L’arrêt Time fait encore couler de l’encre

31 juillet 2018

Cette publication a été écrite par Luc Thibaudeau, ex-associé de Lavery maintenant juge à la Chambre civile de la Cour du Québec, district de Longueuil.

Le droit de la consommation et la procédure d’action collective font bon ménage. Dans le récent arrêt *Girard*[1], la Cour d’appel du Québec, sous la plume de l’honorable Jacques Dufresne, rappelle certains principes devant guider les tribunaux de première instance dans l’analyse factuelle d’un dossier en droit de la consommation. Ce faisant, la Cour d’appel passe en revue et applique dans le contexte d’une action collective les enseignements de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Time*[2].

LA PRÉSOMPTION ABSOLUE DE PRÉJUDICE

L’arrêt *Time* concernait en un recours individuel institué par M. Jean-Marc Richard sur le fondement de fausses représentations quant à l’annonce faite par Time suivant laquelle il avait remporté le gros lot d’un concours auquel il n’avait pas participé.

Dans cette affaire qui mettait en cause une violation de la *Loi sur la protection du consommateur*[3], la Cour suprême a énoncé quatre critères pour déterminer si un consommateur peut bénéficier d’une présomption absolue de préjudice et, donc, de l’un des remèdes prévus à l’article 272 de la LPC :

1. La violation par le commerçant ou le fabricant d’une des obligations imposées par le titre II de la loi;
2. La prise de connaissance par le consommateur de la représentation constituant la pratique de commerce interdite;
3. La formation, la modification ou l’exécution d’un contrat de consommation subséquente à cette prise de connaissance;
4. Une proximité suffisante entre le contenu de la représentation et le bien ou le service visé par le contrat.[4]

L'affaire *Girard* pour sa part, se présentait comme une action collective fondée sur de fausses représentations quant au calcul d’un rabais offert par un prestataire de services de télédistribution, d’Internet et de téléphonie. Plus précisément, M. Girard reprochait au prestataire de services de ne pas avoir dénoncé à ses abonnés des frais de 1,5 % payables au Fonds pour l’amélioration de la programmation locale (FAPL) et de les avoir mal calculés.[5].La Cour supérieure a accueilli l'action collective et condamné le prestataire de service à verser aux membres du groupe près de 6,5 M$ en dommages compensatoires et 1 M$ en dommages punitifs. Le prestataire de services s'est pourvu en appel.

Fait particulier, la juge de première instance avait estimé ne pas avoir à recourir à la présomption irréfragable de préjudice énoncée dans l’arrêt *Time*, puisqu’il était manifeste que le consommateur avait subi un préjudice. Pour le juge Dufresne, il s’agissait là d’une erreur, mais qui ne justifiait pas

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

l'intervention de la Cour d'appel :

> En effet, aurait-elle mis en œuvre la vérification des quatre critères énoncés dans l'arrêt *Time* qu'elle aurait conclu néanmoins à la condamnation de l'appelante au remboursement des frais du FAPL versés par ses abonnés, membres du Groupe, au-delà du coût réel de leur forfait de télédistribution.[6]

En ce qui concerne le premier critère de la grille d'analyse, la Cour d'appel a opiné que les membres du groupe avaient été victimes d'une pratique de commerce interdite par la *Loi sur la protection du consommateur* en raison du calcul erroné des frais payables au FAPL.

En ce qui concerne le deuxième critère de la grille d'analyse, soit la prise de connaissance de la fausse représentation, le juge Dufresne souligne que les membres du groupe n'ont pas été informés de l'existence des frais au moment de la conclusion du contrat, ni de leur mode de calcul, le contrat comme la facture étant silencieux sur ce dernier point[7]. Le deuxième critère de l'arrêt *Time* était donc satisfait. Il faut en conclure que ce deuxième critère peut s'appliquer en raison d'une omission de la part du commerçant, en l'espèce, celle de dénoncer le mode de calcul.

Le troisième critère n'a pas fait l'objet d'un débat devant la Cour d'appel. Quant au quatrième critère, celui de la proximité suffisante, le prestataire de service alléguait que M. Girard avait admis dans son témoignage qu'il aurait contracté même s'il avait su que les frais FAPL étaient calculés erronément et que la situation ne présentait pas la *« proximité suffisante entre le contenu de la représentation* [le fait de se livrer à une pratique de commerce interdite] *et le bien ou service visé par le contrat »*[8] requise par l'arrêt *Time*. Suivant ce quatrième critère, « *la pratique interdite doit être susceptible d'influer sur le comportement adopté par le consommateur relativement à la formation* […] *du contrat de consommation* »[9]. Puisque M. Girard avait admis qu'il aurait contracté de toutes façons, on pouvait penser que l'omission de dévoiler le mode de calcul du FAPL n'avait aucune incidence sur la formation du contrat. Cependant, le juge Dufresne ne retient pas cet argument :

> [72] […] Les fausses représentations, c'est-à-dire l'omission de divulguer la méthode de calcul utilisée et ses répercussions, soit notamment le fait de percevoir plus des intimés que ce que l'appelante ne verse elle-même au CRTC pour le FAPL, étaient susceptibles d'influer sur leur décision de contracter avec l'appelante pour ses services de télédistribution aux conditions auxquelles ils ont effectivement contracté.[10]

Ainsi, suivant cet extrait, on pourrait penser que le quatrième élément de la grille d'analyse doit être appliqué de manière objective. Cette approche découlerait de l'utilisation, par la Cour suprême, des termes « *doit être susceptible d'influer sur le comportement adopté par le consommateur* »[11]. La Cour d'appel suggère ici que l'appréciation du quatrième élément de la grille d'analyse de Time doit être objective, considérant notamment les termes « doit être susceptible » employés par la Cour suprême. Pourtant, dans sa décision dans l'affaire *Dion,* rendue un peu plus tôt en 2015, une autre formation de la Cour d'appel avait adopté une approche subjective, *in concreto* :

> [85] The judge in first instance correctly applied the aforementioned to the instant case when she held that the last criterion had not been satisfied given the stipulation that the Consumers would have purchased or leased a vehicle had the charge in question been itemized or broken down. There was, accordingly, no nexus between the prohibited practice and the Consumers' behaviour. The Consumers' decision to pay the amount of the charge or to "perform the contract" was not influenced by the prohibited practice. Thus, there was no presumption of prejudice. [12]

Cette question mériterait d'être débattue de nouveau. Il est vrai qu'une approche objective profite aux consommateurs, puisqu'elle diminue leur fardeau de preuve. Cependant, il semble que l'objet du

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

troisième critère de la grille d'analyse de *Time* milite en faveur d'une approche plus factuelle, plus concrète. C'est d'ailleurs ce que révèle la version anglaise (originale) des motifs du juge Cromwell dans *Time* : « *that the consumer's seeing that representation resulted in the formation* […] *of the consumer contract* »[13]. L'utilisation de cette notion de « résultat » suggère au décideur de procéder à une analyse des faits d'espèce, de manière subjective. Pour ce qui est du quatrième critère, la version anglaise de la décision est aussi révélatrice : « *a sufficient nexus existed between the content of the representation and the goods or services covered by the contract* »[14]. Cette notion d'« existence » invite, elle aussi, à procéder à une analyse subjective.

Les recours en droit de la consommation doivent être exercés conformément aux règles du droit civil. C'est d'ailleurs un des enseignements de *Time*[15]. Une approche subjective paraît plus compatible avec les principes généraux de droit civil suivant lesquels un lien de causalité suffisant est nécessaire pour établir l'existence d'un droit d'action.

LA CONDAMNATION EN DOMMAGES PUNITIFS

Un autre aspect important de la décision de la Cour d'appel dans *Girard* est le volet « dommages punitifs ». Rappelons qu'en première instance, la première juge avait accordé, en sus de la condamnation monétaire de plus de six millions de dollars, une condamnation en dommages punitifs d'un million de dollars. En appel, la Cour a réduit cette condamnation à 200 000$.

S'appuyant une fois de plus sur l'arrêt *Time*, le juge Dufresne rappelle certains des principes qui doivent guider le tribunal dans l'octroi de dommages punitifs :

> [210] Lorsqu'un tribunal décide s'il accordera des dommages-intérêts punitifs, il doit mettre en corrélation les faits de l'affaire et les buts visés par ces dommages-intérêts et se demander en quoi, dans ce cas précis, leur attribution favoriserait la réalisation de ces objectifs. Il doit tenter de déterminer la somme la plus appropriée, c'est-à-dire la somme la moins élevée, mais qui permettrait d'atteindre ce but.[16]

Puis :

> Compte tenu de cet objectif et des objectifs de la *L.p.c.*, les violations intentionnelles, malveillantes ou vexatoires, ainsi que la conduite marquée d'ignorance, d'insouciance ou de négligence sérieuse de la part des commerçants ou fabricants à l'égard de leurs obligations et des droits du consommateur sous le régime de la *L.p.c.* peuvent entraîner l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Le tribunal doit toutefois étudier l'ensemble du comportement du commerçant lors de la violation et après celle-ci avant d'accorder des dommages-intérêts punitifs.[17]

Le juge Dufresne reconnaît que ces principes militent en faveur d'un octroi de dommages punitifs à titre de remède pour la violation de la L.p.c. Cependant, il estime que le montant de un million de dollars dépasse largement ce qui est indiqué dans les circonstances pour satisfaire l'atteinte des objectifs de la loi[18]. Il rappelle aussi que le montant des dommages punitifs octroyés, tout en étant suffisant pour assurer la fonction préventive de la L.p.c., doit être proportionnel à la gravité des manquements reprochés[19]. Or, de tous les facteurs à être pris en considération, la gravité du manquement reproché est le plus important[20].

Sur ce point, le juge Dufresne estime que, sans être bénigne, la gravité de la violation de la L.p.c. doit être relativisée. Il considère que la condamnation à des dommages-intérêts compensatoires de plus de six millions de dollars comporte un effet punitif non négligeable et a sûrement un effet dissuasif. Dans ce sens, le juge Dufresne estime que le jugement de la Cour supérieure ne cerne

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

pas adéquatement le comportement du prestataire de services avant, pendant et après la violation de la L.p.c. Même si la défense du prestataire de services s'est avérée non fondée, elle ne tenait pas d'une procédure abusive[21].

Cette intervention de la Cour d'appel dans la détermination du quantum des dommages-intérêts punitifs pourrait être qualifiée d'exceptionnelle. Dans *Time*, la Cour suprême avait reconnu une certaine discrétion au tribunal de première instance dans l'octroi de dommages-intérêts punitifs : « [o]*n doit se rappeler que le tribunal de première instance jouit d'une latitude dans la détermination du montant des dommages-intérêts punitifs, pourvu que la somme fixée demeure dans des limites rationnelles, eu égard aux circonstances précises d'une affaire donnée* »[22]. Cette discrétion semble toutefois limitée et doit respecter le devoir de retenue du juge qui accorde des dommages-intérêts punitifs.

L'arrêt *Girard* confirme ainsi le caractère exceptionnel des dommages punitifs, tel que l'a reconnu la Cour suprême dans *Time*[23] et la nécessité, en droit de la consommation, que ceux-ci soient justifiés dans le cadre général de l'atteinte des objectifs de la *Loi sur la protection du consommateur,* c'est-à-dire (1) le rétablissement d'un équilibre dans les relations contractuelles entre les commerçants et les consommateurs et (2) l'élimination des pratiques déloyales susceptibles de fausser l'information dont dispose le consommateur et l'empêcher de faire des choix éclairés[24].

CONCLUSION

La décision de la Cour d'appel dans *Girard* risque de faire couler de l'encre. Le droit de la consommation est un domaine particulièrement propice à la procédure d'action collective et le test en quatre étapes énoncé dans l'arrêt *Time* pour déterminer l'applicabilité de la présomption absolue de préjudice sera sûrement utilisé à nouveau par les tribunaux dans un avenir rapproché. La question de savoir si les critères d'analyse doivent être appréciés de manière objective ou subjective mérite sûrement d'être débattue de manière plus approfondie. Cette question présente un intérêt particulier en matière d'action collective.

En ce qui concerne le volet « dommages punitifs » de la décision, il semble que la décision de première instance soit l'un des rares cas où la Cour suprême accepte qu'un tribunal d'appel puisse réviser une décision de première instance en matière d'octroi de tels dommages. Le juge Cromwell écrivait dans *Time* : « [l]*'erreur d'évaluation sera jugée sérieuse lorsqu'il sera établi que le tribunal de première instance a exercé sa discrétion judiciaire d'une façon manifestement erronée, c.-à-d. lorsque le montant octroyé n'était pas rationnellement relié aux objectifs de l'attribution de dommages-intérêts punitifs dans l'affaire dont il était saisi* »[25]. Considérant l'intervention de la Cour d'appel dans l'arrêt *Girard*,on peut penser que le devoir de retenue du juge du procès est au cœur de l'atteinte de cet objectif.

Le délai pour demander l'autorisation d'en appeler à la Cour suprême expire le 11 août. C'est donc une affaire à suivre!

---

1. *Vidéotron* c. *Girard*, 2018 QCCA 767 (ci-après : « ***Girard*** »).
2. *Richard* c. *Time*, 2012 CSC 8 (ci-après : « ***Time*** »).
3. RLRQ c. P-40.1 (la «**L.p.c.**»).
4. *Time*, par. 124.
5. *Girard*, par. 13.
6. *Girard*, par. 48.
7. *Girard*, pars. 65-66.
8. *Time*, par. 124; *Girard*, par. 70.
9. *Time*, par. 124; *Girard*, par. 70.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

10. *Girard*, par. 72. (sauf indication contraire, les soulignés sont rajoutés)
11. *Time*, par. 124.
12. *Dion* c. *Compagnie de services de financement automobile Primus Canada,* 2015 QCCA 333, par. 85.
13. *Time*, par. 124 (soulignés ajoutés). TRADUCTION LITTÉRALE : « *la prise de connaissance de la représentation a résulté en la formation du contrat* ». Or, la version française se lit : « *la formation, la modification ou l'exécution d'un contrat de consommation subséquente à cette prise de connaissance* » (soulignés ajoutés).
14. *Time*, par. 124 (soulignés ajoutés). TRADUCTION LITTÉRALE : « *un lien suffisant a existé entre le contenu de la représentation et les biens ou les services visés par le contrat* ». Or, la version française se lit : « *une proximité suffisante entre le contenu de la représentation et le bien ou le service visé par le contrat* » (soulignés ajoutés).
15. *Time*, par. 111.
16. *Time*, pars. 210 & 215; *Girard*, par. 100.
17. *Time*, par. 180; *Girard*, par. 102.
18. *Girard*, par. 103
19. *Girard*, par. 105.
20. *Time*, par. 190.
21. *Girard*, par. 111.
22. *Time*, par. 190. Ceci est de jurisprudence constante. Voir : *Banque de Montréal* c. *Marcotte*, [2014] 2 RCS 725, 2014 CSC 55, par. 98; *Cinar Corporation* c. *Robinson*, 2013 CSC 73, par. 134; et *Dion*, pars. 128-129.
23. *Time*, par. 150.
24. *Time*, pars. 160-161. Voir aussi : *Banque de Montréal* c. *Marcotte*, [2014] 2 RCS 725, 2014 CSC 55, par. 55.
25. *Time*, par. 190.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.