

Amex Bank of Canada *Appellant*

v.

**Sylvan Adams, Attorney General of Quebec
and President of the Office de la protection
du consommateur** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta and
Canadian Bankers Association** *Intervenors*

INDEXED AS: AMEX BANK OF CANADA v. ADAMS

2014 SCC 56

File No.: 35033.

2014: February 13; 2014: September 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC**

Consumer protection — Contracts of credit — Contracts extending variable credit — Credit and charge cards — Obligation to disclose costs in contract — Appropriate remedy for failing to disclose — Conversion charges imposed by financial institutions on cardholders for transactions in foreign currencies — Class actions — Whether Amex failed to disclose conversion charges to cardholders — Whether reimbursement of conversion charges collected from consumer class members should be ordered — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

Receipt of a payment not due — Contracts of credit — Credit and charge cards — Payment made in error — Class actions — Whether cardholder agreements imposed obligation to pay conversion charges — Whether Amex owes restitution of conversion charges to non-consumer class members — Whether restitution would have the effect of according adhering parties with undue

Banque Amex du Canada *Appelante*

c.

**Sylvan Adams, procureur général du Québec
et président de l'Office de la protection
du consommateur** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général de l'Alberta et
Association des banquiers
canadiens** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANQUE AMEX DU CANADA c. ADAMS

2014 CSC 56

N° du greffe : 35033.

2014 : 13 février; 2014 : 19 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Protection du consommateur — Contrats de crédit — Contrats de crédit variable — Cartes de crédit et cartes de paiement — Obligation d'indiquer les frais applicables dans un contrat — Réparation appropriée en cas de manquement à cette obligation — Frais de conversion sur les opérations en devises étrangères imposés par des institutions financières aux titulaires de cartes — Recours collectifs — Amex a-t-elle omis d'indiquer les frais de conversion aux titulaires de cartes? — Le remboursement des frais de conversion perçus des membres du groupe qui sont des consommateurs doit-il être ordonné? — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Réception de l'indu — Contrats de crédit — Cartes de crédit et cartes de paiement — Paiement fait par erreur — Recours collectifs — Les conventions régissant l'utilisation des cartes prévoient-elles l'obligation de payer des frais de conversion? — Amex doit-elle restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion payés? — La restitution aurait-elle

avantage — Civil Code of Québec, arts. 1491, 1492, 1554, 1699.

Constitutional law — Division of powers — Banking — Interjurisdictional immunity — Federal paramountcy — Quebec’s consumer protection legislation regulating disclosure of conversion charges with respect to contracts of credit — Whether provincial legislation constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit and charge cards by virtue of doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy — Constitution Act, 1867, s. 91(15) — Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 272.

Amex’s credit and charge cards offer the ability to make purchases in foreign currencies. Such purchases are subject to a conversion charge, whereby a percentage of the converted amount is charged as a fee for the conversion service. Quebec’s *Consumer Protection Act* (“CPA”) imposes various rules on the content and disclosure of charges and fees in contracts extending variable credit. The conversion charge was not disclosed in Amex’s cardholder agreements between 1993 and 2003. A, the representative plaintiff, filed a class action against Amex to seek repayment of the conversion charges imposed by Amex on credit or charge card purchases made in foreign currencies on the basis that the conversion charges violated the CPA and the *Civil Code of Québec* provisions. The class at issue in this action includes both consumer and non-consumer cardholders of both credit and charge cards. Amex argued that the CPA is constitutionally inapplicable to a bank such as Amex and that no repayment of the conversion charges is owed. The Superior Court maintained the class action and condemned Amex to reimburse the conversion charges collected from all cardholders between 1993 and 2003. The Court of Appeal allowed the appeal but only to the extent of overturning the trial judge’s decision to award punitive damages.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons given in the companion case of *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, the relevant CPA provisions are neither inapplicable nor inoperative under the doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy.

pour effet d’accorder un avantage indu aux adhérents? — Code civil du Québec, art. 1491, 1492, 1554, 1699.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Banques — Doctrine de l’exclusivité des compétences — Prépondérance fédérale — Loi québécoise sur la protection du consommateur régissant la mention des frais de conversion applicables dans les contrats de crédit — La loi provinciale est-elle constitutionnellement inapplicable ou inopérante à l’égard des cartes de crédit et des cartes de paiement émises par des banques en raison des doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(15) — Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 272.

Les cartes de crédit et les cartes de paiement d’Amex permettent à leurs titulaires de faire des achats en devises étrangères. Des frais de conversion s’appliquent à ces opérations, c’est-à-dire qu’un pourcentage de la somme convertie est exigé en sus pour ce service de conversion. La *Loi sur la protection du consommateur* du Québec (« *L.p.c.* ») impose différentes règles sur la teneur et la mention des frais et droits dans les contrats de crédit variable. Les frais de conversion n’étaient pas indiqués dans les conventions régissant l’utilisation des cartes émises par Amex entre 1993 et 2003. A, le représentant des demandeurs, a intenté un recours collectif contre Amex pour obtenir le remboursement des frais de conversion imposés par cette institution sur les opérations par carte de crédit ou par carte de paiement en devises étrangères au motif que ces frais contrevenaient aux dispositions de la *L.p.c.* et du *Code civil du Québec*. Le groupe en cause est composé de consommateurs et de non-consommateurs qui sont titulaires de cartes de crédit ou de cartes de paiement. Amex a fait valoir que la *L.p.c.* était constitutionnellement inapplicable à une banque comme Amex et qu’elle n’était pas tenue au remboursement des frais de conversion. La Cour supérieure a accueilli le recours collectif et a condamné Amex à rembourser les frais de conversion perçus de tous les titulaires de carte entre 1993 et 2003. La Cour d’appel a accueilli l’appel, mais seulement pour annuler les dommages-intérêts punitifs accordés en première instance.

Arrêt : L’appel est rejeté.

Pour les motifs exposés dans l’arrêt connexe *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, les dispositions pertinentes de la *L.p.c.* ne sont ni inapplicables ni inopérantes en raison de la doctrine de l’exclusivité des compétences ou de celle de la prépondérance fédérale.

The trial judge's finding that the conversion charge was a separate fee rather than a component of the exchange rate was a determination of fact, or at most of mixed fact and law, and should therefore not be disturbed given the lack of any palpable and overriding error. As a result, Amex violated s. 12 of the *CPA* and must, under s. 272(c) of that Act, reimburse the conversion charges collected from the consumer class members between 1993 and 2003 as described by the trial judge.

With respect to the non-consumer class members, the *CPA* does not apply. Amex must instead restore the conversion charges under the *Civil Code of Québec*. The receipt of a payment not due provisions allow someone to recover an amount paid in excess by creating an obligation on the part of the party who received the amount paid without debt, to return that amount. Here, the evidence was clear that from 1993 to 2003 there was no reference in the cardholder agreement to the conversion charge because an "exchange rate determined by Amex" could not be understood as including such a charge, and therefore there was no obligation for cardholders to pay the conversion charge. All payments of the conversion charge by cardholders were therefore made in error and accordingly, Amex owes restitution of the conversion charges to the non-consumer class members. The power to refuse to grant restitution under art. 1699 para. 2 of the *Code civil* if restitution would confer an undue advantage on one party is quite exceptional and must be exercised sparingly. In this case, nothing indicates that the trial judge acted improperly in refusing to exercise his discretion to not grant restitution.

Cases Cited

Applied: *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725; **referred to:** *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xi; *International Paper Co. v. Valeurs Trimont Ltée*, [1989] R.J.Q. 1187.

La conclusion du juge de première instance suivant laquelle les frais de conversion étaient distincts du taux de change, et n'en faisaient pas partie, était une conclusion de fait ou, au mieux, une question mixte de fait et de droit, et ne devrait donc pas être modifiée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. En conséquence, Amex a manqué aux obligations mentionnées à l'art. 12 *L.p.c.* et elle est tenue, en application de l'al. 272c), de rembourser les frais de conversion qu'elle a perçus entre 1993 et 2003 des membres du groupe qui sont des consommateurs, suivant la description qu'en a fait le juge du procès.

La *L.p.c.* ne s'applique pas aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs. Dans leur cas, Amex est plutôt tenue à la restitution des frais de conversion en application du *Code civil du Québec*. Les dispositions relatives à la réception de l'indu permettent à quiconque de recouvrer un paiement effectué en trop en imposant à la partie qui l'a reçu indûment l'obligation de le restituer. En l'espèce, la preuve établissait clairement que, de 1993 à 2003, les conventions régissant l'utilisation des cartes ne faisaient aucune mention des frais de conversion parce qu'on ne peut prétendre que de tels frais étaient inclus dans le « taux de change déterminé par Amex ». Ainsi, aucune obligation de payer ces frais n'incombait aux titulaires. Tous les paiements des frais de conversion faits par les titulaires de cartes l'ont donc été par erreur et, en conséquence, Amex doit restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion qu'ils ont payés. Le pouvoir de ne pas ordonner la restitution que confère le deuxième paragraphe de l'art. 1699 du *Code civil* dans le cas où celle-ci aurait pour effet d'accorder à l'une des parties un avantage indu est un pouvoir tout à fait exceptionnel qui doit être exercé avec circonspection. En l'espèce, rien ne permet de croire que le juge du procès a eu tort de décliner d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui l'habilite à refuser d'ordonner la restitution.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725; **arrêts mentionnés :** *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805; *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), autorisation d'appel refusée, [2007] 1 R.C.S. xi; *International Paper Co. c. Valeurs Trimont Ltée*, [1989] R.J.Q. 1187.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1991, c. 46, s. 452(2)(c), Schedule II.
Civil Code of Québec, arts. 1422, 1491, 1492, 1554, 1699.
Consumer Protection Act, CQLR, c. P-40.1, ss. 12, 219, 271, 272.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal: Thémis, 2012.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Forget, Dalphond and Bich JJ.A.), 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512, 353 D.L.R. (4th) 296, [2012] AZ-50881447, [2012] Q.J. No. 7426 (QL), 2012 CarswellQue 7779, setting aside in part a decision of Gascon J., 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746, [2009] AZ-50560798, [2009] Q.J. No. 5769 (QL), 2009 CarswellQue 6873. Appeal dismissed.

Mahmud Jamal, Sylvain Deslauriers, Silvana Conte, Alberto Martinez, W. David Rankin, Anne-Marie Lizotte and Alexandre Fallon, for the appellant.

Peter Kalichman, Catherine McKenzie and Mathieu Bouchard, for the respondent Sylvan Adams.

Jean-François Jobin, Francis Demers and Samuel Chayer, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Marc Migneault and Joël Simard, for the respondent the President of the Office de la protection du consommateur.

Bernard Letarte and Pierre Salois, for the intervener the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and Robert A. Donato, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1422, 1491, 1492, 1554, 1699.
Loi sur la protection du consommateur, RLRQ, ch. P-40.1, art. 12, 219, 271, 272.
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 452(2)c, annexe II.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.
 Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2^e éd. Montréal : Thémis, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Forget, Dalphond et Bich), 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512, 353 D.L.R. (4th) 296, [2012] AZ-50881447, [2012] Q.J. No. 7426 (QL), 2012 CarswellQue 7779, qui a infirmé en partie une décision du juge Gascon, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746, [2009] AZ-50560798, [2009] Q.J. No. 5769 (QL), 2009 CarswellQue 6873. Pourvoi rejeté.

Mahmud Jamal, Sylvain Deslauriers, Silvana Conte, Alberto Martinez, W. David Rankin, Anne-Marie Lizotte et Alexandre Fallon, pour l'appelante.

Peter Kalichman, Catherine McKenzie et Mathieu Bouchard, pour l'intimé Sylvan Adams.

Jean-François Jobin, Francis Demers et Samuel Chayer, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Marc Migneault et Joël Simard, pour l'intimé le président de l'Office de la protection du consommateur.

Bernard Letarte et Pierre Salois, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et Robert A. Donato, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

John B. Laskin and Myriam M. Seers, for the interveners the Canadian Bankers Association.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN AND WAGNER JJ. —

I. Introduction

[1] Amex Bank of Canada (“Amex”) is a Schedule II bank under the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46. Its primary function is to issue credit cards and charge cards, which comprise approximately 98 percent of its activities. One service offered through its credit and charge cards is the ability to make purchases in foreign currencies. Such purchases are subject to a conversion charge, whereby a percentage of the converted amount is charged as a fee for the conversion service. Quebec’s *Consumer Protection Act*, CQLR, c. P-40.1 (“CPA”), imposes various rules on the content and disclosure of charges and fees in contracts extending variable credit, such as credit card and charge card contracts. Similar to the companion cases of *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725 (“BMO Decision”), and *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57, [2014] 2 S.C.R. 805 (“Desjardins Decision”), this appeal raises the issue of whether the manner in which the conversion charge was disclosed and imposed by Amex complied with the CPA.

[2] Most of the issues raised in this appeal are addressed in the BMO Decision. These reasons will apply the principles of law discussed in that case to the Amex cardholder agreements at issue in this appeal.

II. Facts

Amex Cardholder Agreements

[3] An overview of credit cards and conversion charges, and the procedural history of the class

John B. Laskin et Myriam M. Seers, pour l’intervenante l’Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES ROTHSTEIN ET WAGNER —

I. Introduction

[1] La Banque Amex du Canada (« Amex ») est une banque énumérée à l’annexe II de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46. Sa principale fonction consiste à émettre des cartes de crédit et des cartes de paiement, ce qui représente environ 98 pour 100 de ses activités. Ces cartes permettent entre autres à leurs titulaires de faire des achats en devises étrangères. Des frais de conversion s’appliquent à ces opérations, c’est-à-dire qu’un pourcentage de la somme convertie est exigé en sus pour ce service de conversion. La *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, RLRQ, ch. P-40.1 (« *L.p.c.* »), impose différentes règles sur la teneur et la mention des frais et droits dans les contrats de crédit variable, tels que les contrats de cartes de crédit et de cartes de paiement. À l’instar des pourvois connexes *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725 (« arrêt BMO »), et *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 805 (« arrêt Desjardins »), le présent pourvoi soulève la question de savoir si les frais de conversion ont été mentionnés et imposés par Amex en conformité avec la *L.p.c.*

[2] La plupart des questions que soulève le présent pourvoi sont abordées dans l’arrêt BMO. En l’espèce, nous appliquons les principes de droit examinés dans cet arrêt aux conventions régissant l’utilisation des cartes émises par Amex.

II. Les faits

Conventions régissant l’utilisation des cartes émises par Amex

[3] L’arrêt BMO présente un survol du mécanisme des cartes de crédit et des frais de conversion

actions against the nine banks, Desjardins, and Amex (respectively, the “BMO Action”, the “Desjardins Action” and the “Amex Action”), are provided in the BMO Decision. Charge cards, which are not discussed in the BMO or Desjardins Decisions, are similar to credit cards except that the balance due at the end of the delay provided must be repaid in full; no balance can be carried forward to the next month.

[4] From 1990 to March 1993, Amex cardholder agreements included the following clause:

CHARGES MADE IN FOREIGN COUNTRIES

If you incur a Charge in a foreign currency, it will be converted into Canadian Dollars. The conversion rate used will be at least as favourable to you as the interbank rate, tourist rate or, where required by law, official rate, in effect within 24 hours of the time that the Charge is processed by us or by our authorized agents, plus 1% of the converted amount. Amounts converted by establishments — such as airlines — will be billed at the rates such establishments use. [Emphasis added.]

[5] Effective March 1993, this clause was changed to the following:

If you incur a Charge in a foreign currency, it will be converted into Canadian dollars at the exchange rate determined by us on the date when the Charge is processed by us or by our authorized agents. This rate may differ from the rate in effect on the date of your Charge. Amounts converted by establishments — such as airlines — will be billed at the rates such establishments charge. [Emphasis added.]

[6] In December 2002, the Financial Consumer Agency of Canada (“FCAC”) held that Amex had failed to comply with s. 452(2)(c) of the *Bank Act*, which requires that all non-interest charges “for which the person becomes responsible by accepting or using the card” be disclosed in accordance with the regulations, with respect to Amex’s disclosure of the conversion charge.

ainsi que l’historique procédural des recours collectifs entrepris contre les neuf banques, Desjardins et Amex (respectivement, le « recours contre BMO », le « recours contre Desjardins » et le « recours contre Amex »). Les cartes de paiement, dont le mécanisme n’est pas analysé dans les arrêts BMO et Desjardins, sont semblables aux cartes de crédit, à l’exception du solde à payer à l’expiration du délai qui doit être acquitté en totalité; aucun découvert ne peut être reporté au mois suivant.

[4] De 1990 à mars 1993, la clause suivante figurait dans les conventions régissant l’utilisation des cartes Amex :

FRAIS ENGAGÉS À L’ÉTRANGER

Les frais engagés en monnaies étrangères seront convertis en dollars canadiens. Le taux de conversion vous sera au moins aussi favorable que le taux interbancaire, le taux exigé des touristes ou, lorsque la loi l’oblige, le taux officiel en vigueur dans les 24 heures du traitement des frais par nous-mêmes ou par nos agents autorisés, plus 1 % du montant converti. Les montants convertis par des établissements, comme des lignes aériennes, vous seront facturés au taux utilisé par l’établissement. [Nous soulignons.]

[5] À compter de mars 1993, cette clause a été remplacée par la suivante :

Si vous portez à la Carte 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. [Nous soulignons.]

[6] En décembre 2002, l’Agence de la consommation en matière financière du Canada (« ACFC ») a conclu qu’Amex n’avait pas respecté, pour ce qui est de la communication à la personne physique des frais de conversion, l’al. 452(2)(c) de la *Loi sur les banques*, qui exige que tous les frais autres que ceux relatifs aux intérêts « qui lui incombent pour l’acceptation ou l’utilisation de la carte » soient communiqués conformément aux règlements.

[7] In February 2003, Amex changed the “Charges Made in Foreign Countries” clause to the following:

If you incur a Charge in a foreign currency, it will be converted into Canadian dollars at an exchange rate determined by us on the date processed by us or our authorized agents. This rate may differ from the rate in effect on the date of your Charge. This exchange rate includes a conversion rate adjustment as shown in the Disclosure Statement or as otherwise disclosed by us. Amounts converted by establishments — such as airlines — will be billed at the rates such establishments charge. The conversion rate adjustment is 2.2%. [Emphasis added.]

[8] In September 2003, Amex changed the clause to the following:

CHARGES MADE IN FOREIGN CURRENCIES

If you make a charge in a currency other than Canadian dollars that charge will be converted into Canadian dollars. The conversion will take place on the date the charge is processed by us, which may not be the same date on which you made your charge as it depends on when the charge was submitted to us. If the charge is not in U.S. dollars, the conversion will be made through U.S. dollars, by converting the charge amount into U.S. dollars and then by converting the U.S. dollar amount into Canadian dollars. If the charge is in U.S. dollars, it will be converted directly into Canadian dollars.

Unless a specific rate is required by applicable law, you understand and agree that the American Express treasury system will use conversion rates based on interbank rates that it selects from customary industry sources on the business day prior to the processing date, increased by a single conversion commission as specified on your Disclosure Statement or as otherwise disclosed by us. [Emphasis added.]

[9] The monthly account statements sent to Amex’s cardholders only began to include the rate for the conversion charge in December 2003.

[10] Sylvan Adams, the representative plaintiff in the Amex Action, first found out about the conversion charge in 2004 when he was asked to be the

[7] En février 2003, Amex a modifié ainsi la clause « Frais engagés à l’étranger » :

... si vous effectuez des opérations en devises étrangères avec la Carte, elles seront converties en dollars canadiens au taux de change que nous déterminons à la date où nous ou nos agents autorisés traitons l’opération. Ce taux peut différer de celui qui était en vigueur à la date où vous avez porté l’opération à la Carte. Ce taux de change inclut un rajustement du taux de conversion, comme nous l’indiquons sur la fiche d’information ou autrement. Les montants convertis par des établissements — comme les sociétés aériennes — seront facturés au taux utilisé par ces établissements. Le rajustement est de 2,2%. [Nous soulignons.]

[8] En septembre 2003, Amex a substitué à cette clause la suivante :

OPÉRATIONS EN DEVICES

Les opérations effectuées dans une autre monnaie que le dollar canadien sont converties en dollars canadiens. La conversion s’effectue à la date à laquelle nous traitons l’opération, qui peut différer de celle à laquelle vous avez effectué l’opération, car celle-ci peut nous avoir été présentée à une autre date. Les opérations effectuées dans une autre monnaie que le dollar américain sont d’abord converties en dollars américains, puis en dollars canadiens. Les opérations effectuées en dollars américains sont converties directement en dollars canadiens.

À moins qu’une loi applicable exige un taux particulier, 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 d’une commission unique de conversion, comme nous vous l’expliquons dans la fiche d’information ou autrement. [Nous soulignons.]

[9] Ce n’est qu’en décembre 2003 que le taux de conversion a commencé à figurer sur le relevé mensuel envoyé aux titulaires de cartes Amex.

[10] Sylvan Adams, le représentant des demandeurs dans l’affaire Amex, a appris l’existence des frais de conversion en 2004, lorsqu’on lui a demandé

class representative. The class at issue in the Amex Action includes both consumer and non-consumer cardholders of both credit and charge cards. The class action was authorized on November 1, 2006, and the hearing on the merits occurred after the hearing for the BMO and Desjardins Actions.

III. Judicial History

[11] As explained in the BMO Decision, although separate trial and appeal judgments were rendered for the BMO, Desjardins and Amex Actions, the judgments overlap and therefore refer to each other as necessary. The summaries below will focus on the portions of the lower court judgments in the Amex Action that were not summarized in the BMO Decision.

A. *Quebec Superior Court, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746*

[12] Gascon J., as he then was, rejected Amex's argument that Mr. Adams lacked standing to bring the class action. It is irrelevant whether Mr. Adams knew about the conversion charge during the class period or whether a third party — Mr. Adams' company — paid his monthly account. These issues might affect Mr. Adams' chance of succeeding in his personal claim, but they do not affect his legal interest or standing in the matter.

[13] Gascon J. also rejected Amex's argument that conversion charges were part of the "exchange rate" disclosed to and imposed on cardholders. Conversion of foreign purchases occurs in two steps: first, the amount is converted using the daily exchange rate, which is based on the interbank rate; second, the conversion charge is imposed on the converted amount. The cardholder agreements prior to March 1993 and after March 2003 disclosed the conversion charge separately from the exchange rate in recognition of the two-step process. The FCAC also viewed conversion charges as being akin to fees

de représenter le groupe. Ce groupe est composé de consommateurs et de non-consommateurs qui sont titulaires de cartes de crédit ou de cartes de paiement. Le recours collectif a été autorisé le 1^{er} novembre 2006, et l'instruction sur le fond a eu lieu après celle des recours contre BMO et Desjardins.

III. Historique judiciaire

[11] Comme nous l'expliquons dans l'arrêt BMO, des décisions distinctes ont été rendues en première instance et en appel dans les recours contre BMO, Desjardins et Amex. Cependant, ces décisions se recourent et renvoient donc les unes aux autres au besoin. Nous nous attarderons ci-après aux parties des décisions des juridictions inférieures qui ne sont pas résumées dans l'arrêt BMO.

A. *Cour supérieure du Québec, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746*

[12] Le juge Gascon, maintenant juge de notre Cour, a rejeté l'argument d'Amex, qui prétendait que M. Adams n'avait pas qualité pour intenter le recours collectif. Il importe peu que M. Adams connût ou non l'existence des frais de conversion au cours de la période visée par le recours collectif ou qu'une tierce partie — en l'occurrence son entreprise — ait réglé son compte mensuel. Certes, ces questions pourraient compromettre ses chances d'avoir gain de cause dans sa réclamation personnelle, mais elles ne diminuent en rien son intérêt juridique ou sa qualité pour agir dans la présente affaire.

[13] Le juge Gascon a également rejeté l'argument d'Amex selon lequel les frais de conversion étaient compris dans le « taux de change » mentionné et imposé aux titulaires de cartes. La conversion des achats en devises étrangères se fait en deux étapes : premièrement, le montant de l'achat est converti en fonction du taux de change du jour, qui est fondé sur le taux interbancaire; deuxièmement, les frais de conversion sont appliqués à la somme ainsi convertie. Avant mars 1993 et après mars 2003, compte tenu du processus en deux étapes, les conventions régissant l'utilisation des cartes indiquaient

for cash advances, money orders, or annulled/dishonoured cheques and separate from the exchange rate.

[14] As a result, Gascon J. concluded that Amex violated the general disclosure requirement imposed by s. 12 of the *CPA*. Amex was also held to have violated s. 219 of the *CPA*, which forbids the making of “false or misleading representations to a consumer”, because of Amex’s “deliberate and conscientious” removal of any reference to the conversion charge from the cardholder agreements, rendering those agreements misleading to credulous and inexperienced consumers (para. 181). Gascon J. noted that “Amex ended up charging the [conversion charge] with no entitlement in view of its lack of prior disclosure” (para. 197). However, conversion charges imposed after March 2003 were in compliance with ss. 12 and 219, even if the monthly statements did not mention the conversion charge until December 2003, because the existence of the conversion charge was disclosed by Amex in a notice to all cardholders in February 2003.

[15] Repayment of all conversion charges collected from consumer cardholders from March 1, 1993, to March 1, 2003, was ordered by Gascon J. under s. 272 of the *CPA*. In *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) v. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), leave to appeal refused, [2007] 1 S.C.R. xi, the Quebec Court of Appeal held that ss. 271 and 272 are mutually exclusive. While the remedies under s. 271 are for “violations of the rules governing the making or the form of the contract”, s. 272 remedies are for “violations of the general obligations imposed by the *CPA*” (trial reasons, at para. 211). Gascon J. concluded that Amex’s violation of s. 12 of the *CPA* was “more a question of substance than a mere question of form”, meaning s. 272 applies (para. 215). With respect to s. 219, the Quebec Court of Appeal has previously held that the appropriate sanctions

le taux de conversion et le taux de change séparément. L’ACFC a également conclu que les frais de conversion s’apparentaient aux frais appliqués aux avances de fonds, aux mandats ou aux chèques annulés ou sans provision et qu’ils se distinguaient du taux de change.

[14] En conséquence, le juge Gascon a conclu qu’Amex contrevenait à l’obligation générale qu’impose l’art. 12 *L.p.c.* quant à la mention des frais. Il a également conclu qu’Amex avait contrevenu à l’art. 219 *L.p.c.*, qui interdit de faire « une représentation fautive ou trompeuse à un consommateur », parce qu’elle avait supprimé [TRADUCTION] « de façon délibérée et en toute connaissance de cause » toute mention des frais de conversion dans les conventions régissant l’utilisation des cartes. Ainsi, ces conventions étaient trompeuses pour les consommateurs crédules et inexpérimentés (par. 181). Selon le juge, « Amex a ainsi imposé sans droit les [frais de conversion] puisqu’elle ne les avait pas indiqués au préalable » (par. 197). Cependant, après mars 2003, les frais de conversion avaient été imposés conformément aux art. 12 et 219, et ce même si les relevés mensuels n’ont commencé à en faire état qu’en décembre 2003, parce qu’Amex les avait indiqués dans un avis aux titulaires de cartes en février 2003.

[15] Le remboursement des frais de conversion perçus entre le 1^{er} mars 1993 et le 1^{er} mars 2003 des titulaires de cartes qui sont des consommateurs a été ordonné par le juge Gascon sur la base de l’art. 272 *L.p.c.* Dans l’arrêt *Service aux marchands détaillants ltée (Household Finance) c. Option consommateurs*, 2006 QCCA 1319 (CanLII), autorisation de pourvoi refusée, [2007] 1 R.C.S. xi, la Cour d’appel du Québec a conclu que les art. 271 et 272 s’excluent mutuellement. Si les recours prévus à l’art. 271 s’appliquent en cas de [TRADUCTION] « manquement aux règles de formation du contrat ou à une exigence de forme », ceux de l’art. 272 s’appliquent en cas de « manquement aux obligations générales imposées par la *L.p.c.* » (motifs de première instance, par. 211). Selon le juge Gascon, le manquement d’Amex à l’art. 12 *L.p.c.* tenait « davantage de la question de fond que de la simple

for breaches of business practices provisions such as s. 219 are found in s. 272.

[16] Under s. 272, the lack of prejudice to consumers is not an available defence, in keeping with the general legal principles of restitution of a thing not due.

[17] For the same reasons he gave in the BMO Action, Gascon J. concluded that prescription did not bar the claims of any cardholders. The prescription period was suspended during the period of non-disclosure, and in any case a new contract is formed when cardholders renew their cards.

[18] Referring to his decision in the BMO Action, Gascon J. rejected Amex's constitutional arguments that the CPA does not apply to them due to the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy. He noted that the inapplicability of the two doctrines is even clearer in the Amex Action because (1) the only provisions of the CPA at issue are those concerning disclosure, (2) prior to 1993 Amex demonstrated that it was able to comply with those provisions without any impairment of their operations, and (3) because charge cards — which comprise 95 percent of the amounts of the conversion charges at issue in the Amex Action — are more akin to convenience cards issued by private merchants than to credit granted by banks.

[19] Gascon J. also accepted Mr. Adams' argument that all cardholders, both consumers and non-consumers, are owed restitution of the conversion charges imposed during the period of non-disclosure under arts. 1491 and 1554 of the *Civil Code of Québec* ("CCQ"). Because the cardholder agreements made no mention of the conversion charge,

question de forme », de sorte que l'art. 272 devait s'appliquer (par. 215). Quant à l'art. 219, la Cour d'appel du Québec a déjà conclu qu'il convenait d'ordonner les sanctions prévues à l'art. 272 dans les cas de manquement aux dispositions relatives aux pratiques commerciales telles l'art. 219.

[16] L'absence de préjudice aux consommateurs n'est pas une défense valable au recours fondé sur l'art. 272, conformément aux principes juridiques généraux applicables en matière de restitution de l'indu.

[17] Pour les mêmes motifs que ceux qu'il a exprimés dans le recours contre BMO, le juge Gascon a conclu que les demandes des titulaires de cartes n'étaient pas prescrites. La prescription a cessé de courir pendant la période où les conventions ne mentionnaient pas les frais de conversion et, quoi qu'il en soit, un nouveau contrat est formé chaque fois qu'un titulaire renouvelle sa carte.

[18] Renvoyant à sa décision dans le recours contre BMO, le juge Gascon a rejeté les arguments constitutionnels d'Amex selon lesquels la *L.p.c.* ne s'appliquait pas à elle en raison des doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale. Selon lui, l'inapplicabilité de ces deux doctrines ressort davantage dans l'affaire Amex parce que (1) les seules dispositions de la *L.p.c.* en cause sont celles concernant la mention des frais, (2) avant 1993, Amex a démontré qu'elle pouvait se conformer à ces dispositions sans nuire à ses activités et (3) les cartes de paiement — qui représentent 95 pour 100 des frais de conversion en cause dans le recours contre Amex — s'apparentent davantage aux cartes de paiement émises par les commerçants privés qu'au crédit consenti par les banques.

[19] Le juge Gascon a aussi fait droit à l'argument de M. Adams selon lequel tous les titulaires de cartes, tant ceux qui sont consommateurs que ceux qui ne le sont pas, ont droit à la restitution des frais de conversion imposés pendant la période où ces frais n'étaient pas mentionnés, et ce en application des art. 1491 et 1554 du *Code civil du Québec*

and because “exchange rate” cannot be interpreted as imposing an obligation to pay the conversion charge, cardholders had no obligation to pay it and only paid it in error. Gascon J. declined to exercise his discretion to not order restitution under art. 1699 para. 2 of the *CCQ*. Accordingly, restitution in the amount of \$9,561,464 for consumer cardholders and \$3,536,432 for non-consumer cardholders was ordered on a collective basis.

[20] Finally, Gascon J. awarded \$2.5 million in punitive damages to consumer cardholders on a collective basis under s. 272 of the *CPA*. The punitive damages were awarded in light of Amex’s “rather blunt disregard of its obligations” and its inability to provide a “legitimate excuse” for its behaviour (paras. 425-26).

B. *Quebec Court of Appeal, 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512*

[21] Dalphond J.A. agreed with Gascon J. that the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy did not apply to render the *CPA* inapplicable or inoperative in the Amex Action, particularly since, unlike in the BMO and Desjardins Actions, Mr. Adams did not argue that the conversion charges were credit charges under the *CPA*.

[22] Dalphond J.A. characterized Gascon J.’s conclusion that the conversion charge was not part of the exchange rate as a finding of fact, or at most a mixed question of law and fact. As Amex failed to demonstrate a palpable and overriding error in this conclusion, Gascon J.’s finding — and thus his order for restitution of a payment not due — must stand as they were based on facts and an accurate reading of the applicable *CCQ* articles. Amex failed

(« *C.c.Q.* »). Puisque les conventions régissant l’utilisation des cartes ne faisaient nulle mention des frais de conversion et qu’on ne peut prétendre que l’obligation de payer ces frais était prévue dans le « taux de change », les titulaires de carte n’étaient pas tenus de les payer et ne l’ont fait que par erreur. Le juge Gascon n’a pas voulu refuser la restitution en vertu du pouvoir discrétionnaire que lui confère le deuxième paragraphe de l’art. 1699 *C.c.Q.* Il a donc ordonné la restitution de 9 561 464 \$ dans le cas des titulaires de cartes qui sont des consommateurs et de 3 536 432 \$ dans le cas des titulaires de cartes qui ne sont pas des consommateurs, et ce par voie de recouvrement collectif.

[20] Enfin, le juge Gascon a accordé aux titulaires de cartes qui sont des consommateurs, sur la base de l’art. 272 *L.p.c.*, des dommages-intérêts punitifs de 2,5 millions de dollars dont il a ordonné le recouvrement collectif. Il les a accordés compte tenu [TRADUCTION] « du mépris flagrant [qu’Amex] a démontré à l’égard de ses obligations » et de son incapacité à justifier son comportement par une « excuse légitime » (par. 425-426).

B. *Cour d’appel du Québec, 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512*

[21] Le juge Dalphond a souscrit à la conclusion du juge Gascon selon laquelle les doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale n’entraient pas en jeu et ne rendaient donc pas la *L.p.c.* inapplicable ou inopérante dans le recours contre Amex, d’autant plus que, contrairement aux arguments présentés dans les recours contre BMO et Desjardins, M. Adams n’a pas plaidé que les frais de conversion constituaient des frais de crédit au sens de la *L.p.c.*

[22] Le juge Dalphond a qualifié de conclusion de fait, ou tout au plus, de question mixte de fait et de droit, la conclusion du juge Gascon voulant que les frais de conversion ne soient pas compris dans le taux de change. Amex n’ayant pas réussi à démontrer l’existence d’une erreur manifeste et dominante, cette conclusion — et du coup, l’ordonnance de restitution de l’indu — devait être maintenue puisqu’elle reposait sur les faits

to demonstrate that Gascon J. erred in refusing to exercise his discretion to not award restitution; it provided no evidence regarding the cost of providing the conversion service to cardholders, received other benefits from offering the charge and credit card products other than the conversion charge, and did not demonstrate that cardholders would receive an undue advantage as a result of restitution.

[23] However, Dalphond J.A. overturned the award of punitive damages because the trial judgment failed to consider the punitive aspect inherent in collective recovery, the fact that Amex had long since corrected its violation meaning there was no preventive purpose to be served, the lack of evidence that Amex behaved in an antisocial or reprehensible manner, and the fact that with restitution of the conversion charges, cardholders will have received 10-years' worth of a valuable service for free.

IV. Issues

[24] This appeal raises the following issues:

(a) Are ss. 12, 219 and 272 of the *CPA* constitutionally inapplicable or inoperative in respect of bank-issued credit and charge cards by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy?

(b) Did Amex disclose the conversion charges to its cardholders and if not, what is the appropriate remedy?

et sur une interprétation juste des dispositions applicables du *C.c.Q.* Amex n'a pas prouvé que le juge Gascon avait eu tort de ne pas avoir refusé d'ordonner la restitution en vertu de son pouvoir discrétionnaire : elle n'a produit aucune preuve quant au coût de la prestation des services de conversion aux titulaires de cartes, a touché des avantages autres que les frais de conversion en offrant les produits que constituent les cartes de paiement et les cartes de crédit et n'a pas démontré que la restitution accorderait un avantage indu aux titulaires de cartes.

[23] Le juge Dalphond a cependant annulé les dommages-intérêts punitifs. À son avis, la décision de première instance ne tenait pas compte de la nature intrinsèquement punitive du recouvrement collectif, de l'impossibilité pour les dommages-intérêts punitifs de remplir une quelconque fonction préventive en l'espèce puisqu'Amex avait depuis longtemps pris des mesures correctives, de l'absence de preuve qu'Amex avait eu un comportement antisocial ou répréhensible et du fait que la restitution des frais de conversion aux titulaires de cartes signifiait qu'ils avaient en fait bénéficié gratuitement d'un service utile pendant 10 ans.

IV. Questions en litige

[24] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

a) Les articles 12, 219 et 272 *L.p.c.* sont-ils constitutionnellement inapplicables ou inopérants à l'égard des cartes de crédit et des cartes de paiement émises par des banques en raison des doctrines de l'exclusivité des compétences ou de la prépondérance fédérale?

b) Amex a-t-elle mentionné les frais de conversion à ses titulaires de cartes et, dans la négative, quelle est la réparation appropriée?

V. AnalysisA. *The Doctrines of Interjurisdictional Immunity and Federal Paramountcy Do Not Apply*

[25] For the reasons given in the BMO Decision, the relevant *CPA* provisions are neither inapplicable nor inoperative under the doctrine of interjurisdictional immunity or federal paramountcy.

B. *Amex Must Reimburse the Conversion Charges Collected During the Class Period*(1) Amex Failed to Disclose the Conversion Charge

[26] At trial, Gascon J. concluded that the conversion charge was not disclosed in cardholder agreements between 1993 and 2003. As a result, under the *CPA* it should not have been charged to its consumer cardholders, and under the *CCQ* it should not have been charged to its non-consumer cardholders. The Court of Appeal held that his finding that the conversion charge was a separate fee rather than a component of the exchange rate was a determination of fact, or at most of mixed fact and law, and should therefore not be disturbed given the lack of any palpable and overriding error (para. 34). We agree with this conclusion.

[27] As a result, for the same reasons given in the BMO Decision, Amex violated s. 12 of the *CPA* and must, under s. 272(c) of that Act, reimburse the conversion charges collected from the consumer class members between 1993 and 2003 as described by the trial judge (paras. 494-95). However, unlike the BMO Decision, Amex does not owe punitive damages as a result of its breach of s. 12. This is because Mr. Adams has not cross-appealed in this case, meaning the issue of punitive damages in this action is not before the Court. With respect to the

V. AnalyseA. *Les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ne s'appliquent pas*

[25] Pour les motifs exposés dans l'arrêt BMO, les dispositions pertinentes de la *L.p.c.* ne sont ni inapplicables ni inopérantes en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences ou de celle de la prépondérance fédérale.

B. *Amex doit rembourser les frais de conversion perçus au cours de la période visée par le recours collectif*(1) Amex n'a pas indiqué les frais de conversion

[26] Au procès, le juge Gascon a conclu que les frais de conversion n'étaient pas indiqués dans les conventions régissant l'utilisation des cartes entre 1993 et 2003. Ainsi, Amex n'était pas habilitée par la *L.p.c.* à les imposer aux titulaires de ses cartes qui étaient des consommateurs, ni par le *C.c.Q.* à les imposer aux titulaires de ses cartes qui n'en étaient pas. La Cour d'appel a statué que la conclusion du juge Gascon suivant laquelle les frais de conversion étaient distincts du taux de change, et n'en faisaient pas partie, était une conclusion de fait ou, au mieux, une question mixte de fait et de droit, et que, partant, elle ne devait pas être modifiée en l'absence d'une erreur manifeste et dominante (par. 34). Nous souscrivons à cette conclusion.

[27] En conséquence, pour les mêmes motifs que ceux exposés dans l'arrêt BMO, nous concluons qu'Amex a manqué aux obligations mentionnées à l'art. 12 *L.p.c.* et qu'elle est tenue, en application de l'al. 272c), de rembourser les frais de conversion qu'elle a perçus entre 1993 et 2003 des membres du groupe qui sont des consommateurs, suivant la description qu'en fait le juge du procès (par. 494-495). Cependant, contrairement à la conclusion tirée dans l'arrêt BMO, Amex n'est pas condamnée aux dommages-intérêts punitifs en raison d'une infraction

non-consumer class members, the *CPA* does not apply. We must instead consider whether Amex must restore the conversion charges under the *CCQ*.

(2) Amex Must Restore the Conversion Charges Imposed on Non-Consumer Cardholders Under the *CCQ*

[28] Because Amex failed to disclose the conversion charges in its cardholder agreements, those contracts imposed no obligation to pay the conversion charges. All payments of the conversion charge by cardholders were therefore made in error per art. 1491 para. 1 of the *CCQ*:

1491. A person who receives a payment made in error, or merely to avoid injury to the person making it while protesting that he owes nothing, is obliged to restore it.

[29] The receipt of a payment not due provisions (arts. 1491, 1492 and 1554 para. 1) codify the principle that [TRANSLATION] “[a]ny person is required to pay only what he or she owes, and owes only what he or she has an obligation to pay” (D. Lluellas and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at p. 725). Receipt of a payment not due allows someone to recover an amount paid in excess by creating an obligation on the part of the party who received the amount paid without debt, to return that amount.

[30] In the contractual context, the absence of an obligation or debt can be general or specific. It is general when all the prestations received or executed are invalid, for example if a court nullifies an agreement because a formation requirement is missing (art. 1422 *CCQ*). It is specific when only part of the prestations received or executed are invalid, for example if a clause of a contract is nullified or, as pleaded here, certain prestations of the contract were demanded from a party who did not actually owe them (art. 1554 *CCQ*).

à l’art. 12. En effet, M. Adams n’a pas interjeté d’appel incident dans le présent pourvoi; la Cour n’est donc pas saisie de la question des dommages-intérêts punitifs. Par ailleurs, la *L.p.c.* ne s’applique pas aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs. Dans leur cas, nous devons plutôt nous demander si le *C.c.Q.* oblige Amex à leur restituer les frais de conversion.

(2) En application du *C.c.Q.*, Amex doit restituer les frais de conversion imposés aux titulaires de cartes qui ne sont pas des consommateurs

[28] Amex n’ayant pas indiqué les frais de conversion dans ses conventions régissant l’utilisation des cartes, aucune obligation de payer ces frais n’émanait de ces contrats. Ainsi, tous les paiements faits par les titulaires de cartes l’ont été par erreur. Cette situation est prévue au premier paragraphe de l’art. 1491 *C.c.Q.* :

1491. Le paiement fait par erreur, ou simplement pour éviter un préjudice à celui qui le fait en protestant qu’il ne doit rien, oblige celui qui l’a reçu à le restituer.

[29] Les dispositions relatives à la réception de l’indu (art. 1491, 1492 et premier paragraphe de l’art. 1554) codifient le principe selon lequel « [t]oute personne ne doit payer que ce qu’elle doit, et elle ne doit que ce à quoi elle est obligée » (D. Lluellas et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e éd. 2012), p. 725). Ce principe permet à quiconque de recouvrer un paiement effectué en trop en imposant à la partie qui l’a reçu indûment l’obligation de le restituer.

[30] Dans le contexte contractuel, l’absence d’obligation ou de dette peut être générale ou relative. Elle est générale lorsque l’ensemble des prestations reçues ou exécutées est invalide, par exemple lorsque le tribunal prononce la nullité de l’entente qui n’est pas conforme à l’une des conditions nécessaires à sa formation (art. 1422 *C.c.Q.*). Elle est relative lorsque seule une partie des prestations reçues ou exécutées est invalide, par exemple si une clause du contrat est frappée de nullité, ou si, comme en l’espèce, certaines prestations contractuelles ont été exigées d’une partie qui n’y était pas tenue (art. 1554 *C.c.Q.*).

[31] Once the payer proves that no debt exists, the payee must prove that the payment was not made in error, i.e. that it resulted from a [TRANSLATION] “liberal intention” (Lluelles and Moore, at pp. 734-35; J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at p. 624). Liberal intention is not presumed. If the payee cannot prove this, the payment will be deemed undue and the debt inexistent.

[32] The question to be determined is if a payment, in whole or in part, is without basis — whether an obligation to pay ever existed. The Court here is limited to determining if the conversion charges are the object of a civil obligation binding the cardholders. According to the principles applicable to receipt of a payment not due, the basis for restitution is not the commission of a wrongful act, and the potential remedy is not damages. Rather, the basis for restitution is that there never existed an obligation to perform the prestations, and the remedy is a return of any prestations made without obligation (arts. 1492 and 1699 para. 1). Neither fault, nor statutory violations — here, for example, of the *Bank Act*’s disclosure requirements — nor the notion of compensation play any role in determining whether the receipt of a payment not due provisions apply. As a result, the absence of prejudice to the class action plaintiffs cannot be pleaded, and any rules regarding disclosure in the *Bank Act* are irrelevant. Amex’s argument that the *Bank Act* does not contain any civil remedies for violations of its provisions has no bearing on whether the receipt of a payment not due provisions apply.

[33] In short, the Court need only consider whether or not the adhering parties — here, the non-consumer cardholders — were obliged to pay the conversion charge. In this case, the trial judge concluded that the evidence was clear that from 1993 to 2003 there was no reference in the cardholder agreement to the conversion charge because an “exchange rate determined by Amex” could

[31] Dès lors que le payeur prouve l’inexistence de la dette, le bénéficiaire doit prouver que le paiement n’a pas été fait par erreur, mais résultait d’une « intention libérale » (Lluelles et Moore, p. 734 -735; J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, p. 624). L’intention libérale ne se présume pas. Si le bénéficiaire ne peut la prouver, le paiement est réputé indu, et la dette inexistante.

[32] La question qu’il faut trancher est la suivante : le paiement est-il effectué, en tout ou en partie, sans fondement? — l’obligation de payer a-t-elle déjà existé? En l’espèce, la Cour doit se limiter à déterminer si les frais de conversion sont l’objet d’une obligation civile liant les titulaires de cartes. Suivant les principes de la réception de l’indu, la restitution ne découle pas de la perpétration d’un fait fautif, et la réparation susceptible d’être ordonnée dans ce cas ne comprend pas les dommages-intérêts. En fait, la restitution découle de l’absence d’une obligation d’exécuter la prestation, et la réparation consiste dans ce cas à restituer toute prestation exécutée sans obligation (art. 1492 et premier paragraphe de l’art. 1699). Ni la faute, ni l’infraction à une disposition législative — par exemple, en l’occurrence, l’obligation de communication imposée par la *Loi sur les banques* —, ni la notion d’indemnisation ne sont des facteurs à considérer pour déterminer si les dispositions relatives à la réception de l’indu s’appliquent. En conséquence, l’absence de préjudice aux demandeurs exerçant le recours collectif ne saurait être invoquée, et les règles relatives à la communication de la *Loi sur les banques* ne sont pas pertinentes. L’argument d’Amex, selon lequel la *Loi sur les banques* ne prévoit aucun recours civil en cas d’infraction à ses dispositions, n’a aucune incidence sur l’applicabilité des dispositions relatives à la réception de l’indu.

[33] En résumé, la Cour doit seulement se demander si les adhérents — en l’occurrence, les titulaires de cartes qui ne sont pas des consommateurs — étaient tenus de payer les frais de conversion. Selon le juge du procès, la preuve établissait clairement que, de 1993 à 2003, les conventions régissant l’utilisation des cartes ne faisaient aucune mention des frais de conversion parce qu’on ne

not be understood as including such a charge, and therefore there was no obligation for cardholders to pay the conversion charge (para. 357; see also paras. 123-24 and 358-59). This conclusion, which was based on an attentive and meticulous examination of the evidence and which was confirmed on appeal, has not been shown to rest on a palpable and overriding error. We therefore conclude that there was no obligation on the part of Amex cardholders to pay the conversion charge and the receipt of a payment not due provisions apply. Accordingly, under art. 1699 of the *CCQ* Amex owes restitution of the conversion charges to the non-consumer class members.

[34] Amex presents a number of counter-arguments to the trial judge's order of restitution under the *CCQ*. Amex argues that *quantum meruit* should apply, and in the alternative argues that even if this Court finds that the cardholder obligation to pay a conversion fee is unenforceable because there was no disclosure, that the Court should order restitution in both directions. Finally, Amex argues that the Court of Appeal erred in suggesting that Amex had failed to satisfy its burden of showing that restitution in favour of consumers would "have the effect of according an undue advantage to one party" and thus the trial judge should have applied art. 1699 para. 2 of the *CCQ* and refused to order restitution (A.F., at para. 52).

[35] In our opinion none of these defences are compelling.

[36] *Quantum meruit* only permits a judge to fix the price of an obligation that was already contracted. It cannot serve as the source of a new obligation (*International Paper Co. v. Valeurs Trimont Ltée*, [1989] R.J.Q. 1187 (C.A.)).

[37] Mutual restitution is also not applicable in these circumstances. This argument confuses restitution pursuant to nullification of a synallagmatic contract, which requires mutual restitution (Lluelles and Moore, at pp. 657-58), with restitution pursuant

peut prétendre que de tels frais étaient inclus dans le [TRADUCTION] « taux de change déterminé par Amex ». Ainsi, aucune obligation de payer ces frais n'incombait aux titulaires (par. 357; voir également par. 123-124 et 358-359). Il n'a pas été démontré que cette conclusion, qui repose sur un examen attentif et minutieux de la preuve, et qui a été confirmée en appel, comportait une erreur manifeste et dominante. Nous concluons que les titulaires de cartes Amex n'étaient nullement tenus de payer les frais de conversion et que les dispositions relatives à la réception de l'indu s'appliquent. En conséquence, en application de l'art. 1699 *C.c.Q.*, Amex doit restituer aux membres du groupe qui ne sont pas des consommateurs les frais de conversion qu'ils ont payés.

[34] Amex oppose certains arguments à l'ordonnance de restitution prononcée par le juge du procès en application du *C.c.Q.* Elle soulève le *quantum meruit* et, subsidiairement, prétend que même si la Cour estime que l'obligation pour les titulaires de cartes de payer les frais de conversion n'est pas exécutoire puisque ces frais n'étaient pas mentionnés, elle devrait ordonner la restitution réciproque. Enfin, elle fait valoir que la Cour d'appel a eu tort d'affirmer qu'Amex n'avait pas réussi à démontrer que la restitution des frais aux consommateurs « aurait pour effet d'accorder à l'une des parties [. . .] un avantage indu ». Partant, le juge du procès aurait dû appliquer le deuxième paragraphe de l'art. 1699 *C.c.Q.* et refuser d'ordonner la restitution (m.a., par. 52).

[35] À notre avis, aucun de ces moyens n'est convaincant.

[36] Le *quantum meruit* permet uniquement au juge de fixer la valeur d'une obligation déjà engagée; il ne saurait en créer une (*International Paper Co. c. Valeurs Trimont Ltée*, [1989] R.J.Q. 1187 (C.A.)).

[37] La restitution mutuelle ne s'applique pas non plus dans les circonstances. Cet argument confond la restitution résultant de l'annulation d'un contrat synallagmatique, qui suppose une restitution mutuelle (Lluelles et Moore, p. 657-658), avec

to receipt of a payment not due, which is based on an absence of debt (art. 1491 para. 1 *CCQ*). In other words, the contract was not nullified, its effects since its creation are valid, and the only basis for restitution is showing that the contract did not establish an obligation — explicit or implicit — to pay the reclaimed sums. In this case, Amex was obliged to provide the conversion service to its clients; it simply omitted a corresponding obligation on cardholders to pay a separate sum for that service.

[38] Finally, the power to refuse to grant restitution under art. 1699 para. 2 if restitution would confer an undue advantage on one party is [TRANSLATION] “quite exceptional” (Lluelles and Moore, at p. 663) and must be exercised sparingly and on the basis of full proof, the burden of which falls to the debtor of the restitution. As Professors Jobin and Vézina write, [TRANSLATION] “[h]owever broad this power might be, it remains exceptional and must be exercised carefully” (p. 1139).

[39] Nothing indicates that the trial judge acted improperly in refusing to exercise his discretion to not grant restitution. In fact, Gascon J. concluded that Amex received other benefits through the use of its charge and credit cards by the class members and there is no evidence that class members would receive any undue advantage from restitution (paras. 380-81). In this context, Amex has not proven that restitution would have the effect of according the adhering parties with an undue advantage. There is no basis for this Court to overturn the conclusions of the trial judge.

VI. Conclusion

[40] Sections 12, 219 and 272 of the *CPA* are constitutionally applicable and operative. The appeal is dismissed with costs.

la restitution résultant de la réception de l’indu, qui repose sur l’absence de dette (premier paragraphe de l’art. 1491 *C.c.Q.*). Autrement dit, le contrat n’a pas été annulé, ses effets depuis sa création sont valides, et la restitution ne sera ordonnée que s’il est démontré que le contrat n’a créé aucune obligation — expresse ou implicite — de paiement de la somme réclamée. Dans la présente affaire, Amex était tenue de fournir le service de conversion à ses clients; elle a simplement omis d’imposer à ces derniers l’obligation correspondante de payer des frais distincts pour ce service.

[38] Enfin, le pouvoir de ne pas ordonner la restitution que confère le deuxième paragraphe de l’art. 1699 dans le cas où celle-ci aurait pour effet d’accorder à l’une des parties un avantage indu est un pouvoir « tout à fait exceptionnel » (Lluelles et Moore, p. 663), qui doit être exercé avec circonspection et lorsque la preuve de cet avantage a été établie. Ce fardeau repose sur le débiteur de la restitution. Comme l’écrivent les professeurs Jobin et Vézina, « [q]uelque large que soit ce pouvoir, il demeure l’exception et doit être utilisé avec prudence » (p. 1139).

[39] Rien ne permet de croire que le juge du procès a eu tort de décliner d’exercer le pouvoir discrétionnaire qui l’habilite à refuser d’ordonner la restitution. En fait, le juge Gascon a conclu qu’Amex avait tiré d’autres avantages de l’utilisation de ses cartes de crédit et cartes de paiement par les membres du groupe et qu’il n’est pas prouvé que ceux-ci tireraient un avantage indu de la restitution (par. 380-381). Dans ce contexte, Amex n’a pas démontré que la restitution aurait pour effet d’accorder aux parties adhérentes un avantage indu. La Cour n’a aucune raison d’infirmes les conclusions du juge du procès.

VI. Conclusion

[40] Les articles 12, 219 et 272 *L.p.c.* sont constitutionnellement applicables et opérants. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal and Toronto; Deslauriers & Cie, Montréal.

Solicitors for the respondent Sylvan Adams: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent the President of the Office de la protection du consommateur: Allard, Renaud et Associés, Trois-Rivières; Office de la protection du consommateur, Trois-Rivières.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Torys, Toronto.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal et Toronto; Deslauriers & Cie, Montréal.

Procureurs de l'intimé Sylvan Adams : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimé le président de l'Office de la protection du consommateur : Allard, Renaud et Associés, Trois-Rivières; Office de la protection du consommateur, Trois-Rivières.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Torys, Toronto.