

500-09-024748-147

COUR D'APPEL DU QUÉBEC

(Montréal)

En appel d'un jugement de la Cour supérieure, district de Montréal, rendu le 3 septembre 2014 par l'honorable juge Francine Nantel.

N° 500-06-000496-105 C.S.M.

BELL MOBILITÉ INC.

APPELANTE
(défenderesse)

c.

DENIS GAGNON

INTIMÉ
(demandeur)

MÉMOIRE DE L'APPELANTE

M^e Marie Audren, Ad. E.
M^e Emmanuelle Rolland
Borden Ladner Gervais, s.e.n.c.r.l.,
s.r.l.
Bureau 900
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec) H3B 5H4

Tél. : 514 954-3126 (M^e Audren)
Tél. : 514 954-3145 (M^e Rolland)
Télé. : 514 954-1905
maudren@blg.com
erolland@blg.com

Procureures de l'appelante

M^e David Bourgoin
M^e Benoît Gamache
BGA Avocats s.e.n.c.r.l.
67, rue Sainte-Ursule
Québec (Québec) G1R 4E7

Tél. : 418 523-4222 (M^e Bourgoin)
Tél. : 418 692-5137 (M^e Gamache)
Télé. : 418 692-5695
dbourgoin@bga-law.com
bgamache@bga-law.com

Procureurs de l'intimé

EXPOSÉ DE L'APPELANTE

PARTIE I – LES FAITS

A) INTRODUCTION

1. Le 3 septembre 2014, l'honorable juge Francine Nantel de la Cour supérieure du Québec, siégeant dans le district de Montréal, a accueilli en partie le recours collectif de Denis Gagnon, visant les frais de résiliation anticipée (« FRA ») facturés par Bell Mobilité depuis le 1^{er} janvier 2007 en vertu d'un contrat de téléphonie sans fil conclu avant le 30 juin 2010.
2. Elle a condamné Bell Mobilité à rembourser une somme globale de 991 316 \$ aux membres du groupe ayant payé des FRA et a ordonné le recouvrement collectif de cette somme.
3. Bell Mobilité fait appel de ce jugement. Plus particulièrement, Bell Mobilité soumet que la juge de première instance a erré en refusant d'appliquer la clause de FRA prévue dans les contrats des membres et en lui ordonnant de rembourser la portion des FRA collectés qui excédait la somme à laquelle elle aurait eu droit en vertu de l'application de l'article 2129 du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »).
4. En effet, comme le souligne la juge de première instance, le contrat des membres stipulait en « toutes lettres » qu'ils seraient appelés à payer des FRA en cas de résiliation unilatérale¹. Cette condition claire et non équivoque de l'abonnement a été librement acceptée par les membres, qui ont reçu un rabais substantiel sur l'achat de leur appareil sans fil en contrepartie de leur engagement.

¹ Jugement dont appel au para. 32, Mémoire de l'appelante, ci-après « M.A. », **vol. 1, p. 37.**

-
5. À cet égard, tous les membres avaient la possibilité de choisir une autre forme d'engagement avec Bell Mobilité (service prépayé ou contrat à durée indéterminée) leur permettant de mettre fin au service de façon unilatérale sans payer de FRA. La preuve révèle d'ailleurs qu'environ 41,5 % de la clientèle de Bell Mobilité choisit des options sans FRA.
 6. De plus, les clients ayant choisi un contrat avec FRA avaient tous le choix entre une durée d'engagement de 12, 24 ou 36 mois, le montant du rabais consenti étant proportionnel à la durée de l'engagement. Ces clients savaient donc pertinemment qu'ils perdaient du même coup leur faculté de résilier le contrat à leur gré puisque, sans cette renonciation, l'idée même de choisir entre des durées différentes perd tout son sens.
 7. Par conséquent, Bell Mobilité soumet que la juge de première instance se devait d'appliquer les dispositions claires et non équivoques du contrat librement accepté par les membres, ces dispositions ayant préséance sur les articles 2125 et 2129 C.c.Q., qui sont de nature purement supplétive².

B) LES FAITS

8. Bell Mobilité est un fournisseur de produits et services de télécommunications sans fil³.
9. Les clients de Bell Mobilité peuvent choisir entre deux modes de facturation : le service prépayé et le service postpayé.

² Tel que discuté plus loin, la *Loi sur la protection du consommateur* interdit depuis le 30 juin 2010 toute disposition contractuelle dérogeant aux articles 2125 et 2129 C.c.Q. Le législateur a cependant expressément prévu que cette modification à l'état du droit ne s'appliquerait pas aux contrats conclus avant cette date, de sorte que les contrats des membres n'y sont pas soumis.

³ Bien que le récit des faits présenté dans cette section réfère à la situation qui avait cours avant le 30 juin 2010, l'indicatif présent est utilisé afin de faciliter la lecture.

-
10. Le service prépayé permet aux clients d'accéder au réseau de Bell Mobilité en achetant à l'avance des crédits leur donnant droit d'utiliser le réseau pendant un certain temps⁴. Les clients du service prépayé ne sont pas tenus de conclure un contrat pour une durée prédéterminée. Environ 22 % de la clientèle de Bell Mobilité opte pour le service prépayé⁵. Cette clientèle n'est pas visée par le présent recours.
 11. Le service postpayé, quant à lui, prévoit une facturation mensuelle selon le forfait choisi⁶. Les clients qui optent pour le service postpayé ont le choix entre un abonnement de mois en mois (le « contrat à durée indéterminée ») et un abonnement prévoyant une période d'engagement minimale de 12, 24 ou 36 mois (le « contrat à durée déterminée »).
 12. Le contrat à durée indéterminée (de mois en mois) peut être résilié à tout moment sans avoir à payer des FRA. Les clients qui font ce choix doivent cependant acheter leur appareil sans fil au prix courant ou utiliser un appareil qu'ils possèdent déjà⁷. Environ 19,5 % de la clientèle de Bell Mobilité opte pour un contrat de service postpayé à durée indéterminée⁸. Tout comme le 22 % de clientèle qui opte pour le service prépayé, cette clientèle ne fait pas partie du présent recours.
 13. Par contre, les clients qui optent pour un contrat à durée déterminée s'engagent à payer des FRA calculés suivant une méthode préétablie s'ils résilient leur contrat avant l'échéance du terme⁹. Seuls ces clients, qui représentent environ 58,5 % de la clientèle de Bell Mobilité, font partie du recours.

⁴ Témoignage de Mark Vella, M.A., **vol. 2, p. 525-526.**

⁵ Témoignage de Mark Vella, M.A., **vol. 2, p. 527-528.**

⁶ Témoignage de Mark Vella, M.A., **vol. 2, p. 527-532.**

⁷ Jugement dont appel, M.A., **vol. 1, p. 32-33 et 35.**

⁸ Témoignage de Mark Vella, M.A., **vol. 2, p. 532-533, 536-537.** Selon M. Vella environ 25 % des abonnés au service postpayé ont un contrat à durée indéterminée. La clientèle du service postpayé représentant elle-même 78 % de la clientèle totale de Bell Mobilité, la proportion d'abonnés avec un contrat à durée indéterminée représente donc 19,5 % de la clientèle (25 % x 78 % = 19,5 %).

⁹ Jugement dont appel, M.A., **vol. 1, p. 32-33 et 35.**

14. En somme, la clientèle de Bell Mobilité est répartie de la façon suivante :

| | |
|--|--------|
| Service prépayé (aucuns FRA) | 22 % |
| Service postpayé à durée indéterminée (aucuns FRA) | 19,5 % |
| Service postpayé à durée déterminée (avec FRA) | 58,5 % |

15. Dit autrement, environ 41,5 % de la clientèle de Bell Mobilité choisit une option lui permettant de mettre fin au service à son gré sans avoir à payer des FRA.

16. L'obligation de payer les FRA et leur méthode de calcul apparaissent au *Contrat de service Mobilité* :

Frais de résiliation : Frais que nous vous facturerons si vous mettez fin à votre service avant l'expiration de votre abonnement de 12, de 24 ou de 36 mois. Ces frais de résiliation équivalent au montant le plus élevé de : (i) 100 \$ ou (ii) 20 \$ par mois pour chaque mois restant prévu au contrat, jusqu'à concurrence de 400 \$. Les frais de résiliation peuvent varier en fonction des offres promotionnelles.

[...]

[...] Si vous avez choisi un abonnement de durée prédéterminée, vous convenez que les frais de résiliation indiqués ci-dessus constituent une estimation préalable raisonnable des dommages subis par Bell Mobilité dans l'éventualité où vous ne terminez pas votre abonnement. [...] ¹⁰

17. Des dispositions similaires apparaissent également aux *Modalités de service sans fil de Bell* :

Frais de résiliation anticipée (FRA) : Frais que vous devez nous payer si nous mettons fin, ou si vous mettez fin, aux services et/ou au présent Engagement avant qu'une période d'engagement de service soit terminée, ou si vous n'activez pas

¹⁰ Pièce P-4, Contrat de service Mobilité et Modalités du service sans fil de Bell datés du 30 juin 2007, en liasse, M.A., **vol. 1, p. 97 et s.**

l'appareil dans les 45 jours suivant sa date d'achat. Les FRA correspondent au plus élevé des montants suivants : (i) 100 \$ ou (ii) 20 \$ par mois restant à la période d'engagement de service lors de la résiliation, jusqu'à concurrence de 400 \$. [...] Les FRA et ces autres frais de résiliation anticipée constituent une estimation préalable réelle des dommages que Bell subira en raison de la résiliation anticipée des services, et non une pénalité.

[...]

Période d'engagement de service : Période de 30 jours, 12 mois, 24 mois 36 mois ou toute autre période que nous offrons et que vous choisissez, pendant laquelle vous vous engagez à recevoir le service pour un appareil, à compter de la date où le service relatif à cet appareil est activé.¹¹

18. Les contrats à durée déterminée représentent une plus grande stabilité et prévisibilité de revenus pour Bell Mobilité. Pour cette raison, Bell Mobilité offre comme incitatif au contrat à durée déterminée l'octroi d'un rabais sur l'achat d'un nouvel appareil sans fil. Ce rabais est plus ou moins important selon la période d'engagement acceptée par le client. Il peut dans certains cas correspondre au prix total de l'appareil¹². À titre d'exemple, le rabais octroyé à l'achat de l'appareil sans fil de modèle LG 150 (acheté par Denis Gagnon) variait de la façon suivante en 2007¹³ :

| Durée de l'engagement | Rabais octroyé | Prix à l'achat |
|-----------------------|----------------|----------------|
| 12 mois | 50,00 \$ | 99,95 \$ |
| 24 mois | 125,00 \$ | 24,95 \$ |
| 36 mois | 149,95 \$ | 0,00 \$ |

¹¹ Pièce P-4, Contrat de service Mobilité et Modalités du service sans fil de Bell datés du 30 juin 2007, en liasse. Avant le procès, le demandeur a abandonné la cause d'action liée à la remise des contrats et à la dénonciation des FRA au moment de l'abonnement : voir Jugement dont appel au para. 7, M.A., **vol. 1, p. 32.**

¹² Jugement dont appel aux para. 9, 21 et 22, M.A., **vol. 1, p. 32-33 et 35.**

¹³ Témoignage de Mark Vella, M.A., **vol. 2, p. 535-536.** Voir aussi Jugement dont appel au para. 23, M.A., **vol. 1, p. 35.**

-
19. Les prix des forfaits mensuels offerts aux clients du service postpayé sont identiques pour les abonnements à durée indéterminée et ceux à durée déterminée. En d'autres termes, Bell Mobilité ne récupère pas le rabais octroyé à l'achat de l'appareil par une quelconque augmentation des mensualités rattachées au contrat à durée déterminée¹⁴.
20. Tous les appareils sans fil offerts par Bell Mobilité peuvent être achetés au prix courant sans prendre de contrat à durée déterminée¹⁵. Les rabais octroyés représentent une économie réelle pour les clients.
21. Le client fait donc un choix. Pour profiter d'un rabais important sur l'achat d'un nouvel appareil, il conclut un marché avec Bell Mobilité et s'engage à demeurer abonné au service de cette dernière pour une période de temps prédéterminée. Le rabais octroyé constitue la contrepartie fournie par Bell Mobilité en échange de l'engagement du client¹⁶.
22. Ce marché offre des avantages aux deux parties. Bell Mobilité bénéficie d'une plus grande stabilité et prévisibilité de revenus, tandis que le client bénéficie de promotions qui lui permettent d'obtenir un nouvel appareil gratuitement ou encore pour une fraction du prix¹⁷.
23. Les membres du groupe sont tous des clients qui ont choisi le service postpayé avec contrat à durée déterminée et ont bénéficié d'un rabais sur l'achat de leur appareil sans fil. Ils ont mis fin à leur entente avant l'échéance du terme et se sont vus facturer des FRA.

¹⁴ Jugement dont appel aux para. 22 et 57, M.A., **vol. 1, p. 35 et 41**; Témoignage de Mark Vella, M.A., **vol. 2, p. 534-535, 539-540**.

¹⁵ Témoignage de Mark Vella, M.A., **vol. 2, p. 533-534, 537-538**.

¹⁶ Témoignage de Mark Vella, M.A., **vol. 2, p. 530-531, 535, 539, 543**.

¹⁷ Jugement dont appel au para. 24, M.A., **vol. 1, p. 36**.

C) LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

24. La juge de première instance a accueilli en partie le présent recours collectif au stade du mérite, concluant que le fait de signer un contrat qui contient une clause qui détaille les FRA applicables (la « clause de FRA ») ne constitue pas une renonciation valable au droit à la résiliation unilatérale prévu à l'article 2125 C.c.Q.
25. D'emblée, la juge de première instance reconnaît que le droit à la résiliation unilatérale n'est pas d'ordre public et que l'on peut y renoncer¹⁸.
26. Elle ajoute que cette renonciation doit être faite de manière claire et non équivoque, quoiqu'elle puisse être tacite si les clauses du contrat sont claires et incompatibles avec l'application stricte des articles 2125 et 2129 C.c.Q.¹⁹.
27. La juge de première instance ajoute que, selon elle, la clause de FRA n'est pas une clause pénale, puisque la définition de FRA contenue aux *Modalités de services sans fil* de Bell indique que les FRA « constituent une estimation préalable et réelle des dommages que Bell subira en raison de la résiliation anticipée des services, et non une pénalité »²⁰.
28. Bien que la juge de première instance conclue que les membres du groupe savaient qu'ils auraient à payer des FRA en cas de résiliation, puisque « le contrat le stipule en toutes lettres »²¹, elle est d'avis qu'ils n'ont pas pour autant renoncé au droit à la résiliation unilatérale et que la clause de FRA ne peut leur être opposée.

¹⁸ Jugement dont appel au para. 28, M.A., **vol. 1, p. 36.**

¹⁹ Jugement dont appel au para. 29, M.A., **vol. 1, p. 36.**

²⁰ Jugement dont appel au para. 33, M.A., **vol. 1, p. 37 et 38**

²¹ Jugement dont appel au para. 32, M.A., **vol. 1, p. 37**

-
29. Elle limite donc les dommages subis par Bell Mobilité au préjudice subi au sens de l'article 2129 C.c.Q., soit la valeur totale des rabais octroyés aux membres du groupe lors de l'achat de l'appareil sans fil²².
30. Afin de déterminer si les membres du groupe ont droit à un remboursement, la juge de première instance compare la valeur moyenne des rabais accordés aux clients du service postpayé, qui varie entre 226 \$ et 246 \$ (d'où elle retient un rabais moyen de 236 \$)²³, au montant moyen des FRA facturés par Bell (249 \$). Elle conclut que la différence (13 \$) doit être remboursée aux membres du groupe²⁴.
31. Elle limite évidemment le remboursement aux membres du groupe qui ont payé les FRA, soit environ 76 255 membres, et ordonne le recouvrement collectif de 991 316 \$ plus taxes, intérêts et indemnité additionnelle²⁵.
32. La juge de première instance ajoute que les FRA imposés par Bell Mobilité ne sont ni abusifs ni exorbitants, et que les membres n'ont pas subi un désavantage excessif et déraisonnable, de sorte que Bell Mobilité n'a pas enfreint les articles 1437 C.c.Q. ou 8 L.p.c.²⁶.
33. Enfin, elle est d'avis que Bell Mobilité n'a violé aucune loi et rejette la demande de dommages-intérêts punitifs²⁷.

²² Jugement dont appel au para. 40, M.A., **vol. 1, p. 39.**

²³ Jugement dont appel au para. 52, M.A., **vol. 1, p. 40.**

²⁴ Jugement dont appel aux para. 53 et 59, M.A., **vol. 1, p. 40 et 41.**

²⁵ Jugement dont appel aux para. 60 à 62, M.A., **vol. 1, p. 41 et 42.**

²⁶ Jugement dont appel au para. 64, M.A., **vol. 1, p. 42.**

²⁷ Jugement dont appel aux para. 66 à 69, M.A., **vol. 1, p. 42.**

PARTIE II – LA QUESTION EN LITIGE

34. La juge de première instance a-t-elle erré en écartant l'application de la clause de FRA?

PARTIE III – L'ARGUMENTATION

A) LES DISPOSITIONS RELATIVES À LA RÉSILIATION UNILATÉRALE DU CONTRAT D'ENTREPRISE OU DE SERVICE

35. Les articles 2125 C.c.Q. et suivants stipulent des règles particulières en matière de résiliation de contrats d'entreprise ou de service.
36. Ces règles permettent notamment au client de résilier unilatéralement et sans motif le contrat, quoique la réalisation de l'ouvrage ou la prestation du service ait déjà été entreprise :
- 2125.** Le client peut, unilatéralement, résilier le contrat, quoique la réalisation de l'ouvrage ou la prestation du service ait déjà été entreprise.²⁸
37. Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la faculté de résiliation unilatérale était restreinte au contrat à forfait conclu pour la construction d'un ouvrage²⁹. Le C.c.Q. élargit cette faculté à tous les contrats d'entreprise et de service, et ce, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée.
38. La faculté de résiliation unilatérale prévue à l'article 2125 C.c.Q. constitue ainsi une dérogation importante au principe de la force obligatoire des contrats exprimé à l'article 1439 C.c.Q. Selon cette Cour, ce choix de politique juridique se justifie par deux préoccupations distinctes du législateur : d'une part, par le caractère personnalisé (*intuitu personae*) de certains contrats de service; d'autre part, par le fait que certains contrats d'entreprise font peser des charges économiques très importantes sur le client, notamment sous la forme de risques économiques inhérents au projet³⁰.

²⁸ Art. 2125 C.c.Q.

²⁹ Art. 1691 C.c.B.C.

³⁰ *Corporate Aircraft Turnkey Services (PV) c. Innotech Aviation*, 2007 QCCA 1107 au para. 56. Voir aussi *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec : Publications du Québec, 1993 à l'art. 2125 C.c.Q.

-
39. L'article 2129 C.c.Q. prévoit des règles d'indemnisation en matière de résiliation qui dérogent au régime de droit commun établi aux articles 1607, 1611 et 1613 C.c.Q. :

2129. Le client est tenu, lors de la résiliation du contrat, de payer à l'entrepreneur ou au prestataire de services, en proportion du prix convenu, les frais et dépenses actuelles, la valeur des travaux exécutés avant la fin du contrat ou avant la notification de la résiliation, ainsi que, le cas échéant, la valeur des biens fournis, lorsque ceux-ci peuvent lui être remis et qu'il peut les utiliser.

L'entrepreneur ou le prestataire de services est tenu, pour sa part, de restituer les avances qu'il a reçues en excédent de ce qu'il a gagné.

Dans l'un et l'autre cas, chacune des parties est aussi tenue de tout autre préjudice que l'autre partie a pu subir.³¹

40. En vertu de cette disposition, le client qui résilie unilatéralement le contrat en vertu de l'article 2125 C.c.Q. doit payer au prestataire de service les frais et dépenses engagés, la valeur des prestations fournies, la valeur des biens fournis, et tout autre préjudice résultant de la résiliation.

B) CES RÈGLES SONT DE NATURE SUPPLÉTIVE

41. Il est acquis que les règles applicables à la résiliation du contrat de service ne sont pas d'ordre public et que les parties peuvent y déroger contractuellement. Ce principe, maintes fois énoncé par cette Cour, a d'ailleurs été réitéré tout récemment dans l'arrêt *Corporation d'Urgences-santé de la région de Montréal métropolitain c. Novacentre Technologie Itée* :

[56] Le législateur a prévu deux régimes de résiliation par le client pour les contrats de service ou d'entreprise. En premier lieu, les dispositions 2125 et 2129 C.c.Q. instaurent un régime de

³¹ Art. 2129 C.c.Q.

résiliation unilatérale du contrat de service qui permet au client de mettre fin au contrat en tout temps et sans cause. Par ailleurs, il est établi qu'une résiliation pour cause d'un contrat de service est régie par le droit commun, et notamment par les articles 1590 et 1604 à 1606 C.c.Q. Pour les deux types de résiliation, les dispositions ne sont pas d'ordre public et les parties au contrat peuvent stipuler des conditions d'exercice particulières, ce qui fut le cas en l'espèce. L'intérêt de la distinction entre les deux régimes de résiliation réside notamment dans les modalités d'attribution des dommages.³² [nous soulignons]

42. La jurisprudence de la Cour à cet égard rejoint l'interprétation qui avait été donnée à l'ancien article 1691 C.c.B.C.³³, ce qui est conforme aux commentaires du ministre de la Justice selon lesquels l'article 2125 C.c.Q. « reprend le droit antérieur prévu par l'article 1691 C.C.B.C. »³⁴.
43. Comme l'enseignent les professeurs Didier Lluellas et Benoît Moore, les dispositions relatives au contrat de service ne diffèrent pas en ce sens de la très grande majorité des dispositions du C.c.Q. en matière contractuelle qui sont, règle générale, supplétives de volonté et peuvent faire l'objet de clauses dérogatoires à même le contrat :

Le droit commun des obligations épaulant le libre marché, on peut comprendre que les dispositions qui l'expriment ne soient pas contraignantes. Jouant en quelque sorte un rôle de *dictionnaire de volontés*, elles constituent un « formulaire

³² *Corporation d'Urgences-santé de la région de Montréal métropolitain c. Novacentre Technologie Itée*, 2014 QCCA 1594 au para. 56. Voir aussi *Corporate Aircraft Turnkey Services (PV) c. Innotech Aviation*, 2007 QCCA 1107 au para. 41; *MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau, Lemire*, 2007 QCCA 92 au para. 26; *Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec c. Proulx*, 2007 QCCA 807 au para. 3; *Nicholson Manufacturing Company c. Maritonex Inc.*, 2008 QCCA 1536 au para. 11 (juge unique).

³³ Voir par ex. *Société Naphtes Transports c. Tidewater Shipbuilders Ltd.*, (1926) 40 B.R. 151 à la p. 162, conf. [1927] R.C.S. 20 : « Cet article [1691 C.c.B.C.] est de droit supplétif : il peut y être dérogé par la convention des parties. »

³⁴ *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec : Publications du Québec, 1993 à l'art. 2125.

proposé aux parties en vue de la rédaction de leurs actes ». C'est la marque de la très grande majorité des dispositions du *Code civil du Québec*, surtout au chapitre des relations économiques : elles peuvent parfaitement être écartées par les parties au profit de clauses dérogatoires, en principe valides. L'on doit donc présumer que chaque disposition du droit commun des obligations n'est pas d'ordre public. [...] On doit donc, règle générale, faire « comme si » chaque article du Code civil, en matière de contrats, était affecté d'une précision du genre « à moins que les parties n'en conviennent autrement ». [Note 20. Il doit, notamment, en être ainsi [...] de l'article 2125 C.c.Q. [...] de l'article 2129 C.c.Q. [...]³⁵ [nous soulignons]

44. Une clause contractuelle claire, qui est incompatible avec l'application stricte des articles 2125 ou 2129 C.c.Q., est donc en principe valide et doit recevoir effet entre les parties, et ce, même si la clause en question ne réfère pas expressément à ces dispositions.
45. Cette Cour a d'ailleurs déjà donné effet à des clauses qui, sans référer expressément aux dispositions pertinentes du C.c.Q., en modulaient ou en écartaient carrément l'application. Ainsi, à titre d'exemple, dans l'affaire *MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau, Lemire*, cette Cour a jugé que la clause du contrat prévoyant une période minimale de trois ans avait pour effet d'écartier l'application des articles 2125 et 2126 (faculté de résiliation du prestataire

³⁵ Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012 aux n^{os} 1880 et 1881. Voir aussi *ibid.* au n^o 2088 : « La faculté de résiliation unilatérale d'origine légale est, le plus souvent, réglementée par la loi elle-même. Mais des interactions sont possibles entre la résiliation unilatérale autorisée par la loi et le contrat. À l'occasion, le contrat va prévoir des clauses aménageant la faculté révocatoire d'origine légale, au niveau de la procédure ou des conditions de fond. Ces stipulations visent soit à combler des lacunes du texte de loi, soit à changer la solution prévue. Sous réserve de l'ordre public, le cas échéant, on doit présumer de la validité de ces clauses. Ainsi, en dépit du silence de l'article 2125, le contrat de service ou d'entreprise peut, en toute légalité, exiger la présence d'un motif de résiliation, prévoir le respect d'un préavis ou imposer toute autre condition de mise en œuvre. » Voir aussi Jacques Deslauriers, *Vente, Louage, Contrat d'entreprise ou de service*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013 au n^o 2184.

de services) C.c.Q.³⁶. Or, la clause sous analyse dans cette affaire (qui était reproduite au jugement de première instance) ne faisait aucune mention des règles de résiliation prévues au C.c.Q. :

16. DURÉE ET TERMINAISON

Cette convention est pour une durée de trois (3) ans à compter du 24 novembre 1994, et se reconduira automatiquement et sans avis d'année en année pour des périodes successives de un (1) an. Cependant, après cette première période de trois (3) ans, cette convention pourra être résiliée le dernier jour de tout mois du calendrier, sur avis écrit d'au moins neuf (9) mois à MCA ou à Marleau, et dont copie devra être remise sans délai à tout OAR.³⁷

46. Par ailleurs, il est à noter que l'état du droit en matière de consommation a depuis été modifié par l'entrée en vigueur de l'article 11.4 de la *Loi sur la protection du consommateur*³⁸, qui interdit toute stipulation qui exclut en tout ou en partie l'application des articles 2125 et 2129 C.c.Q. Le législateur a cependant expressément prévu que cet amendement législatif, qui fait en sorte que les articles 2125 et 2129 C.c.Q. sont dorénavant des dispositions d'ordre public de protection en matière de consommation, ne s'appliquerait pas aux contrats conclus avant le 30 juin 2010³⁹. Le présent recours étant limité aux contrats conclus avant cette date, il ne fait aucun doute que le contrat entre Bell Mobilité et les membres du groupe pouvait déroger aux règles supplétives du C.c.Q.⁴⁰.

³⁶ *MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau, Lemire*, 2007 QCCA 92 au para. 26. Voir aussi *Nicholson Manufacturing Company c. Maritonex Inc.*, 2008 QCCA 1536 (juge unique); *Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec c. Proulx*, 2007 QCCA 807 au para. 3.

³⁷ Voir *MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau, Lemire*, EYB 2004-68494 (C.S.).

³⁸ RLRQ, c. P-40.1.

³⁹ PL 60, *Loi modifiant la Loi sur la protection du consommateur et d'autres dispositions législatives*, 1^e sess., 39^e lég., Québec, 2009, ch. 51, art. 34.

⁴⁰ Par ailleurs, il est important de noter que, tout en interdisant toute clause excluant même en partie l'application des articles 2125 et 2129 C.c.Q., le législateur aménage en même temps

C) LA CLAUSE DE FRA EST UNE DÉROGATION NON ÉQUIVOQUE À L'APPLICATION DE L'ARTICLE 2129 C.C.Q. ET ÉTAIT OPPOSABLE AUX MEMBRES

47. La clause de FRA est claire et ne souffre d'aucune ambiguïté. À cet égard, la juge de première instance conclut d'ailleurs : « À l'évidence, les membres qui ont signé le contrat savaient qu'en cas de résiliation unilatérale, ils seraient appelés à payer des FRA, le contrat le stipule en toutes lettres »⁴¹.
48. Or, l'obligation de payer des FRA calculés en fonction d'une méthode préétablie est indéniablement incompatible avec l'application stricte de l'article 2129 C.c.Q.
49. Malgré ce constat, la juge de première instance refuse d'opposer la clause de FRA aux membres du groupe au motif que ceux-ci n'auraient pas renoncé à la faculté de résilier unilatéralement leur contrat⁴².
50. Avec égards, la juge de première instance commet une erreur de droit en subordonnant l'application de la clause de FRA à la renonciation au droit de résiliation unilatérale prévu à l'article 2125 C.c.Q.
51. En effet, même si l'on devait accepter la conclusion de la juge de première instance quant à l'absence de renonciation prévue à l'article 2125 C.c.Q. (conclusion par ailleurs contestée dans la prochaine section du présent mémoire), il demeure, au risque de se répéter, que l'article 2129 C.c.Q. est également de droit supplétif. Par conséquent, rien n'empêche les parties de convenir à l'avance du montant de l'indemnité qui sera due en cas de résiliation unilatérale, ou de prévoir des modalités

un régime particulier en matière de contrats à exécution successive de service fourni à distance qui permet expressément au fournisseur de service de prévoir au contrat une indemnité de rupture en cas de résiliation unilatérale. Voir *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1, art. 214.7.

⁴¹ Jugement dont appel au para. 32, M.A., **vol. 1, p. 37.**

⁴² Jugement dont appel aux para. 33 et 34, M.A., **vol. 1, p. 37 et 38.**

différentes de celles prévues par la loi. C'est d'ailleurs précisément ce que soulignent les professeurs Didier Lluelles et Benoît Moore :

Dans la mesure où le droit de révoquer concerne un contrat pour lequel la faculté de résilier est supplétive de volonté, rien n'empêche les contractants de prévoir une indemnité de rupture : tel peut être le cas du mandant qui révoque le mandataire, ou du mandataire qui renonce au mandat. À plus forte raison, dans les cas où la loi soumet la résiliation au versement d'une indemnité, sans la chiffrer, nul obstacle ne s'oppose à ce que les parties déterminent à l'avance le montant de l'indemnité. [Note 297. Ce peut être le cas du contrat d'entreprise ou de service. Si cette clause ne concerne pas la résiliation pour cause d'inexécution, elle ne doit pas s'analyser comme constituant une clause pénale (...)].⁴³ [nous soulignons]

52. Le raisonnement des professeurs Lluelles et Moore s'applique en l'espèce et aurait dû mener la juge de première instance à conclure que la clause de FRA était valide et opposable aux membres du groupe.
53. Le *ratio* de la juge de première instance fait d'ailleurs fi de plusieurs décisions antérieures ayant jugé qu'une clause contractuelle prévoyant l'indemnité qui sera due en cas de résiliation unilatérale a pour effet d'écarter les limites établies par l'article 2129 C.c.Q., et ce, malgré l'absence de renonciation au droit de résiliation prévu à l'article 2125 C.c.Q.
54. Ainsi, la Cour supérieure dans la décision *Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.* concluait :

[50] Ici, la clause d'annulation, qui est de la nature d'une clause pénale, n'empêche pas les défenderesses à exercer le droit de résiliation unilatérale qui leur est accordé par l'art 2125. Cependant, cette clause élimine les limites établies par l'art. 2129 sur la responsabilité contractuelle des défenderesses envers la demanderesse à cause de la résiliation.

⁴³ Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012 au n^o 2117.

[51] Les parties au présent contrat de construction ont elles le pouvoir d'éliminer ainsi ces limites de responsabilité contractuelle? La jurisprudence et la doctrine citées par les procureurs des parties n'appuient pas la prétention des défenderesses que l'art. 2129 C.C.Q., et son prédécesseur, l'art. 1691 C.C., sont d'ordre public, et que, par conséquent, on ne peut, par entente, éliminer les limites de responsabilité établies par ces articles. Ces autorités suggèrent plutôt le contraire, notamment que les dispositions contractuelles pourraient prévaloir sur l'art. 2129.

[52] Donc, les défenderesses n'ont pas convaincu la Cour que cette clause pénale contrevient à l'ordre public.

[...]

[61] Par conséquent, en résumé, c'est la clause pénale, plutôt que l'art. 2129 C.C.Q., qui s'applique, et cette clause n'est pas abusive.⁴⁴ [nous soulignons]

55. Plus récemment, la Cour supérieure abondait dans le même sens dans la décision *Superior Energy Management c. Para-Net buanderie et nettoyage à sec inc.* :

[16] La défenderesse plaide que la clause pénale du contrat en cause ne constitue pas une renonciation au droit de résiliation unilatérale du contrat de service, une telle renonciation devant être claire et non équivoque. Le Tribunal est d'accord avec cette proposition, mais ajoute qu'elle n'aide en rien la défenderesse.

[17] En effet, même en prenant pour acquis que le contrat liant les parties était un contrat de service, le Tribunal estime que la défenderesse serait quand même obligée, suivant l'article 2129 C.c.Q., de dédommager la demanderesse en cas de résiliation. La clause pénale serait donc, dans cette optique, non pas une manifestation d'une quelconque renonciation au droit de résiliation, mais plutôt une modalité de mise en œuvre de ce droit.

⁴⁴ *Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.*, REJB 2002-32199 aux para. 50 à 52, 61 (C.S.).

[...]

[20] Puisqu'aucun article du Code civil ne fait de l'article 2125 une règle d'ordre public, on peut y déroger par convention. Un client peut donc renoncer à son droit de résiliation ou subordonner ce droit à des conditions différentes de celles que fixe le Code civil. L'insertion d'une clause pénale en serait une illustration facile.⁴⁵ [nous soulignons]

56. Le même raisonnement avait été suivi par la Cour du Québec, notamment dans la décision *Service de linge Mirabel inc. c. Orientech inc.* :

[21] Par ailleurs, la défenderesse s'est prévalué d'un droit consacré à l'article 2125 du C.c.Q., soit celui de mettre fin unilatéralement au contrat. [...]

[23] L'argument soulevé par la défenderesse est qu'à défaut de preuve à l'égard d'un préjudice effectivement subi par la demanderesse, il n'y a pas lieu de faire droit à sa réclamation et qu'en somme, l'application de 2129 C.c.Q. exclurait toute évaluation anticipée des dommages.

[24] Pour sa part, la demanderesse plaide que les parties avaient évalué à l'avance le montant des dommages-intérêts au moyen de la clause pénale contenue au contrat et que l'article 2129 C.c.Q. n'y fait pas obstacle.

[25] L'Honorable John Bishop J.C.S. s'est prononcé sur cette question récemment dans l'affaire *Jag inc. c. 9055-274 Québec inc.* où il s'exprime comme suit [...]

[26] La soussignée partage cet avis. L'article 2129 C.c.Q. ne fait pas obstacle au droit à l'exécution de la clause pénale prévue au contrat.⁴⁶

⁴⁵ *Superior Energy Management c. Para-Net buanderie et nettoyage à sec inc.*, 2012 QCCS 7122 aux para. 16 à 20.

⁴⁶ *Service de linge Mirabel inc. c. Orientech inc.*, REJB 2002-35576 aux para. 21 à 26 (C.Q.). Voir aussi *Unifirst Canada Itée c. Salaison Alpha Itée*, EYB 2010-171998 aux para. 19 à 24; *Entretien industriel Netco inc. c. Gestion immobilière Laramée inc.*, 2014 QCCQ 9824 aux para. 28 à 34 (petites créances); *Services Matrec inc. c. 9051-8929 Québec inc.*, EYB 2005-100208 au para. 31 (C.Q.).

-
57. Bien que les clauses en litige dans ces trois décisions aient été qualifiées de « clauses pénales » par le tribunal, il est important de noter qu'à l'instar de la juge de première instance en l'espèce, le tribunal avait jugé dans chacun de ces cas que le client n'avait pas renoncé à son droit de résiliation en vertu de l'article 2125 C.c.Q. En d'autres mots, les situations analysées dans ces affaires étaient conformes à l'analyse des faits de la juge de première instance en l'espèce.
58. En effet, que la clause de FRA soit qualifiée ou non de clause pénale n'a aucune incidence sur sa validité.
59. Ainsi, dans l'opinion des professeurs Lluelles et Moore, la clause qui détermine le montant de l'indemnité à verser en cas de résiliation unilatérale du contrat de service ne devrait effectivement pas s'analyser comme une clause pénale, puisque, selon eux, son objet n'est pas de sanctionner l'inexécution fautive d'une obligation, mais plutôt d'établir le prix d'exercice du droit de résiliation⁴⁷. Cependant, contrairement à ce que conclut la juge de première instance, une telle caractérisation de la clause, même si elle devait être concédée (ce qui n'est pas le cas), n'aurait pas pour effet de la rendre inopérante, mais simplement de la soustraire aux dispositions du C.c.Q. qui régissent spécifiquement la clause pénale. En d'autres mots, l'indemnité prévue au contrat ne pourrait faire l'objet d'une réduction judiciaire suivant l'article 1623, al. 2 C.c.Q.⁴⁸.
60. En somme, le raisonnement de la juge de première instance s'inscrit en faux de la jurisprudence majoritaire qui reconnaît qu'une clause contractuelle prévoyant l'indemnité due en cas de résiliation anticipée est en principe valide et opposable au client, et ce, même si ce dernier exerce son droit à la résiliation prévu à l'article 2125 C.c.Q.

⁴⁷ Didier Lluelles et Benoît Moore, *Droit des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012 aux n^{os} 2117 (note 297) et 3002.

⁴⁸ *Ibid.* au n^o 3002, note 224. Cela dit, une telle réduction demeurerait possible pour les contrats d'adhésion et de consommation en vertu de l'article 1437 C.c.Q.

-
61. La lecture du jugement dont appel révèle que la juge de première instance arrive à cette conclusion contraire à la jurisprudence majoritaire (qu'elle ne cite et ne distingue par ailleurs nulle part dans ses motifs) en se fondant exclusivement sur les écrits de M^e Vincent Karim⁴⁹. Or, la position avancée par l'auteur sur ces questions n'est pas représentative de l'état du droit et, avec respect, repose sur des prémisses erronées.
62. M^e Karim affirme en effet que la clause qui prévoit une indemnité de rupture (qu'il qualifie de « clause pénale ») peut être déclarée inopérante en l'absence d'une renonciation préalable à l'article 2125 C.c.Q. :

1503. Bien que le législateur ne fournisse aucune indication quant au caractère d'ordre public de la disposition prévue à l'article 2129 C.c.Q., le client ne peut renoncer, par une clause contractuelle, à son application en acceptant d'indemniser l'entrepreneur ou le prestataire de services pour des chefs de dommages ou de préjudice qui ne sont pas admis par cette disposition. Cette clause peut être déclarée inopérante et sans effet à la demande du client puisque l'application de l'article 2129 C.c.Q. est une conséquence de l'application de l'article 2125 C.c.Q.

1504. La renonciation du client à l'application du régime particulier d'indemnisation prévu à cet article peut toutefois être valide et produire ses effets entre les parties, à condition que cette renonciation soit précédée ou rattachée à une renonciation à son droit à la résiliation unilatérale du contrat prévu à l'article 2125 C.c.Q. La disposition prévue à l'article 2129 C.c.Q. doit rencontrer son application tant que le client dispose de son droit à la résiliation unilatérale.⁵⁰

63. L'auteur reconnaît que la position qu'il défend va à l'encontre de la jurisprudence, et plus spécifiquement des décisions *Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.*

⁴⁹ Jugement dont appel aux para. 31 et 33, M.A., **vol. 1, p. 36 à 38**. Depuis le jugement dont appel, un raisonnement similaire a été suivi dans *Brière c. Rogers Communications s.e.n.c.*, 2014 QCCS 5917 (porté en appel).

⁵⁰ Vincent Karim, *Contrat d'entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers : construction et rénovation) Contrat de prestation de services et l'hypothèque légale*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, aux n^{os} 1503 et 1504.

et *Service de linge Mirabel inc. c. Orientech inc.*, précitées. Il écarte cependant ces décisions au prétexte qu'elles auraient tout simplement donné effet aux clauses contractuelles sans en vérifier la validité en regard du droit applicable :

1506. On ne peut que noter qu'une certaine jurisprudence donne à la clause pénale les pleins effets, sans toutefois examiner préalablement sa validité non seulement selon les règles applicables en matière d'obligations, mais aussi en rapport avec celles qui régissent spécifiquement le contrat d'entreprise et de prestation de services. La validité d'une clause de renonciation ainsi que la validité d'une clause pénale qui sanctionne l'exercice par le client de son droit à la résiliation unilatérale doivent être appréciées et vérifiées en tenant compte des objectifs qui ont été à l'origine de l'introduction des exceptions prévues aux articles 2125 et 2129 C.c.Q.⁵¹

64. Avec égards, cette caractérisation que fait M^e Karim de la jurisprudence est inexacte. Comme le démontre l'analyse qui précède, dans chacun des cas, le tribunal s'est spécifiquement interrogé sur la validité des clauses eu égard aux règles propres au contrat de service et a conclu que l'indemnité prévue au contrat constituait une dérogation valide aux effets de l'article 2129 C.c.Q.
65. En fait, il semble que la préoccupation réelle de M^e Karim est plutôt que l'insertion d'une clause d'indemnité de rupture dans le contrat de service ne doit pas permettre au fournisseur de services d'imposer au client une indemnité exorbitante⁵².
66. Or, la solution juridique appropriée pour éviter de tels abus n'est pas de déclarer inopérante toute clause d'indemnité de rupture en l'absence de renonciation à la faculté de résiliation unilatérale, mais plutôt de réduire les indemnités qui seront jugées abusives par la voie de l'article 1437 C.c.Q.

⁵¹ *Ibid.* au n° 1506.

⁵² *Ibid.* au n° 1507.

67. En l'occurrence, la juge de première instance a conclu que la clause de FRA n'était ni abusive au sens de l'article 1437 C.c.Q., ni lésionnaire au sens de l'article 8 L.p.c.⁵³ Par conséquent, il y avait lieu de maintenir l'indemnité prévue à la clause de FRA et de rejeter le recours collectif.

D) DE TOUTE FAÇON, LES CLIENTS ONT RENONCÉ À LA FACULTÉ DE RÉSILIATION PRÉVUE À L'ARTICLE 2125 C.C.Q.

68. Par ailleurs, et quoique cela soit sans véritable conséquence vu ce qui précède, la juge de première instance commet une erreur lorsqu'elle conclut que les membres n'ont pas renoncé à leur faculté de résiliation en adhérant au contrat de Bell Mobilité pour une durée déterminée.

69. Avec égards, la juge de première instance commet une erreur manifeste et déterminante en limitant son analyse des *Modalités de service sans fil de Bell* à la seule lecture de la clause de FRA prise isolément. Cette analyse passe outre la clause de « période d'engagement de service », qui stipule en toutes lettres l'obligation du client de maintenir son abonnement pour la période convenue :

Période d'engagement de service : Période de 30 jours, 12 mois, 24 mois 36 mois ou toute autre période que nous offrons et que vous choisissez, pendant laquelle vous vous engagez à recevoir le service pour un appareil, à compter de la date où le service relatif à cet appareil est activé.⁵⁴ [nous soulignons]

70. Tout comme la clause de FRA, cette clause est claire et sans ambiguïté : le client s'engage à maintenir son abonnement. La résiliation avant l'échéance du terme constitue donc un manquement à cet engagement contractuel.

⁵³ Jugement dont appel au para. 64, M.A., **vol. 1, p. 42.**

⁵⁴ Pièce P-4, Contrat de service Mobilité et Modalités du service sans fil de Bell daté du 30 juin 2007, en liasse, M.A., **vol. 1, p. 97 et s.**

71. Il est vrai que cette Cour a déjà jugé dans l'arrêt *Centre régional de récupération C.S. inc. c. Service d'enlèvement de rebuts Laidlaw (Canada) Ltée* que le simple fait de fixer un terme à un contrat n'équivaut pas en soi à une renonciation non équivoque au droit de résiliation unilatérale⁵⁵. Il y a lieu cependant de citer le libellé du contrat en litige dans cette affaire afin de remettre les commentaires de la Cour en contexte. Ainsi, le contrat dans cette affaire ne faisait que prévoir ce qui suit :

7. Cette entente est d'une durée égale à celle des engagements qu'aura pris LAIDLAW au cours de l'année 1994 envers les Villes ci-haut mentionnées dans le cadre de demandes de soumissions pour le tri et le conditionnement de leurs matières recyclables.

72. Contrairement au cas présent, nulle part au contrat, le client (Laidlaw) s'engageait-il à maintenir le service pour toute la durée prévue. En l'espèce, en raison de la juxtaposition de la clause sur la période d'engagement et de la clause de FRA, le client qui adhère au service postpayé pour une durée déterminée s'engage expressément à recevoir le service pour la période choisie, à défaut de quoi il accepte tout aussi expressément de payer des FRA.

73. À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que le client qui se présente chez un détaillant pour s'abonner au service postpayé de Bell Mobilité se voit offrir le choix entre un abonnement à durée indéterminée résiliable en tout temps sans FRA et un abonnement à durée déterminée avec FRA en cas de résiliation avant l'échéance du terme. Le client sait donc pertinemment qu'en choisissant cette deuxième option il perd la possibilité de mettre fin au service à son gré.

74. Comme l'a expliqué l'expert Christian Dippon lors de son témoignage au procès, le client fait alors un choix économique rationnel parmi les options qui lui sont offertes,

⁵⁵ REJB 1996-29236 (C.A.).

c'est-à-dire qu'il évalue les avantages et désavantages de chaque option et choisit celle qu'il juge correspondre à ses besoins :

Q. And how does a subscriber decide whether he wants to take a term or non-term contract?

A. In, in economics we say a consumer, uh, maximizes, um, his or her personal utility. So, in simple terms, that means is they will select whatever fits them best. And so a consumer coming into a store, in a Bell Mobility store, can decide I would like to have this phone, and I'd like to have the handset discount, because I'm going to remain with the carrier for three (3) years, or I personally assess my probability of having to terminate prematurely as very low. In this instance the consumer will see his personal utility maximized if he goes with a term contract that comes with the handset subsidy, but also with the ETF in case of premature termination. On the other hand, you have, um, subscribers, and sometimes myself included, um, that would come to a store and say, "You know what, I, I think I want to have that flexibility change every month. Or, there's a good chance, I might have... I, I might not be able to honour my thirty-six (36) month commitment." For that subscriber, they can still get the exact same handset, the exact same rate plan, and it would make more sense for that person to enter into a non-term contract.⁵⁶

75. Le témoignage du demandeur dans le cadre de son interrogatoire avant défense confirme d'ailleurs l'analyse de Christian Dippon. En effet, lors de ce témoignage, monsieur Gagnon explique comment, lors de la conclusion de son contrat précédent, il a opté pour un rabais moindre sur son appareil parce qu'il ne désirait pas s'engager au-delà de 24 mois :

Q- Et puis on voit aussi, à la petite note en bas de page 1 de IDG-6 « disponible avec une entente de 24 ou 36 mois...

R- Oui.

Q- ...frais de résiliation s'appliquent », est-ce que c'est exact?

⁵⁶ Transcription de l'audience du 2 avril 2014, M.A., **vol. 3, p. 765 et 766.**

R- Oui.

Q- Donc, vous aviez le choix entre un contrat de 24 ou 36 mois. Qu'est-ce qui a influencé votre choix de choisir un contrat 24 mois?

R- Je trouvais que c'était suffisant 24 mois, je trouvais que c'était un contrat... un terme qui me convenait.

Q- Et puis avez-vous obtenu un rabais sur votre appareil?

R- C'est ce qui est écrit à la page... sur la facture ici. [...]

Q- Est-ce que vous saviez, à ce moment-là, que si vous annuliez votre contrat en cours d'engagement, que vous pourriez avoir des pénalités, des frais de résiliation de contrat?

R- Oui. [...]

Q- Donc, vous voyez ici, monsieur Gagnon, 169 \$ moins 150 \$, entre parenthèses contrat de trois ans, égale 19 \$, 169 \$ moins 125 \$ égale 44 \$ contrat de deux ans.

R- Oui.

Q- Qu'est-ce que ça représente ces calculs-là?

R- Bien, c'est comme je vous l'ai dit, si vous regardez sur le bon côté, ici on marque Samsung A660 19 \$ et puis c'est ça, avec un astérisque, et puis ça c'est assujetti à un contrat de 36 mois, comme je vous l'avais dit avant. Je le sais depuis ça parce qu'ici c'est bien expliqué et puis moi, j'ai décidé de prendre un contrat de 24 mois, à ce moment-là le téléphone m'a coûté un peu plus cher. [...]⁵⁷ [nous soulignons]

76. Ainsi, bien que le contrat de Bell Mobilité soit un contrat d'adhésion, le client qui y adhère a plusieurs choix, dont l'option d'un contrat à durée indéterminée résiliable en tout temps. De toute évidence, le client sait qu'en optant plutôt pour un contrat de 12, 24 ou 36 mois il perd du même coup sa faculté de résilier le contrat à son

⁵⁷ Interrogatoire avant défense de Denis Gagnon aux p. 43-44, 53, M.A., **vol. 1, p. 289-290,301.**

gré – sans cette renonciation, l'idée même de choisir entre des durées différentes perd tout son sens.

77. Dans de telles circonstances, la résiliation avant terme constitue donc un manquement à un engagement contractuel. En conséquence, la clause de FRA, qui prévoit la sanction pour ce manquement, est une clause pénale au sens de l'article 1622 C.c.Q.⁵⁸.

E) AUTRE CONSIDÉRATION

78. Enfin, dans la mesure où cette Cour devait rejeter le présent appel, aucune condamnation ne devrait être ordonnée avant qu'il y ait chose jugée dans le dossier *Laflamme c. Bell Mobilité* (C.S.M. 500-06-000444-089, C.A.M. 500-09-024308-140) présentement en appel, et ce, afin d'éviter les risques de double compensation.
79. Dans *Laflamme*, la Cour supérieure a accueilli en partie un recours collectif mettant en cause le droit de Bell Mobilité de modifier unilatéralement certains services accessoires dans son contrat afin d'augmenter le prix des messages texte entrants.

⁵⁸ À cet égard, la juge de première instance erre lorsqu'elle refuse de qualifier la clause de FRA de « clause pénale » tout simplement parce que la clause indique que les FRA constituent une « estimation préalable réelle des dommages [...] et non une pénalité ». En effet, l'article 1622 C.c.Q. définit la clause pénale comme étant « celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts... ». En ce sens, comme l'expliquent Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, « le montant établi en vertu de la clause pénale représente des dommages-intérêts conventionnels qui se substituent simplement aux dommages-intérêts judiciaires » : Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013 au n^o 791. La mention indiquée à la clause de FRA ne fait que préciser que les FRA ont une fonction purement compensatoire et ne comportent pas de volet comminatoire (c'est-à-dire un volet purement punitif). (Sur la distinction entre la clause pénale compensatoire et la clause pénale comminatoire voir Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 7^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013 au n^o 153.)

-
80. Ce faisant, la Cour a ordonné à Bell Mobilité de rembourser l'entièreté des FRA aux membres du groupe ayant payé des FRA (membres du sous-groupe D) pour une période qui recoupe en grande partie la période couverte par le présent recours collectif.
81. Bell Mobilité ne peut être condamnée deux fois au remboursement des FRA payés par une même personne.

PARTIE IV – LES CONCLUSIONS

LA PARTIE APPELANTE DEMANDE À LA COUR D'APPEL DE :

ACCUEILLIR l'appel;

INFIRMER le jugement de première instance;

REJETER le recours collectif;

LE TOUT avec dépens, incluant les frais d'expert, tant en première instance qu'en appel.

Montréal, le 30 janvier 2015

Borden Ladner Gervais, s.e.n.c.r.l., s.r.l.
(M^e Marie Audren, Ad. E.)
(M^e Emmanuelle Rolland)
Procureurs de l'appelante

PARTIE V – LES SOURCES

Jurisprudence

Paragraphe(s)

| | |
|--|-------------|
| <i>Corporate Aircraft Turnkey Services (PV) c. Innotech Aviation</i> , 2007 QCCA 1107 | 38,41 |
| <i>Corporation d'Urgences-santé de la région de Montréal métropolitain c. Novacentre Technologie Itée</i> , 2014 QCCA 1594 | 41 |
| <i>MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau, Lemire</i> , 2007 QCCA 92 | 41,45 |
| <i>Centre de réadaptation en déficience intellectuelle de Québec c. Proulx</i> , 2007 QCCA 807 | 41,45 |
| <i>Nicholson Manufacturing Company c. Maritonex Inc.</i> , 2008 QCCA 1536 | 41,45 |
| <i>Société Naphtes Transports c. Tidewater Shipbuilders Ltd.</i> , (1926) 40 B.R. 151, conf. [1927] R.C.S. 20 | 42 |
| <i>MCA Valeurs mobilières inc. c. Valeurs mobilières Marleau, Lemire</i> , EYB 2004-68494 (C.S.). | 45 |
| <i>Construction Jag inc. c. 9055-2274 Québec inc.</i> , REJB 2002-32199 (C.S.). | 54,63 |
| <i>Superior Energy Management c. Para-Net buanderie et nettoyage à sec inc.</i> , 2012 QCCS 7122 | 55 |
| <i>Service de linge Mirabel inc. c. Orientech inc.</i> , REJB 2002-35576 (C.Q.) | 56,63 |
| <i>Unifirst Canada Itée c. Salaison Alpha Itée</i> , EYB 2010-171998 | 56 |
| <i>Entretien industriel Netco inc. c. Gestion immobilière Laramée inc.</i> , 2014 QCCQ 9824 (petites créances) | 56 |
| <i>Services Matrec inc. c. 9051-8929 Québec inc.</i> , EYB 2005-100208 (C.Q.). | 56 |

Jurisprudence (suite)

| | |
|---|-------|
| <i>Brière c. Rogers Communications s.e.n.c.</i> , 2014 QCCS 5917 (porté en appel) | 61 |
| <i>Centre régional de récupération C.S. inc. c. Service d'enlèvement de rebuts Laidlaw (Canada) Itée</i> , REJB 1996-29236 (C.A.) | 71 |
| <i>Laflamme c. Bell Mobilité</i> (C.S.M. 500-06-000444-089, C.A.M. 500-09-024308-140) | 78,79 |

Doctrine

| | |
|---|-------------|
| <i>Commentaires du ministre de la Justice</i> , t. II, Québec : Publications du Québec, 1993 à l'art. 2125 C.c.Q. | 38,42 |
| Didier Lluelles et Benoît Moore, <i>Droit des obligations</i> , 2 ^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2012 aux n ^{os} 1880, 1881, 2088, 2117 et 3002 | 43,51,52,59 |
| Jacques Deslauriers, <i>Vente, Louage, Contrat d'entreprise ou de service</i> , 2 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2013 au n ^o 2184 | 43 |
| Vincent Karim, <i>Contrat d'entreprise (ouvrages mobiliers et immobiliers : construction et rénovation) Contrat de prestation de services et l'hypothèque légale</i> , 2 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, aux n ^{os} 1503, 1504, 1506 et 1507 | 62,63,65 |
| Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, <i>Les obligations</i> , 7 ^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2013 au n ^o 791, n ^o 153 | 77 |

Attestation des procureurs

ATTESTATION

Nous soussignés, Borden Ladner Gervais, s.e.n.c.r.l., s.r.l., attestons que le présent mémoire et ses annexes sont conformes aux *Règles de procédure de la Cour d'appel du Québec* en matière civile et nous mettons gratuitement à la disposition des autres parties un exemplaire de tous les témoignages dont nous avons fait transcrire l'enregistrement.

Temps demandé pour la présentation orale de nos arguments : 2 heures

Montréal, le 30 janvier 2015

Borden Ladner Gervais, s.e.n.c.r.l., s.r.l.
(M^e Marie Audren, Ad. E.)
(M^e Emmanuelle Rolland)
Procureurs de Bell Mobilité inc.