

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Banque Amex du Canada *c.* Adams, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787 | **Date :** 20140919**Dossier :** 35033 |

Entre :

Banque Amex du Canada

Appelante

et

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

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement conjoints :**(par. 1 à 40) | Les juges Rothstein et Wagner (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell et Moldaver) |

banque amex du canada *c.* adams, 2014 CSC 56, [2014] 2 R.C.S. 787

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

No 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 prévoyaient-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 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. 726, 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.

 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. 272*c*), 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. 726; **arrêts mentionnés :** *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 806; *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.

**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*, 7e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2013.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e 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* 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 —

1. Introduction
2. 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. 726 (« arrêt BMO »), et *Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 CSC 57, [2014] 2 R.C.S. 806 (« 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.*
3. 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.
4. Les faits

Conventions régissant l’utilisation des cartes émises par Amex

1. L’arrêt BMO présente un survol du mécanisme des cartes de crédit et des frais de conversion 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.
2. 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.]

1. 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.]

1. 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.
2. 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.]

1. En septembre 2003, Amex a substitué à cette clause la suivante :

 opérations en devises

 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.]

1. 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.
2. 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 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 1er novembre 2006, et l’instruction sur le fond a eu lieu après celle des recours contre BMO et Desjardins.
3. Historique judiciaire
4. 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 recoupent 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.
	1. Cour supérieure du Québec, 2009 QCCS 2695, [2009] R.J.Q. 1746
5. 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.
6. 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 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.
7. 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 fausse 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.
8. Le remboursement des frais de conversion perçus entre le 1er mars 1993 et le 1er 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 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.
9. 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.
10. 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.
11. 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.
12. 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* (« *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.
13. 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).
	1. Cour d’appel du Québec, 2012 QCCA 1394, [2012] R.J.Q. 1512
14. 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.*
15. 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 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.
16. 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.
17. Questions en litige
18. Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :
19. 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?
20. Amex a-t-elle mentionné les frais de conversion à ses titulaires de cartes et, dans la négative, quelle est la réparation appropriée?
21. Analyse
	1. Les doctrines de l’exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ne s’appliquent pas
22. 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.
	1. 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
23. 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.
24. 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. 272*c*), 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 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.
	* 1. En application du *C.c.Q.*, Amex doit restituer les frais de conversion imposés aux titulaires de cartes qui ne sont pas des consommateurs
25. 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.

1. 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. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2e 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.
2. 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.*).
3. 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* (7e 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.
4. 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.
5. 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 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.
6. 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).
7. À notre avis, aucun de ces moyens n’est convaincant.
8. 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.)).
9. 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 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.
10. 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).
11. 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’infirmer les conclusions du juge du procès.
12. Conclusion
13. Les articles 12, 219 et 272 *L.p.c.* sont constitutionnellement applicables et opérants. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

 *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.