

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-021539-119
(500-06-000436-085)

DATE : LE 12 JUILLET 2012

**CORAM : LES HONORABLES JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.
JACQUES DUFRESNE, J.C.A.
JACQUES A. LÉGER, J.C.A.**

UNION DES CONSOMMATEURS
APPELANTE – Requérante

et

MYRNA RAPHAËL
Personne désignée

c.

BELL CANADA
INTIMÉE – Intimée

ARRÊT

[1] L'appelante se pourvoit contre un jugement rendu le 22 février 2011 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Suzanne Courteau), qui a rejeté la requête de l'appelante pour autorisation d'exercer un recours collectif contre l'intimée, Bell Canada;

[2] Pour les motifs du juge Chamberland, auxquels souscrivent les juges Dufresne et Léger, LA COUR :

[3] **ACCUEILLE** l'appel, avec dépens;

[4] **INFIRME** le jugement dont appel et, procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu,

[5] **ACCUEILLE** la requête de la requérante UNION DES CONSOMMATEURS en autorisation d'exercer un recours collectif, frais à suivre le sort du recours;

[6] **AUTORISE** l'exercice du recours collectif ci-après :

« une action en dommages-intérêts compensatoires et punitifs »

[7] **ATTRIBUE** à UNION DES CONSOMMATEURS le statut de représentante et **DÉSIGNE** MYRNA RAPHAËL pour agir à titre de « personne désignée » aux fins d'exercer le recours collectif pour le compte du groupe ci-après décrit :

TOUTES LES PERSONNES PHYSIQUES RÉSIDANT AU QUÉBEC OU EN ONTARIO QUI, LE OU DEPUIS LE 28 OCTOBRE 2007, ÉTAIENT OU SE SONT ABONNÉES À UN SERVICE RÉSIDENTIEL INTERNET ADSL DE BELL CANADA (LEDIT SERVICE 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) ET QUI UTILISENT DES APPLICATIONS DE PARTAGE DE FICHIERS POSTE-À-POSTE, ENTRE 16 H 30 ET 2 H, DEPUIS LE 28 OCTOBRE 2007

[8] **IDENTIFIE** comme suit les principales questions de fait et de droit qui seront traitées collectivement :

1. L'intimée en limitant volontairement la vitesse de transfert de données, offre-t-elle aux membres du Groupe un service conforme aux représentations qu'elle fait relativement au « *Service d'accès Internet ADSL* »?
2. Dans la négative, l'intimée a-t-elle fait et fait-elle des représentations trompeuses au sens de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q., c. P-40.1) et de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* (L.O. 2002, chap. 30, annexe A);
3. L'intimée a-t-elle contrevenu à l'article 52 de la *Loi canadienne sur la concurrence*?
4. À titre de fournisseur d'un service Internet Haute vitesse l'intimée peut-elle se réserver contractuellement le droit de priver sciemment une portion significative de ses abonnés de l'aspect « Haute vitesse » du service qu'elle leur vend?

5. Le contrat de service lui permet-il à l'intimée de réduire systématiquement la vitesse du service fourni à certains de ses abonnés sans les en aviser au préalable?
6. En limitant volontairement la vitesse de transfert de données, l'intimée limite-t-elle sans droit les services que les membres du groupe sont en droit d'obtenir en vertu du contrat les liant à l'intimée?
7. Dans l'affirmative, les membres du groupe ont-ils le droit de réclamer une réduction des frais d'abonnement mensuels au « *Service d'accès Internet ADSL* » et le remboursement des frais d'abonnement payés en trop et, le cas échéant, en déterminer le montant ou le mode de calcul?
8. Les membres du groupe sont-ils en droit de réclamer de l'intimée des dommages-intérêts punitifs en vertu des lois sur la protection du consommateur applicables? Dans l'affirmative, déterminer le montant payable à chacun des membres à ce titre?;
9. Les membres du groupe ont-ils droit aux intérêts et à l'indemnité additionnelle prévus par la loi sur les montants susdits et, le cas échéant, au remboursement des frais d'expert?

[9] **IDENTIFIE** comme suit les conclusions recherchées qui s'y rattachent :

ACCUEILLIR l'action en recours collectif de la requérante, de la « personne désignée » et des membres du groupe contre l'intimée;

DÉCLARER que le « *Service d'accès Internet ADSL* » fourni par l'intimée ne respecte pas les représentations faites à son sujet aux membres du groupe et ne leur offre pas un des éléments qui constituaient des considérations essentielles;

CONDAMNER l'intimée à payer à la « personne désignée » un montant de 2 323,68 \$, qui inclut le remboursement de 80% des frais d'abonnement mensuels payés jusqu'au 28 mai 2008, le tout quitte à parfaire;

CONDAMNER l'intimée à payer à chacun des membres du groupe une somme équivalant à 80% des frais d'abonnement au « *Service d'accès Internet ADSL* » payés à compter du 28 octobre 2007;

ORDONNER à l'intimée de réduire de 80% les frais d'abonnement au « *Service d'accès Internet ADSL* » des membres du groupe, et ce, pour toute la durée de la période pendant laquelle elle négligera de leur offrir

un « *Service d'accès Internet ADSL* » conforme aux représentations faites à son sujet;

CONDAMNER l'intimée à payer à chacun des membres du groupe la somme de six cents dollars (600 \$) à titre de « dommages-intérêts punitifs » pour contravention aux articles 40, 41, 219, 220 a), 221 g) et 228 de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q., c. P.40.1), aux articles 14 (2) al. 1, 3, 14 et article 17(1) de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* (L.O. 2002, chap. 30, annexe A) et en vertu de l'article 52 de la *Loi sur la concurrence*;

LE TOUT avec les intérêts et l'indemnité additionnelle sur la totalité des montants susdits;

ORDONNER que les condamnations susdites fassent l'objet d'une ordonnance de recouvrement collectif;

RENDRE toute autre ordonnance que le Tribunal pourra déterminer et qui serait dans l'intérêt des membres du groupe;

CONDAMNER l'intimée aux dépens, y compris les frais d'avis et les frais d'expertise.

[10] **DÉCLARE** qu'à moins d'exclusion, les membres du groupe seront liés par tout jugement à intervenir sur le recours collectif de la manière prévue à la loi;

[11] **FIXE** le délai d'exclusion à quatre-vingt-six (90) jours après la date de publication de l'Avis abrégé aux membres, délai à l'expiration duquel les membres du groupe qui ne se seront pas prévalus des moyens d'exclusion seront liés par tout jugement à intervenir;

[12] **ORDONNE** à l'intimée de fournir aux procureurs du groupe, dans un délai de quarante-cinq (45) jours du présent arrêt, la liste complète des personnes physiques résidant au Québec ou en Ontario qui, le ou depuis le 28 octobre 2007, étaient ou se sont abonnées à l'un ou l'autre de ses services résidentiels Internet ADSL, incluant leurs noms, leurs dernières adresses, leurs numéros de téléphone connus et leurs dernières adresses de courrier électronique;

[13] **ORDONNE** que l'Avis abrégé aux membres du groupe, rédigé selon les termes de l'avis joint en Annexe 1, soit rendu public de la façon suivante :

- a) par l'envoi par l'intimée à ses frais, de l'Avis abrégé aux membres, en français et en anglais, à chacun de ses abonnés en date du 28 octobre 2007, et depuis, au Québec et en Ontario, et ce, par la poste ou par

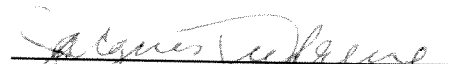
- Internet, avec leur état de compte, dans les soixante (60) jours du présent arrêt;
- b) par la publication par l'intimée à ses frais, dans les trente (30) jours du présent arrêt, de l'Avis abrégé aux membres dans La Presse, Le Soleil, Le Journal de Montréal, The Gazette, The Globe and Mail, The Toronto Star, le Droit d'Ottawa, The Citizen, The National Post dans la langue de publication de ces quotidiens;
 - c) par l'envoi, quarante-huit (48) heures avant la publication de l'Avis abrégé dans les médias, conformément au paragraphe qui précède, d'un Communiqué de presse, accompagné de l'Avis abrégé aux membres, aux principaux médias écrits et électroniques publiés ou diffusés à partir de Montréal, Québec, Toronto, Ottawa ainsi qu'aux agences de presse « Presse Canadienne », « Canadian Press » et par le biais du service national de l'agence CNW, dans la langue principalement utilisée par ces agences de presse, le tout aux frais de l'intimée;
 - d) par la publication de l'Avis abrégé aux membres, en français et en anglais, sur la page d'accueil des sites Web de l'intimée avec un lien hypertexte intitulé « Client des services Internet – AVIS DE RECOURS COLLECTIF / « Internet services clients – CLASS ACTION NOTICE » apparaissant en évidence à la page d'accueil de tous les sites Internet de l'intimée, et ce, pour y être maintenu jusqu'à ce que le Tribunal ordonne la publication d'un Avis de jugement final, et ce, dans les trente (30) jours du présent arrêt, et aux frais de l'intimée;


[14] **ORDONNE** à l'intimée de produire au dossier de la Cour, avec copie aux procureurs du groupe, les preuves d'envoi ou de transmission de l'Avis abrégé aux membres à chacun de ses abonnés en date du 28 octobre 2007, et depuis, au Québec et en Ontario, et de l'envoi du Communiqué de presse, le tout dans les quinze (15) jours de la date d'envoi dudit Avis :

[15] **AJOUTE** que les parties pourront convenir de modalités différentes de celles énoncées aux deux paragraphes précédents pour aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif, sujet à l'autorisation d'un juge de la Cour supérieure;

[16] **RÉFÈRE** le dossier au Juge en chef de la Cour supérieure pour détermination du district dans lequel le recours collectif devra être exercé et la désignation du juge chargé de l'entendre.


JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.


JACQUES DUFRESNE, J.C.A.


JACQUES A. LÉGER, J.C.A. *pour le*
juger *proce son*
autorisation

Me François Lebeau
UNTERBERG, LABELLE, LEBEAU
Pour l'appelante

Me Valérie Beaudin
Me Jeanne Morency
BELL CANADA - SERVICE JURIDIQUE, BEAUDIN & ASSOCIÉS
Pour l'intimée

Date d'audience : 3 avril 2012

ANNEXE 1

PROJET D'AVIS ABRÉGÉ AUX MEMBRES

(Article 1006 C.p.c. et formulaire VI du
Règlement de procédure civile de la Cour supérieure)

1. PRENEZ AVIS que l'exercice d'un recours collectif a été autorisé le [date de l'arrêt] par un arrêt de la Cour d'appel pour le compte des personnes faisant partie du groupe décrit ci-après, savoir :

TOUTES LES PERSONNES PHYSIQUES RÉSIDANT AU QUÉBEC OU EN ONTARIO QUI, LE OU DEPUIS LE 28 OCTOBRE 2007, ÉTAIENT OU SE SONT ABONNÉES À UN SERVICE RÉSIDENTIEL INTERNET ADSL DE BELL CANADA (LEDIT SERVICE 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) ET QUI UTILISENT DES APPLICATIONS DE PARTAGE DE FICHIERS POSTE-À-POSTE, ENTRE 16 H 30 ET 2 H, DEPUIS LE 28 OCTOBRE 2007

2. Le juge en chef de la Cour supérieure a décrété que le recours collectif doit être exercé dans le district de...

3. Les adresses de la requérante, de la « personne désignée » et de l'intimée sont indiquées comme ci-dessous :

REQUÉRANTE

UNION DES CONSOMMATEURS
6226, rue Saint-Hubert
Montréal (Québec)
H2S 2M2

PERSONNE DÉSIGNÉE

Mme Myrna Raphaël
6818, rue Laurendeau
Montréal (Québec)
H4E 3Z4

INTIMÉE
BELL CANADA
1050, Côte du Beaver Hall
Montréal (Québec)
H2Z 1S4

4. Le statut de représentante pour l'exercice du recours collectif a été attribué à UNION DES CONSOMMATEURS et celui de « personne désignée » à MYRNA RAPHAËL.

5. Les principales questions de fait ou de droit qui seront traitées collectivement sont les suivantes :

- a) L'intimée en limitant volontairement la vitesse de transfert de données, offre-t-elle aux membres du Groupe un service conforme aux représentations qu'elle fait relativement au « *Service d'accès Internet ADSL* »?
- b) Dans la négative, l'intimée a-t-elle fait et fait-elle des représentations trompeuses au sens de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q., c. P-40.1) et de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* (L.O. 2002, chap. 30, annexe A);
- c) L'intimée a-t-elle contrevenu à l'article 52 de la *Loi canadienne sur la concurrence*?
- d) À titre de fournisseur d'un service Internet Haute vitesse l'intimée peut-elle se réserver contractuellement le droit de priver sciemment une portion significative de ses abonnés de l'aspect « Haute vitesse » du service qu'elle leur vend?
- e) Le contrat de service permet-il à l'intimée de réduire systématiquement la vitesse du service fourni à certains de ses abonnés sans les en aviser au préalable?
- f) En limitant volontairement la vitesse de transfert de données, l'intimée limite-t-elle sans droit les services que les membres du groupe sont en droit d'obtenir en vertu du contrat les liant à l'intimée?
- g) Dans l'affirmative, les membres du groupe ont-ils le droit de réclamer une réduction des frais d'abonnement mensuels au « *Service d'accès Internet ADSL* » et le remboursement des frais d'abonnement payés en trop et, le cas échéant, en déterminer le montant ou le mode de calcul?
- h) Les membres du groupe sont-ils en droit de réclamer de l'intimée des dommages-intérêts punitifs en vertu des lois sur la protection du consommateur applicables? Dans l'affirmative, déterminer le montant payable à chacun des membres à ce titre?

- i) Les membres du groupe ont-ils droit aux intérêts et à l'indemnité additionnelle sur les montants susdits et, le cas échéant, au remboursement des frais d'expert?

6. Les conclusions recherchées qui se rattachent à ces questions sont les suivantes :

ACCUEILLIR l'action en recours collectif de la requérante, de la « personne désignée » et des membres du groupe contre l'intimée;

DÉCLARER que le « *Service d'accès Internet ADSL* » fourni par l'intimée ne respecte pas les représentations faites à son sujet aux membres du groupe et ne leur offre pas un des éléments qui constituaient des considérations essentielles;

CONDAMNER l'intimée à payer à la « personne désignée » un montant de 2 323,68 \$, qui inclut le remboursement de 80% des frais d'abonnement mensuels payés jusqu'au 28 mai 2008, le tout quitte à parfaire;

CONDAMNER l'intimée à payer à chacun des membres du groupe une somme équivalant à 80% des frais d'abonnement au « *Service d'accès Internet ADSL* » payés à compter du 28 octobre 2007;

ORDONNER à l'intimée de réduire de 80% les frais d'abonnement du « *Service d'accès Internet ADSL* » des membres du groupe, et ce, pour toute la durée de la période pendant laquelle elle négligera de leur offrir un « *Service d'accès Internet ADSL* » conforme aux représentations faites à son sujet;

CONDAMNER l'intimée à payer à chacun des membres du groupe la somme de six cents dollars (600 \$) à titre de « dommages-intérêts punitifs » pour contravention aux articles 40, 41, 219, 220 a), 221 g) et 228 de la *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q., c. P.40.1), aux articles 14 (2) al. 1, 3, 14 et article 17(1) de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* (L.O. 2002, chap. 30, annexe A) et en vertu de l'article 52 de la *Loi sur la concurrence*;

LE TOUT avec les intérêts et l'indemnité additionnelle sur la totalité des montants susdits;

ORDONNER que les condamnations susdites fassent l'objet d'une ordonnance de recouvrement collectif;

RENDRE toute autre ordonnance que le Tribunal pourra déterminer et qui serait dans l'intérêt des membres du groupe;

CONDAMNER l'intimée aux dépens, y compris les frais d'avis et les frais d'expertise.

7. Le recours collectif à être exercé par le représentant pour le compte des membres du groupe consistera en une action en dommages-intérêts compensatoires et punitifs.
8. Tout membre faisant partie du groupe, qui ne s'en sera pas exclu de la façon indiquée ci-après, sera lié par tout jugement à intervenir sur le recours collectif.
9. La date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure (sauf permission spéciale) a été fixée au 90^e jour après la date de publication de l'avis aux membres dans les médias écrits, délai à l'expiration duquel les membres du groupe qui ne se seront pas prévalus des moyens d'exclusion seront liés par tout jugement à intervenir.
10. Un membre, qui n'a pas déjà formé de demande personnelle, peut s'exclure du groupe en avisant le greffier de la Cour supérieure du district qui sera déterminé par le juge en chef de la Cour supérieure par courrier recommandé ou certifié avant l'expiration du délai d'exclusion.
11. Tout membre du groupe qui a formé une demande dont disposerait le jugement final sur le recours collectif est réputé s'exclure du groupe s'il ne se désiste pas de sa demande à payer les dépens du recours collectif.
12. Un membre du groupe autre qu'un représentant ou un intervenant ne peut être appelé à payer les dépens du recours collectif.
13. Un membre peut faire recevoir son intervention par la Cour si celle-ci est considérée utile au groupe. Un membre intervenant est tenu de se soumettre à un interrogatoire préalable ou à un examen médical (selon le cas) à la demande de l'intimée. Un membre qui n'intervient pas au recours collectif ne peut être soumis à l'interrogatoire préalable ou à un examen médical que si le Tribunal le considère nécessaire.

Montréal, le ...

Me François Lebeau
UNTERBERG, LABELLE, LEBEAU
1980 rue Sherbrooke Ouest
Bureau 700
Montréal (Québec)
H3H 1E8

Procureur de la requérante/représentante, de la « personne désignée » et du groupe

MOTIFS DU JUGE CHAMBERLAND

[17] L'appelante Union des consommateurs fait appel du jugement rejetant sa requête pour autorisation d'exercer un recours collectif contre l'intimée Bell Canada pour le compte des personnes qui, le ou depuis le 28 octobre 2007, au Québec ou en Ontario, étaient ou se sont abonnées à son service résidentiel Internet ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line).

Les faits

[18] La requête date du 8 juillet 2008.

[19] Le groupe pour lequel l'appelante souhaite être autorisée à exercer un recours collectif est ainsi décrit :

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.

[20] La requête fait valoir que, à compter du 28 octobre 2007, l'intimée a délibérément mis en place, à l'insu de ses abonnés, des mesures visant à prévenir la congestion de son réseau Internet lors des heures de grande utilisation.

[21] Ces mesures consistent à ralentir systématiquement, tous les jours de 16 h 30 à 2 h, la vitesse de transfert des données dans le cas des applications de partage de fichiers poste-à-poste (ou P2P, de l'expression anglaise « peer-to-peer »). Les débits de transfert de ces applications sont ainsi progressivement réduits au début de la période de pointe (16 h 30), puis augmentés progressivement vers la fin de cette même période (2 h). Pour mettre en œuvre cette pratique de lissage du trafic Internet de façon ordonnée, l'intimée utilise la technologie d'inspection approfondie des paquets (IAP, ou, en anglais, Deep Packet Inspection (DPI)).

[22] L'appelante invoque au soutien de sa requête certaines dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*¹ (LPC), du *Code civil du Québec*, de la *Charte des droits et libertés de la personne*², de la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur*³ et de la *Loi sur la concurrence*⁴, de même que certaines règles de la *Common Law*.

[23] L'appelante reproche à l'intimée les fautes suivantes :

a) ne pas fournir le "Service d'accès Internet ADSL" conformément à la description qu'elle en fait dans ses représentations et dans ses contrats;

b) avoir offert et vendu son "Service d'accès Internet ADSL" sous de fausses représentations;

c) omettre 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;

d) porter atteinte au droit à la vie privée des membres du Groupe.

[24] Si le recours collectif est autorisé, l'appelante entend réclamer une réduction du prix des abonnements, des dommages-intérêts et des dommages punitifs pour violation du contrat et pratiques de commerce interdites, ainsi que des dommages moraux et punitifs pour violation du droit à la vie privée.

[25] L'appelante allègue que les contrats (qu'elle qualifie de contrats d'adhésion) n'autorisaient pas l'intimée à réduire délibérément et de façon systématique la vitesse de transfert des données des applications P2P. Elle affirme que l'intimée n'a jamais avisé ses abonnés de l'utilisation de la technologie IAP, ni obtenu leur autorisation pour inspecter leurs messages ou pour ralentir la vitesse de transfert de leurs données. Elle ajoute que le lissage du trafic produit des effets négatifs sur les applications autres que les applications P2P, ce que l'intimée nie. Elle allègue également que l'intimée représente faussement, sur son site Internet, que la vitesse constante de transfert des données constitue l'un des avantages de son service d'accès Internet ADSL. Elle soutient enfin que, en inspectant les paquets qui composent un message ou une transmission sur les réseaux, l'intimée intercepte des communications privées.

[26] Madame Myrna Raphaël est la personne désignée pour représenter le groupe des abonnés visés par le recours collectif. Elle s'est abonnée au service Internet Sympatico Haute vitesse en octobre 2004, abonnement qu'elle a renouvelé en novembre 2006. Selon les allégations de la requête introductive d'instance, la constance de la vitesse de transfert des données constitue la considération essentielle

¹ L.R.Q., c. P.-40.1.

² L.R.Q., c. C-12.

³ L.O. 2002, chap. 30, Annexe A.

⁴ L.R.C. (1985), c. C-34.

pour laquelle madame Raphaël a choisi le service Haute vitesse de l'intimée. Vers la fin d'octobre 2007, elle constatait cependant que ses activités sur Internet étaient systématiquement ralenties pendant la soirée à l'égard de plusieurs des applications qu'elle et son conjoint utilisaient couramment (passant de 350 ko/seconde à environ 30 ko/seconde).

Le jugement dont appel

[27] Le jugement est rédigé avec soin et minutie, il convient de le souligner.

[28] Après avoir relaté les faits qui forment la trame du dossier, puis rappelé le rôle important joué par le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs, la juge de première instance énonce les principes qui régissent l'étude d'une requête en autorisation d'exercice d'un recours collectif.

[29] Concernant la condition énoncée au paragraphe a) de l'article 1003 *C.p.c.*, la juge traite successivement du lissage du trafic Internet et de l'utilisation de la technologie IAP.

[30] Quant au premier, la juge note qu'un certain nombre d'abonnés (les utilisateurs des applications P2P) souffrent du ralentissement de la vitesse découlant du lissage du trafic alors que d'autres en bénéficient et n'en subissent aucun préjudice. Il existe donc des conflits d'intérêts au sein du groupe, ce qui amène la juge à conclure que celui-ci est mal décrit et à tenter de le redéfinir en le limitant aux utilisateurs des applications P2P.

[31] Cet effort de redéfinition ne serait cependant pas concluant puisque, selon la juge, « non seulement les intérêts des membres du groupe pourraient être en conflit à l'égard les uns des autres », mais également 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 l'intimée.

[32] La juge de première instance conclut donc que la description du groupe, quelque qu'elle soit, ne permet pas d'identifier une ou des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes.

[33] Quant à l'utilisation de la technologie IAP, la juge estime que, bien que la question de savoir si l'intimée viole la vie privée de ses abonnés en inspectant le contenu de leurs envois est commune à tous les membres du groupe, la preuve contredit l'allégation voulant que l'intimée examine le contenu des messages. De fait, seul l'entête du paquet est examiné, et non le contenu.

[34] La juge appuie également son analyse sur les conclusions de la Commissaire à la protection de la vie privée du Canada (CPVP) dans un rapport du 13 août 2009 fait à

la suite d'une plainte déposée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁵. La juge précise que ces conclusions n'ont pas l'autorité de la chose jugée devant un tribunal de droit commun, mais qu'elles constituent un fait juridique qu'elle ne peut ignorer.

[35] Concernant la condition énoncée au paragraphe b) de l'article 1003 *C.p.c.*, la juge de première instance divise son analyse en fonction des quatre motifs proposés par l'intimée pour contester la requête, soit :

1. - Myrna Raphaël n'a pas l'intérêt requis pour représenter ses abonnés résidant en Ontario;
2. - les services offerts 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.

[36] Rappelant que l'apparence du droit doit être évaluée à partir de la cause d'action du membre désigné pour représenter le groupe, la juge estime que madame Raphaël n'a pas l'intérêt juridique pour représenter les abonnés de l'intimée en Ontario puisque, à la différence de ceux-ci, son contrat est régi par le droit québécois. Elle conclut donc que le droit au recours proposé par madame Raphaël à l'égard des abonnés ontariens de l'intimée n'est pas démontré, même *prima facie*.

[37] Quant à la conformité du service à la description qui en est faite au contrat liant les parties, la juge estime que la requérante n'a pas démontré *prima facie* que le service fourni par l'intimée n'est pas conforme à ses obligations contractuelles. Elle note tout d'abord que le contrat ne précise pas ce que serait la vitesse d'accès, la vitesse de connexion ou même la vitesse approximative (ou précise) correspondant à la « Haute vitesse ». Elle ajoute que, au chapitre du rendement, l'intimée ne garantit pas le rendement de son service, la vitesse étant tributaire des goulots d'étranglement propres à l'architecture du réseau Internet (la clause 12); l'intimée s'est également réservé le droit de restreindre le service à l'exploitation si l'efficacité du service était diminuée par l'utilisation de celui-ci (la clause 5).

[38] La juge s'en remet à cet égard aux conclusions du Conseil de la radiodiffusion canadienne (CRTC) dans ses rapports du 20 novembre 2008 et du 29 octobre 2009. Le CRTC, en réponse à une plainte portée par l'Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) concernant la pratique de lissage du trafic Internet, affirme

⁵ L.C. 2000, c. 5.

notamment que l'usage intensif des applications P2P contribue à la congestion du réseau Internet de l'intimée et que certaines mesures sont nécessaires afin d'empêcher les utilisateurs de ces applications de faire obstacle à un usage juste et proportionné du réseau par les autres utilisateurs.

[39] Quant à la publicité faite par l'intimée, la juge souligne que la publicité déposée en preuve vise des services autres que celui auquel madame Raphaël a adhéré et, au surplus, qu'elle a été mise en ligne sur le site Internet de l'intimée après la conclusion des contrats. La requérante n'a donc pas démontré une apparence sérieuse de droit à l'allégation voulant qu'elle ait été trompée par les représentations publicitaires de l'intimée.

[40] Finalement, quant à la violation du droit de madame Raphaël et des autres abonnés de l'intimée à leur vie privée, la juge réfère de nouveau à l'avis de la CPVP et conclut que non seulement les requérantes n'ont-elles pas établi *prima facie* que l'intimée inspectait le contenu des messages, mais en plus qu'il est bien possible que madame Raphaël ait accepté contractuellement (la clause 17) que l'intimée procède aux vérifications qu'elle fait en utilisant la technologie IAP.

[41] Concernant les deux autres conditions énoncées aux paragraphes c) et d) de l'article 1003 *C.p.c.*, la juge en traite rapidement, estimant, quant à la première, que celle-ci était remplie et, quant à la seconde, que l'appelante et madame Raphaël auraient été en mesure d'assurer une représentation adéquate du groupe.

Les moyens d'appel

[42] L'appel est fondé sur les trois propositions suivantes :

- 1) la juge de première instance a erré en tenant compte des conclusions du CRTC et de la CPVP dans son analyse de la demande d'autorisation;
- 2) la juge de première instance a erré en concluant que la condition énoncée à l'article 1003 a) *C.p.c.* n'est pas satisfaite;
- 3) la juge de première instance a erré en concluant que la condition énoncée à l'article 1003 b) n'est pas satisfaite.

[43] Je traiterai de ces propositions dans l'ordre après avoir dit quelques mots de la norme de révision en appel d'un jugement refusant l'autorisation d'un recours collectif.

La norme de révision en appel

[44] La demande de permission d'exercer un recours collectif est, pour reprendre l'expression du juge LeBel dans *Thompson c. Masson*⁶, « un mécanisme de filtrage et de vérification ».

[45] Dans *Pharmascience inc. c. Option Consommateurs*⁷, le juge Gendreau précise que la procédure d'autorisation exige du juge qu'il vérifie « si les conditions stipulées à l'article 1003 C.p.c. sont satisfaites, c'est-à-dire la qualité du représentant, la similarité ou connexité des questions de fait ou de droit et le rapport juridique entre les allégations et la conclusion recherchée », le fardeau du requérant dans ce dernier cas en étant un de démonstration et non de preuve.

[46] Dans *Bouchard c. Agropur Coopérative*⁸, mon collègue le juge Pelletier décrit la norme d'intervention en appel, au paragraphe 42 :

Comme on le constate, le langage utilisé à l'article 1003 C.p.c. fait appel en maints endroits à l'appréciation du juge. Celle-ci mérite déférence et ne donne prise à l'intervention de notre Cour que lorsqu'elle se révèle manifestement non fondée ou que l'analyse qui la sous-tend est viciée par une erreur de droit.

[47] La Cour a donc en cette matière un pouvoir limité d'intervention⁹.

La prise en compte des conclusions du CRTC et de la CPVP

[48] La juge de première instance rappelle que les conclusions tirées par le CRTC et la CPVP, bien qu'elles n'aient pas l'autorité de la chose jugée devant un tribunal de droit commun, constituent tout de même un fait juridique qui peut s'imposer quant à sa valeur probante (paragr. 59, 109).

[49] L'argument de l'appelante se divise en deux volets quant aux conclusions du CRTC, la valeur probante de celles-ci et leur absence de pertinence; quant à la décision de la CPVP, la valeur probante de celle-ci.

[50] L'appelante nie que le principe énoncé par la Cour¹⁰ quant à la valeur des décisions prononcées par une autre juridiction puisse s'appliquer au CRTC, le

⁶ [1993] R.J.Q. 69 (C.A.).

⁷ [2005] R.J.Q. 1367 (C.A.), 2005 QCCA 437, paragr. 25, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 août 2005, 30922.

⁸ [2006] R.J.Q. 2349 (C.A.), 2006 QCCA 1342.

⁹ *Union des consommateurs c. Bell Canada*, J.E. 2010-501 (C.A.), 2010 QCCA 351, paragr. 23.

¹⁰ *Ali c. Compagnie d'assurances Guardian du Canada*, [1999] R.R.A. 427 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée le 8 juin 2000, 27458; *Val-Bélair (Ville de) c. Jean*, J.E. 2003-111 (C.A.), requête pour autorisation de pourvoi à la C.S.C. rejetée le 7 août 2003, 29582; *Solomon c. Québec (Procureur général)*, [2008] R.J.Q. 2127 (C.A.), 2008 QCCA 1832.

processus devant cet organisme n'étant pas contradictoire, la décision rendue l'étant sur la foi de mémoires, sans entendre de témoins et sans qu'elle ait eu accès aux renseignements relatifs à la congestion du réseau Internet de l'intimée et à la nécessité pour celle-ci de déployer des mesures particulières de lissage de trafic. L'appelante reconnaît être intervenue devant le CRTC, mais pas en sa qualité de représentante des membres du groupe; les parties au recours collectif et les parties devant le CRTC ne seraient donc pas les mêmes.

[51] L'appelante insiste aussi sur le fait que, vu le caractère sommaire du processus d'autorisation du recours collectif, elle n'a pas eu l'occasion de réfuter les conclusions factuelles du CRTC; celles-ci, tout comme les conclusions de la CPVP, ne devraient avoir aucune valeur probante et ne devraient pas, à l'étape sommaire de l'autorisation d'un recours collectif, constituer une preuve sérieuse ou valable.

[52] L'appelante fait enfin valoir que la décision du CRTC n'est pas pertinente. En effet, le CRTC est un organisme de régulation économique, chargé de veiller à l'application et au respect d'une loi dans un secteur précis de l'activité économique au Canada; il n'a pas compétence sur les relations contractuelles entre l'intimée et les membres du groupe. Les raisons pour lesquelles l'intimée a choisi de procéder au lissage du trafic seraient d'ailleurs sans intérêt aux fins du recours collectif puisque la LPC ne prévoit pas de moyen de défense pour le commerçant qui contrevient à une obligation de garantie.

[53] L'intimée répond que la décision du CRTC est une décision quasi judiciaire, que ses conclusions peuvent faire preuve à l'égard de tous et que la juge pouvait en tirer des présomptions de fait simples, ce qu'elle a fait.

[54] Au moment d'aborder l'analyse de ce moyen d'appel, il convient de souligner que c'est l'appelante elle-même qui s'appuyait sur les procédures devant le CRTC pour étayer certaines allégations de sa requête (paragr. 2.12, 2.15, 2.21).

[55] Il convient également de rappeler les quelques conclusions que la juge retient des décisions du CRTC et de la CPVP :

- le réseau Internet de l'intimée est congestionné pendant les heures de pointe et l'usage intensif des applications P2P pourrait entraîner la congestion du réseau et réduire le rendement des services Internet offerts aux autres utilisateurs (CRTC);
- certaines mesures sont nécessaires afin d'empêcher une utilisation des applications P2P qui ferait obstacle à un usage juste et proportionné de son réseau par d'autres utilisateurs (CRTC);
- le lissage du trafic concerne les applications P2P pendant les heures de pointe, à l'exclusion des applications à délai de livraison critique (CRTC);

- le fait de gérer le trafic sur le réseau en ciblant les applications P2P à délai de livraison non critique constitue, dans le contexte, un objectif d'affaires acceptable (CPVP);
- il n'existe pas de preuve convaincante que l'intimée recueille ou utilise des renseignements personnels (autres que les adresses IP d'origine et de destination et les numéros d'identification des abonnés) en recourant à la technologie IAP aux fins de la gestion du trafic sur le réseau (CPVP).

[56] Dans *Ali c. Compagnie d'assurance Guardian du Canada*, précité, la Cour examine la délicate question de l'effet d'une condamnation criminelle dans un procès civil. S'exprimant au nom d'une cour unanime, ma collègue la juge Thibault écrit, aux pages 432-433:

Ainsi, en raison de l'analogie se dégageant des fondements des articles 610, 893 et 2563 **C.c.B.-C.**, je suis d'avis, que, en l'espèce, la condamnation criminelle de M. Ali est admissible en preuve. Celle-ci constitue, en effet, dans le présent dossier, un fait pertinent au litige civil et un élément de preuve important.

et à la page 433 :

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.

(Je souligne.)

[57] Dans *Val-Bélair (Ville de) c. Raynald Jean*, précité, l'appelante interjetait appel du jugement la condamnant à payer les frais d'avocats engagés par son directeur des travaux publics pour se faire représenter dans le cadre d'une enquête menée en vertu de la *Loi des cités et villes*¹¹ (LCV). La Cour se penche sur l'argument voulant que les conclusions de fait d'une commission spéciale d'enquête et de la Commission municipale du Québec constituent chose jugée quant au comportement de l'intimé et donnent nécessairement ouverture à l'application de la règle voulant qu'il y ait lieu à remboursement en cas de « faute lourde, intentionnelle ou séparable de l'exercice des fonctions de la personne » (art. 604.7 LCV). Reprenant les propos de la juge Thibault dans l'arrêt *Ali*, mon collègue le juge Brossard écrit, aux paragraphes 50 et 51 :

En effet, la connexité des faits constatés dans l'une et l'autre enquête 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*

¹¹ L.R.Q., c. C-19.

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.

En l'absence de chose jugée, l'intimé pouvait présenter une preuve contraire à de telles conclusions de la Commission municipale. Il n'a pas jugé à propos de le faire. La présomption de fait découlant de la décision est donc non contredite et constitue, quant à la conduite de l'intimé, la seule preuve au dossier.

(Je souligne.)

[58] Dans *Ascenseurs Thyssen Montenay Inc. c. Aspirot*¹², mon collègue le juge Dalphond opine dans le même sens, citant avec approbation les auteurs Baudouin et Deslauriers, au paragraphe 56 :

Il est vrai que le jugement au criminel n'a pas force de chose jugée au civil, mais il s'agit d'un élément qui doit être pris en considération. Il m'apparaît opportun de citer ici des propos de Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 7^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 57 à 59 :

1-80- Autorité de fait - Le jugement pénal reste cependant un fait juridique important. Il apparaît difficilement concevable qu'un juge civil puisse ignorer complètement, ne lui accorder aucune foi, surtout au prix d'une contradiction flagrante entre les deux jugements. Ainsi, il serait curieux d'admettre, après un procès pénal où l'accusé a plaidé non coupable, mais a été reconnu coupable et a été condamné, par exemple, pour négligence criminelle, qu'un juge civil déclare subséquemment que l'individu, sur le plan de sa responsabilité civile et à propos des mêmes faits, s'est conduit en personne prudente et diligente.

[...]

La majorité des arrêts reconnaît une autorité de fait au jugement pénal, selon les circonstances particulières de l'espèce et selon, le but dans lequel le jugement pénal est invoqué. Certains arrêts, se plaçant sur le seul terrain de l'admissibilité en preuve, ne permettant pas que la procédure du procès civil se réfère au résultat du procès pénal et donc, sur requête à cet effet, ordonnent de retrancher des procédures civiles l'allégation d'un verdict ou d'un plaidoyer pénal. D'autres en sens contraire ont, à notre avis, raison, puisqu'elles permettent, dans le cadre du procès civil, d'introduire un élément de preuve important. En tout état de cause, l'ensemble des décisions s'interrogent sur le but pour lequel on tente d'introduire le verdict pénal.

¹² [2008] R.J.Q. 28 (C.A.), 2007 QCCA 1790.

[...]

1-81- Conclusion- Le jugement pénal n'a donc pas d'autorité de droit sur le jugement civil. Toutefois, eu égard aux circonstances et aux fins particulières pour lesquelles il est mis en preuve, il peut se voir reconnaître une autorité de fait et donc avoir une influence, soit quant à son résultat, soit quant à certains éléments de son contenu.

(soulignements du juge Dalphond)

[59] Dans *Solomon c. Québec (Procureur général)*, précité, les appelants interjettent appel du jugement rejetant leur action en dommages-intérêts contre quatre policiers et leur employeur, la Sûreté du Québec. La Cour examine la question de l'effet d'un jugement pénal (en l'occurrence un verdict d'acquiescement en faveur des appelants en chambre criminelle et pénale de la Cour du Québec) et d'une décision du Commissaire à la déontologie policière (qui rejette la plainte portée par les appelants contre les policiers) dans un procès civil. S'exprimant au nom d'une formation unanime, mon collègue le juge Pelletier conclut à la recevabilité de cette preuve dans les termes suivants, au paragraphe 57 :

En résumé, sur cette question, je suis d'avis que les appelants ont raison de reprocher à la juge de première instance de ne pas avoir tenu compte du fait juridique important que constituait le jugement Corte, lequel leur était entièrement favorable. Dans la même veine, toutefois, il convient d'ajouter que la juge aurait également dû tenir compte de la décision Luticone qui, à l'inverse, était entièrement favorable à la thèse défendue par les intimés.

[60] Dans *Association des propriétaires de boisés de la Beauce c. Monde forestier*¹³, la Cour était appelée à se prononcer sur la pertinence d'une décision du Conseil de presse dans le contexte d'une action en diffamation. S'exprimant au nom d'une formation unanime, ma collègue la juge Thibault écrit, aux paragraphes 24, 26 et 27 :

Vue sous cet angle, la décision du Conseil de presse paraît pertinente, du moins à ce stade-ci des procédures, en ce qu'elle énonce les normes professionnelles applicables. À cet égard, je renvoie à l'affaire *Le Devoir inc. c. Centre de psychologie préventive et de développement humain G.S.M. inc.*¹⁴, dans laquelle la Cour écrit :

C'est en se basant sur les principes mis de l'avant par le Conseil de presse du Québec, à l'effet que les journalistes doivent livrer une information conforme et complète, qui ne doit pas laisser planer des

¹³ J.E. 2009-228 (C.A.), 2009 QCCA 48.

¹⁴ [1999] R.R.A.17 (C.A.).

malentendus risquant de discréditer les personnes, que le juge conclut au non-respect des standards journalistiques. Je suis aussi de cet avis.

[...]

Cela ne signifie pas que le juge du procès sera nécessairement lié par les conclusions du Conseil de presse. En effet, la force probante de son opinion peut être affectée notamment par le fait que les intimés n'ont pas fait valoir leur point de vue. De plus, comme il ne s'agit pas d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire, on ne peut lui reconnaître une présomption simple de vérité comme l'a fait la Cour d'appel dans l'affaire *Ali c. Compagnie d'assurances Guardian du Canada*. Dans cette affaire, la Cour a décidé que, à l'occasion d'une poursuite civile d'un assuré contre son assureur pour obtenir une indemnité d'assurances à la suite de l'incendie d'un immeuble, un jugement retenant un verdict de culpabilité pour un incendie criminel de l'assuré constituait un fait juridique pertinent.

Sur cette question de présomption découlant d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire, l'affaire *Ali* précitée a provoqué un changement dans l'orientation des tribunaux québécois. Depuis, la jurisprudence considère que toute constatation de fait à la base d'une décision judiciaire ou quasi judiciaire bénéficie de la présomption simple d'exactitude. À cet égard, Léo Ducharme¹⁵ répertorie les cas suivants à l'appui de la thèse de la présomption simple d'exactitude :

C'est ainsi qu'il a été jugé :

- qu'un jugement blâmant sévèrement un avocat pour avoir agi à titre de procureur de la partie demanderesse dans un recours manifestement mal fondé peut lui être opposé dans une action subséquente en responsabilité fondée sur les mêmes faits, au motif que le jugement constitue une présomption simple et réfutable des faits en question;
- qu'un jugement du comité de déontologie policière déclarant qu'un policier a commis un acte dérogatoire au code de déontologie en émettant deux constats d'infraction à un motocycliste, ainsi que le verdict d'acquiescement prononcé par la Cour municipale au sujet de ces infractions constituent une preuve réfutable qu'il a commis un abus de pouvoir lorsqu'il a émis les constats en question;
- que, dans une action en dommages-intérêts, contre un Centre jeunesse, pour avoir eu un comportement fautif à l'égard d'un enfant

¹⁵ Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 233-234.

de neuf ans qui avait verbalisé des intentions suicidaires, le fait que la prise de position du DPJ avait été entérinée par le Tribunal de la jeunesse faisait présumer que le Centre avait agi correctement;

- qu'un jugement de la Cour supérieure infirmant une décision de la Cour municipale et déclarant une personne coupable d'avoir fait l'extraction, sans permis, de sol arable sur deux lots vu qu'elle ne pouvait prétendre avoir des droits acquis à ce sujet, constituait, dans le cadre d'une requête, par cette personne, en jugement déclaratoire et en mandamus visant à se faire reconnaître, sur l'un de ces lots, des droits acquis pour ce genre d'exploitation, une présomption qu'elle n'en avait pas;
- que lorsque sur la base qu'un homme âgé de 37 ans avait, alors qu'il était enfant, été adopté de fait par une femme indienne, un jugement d'adoption est prononcé, ce jugement ne constitue pas chose jugée à l'égard de la bande indienne quant à la réalité de l'adoption de fait, mais seulement une présomption simple qu'elle peut réfuter par une preuve contraire à l'occasion d'un recours contestant l'inscription de l'adopté sur la liste des membres de la bande;
- qu'une personne qui a été acquittée de l'accusation de tentative de meurtre et qui est poursuivie en responsabilité sur la base des mêmes faits, doit être condamnée si le demandeur établit, par prépondérance de preuve, qu'elle a attenté à sa vie.

(Je souligne.)

[61] Dans *Cintech Agroalimentaire, Division Inspection inc. c. Thibodeau*¹⁶, la Cour conclut que le juge de première instance a eu raison de considérer une décision de la Commission des relations de travail comme un fait juridique important quant à un certain aspect du dossier.

[62] En résumé, je retiens ceci :

- 1) sujet à sa pertinence quant aux questions en litige, une décision judiciaire ou quasi judiciaire est admissible en preuve dans un procès civil;
- 2) il s'agit d'un fait juridique que le juge ne peut ignorer et qui, selon le contexte, peut s'imposer quant à sa valeur probante, et ce, même si on ne saurait lui attribuer l'autorité de la chose jugée;

¹⁶ J.E. 2009-1772 (C.A.), 2009 QCCA 1738.

- 3) s'agissant d'un jugement pénal, la force probante peut varier considérablement selon qu'il s'agit d'un verdict d'acquiescement ou d'un verdict de culpabilité prononcé au terme d'un procès, le premier pesant nécessairement moins lourd que le second dans un procès civil;
- 4) la présomption simple de vérité (ou d'exactitude) ne peut être reconnue que dans le cas d'une conclusion arrêtée par un tribunal judiciaire ou quasi judiciaire;
- 5) la force probante du fait juridique peut être affectée par une multitude de facteurs, notamment par le fait que la partie à qui on l'oppose n'a pas eu l'opportunité de contredire la preuve avant que la décision soit rendue ou dans le cadre de la procédure dans laquelle la décision antérieure est invoquée à titre de fait juridique.

[63] En l'espèce, il est acquis au débat que le CRTC, un organisme de régulation économique, constitue un tribunal administratif (quasi judiciaire)¹⁷ alors que la situation semble moins claire dans le cas de la CPVP.

[64] Quant aux conclusions factuelles du CRTC, je suis sensible à l'argument de l'appelante voulant, d'une part, que ces conclusions interviennent dans un contexte de régulation économique étranger au contexte du présent recours civil, et, d'autre part, qu'elle n'ait pas eu l'opportunité d'en réfuter les conclusions en raison du caractère sommaire du processus d'autorisation du recours collectif. J'estime donc qu'au stade de l'autorisation, il faut aborder les conclusions du CRTC avec beaucoup de prudence; leur valeur probante, sans être négligeable, étant tout de même considérablement moindre qu'elle le serait dans le cadre d'un procès au cours duquel l'occasion aurait été donnée à l'appelante de contester la preuve de l'intimée.

[65] Quant à la décision de la CPVP, j'ajoute aux commentaires qui précèdent le fait que, prenant la forme de recommandations plutôt que d'une décision affectant les droits et obligations des parties, il ne saurait être question de lui reconnaître une présomption simple d'exactitude dans le contexte du recours collectif que l'appelante souhaite entreprendre. Je rappelle également que le mandat de la CPVP est de s'assurer que les renseignements personnels sont traités et protégés de manière appropriée, peu importe la situation.

La condition relative au caractère identique, similaire ou connexe des questions

[66] L'article 1003 a) *C.p.c.* énonce que :

¹⁷ Patrice Garant, *Précis de droit des administrations publiques*, 5^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, pp. 61-62, 73-76.

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;

(...)

[67] Dans *Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton*¹⁸, s'exprimant pour une formation unanime, la juge en chef McLachlin écrit ceci concernant l'exigence de questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe :

39 Deuxièmement, il faut des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe. Les critères de communauté ont toujours été une source de confusion pour les tribunaux. Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l'objet. La question sous-jacente est de savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Une question ne sera donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Il n'est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par rapport à la partie adverse. Il n'est pas nécessaire non plus que les questions communes prédominent sur les questions non communes ni que leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Pour décider si des questions communes motivent un recours collectif, le tribunal peut avoir à évaluer l'importance des questions communes par rapport aux questions individuelles. Dans ce cas, le tribunal doit se rappeler qu'il n'est pas toujours possible pour le représentant de plaider les demandes de chaque membre du groupe avec un degré de spécificité équivalant à ce qui est exigé dans une poursuite individuelle.

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.

(Je souligne.)

[68] Dans *Collectif de défense des droits de la Montérégie (CDDM) c. Centre hospitalier régional du Suroît du Centre de Santé et de Services Sociaux du Suroît*¹⁹, la

¹⁸ [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, paragr. 39 et 40.

Cour reprend cet enseignement en décrivant ainsi le seuil minimal requis pour satisfaire au critère de l'article 1003 a) *C.p.c.* :

[22] Or, la seule présence d'une question de droit commune, connexe ou similaire est suffisante pour satisfaire la condition à l'article 1003 a) *C.p.c.* si elle n'est pas insignifiante sur le sort du recours; elle n'a cependant pas à être déterminante pour la solution du litige : *Comité d'environnement de la Baie inc. c. Société de l'électrolyse et de chimie de l'Alcan ltée*, [1990] R.J.Q. 655 (C.A.), paragr. 22 et 23. Il suffit en fait qu'elle permette l'avancement des réclamations sans une répétition de l'analyse juridique (Pierre-Claude Lafond, *Le recours collectif, le rôle du juge et sa conception de la justice*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, p. 92; *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, paragr. 39).

[23] Il est fort possible que la détermination des questions communes ne constitue pas une résolution complète du litige, mais qu'elle donne plutôt lieu à des petits procès à l'étape du règlement individuel des réclamations. Cela ne fait pas obstacle à un recours collectif. Le professeur Lafond, précité, écrit aux pages 88-89 :

L'existence de différences entre les réclamations des membres et l'éventuelle nécessité pour chacun de prouver les dommages personnels subis ne font plus obstacles au recours collectif. Comme l'énonce avec pragmatisme un magistrat : « Advenant une condamnation pécuniaire, il faudrait tout au plus s'astreindre à d'inévitables travaux comptables. »²⁶³

²⁶³ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, C.S. Montréal, n° 500-06-000012-860, 11 décembre 1986, j. Paul Reeves, p. 4. [...]

(Je souligne.)

[69] Je rappelle que sur ce point la juge de première instance traite successivement du lissage du trafic Internet et de l'utilisation de la technologie IAP. Quant au lissage du trafic Internet, elle conclut que les membres du groupe décrit dans la requête de l'appelante sont en conflit d'intérêts, et ce, même si le groupe était limité aux seuls utilisateurs des applications P2P. Quant à la technologie IAP, elle estime que la preuve ne supporte pas l'allégation voulant que l'intimée viole la vie privée de ses abonnés en inspectant sommairement le contenu de leurs envois.

[70] L'appelante nie qu'il y ait un conflit d'intérêts entre les membres du groupe qu'elle propose même si ceux et celles qui n'utilisent pas d'applications P2P ne sont pas visés par les mesures de lissage du trafic Internet. Elle soutient avoir démontré *prima facie*

¹⁹ J.E. 2011-867(C.A.), 2011 QCCA 826, au paragr. 22; demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée, avec dépens le 1^{er} mars 2012, 34377.

que les utilisateurs de fichiers P2P n'étaient pas les seuls à subir une diminution significative de la vitesse de transfert des données puisque le lissage affecte de façon collatérale d'autres applications courantes. L'appelante ajoute que les abonnés qui n'ont pas subi de préjudice peuvent tout de même faire partie du groupe puisqu'en vertu de l'article 272 *LPC* le simple manquement par un commerçant à une obligation que lui impose la loi donne aux consommateurs ouverture aux recours prévus à cet article, même en l'absence de preuve d'un préjudice quelconque.

[71] L'intimée répond que les abonnés qui tirent un avantage du lissage du trafic n'ont pas intérêt à ce que les tribunaux autorisent un recours collectif qui s'attaque à une mesure qui vise l'amélioration du service. Elle soutient également que la preuve au dossier ne démontre pas que certaines applications autres que le partage de fichiers P2P sont affectées de façon collatérale par le lissage du trafic.

Le lissage du trafic

[72] L'appelante allègue que, depuis le 28 octobre 2007, l'intimée pratique le lissage du trafic sur son réseau Internet entraînant un ralentissement systématique de la vitesse de débit de transfert de certaines applications ciblées aux heures de pointe, tous les jours, et que, ce faisant, l'intimée ne fournit pas le service promis à ses abonnés.

[73] Cette cause d'action repose tant sur le contrat de service que sur la notion de garantie de conformité prévue aux articles 40 et 41 *LPC*. Ces articles imposent au commerçant l'obligation de fournir au consommateur un service conforme à la description qui en est faite au contrat (l'article 40) ou dans des déclarations ou messages publicitaires (l'article 41), lesquels sont par l'effet de la loi incorporés au contrat.

[74] L'intimée soutient que tous ses abonnés retirent un avantage du lissage du trafic puisque le but visé est précisément d'assurer une plus grande efficacité et fiabilité du réseau pour l'ensemble des abonnés. Elle reconnaît cependant que le ralentissement du débit de transfert des applications P2P peut causer certains désagréments aux abonnés qui utilisent fréquemment ce genre d'application, ce qui n'est cependant pas le cas de la grande majorité des abonnés. Or ces membres qui tirent un avantage du lissage de trafic n'ont pas intérêt à ce que le recours collectif soit autorisé.

[75] La juge de première instance conclut, à bon droit selon moi, que les intérêts des abonnés n'utilisant pas les applications touchées par le lissage du trafic sont en conflit avec ceux des abonnés qui utilisent de telles applications et qui prétendent que l'intimée manque à ses engagements contractuels à leur endroit.

[76] La juge va cependant plus loin en concluant à l'existence d'un conflit d'intérêts (ou d'une situation semblable à un conflit d'intérêts) au sein d'un groupe qui serait limité

aux abonnés utilisant les applications P2P pendant les heures où l'intimée procède au lissage du trafic.

[77] Sur ce point, et cela dit avec égards, il me semble que la juge de première instance a tort.

[78] Il m'apparaît erroné d'affirmer que les abonnés qui subissent des ralentissements de service pour certaines de leurs applications, mais pas pour d'autres, se trouvent en situation de conflit d'intérêts ou, pour reprendre les mots de la juge de première instance, dans une situation ambiguë semblable au conflit d'intérêts. Les abonnés qui subissent un ralentissement de service, même si ce ralentissement ne concerne qu'une portion de leurs activités Internet, peuvent légitimement prétendre que le service qu'ils reçoivent ne correspond pas au service qui leur avait été promis. Le niveau d'utilisation des services touchés par le lissage du trafic pourra avoir un impact sur l'ampleur du préjudice, mais cela ne place pas pour autant les abonnés utilisateurs d'applications P2P en conflit d'intérêts les uns par rapport aux autres.

[79] J'estime donc qu'un recours limité aux abonnés utilisateurs des applications P2P satisferait à l'exigence énoncée au paragraphe a) de l'article 1003 *C.p.c.*

[80] Il aurait été tentant d'inclure dans ce groupe les abonnés utilisateurs d'applications autres que les applications P2P et qui, selon l'appelante, ont subi des dommages collatéraux, mais, à la réflexion, je ne retiens pas cette idée. D'une part, il semble, selon la preuve au dossier, que l'intimée traite les plaintes concernant le ralentissement de ces applications (y compris les services RPV, les services VoIP et d'autres services de communication encryptée) et que le CRTC surveille la situation de près. D'autre part, l'énumération faite par l'appelante de ces autres applications me semble trop vague pour justifier l'inclusion de ces utilisateurs.

[81] Je crois donc que le groupe sera plus clairement et correctement défini si sa composition est limitée aux abonnés de l'intimée utilisant des applications P2P depuis le 28 octobre 2007.

[82] L'appelante prétend que le groupe devrait aussi inclure les abonnés qui n'utilisent pas les applications P2P et qui, donc, ne subissent pas de préjudice puisqu'en vertu de l'article 272 *LPC* ils pourraient tout de même réclamer des dommages punitifs pour pratiques commerciales interdites, en l'occurrence les représentations trompeuses reprochées à l'intimée. L'appelante fonde son argument sur les enseignements récents de la Cour suprême du Canada dans *Richard c. Time*²⁰. Il n'en demeure pas moins que les questions soulevées par le recours de ces abonnés ne ressemblent en rien à celles soulevées par les utilisateurs des applications P2P qui cherchent fondamentalement à être indemnisés pour un service qui, selon eux, ne correspond pas à ce qui leur avait été promis.

²⁰ 342 D.L.R. (4th) 1, 2012 CSC 8.

[83] Pour cette raison, j'estime que la juge de première instance avait raison de chercher à redéfinir le groupe en excluant les abonnés qui ne subissent pas ce ralentissement systématique du service Internet.

L'atteinte au droit à la vie privée

[84] L'appelante allègue que l'utilisation de la technologie IAP constitue une atteinte à la vie privée des abonnés de l'intimée, qu'ils soient utilisateurs des applications P2P ou non, puisque tous les « paquets »²¹ sont assujettis à l'inspection que permet la technologie IAP. La juge de première instance le reconnaît, mais conclut que l'appelante ne fait pas voir l'apparence de son droit à cet égard. Elle n'a pas établi, même *prima facie*, que l'intimée inspectait le contenu des messages, sans compter qu'il est bien possible que madame Raphaël ait accepté contractuellement que l'intimée procède aux vérifications qu'elle fait en utilisant la technologie IAP.

[85] L'appelante ne fait pas voir d'erreur dans cette conclusion de la juge de première instance.

[86] En somme, je conclus que la juge de première instance a eu raison de conclure que les recours des membres du groupe tel qu'originellement décrit par l'appelante dans sa requête ne soulevaient pas « des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes », mais, et cela dit avec égards, a eu tort de conclure que les recours des membres d'un groupe limité aux abonnés utilisant des applications P2P souffriraient du même problème.

La condition relative à l'apparence du droit allégué

[87] L'article 1003 b) *C.p.c.* édicte ceci :

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;

[88] L'examen de la requête à la lumière de cette condition constitue en quelque sorte un mécanisme de filtrage et de vérification. Il s'agit d'écarter les recours frivoles ou manifestement mal fondés. L'examen se fait à partir de la cause d'action du membre désigné, en l'occurrence madame Raphaël. Les faits allégués dans la requête sont tenus pour avérés; le juge doit toutefois prendre en considération les pièces produites au dossier et tenir compte des interrogatoires versés au dossier. Lorsque plusieurs

²¹ Selon la preuve au dossier, l'information est transmise sur Internet au moyen d'un protocole qui la fragmente en paquets, l'achemine vers sa destination et réassemble l'information contenue dans les paquets dans sa forme originelle.

causes d'actions distinctes sont alléguées, l'examen de la qualité des syllogismes juridiques se fait séparément afin de déterminer si la personne désignée présente une apparence de droit à l'égard de chacun. Au stade de l'autorisation, le fardeau du requérant n'en est pas un de preuve prépondérante; il lui suffit de faire la démonstration d'un syllogisme juridique qui mènera, si prouvé, à une condamnation. Son fardeau en est donc un de logique et non de preuve.

[89] Dans *Guimond c. Québec (Procureur général)*²², le juge Gonthier écrivait ceci, à la page 356 :

L'existence du pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation parce que les faits ne révèlent pas «une apparence sérieuse de droit» n'est pas incompatible avec la jurisprudence et la doctrine qui veulent que le texte de l'art. 1003 ait un caractère impératif: dès que les quatre conditions de la disposition sont respectées, l'autorisation doit être accordée. Voir *Gelmini c. Procureur général du Québec*, [1982] C.A. 560; *Nagar c. Ville de Montréal*, [1988] R.J.Q. 2219 (C.S.), conf. par [1991] R.D.J. 604 (C.A.); L. Ducharme et Y. Lauzon, «Le recours collectif», dans *Formation permanente du Barreau du Québec*, n° 94, 1985. Le pouvoir discrétionnaire réside dans le fait de déterminer si la réclamation respecte le critère préliminaire prévu à l'art. 1003, c'est-à-dire si elle présente «une apparence sérieuse de droit», et non de déterminer si, bien que l'appelant ait satisfait aux conditions requises, il est néanmoins possible de lui refuser l'autorisation demandée pour diverses raisons fondées sur le caractère approprié ou pratique du recours. La question que notre Cour est appelée à trancher dans le présent pourvoi est donc de savoir si le juge Pelletier a exercé, d'une façon raisonnable dans les circonstances, son pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation à l'intimé.

[90] L'intimée ne prétend pas que le recours de madame Raphaël est frivole; elle soutient toutefois qu'il est manifestement mal fondé.

[91] Pour mémoire, je rappelle que la juge de première instance a divisé son analyse en fonction des quatre points suivants :

- l'intérêt de madame Raphaël pour représenter les abonnés de l'intimée en Ontario;
- la conformité des services offerts par l'intimée à la description qui en est faite aux contrats;
- la conformité des services offerts par l'intimée à la description qui en est faite dans sa publicité;

²² [1996] 3 R.C.S. 347.

- la violation du droit de madame Raphaël à la vie privée en lien avec l'utilisation par l'intimée de la technologie IAP.

[92] J'ai déjà traité du quatrième point dans le cadre de l'analyse de la condition énoncée au paragraphe a) de l'article 1003 *C.p.c.* Je n'y reviens pas.

[93] Je traiterai des trois autres points, mais en commençant par le second.

La conformité du service par rapport au contrat

[94] La juge de première instance conclut que l'appelante n'a pas démontré *prima facie* que le service fourni par l'intimée n'était pas conforme à ses obligations contractuelles.

[95] L'appelante plaide que, selon les termes du contrat intervenu entre madame Raphaël et l'intimée, le service Internet Sympatico Haute vitesse comprend « une connexion Haute vitesse à Internet », à « utilisation illimitée ». Elle rappelle que, selon les allégations de la requête, la constance de la vitesse d'accès constitue la considération essentielle pour laquelle madame Raphaël s'est abonnée au service de l'intimée. Or, l'intimée ne fournit pas une connexion Haute vitesse lorsqu'elle lisse le trafic et ralentit significativement la vitesse de connexion : le fait que le contrat ne définit pas ce qu'il faut entendre par « Haute vitesse » n'est pas pertinent, c'est la vitesse habituelle qui compte et ce qu'il faut comprendre du recours, c'est qu'en procédant au lissage du trafic, à certaines heures et pour certaines utilisations, l'intimée ralentit la vitesse habituelle du service pour ceux et celles de ses abonnés qui utilisent les applications P2P.

[96] Selon l'appelante, c'est le ralentissement systématique de la vitesse habituelle du service Haute vitesse, sans avis préalable, que le contrat ne permet pas. Le contrat ne permettrait à l'intimée de ralentir sciemment le service d'un utilisateur que si l'utilisation du service par ce abonné a pour effet de diminuer l'efficacité du réseau. Toujours selon l'appelante, le fait que l'intimée applique systématiquement les mesures de lissage de trafic, tous les jours de 16 h 30 à 2 h, qu'il y ait ou non engorgement de la bande passante, contrevient aux termes du contrat.

[97] L'intimée répond que la juge de première instance s'est bien dirigée en droit et que son appréciation de la preuve ne fait voir aucune erreur manifeste et dominante justifiant l'intervention de la Cour. Les prétentions de l'appelante sont, selon l'intimée, incompatibles avec les termes explicites du contrat. Elle ajoute que, en l'absence de toute ambiguïté, les termes du contrat de service ne doivent pas nécessairement être interprétés en faveur des abonnés.

[98] Avant d'aller plus loin, il convient de citer certains extraits du contrat de service liant les parties :

2. Utilisation conditionnelle du service

[...] Vous ne pouvez utiliser le service ou en permettre ou faciliter l'utilisation pour toute fin abusive ou qui, de quelque façon que ce soit, endommage la propriété de votre fournisseur de service ou cause une entrave ou une perturbation au service, au réseau de votre fournisseur de service ou à d'autres utilisateurs.

5. Résiliation et suspension de compte par votre fournisseur de service. Votre fournisseur de service peut, à sa seule discrétion, résilier le présent contrat de service moyennant un avis de trente (30) jours, ou suspendre le service en tout temps en vous donnant un avis. Votre fournisseur de service peut, à sa seule discrétion, annuler, suspendre ou restreindre le service et votre compte (sans réduction des frais de service mensuels applicables au service) ou résilier le présent contrat de service, en tout temps sans avis, si :

- i. L'exploitation ou l'efficacité du service est diminuée par l'utilisation de votre compte ou du service;
- ii. un montant que vous devez à votre fournisseur de service est en souffrance; ou
- iii. il existe ou est survenu un manquement de votre part ou de la part d'un autre utilisateur à une modalité du présent contrat de service ou à un document ou une politique en faisant partie intégrante (y compris, notamment, la politique d'utilisation acceptable)

6. Le service[...]

Le service Internet Sympatico Haute vitesse comprend :

- i. une connexion Haute vitesse à Internet
- ii. en fonction de l'offre de service particulière qui est disponible pour vous et choisie par vous, a) une utilisation illimitée ou B) limitée des activités combinées de la bande passante en aval (de l'Internet vers votre ordinateur) et en amont (de votre ordinateur vers Internet)

[...]

10. Changements et modifications. Dans la mesure permise par les lois applicables, votre fournisseur de service peut modifier le service, le présent contrat de service, y compris tout autre document qui en fait partie, en tout temps ou de temps à autre, avec ou sans votre consentement ou autorisation, et il peut notamment modifier les frais de service ou tout élément du service ou y mettre fin. Votre fournisseur de service vous avisera à l'avance de toute modification

ou de tout changement au présent contrat de service ou de tout changement important apporté au service en affichant l'avis d'un tel changement à l'adresse www.conventions.sympatico.ca, en vous faisant parvenir un avis par courrier électronique à votre adresse électronique principale Sympatico ou à une autre adresse de courriel fournie par vous à votre fournisseur de service (auquel cas il vous incombe de vous assurer que cette adresse de courriel demeure valide en tout temps) ou en utilisant tout autre mode de transmission d'avis vraisemblablement susceptible de permettre que l'avis en cause soit porté à votre attention. Vous convenez de consulter périodiquement le contenu de l'adresse www.conventions.sympatico.ca afin de revoir le présent contrat de service et prendre connaissance de ces modifications.

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

17. Ce que les usagers doivent savoir. Vos messages peuvent être interceptés et lus par des tiers à votre insu. Une personne ayant accès à Internet peut causer du tort (entre autres choses), engager des frais et contracter des obligations alors qu'elle est reliée au réseau. Toutes ces questions relèvent de votre responsabilité exclusive. Votre 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.

Par les présentes, vous reconnaissez que le fournisseur de service et ses sociétés affiliées, mandataires et fournisseurs peuvent conserver et utiliser tout renseignement, commentaire ou idée que vous avez communiqué relativement au service (y compris tous les produits et services mis à disposition/ dans le cadre du service). Ces renseignements peuvent être utilisés afin de vous fournir un meilleur service.

Règles d'utilisation acceptables / Généralités

Il vous est interdit d'utiliser votre service pour conduire d'activités qui incluent, sans restreindre la portée générale de ce qui suit:

(...)

2) Restreindre ou inhiber tout autre utilisateur ou de jour de l'Internet, compromettre les opérations ou l'efficacité des services ou occasionner une charge exceptionnellement grande sur nos réseaux, ou générer autrement des niveaux de trafic Internet suffisants pour entraver la capacité d'autres utilisateurs de transmettre ou de recevoir de l'information.

[99] Le contrat de service est un contrat de consommation, régi par les règles particulières assurant la protection du consommateur.

[100] Pour conclure que l'appelante n'a pas démontré *prima facie* que le service fourni par l'intimée n'est pas conforme à ses engagements contractuels, la juge de première instance appuie son raisonnement sur trois éléments : a) le contrat de service ne définit pas ce que serait la vitesse d'accès, la vitesse de connexion ou même la vitesse approximative ou précise qui correspond à « une connexion Haute vitesse à Internet », b) plusieurs clauses du contrat autorisent l'intimée à restreindre le service fourni à ses abonnés, c) le CRTC a conclu que l'usage intensif des applications P2P contribuait à la congestion du réseau et que certaines mesures étaient nécessaires afin d'empêcher les utilisateurs de ces applications de faire obstacle à un usage juste et proportionné du réseau par l'ensemble des utilisateurs.

[101] Avec égards, il me semble que la juge de première instance se méprend sur le reproche que l'appelante fait à l'intimée lorsqu'elle s'attarde au fait que le contrat ne définit pas ce qu'il faut entendre par « connexion Haute vitesse ». D'une part, la constance de la vitesse d'accès constituait, selon les allégations de la requête, la considération essentielle pour laquelle madame Raphaël s'est abonnée au service de l'intimée; or, cette vitesse n'est pas constante lorsque l'intimée procède au lissage du trafic aux dépens des utilisateurs des applications P2P. D'autre part, peu importe quelle est la vitesse de la « Haute vitesse », le fait est qu'en procédant au lissage du trafic, à certaines heures et pour certaines utilisations, l'intimée réduit la vitesse habituelle du service dit « Haute vitesse », ce que, selon l'appelante, elle n'a pas le droit de faire ou, du moins, pas le droit de faire sans en aviser préalablement les abonnés.

[102] Toujours avec égards, il me semble que la juge de première instance outrepassse le rôle du juge saisi d'une demande d'autorisation d'un recours collectif lorsqu'elle conclut que le contrat de service permet les mesures de lissage du trafic systématiques appliquées par l'intimée.

[103] Il me semble que l'argument de l'appelante, selon lequel la limitation systématique du service pour certains utilisateurs, sans avis préalable, dénature le contrat et contrevient à la garantie de conformité prévue dans les lois sur la protection du consommateur, mérite un débat au fond. La loi permet-elle à un fournisseur de service Internet Haute vitesse de se réserver contractuellement le droit de priver sciemment une portion significative de ses abonnés de l'aspect « Haute vitesse » du service Internet qu'elle leur vend? Le contrat de service de l'intimée lui permet-il de

réduire systématiquement la vitesse du service fourni à certains de ses abonnés sans les en aviser au préalable?

[104] Finalement, et cela dit avec beaucoup de respect pour son opinion, il me semble que la juge de première instance accorde ici un poids démesuré aux conclusions du CRTC, conclusions que l'appelante n'était pas en mesure de réfuter (ou de tenter de réfuter) au stade préliminaire de l'autorisation d'exercice du recours collectif. Il convient de rappeler que le rôle du CRTC était de déterminer si la pratique de lissage de trafic contrevenait aux lois régissant les télécommunications au Canada. Le débat soulevé par le recours collectif est tout autre; c'est celui de savoir si l'intimée pouvait procéder au lissage du trafic Internet, comme elle l'a fait, compte tenu du contrat la liant à ses abonnés et des règles régissant le droit de la consommation. Les raisons invoquées par l'intimée pour procéder au lissage du trafic étaient certes très pertinentes au débat devant le CRTC; elles le sont peut-être beaucoup moins dans le cadre du recours collectif, sinon au chapitre des dommages punitifs.

La conformité du service par rapport aux publicités

[105] La juge de première instance conclut que l'appelante n'a pas démontré *prima facie* que la personne désignée avait été trompée par les représentations publicitaires de l'intimée. En effet, la publicité déposée en preuve vise des services autres que celui auquel madame Raphaël a adhéré et, au surplus, elles ont été mises en ligne sur le site Internet de l'intimée après la conclusion des contrats invoqués par l'appelante au soutien du recours de madame Raphaël.

[106] L'appelante fait valoir que les représentations qui ont amené madame Raphaël à s'abonner en octobre 2004, puis à renouveler son abonnement en novembre 2006, sont semblables à celles que l'intimée diffusait en mai et juin 2008. Elle soutient que le recours individuel de la personne qui demande le statut de représentant du groupe ne doit pas nécessairement comporter toutes et chacune des causes d'action que chacun des membres du groupe pourrait invoquer au soutien de leur recours.

[107] L'intimée répond que la juge de première instance s'est bien dirigée en droit et que son appréciation de la preuve ne comporte pas d'erreur manifeste et dominante justifiant l'intervention de la Cour. Madame Raphaël n'a pas pu être influencée par la publicité parue un an et demi après la conclusion de son dernier contrat.

[108] La juge de première instance n'a pas fait erreur en examinant la question de l'apparence du droit à la lumière du recours individuel de la personne désignée. Cette approche est conforme à ce que la Cour enseigne dans l'arrêt *Bouchard c. Agropur Coopérative*²³, le recours individuel du requérant (ou, comme ici, de la personne désignée) doit remplir les conditions de l'article 1003 *C.p.c.*, dont celle de l'apparence de droit (au paragr. 109). En l'espèce toutefois, cette approche, lorsque appliquée au

²³ [2006] R.J.Q. 2349 (C.A.), 2006 QCCA 1342

ped de la lettre, produit un résultat qui est contraire aux objectifs du recours collectif, soit l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements²⁴.

[109] J'estime donc qu'elle doit être appliquée avec souplesse afin de permettre à la procédure du recours collectif d'atteindre ses objectifs, par exemple lorsque, comme en l'espèce, les deux causes d'action (le contrat et la publicité) sont aussi intimement liées.

[110] Le groupe décrit au recours collectif comprend des membres qui se sont abonnés au service Internet de l'intimée tant avant qu'après le mois d'octobre 2007. Selon les allégations de la requête, la vitesse et la constance de cette vitesse sont des facteurs déterminants. La publicité à laquelle la requête réfère traite spécifiquement de ces deux aspects : « Accès toujours rapide, jamais partagé. Sans ralentissements frustrants, même en période de pointe », « Un choix de vitesse d'accès constant et ultrarapide ». Il serait contreproductif, selon moi, d'autoriser un recours collectif sur la base d'une cause d'action (le contrat) tout en ignorant l'autre (la publicité) alors que les deux sont intimement liées.

[111] En somme, si le recours collectif doit être autorisé, il doit, selon moi, porter à la fois sur la conformité du service au contrat et sur la conformité du service aux représentations publicitaires faites par l'intimée tant avant qu'après le 28 octobre 2007. Quant à madame Raphaël, l'appelante fait valoir qu'il y a similarité ou connexité entre les représentations qui l'ont amenée à s'abonner au service Haute vitesse de l'intimée et celles diffusées par l'intimée en mai et juin 2008. Il lui appartiendra bien sûr d'en faire la preuve.

Les abonnés de l'intimée en Ontario

[112] La juge de première instance conclut que madame Raphaël n'a pas l'intérêt juridique pour représenter les abonnés de l'intimée en Ontario puisque son contrat est régi par le droit québécois alors que ceux des abonnés ontariens de l'intimée sont régis par le droit de l'Ontario. Elle en conclut que l'apparence de droit au recours à l'égard des abonnés ontariens n'est pas démontrée.

[113] L'appelante plaide que, selon les allégations de sa requête, les abonnés ontariens sont liés à l'intimée par un contrat de service identique à celui de madame Raphaël et qu'ils subissent les mêmes mesures de lissage de trafic. Il y aurait donc communauté des intérêts et des droits des abonnés des deux provinces. L'appelante souligne enfin que les tribunaux québécois ont compétence pour entendre le recours des abonnés de l'Ontario puisque le domicile de l'intimée est au Québec.

²⁴ *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 158, 2001 CSC 68, paragr. 15, *Western Canadian Shopping Centers Inc. c. Dutton*, [2001] 2 R.C.S. 534, 2001 CSC 46, paragr. 27-29.

[114] L'appelante reconnaît que les abonnés ontariens de l'intimée sont en droit d'invoquer les lois sur la protection du consommateur de leur résidence, mais souligne que la *Loi sur la concurrence*, une loi fédérale, s'applique à tous les abonnés.

[115] L'appelante plaide enfin que, à l'étape de l'autorisation du recours collectif, la juge de première instance devait appliquer le droit en vigueur au Québec; par la suite, une fois cette première étape sommaire et préparatoire franchie, le juge saisi du recours collectif pourra, si cela est nécessaire, scinder le groupe selon la province de résidence des abonnés et prononcer les conclusions qui s'imposent.

[116] L'intimée plaide pour sa part que la juge de première instance a bien décidé la question. Les règles de droit applicables au recours de madame Raphaël n'étant pas celles applicables au recours des membres ontariens, l'appelante n'a pas démontré l'apparence de son droit à un recours fondé sur la législation de l'Ontario ou de la *Common Law*.

[117] Au moment d'aborder l'analyse de cette question, je rappelle l'approche généreuse – plutôt que restrictive – qui doit prévaloir dans l'étude d'une demande d'autorisation. À cette étape sommaire et préliminaire, le doute doit jouer en faveur des requérants et donc, en faveur de l'autorisation d'exercer le recours collectif.

[118] En l'espèce, la compétence des tribunaux du Québec ne pose pas de problème à première vue puisque l'intimée a son domicile au Québec (article 3148, premier alinéa, *C.c.Q.*).

[119] Par ailleurs, la question de savoir si un recours collectif peut être fondé sur plusieurs régimes juridiques différents ne semble pas encore avoir reçu de réponse définitive, ni au Québec ni ailleurs au Canada. L'auteur Stephen Hamilton décrit ainsi la difficulté que peut poser l'autorisation d'un recours collectif fondé sur le droit de différentes provinces :

The expansion of a class is limited, in the terms used by the legislator and the courts, by the commonality of the issues and/or the preferability of the procedure. As the class gets bigger, the risks that the issues will not be sufficiently common and the class proceedings no longer preferable, increase. This is particularly true when the class expand across a provincial border. The law governing the individual claims of members resident in another provincial border will likely be different, and this may become a significant problem, particularly if the cause of action is statutory and there are substantial different provinces' statutory regimes.

The legal issues will therefore be less common or sometime not common at all.²⁵

(Je souligne.)

[120] Comme souvent en cette matière, chaque affaire est différente de l'autre. Il s'agit, dans chaque cas, de voir si l'assujettissement du recours à plusieurs régimes juridiques fait perdre au recours collectif sa dimension collective, ou non. Il ne suffit pas de constater que les recours des membres sont assujettis à deux ou plusieurs régimes juridiques, il faut voir si ces régimes sont substantiellement différents les uns des autres. L'assujettissement du recours à plus d'un régime juridique risque certes de complexifier l'affaire, mais cela ne devrait pas constituer en soi un empêchement à l'autorisation d'exercer le recours collectif à moins que les divers régimes comportent des divergences significatives de l'un à l'autre au point de faire perdre au recours sa dimension collective.

[121] Sur ce point, ma pensée rejoint celle du juge Zuber dans l'affaire *Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.*²⁶ :

[14] On a more practical level it is argued that a court attempting to try this class proceeding will face a multiplicity of laws from all of the provinces which may confuse the matter. This argument in my view is largely speculative. I am not aware of any difference in the law respecting product liability or negligence in the common law provinces and I have not been shown that there is any real difference between the common law on this matter and the law in the Province of Quebec.

[15] It is also argued that other class proceedings may be certified in other provinces relating to the matter which is the subject of this class proceeding. In my respectful view any of these practical difficulties which may develop as the matter proceeds can be met by amending the order in question to adjust the size of the class. If it is shown that the law of another province is so substantially different as to make the trial with respect to class members from that province very difficult, the class can be redefined. Additionally, if a class is certified in another province, that group can be deleted from the Ontario class.

²⁵ Stephen Hamilton, «The Future of the National Class Action in Canada», Annual Review of Civil Litigation, Toronto, Thomson Carswell, 2007, pp. 398-399; voir également Glenn M. Zakaib and Tim Pinos, «Multi-Jurisdictional Class Actions and the National Class Debate», dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, Développements récents en recours collectifs, vol. 278, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 208; voir également *Société canadienne des postes c. Lépine*, [2009] 1 R.C.S. 549, 2009 CSC 16, paragr. 56-57 et *Brito c. Pfizer Canada inc., Pfizer Canada et Procureur général du Québec*, [2008] R.J.Q. 1420 (C.S.), 2008 QCCS 2231.

²⁶ [1995] O.J. No. 3069 (Ont. Sup. Ct. J. (Div. Ct.)) (QL), refusant l'appel de la décision du juge Brockenshire «certifiant» le recours collectif [1995] O.J. No. 2592 (Ont. Sup. Ct. J. (Gen. Div.)) (QL); position reprise depuis en Ontario dans *Silver v. Imax Corp.*, [2009] O.J. No. 5585 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL), permission d'appel refusée, [2011] O.J. No. 656 (Ont. Sup. Ct. J.) (QL).

[122] Dans le cadre de l'analyse qu'impose l'alinéa a) de l'article 1003 *C.p.c.*, la juge de première instance devait se demander si les recours des abonnés ontariens de l'intimée soulevaient des questions communes avec celles soulevées par les recours des abonnés québécois.

[123] Or, selon les allégations de la requête et la preuve, les abonnés ontariens de l'intimée ont signé le même contrat de service que les abonnés du Québec et ils ont été assujettis aux mêmes mesures de lissage de trafic; leur recours soulève donc, à première vue, des questions identiques, similaires ou connexes à celles des abonnés québécois, et ce, malgré la possibilité qu'il soit assujetti à un cadre juridique différent.

[124] Toute autre conclusion impliquerait, selon moi, qu'au Québec une demande d'autorisation d'un recours collectif visant à regrouper des consommateurs provenant de différentes provinces serait nécessairement vouée à l'échec sous l'angle de l'alinéa d) de l'article 1003 *C.p.c.* Une telle situation me semble indésirable dans un contexte économique globalisé qui permet à des consommateurs dispersés à travers le pays, y compris des consommateurs québécois, de conclure des ententes identiques avec un même commerçant.

[125] D'ailleurs, sans être expert en droit comparé ou en droit ontarien, il me semble raisonnable de présumer, pour l'instant du moins et jusqu'à preuve du contraire, que le droit de la consommation ne varie pas tellement d'une province canadienne à l'autre, quant au fond du moins. Reprenant les reproches formulés par l'appelante à l'endroit de l'intimée, il me semble raisonnable de croire que la législation canadienne d'un océan à l'autre, quelle que soit la province, interdit à un commerçant, sous peine de sanction civile ou pénale, ou des deux, de fournir un service qui ne correspond pas de façon significative à la description contractuelle qui en est faite, d'offrir et de vendre un produit sous des représentations fausses ou trompeuses ou en ne divulguant pas à l'acheteur des faits importants et pertinents à l'achat envisagé, et enfin, de porter atteinte à la vie privée de ses clients.

[126] Bref, je conclus, et cela dit avec égards pour l'opinion contraire, que du moins pour l'instant, rien ne s'oppose à ce que les abonnés de l'Ontario fassent partie du groupe visé par le recours collectif au même titre que les abonnés québécois et que l'appelante et madame Raphaël en soient les représentantes.

[127] Pour toutes ces raisons, je propose d'accueillir l'appel en partie et d'autoriser l'exercice d'un recours collectif contre l'intimée en limitant toutefois le groupe aux personnes physiques résidant au Québec et en Ontario qui sont abonnées à un service résidentiel Internet ADSL et qui, depuis le 28 octobre 2007, entre 16 h 30 et 2 h, utilisent des applications P2P.



JACQUES CHAMBERLAND, J.C.A.