphe 15 de ce jugement.

[1209] MM. Marcotte et Laparé appuient cette demande sur les violations de la *LPC* reprochées aux banques. Quoique leurs procédures réfèrent aussi à de prétendues violations de la *Charte québécoise des droits et de la personne*, leurs avocats n'en traitent nullement en argument écrit ou oral. L'on a attiré l'attention du Tribunal sur aucun fait qui pourrait étayer, même de façon lointaine, de telles violations.

[1210] Sous la *LPC*, il est acquis que la source du droit à des dommages punitifs se limite aux violations couvertes par l'article 272. En l'espèce, seules les violations des articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et des articles 55 à 61 de son Règlement d'application, d'une part, et celles de l'article 12 *LPC*, d'autre part, peuvent donc justifier l'octroi de dommages punitifs aux termes de l'article 272 *in fine*.

[1211] Tel que discuté antérieurement, le Tribunal est d'avis qu'en regard des autres violations de la *LPC* qui touchent les banques, il s'agit de recours couverts par l'article 271, ce qui ne donne pas ouverture à de tels dommages.

[1212] Cela dit, quoique MM. Marcotte et Laparé réclament des sommes colossales à ce titre, ils fournissent, en dernière analyse, bien peu d'explications et de justifications à l'octroi de ce qu'ils recherchent.

a) la méthode de calcul proposée

[1213] Sur ce plan, la méthode de calcul qu'ils préconisent est inédite. Ils ne calculent pas un montant de dommages punitifs par membre du groupe visé. Ils l'établissent plutôt sur la foi d'un multiple du chiffre qu'ils proposent pour la valeur totale des frais de conversion illégalement facturés par chaque banque.

[1214] Ce multiple est de 1,0 si l'institution financière visée n'a pas enfreint l'article 12 *LPC*. Quant à celles à qui ils reprochent un défaut de divulgation, ce multiple passe à 1,25 ou 1,50, selon la durée de l'absence de divulgation reprochée.

³⁵⁴ Dans cette partie du jugement, les sections a), b) et c) sont essentiellement identiques dans les dossiers *Marcotte-Banques* et *Marcotte-Desjardins*.

[1215] La méthode de MM. Marcotte et Laparé ne s'appuie sur aucune autorité doctrinale ou jurisprudentielle. Elle donne d'ailleurs des résultats quelque peu ahurissants, pour dire le moins. En outre, la modulation du multiple allant de 1 à 1,5, selon l'absence ou non de divulgation des frais de conversion aux membres du groupe, est fort discutable, que ce soit dans son établissement ou dans son application.

[1216] Ainsi, pour les cinq banques à qui il reproche un défaut de divulgation, MM. Marcotte et Laparé suggèrent un multiple de 1,25 des frais de conversion à rembourser, au motif qu'il y aurait lieu d'ajouter 25 % de « pénalité additionnelle » dans leur cas. Cette modulation passe à 1,5 pour Desjardins, compte tenu du fait que la période d'absence de divulgation des frais serait la plus longue dans son cas.

[1217] Pour Desjardins, ce facteur additionnel de 50 % n'a pas sa place pour une raison bien simple. Le Tribunal ne retient pas l'argument d'absence de divulgation soulevé et rejette la violation alléguée de l'article 12 *LPC* en ce qui la concerne.

[1218] Pour ce qui est des cinq autres banques, non seulement cette modulation additionnelle de 25 % est-elle arbitraire et sans justification quelconque, mais son application fait ressortir son caractère inapproprié et les résultats aberrants qui en découlent.

[1219] À preuve, en raison d'une absence de divulgation des frais de conversion pour une période somme toute limitée (dans tous les cas inférieure à 3 ans), MM. Marcotte et Laparé appliquent ce multiple additionnel non pas aux frais de conversion perçus pendant la période en question mais, au contraire, à ceux de toute la période couverte par la description du groupe.

[1220] Par exemple, dans le cas de Citibanque, les frais de conversion perçus pour la période d'absence de divulgation reprochée dépassent à peine les 400 000 \$³⁵⁵. Or, l'application du multiple additionnel aux frais de conversion de l'ensemble du groupe fait en sorte que les dommages punitifs sont augmentés de plus de 1,2 million de dollars (soit 5 103 127 \$ multiplié par 125 %, ou 6 379 033 \$).

[1221] Avec égards, voilà qui défie la logique et le sens commun. Cela démontre aisément l'absence de fondement et l'arbitraire qui caractérise cette méthode de calcul inédite et peu orthodoxe.

[1222] La modulation suggérée de 1,25 ou de 1,50 est écartée, car injustifiée.

[1223] Malgré ce constat, il n'en reste pas moins que MM. Marcotte et Laparé réclament, au minimum, des dommages punitifs égaux aux montants des frais de conversion qui doivent être remboursés par les banques. Même là, les sommes réclamées restent peu banales. Pour l'ensemble des banques, l'on parle d'un total de plus de 240 000 000 \$.

³⁵⁵ Pièce P-154.

[1224] Avec égards encore une fois, la méthode d'un multiple quelconque des frais de conversion à rembourser pour la période visée n'est guère plus justifiée dans ce cas.

[1225] Sous ce rapport, les corrélations ou justifications que MM. Marcotte et Laparé proposent en argument sur la foi du nombre total de détenteurs de cartes de crédit personnelles de chacune des banques signifient peu de chose³⁵⁶.

[1226] En effet, les membres du groupe ne sont pas établis en fonction de ce critère. Le groupe visé n'inclut que les détenteurs de cartes de crédit personnelles qui ont fait des transactions en devises étrangères. Cela est bien différent du nombre total de détenteurs de cartes de crédit personnelles durant la période ciblée par le recours collectif. Le Tribunal ignore tout de la première des deux données. MM. Marcotte et Laparé ne l'ont pas établie de quelque façon.

[1227] Pourtant, un immense fossé sépare les deux. Qu'il suffise de mentionner l'exemple que fournit BMO pour la seule année 2007³⁵⁷. Pour ses cartes dites actives au Québec durant l'année, moins de la moitié des détenteurs ont effectué au minimum une transaction en devises étrangères.

[1228] À la différence du dossier connexe **Adams-Amex** où l'on a fourni au Tribunal une évaluation, preuve d'expert à l'appui, du nombre de détenteurs qui ont utilisé leur carte pour effectuer des achats en devises étrangères, cette information n'est pas disponible dans ce dossier, et ce, pour toutes les banques.

[1229] Somme toute, la méthode de calcul préconisée par MM. Marcotte et Laparé mène à une impasse. Qu'à cela ne tienne, le Tribunal doit néanmoins analyser les critères applicables et déterminer si des dommages punitifs se justifient sous quelque aspect, et dans l'affirmative, à hauteur de combien.

b) les critères applicables aux dommages punitifs

[1230] En matière de dommages punitifs réclamés aux termes de la *LPC*, il est acquis qu'une preuve de mauvaise foi de la part du commerçant n'est pas requise³⁵⁸. L'objectif en est un de dissuasion. Il importe surtout de prévenir de semblables comportements de la part d'autres commerçants dans le futur.

[1231] Pour que de tels dommages soient accordés, la doctrine enseigne qu'il suffit que la conduite du commerçant démontre une insouciance face à la *LPC* ou face au comportement qu'elle cherche à réprimer. L'attitude du commerçant visé est donc un facteur important dans l'analyse³⁵⁹.

³⁵⁶ Voir entre autres pièces P-207 (BMO), P-153 (Citibanque), P-73 (BN), P-146 (Amex) et P-136 (TD).

³⁵⁷ Pièce P-207.

³⁵⁸ *Lambert c. Minerve Canada*, [1998] R.J.Q. 1740, 1751 (C.A.) (l'arrêt **Minerve Canada**).

³⁵⁹ Claude MASSE, *Loi sur la protection du consommateur : Analyse et commentaires*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 1000-1001.

[1232] En matière de *LPC*, la professeure Nicole l'Heureux confirme l'importance de la conduite du contrevenant à cet égard. Selon elle, l'octroi de dommages-intérêts punitifs se justifie lorsque ce dernier manifeste une attitude antisociale ou particulièrement répréhensible. Elle parle d'une insouciance sérieuse des droits du consommateur pour justifier la sanction supplémentaire et prévenir la récidive³⁶⁰.

[1233] Par ailleurs, en droit québécois, tout octroi de dommages punitifs, y compris ceux en vertu de la *LPC*, demeure assujetti aux critères de l'article 1621 *C.c.Q.* :

1621. Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.

[1234] Aussi, d'un côté, les dommages-intérêts punitifs ne peuvent excéder en valeur ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ce facteur reste essentiel à leur octroi. De l'autre côté, ces dommages-intérêts punitifs s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, dont la gravité de la faute du débiteur, sa situation patrimoniale et l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu.

[1235] Le critère de la prise en charge du paiement réparateur par un tiers n'est ni applicable, ni pertinent dans les faits de ce dossier.

[1236] Quant aux autres critères, leur application dans les circonstances varie selon les violations de la *LPC* dont on traite.

c) les articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et 55 à 61 de son Règlement d'application

[1237] En regard des violations des articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et des articles 55 à 61 de son Règlement d'application, ce qui concerne toutes les banques, le Tribunal est d'avis que le seul facteur qui milite en faveur de l'octroi de dommages-intérêts punitifs demeure la situation patrimoniale des banques.

[1238] Pour ces institutions financières, l'octroi de dommages-intérêts punitifs de l'ordre de ce qui est réclamé demeure somme toute modeste en comparaison de leur bénéfice

³⁶⁰ Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 401, 402 et 404; voir au même effet, *Systèmes Techno-pompes inc. c. Tremblay*, [2006] R.J.Q. 1791 (C.A.).

net des deux ou trois dernières années³⁶¹. Leur capacité de les payer ne semble pas y faire obstacle.

[1239] Toutefois, le Tribunal est d'avis que cela ne suffit pas à octroyer des dommages-intérêts punitifs dans les circonstances de ces violations. Dans l'exercice de sa discrétion en la matière, le Tribunal estime en effet que tous les autres facteurs militent contre l'octroi de cette sanction supplémentaire sur ce point.

[1240] Premièrement, l'étendue de la réparation à laquelle les banques sont tenues en regard du remboursement des frais de conversion est fort étendue. Simplement de ce point de vue, la fonction préventive que cherche à sanctionner l'octroi de dommages-intérêts punitifs est, de l'avis du Tribunal, déjà bien respectée.

[1241] De surcroît, sous cet angle, les coûts évidents qui seront encourus par les banques dans la mise en place des mécanismes requis pour s'assurer que les réclamations des membres sont payées participent aussi à l'effet dissuasif que chercherait à atteindre l'octroi de dommages-intérêts punitifs.

[1242] Deuxièmement, la preuve en l'espèce ne permet pas de remettre en question l'attitude des banques en ce qui concerne les violations des articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et des articles 55 à 61 de son Règlement d'application. À ce chapitre, l'on ne saurait qualifier leur conduite d'insouciance, ni leur comportement de dérogatoire et répréhensible envers les consommateurs.

[1243] Au contraire, MM. Marcotte et Laparé conviennent tous deux que les pratiques suivies par les banques quant aux transactions en devises étrangères portées sur les cartes de crédit s'avèrent non seulement utiles et avantageuses, mais fort appréciées³⁶².

[1244] De l'avis de ces personnes, seuls représentants identifiés aux fins du recours, la possibilité d'utiliser la carte de crédit lors de transactions en devises étrangères est pratique. Ils ajoutent que les taux de change globaux qui incluent les frais de conversion restent, à leurs yeux, les plus compétitifs et les plus avantageux sur le marché.

[1245] De ce point de vue, l'on semble fort loin du comportement d'un citoyen corporatif irresponsable.

[1246] Troisièmement, en regard des frais de conversion, la méthode de calcul préconisée par les banques est fondée sur le concept d'utilisateur-payeur. Le détenteur de carte qui procède à des transactions en devises étrangères en assume les coûts.

³⁶¹ Voir pièces P-156 (Citibank), P-119 (BN), P-125 (BMO), P-151 (Amex), P-180 (BL), P-201 (RBC), P-135 (TD), P-130 (BNE) et P-165 (CIBC).

³⁶² Voir interrogatoires préalables de M. Marcotte (20 septembre 2004 (Desjardins) et 2 octobre 2006 (BMO)) et de M. Laparé (6 février 2007 (Amex)).

[1247] Certes, l'interprétation retenue par le Tribunal quant à la nature véritable de ces frais de conversion et leur qualification comme frais de crédit risque de faire en sorte que cette approche doive être changée éventuellement, soit pour inclure ces frais de conversion dans le taux de crédit, soit pour les inclure dans les frais annuels. Cependant, le Tribunal ne peut pour autant qualifier cette méthode d'exploitation du consommateur ou de forme d'encouragement à son endettement.

[1248] Il semble d'ailleurs assez paradoxal de vouloir condamner à des millions de dollars de dommages-intérêts punitifs des entreprises dont on vante les produits comme étant utiles, pratiques, avantageux et appréciés.

[1249] Cela s'avère d'autant plus vrai que l'essentiel de la polémique sur la qualification des frais de crédit demeure un débat d'interprétation législative légitime, doublé d'un débat constitutionnel tout aussi réel. Quoiqu'en dernière analyse, le Tribunal estime erronées les positions adoptées par les banques sur ces deux points névralgiques, il n'en reste pas moins qu'il s'agissait de débats sérieux.

[1250] Enfin, quatrièmement, toute demande de dommages punitifs demeure une réparation exceptionnelle en droit québécois. En toute logique, elle doit normalement se justifier en présence de comportements ou de fautes qui satisfont strictement aux critères applicables. Le fardeau de le démontrer repose sur les épaules de la partie qui revendique de tels dommages. Ici, le Tribunal est d'avis que ce fardeau n'est pas satisfait en regard des violations des articles dont on parle.

[1251] À cet égard, le Tribunal note d'ailleurs que les autorités sur lesquelles s'appuient MM. Marcotte et Laparé se distinguent grandement de la situation du présent dossier.

[1252] Dans les affaires *Minerve Canada*³⁶³, *Household Finance*³⁶⁴ et *Pearl c. Investissements Contempra Itée*³⁶⁵, les comportements reprochés aux commerçants s'avéraient nettement plus répréhensibles. Fautes évidentes, violations planifiées de la loi, comportements et méthodes utilisés choquants, etc.

[1253] Qui plus est, aucune autorité citée n'appuie un octroi de dommages-intérêts punitifs aux termes de l'article 272 *LPC* pour des sommes excédant 150 \$ par membre. La plupart se situent autour de 100 \$ par membre, voire moins³⁶⁶. Bien sûr, aucune condamnation n'approche celle recherchée ici en termes de quotité.

³⁶³ Précité, note 358.

³⁶⁴ Précité, note 39.

³⁶⁵ AZ-95021842 (C.S.)

³⁶⁶ Voir, à ce sujet, les arrêts *Minerve Canada* et *Household Finance*, de même que les jugements de la Cour supérieure dans les affaires *Pearl c. Investissements Contempra Itée*, précité, note 365; *Riendeau c. Brault & Martineau*, [2007] R.J.Q. 2620 (C.S.) (en appel); *ACEF du Centre de Montréal c. Service d'aide à l'emploi national MT inc.*, LPJ94-4364 (C.S.); *ACEF Sud-Ouest de Montréal c. Arrangements alternatifs de crédit du Québec inc.*, AZ-893021738 (C.S.); *ACEF du Centre de*

[1254] La demande d'octroi de dommages punitifs est donc rejetée en ce qui concerne les violations des articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* et des articles 55 à 61 de son Règlement d'application.

d) l'article 12 *LPC*

[1255] En regard maintenant des violations de l'article 12 *LPC*, ce qui ne concerne que cinq banques, le Tribunal considère que la réponse doit être différente.

[1256] Dans ce cas, il s'agit de situations où il n'y a eu aucune divulgation quelle qu'elle soit des frais de conversion, que ce soit sous forme de pourcentage ou autrement, et ce, pour une période bien identifiée.

[1257] L'absence totale de divulgation n'est pas anodine, ni seulement ponctuelle. Elle s'étend sur plusieurs mois, voire quelques années. Quitte à le redire, cette absence de divulgation ne cesse qu'aux moments suivants pour chacune des banques concernées : Citibanque (avril 2001), TD (septembre 2001), BMO (septembre 2002), BNC (janvier 2003) et Amex (février 2003).

[1258] Cette violation est sérieuse et fait fi d'un objectif de protection fondamental de la *LPC*. Celui que le consommateur soit bien informé de toutes les conditions de son contrat pour qu'il puisse faire un choix éclairé en connaissant précisément ce à quoi il s'engage.

[1259] Or, aucune des cinq banques concernées ne fournit d'explications ou de justifications à cette absence de divulgation de ces frais de conversion. Voilà qui étonne. À la différence des violations des articles 72, 83, 91 et 92 *LPC* déjà traitées, l'on cherche en vain un fondement légitime à la pratique, que ce soit d'un point de vue d'affaires ou autrement.

[1260] À ce chapitre, le comportement décrié des cinq banques demeure répréhensible et inacceptable. L'insouciance à l'endroit des consommateurs est sérieuse. La sanction supplémentaire des dommages punitifs se justifie dans cette mesure.

[1261] Cependant, en regard de chacune de ces cinq banques, l'étendue de ces dommages punitifs ne peut s'établir sur une base globale.

[1262] D'un côté, quitte à le redire, la méthode d'un multiple quelconque des frais de conversion à rembourser pour la période visée est, ici aussi, arbitraire, injustifiée et mal fondée.

[1263] De l'autre côté, établir une somme globale sur la foi du nombre de membres du groupe est impossible, car cette donnée est inconnue. Tel que souligné, contrairement

au dossier connexe **Adams-Amex** où on l'a fourni au Tribunal, aucune évaluation du nombre de détenteurs qui ont utilisé leur carte pour effectuer des achats en devises étrangères n'est disponible dans ce dossier.

[1264] Il s'ensuit que le Tribunal ne peut fixer qu'une somme de dommages punitifs raisonnable par membre, sans plus. Celle-ci devra faire l'objet d'un recouvrement individuel, et ce, uniquement pour les membres affectés durant les périodes identifiées.

[1265] Dans le dossier connexe **Adams-Amex**, la somme établie sous ce chef de dommages est d'environ 75 \$ à 100 \$ par membre. Elle tient compte à la fois des précédents jurisprudentiels en la matière et d'une durée de dix ans d'absence de divulgation dans ce cas.

[1266] Ici, en tenant compte des mêmes précédents, la somme se doit d'être beaucoup moindre. La durée des violations reprochées est sensiblement plus courte. Elle varie d'environ un an (Citibanque) à près de trois ans (BNC et Amex).

[1267] Aussi, en regard des critères applicables, le Tribunal estime raisonnable de limiter ces dommages punitifs à une somme de 25 \$ par membre.

[1268] Cet octroi de dommages punitifs ne concerne bien sûr que BMO, Citibanque, BNC, Amex et TD. Il se limite également aux seuls membres du groupe qui ont payé à ces banques des frais de conversion de devises étrangères pendant les périodes déjà identifiées d'absence de divulgation reprochée à chacune.

e) le mode de recouvrement

[1269] Quoiqu'en disent MM. Marcotte et Laparé, en regard des dommages punitifs qui ne touchent que BMO, Citibanque, BNC, Amex et TD, le recouvrement collectif ne peut être ordonné, vu l'impossibilité de déterminer le montant total des réclamations des membres à l'endroit de l'une ou l'autre de ces banques.

[1270] Seul un recouvrement individuel s'avère possible, à raison de 25 \$ par membre concerné. Les commentaires précédents relatifs à la création de sous-groupes et aux mécanismes de recouvrement individuel sont tout aussi valables ici.

[1271] Il y a donc lieu de prévoir un sous-groupe particulier pour ces cinq banques en ce qui concerne uniquement ces dommages punitifs.

3) récapitulatif

[1272] Il convient de résumer.

[1273] Au plan des conclusions qui sont retenues, le Tribunal considère à propos d'inclure une description plus précise du groupe et de le séparer en deux ou trois sous-groupes selon les banques concernées.

[1274] Pour les frais de conversion de devises, le Tribunal estime qu'un recouvrement collectif s'impose à l'endroit de BMO, Citibanque et BNC pour les années 2001 à 2007, à l'endroit d'Amex pour les années 2003 à 2007 et à l'endroit de RBC, CIBC, BNE et BL pour les années 2004 (2005) à 2007, à hauteur des montants suivants. Ce sont les premiers sous-groupes dans chaque cas :

BANQUES	PÉRIODE	MONTANTS
RBC	2004-2007	36 261 380 \$
CIBC	2005-2007	38 349 506 \$
BNE	2004-2007	4 055 630 \$
BL	2004-2007	3 038 853 \$
BMO	2000-2007	27 086 737 \$
BNC	2000-2007	33 764 531 \$
Citibanque	2000-2007	5 103 227 \$
Amex	2003-2007	8 275 300 \$

[1275] Pour les années 2000 à 2002, 2003 ou 2004, le recouvrement individuel de ces frais reste la seule voie raisonnable disponible dans la situation d'Amex, de RBC, BNE et BL, et de CIBC. Cela concerne leurs deuxièmes sous-groupes :

BANQUES	PÉRIODE
RBC	2000-2003
CIBC	2000-2004
BNE	2000-2003
BL	2000-2003
TD	2000-2007
Amex	2000-2002

[1276] En regard de TD, seul le recouvrement individuel des frais de conversion demeure possible pour toutes les années allant de 2001 à 2007. C'est le premier sous-groupe qui la concerne.

[1277] En ce qui touche les dommages punitifs, ils ne sont octroyés qu'en regard de BMO, Citibanque, BNC, Amex et TD. Ce sont les deuxièmes sous-groupes qui les concernent, sauf dans le cas d'Amex pour qui il s'agit du troisième sous-groupe.

[1278] Dans tous les cas, des modalités d'exécution, de liquidation et de distribution devront être arrêtées ultérieurement.

4) l'ordonnance quant aux documents

[1279] Il ne reste plus qu'à traiter de l'ordonnance que revendiquent MM. Marcotte et Laparé en regard de la conservation des documents pertinents par les banques. La demande est formulée à la toute fin du procès, sans que l'on en ait traité de quelque façon.

[1280] En l'absence d'une quelconque preuve à l'appui de cette revendication qui survient très tardivement, et devant la collaboration dont ont fait preuve la plupart des banques dans le cadre de l'instance jusqu'à maintenant, l'ordonnance recherchée apparaît pour le moins prématurée.

[1281] Au stade actuel, il n'y a pas lieu d'y astreindre les banques en l'absence de circonstances le justifiant.

VII DISPOSITIF

POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[1282] **ACCUEILLE** le recours collectif;

[1283] **DÉFINIT** le Groupe comme suit :

A) BANQUE ROYALE DU CANADA

1) Premier Sous-groupe (recouvrement collectif-2004 à 2007) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 1^{er} novembre 2000 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Royale du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 1^{er} novembre 2003 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-2000 à 2003) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 octobre 2003, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Royale du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 octobre 2003;

- dont les frais ainsi facturés ont été payés; et
- dont la première utilisation, soit de la carte initiale ou de son renouvellement subséquent, est survenue après le 17 avril 2000.

B) BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE

1) Premier Sous-groupe (recouvrement collectif-2005 à 2007) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Canadienne Impériale de Commerce** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 1^{er} janvier 2005 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-2000 à 2004) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2004, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Canadienne Impériale de Commerce** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2004;
- dont les frais ainsi facturés ont été payés; et
- dont la première utilisation, soit de la carte initiale ou de son renouvellement subséquent, est survenue après le 17 avril 2000.

C) BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE

1) Premier Sous-groupe (recouvrement collectif-2004 à 2007) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque de Nouvelle-Écosse** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-2000 à 2003):

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2003, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque de Nouvelle-Écosse** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2003;
- dont les frais ainsi facturés ont été payés; et
- dont la première utilisation, soit de la carte initiale ou de son renouvellement subséquent, est survenue après le 17 avril 2000.

D) BANQUE LAURENTIENNE DU CANADA**1) Premier Sous-groupe (recouvrement collectif-2004 à 2007) :**

Toutes les personnes physiques qui, entre le 1^{er} janvier 2001 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Laurentienne du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 1^{er} janvier 2004 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-2000 à 2003) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2003, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Laurentienne du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2003;
- dont les frais ainsi facturés ont été payés; et
- dont la première utilisation, soit de la carte initiale ou de son renouvellement subséquent, est survenue après le 17 avril 2000.

E) BANQUE DE MONTRÉAL

1) Premier Sous-groupe (recouvrement collectif-2000 à 2007) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque de Montréal** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-dommages punitifs) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} septembre 2002, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque de Montréal** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} septembre 2002; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

F) BANQUE NATIONALE DU CANADA

1) Premier Sous-groupe (recouvrement collectif-2000 à 2007) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Nationale du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-dommages punitifs) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} janvier 2003, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Nationale du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} janvier 2003; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

G) CITIBANQUE CANADA

1) Premier Sous-groupe (recouvrement collectif-2000 à 2007) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par **Citibanque Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-dommages punitifs) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} avril 2001, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par **Citibanque Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} avril 2001; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

H) BANQUE TORONTO-DOMINION

1) Premier Sous-groupe (recouvrement individuel-2000 à 2007) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Toronto-Dominion** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-dommages punitifs) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} septembre 2001, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Toronto-Dominion** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} septembre 2001; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

I) BANQUE AMEX DU CANADA**1) Premier Sous-groupe (recouvrement collectif-2003 à 2007) :**

Toutes les personnes physiques qui, entre le 1^{er} janvier 2003 et le 31 décembre 2007, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Amex du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 1^{er} janvier 2003 et le 31 décembre 2007; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

2) Deuxième Sous-groupe (recouvrement individuel-2000 à 2002) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2002, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Amex du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2002; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

3) Troisième Sous-groupe (recouvrement individuel-dommages punitifs) :

Toutes les personnes physiques qui, entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} février 2003, pour une fin autre que leur commerce, ont utilisé une carte de crédit personnelle émise par la **Banque Amex du Canada** et :

- qui résidaient dans la province de Québec lors de l'utilisation de leur carte;
- qui se sont fait facturer des frais de conversion pour des transactions en devises étrangères entre le 17 avril 2000 et le 1^{er} février 2003; et
- dont les frais ainsi facturés ont été payés.

[1284] **DÉCLARE** que les frais de conversion de devises imposés par les défenderesses aux membres du groupe entre le 17 avril 2000 et le 31 décembre 2007 pour des transactions effectuées en devises étrangères l'ont été illégalement, en contravention de la *Loi sur la protection du consommateur*;

[1285] **ORDONNE** aux défenderesses suivantes de rembourser aux membres des Premiers Sous-groupes qui les concernent les frais de conversion de devises ci-après énumérés qu'elles leur ont illégalement imposés pour les transactions effectuées en devises étrangères, plus les intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle prévue au *Code civil du Québec* à compter du 17 avril 2003 ou du 31 décembre de l'année durant laquelle les frais ont été imposés, selon la plus récente des deux dates, et **ORDONNE** les recouvrements collectifs de ces sommes, selon les modalités à être établies ultérieurement par le Tribunal :

- A) pour le Premier Sous-groupe concernant la **Banque Royale du Canada**, la somme de **36 261 380 \$**;
- B) pour le Premier Sous-groupe concernant la **Banque Canadienne Impériale de Commerce**, la somme de **38 349 506 \$**;
- C) pour le Premier Sous-groupe concernant la **Banque de Nouvelle-Écosse**, la somme de **4 055 630 \$**;
- D) pour le Premier Sous-groupe concernant la **Banque Laurentienne du Canada**, la somme de **3 038 853 \$**;
- E) pour le Premier Sous-groupe concernant la **Banque de Montréal**, la somme de **27 086 737 \$**;
- F) pour le Premier Sous-groupe concernant la **Banque Nationale du Canada**, la somme de **33 764 531 \$**;
- G) pour le Premier Sous-groupe concernant **Citibanque Canada**, la somme de **5 103 227 \$**;
- H) pour le Premier Sous-groupe concernant la **Banque Amex du Canada**, la somme de **8 075 300 \$**;

[1286] **ORDONNE** aux défenderesses **Banque Royale du Canada, Banque Canadienne Impériale de Commerce, Banque de Nouvelle-Écosse, Banque Laurentienne du Canada et Banque Amex du Canada** de rembourser aux membres des Deuxièmes Sous-groupes qui les concernent, et à la **Banque Toronto-Dominion** de rembourser aux membres du Premier Sous-groupe qui la concerne, les frais de conversion de devises qu'elles leur ont illégalement imposés pour les transactions effectuées en devises étrangères, plus les intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle prévue au *Code civil du Québec* à compter du 17 avril 2003 ou du 31 décembre de l'année durant laquelle les frais ont été imposés, selon la plus récente des deux dates, et **ORDONNE** que les réclamations des membres de ces Deuxièmes Sous-

groupes et de ce Premier Sous-groupe fassent l'objet de réclamations individuelles, selon les modalités à être établies ultérieurement par le Tribunal;

[1287] **ORDONNE** aux défenderesses **Banque de Montréal, Banque Nationale du Canada, Citibanque Canada** et **Banque Toronto-Dominion** de verser à chacun des membres des Deuxièmes Sous-groupes qui les concernent, et à **Banque Amex du Canada** de verser à chacun des membres du Troisième Sous-groupe qui la concerne, une somme de 25 \$ à titre de dommages punitifs, plus les intérêts au taux légal et l'indemnité additionnelle prévue au *Code civil du Québec* à compter du 17 avril 2003, et **ORDONNE** que les réclamations des membres de ces Deuxièmes Sous-groupes et de ce Troisième Sous-groupe fassent l'objet de réclamations individuelles, selon les modalités à être établies ultérieurement par le Tribunal;

[1288] **REJETTE** la réclamation de dommages punitifs à l'encontre des défenderesses **Banque Royale du Canada, Banque Canadienne Impériale de Commerce, Banque de Nouvelle-Écosse** et **Banque Laurentienne du Canada**;

[1289] **RECONVOQUE** les parties devant le Tribunal, à une date à être déterminée dans un délai de trente (30) jours suivant la date à laquelle ce jugement deviendra final, afin d'entendre les représentations de chacun sur :

- a) l'opportunité de déposer les montants établis pour les recouvrements collectifs des Premiers Sous-groupes au greffe de la Cour ou auprès d'un établissement financier exerçant son activité au Québec, et ce, en regard de chaque défenderesse concernée;
- b) les modalités applicables aux réclamations individuelles des membres du Premiers Sous-groupes, Deuxièmes Sous-groupes et Troisième Sous-groupes, et ce, en regard de chaque défenderesse concernée;
- c) les mécanismes de liquidation ou de distribution des montants accordés aux membres des Premiers Sous-groupes, Deuxièmes Sous-groupes et Troisième Sous-groupes, et ce, en regard de chaque défenderesse concernée;
- d) l'opportunité de prévoir toute autre mesure susceptible de simplifier l'exécution de ce jugement;
- e) la publication des avis aux membres requis en regard des descriptions des Premiers Sous-groupes, Deuxièmes Sous-groupes et Troisième Sous-groupes prévues à ce jugement;

[1290] **AVEC DÉPENS** contre les défenderesses, y compris les frais d'avis et les frais relatifs aux modalités d'exécution de ce jugement.

CLÉMENT GASCON, J.C.S.

Me Philippe Trudel et Me Bruce Johnston
Trudel & Johnston
Avocats des demandeurs

Me André L'Espérance
Lauzon Bélanger
Avocats-conseils des demandeurs

Me Robert Charbonneau, Me Carl Souquet et Me Danielle Ferron
Borden, Ladner, Gervais
Avocats de la Banque de Montréal

Me Christine A. Carron et Me François-David Paré
Ogilvy, Renault
Avocats de la Banque Royale du Canada

Me Michel Deschamps et Me Donald Bisson
McCarthy, Tétrault
Avocats de la Banque Nationale du Canada et de la Banque de Nouvelle-Écosse

Me Sylvain Deslauriers et Me Anna Dell'Api
Deslauriers, Jeansonne
Avocats de la Banque Toronto-Dominion

Me Raynold Langlois et Me Delbie Desharnais
Langlois, Kronstrom, Desjardins
Avocats de la Fédération des Caisses Desjardins du Québec

Me Stephen Hamilton, Me Julie Girard et Me Mortimer Freiheit
Stikeman, Elliott
Avocats de la Banque Canadienne Impériale de Commerce et de la Banque
Laurentienne du Canada

Me Silvana Conte, Me Karim Renno, Me Éric Préfontaine et Me Mahmud Jamal
Osler, Hoskin, Harcourt
Avocats de Amex Bank of Canada

Me Robert J. Torralbo, Me Nassif BouMalhab et Me Claude Baril
Blake, Cassels & Graydon
Avocats de Citibanque Canada

Me Jean-François Jobin, Me Francis Demers et Me Samuel Chayer
Bernard Roy & Associés
Avocats du Procureur général du Québec

Me Marc Mignault
Papineau Renaud
Avocats du Président de l'Office de la protection du consommateur

Dates d'audience : 2, 3, 8, 9, 10, 11, 15, 16, 17, 18 et 29 septembre 2008
1, 2, 6, 7, 9, 14, 16, 27, 28, 29 et 30 octobre 2008
3, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 13, 24, 25, 26 et 27 novembre 2008.