

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-06-000436-085

DATE : Le 22 février 2011

SOUS LA PRÉSIDENTE DE : L'HONORABLE SUZANNE COURTEAU, J.C.S.

UNION DES CONSOMMATEURS

Requérante

- et -

MYRNA RAPHAËL

Personne désignée

- c. -

BELL CANADA

Intimée

JUGEMENT

[1] Myrna Raphaël et Union des consommateurs doivent-elles être autorisées à exercer un recours collectif contre Bell Canada en raison du fait que Bell ne fournirait pas les services d'accès *Internet ADSL* convenus à son contrat de service?

LES FAITS PERTINENTS

[2] Myrna Raphaël demande à être autorisée à exercer un recours collectif contre Bell Canada (ci-après « Bell »), pour le compte des personnes faisant partie du groupe suivant ¹:

« Toute personne physique résidant au Québec ou en Ontario qui, le ou depuis le 28 octobre 2007 était ou s'est abonnée à un service résidentiel Internet ADSL de Bell Canada, ledit service ADSL étant ou ayant été commercialisé notamment sous l'un ou l'autre des noms ou marques suivantes :

- Internet total essentiel,
- Internet total essentiel plus,
- Internet total performance,
- Internet total performance plus,
- Internet total max,
- Sympatico Haute vitesse,
- Sympatico Haute vitesse Ultra,
- Sympatico Intermédiaire »

[3] Les services visés par le présent recours sont les services résidentiels offerts et vendus comme donnant accès à une connexion Internet par le biais de la technologie *ADSL Asymmetric Digital Subscriber Line*.

[4] Cette technologie permet d'utiliser une ligne téléphonique pour transmettre et recevoir des signaux numériques à débits élevés, appelés « accès haut-débit » ou « connexions Haute vitesse ».

[5] Myrna Raphaël s'est abonnée au service *Internet Sympatico Haute vitesse* de Bell en octobre 2004. Elle a renouvelé son abonnement en novembre 2006².

¹ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégation 1.1.

² Copie du contrat de service de la « personne désignée », pièce R-5.

[6] Selon les allégations de sa procédure³, la constance de la vitesse d'accès est la considération essentielle pour laquelle Myrna Raphaël a choisi de s'abonner au service *Internet Sympatico Haute vitesse* de Bell.

[7] Vers la fin d'octobre 2007, Myrna Raphaël a constaté que ses activités sur Internet étaient « systématiquement » ralenties pendant la soirée, étant passées de 350 Ko/seconde à 30 Ko/seconde à l'égard de plusieurs des applications que Myrna Raphaël et son conjoint utilisaient couramment.

[8] Bell a effectivement déclaré avoir déployé, vers la fin d'octobre 2007, un outil de gestion du trafic Internet : la technologie *DPI* - « *Deep Packet Inspection* ». Selon Bell, cette technologie vise à prévenir la congestion du réseau Internet lors des heures de grande utilisation du réseau. La technologie *DPI* a pour effet de ralentir la vitesse d'accès au réseau et la vitesse de débit de certaines applications de partage de fichiers sur Internet, les fichiers poste-à-poste (*peer to peer*), (ci-après « *P2P* »), par lissage de trafic.

[9] Ainsi, pendant les heures de plus grande affluence, entre 16 h 30 et 2 h, les débits de téléchargement des transmissions *P2P* sont progressivement réduits au début de la période de pointe d'achalandage, puis augmentés progressivement vers la fin de la période de pointe.

[10] Myrna Raphaël et Union des consommateurs allèguent également que la technologie *DPI* permet à Bell d'inspecter les données transmises par les utilisateurs du réseau afin de procéder à une gestion du trafic, sur le réseau, en fonction du contenu de chaque « *paquet* »⁴.

[11] Myrna Raphaël et Union des consommateurs affirment que la technologie *DPI* utilisée par Bell entraîne les conséquences et les contraventions suivantes⁵ :

- « a) Bell ne fournit pas le « Service d'accès Internet ADSL » conformément à la description qu'elle en fait dans ses représentations et dans ses contrats;
- b) Bell offre et vend son « Service d'accès Internet ADSL » sous de fausses représentations;
- c) Bell omet de divulguer des faits importants en ce qui a trait aux limitations de vitesse de transfert de données qu'elle impose délibérément, sciemment, unilatéralement et systématiquement aux membres du Groupe;

³ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégation 2.31.

⁴ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 2.22 à 2.26.

⁵ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 1.4a) à d).

- d) Bell porte atteinte au droit à la vie privée des membres du Groupe. »

[12] À aucun moment, selon Myrna Raphaël, Bell l'aurait-elle informée de l'utilisation de la technologie *DPI*, obtenu son autorisation pour ralentir la vitesse de transfert de ses données non plus que pour inspecter ses « *paquets* ».

[13] Bell serait ainsi en défaut d'offrir à Myrna Raphaël et aux membres du groupe les vitesses d'accès convenues lors de leur abonnement au service *Internet Sympatico Haute vitesse*.

[14] Selon les requérantes, les contrats conclus, qu'elles qualifient de contrat d'adhésion, n'autorisent aucunement Bell à ralentir délibérément et de façon systématique la vitesse d'accès de certaines applications utilisées par ses clients⁶.

[15] Myrna Raphaël et Union des consommateurs invoquent également les représentations publicitaires et promotionnelles de Bell eu égard à une vitesse d'accès Internet « ultrarapide, constante et sans ralentissement⁷ ».

[16] Myrna Raphaël évalue à 80 % la perte de valeur du service mensuel réduit en raison de la technologie *DPI*, et demande, par conséquent, une diminution des frais mensuels prévus à son abonnement, et ce, depuis le 28 octobre 2007.

[17] Elle réclame également 500 \$ à titre de dommages moraux pour atteinte à sa vie privée en raison de l'inspection, par Bell, des « *paquets* » qu'elle transmet par Internet, maintenant surveillés et soumis à la technologie *DPI*⁸.

[18] Enfin, elle ajoute à son recours une réclamation de 1 000 \$ à titre de « dommages-intérêts punitifs » prévus par la Charte des droits et libertés de la personne⁹.

[19] Bell conteste la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif présentée par Myrna Raphaël et Union des consommateurs.

LE RÔLE IMPORTANT DU RECOURS COLLECTIF

[20] Le recours collectif joue un rôle important dans la société.

⁶ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 2.42 à 2.45.

⁷ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 2.5 à 2.9.

⁸ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 2.52 à 2.61.

⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

[21] La Cour suprême du Canada a identifié trois des avantages significatifs que procure cette procédure¹⁰ :

- la possibilité d'éviter la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit à l'égard de recours similaires, entraînant une économie au plan judiciaire;
- l'opportunité de diviser les frais fixes liés au recours entre un grand nombre de demandeurs favorisant une meilleure accessibilité à la justice;
- la dissuasion exercée à l'égard de malfaiteurs éventuels qui voudraient se soustraire à leurs obligations, servant ainsi la justice et l'efficacité.

PRINCIPES GÉNÉRAUX

[22] L'article 1003 du *Code de procédure civile* énonce les conditions que doit rencontrer un requérant afin d'être autorisé à exercer un recours collectif :

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que
- d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

[23] En 2006, l'honorable Clément Gascon résumait les paramètres bien précis qui tracent le rôle du Tribunal au stade de l'autorisation d'un recours collectif¹¹:

« [24] Au stade de l'autorisation, les paramètres qui encadrent le rôle du Tribunal sont connus et, pour la plupart, bien circonscrits. On peut les résumer ainsi :

1. Le recours collectif est un simple moyen de procédure¹². Ce n'est pas un régime exceptionnel. C'est une mesure sociale qui favorise l'accès à la justice en permettant une réparation comparable et équitable à tous

¹⁰ *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 26 à 29.

¹¹ *Bibaud c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCS 5352.

¹² *Tremaine c. A.H. Robins Canada inc.*, [1990] R.D.J. 500, par. 68 (C.A.).

les membres sans qu'il y ait surmultiplication de recours similaires, dans un cadre qui assure l'équilibre des forces entre les parties¹³;

2. La procédure d'autorisation est une étape sommaire et préparatoire¹⁴ qui se veut un mécanisme de filtrage et de vérifications, sans plus¹⁵;

3. À ce stade, on ne décide pas du mérite du litige puisque les intimés conservent le droit de faire valoir tous leurs moyens de défense lors du déroulement du recours, une fois l'autorisation accordée¹⁶. Il ne s'agit donc pas d'évaluer le bien-fondé de l'action au fond¹⁷. La requête en autorisation n'est pas le procès, ni n'en fait partie;

4. À l'autorisation, le juge ne fait que vérifier si les conditions de l'article 1003 C.p.c. sont satisfaites, soit la qualité du représentant, la similarité ou connexité des questions de faits et/ou de droit, et le rapport juridique entre les allégations et les conclusions recherchées. Dans ce dernier cas, le fardeau en est un de démonstration, non de preuve¹⁸;

5. L'approche libérale plutôt que restrictive doit prévaloir et tout doute doit bénéficier aux requérants, c'est-à-dire en faveur de l'autorisation du recours¹⁹;

6. À cette étape, la discrétion est limitée. Si les quatre conditions de l'article 1003 C.p.c. sont remplies, le Tribunal doit normalement autoriser le recours²⁰. »

¹³ *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367, par. 20 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 25-08-2005, 30922).

¹⁴ *Tremaine c. A.H. Robins Canada inc.*, [1990] R.D.J. 500, par. 46 (C.A.); *Cardinal c. Ordinateur Highway inc.*, REJB 2002-32002 (C.A.).

¹⁵ *Thompson c. Masson*, (1992) A.Q. n° 2029, par. 14 (C.A.).

¹⁶ *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367, par. 37 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 25-08-2005, 30922); *Rouleau c. Procureur général du Canada*, REJB 1997-04091, par. 37 (C.A.).

¹⁷ *Option Consommateurs c. Union Canadienne*, J.E. 2005-2185, par. 86 (C.S.).

¹⁸ *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367, par. 25 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 25-08-2005, 30922).

¹⁹ *Rouleau c. Procureur général du Canada*, REJB 1997-04091, par. 38 (C.A.); *Joyal c. Élite Tours inc.*, J.E. 88-837, par. 13 (C.S.); *Krantz c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 2143, par. 20; *Malhab c. Métromédia CMR Montréal inc.*, EYB 2003-39077 (C.A.).

²⁰ *Gelmini c. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560, 564; *Lasalle c. Kaplan*, [1988] R.D.J. 112, par. 23 (C.A.); *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 12 et 20.

[24] Cet énoncé est toujours d'actualité, comme l'a récemment rappelé l'honorable juge Reimnitz²¹ :

« 18. L'autorisation a été souvent décrite par les tribunaux comme un simple mécanisme de filtrage, par lequel le tribunal ne devrait écarter d'emblée que les recours frivoles ou manifestement mal fondés²². Il s'agit de décider si le recours qu'on demande d'exercer est sérieux. Le filtrage judiciaire qu'est cet examen vise à refuser d'autoriser les demandes frivoles ou manifestement mal fondées. Le tribunal ne doit pas trancher le mérite de l'action projetée, ni même se prononcer sur certains des aspects qui ne relèveraient pas strictement de l'étape de l'autorisation.

19. Il ne s'agit donc pas d'évaluer le bien-fondé de l'action au fond. La requête en autorisation n'est pas le procès, ni n'en fait partie. Elle ne décide pas du fond du débat²³.

20. On attribue au recours collectif une vocation sociale et au stade de l'autorisation, le tribunal devrait adopter une approche libérale et devrait interpréter tout doute en faveur de la requérante²⁴.

21. Les allégations de la requête doivent être tenues pour avérées au stade de l'autorisation. Il suffit qu'à leur face même, elles satisfassent les critères de l'article 1003 C.p.c.²⁵. »

[25] Le devoir du juge vise donc à vérifier le respect des quatre critères de l'article 1003 C.p.c.

[26] Les faits de la requête sont tenus pour avérés. Le cas échéant, ils seront complétés par les pièces produites et par la preuve additionnelle permise en vertu de l'art. 1002 C.p.c.²⁶ Le Tribunal doit cependant écarter les allégations purement procédurales, celles qui relèvent de l'opinion ou de l'argumentation juridique ainsi que les hypothèses non vérifiées ou encore contredites par une preuve documentaire fiable²⁷ ou

²¹ *Charland c. Hydro-Québec*, 2010 QCCS 3731, par. 16 à 21.

²² *Tremaine c. A.H. Robins Canada inc.*, [1990] R.D.J. 500, par. 46 (C.A.); *Thompson c. Masson*, (1992) A.Q. no 2029, par. 14 (C.A.); *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. C.T.C.U.Q.*, [1981] 1 R.C.S. 424, p. 429; *Deslauriers c. Ordre des ingénieurs du Québec*, [1986] R.D.J. 181, p. 185 (C.A.).

²³ *Option Consommateurs c. Union Canadienne*, préc., note 17.

²⁴ *Rouleau c. Procureur général du Canada*, REJB 1997-04091, par. 38 (C.A.); *Joyal c. Élite Tours inc.*, J.E. 88-837, par. 13 (C.S.); *Krantz c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 2143, par. 20.

²⁵ *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367(C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 25-08-2005, 30922).

²⁶ *Id.*

²⁷ *Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, par. 38.

par d'autres éléments de preuve au dossier²⁸ y compris la preuve appropriée produite par la partie intimée²⁹.

[27] Le juge jouit d'une discrétion dans l'appréciation des quatre critères de l'art. 1003 C.p.c. La Cour d'appel y accorde généralement déférence, à moins qu'elle ait été exercée de manière manifestement mal fondée ou viciée par une erreur de droit³⁰.

[28] Lorsque les quatre critères de l'article 1003 C.p.c. sont rencontrés, le juge est dépouillé de tout pouvoir discrétionnaire additionnel : il doit autoriser le recours³¹.

[29] Le professeur Pierre-Claude Lafond, dans son excellent ouvrage *Le Recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, écrit³² :

« (...) La fonction du tribunal se résume à examiner la qualité du syllogisme juridique sans présumer en rien du fond du litige, en prenant garde de tenir les faits pour avérés. Le législateur québécois a institué un modèle de recours collectif en deux étapes, soit l'autorisation et l'exercice du recours proprement dit. Juger du fond du recours à l'étape de l'autorisation équivaut à nier le particularisme de ce modèle et à créer une enquête préliminaire annihilant tout caractère utile de la seconde phase de la procédure. (...) »

(nos soulèvements)

[30] Une fois ces principes rappelés, il convient d'analyser les quatre conditions de l'article 1003 C.p.c. eu égard aux allégations de la requête amendée de Myrna Raphaël et eu égard aux pièces produites, de part et d'autre.

²⁸ *Marandola c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2007 QCCS 356, par. 28 et 29 (appel rejeté sur requête, 2007 QCCS 1039); *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 25-09-2008, 32587); *Perreault c. McNeil PDI inc.*, 2010 QCCS 4310, par. 28 (inscription en appel, C.A., 27-09-2010, 200-09-007173-104); *F. L. c. Astrazeneca Pharmaceuticals PLC*, 2010 QCCS 470, par. 44 (inscription en appel, C.A., 15-03-2010, 500-09-020518-106); *Mouvement laïque québécois c. Commission des écoles catholiques de Montréal*, EYB 1995-73006, par. 12 (C.S.); Chantal CHATELAIN et Rima KAYSSI, « La suffisance des allégations requises pour faire autoriser un recours collectif : le balancier s'est-il stabilisé? » dans *Colloque sur les recours collectifs*, Association du Barreau Canadien - Division Québec, Montréal, 2006, p. 113, à la page 133.

²⁹ *Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, par. 30.

³⁰ *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, par. 42.

³¹ *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, par. 36.

³² Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 410-411, voir également Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice, Impact et Évolution*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, pages 9 à 53.

1. PREMIÈRE CONDITION : ARTICLE 1003a) C.p.c.

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;

A. PORTÉE ET PRINCIPES D'ANALYSE

[31] Les principes qui guident le Tribunal dans son analyse et dans son appréciation de la condition imposée par l'article 1003a) C.p.c. peuvent se résumer comme suit :

- le requérant doit démontrer, *prima facie*, « l'existence » du groupe proposé;
- un « groupe » existe lorsque l'une ou plusieurs questions communes unissent les recours individuels des membres³³;
- toutes les questions de faits ou de droit relatives aux recours individuels des membres n'ont pas à être identiques, similaires ou connexes. Il suffit qu'il existe une ou des questions communes aux membres du groupe, même si les questions individuelles³⁴ diffèrent; les questions communes n'ont pas à être prédominantes ni prépondérantes³⁵;
- l'existence de différences importantes entre la situation factuelle vécue par chacun des membres, notamment les circonstances ou le quantum réclamé, n'affecte en rien la réalisation de cette condition³⁶.

B. APPLICATION À LA REQUÊTE DE MYRNA RAPHAËL ET D'UNION DES CONSOMMATEURS**1. Le lissage de trafic**

[32] Myrna Raphaël et Union des consommateurs plaident que tous les clients de Bell font face à la même problématique de ralentissement de certaines applications, pendant les heures de pointe.

³³ *Hotte c. Servier Canada inc.*, [2002] R.J.Q. 230 (C.S.); *Thibault c. St. Jude Medical Inc.*, J.E. 2004-1924 (C.S.).

³⁴ *L'Union des consommateurs c. Bell Canada*, J.E. 2003-620 (C.S.).

³⁵ *Comité d'environnement de La Baie inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 05-07-1990, 21891); *Croteau c. Air Transat AT inc.*, [2007] R.J.Q. 1175 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 29-11-2007, 32191).

³⁶ *Huneault c. Fonds AGF inc.*, 2010 QCCS 4413.

[33] De même, elles soutiennent qu'aucun client n'a été informé, par Bell, de la pratique de lissage de trafic non plus que de l'utilisation de la technologie *DPI* comme outil de gestion du trafic sur le réseau.

[34] En ce sens, selon Myrna Raphaël, les recours des membres éventuels du groupe soulèveraient des questions de droit et de fait identiques, similaires ou connexes.

[35] Bell plaide que le groupe proposé inclut à tort tous les abonnés, peu importe l'utilisation qu'ils font de leur service Internet et peu importe qu'ils subissent des inconvénients ou des avantages de cette pratique de gestion de trafic adoptée depuis la fin d'octobre 2007.

[36] Bell propose et affirme que la majorité des abonnés bénéficie de ces mesures en ce que l'efficacité et la fiabilité du réseau sont grandement améliorées au cours des heures de pointe en raison de la gestion du trafic : le lissage de trafic ne ralentirait que les applications de téléchargement de fichiers P2P.

[37] Ainsi, un grand nombre d'abonnés de Bell bénéficieraient du lissage de trafic et n'en subiraient aucun préjudice. Tous ces abonnés auraient des intérêts opposés à ceux de Myrna Raphaël et Union des consommateurs.

[38] Qu'en est-il?

[39] Existe-t-il une ou des questions de droit ou de fait communes aux membres du groupe proposé?

[40] Les tribunaux ont eu à examiner des situations où l'on prétend que les intérêts de différents membres du groupe proposé pourraient être opposés plutôt que similaires.

[41] La Cour suprême du Canada, sous la plume de l'honorable juge en chef McLachlin, énonce les principes permettant de décider dans quels cas un recours collectif peut être exercé³⁷. Elle s'exprime ainsi sur l'existence de questions communes³⁸ :

« 40 Troisièmement, en ce qui concerne les questions communes, le succès d'un membre du groupe signifie nécessairement le succès de tous. Tous les membres du groupe doivent profiter du succès de l'action, quoique pas nécessairement dans la même mesure. Le recours collectif ne doit pas être autorisé quand des membres du groupe sont en conflit d'intérêts. »

(nos soulignements)

³⁷ *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 1.

³⁸ *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, par. 40.

[42] Dans le même sens, la Cour d'appel a rendu deux arrêts récents³⁹ où elle confirme qu'un recours collectif ne devrait pas être autorisé lorsque l'existence même d'un préjudice relié aux agissements des intimés ne peut être établie sur une base collective.

[43] Si l'on considère le groupe élargi proposé par Myrna Raphaël et Union des consommateurs, il semble évident qu'il inclut certains clients de Bell qui ne subissent aucun préjudice de la pratique adoptée en ce qu'ils n'utilisent pas les applications P2P. Bien au contraire, certains clients pourraient en bénéficier. En ce sens, le groupe proposé pourrait comprendre, et comprend vraisemblablement, des abonnés qui ne subissent aucun préjudice du lissage de trafic.

[44] Comment définir, de manière objective, le groupe de personnes qui subirait un préjudice de la pratique de lissage de trafic Internet aux heures de pointe du réseau?

[45] Est-il possible de définir le groupe en le limitant aux personnes qui utilisent des applications P2P entre 16 h 30 et 2 h 00?

[46] Comment connaître, pour un même client, sa part d'utilisation d'applications P2P ou d'applications non assujetties au lissage du trafic afin de déterminer tout autant l'importance de ses « inconvénients » liés au ralentissement des applications P2P et son degré de satisfaction lié à une plus grande efficacité des autres applications?

[47] Certes, la Cour d'appel autorise la redéfinition d'un groupe mal décrit, compte tenu des conclusions retenues par le juge de première instance. Mais encore faut-il qu'une telle définition soit possible. L'honorable François Pelletier s'exprime ainsi⁴⁰ :

« [105] L'appelante pose le postulat selon lequel le juge saisi d'une demande d'autorisation assume l'obligation de décrire le groupe. [...]

[...]

[107] Il y a ici confusion des genres dans la mesure où le postulat dont il s'agit n'existe pas. Certes, la description du groupe visé doit figurer au jugement d'autorisation. Cette exigence est liée au contenu de l'avis qui devra être publié. Cela ne signifie pas pour autant qu'il incombe au juge de créer cette description. C'est plutôt au requérant que revient le devoir d'identifier un groupe qui colle à la réalité et à l'ampleur du problème à l'origine du litige. Le juge, quant à lui, possède le

³⁹ *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380, par. 54 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 25-09-2008, 32587); *Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, par. 26.

⁴⁰ *Citoyens pour une qualité de vie/Citizens for a Quality of Life c. Aéroports de Montréal*, 2007 QCCA 1274, par. 105, 107 et 109 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 24-04-2008, 32370).

pouvoir de remodeler la description, mais seulement s'il le juge approprié.

[...]

[109] Je reconnais, bien sûr, que les tribunaux ne doivent pas se montrer indûment sévères vis-à-vis les requérants en autorisation, particulièrement lorsque le recours envisagé concerne une matière environnementale. Mais entre la sévérité et la licence, il y a une marge. Ce n'est pas parce que l'on traite d'environnement que le requérant est déchargé de tout fardeau au point de pouvoir proposer une définition démesurée à maints égards, pour, ensuite, laisser au juge le soin de faire tout le tri entre l'ivraie et le bon grain. »
(nos soulignements)

[48] L'appartenance d'une personne au groupe doit pouvoir être déterminée à partir de critères explicites, clairs et objectifs, au début du litige⁴¹.

[49] Si le groupe proposé incluait « *tous les abonnés (personnes physiques) de Bell, qui utilisent des applications P2P, entre 16 h 30 et 2 h 00, depuis le 28 octobre 2007* », comment distinguer, notamment :

- la proportion des abonnés qui, aux mêmes heures de pointe, bénéficient du lissage de trafic pour l'utilisation d'applications autres que les applications P2P?
- la proportion des abonnés qui utilisent tout autant les applications P2P et les applications autres et qui subiraient des inconvénients ainsi que des avantages du lissage de trafic?
- ou encore la proportion d'abonnés qui utilisent rarement ou très peu les applications P2P?
- qu'en serait-il des abonnés qui n'identifient aucun inconvénient à la pratique de lissage de trafic aux heures de pointe?

[50] Le Tribunal considère, ici, non seulement que les intérêts des membres du groupe pourraient être en conflit à l'égard les uns des autres, mais que chaque individu, comme membre du groupe, pourrait se trouver dans une situation ambiguë, semblable au conflit d'intérêts, eu égard à sa propre utilisation de différentes applications accessibles par le service Internet fourni par Bell.

⁴¹ *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, préc., note 10.

[51] La description d'un tel groupe, quelle qu'elle soit, ne permet pas, de l'avis du Tribunal, d'identifier une ou des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes.

2. La technologie DPI

[52] Certaines questions de droit et de fait soulevées par Myrna Raphaël et Union des consommateurs portent sur la violation du droit à la vie privée des membres du groupe proposé.

[53] Invoquant le *Code civil du Québec*, la *Charte des droits et libertés de la personne* et les règles de la *Common Law*, Myrna Raphaël et Union des consommateurs reprochent à Bell d'inspecter, sans le consentement de ses abonnés, les activités des usagers ainsi que le contenu de leurs messages, par le biais de sa technologie *DPI*⁴². Il en résulterait une violation illicite et délibérée du droit à la vie privée des clients de Bell.

[54] Ici, tous les abonnés de Bell seraient visés puisque tous les « *paquets* », c'est-à-dire les messages, sont assujettis à la technologie *DPI*.

[55] Or, la preuve appropriée, autorisée et produite au dossier, contredit l'affirmation des requérantes voulant que la technologie *DPI* examine le contenu d'un « *paquet* »⁴³.

[56] En effet, le graphique de *Fonctionnement de la technologie d'inspection approfondie des paquets*⁴⁴ explique que l'entête de l'application est examinée par la technologie *DPI*, mais non son contenu. Seules les caractéristiques de l'enveloppe, c'est-à-dire de l'application, seraient inspectées⁴⁵ afin d'identifier les applications P2P, qui, par la suite seraient assujetties au lissage de trafic. Le contenu du message ne serait pas vérifié.

[57] De plus, la commissaire au Commissariat à la protection de la vie privée du Canada a énoncé des conclusions à cet égard, en août 2009, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁴⁶.

⁴² Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 2.53 à 2.61.

⁴³ Extrait de la réponse de Bell Canada à la requête de l'Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) au CRTC, pièce R-4.

⁴⁴ Tableau intitulé « Fonctionnement de la technologie IAP », pièce PL-4.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Conclusion de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada datée du 13 août 2009 au sujet de l'IAP suite à une plainte déposée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (versions française et anglaise), pièce PL-8.

[58] Voici comment la commissaire Elizabeth Denham s'exprime⁴⁷ :

« [...] Notre mandat est de s'assurer que les renseignements personnels sont protégés de manière appropriée, peu importe la situation.

[...]

19. Dans ses observations, Bell soutient que les dispositifs d'IAP déployés sur son réseau ne sont pas configurés pour reconnaître les types de contenus produits par ses clients qui se trouvent dans les paquets. Bell affirme qu'elle se sert de l'IAP non pas pour inspecter le contenu des données produites par les utilisateurs, mais bien aux fins de la classification du flux de trafic.

[...]

54. En troisième lieu, la question consiste à déterminer si, aux termes du principe 4.4, Bell recueille davantage d'information qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif d'assurer l'intégrité de son réseau et la qualité du service. Je suis d'avis que le fait de gérer le trafic sur le réseau en ciblant les applications de partage de fichiers poste à poste afin d'assurer une répartition adéquate de la bande passante et la qualité du service Internet de ses clients constitue un objectif d'affaires acceptable pour un FAI.

55. Au moment de la publication du présent rapport, je ne suis pas convaincue que Bell recueille ou utilise des renseignements personnels autres que les adresses IP et numéros d'abonné des clients Sympatico quand elle utilise sa technologie d'IAP aux fins de la gestion du trafic sur le réseau. Pour cette raison, le principe 4.4 n'a pas été enfreint. »

(nos soulignements)

[59] Sans que ces conclusions soient considérées comme ayant l'autorité de chose jugée, les conclusions de fait d'un tribunal quasi judiciaire constituent un fait juridique qui peut permettre d'établir une présomption.

⁴⁷ *Id.*

[60] La Cour d'appel l'affirme⁴⁸ :

« [50] En effet, la connexité des faits constatés dans l'une et l'autre enquêtes et les conclusions respectives des deux commissions me suffisent pour conclure que le jugement de la Commission constitue à tout le moins un fait juridique (Ali c. Cie d'ass. Gardien du Canada) «que nul ne peut ignorer, qui est pertinent et qui peut s'imposer quant à sa valeur probante». Le juge de première instance, comme notre Cour, à sa place et à ce stade-ci, devait considérer les constatations factuelles contenues dans cette décision de la Commission municipale comme un fait juridique que nul ne peut ignorer. »

(nos soulignements)

[61] Et également, dans un arrêt récent, la Cour d'appel rappelle :

« [3] Le juge pouvait cependant considérer la décision de la CRT comme un fait juridique en ce qui concerne la détermination fondamentale de la CRT quant aux réclamations frauduleuses relatives au temps passé au travail par l'intimée et aux demandes de compensations fondées sur du kilométrage artificiellement gonflé.⁴⁹ »

(nos soulignements)

[62] Ainsi, certains éléments de preuve produits au dossier au stade de la requête en autorisation d'exercer un recours collectif contredisent sérieusement les allégations des deux requérantes.

[63] Sans juger du fond de cette question, la preuve déposée au stade de la Requête en autorisation d'exercer le recours collectif ne permet pas de démontrer, *prima facie*, que le contenu des messages des abonnés de Bell est inspecté, de quelque façon, par l'utilisation de la technologie *DPI* de Bell.

[64] Bien qu'une telle question aurait pu être commune aux membres du groupe, la preuve déposée ne permet pas de conclure à l'existence, même *prima facie*, de cette allégation de fait.

[65] À cet égard, la condition exigée à l'article 1003a) C.p.c. n'est pas rencontrée.

⁴⁸ *Val-Bélair (Ville de) c. Jean*, J.E. 2003-111(C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 07-08-2003, 29582).

⁴⁹ *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibodeau*, 2009 QCCA 1738, par. 3, voir également *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832.

2. DEUXIÈME CONDITION : ARTICLE 1003b) C.p.c.

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

[...]

b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;

A. PORTÉE ET PRINCIPES D'ANALYSE

[66] La deuxième condition requise par l'article 1003b) C.p.c. implique l'analyse du recours de la requérante.

[67] Le Tribunal doit écarter les recours frivoles ou manifestement mal fondés. Il s'agit d'un mécanisme de filtrage et de vérification⁵⁰. Myrna Raphaël doit démontrer, par apparence sérieuse de droit, sa cause personnelle d'action contre Bell⁵¹. C'est son recours qui sert à l'analyse du critère énoncé à l'article 1003b) C.p.c.

[68] M^e Marie Audren l'exprime ainsi⁵² :

« En présence de l'article 1048 C.p.c., le critère de l'apparence de droit prévu à l'article 1003b) C.p.c. doit être évalué à partir de la cause d'action du membre désigné. Le rôle du membre désigné est le même que celui d'un requérant dans un recours collectif où l'article 1048 C.p.c. ne s'applique pas. Le membre désigné étant membre du groupe, c'est le jugement rendu sur sa réclamation qui liera tous les autres membres du groupe. »

(nos soulignements)

⁵⁰ *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. C.T.C.U.Q.*, [1981] 1 R.C.S. 424, p. 429; *Vidal c. Harel, Drouin & Associés*, J.E. 2002-221(C.A.), (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 27-02-2003, 29122); *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*, [2005] R.J.Q. 1367, par. 37 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 25-08-2005, 30922).

⁵¹ *Bouchard c. Agropur Coopérative*, 2006 QCCA 1342, par. 109.

⁵² Marie AUDREN, « L'article 1048 C.p.c. : une disposition d'exception » dans S.F.P.B.Q., vol. 232, *Développements récents sur les recours collectifs (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 133, à la p. 142, voir aussi *Option Consommateurs c. Bell Mobilité*, 2008 QCCA 2201, par. 54; *Option Consommateurs c. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2010 QCCA 1416, par. 9; *Union des consommateurs c. Canada (Procureur général)*, 2006 QCCS 448, par. 22; *Collectif de défense des droits de la Montérégie (C.D.D.M.) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de santé et des services sociaux du Suroît*, 2009 QCCS 5453, par. 16 (inscription en appel, C.A., 23-12-2009, 500-09-020284-105).

[69] La Cour d'appel confirme que le recours individuel du requérant doit satisfaire au critère de l'apparence sérieuse de droit⁵³ :

« [34]...il ne faut pas perdre de vue que le véhicule procédural du recours collectif requiert, au stade de l'autorisation, l'examen de la situation d'une seule personne, soit le requérant ou la personne désignée dans le cas d'une personne morale. »

[70] Le rôle du Tribunal consiste à décider si la demande présente une apparence sérieuse de droit au recours collectif en examinant les allégations de la requête tenues pour avérées et les pièces produites⁵⁴.

[71] Dans le cas où plusieurs causes d'action distinctes sont invoquées, l'analyse de chaque règle de droit et de chaque syllogisme juridique doit se faire séparément afin de déterminer si la personne désignée présente une apparence de droit à l'endroit de chacun⁵⁵.

[72] L'honorable Jean-Louis Baudouin, écrivant pour la Cour d'appel, exprime l'objectif de l'article 1003b) C.p.c.⁵⁶ :

« La disposition précitée de l'article 1003 C.p.c. a donc un double but. Le premier est de faire immédiatement tomber les recours frivoles à leur face même. C'est d'ailleurs le premier critère retenu par la jurisprudence, notamment la Cour suprême par la bouche de l'honorable Julien Chouinard dans *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, [1981] 1 R.C.S. 424. Ce critère ne trouve pas d'application ici. On ne peut qualifier de frivole à leur face même les allégations précitées touchant les deux ordres de gouvernement.

Le second est de réserver le même sort aux recours qui, sans être frivoles, sont « manifestement » mal fondés.

(...) La fonction du tribunal se résume à examiner la qualité du syllogisme juridique sans présumer en rien du fond du litige, en prenant garde de tenir les faits pour avérés. Le législateur québécois a institué un modèle de

⁵³ *Union des consommateurs c. Bell Canada*, 2010 QCCA 351, par. 34; *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. C.T.C.U.Q.*, [1981] 1 R.C.S. 424, par. 16 et 17.

⁵⁴ *Meese c. Canada (Procureure générale)*, J.E. 2001-975 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 10-01-2002, 28673); *Harmegnies c. Toyota Canada inc.*, 2008 QCCA 380 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 25-09-2008, 32587).

⁵⁵ *Option Consommateurs c. Novopharm Ltd.*, 2006 QCCS 118, par. 78 et 79 (appel rejeté [2008] R.J.Q. 1350 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 04-12-2008, 32759).

⁵⁶ *Rouleau c. Procureur général du Canada*, J.E. 98-25(C.A.).

recours collectif en deux étapes, soit l'autorisation et l'exercice du recours proprement dit. Juger du fond du recours à l'étape de l'autorisation équivaut à nier le particularisme de ce modèle et à créer une enquête préliminaire annihilant tout caractère utile de la seconde phase de la procédure. (...)

[...]

J'estime qu'à ce stade-ci des procédures, il y a au moins une apparence de droit sérieux qui m'empêche d'affirmer que le recours est manifestement mal fondé. Nous ne sommes pas saisis du fond ici, mais d'une simple procédure préalable. Les requérants n'ont donc pas à faire une démonstration complète, claire et sans équivoque du bien-fondé de leur droit. Exiger ceci irait clairement à l'encontre du but poursuivi par le législateur et de la philosophie même du recours collectif. Il n'est pas non plus du rôle des tribunaux d'en exiger la démonstration. »

(nos soulèvements)

[73] À ce stade de la requête en autorisation, il ne s'agit pas de décider si le recours de la requérante est bien fondé ou non. Il s'agit plutôt d'examiner si les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées ou si les allégations sont « clairement frivoles » ou « manifestement mal fondées »⁵⁷. Le fardeau en est un de démonstration. La simple probabilité que ces faits existent n'est pas suffisante⁵⁸.

B. APPLICATION À LA REQUÊTE DE MYRNA RAPHAËL ET D'UNION DES CONSOMMATEURS

[74] Précisons d'emblée que Bell ne prétend pas que le recours de Myrna Raphaël soit frivole. Ce premier objectif de l'article 1003b) C.p.c., visant à écarter immédiatement les recours frivoles, ne reçoit pas application, ici.

[75] Qu'en est-il du second volet, l'élimination du recours « manifestement mal fondé »?

[76] Myrna Raphaël demande à être autorisée à exercer une action en dommages, au nom de tous les abonnés à un service résidentiel *Internet ADSL* de Bell, au Québec et en Ontario, pour les motifs ci-haut énoncés.⁵⁹

⁵⁷ *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. C.T.C.U.Q.*, [1981] 1 R.C.S. 424, p. 429; *Vidal c. Harel, Drouin & Associés*, J.E. 2002-221(C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 27-02-2003, 29122).

⁵⁸ *Dubuc c. Bell Mobilité inc.*, 2008 QCCA 1962, par. 11.

⁵⁹ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 1.4a) à d) et 8.

[77] Bell répond et conteste le recours proposé par Myrna Raphaël pour les motifs suivants :

1. - Myrna Raphaël n'a pas l'intérêt requis pour représenter les abonnés de Bell en Ontario;
2. - les services offerts par Bell sont, *prima facie*, conformes à la description qui en est faite à son contrat;
3. - les publicités auxquelles Myrna Raphaël fait référence à sa requête sont postérieures à la conclusion de son contrat;
4. - aucune violation au droit à la vie privée n'a été démontrée par Myrna Raphaël.

[78] Analysons ces arguments.

1. **L'intérêt requis pour les abonnés en Ontario**

[79] L'article 55 C.p.c. se lit comme suit :

55. Celui qui forme une demande en justice, soit pour obtenir la sanction d'un droit méconnu, menacé ou dénié, soit pour faire autrement prononcer sur l'existence d'une situation juridique, doit y avoir un intérêt suffisant.

[80] Selon sa désignation à l'intitulé des procédures, Myrna Raphaël habite au Québec. Elle n'allègue aucunement avoir résidé ou contracté avec Bell en Ontario, au cours de la période pertinente à son recours.

[81] Son contrat, conclu avec Bell, est régi par le droit québécois, selon l'article 3117 C.c.Q.⁶⁰ : elle invoque d'ailleurs les dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*⁶¹ (ci-après « LPC »), du *Code civil du Québec* et de la Charte des droits et libertés de la personne⁶² (ci-après « la Charte »).

[82] La requête ne contient aucune allégation justifiant de l'intérêt juridique de Myrna Raphaël ni d'Union des consommateurs à représenter les abonnés de Bell en Ontario⁶³.

[83] Le droit au recours proposé par Myrna Raphaël à l'égard des abonnés de Bell en Ontario n'est pas démontré, même *prima facie*.

⁶⁰ C.c.Q., art. 3117.

⁶¹ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1.

⁶² *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12.

⁶³ *Foucher c. Québec (Procureur général)*, [1989] R.J.Q. 703 (C.S.).

2. La conformité du contrat

[84] Myrna Raphaël démontre-t-elle une apparence sérieuse de droit pour son recours en dommages? A-t-elle démontré, *prima facie*, l'inexécution des obligations contractuelles de Bell et les dommages qui en découleraient?

[85] Rappelons que les faits allégués doivent être tenus pour avérés de même que les pièces produites, à moins qu'il ne s'agisse d'opinions, d'hypothèses ou de faits contredits par d'autres éléments de preuve déposés au dossier.

[86] Les contrats intervenus entre Bell et Myrna Raphaël sont produits : la version mise à jour au 15 mai 2006⁶⁴ était en vigueur à la date du renouvellement du contrat en novembre 2006⁶⁵.

[87] Myrna Raphaël allègue, qu'à compter d'octobre 2007, Bell a délibérément adopté des mesures de gestion du trafic sur Internet entraînant un ralentissement systématique de la vitesse de débit de certaines applications aux heures de pointe.

[88] Tel que déjà indiqué, Bell reconnaît avoir pris la décision de mettre en oeuvre une série de mesures destinées à pallier l'engorgement du réseau Internet lors des heures de grande utilisation⁶⁶. Parmi ces mesures, et depuis octobre 2007, Bell reconnaît avoir recours à la technologie *DPI* pour gérer certaines applications sur son réseau, soit les applications de partage de fichiers P2P.

[89] Myrna Raphaël plaide la notion de garantie de conformité du contrat prévue au *Code civil du Québec* et à la *Loi sur la protection du consommateur*.

[90] Que prévoit le contrat de service⁶⁷ intervenu entre Bell et Myrna Raphaël à cet égard?

[91] Bell s'engage d'abord à fournir les services Internet résidentiels tels que décrits à l'article 6, pendant la durée du contrat⁶⁸.

⁶⁴ Modèles de contrats de service résidentiel élaborés par Bell Canada. *SympaticoMC, Haute vitesse, Haute vitesse Ultra, Intermédiaire et Débutant. Internet total et services Internet Sympatico* (version française), pièce R-3a).

⁶⁵ Préc., note 2.

⁶⁶ Plan d'argumentation de Bell Canada, p. 3 à 12.

⁶⁷ Préc., note 64.

⁶⁸ Préc., note 64, art. 1.

[92] Eu égard à Myrna Raphaël, le service *Internet Sympatico Haute vitesse*⁶⁹ comprend onze (11) éléments, énumérés au contrat, incluant notamment :

- une connexion Haute vitesse à Internet⁷⁰;
- une utilisation illimitée des activités combinées de la bande passante en aval (de l'Internet vers l'ordinateur) et en amont (de l'ordinateur vers Internet)⁷¹;
- l'accès au courriel *Web*⁷².

[93] Bell stipule que le « *fournisseur de service ne garantit pas le rendement du service* ». L'article 12 du contrat précise :

« **12. Niveaux de rendement.** Dans la mesure permise par les lois applicables, votre fournisseur de service ne garantit pas le rendement du service. La vitesse est tributaire des goulots d'étranglement qui existent sur la vaste architecture du réseau Internet. [...] »

(nos soulignements)

[94] Bell se réserve le droit, à l'article 5i de son contrat⁷³, de « *restreindre le service ... en tout temps sans avis, si : ... l'exploitation ou l'efficacité du service est diminuée par l'utilisation ... du service* ».

[95] Enfin, Myrna Raphaël s'engage à ne pas utiliser le service d'une façon allant à l'encontre de lois ou règlements et convient de se conformer aux politiques et règles de Bell, incluant aux règles d'utilisation acceptable⁷⁴.

[96] Que prescrivent donc le *Code civil du Québec* et la *Loi sur la protection du consommateur* à l'égard de l'obligation de conformité du service fourni à la description qui en est faite au contrat liant les parties?

[97] Le *Code civil du Québec* traite du CONTRAT D'ENTREPRISE OU DE SERVICE. Les articles pertinents sont les articles 2098 à 21083 C.c.Q.⁷⁵, auxquels il faut ajouter les articles 1425 à 1439 C.c.Q. portant sur l'interprétation et sur la force obligatoire du contrat. Citons particulièrement :

2098. Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une

⁶⁹ Préc., note 64, art. 6.

⁷⁰ Préc., note 64, art. 6i.

⁷¹ Préc., note 64, art. 6ii.

⁷² Préc., note 64, art. 6iii.

⁷³ Préc., note 64, art. 5.

⁷⁴ Préc., note 64, art. 2.

⁷⁵ C.c.Q., art. 2098, 2099 et 2100.

autre personne; le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer.

2099. L'entrepreneur ou le prestataire de services a le libre choix des moyens d'exécution du contrat et il n'existe entre lui et le client aucun lien de subordination quant à son exécution.

2100. L'entrepreneur et le prestataire de services sont tenus d'agir au mieux des intérêts de leur client, avec prudence et diligence. Ils sont aussi tenus, suivant la nature de l'ouvrage à réaliser ou du service à fournir, d'agir conformément aux usages et règles de leur art, et de s'assurer, le cas échéant, que l'ouvrage réalisé ou le service fourni est conforme au contrat.

Lorsqu'ils sont tenus du résultat, ils ne peuvent se dégager de leur responsabilité qu'en prouvant la force majeure.

(nos soulignements)

[98] La LPC, plus spécifique, établit⁷⁶ :

2. La présente loi s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service.

10. Est interdite la stipulation par laquelle un commerçant se dégage des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant.

16. L'obligation principale du commerçant consiste dans la livraison du bien ou la prestation du service prévus dans le contrat.

Dans un contrat à exécution successive, le commerçant est présumé exécuter son obligation principale lorsqu'il commence à accomplir cette obligation conformément au contrat.

17. En cas de doute ou d'ambiguïté, le contrat doit être interprété en faveur du consommateur.

40. Un bien ou un service fourni doit être conforme à la description qui en est faite dans le contrat.

(nos soulignements)

[99] Myrna Raphaël et Union des consommateurs ont-elles démontré, *prima facie*, que le service fourni par Bell n'est pas conforme au contrat qui les lie?

[100] Myrna Raphaël et Union des consommateurs ne reprochent aucunement à Bell, dans quelque allégation de leur procédure, de ne pas avoir fourni l'un ou l'autre des onze (11) éléments de services énumérés à l'article 6 du contrat.

⁷⁶ Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1, art. 2, 10, 16, 17 et 40.

[101] Myrna Raphaël et Union des consommateurs reprochent à Bell, et nous en traiterons plus loin, ses représentations publicitaires quant à « *une vitesse d'accès constante et ultrarapide* », « *sans ralentissement frustrant, même en période de pointe* » alléguant qu'en raison de ces représentations publicitaires, Bell n'était pas autorisée à gérer le trafic Internet comme elle l'a fait depuis octobre 2007, par lissage de trafic des applications P2P.

[102] Nulle part au contrat, Bell énonce-t-elle ce que serait la vitesse d'accès, la vitesse de connexion ou même la vitesse approximative ou précise qui correspondrait à une « *Haute vitesse* ». Le contrat ne stipule rien, à cet égard.

[103] Au contraire, dans le contrat accepté par Myrna Raphaël, Bell énonce clairement ne pas garantir « *le rendement du service*⁷⁷ », en précisant que « *[l]a vitesse est tributaire des goulots d'étranglement qui existent sur la vaste architecture du réseau Internet* ». Bell ajoute⁷⁸ :

« Pour cette raison, votre fournisseur de service ne peut garantir le niveau de rendement (vitesse du débit) maximal du service. »

[104] Que le contrat intervenu entre Bell et Myrna Raphaël se qualifie ou non de contrat d'adhésion ne revêt aucune importance à cette étape du recours. Myrna Raphaël et Union des consommateurs ne plaident pas qu'il comporte des clauses externes, illisibles, incompréhensibles ou abusives ou qu'il faudrait les interpréter en leur faveur. En fait, Myrna Raphaël et Union des consommateurs ne réfèrent à aucune clause du contrat.

[105] Rappelons également, qu'en vertu de l'article 5 du contrat, Myrna Raphaël a accepté que Bell puisse « *restreindre le service ... en tout temps sans avis si : ... l'exploitation ou l'efficacité du service [était] diminuée par l'utilisation ... du service* ».

[106] Que révèle la preuve à cet égard?

[107] Les conclusions factuelles du CRTC⁷⁹ établissent que le lissage de trafic concerne le partage de fichiers P2P à délai de livraison non critique pendant les heures de pointe. De plus, le CRTC conclut⁸⁰ que Bell a « *établi que son réseau est congestionné pendant les heures de pointe* » et que « *l'usage intensif de telles applications (les applications de partage de fichiers P2P) pourrait ... entraîner la congestion du réseau et réduire le rendement des services Internet offerts aux autres utilisateurs finals* ».

⁷⁷ Préc., note 64, art. 12.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Décision du CRTC 2009-677 datée du 29 octobre 2009 révisant la décision du CRTC 2008-108 datée du 20 novembre 2008 qui a été produite par la Requérante comme pièce R-8, pièce PL-9, p. 2.

⁸⁰ Extrait de la réponse de Bell Canada à la requête de l'Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) au CRTC, pièce R-4; Décision du CRTC (CRTC 2008-108) en date du 20 novembre 2008 sur la demande de l'Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) relative au lissage de trafic du service d'accès par passerelle de gros par Bell Canada, pièce R-8, p.5.

[108] De plus, le CRTC estime que Bell Canada a établi que l'usage des applications de partage de fichiers P2P pendant les périodes de pointe « *contribuerait à la congestion du réseau de Bell Canada*⁸¹ ». Par conséquent, le CRTC conclut que Bell Canada a établi que certaines mesures sont nécessaires afin d'empêcher ses clients d'utiliser des applications de partage de fichiers P2P « *en vue de faire obstacle à un usage juste et proportionné de son réseau par d'autres utilisateurs*⁸² ».

[109] Nous avons déjà discuté⁸³ de la portée des décisions quasi judiciaires comme celles du CRTC, dans le présent dossier. Ces décisions sont considérées comme des faits juridiques pertinents qui peuvent s'imposer quant à leur valeur probante⁸⁴. La Cour d'appel en précise l'étendue :

« Le jugement pénal est un fait juridique que nul ne peut ignorer, qui est pertinent et qui peut s'imposer quant à sa valeur probante. Le juge civil donc, sans attribuer à la condamnation pénale l'autorité de chose jugée en droit ou en fait, est libre, selon les circonstances, d'en tirer les conclusions et les présomptions de fait appropriées. »

(nos soulignements)

[110] La notion de « fait juridique important » a été reconnue par la Cour d'appel⁸⁵ :

« [144] De l'avis du soussigné, la notion de « fait juridique important » n'est pas limitée à la seule condamnation pénale. Les motifs retenus par le juge Guibault pour rejeter le recours qui était devant lui, incluant les commentaires qu'il formule à l'égard de Michalakopoulos constituent eux aussi des « faits juridiques importants. » [...]

[150] Pour conclure, le soussigné est d'avis que les motifs du jugement Guibault (et des autres jugements incidents rendus dans la même instance) constituent un ensemble de faits

⁸¹ Extrait de la réponse de Bell Canada à la requête de l'Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) au CRTC, pièce R-4; Décision du CRTC (CRTC 2008-108) en date du 20 novembre 2008 sur la demande de l'Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) relative au lissage de trafic du service d'accès par passerelle de gros par Bell Canada, pièce R-8, p. 6, par. 32.

⁸² *Id.*

⁸³ Voir notamment *Ali c. Compagnie d'assurances Guardian du Canada*, [1999] R.R.A. 427 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 06-08-2000, 27458); *Banque de Montréal c. De Bellefeuille*, J.E. 2005-1107 (C.S.), par. 64 et 65; *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, par. 44, 47 et 50; *Lawyers Title Insurance Corporation c. Peter Michalakopoulos*, [2004] R.R.A. 1215 (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 16-02-2005, 500-09-015050-040); *Cintech Agroalimentaire, division inspection inc. c. Thibodeau*, 2009 QCCA 1738, par. 3; *Solomon c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCA 1832, par. 54.

⁸⁴ *Ali c. Compagnie d'assurances Guardian du Canada*, [1999] R.R.A. 427 (C.A.) (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 06-08-2000, 27458).

⁸⁵ *Lawyers Title Insurance Corporation c. Peter Michalakopoulos*, [2004] R.R.A. 1215 (C.S.) (requête pour permission d'appeler rejetée, C.A., 16-02-2005, 500-09-015050-040).

juridiques admissibles en preuve, qui n'ont pas cependant l'autorité de la chose décidée mais qui créent à l'encontre du défendeur Michalakopoulos une présomption simple de faits, essentiellement réfragable, ouvrant la porte de la part du défendeur à une preuve visant à contredire les constatations factuelles dudit jugement. »

(nos soulignements)

[111] Le Tribunal considère que les termes mêmes du contrat de service, lus en conjonction avec les conclusions factuelles du CRTC constituent des faits juridiques importants qui contredisent les allégations et les prétentions de Myrna Raphaël et d'Union des consommateurs.

[112] Sans discuter du fond, le Tribunal ne peut, *prima facie*, identifier de garantie de vitesse d'accès ou de vitesse de connexion à laquelle serait tenue Bell, en vertu de son contrat avec Myrna Raphaël.

[113] Enfin, la technologie *DPI* n'existait pas en novembre 2006⁸⁶, lors de la conclusion du contrat entre Bell et Myrna Raphaël : il est difficile de convaincre que Bell aurait commis des réticences à l'endroit de Myrna Raphaël concernant une technologie qui ne sera utilisée que un an plus tard.

[114] Myrna Raphaël ne s'est pas déchargée de son fardeau. Elle n'a pas démontré une apparence sérieuse de non-conformité, par Bell, à ses obligations contractuelles. Les exigences de l'article 1003b) C.p.c. ne sont pas rencontrés à cet égard.

3. La publicité faite par Bell

[115] Myrna Raphaël et Union des consommateurs réfèrent amplement, à leur requête, aux représentations faites par Bell à l'égard de son service d'accès *Internet ADSL*. Elles reproduisent plusieurs pages⁸⁷ du site Internet de Bell quant aux caractéristiques vantées par le fournisseur de services.

[116] Toutes les pages⁸⁸ alléguées et produites par Myrna Raphaël et Union des consommateurs portent sur des publicités datées du 27 mai 2008 ou du 3 juin 2008. Elles visent certains services offerts par Bell, soit les services *Internet total performance*, *Internet total essentiel*, *Internet total essentiel Plus*, *Internet total Max* ou *Sympatico Internet total* qui ne sont pas les services auxquels Myrna Raphaël a adhéré.

⁸⁶ Préc., note 2.

⁸⁷ Extraits des représentations faites par Bell Canada sur son site Internet, pièce R-2 en liasse.

⁸⁸ *Id.*

[117] Point n'est besoin d'autorités pour comprendre que Myrna Raphaël n'a certainement pas été influencée par de telles représentations publicitaires lorsqu'elle a contracté avec Bell le 17 novembre 2006⁸⁹ pour un service *Internet Sympatico Haute vitesse*.

[118] Néanmoins, la Cour d'appel a déjà jugé nécessaire de préciser que le service fourni par une entreprise devait être conforme « *non seulement au contrat intervenu ... mais aux déclarations faites ... et aux messages publicitaires faits avant la conclusion du contrat⁹⁰ ».*

[119] Certes, si les représentations de Bell avaient pu influencer la décision de contracter de Myrna Raphaël, il aurait été nécessaire d'en tenir compte⁹¹, mais tel n'est pas le cas, ici.

[120] Myrna Raphaël et Union des consommateurs renvoient à l'article 41 de la *LPC* portant sur les représentations fausses ou trompeuses faites à un consommateur. Cette disposition ne peut être invoquée, en l'instance, puisque toutes les représentations auxquelles réfère leur requête sont subséquences à la conclusion du contrat.

[121] Myrna Raphaël n'a pas démontré, *prima facie*, une apparence sérieuse de droit à sa prétention d'avoir été trompée par des représentations publicitaires de Bell.

4. Violation du droit à la vie privée

[122] Myrna Raphaël et Union des consommateurs prétendent à une violation illicite et délibérée du droit à la vie privée des abonnés de Bell⁹².

[123] Tel que déjà mentionné, elles allèguent que Bell inspecte, sans le consentement de ses abonnés, les activités des usagers et le contenu de leurs messages par l'utilisation de la technologie *DPI*.

[124] Or, tel que discuté plus haut, une preuve autorisée contredit l'affirmation des requérantes quant à l'inspection de contenu des messages.

⁸⁹ Préc., note 2.

⁹⁰ *Quantz c. A.D.T. Canada inc.*, REJB 2002-33495, par. 95 (C.A.).

⁹¹ Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, par. 56.

⁹² Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 2.53 à 2.58.

[125] Non seulement le graphique de *Fonctionnement de la technologie DPI*⁹³ établit-il que le contenu des messages n'est pas inspecté par Bell, mais la commissaire à la protection de la vie privée reconnaît⁹⁴ que le contrat conclu entre Bell et ses abonnés avise les utilisateurs de *la possibilité que Bell surveille leur utilisation de ses réseaux*⁹⁵.

[126] L'article 17 du contrat conclu entre Myrna Raphaël et Bell stipule⁹⁶ :

« **17. Ce que les usagers doivent savoir.** [...] Notre fournisseur de service n'est pas tenu de surveiller le service, ni tout contenu ou toute utilisation que vous faites des réseaux de ce même fournisseur de service. Vous convenez toutefois qu'il se réserve le droit, à l'occasion, de surveiller le service de façon électronique ou d'enquêter au sujet d'un contenu ou de l'utilisation que vous faites de ses réseaux, y compris la consommation de bande passante, et aussi de divulguer les renseignements nécessaires pour se conformer à une loi, à un règlement ou à une demande du gouvernement de tout territoire compétent, pour exploiter le service, pour se protéger ou protéger des tiers.

[...] »

(nos soulignements)

[127] Ainsi, non seulement Myrna Raphaël et Union des consommateurs n'ont-elles pas établi, *prima facie*, que Bell inspectait le contenu des messages, mais M^{me} Raphaël pourrait avoir accepté, contractuellement, que Bell puisse « *surveiller le service de façon électronique* » ou « *enquêter au sujet ... de l'utilisation ... de ses réseaux, y compris la consommation de la bande passante ...* »⁹⁷.

[128] Ces éléments de preuve contredisent les allégations de Myrna Raphaël et d'Union des consommateurs.

[129] Myrna Raphaël et Union des consommateurs ne se sont pas déchargées de leur fardeau de démontrer, *prima facie*, l'apparence de droit de leurs prétentions concernant la violation du droit à la vie privée. Les exigences de l'article 1003b) C.p.c. n'ont pas été remplies.

⁹³ Préc., note 44.

⁹⁴ Préc., note 46, p. 7 de 16.

⁹⁵ Modèles de contrats de service résidentiel élaborés par Bell Canada. *SympaticoMC, Haute vitesse, Haute vitesse Ultra, Intermédiaire et Débutant. Internet total et services Internet Sympatico* (version française), pièce R-3a), art.17.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

3. TROISIÈME CONDITION : ARTICLE 1003c) C.p.c.

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

[...]

c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que

A. PORTÉE ET PRINCIPES D'ANALYSE

[130] Cette troisième condition de l'article 1003 C.p.c. est probablement la plus facile à rencontrer. Il suffit qu'il soit « difficile » ou « peu pratique » de procéder par mandat ou par jonction des parties.

[131] L'interprétation doit être conforme à l'esprit de la procédure de recours collectif, soit favoriser l'accès à la justice⁹⁸ et permettre la représentation d'un plus grand nombre de personnes.

[132] Le requérant doit fournir un minimum d'information sur la taille et les caractéristiques essentielles du groupe pour permettre au Tribunal de vérifier l'application des articles 59 et 67 C.p.c.⁹⁹.

B. APPLICATION À LA REQUÊTE DE MYRNA RAPHAËL ET D'UNION DES CONSOMMATEURS

[133] Myrna Raphaël et Union des consommateurs produisent le rapport annuel 2007 de Bell Canada Entreprises¹⁰⁰ : Bell est le chef de file national de la prestation de service d'accès *Internet ADSL* à la clientèle résidentielle.

[134] Bell fait affaires à travers le Québec et l'Ontario. Les membres éventuels d'un groupe sont dispersés géographiquement.

[135] Selon le rapport annuel 2007¹⁰¹, Bell compte plus de 2 millions d'abonnés à son service *Internet ADSL Haute vitesse* à travers le Canada, ce qui laisse penser à plusieurs dizaines de milliers de clients au Québec et en Ontario¹⁰².

⁹⁸ *Bouchard c. Les Entreprises Dorette Va/Go inc.*, C.S. Montréal, n° 500-06-000002-952, 10 juillet 1995, j. Croteau.

⁹⁹ *Del Guidice c. Honda Canada inc.*, J.E. 2007-1345, par. 33 (C.A.); *Black c. Place Bonaventure inc.*, J.E. 2004-1695 (C.A.).

¹⁰⁰ Extrait du Rapport annuel 2007 de BCE, pièce R-6.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 4.2 et 4.3.

[136] Les éléments d'identification et le nombre d'abonnés Bell – *Internet ADSL Haute vitesse* ne sont pas disponibles ou accessibles au public. Il est « difficile » et « peu pratique » de procéder par mandat ou jonction des parties.

[137] Le recours collectif est la procédure indiquée, à ce chapitre, ce que ne conteste d'ailleurs pas Bell Canada.

[138] La condition de l'article 1003c) C.p.c. est satisfaite.

4. QUATRIÈME CONDITION : ARTICLE 1003d) C.p.c.

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

[...]

d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

A. PORTÉE ET PRINCIPES D'ANALYSE

[139] Eu égard à cette quatrième et dernière condition de l'article 1003 C.p.c., les principes suivants reçoivent application :

- il ne faut pas confondre l'exigence de « représentation adéquate » avec la « typicalité » ou la « représentativité » de la situation individuelle du représentant ou des caractéristiques de son recours¹⁰³;
- si le requérant se montre capable, disponible et intéressé à gérer le recours collectif, il peut obtenir le statut de représentant¹⁰⁴;
- les qualités et capacités de représentation du requérant sont évaluées *prima facie*; il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse du meilleur représentant ou du représentant idéal¹⁰⁵;
- la réclamation personnelle du représentant se doit d'être valable et suffisamment fondée en droit¹⁰⁶;

¹⁰³ *Guilbert c. Vacances sans frontières*, EYB 1991-58720 (C.A.).

¹⁰⁴ *Hotte c. Servier Canada inc.*, [2002] R.J.Q. 230 (C.S.); *Comtois c. Telus Mobilité*, EYB 2010-171524 (C.A.).

¹⁰⁵ *Greene c. Vacances Air Transat*, EYB 1995-28862 (C.A.); *Carruthers c. Paquette*, [1993] R.J.Q. 1467 (C.S.).

¹⁰⁶ *Contat c. General Motors du Canada ltée*, 2009 QCCA 1699, par. 33 (requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée, C.S.C., 2010-01-28, 33423).

- une approche libérale doit être privilégiée dans le choix du représentant¹⁰⁷.

B. APPLICATION À LA REQUÊTE DE MYRNA RAPHAËL ET D'UNION DES CONSOMMATEURS

1. Myrna Raphaël comme représentante

[140] Myrna Raphaël est abonnée au service *Internet Sympatico Haute vitesse* de Bell.

[141] Elle a constaté et subi un ralentissement systématique de la vitesse d'accès concernant certaines applications, aux heures de pointe, depuis le 28 octobre 2007.

[142] Plusieurs des applications régulièrement utilisées par Myrna Raphaël sont maintenant assujetties à la technologie « *DPI* » visant l'inspection des « *paquets* » aux fins de gestion du trafic Internet par Bell.

[143] Myrna Raphaël s'est intéressée et a consulté de nombreux forums de discussion en ligne concernant le ralentissement imposé par Bell¹⁰⁸. Plus de 800 personnes se sont identifiées auprès d'Union des consommateurs, comme membres éventuels d'un groupe, depuis le dépôt de sa Requête en autorisation d'exercer le présent recours collectif¹⁰⁹.

[144] Le Tribunal estime que si les autres conditions de l'article 1003 C.p.c. avaient été rencontrées, Myrna Raphaël aurait été en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres. Elle aurait pu agir à titre de représentante du groupe.

2. Union des consommateurs comme représentante

[145] Quant à Union des consommateurs, l'article 1048 C.p.c. permet de lui reconnaître le statut de représentant.

[146] Les allégations de la requête¹¹⁰ établissent amplement l'intérêt, l'aptitude et la disponibilité d'Union des consommateurs à obtenir le statut de représentant au présent recours.

[147] Il n'est pas contesté qu'Union des consommateurs regroupe des associations et organismes communautaires et coopératifs du Québec intéressés à la défense et protection des droits des consommateurs.

¹⁰⁷ *Greene c. Vacances Air Transat*, EYB 1995-28862 (C.A.); *Bouchard c. Agropur Coopérative*, [2006] R.J.Q. 2349, par. 89 (C.A.).

¹⁰⁸ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 4.4 et 4.6.

¹⁰⁹ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégation 4.5.

¹¹⁰ Requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif, allégations 11.0 à 11.23.

[148] Ses procédures d'information, d'organisation et d'assistance auprès des consommateurs sont bien établies et contribuent à une gestion efficace de tels dossiers dans l'intérêt des consommateurs.

[149] Le Tribunal n'aurait eu aucune hésitation à lui reconnaître le statut de représentant au présent dossier si le recours collectif individuel de Myrna Raphaël avait rencontré les conditions d'exercice du recours.

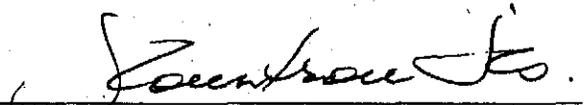
CONCLUSION

[150] L'analyse des allégations de la requête de Myrna Raphaël et d'Union des consommateurs ainsi que des pièces déposées, de part et d'autre, permet de conclure que les quatre critères de l'article 1003 C.p.c. ne sont pas rencontrés.

POUR TOUS CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[151] **REJETTE** la requête amendée pour autorisation d'exercer un recours collectif présentée par Myrna Raphaël et Union des consommateurs contre Bell Canada;

[152] **AVEC DÉPENS.**


SUZANNE COURTEAU, J.C.S.

M^e François Lebeau
UNTERBERG, LABELLE, LEBEAU
Procureurs de la requérante et de la personne désignée

M^e Valérie Beaudin
M^e Geneviève Bergeron
BEAUDIN & ASSOCIÉS – BELL CANADA SERVICE JURIDIQUE
Procureurs de l'intimée

Dates d'audience : 11 et 12 novembre 2010