

Dossier n° _____

COUR SUPRÊME DU CANADA

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

ENTRE :

DENIS GAGNON

DEMANDEUR
(appellant)

- et -

BELL MOBILITÉ INC.

INTIMÉE
(intimée)

DEMANDE D'AUTORISATION D'APPEL

(article 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* et
règle 25 des *Règles de la Cour suprême du Canada*)

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)

Télec. : 418 692-5695

dbourgoin@bga-law.com

bgamache@bga-law.com

Procureurs du demandeur

M^e Marie Audren, Ad. E.
M^e Emmanuelle Rolland
Audren Rolland s.e.n.c.r.l.
Bureau 248
393, rue Saint-Jacques
Montréal (Québec)
H2Y 1N9

Tél. : 514 284-0770 (M^e Audren)
Tél. : 514 284-1919 (M^e Rolland)
Télec. : 514 284-7771
maudren@audrenrolland.com
erolland@audrenrolland.com

Procureures de l'intimée

TABLE DES MATIÈRES

Demande d'autorisation d'appel		Page
Avis de demande d'autorisation d'appel	19 nov. 2016	1
<u>JUGEMENTS</u>		
Jugement de la Cour supérieure (l'honorable Francine Nantel, J.C.S.)	03 sept. 2014	5
Jugement de la Cour d'appel (les honorables Paul Vézina, Nicholas Kasirer et Dominique Bélanger)	20 sept. 2016	20
<u>MÉMOIRE DU DEMANDEUR</u>		
PARTIE I – EXPOSÉ DE LA POSITION SUR LES QUESTIONS D'IMPORTANCE POUR LE PUBLIC ET DES FAITS		56
Exposé des principaux éléments factuels et d'intérêt		60
PARTIE II – QUESTION EN LITIGE		64
PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS		65
Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont-ils erré en droit en qualifiant l'entièreté du rabais moyen sur les appareils de préjudice réel subi par l'intimée dans le cadre d'un contrat de service à exécution successive?		65
PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS		75
PARTIE V – ORDONNANCES DEMANDÉES		75
PARTIE VI – TABLE DES SOURCES		76

TABLE DES MATIÈRES

Demande d'autorisation d'appel **Page**

DOCUMENTS À L'APPUI

Procédures

Inscription en appel (Denis Gagnon c. Bell Mobilité – 500-09-024747-149)	02 oct. 2014	77
Requête introductive d'instance en recours collectif réamendée	11 avril 2012	83
Défense	16 avril 2012	92

Pièces

P-1/D-6	Facture de Denis Gagnon pour l'achat du LG 150 du 19 juillet 2007	99
P-2/D-7	Facture Bell de Denis Gagnon du 6 septembre 2009	100
P-4 /D-1	Contrat de service Mobilité et Modalités du service sans fil de Bell datés du 30 juin 2007 (versions française et anglaise), en liasse	105
P-6/D-12	Lettre des procureurs de la Défenderesse (réponses aux questions en vue de l'interrogatoire Mark Vella) du 3 mai 2012 et lettre des procureurs du Demandeur (questions en vue de l'interrogatoire Mark Vella) du 19 avril 2012, en liasse	117
P-7/D-13	Lettre des procureurs de la Défenderesse (réponses aux engagements Mark Vella) du 19 septembre 2012	121
P-7A /D-13A	Lettre des procureurs de la Défenderesse (complément de réponses aux engagements Mark Vella) du 30 juin 2014	125
P-8/D-14	Lettre des procureurs de la Défenderesse (réponses manquantes aux engagements Mark Vella) du 9 novembre 2012	127

TABLE DES MATIÈRES

Demande d'autorisation d'appel	Page
P-9/D-15	Lettre des procureurs de la Défenderesse (réponses aux questions additionnelles interrogatoire Mark Vella) du 18 décembre 2012 et lettre des procureurs du Demandeur du 22 novembre 2012, en liasse 130
P-11	Tableaux de quantification de la réclamation (position subsidiaire) 135
P-11A	Validation des calculs du tableau d'évaluation subsidiaire du quantum du 25 février 2014 de Raymond Chabot Grant Thornton 136
P-11B	Tableaux corrigés de quantification de la réclamation de Raymond Chabot Grant Thornton 154
P-11C	Tableaux de quantification de la réclamation ajustés de Raymond Chabot Grant Thornton (version 10 juillet 2014) 157
D-24	Rapport d'expert de Christian Dippon 161

Avis de demande d'autorisation d'appel, 19 novembre 2016

Dossier n° _____

COUR SUPRÊME DU CANADA

(EN APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC)

ENTRE :

DENIS GAGNON

DEMANDEUR
(appelant)

- et -

BELL MOBILITÉ INC.

INTIMÉE
(intimée)

AVIS DE DEMANDE D'AUTORISATION D'APPEL
(règle 25 des *Règles de la Cour suprême du Canada*)

SACHEZ que DENIS GAGNON demande l'autorisation de se pourvoir en appel devant la Cour contre le jugement de la Cour d'appel du Québec, n° 500-09-024747-149 prononcé le 20 septembre 2016, en vertu de l'article 40 de la *Loi sur la Cour suprême du Canada* et de la règle 25 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, pour infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et condamner l'intimée au paiement de la somme de 10 000 000,00 \$ plus taxes, intérêts, frais de justice et dépens, ou toute autre ordonnance que la Cour estime indiquée.

SACHEZ DE PLUS que la demande d'autorisation d'appel est fondée sur les moyens suivants :

Avis de demande d'autorisation d'appel, 19 novembre 2016

1. La demande d'autorisation d'appel est présentée dans le cadre de jugements de la Cour supérieure du Québec et de la Cour d'appel du Québec rendus sur le fond d'une action collective qui visait essentiellement à sanctionner le caractère abusif d'une clause de résiliation que l'on retrouve dans les contrats de téléphonie mobile de l'intimée. Il s'agit de clauses d'application uniforme présentes dans la presque totalité des contrats de téléphonie sans fil, incluant ceux des principaux concurrents de l'intimée.
2. Le demandeur fait valoir que le préjudice réel de l'intimée découlant d'une résiliation de contrat ne pouvait être que décroissant vu la nature du contrat [à exécution successive] et vu la mécanique de la clause de résiliation elle-même qui prévoyait des frais de résiliation dégressifs.
3. Le juge dissident de la Cour d'appel a retenu ce raisonnement et a qualifié le préjudice réel de l'intimée de décroissant. Il augmente le montant de la condamnation de près de 1 M\$ à 10 M\$.
4. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont de leur côté conclu que la juge de première instance n'avait pas commis une erreur manifeste et dominante en qualifiant l'entièreté des rabais sur les appareils octroyés par l'intimée constituait son préjudice réel.
5. Cette qualification juridique du préjudice réel est une question de droit et les juges majoritaires se sont mépris sur la norme d'intervention en appel.
6. En appliquant la mauvaise grille d'analyse et en considérant la question devant eux comme une pure question de fait, les juges majoritaires ont permis à l'intimée d'obtenir une indemnité de compensation, ce qui est contraire à l'état du droit et à leur propre conclusion sur le type de préjudice ouvert en cas de résiliation de contrat.
7. Il s'agit de questions d'importance pour le public puisque cette Cour aurait l'opportunité d'établir les paramètres d'analyse des notions de préjudice et d'abus en lien avec la résiliation d'un contrat à durée déterminée. Cet exercice est d'autant plus essentiel dans un cas comme celui en l'espèce où des dizaines de milliers de justiciables ont été très substantiellement sous-indemnisés.

Avis de demande d'autorisation d'appel, 19 novembre 2016

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS

Fait à Québec, province de Québec, le 19 novembre 2016

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 du demandeur

ORIGINAL : REGISTRAIRE

COPIE :

M^e Marie Audren, Ad. E.
M^e Emmanuelle Rolland
Audren Rolland s.e.n.c.r.l.
Bureau 248
393, rue Saint-Jacques
Montréal (Québec)
H2Y 1N9

Tél. : 514 284-0770 (M^e Audren)

Tél. : 514 284-1919 (M^e Rolland)

Télé. : 514 284-7771

maudren@audrenrolland.com

erolland@audrenrolland.com

Procureures de l'intimée

Avis de demande d'autorisation d'appel, 19 novembre 2016

AVIS À L'INTIMÉE : L'intimée peut signifier et déposer un mémoire en réponse à la demande d'autorisation d'appel dans les trente jours suivant l'ouverture par la Cour d'un dossier à la suite du dépôt de la demande ou, si un tel dossier est déjà ouvert, dans les trente jours suivant la signification de la demande. Si aucune réponse n'est déposée dans ce délai, le registraire soumettra la demande d'autorisation d'appel à l'examen de la Cour conformément à l'article 43 de la *Loi sur la Cour suprême*.

MÉMOIRE DU DEMANDEUR

MÉMOIRE DU DEMANDEUR

**PARTIE I – EXPOSÉ DE LA POSITON DU DEMANDEUR
ET EXPOSÉ DES FAITS**

1. Le 3 septembre 2014, un jugement sur le fond de l'action collective instituée par le demandeur a été rendu par l'honorable Francine Nantel (ci-après « la juge de première instance »).
2. L'action collective visait essentiellement à sanctionner le caractère abusif d'une clause de résiliation que l'on retrouve dans les contrats de téléphonie mobile de l'intimée. Il s'agit de clauses d'application uniforme présentes dans la presque totalité des contrats de téléphonie sans fil, incluant ceux des principaux concurrents de l'intimée.
3. La clause de résiliation qui fait l'objet du présent litige prévoyait que des frais de 20 \$ par mois restant au contrat (minimum de 100 \$ et maximum de 400 \$) étaient exigibles en cas de résiliation anticipée. Ces frais sont qualifiés de FRA anticipée (ci-après « FRA »)¹.
4. Il n'est pas contesté que les contrats en cause constituent des contrats de service à exécution successive d'adhésion dont les conditions ne pouvaient être négociées ou modifiées par les clients de l'intimée. Partant, ces contrats sont soumis aux règles applicables aux contrats d'adhésion, dont celles sanctionnant les clauses abusives.
5. Après avoir retenu, à bon droit, que le demandeur n'avait pas renoncé à son droit à la résiliation unilatérale de son contrat au sens de l'article 2125 du *Code civil du Québec*, la juge de première instance a procédé à calculer l'indemnisation que Bell était en droit de réclamer selon l'article 2129 du *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »).

¹ Pièces P-1/D-6 et P-4/D-1, **Demande d'autorisation d'appel, ci-après « D.A.A. », p. 99 et 105 à 116**

6. La juge de première instance a accueilli la demande en partie et ordonné à l'intimée de rembourser les FRA payés par ses clients qui excédaient le préjudice réellement subi, sans toutefois conclure que la clause était abusive. La condamnation de 991 316 \$ ne constitue qu'une infime partie des dommages réclamés par le demandeur.
7. Ce jugement de première instance a été porté en appel tant par le demandeur que par l'intimée.
8. Parallèlement au présent dossier, une autre action collective visant des questions similaires a donné lieu à un jugement condamnant l'entreprise Rogers Communications s.e.n.c. à la somme de 16,8 M\$².
9. Ce jugement a également été porté en appel, mais uniquement par Rogers, et les deux dossiers ont été entendus par la même formation dans le cadre d'une audition commune.
10. L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Rogers* a été rendu la même journée³.
11. Les appels de Rogers et de l'intimée ont été unanimement rejetés.
12. Tout aussi unanimement, la Cour d'appel a conclu que la clause de résiliation de contrat était abusive tout en ajoutant que l'intimée ne pouvait réclamer de ses clients se prévalant de leur droit de résilier unilatéralement leur contrat que le montant du préjudice réellement subi, et ce, conformément à l'article 2129 C.c.Q.
13. Reconnaissant que l'article 2129 C.c.Q. devait recevoir une interprétation restrictive afin d'éviter que la personne qui exerce son droit de résilier unilatéralement un contrat de service soit placée dans la même situation que la personne qui commet une faute contractuelle, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que seule une indemnité de rupture, par opposition à une indemnité de compensation, pouvait être octroyée au prestataire de service dans un tel cas de figure.

² *Brière c. Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.)*, 2014 QCCS 5917

³ *Rogers Communications, s.e.n.c. (Rogers Sans-fil, s.e.n.c.) c. Brière*, 2016 QCCA 1497

14. À titre d'argument principal en appel dans la présente affaire, le demandeur a fait valoir que le préjudice de l'intimée ne pouvait être que décroissant vu la nature du contrat [à exécution successive] et vu la mécanique de la clause de résiliation elle-même qui prévoyait des FRA dégressifs.
15. Étant d'avis que la question de l'évaluation du préjudice subi était une question d'appréciation de la preuve méritant déférence en appel, les juges majoritaires ne sont pas intervenus sur la qualification du préjudice réel et le calcul des dommages.
16. Les juges majoritaires n'ont toutefois pas analysé la question de savoir si l'interprétation restrictive du préjudice que commande l'état du droit permettait d'octroyer l'entièreté d'un rabais à titre de préjudice réel causé par la résiliation d'un contrat d'adhésion comme celui visé par la présente action collective ou si un tel contrat implique un facteur de décroissance.
17. Le juge Vézina, dissident, aurait quant à lui fait droit à la prétention du demandeur et augmenté le montant des dommages de 991 316 \$ à 10 millions de dollars étant d'avis que le rabais consenti par une compagnie de téléphonie cellulaire, dans le but de fidéliser sa clientèle, ne peut jamais être qualifié de préjudice réel subi dans son entièreté et qu'il y a lieu d'appliquer un facteur de décroissance en présence d'un contrat de service d'adhésion à exécution successive.
18. Le moyen d'appel principal du demandeur devant la Cour d'appel et qui sera au cœur de l'appel devant cette Cour peut se résumer par le simple postulat suivant : *plus la résiliation survient tardivement dans le contrat, plus le préjudice de l'intimée diminue, et inversement.*
19. Le demandeur demande l'autorisation de la Cour suprême afin de se pourvoir en appel contre cette décision de la Cour d'appel. Il est d'avis que les questions soulevées sont d'une importance significative pour le public, et ce, pour deux motifs.

20. Tout d'abord, parce qu'elles touchent à la nature même d'un type de contrat largement répandu dans notre société de consommation, soit le contrat de service de téléphonie mobile à exécution successive.
21. La qualification du préjudice subi par le fournisseur de service de téléphonie mobile au moment de la résiliation du contrat est un élément essentiel lié à un tel type de contrat et se veut la contrepartie du client pour un engagement à durée déterminée.
22. En appliquant la mauvaise grille d'analyse et en considérant la question devant eux comme une pure question de fait, les juges majoritaires ont permis à l'intimée d'obtenir une indemnité de compensation, ce qui est contraire à l'état du droit et à leur propre conclusion sur le type de préjudice ouvert en cas de résiliation de contrat.
23. En forçant le demandeur à rembourser l'entièreté du rabais, et ce, peu importe le moment de la résiliation, l'arrêt de la Cour d'appel se trouve à sanctionner et désavantager le demandeur.
24. Ensuite, cette Cour aurait l'opportunité d'établir les paramètres d'analyse des notions de préjudice et d'abus en lien avec la résiliation d'un contrat à durée déterminée.
25. Cet exercice est d'autant plus essentiel dans un cas comme celui en l'espèce où des dizaines de milliers de justiciables ont été très substantiellement sous-indemnisés.
26. Ce type de contrat est extrêmement répandu dans l'industrie et les abus de certaines compagnies de téléphonie mobile ont amené le législateur provincial à intervenir afin de modifier la *Loi sur la protection du consommateur* pour tenter de corriger ces abus⁴.

⁴ *Loi sur la protection du consommateur*, LRQ, c P-40.1, articles 214.1 à 214.11

27. Bien que le présent litige concerne des faits survenus avant l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions, leur adoption démontre l'importance des questions soumises à cette Cour.
28. Il subsiste un flou entourant le droit à la résiliation unilatérale d'un contrat et le type d'indemnisation dont peut bénéficier le prestataire de service suite à l'exercice de ce droit. Une interprétation trop libérale de l'article 2129 C.c.Q. aurait pour effet de le rendre sans effet.
29. La question de la qualification du préjudice lors de la résiliation d'un contrat de service à exécution successive ne relève pas strictement du droit civil québécois puisqu'elle peut également trouver une application pratique dans les provinces de common law. Les clauses de résiliation de contrat et les indemnités qui y sont prévues sont donc susceptibles de toucher l'ensemble des Canadiens et d'entraîner une multitude de litiges.

Exposé des principaux éléments factuels et d'intérêt

30. La nature de l'action collective instituée est la suivante :

« Une action en dommages-intérêts contre l'intimée afin de sanctionner une pratique de commerce et une politique de facturation contrevenant au droit à la résiliation unilatérale d'un contrat de service. »

31. La définition du groupe autorisé est la suivante :

« Toutes les personnes physiques et morales comptant moins de cinquante (50) employés, domiciliées ou ayant été domiciliées au Québec, et s'étant vues facturer par l'intimée depuis le 1^{er} janvier 2007 des frais de résiliation de contrat. »

32. Les FRA stipulés à la clause en litige étaient uniformes pour tous les clients, et ce, peu importe le forfait et le montant du rabais obtenu sur un appareil.

33. La clause de résiliation de contrat en litige se lit comme suit :

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 l'appareil dans les 45 jours suivants 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 \$. D'autres frais de résiliation anticipée peuvent s'appliquer à des offres ou promotions spéciales, selon l'information qui vous est fournie avant que vous adhérez à l'offre ou à la promotion ou au moment de votre adhésion. 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.

[Reproduction textuelle]

34. Les questions qui étaient devant la juge de première instance visaient le droit à la résiliation d'un contrat à durée déterminée, le caractère abusif de la clause de résiliation de contrat de l'intimée et la nature du préjudice que l'intimée avait subi en raison de la résiliation.
35. La juge de première instance a conclu que le demandeur n'avait pas renoncé à son droit de résiliation unilatérale, que le seul préjudice de l'intimée au sens de l'article 2129 C.c.Q. était le rabais octroyé sur l'appareil, que tout montant perçu au titre de FRA excédant la totalité du rabais moyen sur les appareils devait être restitué et que la clause de FRA n'était pas abusive.
36. À l'unanimité, la Cour d'appel a confirmé le jugement de première instance sur l'absence de renonciation au droit à la résiliation et sur le fait que seul le rabais octroyé sur les appareils peut servir de base au préjudice subi par l'intimée.
37. Également à l'unanimité, la Cour d'appel a conclu que la juge de première instance ne pouvait établir les dommages en appliquant simplement l'article 2129 C.c.Q. sans, au préalable, déclarer abusive la clause de résiliation de contrat puisque les parties pouvaient déroger à l'indemnité prévue par cette disposition.

38. Quant à la divergence entre les juges majoritaires et le juge dissident, elle a déjà été résumée dans la section précédente de cette demande d'autorisation d'appel.
39. La juge de première instance a néanmoins retenu comme prémisse juridique à sa méthode de calcul des dommages que l'intégralité du rabais accordé sur les appareils constituait le préjudice de l'intimée, et ce, peu importe le moment de la résiliation du contrat.
40. Ce constat est confirmé par les juges majoritaires dans le jugement de la Cour d'appel, duquel le juge Vézina s'est dissocié.
41. En d'autres termes, la juge de première instance a évalué le préjudice de l'intimée non pas au moment de la résiliation du contrat, mais à la conclusion du contrat.
42. Pourtant, au paragraphe 22 de son jugement, la juge de première instance prend acte de l'admission de l'intimée à l'effet « *que le rabais accordé sur l'appareil est fonction de la durée du contrat. Plus la période contractuelle est longue, plus le rabais est important.* »
43. Le demandeur souligne que la résiliation des contrats en litige est survenue en moyenne après 19 mois d'utilisation du service, ce qui a généré pour l'intimée 19 mois en revenus et profits des membres de l'action collective.
44. Or, de l'aveu même de l'intimée, les FRA n'avaient dans les faits que pour but de garantir de tels profits et revenus.
45. La juge de première instance retient l'une des théories de l'expertise de l'intimée et elle écarte l'expertise des APPELANTS parce qu'elle reproche à l'expert Plante d'avoir « *amorti le coût du rabais accordé par le nombre moyen de mois restant au contrat alors que la preuve testimoniale, non contredite, est à l'effet que le forfait mensuel ne reflète aucun amortissement sur le rabais* ».

46. Or, tel qu'il sera plus amplement plaidé dans le présent exposé, cette conclusion laconique reprise par les juges majoritaires en appel occulte une détermination fondamentale, soit la qualification juridique du préjudice réel découlant de la résiliation d'un contrat à exécution successive.
47. Dans ses motifs dissidents, le juge Vézina élabore un raisonnement logique et détaillé démontrant que les constats, prémisses et conclusions retenus par la juge de première instance et les juges majoritaires ne résistent pas à l'analyse.
48. Le juge Vézina repousse en effet le syllogisme dans ses derniers retranchements en reprenant le raisonnement sous tous ses angles, ce qui l'amène à conclure que la méthode décroissante devait être retenue pour le calcul des dommages.
49. Avant d'en arriver au calcul des dommages, le juge Vézina avait préalablement conclu que la clause de résiliation de contrat était abusive, tout comme les juges majoritaires.

PARTIE II – QUESTION EN LITIGE

La question particulière qui se rattache aux questions d'intérêt pour le public est la suivante :

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont-ils erré en droit en qualifiant l'entière du rabais moyen sur les appareils de préjudice réel subi par l'intimée dans le cadre d'un contrat de service à exécution successive?

Oui. Par sa nature même, un contrat de service à exécution successive génère des revenus et du profit proportionnellement à la durée de son exécution par le client. Le préjudice subi par le fournisseur découlant de sa résiliation est donc inversement proportionnel aux revenus générés et à la durée de son exécution. C'est le niveau de fidélisation de la clientèle qui détermine tant le préjudice que le taux de récupération des frais engagés pour acquérir cette clientèle.

PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS

Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont-ils erré en droit en qualifiant l’entièreté du rabais moyen sur les appareils de préjudice réel subi par l’intimée dans le cadre d’un contrat de service à exécution successive?

50. La qualification du préjudice est une question de droit alors que sa quantification en est une de fait⁵.
51. Dans l’affaire *Cinar* précitée, cette Cour intervient sur la qualification juridique de dommages corporels que la Cour d’appel a déterminée et qui a donné ouverture à l’application du plafond établi dans l’affaire *Andrews*.
52. Toujours dans l’affaire *Cinar*, cette Cour reproche par ailleurs à la Cour d’appel d’être intervenue en l’absence d’une erreur manifeste et dominante sur la quantification des dommages non pécuniaires⁶.
53. En l’espèce, l’erreur commise par les juges majoritaires en est une de qualification du préjudice à l’égard de laquelle la norme d’intervention est celle de la décision correcte.
54. Cette erreur de qualification a mené à une erreur manifeste et dominante sur l’accessoire, soit la méthode d’évaluation et de quantification des dommages.

⁵ *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, paragraphes 101 à 103; *London Life Insurance Company c. Long*, 2016 QCCA 1434, paragraphes 73 et 75; *ABB c. Domtar inc.*, [2007] 3 R.C.S. 461, paragraphes 34 et 35 et *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe D’Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, paragraphe 31

⁶ *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, paragraphes 104 à 109

55. À l'unanimité, la Cour d'appel a tout d'abord conclu que la clause de résiliation de contrat visée était abusive, principalement au motif qu'elle visait à compenser l'intimée pour une perte de gains futurs.
56. La jurisprudence et les auteurs ont été constants sur cette question et sur l'interprétation restrictive de la notion de préjudice stipulée à l'article 2129 du *Code civil du Québec*⁷.
57. À compter du moment où la clause était déclarée abusive, il revenait à l'intimée de prouver son préjudice réel découlant d'une résiliation de contrat.
58. En effet, une clause déclarée abusive peut être nulle, et les obligations qui y sont stipulées sont alors réputées n'avoir jamais existé.
59. En principe, la nullité implique la remise en état des parties et la restitution des prestations.
60. Les obligations d'une clause abusive peuvent également être réductibles, ce qui représente en l'espèce le remboursement des FRA perçus par l'intimée et le paiement par les membres du groupe du montant équivalant au préjudice réel que l'intimée aura été en mesure de prouver.
61. Le préjudice réel subi par l'intimée doit être qualifié en fonction de la nature du contrat, des usages et du sens commun.
62. Le fardeau de l'intimée était de prouver la nature de son préjudice réel au sens juridique et non au sens comptable.

⁷ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496, paragraphes 71 à 76 et 80 à 83 des motifs dissidents, paragraphes 161 à 163 des motifs majoritaires; *Pelouse Agrostis Turf inc. c. Club de Golf Balmoral*, [2003] R.J.Q. 3043 (C.A.), paragraphes 5, 17, 18, 27, 29, 31, 33, 34, 36 et 37 et *G.I.E. Environnement inc. c. Pétrolière Impériale*, 2009 QCCA 2299

63. Or, après avoir conclu que la clause était abusive, alors que la juge première instance ne l'avait pas fait, les juges majoritaires ne devaient faire preuve d'aucune déférence quant à sa qualification du préjudice réel de l'intimée.
64. La conclusion de la juge de première instance de qualifier l'entière du rabais sur les appareils de préjudice réel, peu importe le moment de la résiliation, devait donc être réévaluée par les juges majoritaires en utilisant la grille d'analyse applicable à une clause abusive.
65. En confirmant que la juge de première instance n'avait pas commis une erreur manifeste ou dominante sur cette qualification du préjudice réel de l'intimée, les juges majoritaires se sont mépris sur la norme d'intervention et n'ont donc pas complété le raisonnement quant au fardeau de preuve de l'intimée et quant à la notion juridique de préjudice dans le cadre d'un contrat de service à exécution successive.
66. L'exercice consiste donc à établir le préjudice réellement subi par l'intimée conformément à la réalité contractuelle des parties.
67. Avant de calculer les dommages, la première étape consiste tout d'abord à déterminer si la clause de résiliation elle-même était abusive en qualifiant le préjudice réel subi par l'intimée.
68. Ces deux volets, soit l'abus et la qualification du préjudice, sont donc indissociables dans la grille d'analyse qui aurait dû être appliquée par les juges majoritaires.
69. Le résultat de la démarche analytique des juges majoritaires est inconciliable avec leur conclusion interdisant à l'intimée d'exiger une indemnité compensatoire telle une perte de revenus et de profits futurs à titre de FRA.

70. En effet, en permettant à l'intimée de conserver plus de 95 % des FRA perçus (plus de 20 M\$ sur approximativement 21 M\$), les juges majoritaires se trouvent à lui octroyer indirectement une perte de revenus.
71. La proportion des rabais sur les appareils à l'intérieur des différents éléments qui composent les FRA stipulés par l'intimée dans sa clause contractuelle est approximativement de 55 % à 60 %⁸.
72. Le préjudice réel de l'intimée ne pouvait donc excéder 60 % des FRA perçus.
73. Les juges majoritaires accordent donc à l'intimée près de 40 % du montant des FRA perçus en compensation de revenus, profits ou autres frais (commissions et publicité) qui ne sont pas admissibles à titre de préjudice réel au sens de l'article 2129 C.c.Q.
74. De son côté, en qualifiant le préjudice réel subi par l'intimée de décroissant et en utilisant une formule de calcul en conséquence, le juge Vézina s'approche de cette proportion de 55 % à 60 %.
75. Le juge Vézina permet effectivement à l'intimée de conserver 53 % des FRA perçus, soit 11,3 M\$ sur 21,3 M\$.
76. En concluant comme ils l'ont fait, les juges majoritaires octroient la quasi-totalité de frais qui ont été perçus par le biais d'une clause abusive.
77. En d'autres termes, la clause de résiliation de contrat déclarée abusive n'aurait été constituée que de moins de 5 % de revenus et profits.

⁸ Pièce P-8/D-14, page 2, **D.A.A., p. 128**

78. En plus d'être incompatible avec les composantes que l'intimée inclut dans ses FRA⁹ et leurs proportions, un tel résultat est tout aussi abusif que l'application de la clause elle-même.
79. La détermination de l'abus ne peut donc se faire que par le biais de la clause et de sa mécanique, sans quoi le facteur de comparaison s'en trouve faussé.
80. Les montants ultimement perçus à titre de FRA ne sont d'aucune utilité pour déterminer si la clause est abusive.
81. En effet, c'est le montant de 20 \$ par mois restant au contrat qui doit servir d'étalon de mesure de l'abus et c'est nécessairement un montant mensuel moyen qu'il faut lui opposer à titre de comparable.
82. La clause de résiliation de contrat doit être analysée en fonction de ce qu'elle impose et de sa formule de calcul, pour ensuite la comparer au préjudice réel de l'intimée. Les juges majoritaires avaient pourtant amorcé leur réflexion sous cet angle, mais s'en sont écartés au moment d'appliquer cette prémisse aux éléments fondamentaux du dossier, soit la formule de calcul de la clause de résiliation de l'intimée et les revenus mensuels perçus en raison de l'octroi des rabais sur les appareils¹⁰.
83. Dans le contexte du présent recours, une solution juridiquement fondée doit passer par la comparaison d'un dénominateur commun.
84. Le résultat de l'équation adéquate permet ainsi de déterminer si la clause est abusive tout en qualifiant le préjudice réel, et ultimement de quantifier l'abus.

⁹ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496, paragraphes 71 et 72 des motifs dissidents

¹⁰ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496, paragraphes 165 à 168 des motifs majoritaires

85. La décroissance du préjudice de l'intimée est le corollaire de cette méthode d'analyse du caractère abusif de la clause de résiliation de contrat.
86. Que les rabais soient ou non considérés comme une dépense dès le moment où le contrat est conclu avec le client, ce que le représentant et l'expert de l'intimée affirment dans leur témoignage, ne devrait être d'aucune pertinence dans l'évaluation et la détermination du préjudice réel subi par l'intimée au moment de la résiliation.
87. Il ne s'agit en fait que d'un traitement comptable sans incidence sur l'analyse juridique des principes applicables¹¹.
88. D'ailleurs, l'intimée achète les appareils en lots de différents fournisseurs avant de les revendre à ses clients.
89. Le coût des appareils payé aux fournisseurs est comptabilisé comme une dépense dès que les montants sont déboursés.
90. En accordant à l'intimée l'entièreté des rabais sur les appareils à titre de préjudice réel alors que le coût d'acquisition de ces appareils, inclus dans les coûts d'opération généraux, est compensé à chaque mensualité payée par les clients (incluant ceux qui n'ont pas obtenu de rabais), les juges majoritaires octroient exactement ce qu'ils cherchaient à proscrire : une perte de gains futurs, des commissions et des coûts publicitaires¹².
91. Subsidiairement, par sa propre formule de calcul de FRA, l'intimée admet elle-même que son préjudice décroît avec le temps.

¹¹ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496, paragraphe 104 des motifs dissidents et paragraphes 177 et 179 des motifs majoritaires

¹² *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496, paragraphes 162, 167, 168 et 181 des motifs majoritaires

92. L'intimée représente ainsi au demandeur que son préjudice allégué est de 20 \$ par mois (minimum de 100 \$ et maximum de 400 \$).
93. Le préjudice que peut avoir subi l'intimée diminue nécessairement à chaque mois d'un contrat à durée déterminée.
94. Sur cette question au cœur de la présente demande d'autorisation d'appel, les positions du juge dissident et des juges majoritaires sont diamétralement opposées¹³.
95. Le juge Vézina mentionne ce qui suit au paragraphe 113 de ses motifs à l'égard du raisonnement relatif au préjudice décroissant et à l'analyse de la méthode de calcul des dommages : « *Démontrer l'évidence est toujours difficile.* »
96. Le texte de la disposition pertinente du *Code civil du Québec* relative au préjudice découlant de la résiliation d'un contrat de service se lit comme suit :

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.

¹³ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496, paragraphes 32, 33, 56, 99 à 102, 105, 110, 111, 113 et 114 des motifs dissidents et paragraphes 164, 167, 172, 173, 175, 177 et 180 à 182 des motifs majoritaires

97. L'article 2129 al. 1 du *Code civil du Québec* prévoit d'ailleurs que pour les frais et dépenses actuelles, l'indemnité de résiliation doit être établie en proportion de la durée du contrat et de son écoulement.
98. L'article 2129 al. 3 du *Code civil du Québec* donne de son côté ouverture à tout autre préjudice, ce qui exclut les éléments déjà spécifiés à l'alinéa 1 du même article.
99. L'erreur de droit commise par les juges majoritaires au niveau de la qualification du préjudice est confirmée par la lecture de l'alinéa 1 de l'article 2129 du *Code civil du Québec*. Les juges majoritaires font d'ailleurs référence aux éléments visés par ce premier alinéa et à la proportion qui y est stipulée¹⁴.
100. Les rabais octroyés sur les appareils constituent en effet des frais et dépenses visés par la méthode proportionnelle prévue à l'article 2129 al. 1 du *Code civil du Québec*.
101. En appliquant le raisonnement des juges majoritaires, plus un client résilie son contrat tardivement et plus le préjudice subi par l'intimée serait élevé.
102. Plutôt que d'être inversement proportionnel à la fidélité du client, ce qui reflète le syllogisme du juge Vézina, le préjudice subi par l'intimée se trouve à être proportionnel à la fidélité.
103. En effet, pour le même rabais reçu sur un appareil, un client qui a résilié son contrat après un mois aura les mêmes FRA à payer qu'un client qui a résilié son contrat après 30 mois.

¹⁴ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496, paragraphe 144 des motifs majoritaires

104. Donc, un client qui rapporte plus de revenus et de profit à l'intimée, ce qui est l'objectif de fidélisation poursuivi par cette dernière, et qui honore par le fait même son engagement sur une plus longue durée, serait ainsi pénalisé par cette méthode.
105. En plus d'être erroné en droit, un tel résultat est inéquitable.
106. À titre illustratif, prenons 2 clients avec le même forfait de 36 mois et qui ont chacun obtenu un rabais de 180 \$ sur le même appareil. Le premier résilie son contrat après 16 mois et le second, après 30 mois. Les FRA selon la clause contractuelle en litige seraient donc respectivement de 400 \$ et de 120 \$. En appliquant la formule d'indemnisation retenue par la juge de première instance et les juges majoritaires, le premier client recevrait toutefois un dédommagement de 220 \$ et le second devrait théoriquement payer un montant additionnel de 60 \$ à l'intimée.
107. Par contre, si la prémisse juridique du préjudice décroissant (retour sur investissement) est retenue, les compensations deviennent cohérentes, justes et représentatives de la réalité économique, soit 300 \$ pour le premier client ($400 \$ - 180 \$ / 36 \text{ mois} \times 20 \text{ mois restants}$) et de 90 \$ pour le second ($120 \$ - 180 \$ / 36 \text{ mois} \times 6 \text{ mois restants}$).
108. La conclusion des juges majoritaires quant à l'absence de retour sur l'investissement que constituent les rabais octroyés mène au postulat incongru suivant : les rabais sur les appareils sont des pertes perpétuelles pour l'intimée.
109. En appliquant le droit aux faits du dossier, les juges majoritaires auraient dû retenir la méthode exposée dans les motifs dissidents et condamner l'intimée en conséquence.
110. La question fondamentale soumise par le demandeur à la Cour d'appel n'a jamais porté sur l'appréciation des témoignages des experts, mais bien sur la prémisse juridique à la base des différentes méthodes de calcul, soit la qualification du préjudice réel.

111. Les juges majoritaires confirment d'ailleurs que c'est sur la prémisse que portait le débat et non sur les calculs des experts¹⁵.
112. L'expert du demandeur n'a d'ailleurs émis aucune opinion sur la prémisse de la méthode de calcul qui devrait être retenue et encore moins sur l'opportunité ou non d'appliquer un facteur de dépréciation sur les appareils escomptés.
113. Le débat ne se situait donc pas au niveau de l'appréciation des faits, mais bien au niveau de la qualification juridique du préjudice réel de l'intimée.
114. S'agissant d'une question de droit, la déférence envers la juge de première instance n'était donc pas de mise, d'autant plus lorsque l'impact sur le montant des dommages est exponentiel.
115. La divergence est effectivement loin d'être insignifiante sur le résultat puisque la condamnation devrait s'établir à 10 M\$, plutôt qu'approximativement 1 M\$.
116. Le demandeur s'en remet à la quantification établie par le juge dissident et demandera donc à cette Cour de condamner l'intimée à la somme de 10 M\$ plus taxes, intérêts et indemnité additionnelle.
117. L'erreur de droit commise par les juges majoritaires justifie l'intervention de cette Cour.

¹⁵ *Gagnon c. Bell Mobilité inc.*, 2016 QCCA 1496, paragraphe 184 des motifs majoritaires

PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS

118. Le demandeur demande à ce que l'intimée soit condamnée aux dépens et frais de justice devant toutes les instances.

PARTIE V – ORDONNANCES DEMANDÉES

LE DEMANDEUR DEMANDE À CETTE COUR DE :

ACCUEILLIR l'appel;

INFIRMER le jugement de la Cour d'appel uniquement sur le volet de la quantification des dommages;

CONDAMNER l'intimée à payer la somme de **10 000 000,00 \$** plus taxes, intérêts et indemnité additionnelle suivant le jugement de première instance, le tout dans le cadre d'un recouvrement collectif;

RENOYER le dossier à la Cour supérieure du district de Montréal aux fins de gestion du processus de liquidation des dommages;

CONDAMNER l'intimée aux dépens.

Québec, le 19 novembre 2016

M^e David Bourgoïn

**M^e Benoît Gamache
BGA Avocats s.e.n.c.r.l.
Procureurs du DEMANDEUR**