

JOURNAL OF THE
**CANADIAN COLLEGE
OF CONSTRUCTION
LAWYERS**

2018

PUBLICATIONS COMMITTEE

Brian Samuels

Editor and Chair

D. Geoffrey Machum, Q.C.

Bernard P. Quinn



The CANADIAN COLLEGE OF CONSTRUCTION LAWYERS is an association of lawyers who are distinguished for their skill, experience and high standards of professional and ethical conduct in the practice or teaching of construction law and who are dedicated to excellence in the specialized practice of construction law.

The JOURNAL OF THE CANADIAN COLLEGE OF CONSTRUCTION LAWYERS is an annual publication that covers a range of construction issues.

© 2018 Thomson Reuters Canada Limited

NOTICE AND DISCLAIMER: All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the publisher (Thomson Reuters Canada, a division of Thomson Reuters Canada Limited).

Thomson Reuters Canada and all persons involved in the preparation and sale of this publication disclaim any warranty as to accuracy or currency of the publication. This publication is provided on the understanding and basis that none of Thomson Reuters Canada, the author/s or other persons involved in the creation of this publication shall be responsible for the accuracy or currency of the contents, or for the results of any action taken on the basis of the information contained in this publication, or for any errors or omissions contained herein.

No one involved in this publication is attempting herein to render legal, accounting, or other professional advice. If legal advice or other expert assistance is required, the services of a competent professional should be sought. The analysis contained herein should in no way be construed as being either official or unofficial policy of any governmental body.

A cataloguing record for this publication is available from Library and Archives Canada.

ISBN 978-0-7798-8629-6

Printed in Canada by Thomson Reuters

TELL US HOW WE'RE DOING

Scan the QR code to the right with your smartphone to send your comments regarding our products and services.

Free QR Code Readers are available from your mobile device app store.

You can also email us at feedback.legaltaxcanada@tr.com



THOMSON REUTERS®

THOMSON REUTERS CANADA, A DIVISION OF THOMSON REUTERS CANADA LIMITED

One Corporate Plaza
2075 Kennedy Road
Toronto, Ontario
M1T 3V4

Customer Support
1-416-609-3800 (Toronto & International)
1-800-387-5164 (Toll Free Canada & U.S.)
Fax 1-416-298-5082 (Toronto)
Fax 1-877-750-9041 (Toll Free Canada Only)
Email CustomerSupport.LegalTaxCanada@TR.com

Profit net ou profit brut ? De Concreters Ready Mix c. St-Lawrence Cement à Electrolux c. A.I.M. : Le parcours de la Cour d'appel du Québec en matière de quantification de la perte de profit durant les 40 dernières années

Jasmin Lefebvre, LL.M., associé de Miller Thomson et Fellow du Collège canadien des avocats en droit de la construction et Guy St-Georges, CPA, CA, CFF, CFE - expert-comptable et vice-président de Richter Groupe Conseil

1. INTRODUCTION

En droit civil, les règles en matière de quantification des dommages tiennent à peu de choses. Tout s'articule autour d'un principe de droit, soit celui de la réparation intégrale du préjudice. En vertu de ce principe, l'objectif de l'indemnisation est de replacer le plus exactement possible la victime dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne n'eût été de la faute commise. L'indemnisation à établir doit être telle que la demanderesse ne devrait être ni appauvrie ni enrichie à la suite du règlement. La règle de la réparation intégrale du préjudice se veut d'application universelle, quel que soit le type de situation préjudiciable et de préjudice subi. Il y a en cette matière un très grand champ d'application du principe.¹

Dans le cadre de notre étude, nous nous pencherons sur les enjeux liés à l'indemnisation du gain manqué dans le domaine commercial, notamment sur les gains manqués dans le cadre du non-respect d'un engagement contractuel. La bougie d'allumage qui nous a mené au choix de ce sujet est un jugement récent de la Cour d'appel à l'égard duquel la demande pour obtenir la permission d'en appeler à la Cour suprême a été rejetée : *American Iron & Metal, l.p. c. Electrolux Canada Corp.*²

Notre démarche consistera à exposer notre compréhension des règles qui devraient, selon nous, présider à la quantification des dommages pour gain manqué. Par la suite, nous brosserons un tableau de la manière dont la Cour d'appel du Québec a traité des affaires mettant en cause des questions relatives à l'indemnisation de pertes de profit en nous référant

¹ Il pourrait être utile de rappeler ici que, dans ce champ, on ne retrouve pas l'enjeu des dommages qui pourraient découler de la résiliation unilatérale d'un contrat d'entreprise à l'initiative du client (2125 C.c.Q.) puisqu'il a été déterminé en jurisprudence qu'une telle résiliation ne donnait pas ouverture à une réclamation pour perte de profit.

² 2016 QCCA 1692, demande pour permission d'en appeler rejetée, *American Iron Metal LP c. Electrolux Canada Corp.*, 2017 CarswellQue 1519 (CSC).

aux arrêts les plus importants rendus en lien avec la matière pertinente au cours des quarante dernières années.

À dessein, notre étude jurisprudentielle couvre la période s'étendant du 15 mars 1976 - jour où fut rendu l'arrêt *Concreters Ready Mix Ltd. c. St-Lawrence Cement Co.*³ - jusqu'à aujourd'hui.

2. L'INDEMNISATION DU « GAIN MANQUÉ »

C'est le premier alinéa de l'article 1611 du *Code civil du Québec* qui définit quel type de dommage la victime d'une faute peut réclamer de son auteur.

« 1611. Les dommages-intérêts dus au créancier compensent la perte qu'il subit et le gain dont il est privé. »

« 1611. *The damages due to the creditor compensate for the amount of the loss he has sustained and the profit of which he has been deprived.* »

À notre avis, lorsqu'il désigne le « gain manqué » à l'article 1611 C.c.Q., le législateur envisage toute conséquence d'une faute qui empêche le patrimoine de la victime d'être accru. Par ailleurs, il faut croire que le législateur souhaite, au moyen de 1611 C.c.Q., favoriser la poursuite de l'idéal de la réparation intégrale du préjudice, puisque c'est l'une des pierres d'assise de la responsabilité civile.

Nous ne croyons pas que la rédaction de 1611 C.c.Q., qui est un article de nature très générale et, applicable universellement, soit tributaire du jargon de la comptabilité. Ce serait plutôt l'inverse : la science comptable doit servir à mettre en application la règle juridique qui prescrit que lorsqu'un gain est manqué à la suite d'une faute, on doit chercher à évaluer le plus précisément possible quelles en sont les conséquences afin de chercher à restaurer le patrimoine appauvri et à lui redonner l'ampleur qu'il aurait dû avoir n'eût été de la survenance de la faute causant le manque à gagner.

Le texte de 1611 C.c.Q. en langue française constitue un énoncé de nature générale, en langage courant, plutôt qu'une phrase construite en jargon scientifique. Cependant, il n'en va pas tout à fait de même de la version anglaise. En effet, le terme « profit » que l'on retrouve dans le texte anglais comporte plusieurs acceptions, aussi bien en français qu'en anglais d'ailleurs, dont une qui correspond à un concept de comptabilité

³ [1976] C.A. 385 (Qué.).

plus étroit que le sens que l'on peut attribuer au mot « gain » en langue française.

Sans doute à cause la participation importante des experts-comptables dans les litiges judiciaires et sans doute aussi à cause de la dualité linguistique du Québec et de son Code civil, on retrouve fréquemment la notion de « profit » employée par les tribunaux chargés de disposer des réclamations pour gain manqué en matière commerciale.

Pour nos fins, dans ce texte, nous utiliserons indistinctement les expressions « gain manqué » et « perte de profit ».

L'article 1611 C.c.Q. est un article à deux volets dans lequel le législateur vise toutes les conséquences financières d'une faute affectant le patrimoine du demandeur et non seulement le gain manqué. La « perte subie » est l'autre volet de l'article 1611 C.c.Q. Bien que notre texte ne vise qu'à discuter de la quantification du gain manqué afin d'illustrer l'ensemble de la portée de l'article 1611 C.c.Q., nous jugeons utile de présenter l'exemple suivant qui illustre la frontière entre la « perte subie » et le « gain manqué ».

La Société A remet à la Société B une somme de 20 000 \$ à titre de dépôt en vertu d'un contrat d'achat de marchandises d'une valeur de 100 000 \$. Par ailleurs, la Société A s'engage auprès de la Société C à revendre ladite marchandise pour une somme de 250 000 \$. La Société A débourse une somme de 2 000 \$, non remboursable, pour le loyer de l'entrepôt additionnel devant servir à entreposer la marchandise destinée à la Société C. En cas d'annulation de contrat, il est convenu que la Société C a droit à une compensation de 5 000 \$ de la part de la Société A. Nous posons aussi l'hypothèse que les déboursés décrits ci-dessus sont les seuls que la Société A aurait eu à effectuer afin de réaliser ledit contrat.

La Société B n'ayant pas respecté son contrat avec la Société A, la réclamation de cette dernière auprès de la Société B devrait inclure les éléments suivants :

1. Dépôt de 20 000 \$ versé à la Société B (Remboursement⁴);
2. Paiement non remboursable de 2 000 \$ pour le loyer de l'entrepôt (Perte subie⁵);
3. Pénalité de 5 000 \$ payable à la Société C (Perte subie);
4. Perte de profit de 148 000 \$ calculée comme suit :

⁴ « *Restitution Interest* ».

⁵ « *Reliance Interest* ».

250 000 \$ (prix de revente) moins :

- a) 100 000 \$ (coût d'achat des marchandises vendues)
- b) 2 000 \$ (coût du loyer)

Dans cet exemple, la perte subie par la Société A serait de 27 000 \$⁶ soit le total des sommes déboursées par cette dernière dans le cadre de la transaction projetée et le gain dont elle est privée est de 148 000 \$ pour un dommage totalisant 175 000 \$.⁷ Le paiement d'une indemnité de 175 000 \$ placerait la demanderesse dans la position exacte dans laquelle elle se serait trouvée n'eut été de l'annulation de la transaction par la Société B,⁸ tel que démontré dans le tableau comparatif suivant :

Tableau 1

	Situation actuelle	Situation attendue n'eut été de la faute
Montant de l'indemnité	175 000 \$	-
Achats - Paiement initial à la Société B	(20 000 \$)	(20 000 \$)
Loyer additionnel	(2 000 \$)	(2 000 \$)
Pénalité à la Société C	(5 000 \$)	-
Achats - Paiement final à la Société B ⁹	-	(80 000 \$)
Vente à la Société C	-	250 000 \$
Entrée de fonds nette	148 000 \$	148 000 \$

Les coûts pris en compte dans le calcul de la perte de profit de 148 000 \$ sont les coûts qui auraient été encourus lors de l'exécution du contrat. Les dommages ainsi calculés permettent de placer la demanderesse dans la position financière qui aurait prévalu n'eut été de l'annulation du contrat.

Les dommages financiers résultant de l'agissement de tiers sont rarement aussi simples à quantifier que ceux de l'exemple présenté ci-dessus, particulièrement en ce qui a trait à la perte de profit (item 4). La section

⁶ Total des items 1 à 3 soit : 20 000 \$ + 2 000 \$ + 5 000 \$ = 27 000 \$.

⁷ 27 000 \$ + 148 000 \$ = 175 000 \$.

⁸ Les experts-comptables utilisent aussi l'expression « Scénario *But For* ».

⁹ Coût total des unités achetées (100 000 \$) moins l'acompte (20 000 \$) donne 80 000 \$, soit le solde dû.

suivante fournit des renseignements essentiels à prendre en considération lors de la quantification d'une perte de profit.

3. LA QUANTIFICATION D'UNE PERTE DE PROFIT

Lorsque, par la faute d'un tiers, une entreprise est privée d'un revenu, la première étape consiste à déterminer le montant du revenu dont elle est privée. Cette étape est facilitée lorsque le montant est prévu par contrat.

L'étape suivante consiste à identifier et à quantifier les coûts que l'entreprise aurait eu à encourir afin de générer ce revenu dont elle est privée. Afin de quantifier la perte de profit, quel pourcentage de profit doit-on appliquer au revenu perdu : le pourcentage de profit brut ou le pourcentage de profit net ?¹⁰

Le pourcentage de profit à appliquer au montant de revenu perdu doit refléter tous les frais spécifiques liés au revenu perdu et ainsi dégager l'effet marginal de ladite perte de revenu sur les résultats financiers de l'entreprise. L'exercice consiste à déterminer quel apport monétaire la réalisation du contrat aurait procuré à la victime de la faute. Avec l'apport monétaire tiré de ses divers contrats, une entreprise peut acquitter ses frais fixes et, potentiellement, dégager un profit net pour l'ensemble de ses activités.

Le pourcentage de profit brut tient normalement compte des frais spécifiques mentionnés ci-dessus, sous réserve de quelques exceptions dont nous ferons mention plus loin. Pour calculer l'indemnité, le pourcentage de profit brut peut ainsi être appliqué au revenu perdu dans les cas où ce dernier représente une fraction marginale des revenus totaux de l'entreprise.

Dans les cas où la totalité des revenus d'une entreprise sont perdus, par exemple, à la suite de la perte de son unique contrat ou d'un sinistre, le point de départ du calcul de la perte de profit sera plutôt basé sur le profit net puisque l'entreprise, en cessant ses activités, cessera aussi d'encourir des frais fixes.

Avant d'élaborer sur les frais à considérer dans le calcul de la contribution marginale, voyons quelques définitions :¹¹

¹⁰ Le pourcentage de profit brut ou de profit net représente le montant de profit (brut ou net) exprimé en pourcentage du montant des revenus.

¹¹ Définitions tirées du *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière* (2011), Louis Ménard, FCA, L'Institut Canadien des Comptables Agréés, version électronique, 3^e édition.

Profit brut

Définition : Excédent du chiffre d'affaires net sur le coût des marchandises ou des produits vendus.

Synonymes : Bénéfice brut, marge bénéficiaire brute

Frais variables

Définition : Coûts dont le montant varie en fonction du volume de production de l'entité ou du niveau d'activité.

Synonymes : Coûts variables, charges variables

Le « coût des marchandises vendues » ou « coût des ventes » représente des coûts variables, soit le coût d'achat des marchandises ou leur coût de fabrication selon qu'il s'agisse d'une entreprise commerciale ou d'une entreprise de fabrication, respectivement. Le coût de fabrication des marchandises inclut les coûts des matériaux, de main-d'œuvre et d'autres coûts engagés spécifiquement pour fabriquer les produits.

Profit net

Définition : Excédent du total des produits et des profits comptabilisés en résultat net de la période, sur le total des charges et des pertes comptabilisées en résultat net de la même période.

Synonyme : Bénéfice net

Frais fixes

Définition : Coûts dont le montant, pour une période et une capacité données, est indépendant du niveau d'activité prévu ou réel.

Synonymes : Coûts fixes, charges fixes

Le « total des charges » comprend le coût des ventes, les frais de ventes et les frais d'administration (« frais d'exploitation »), les charges financières et les impôts sur le revenu. De façon générale, contrairement aux éléments du coût des ventes, les frais d'exploitation sont des frais fixes, c'est-à-dire qu'ils ne varient pas en fonction du volume de ventes. Les termes « frais généraux » et « coûts indirects » sont aussi souvent utilisés afin de désigner les frais d'exploitation.

Selon les entreprises, on peut retrouver quelques exceptions. Par exemple, il est possible que des frais variables tels que les commissions

sur ventes calculées en pourcentage des ventes soient comptabilisées dans les frais de ventes.

Notons aussi que certains frais d'exploitation de nature fixe pourraient varier si le niveau d'activité d'une entreprise varie de façon suffisante. À titre d'exemple, mentionnons les frais de location d'un entrepôt de produits finis. Ces frais représentent normalement une dépense fixe puisque le montant annuel ne varie pas en fonction du nombre d'unités entreposées. Il est toutefois possible qu'un accroissement important du niveau d'activité résultant de l'obtention d'un nouveau contrat nécessite la location d'un entrepôt additionnel. De tels frais de location représentent un coût « variable par palier ».

Finalement, certains frais d'exploitation peuvent varier sans toutefois varier de façon proportionnelle au niveau de l'activité de production parce qu'ils comportent une partie fixe et une partie variable.¹²

On doit donc retenir que les frais spécifiques à encourir afin de générer un revenu additionnel ne sont pas nécessairement tous pris en compte dans le profit brut. Certains peuvent être comptabilisés dans les frais d'exploitation. La marge obtenue à la suite de l'analyse des coûts et la prise en compte des autres frais spécifiques comptabilisés dans les frais d'exploitation est désignée comme la « contribution marginale » ou la « marge sur coûts variables ».

3.1 Les frais à considérer ou le pourcentage de profit à appliquer

Le principe de réparation intégrale et les faits pertinents de chaque dossier doivent servir de guide afin d'identifier les coûts à considérer dans le calcul de l'indemnité. Afin de replacer la demanderesse dans la position où elle se serait trouvée n'eut été de la faute commise par le défendeur, les coûts à considérer dans le calcul de la perte de profit sont les coûts supplémentaires que l'entreprise aurait spécifiquement eu à encourir afin de générer le revenu perdu. En principe, la victime de la faute pourra éviter de faire ces dépenses directement liées à l'activité génératrice de revenu affectée par la faute. De là l'importance de les déduire du revenu perdu pour dégager le « gain manqué » et éviter une surindemnisation.

Quant aux frais fixes de l'entreprise, ils ne doivent pas être déduits dans le calcul de la perte de profit puisqu'ils auraient été encourus sans égard au contrat faisant l'objet du litige. La déduction de frais fixes dans le

¹² Coûts semi-variables.

calcul de la perte de profit aurait pour effet de sous-évaluer le montant réel de la perte de profit, allant ainsi à l'encontre de l'esprit de l'article 1611 C.c.Q. et du principe de réparation intégrale.

Prenons un premier exemple afin d'illustrer l'impact de la prise en compte des frais fixes dans le calcul de la perte de profit. La Société D a conclu au cours de l'année 2017 un contrat pour la vente à la Société E de 100 000 \$ d'unités additionnelles à 10 \$ par unité. En présumant que les frais variables totalisent 4 \$ par unité et que les frais de vente et d'administration demeurent inchangés avec ou sans le contrat de vente de 100 000 unités additionnelles, l'impact de ce contrat additionnel sur les résultats de la Société D se traduit par une augmentation du profit de 600 000 \$.

Tableau 2

Société D État des résultats Pour l'année 2017 (en milliers \$)	Situation actuelle	Situation attendue n'eut été de la faute	Différence
Ventes (1 000 000 unités à 10 \$)	10 000 \$	10 000 \$	
Contrat additionnel (100 000 unités à 10 \$)	-	1 000 \$	
Total des ventes	10 000 \$	11 000 \$	1 000 \$
Coût des ventes (1 000 000 unités à 4 \$)	(4 000 \$)	(4 000 \$)	
Contrat additionnel (100 000 unités à 4 \$)	-	(400 \$)	
Profit brut	6 000 \$	6 600 \$	600 \$
Frais de vente et d'administration (fixes)	(2 500 \$)	(2 500 \$)	-
Profit net avant les impôts sur le revenu	3 500 \$	4 100 \$	600 \$

Si la Société E ne respecte pas son engagement et n'achète pas les 100 000 unités, la Société D subit une perte de profit réelle de 600 000 \$ et une compensation de 600 000 \$ placerait la Société D dans la même position où elle se serait trouvée si la Société E avait respecté son engagement.

Toutefois, si on devait considérer que chaque unité vendue coûte 2,27 \$¹³ en frais de vente et d'administration et imputer une partie de ces frais fixes aux 100 000 unités additionnelles, l'indemnité serait réduite à 372 727 \$.¹⁴ Ainsi, la prise en compte d'une partie des frais fixes dans le

¹³ $2\,500\,000\ \$ / 1\,100\,000\ \text{unités} = 2,27\ \$$ par unité.

calcul du dommage aurait pour effet d'établir une indemnité qui serait inférieure de 227 273 \$ à la perte de profit réelle de 600 000 \$. Cette situation ne respecterait pas le principe de réparation intégrale du préjudice. Dans l'exemple donné, une indemnité établie à 372 727 \$ priverait la société des ressources requises pour lui permettre de supporter ses frais fixes et cela entraînerait ainsi son appauvrissement. Comme la production des 100 000 unités pertinentes à la vente rompue allait se faire sans impact sur les frais de vente et d'administration déjà encourus par l'entreprise, il n'y a pas lieu que l'auteur de la faute voit sa condamnation réduite pour prendre en compte ces dépenses dont la faute ne permettra pas à la victime de faire l'économie.

L'exemple ci-dessus met en évidence l'importance de prendre en considération les bons éléments de coûts dans le calcul du montant d'une indemnité pour perte de profit. À cette fin, il est impératif de procéder à une analyse détaillée des frais d'exploitation afin d'identifier tous les coûts spécifiquement liés au revenu perdu. Dans la plupart des cas, une telle analyse sera effectuée par le personnel comptable de l'entreprise.

Un autre exemple illustrera la même idée, mais dans le contexte d'une affaire où l'on fera usage des taux de bénéfices inscrits aux états financiers de la victime afin de déterminer l'indemnité devant lui être versée.

La Société F, adjudicataire pressentie d'un contrat de construction, s'en trouve privée par la faute du donneur d'ouvrage. Le contrat perdu n'aurait pas été disproportionné par rapport à l'ensemble des affaires de la Société F. De plus, cette dernière avait la capacité de réaliser ledit contrat sans pour autant que des ajustements soient requis au niveau de son fonctionnement de base et donc, sans que ses frais fixes augmentent.

La Société F avait estimé qu'elle pouvait tirer un bénéfice brut de 500 000 \$ en réalisant le contrat. Ce bénéfice constituait la différence entre le prix soumis de 5 000 000 \$ et les dépenses directes de 4 500 000 \$ devant être engagées pour réaliser le contrat.

En l'occurrence, le bénéfice brut escompté de 10 %¹⁴ sur le contrat correspondait exactement au taux de profit brut de 10 % inscrit aux états financiers de la Société F, alors que les mêmes états financiers montraient un profit net avant impôts de tout juste 1 %, une fois couverts tous les frais fixes.

¹⁴ 600 000 \$ moins 100 000 unités à 2,27 \$ chacune, soit 227 273 \$, donne un solde de 372 727 \$.

¹⁵ 500 000 \$ / 5 000 000 \$ = 10 %.

Dans de telles circonstances, le taux de profit net de la Société F constitue-il un barème valable pour évaluer son gain manqué en conséquence de la faute ? À notre avis, pas du tout. Nous verrons toutefois que les tribunaux abordant la question ne le voient pas toujours du même œil. Il en sera abondamment question plus loin dans ce texte.

Selon nous, dans l'exemple donné, la conséquence de la faute - le gain manqué - découle de la perte d'un contrat qui allait rapporter 5 000 000 \$ de revenus contre 4 500 000 \$ de dépenses directes. Tel que décrit dans l'exemple, ce contrat pouvait être réalisé sans que la structure de base de l'entreprise ne soit changée et donc, sans que des frais fixes supplémentaires s'ajoutent aux frais fixes réguliers de la société. Les seules dépenses que la faute commise permettaient d'économiser sont les dépenses directes de 4 500 000 \$ qui auraient dû être engagées pour réaliser le contrat.

Cet exemple fait bien apparaître à quel point il serait préjudiciable au réclamant, et contraire à la règle de l'indemnisation intégrale du préjudice, de considérer une indemnité de 50 000 \$¹⁶ fondée sur le taux de profit net de l'entreprise appliquée à la valeur du contrat.

Afin d'être en mesure de supporter ses frais fixes, une entreprise doit générer des revenus dont elle pourra tirer un bénéfice brut lui permettant de les acquitter.

Si c'est le taux de profit net qui était employé pour déterminer l'indemnité due à la Société F, cette dernière serait gravement sous-indemnisée étant donné que le bénéfice brut tiré de ses contrats lui sert à supporter le coût de ses opérations de base, c'est-à-dire ses frais fixes. Ainsi, pour replacer la Société F dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne n'eût été de la faute, il n'est pas possible de limiter l'indemnité au seul « profit net » perdu.

3.2 L'entreprise déficitaire

Une entreprise déficitaire peut-elle être victime d'une perte de profit ? La question peut paraître simple, voire simpliste. Toutefois, elle comporte l'avantage de faire voir comment est inappropriée l'idée de procéder à indemniser une perte de profit en appliquant le taux de bénéfice net au revenu perdu qui aurait dû être tiré d'une activité que la faute empêche d'accomplir.

¹⁶ $1\% \times 5\,000\,000\ \$ = 50\,000\ \$$.

En effet, on ne saurait sérieusement contester qu'une société déficitaire pourrait éventuellement être privée de réaliser un contrat profitable par la faute d'un tiers. Dans un tel contexte, l'entreprise perdrait des revenus qui auraient contribué au paiement de frais fixes. Il y a un gain manqué même si l'apport monétaire perdu ne suffit pas en soi à faire en sorte qu'une entreprise soit globalement rentable. Une entreprise déficitaire a bien sûr le droit de réclamer en justice tout gain qu'elle a perdu et qui l'aurait rendu moins pauvre.

En l'occurrence, quelle que soit la raison du statut déficitaire de la société, le fait de considérer le profit net — ou, en fait, l'absence de profit net — aux fins de déterminer l'ampleur de sa perte mènerait invariablement à une sous-indemnisation de la victime et contreviendrait au principe de la réparation intégrale du préjudice.

3.3 L'importance relative du revenu perdu

Nous avons souligné précédemment la question de l'ampleur du revenu perdu et de son impact sur le calcul de la perte de profit. Cette question est importante étant donné que plus le revenu perdu est significatif par rapport au niveau d'activité d'une entreprise, plus il aurait été de nature à induire des variations de dépenses normalement considérées comme étant fixes. Dans l'exemple présenté au Tableau 2 ci-dessus, l'augmentation prévue du volume de ventes de 100 000 unités représente 10 % du niveau d'activité existant de la Société D. Sous réserve d'une analyse détaillée, il est plausible qu'une telle augmentation n'affecte en rien la structure de coûts de l'entreprise et qu'il soit correct de ne considérer que les coûts variables dans le calcul de la perte de profit.

Il pourrait toutefois en être autrement si un contrat perdu représentait 40 % ou 50 % du niveau d'activité existant de l'entreprise. L'impact de la perte d'un tel contrat sur la structure de coûts devrait être analysé minutieusement afin d'identifier les dépenses additionnelles nécessaires à son exécution au niveau du personnel administratif, des espaces d'entreposage, de l'entretien des équipements, des espaces de bureaux, etc. Dans un tel cas, ces dépenses additionnelles devraient être prises en considération dans le calcul de la perte de profit.

Dans les cas où la totalité des revenus d'une entreprise sont perdus à la suite de la perte de son unique contrat ou d'un sinistre, la perte de profit serait plutôt basée sur le profit net puisque l'entreprise en cessant ses activités cesserait aussi d'encourir des frais fixes. Dans un tel cas, le dommage pour gain manqué peut correspondre à la valeur de

l'entreprise, laquelle devrait alors être déterminée selon une méthode reconnue en évaluation d'entreprise. Des pertes monétaires diverses peuvent également résulter de la cessation des opérations et s'ajouter au préjudice subi.

Par ailleurs, dans certains cas, il peut s'avérer qu'une entreprise n'aurait pas été en mesure d'exécuter le contrat perdu compte tenu de l'ampleur dudit contrat et de la capacité restante de l'entreprise. On pourrait alors remettre en question la légitimité de la perte de profit alléguée.

3.4 Les impôts sur le revenu

Les impôts sur le revenu doivent être exclus de l'équation en matière de quantification de perte de profit puisque le montant du dommage alloué à la demanderesse est assujéti aux mêmes règles fiscales que le revenu gagné par cette dernière dans le cours normal des affaires.

3.5 Synthèse

Il faut retenir de notre exposé que dans les cas où le revenu perdu équivaut à une fraction marginale des revenus totaux de l'entreprise, le pourcentage de profit à appliquer à ce revenu perdu dans le but de déterminer la perte de profit doit prendre en compte tous les frais y étant liés spécifiquement afin de dégager l'effet marginal de ladite perte de revenu. Le pourcentage de profit brut tient normalement compte de ces frais spécifiques sous réserve de certains autres coûts variables parfois inclus dans les frais d'exploitation et dont on devrait aussi tenir compte, le cas échéant. Le profit brut réduit de ces éventuels autres frais variables représente la marge de contribution, un ratio reflétant tous les coûts devant être considérés. L'ensemble des coûts de l'entreprise doit être analysé minutieusement afin d'identifier et de prendre en compte tous les coûts pertinents, mais seulement les coûts pertinents au calcul à effectuer.

Dans les cas où la totalité des revenus d'une entreprise sont perdus à la suite de la perte de son unique contrat ou d'un sinistre, le calcul de la perte de profit sera effectué en fonction du profit net puisque l'entreprise en cessant ses activités cesserait aussi d'encourir des frais fixes. Dans un tel cas, le dommage peut correspondre à la valeur de l'entreprise, laquelle devrait alors être déterminée selon une méthode reconnue en évaluation d'entreprise.

Bien que la solution proposée pour la détermination de la juste indemnité semble couler de source, il existe en jurisprudence une tendance des tribunaux à établir la perte de profit en tenant compte, de façon injustifiée selon nous, des frais fixes de l'entreprise ou, alternativement, dans de nombreux cas où ce n'est pas approprié, de son taux de profit net.¹⁷ Comme nous le verrons, la Cour d'appel ne fait d'ailleurs pas exception à cette tendance.

Cette jurisprudence est sujette à la critique parce qu'elle ignore parfois les principes comptables et les faits qui permettraient à la fonction judiciaire de mieux poursuivre l'idéal de la réparation intégrale du préjudice. Compte tenu de l'aspect technique du calcul du profit perdu, les gens de droit doivent, à notre avis, faire appel aux règles de la comptabilité et, le cas échéant, aux services d'experts-comptables afin de déterminer la juste indemnité.

4. LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES À LA TÂCHE DES TRIBUNAUX DE QUANTIFIER LES DOMMAGES, NOTAMMENT EN APPEL

Dans le cadre de l'exercice juridique visant à quantifier le dommage subi, l'aide de la science comptable est souvent nécessaire. Toutefois, son usage doit être fait à bon escient. À défaut, l'indemnisation du préjudice peut être affectée d'erreurs graves.

Selon nous, si les principes devant présider à la tâche d'indemniser sont d'abord des principes juridiques, les principes ayant trait à la quantification du préjudice sont d'abord et avant tout des principes comptables à l'égard desquels les juristes devraient démontrer une plus grande déférence. En effet, l'étude de la jurisprudence relative à l'indemnisation du préjudice révèle souvent que les tribunaux sont mal outillés pour comprendre et manipuler avec aisance la preuve de dommages qui leur est faite. Ces difficultés sont d'ailleurs souvent accrues par les carences de la preuve présentée par les justiciables et leurs avocats, lesquels ont l'habitude de consacrer davantage d'efforts à la preuve de la faute qu'à celle des dommages subis. Les avocats qui ont pour mission de présenter la preuve devant le tribunal sont souvent démunis quand il s'agit d'aborder le chapitre des dommages. Ils vont souvent s'en remettre à leur client ou à leur expert, lorsqu'ils ont la chance d'en avoir un.

¹⁷ Cela revient au même.

De plus, il faut noter que le contexte de confrontation qui caractérise les débats judiciaires ne favorise guère la recherche de la vérité « cartésienne » à laquelle aspire la science comptable lorsqu'elle est employée dans un processus de quantification du préjudice. En effet, le jeu des intérêts divergents induit souvent des biais dans l'approche des témoins et des experts qui sont de nature à déteindre grandement sur leurs contributions à la preuve présentée aux fins de quantifier le préjudice.

Tous ces facteurs qui tendent à nuire à la recherche de la juste indemnité en première instance créent souvent des cas où la Cour d'appel se retrouve à devoir trancher les dommages sur la base d'une preuve comportant de grandes lacunes.

De surcroît, il faut bien entendu souligner que la Cour d'appel ne regarde le dossier de première instance qu'à travers le prisme du premier jugement. La Cour d'appel n'interviendra que si on lui démontre une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante au niveau de l'appréciation de la preuve. Autrement, elle ne substituera pas son opinion à celle du juge de première instance. Or, le fait pour le premier juge d'écarter l'opinion d'un expert-comptable — et c'est sans doute heureux — ne constitue bien sûr pas nécessairement une erreur manifeste et dominante. Toutefois, cette approche propre au droit judiciaire qui est de nature à faire prévaloir le point de vue du juge — le juriste — sur celui de l'expert-comptable, n'est pas dénuée de risques. En effet, une erreur touchant les principes comptables qui serait commise en première instance pourrait ne pas être réformée en appel parce que l'on n'y verrait pas une erreur « manifeste et dominante ». Dans un tel cas, étant donné l'autorité que l'on accorde aux précédents — et notamment à ceux provenant de la Cour d'appel — il y a un risque que de telles erreurs en arrivent à contaminer le droit positif.

5. LES FAITS SAILLANTS DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC EN MATIÈRE DE QUANTIFICATION DES DOMMAGES POUR GAIN MANQUÉ DEPUIS 1976

5.1 L'arrêt *Concreters Ready Mix c. St-Lawrence Cement Co.* : une pierre angulaire tombée dans l'oubli

Notre revue de la jurisprudence de la Cour d'appel des 40 dernières années en matière de quantification du dommage pour gain manqué

s'amorce avec la décision *Concreters Ready Mix Ltd. c. St. Lawrence Cement Co.*¹⁸ C'est selon nous une décision majeure qui avait tous les attributs pour devenir une balise du droit positif en matière de droit des dommages, mais qui est étonnamment tombée dans l'oubli le plus complet. En fait, selon nos recherches, on compte littéralement sur les doigts d'une main les jugements des divers tribunaux québécois où cet arrêt fut cité dans les dernières années.¹⁹

Dans cette affaire, la Cour d'appel s'est penchée avec attention sur le calcul à réaliser afin de permettre le respect du principe de la réparation intégrale du préjudice à la suite de la rupture d'un contrat générateur de revenus.

Il s'agissait en l'espèce d'un contrat d'une durée de cinq ans pour l'approvisionnement de l'appelante en ciment exclusivement chez l'intimée. Ce contrat avait été rompu par l'appelante environ un an après sa conclusion. Le nœud du litige portait sur la quantification des dommages financiers que représentait la perte de la vente de 866 205 barils de ciment.²⁰

L'appelante invoquait que les dommages pour perte de profit découlant du contrat rompu devaient avoir comme base de calcul la différence entre le prix de vente du baril de ciment et la moyenne des dépenses fixes et des dépenses variables de l'entreprise par baril de ciment produit, pour chaque année du contrat. Le résultat devait naturellement être multiplié par le nombre de barils de ciment que l'appelante aurait dû acheter annuellement. Cela signifiait que pour un exercice financier déficitaire de l'entreprise demanderesse, les dommages devaient être nuls. Or, l'entreprise demanderesse avait encouru des pertes financières au terme de trois des quatre exercices financiers pendant lesquels le contrat rompu devait être réalisé.

La thèse de la demanderesse-intimée était au contraire que la base de calcul de l'indemnité devait représenter la différence entre le prix de vente par baril de ciment et les dépenses variables, soit les dépenses directement engagées pour la fabrication et la livraison du ciment qui constituaient l'objet du contrat. Cette thèse avait trouvé preneur en la personne du juge de première instance dont la décision fut confirmée par

¹⁸ *Supra*, note 3.

¹⁹ Voir notamment : *Entreprises de construction Panzini inc. c. Agence métropolitaine de transport*, 2005 CarswellQue 8291 (C.S.); *6592031 Canada inc. c. Pontiac (Municipalité)*, 2013 QCCQ 13282.

²⁰ Il s'agissait d'un volume de production marginal représentant 10 % des opérations de St-Lawrence Cement Co.

la Cour d'appel. Il nous apparaît opportun de citer un large extrait de l'opinion du juge Bernier qui traduit bien sa pensée :

« Je suis d'avis que, pour un producteur, le gain qu'il fait dans une vente donnée de son produit est la différence entre le prix reçu et les dépenses qu'il a spécifiquement engagées pour produire la quantité vendue, dépenses qu'il n'aurait pu engager, n'eût-il pas eu à fabriquer cette quantité, ainsi que les dépenses d'entreposage et de livraison, si ces dépenses sont inférieures au prix reçu.

C'est avec ces gains sur chaque opération commerciale que l'entreprise verra à acquitter ses dépenses et obligations générales. Si malgré que l'entreprise fasse un gain sur chacune de ses opérations commerciales celles-ci, durant le cours de l'année financière, ne sont pas assez nombreuses pour que l'ensemble des gains permette d'acquitter les dépenses et obligations générales, l'entreprise montrera un déficit d'exploitation. Si c'est le contraire ce sera un surplus. L'entreprise peut donc être déficitaire alors que l'opération de production proprement dite est rentable. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les dépenses de la production proprement dite sont inférieures au prix de vente du produit, c'est l'importance des ventes qui fera que l'entreprise accusera pour une année donnée un surplus ou un déficit. La perte de l'ordre de 10 % de ses ventes a appauvri l'intimée. Le contrat eût-il été respecté, les dépenses fixes seraient demeurées inchangées; par ailleurs le gain qu'elle aurait retiré du prix que l'appelante eut dû lui payer aurait amélioré sa situation financière. Par le fait fautif de l'appelante, elle est privée de ces gains; aussi pour remettre l'intimée dans l'état où elle aurait été si l'appelante eut respecté son engagement, faut-il que l'appelante l'indemnise de ce gain perdu. »²¹

Cet arrêt *Concreters Ready Mix Ltd.* met en relief l'importance d'isoler l'opération affectée par la faute des autres opérations de l'entreprise et des frais fixes engagés pour la bonne marche de celle-ci quand il s'agit de quantifier le gain manqué. Il est impensable qu'une entreprise, parce que déficitaire, n'ait pas droit à une indemnité représentant les bénéfices qu'elle aurait tirés d'une opération rentable contrecarrée par une faute. Autrement, les dommages ne dépendraient que de la richesse de la

²¹ *Supra*, note 3, p. 5 et 6.

victime de la faute et ne pourraient être quantifiés qu'à l'issue de l'année financière, en fonction de ses résultats financiers. Le fait qu'une entreprise soit déficitaire²² n'implique pas que toutes ses opérations le sont. Pour les fins de quantification des dommages, il est donc primordial de se concentrer uniquement sur l'opération particulière de l'entreprise qui est affectée par la faute et de faire abstraction des frais fixes.

L'arrêt *Concreters Ready Mix* constitue un exposé limpide des principes devant présider à l'indemnisation du gain manqué en matière commerciale. Malheureusement, pour des motifs obscurs, les lignes directrices claires et accessibles qu'il contient n'ont pas toujours été appliquées par la Cour d'appel durant les quarante années qui nous en séparent.

Pourtant, nous n'avons trouvé dans la jurisprudence subséquente aucun arrêt où la Cour d'appel s'est autant attardée qu'elle ne l'avait fait dans *Concreters* sur la question de la quantification de la perte de profit. Selon nous, la Cour d'appel pourrait et aurait avantage à remettre à l'avant-scène aujourd'hui cet arrêt crucial sur la nature des coûts à considérer lors du calcul de l'indemnité pour la perte de profit.

Nous verrons qu'en cette matière, il est difficile de retracer un fil conducteur clair dans la jurisprudence de la Cour.

5.2 Décisions de la Cour d'appel ayant octroyé l'indemnité pour gain manqué en fonction du bénéfice brut

Depuis les quarante dernières années, il est arrivé à plusieurs reprises que la Cour d'appel aborde la tâche de quantifier le préjudice pour gain manqué sous l'angle du bénéfice brut perdu par l'entreprise.

Ainsi, dans *Trans-Quebec Helicopters Ltd. c. Lee Estate*,²³ bien qu'il y ait eu débat quant à savoir si la marge de profit brut par heure de vol était de 40 % ou de 75 %, c'est bien en fonction du bénéfice brut par heure de vol que l'indemnité fut accordée à l'appelante à la suite de l'avarie de son appareil lors d'un accident qui avait coûté la vie à David Lee. À juste titre, selon nous, aux fins de rendre son jugement sur les dommages pour gain manqué, la Cour ne s'est pas intéressée à la rentabilité globale de Trans-Québec Helicopters.

²² Par exemple, parce que ses frais fixes sont trop élevés par rapport à ses revenus.

²³ [1980] C.A. 596 (Qué.).

En 1987, dans *Bahler c. Pfeuti*,²⁴ la Cour d'appel va confirmer la décision de première instance²⁵ où le premier juge avait accordé aux promettants-acheteurs le bénéfice brut perdu en raison du défaut des promettants-vendeurs de leur céder la propriété de la ferme visée par la promesse.

Pareillement, la même année, aussi en matière d'agriculture, dans *Bernard Proulx Inc. c. Proulx*,²⁶ la Cour d'appel, bien que ses termes ne soient pas très explicites, semble accorder la perte du bénéfice brut qu'aurait dû tirer l'intimé d'une saison de récolte de maïs sur une terre où cette culture s'était avérée impossible à cause des défauts dans les travaux de drainage qui avaient été réalisés par l'appelante la saison d'avant.

Quatre ans plus tard, dans *E. & S. Salsberg Inc. c. Dylex Ltd.*,²⁷ la Cour d'appel va à nouveau se baser sur les bénéfices bruts anticipés afin de déterminer l'indemnité due à la victime de la résiliation unilatérale illégale sans préavis d'un contrat de services *sui generis*. La victime avait droit à un préavis de trois mois et la Cour lui octroiera ses gains anticipés en fonction de la marge brute tirée de ses affaires avec l'intimée, une marge qui excédait sa marge brute globale.

Dans *Salsberg*, il est intéressant et pertinent de constater une application concrète du principe voulant que, dans la mesure où une preuve adéquate en est faite, le dommage sera calculé préférentiellement en fonction de la trame factuelle et des données financières propres à la relation d'affaires rompue plutôt qu'en fonction de l'information sommaire et générale qui apparaît aux états financiers annuels.

Toujours en 1992, dans *Gatehouse Lasalle inc. c. Trans-Canada Freezers Ltd.*,²⁸ l'appelante avait été empêchée d'exercer son commerce de vente de produits alimentaires pendant un certain temps et avait par conséquent subi une perte de revenus. Si les juges de la Cour d'appel divergeaient d'opinion sur la période d'échantillonnage à utiliser pour estimer la perte subie, ils étaient tout de même d'accord sur le fait que l'indemnisation pour le gain manqué devait se faire en fonction de la perte de profit brut subie durant l'interruption des affaires.

Par ailleurs, en 1994, dans *Alain c. Télébec ltée*,²⁹ le préjudice d'affaires du denturologiste intimé découlant d'une erreur dans un bottin

²⁴ C.A. no 500-09-001163-831, le 10 décembre 1987.

²⁵ *Bahler c. Pfeuti*, C.S. no 450-05-000976-825, le 3 juin 1983.

²⁶ [1988] R.J.Q. 2664 (C.A.).

²⁷ 1992 CarswellQue 2199 (C.A.).

²⁸ 1992 CarswellQue 757 (C.A.).

²⁹ 1994 CarswellQue 796 (C.A.).

téléphonique sera établi à la suite d'un arbitrage du premier juge — avalisé par la Cour d'appel - entre deux positions contradictoires des parties sur ce qu'était la marge bénéficiaire brute de l'intimé dans le cadre de ses activités professionnelles.

En 1996, dans *Consortium M.R. Canada Ltée c. J.C.O. Malenfant Inc.*,³⁰ le premier jugement sera maintenu par la Cour d'appel. Il s'agissait d'une affaire où un soumissionnaire, J.C.O., poursuivait en dommages l'entrepreneur général, M.R., parce que ce dernier avait fait défaut de lui accorder un contrat qui aurait du lui revenir en application des règles du Code de soumission du BSDQ.

Dans son jugement, le juge de la Cour supérieure avait accordé à l'intimée le profit qu'elle avait anticipé lors de la préparation de sa soumission (50 867 \$), après avoir déduit un petit montant couvrant certains frais d'administration et de cautionnement (2 598,48 \$).³¹ En effet, le réclamant l'avait convaincu de retenir la preuve présentée se rapportant au contrat spécifique sur lequel portait la soumission et d'écarter la thèse de l'appelante qui plaidait que les profits perdus devaient plutôt être établis en fonction de la moyenne des profits affichés aux états financiers des trois dernières années. La Cour d'appel relate comment la preuve offerte rendait crédible la justesse de l'estimation effectuée, ce qui l'amène à se ranger derrière l'avis du premier juge. Au surcroît, la Cour souligne que le profit escompté de 17,6 % sur le contrat manqué était corroboré par les résultats financiers de la réclamante au cours des dernières années.³²

Dans *Consortium M.R.*, à la faveur d'une preuve crédible à l'égard du gain qui aurait pu être tiré du contrat manqué, la Cour d'appel refusera d'appliquer la méthode de quantification du dommage employée dans l'arrêt *Acier Mutual Inc. c. Fertek Inc.*,³³ rendu un mois plus tôt. Dans cette affaire *Acier Mutual*, en raison d'une preuve lacunaire au niveau des dommages réclamés, l'indemnité avait été fixée en fonction du taux

³⁰ 1996 CarswellQue 302 (C.A.).

³¹ Selon ce qui est énoncé par le juge de première instance (*J.C.O. Malenfant Inc. c. Consortium M.R. Canada Ltée*, 1991 CarswellQue 1168 (C.S.)), juge Georges Savoie, ces frais n'avaient pas eu à être dépensés étant donné que le contrat avait échappé au soumissionnaire.

³² Bien que la nature des profits dont on parle dans l'arrêt ne soit jamais précisée, nous comprenons que l'appelante plaidait que l'indemnité devait être établie en fonction de la moyenne des profits nets de l'intimée sur trois ans alors que, pour sa part, l'intimée a réussi à établir la validité du bénéfice qu'elle avait anticipé dans son estimation en le comparant au taux de profit brut montré à ses états financiers au cours des dernières années. Le jugement de première instance n'est malheureusement pas plus explicite.

³³ 1996 CarswellQue 194 (C.A.).

de bénéfice net de la réclamante. Cet arrêt aura une forte influence sur la jurisprudence subséquente. Nous en parlerons plus loin.

Foisy c. Garage Raymond Ouellet inc.,³⁴ rendu en l'an 2000, est une autre affaire où, au niveau des dommages, le premier jugement sera confirmé par la Cour d'appel. Dans ce dossier, l'intimée avait recherché une indemnité pour avoir injustement encouru une suspension de son entente d'exclusivité avec la municipalité pour les services de dépannage et de remorquage de véhicules. Cette suspension faisait suite à un différend avec le directeur du service de police.

Le premier jugement avait établi les dommages subis sur la base des bénéfices bruts perdus par l'intimée (revenus moins les « frais d'opération ») sur les opérations de remorquage, de remisage et de réparation dont la suspension illégale de son entente d'exclusivité l'avait privée. Le bénéfice brut mensuel perdu se chiffrait à 1 380 \$ et fut ensuite multiplié par la période pertinente établie à 32 mois.

Trois ans plus tard, en 2003, l'arrêt dans *Ahsan c. Second Cup Ltd.*³⁵ viendra avaliser la décision de l'intimée de résilier le contrat de franchise de l'appelant en raison de diverses contraventions à ce contrat de la part du franchisé. Le montant des dommages accordés au franchiseur sera toutefois substantiellement réduit en appel. Il sera en effet ramené à 3 paiements mensuels du montant de royautés normales qu'auraient dû payer l'appelante à l'intimée à titre de franchisée. La période de 3 mois représentait le temps jugé suffisant pour trouver un nouveau franchisé en remplacement de Ahsan.

Clairement, ces royautés payables à The Second Cup constituaient un revenu perdu par le franchiseur. Les frais à encourir par The Second Cup pour s'acquitter de ses obligations comme franchiseur ne sont pas discutés dans le jugement.³⁶ Cela étant, si des frais inhérents aux activités du franchiseur avaient pu être économisés à la suite de la résiliation du contrat de franchise, le fait de calculer l'indemnité sur la base de revenus bruts (montant qui excède nécessairement le bénéfice brut) serait susceptible d'avoir entraîné une certaine surindemnisation de l'intimée.

En 2004, dans *J.M.O. Climatisation inc. c. Construction Abtech (1996) inc.*,³⁷ alors que son action avait été rejetée en première instance, la Cour d'appel accueillera le pourvoi de J.M.O. et fixera son indemnité pour

³⁴ 2000 CarswellQue 1719 (C.A.).

³⁵ 2003 CarswellQue 508 (C.A.).

³⁶ Peut-être étaient-ils nuls ou négligeables.

³⁷ 2004 CarswellQue 1511 (C.A.).

avoir été indûment privée d'un contrat qui lui revenait à « 15 % du prix coûtant ». S'agissait-il véritablement d'une marge bénéficiaire brute ? Impossible de le dire de façon certaine : ni l'arrêt, ni le jugement de première instance ne contiennent de détails qui permettraient d'être absolument affirmatif à cet égard. Cette affaire l'illustre : dans les jugements de nos tribunaux, l'exercice de quantification des dommages repose parfois sur un arbitrage assez sommaire sur la base de faits ou de données limités.

Plus explicite est l'arrêt *Métal Laurentide inc. c. Stellaire Construction inc.*³⁸ rendu quelques semaines plus tard. Ce jugement venait clore un litige semblable en matière d'appel d'offres dans le domaine de la construction. La Cour d'appel donnera gain de cause à l'appelante et lui accordera compensation pour le manque à gagner subi en raison de la perte d'un contrat qui aurait dû lui revenir. La Cour d'appel fixera l'indemnité en fonction de la différence entre le prix du contrat et les coûts que la demanderesse avait estimé devoir encourir pour le réaliser. Dans le cadre de sa démarche, la Cour soulignera que le montant de profit prévu sur le contrat correspondait au taux de profit brut montré aux états financiers de l'appelante pour les exercices financiers pertinents.

L'arrêt *Métal Laurentide*, tout en ne mentionnant pas l'arrêt *Concreters Ready Mix*, est rendu sur la base de la même logique. Cette logique prend assise sur l'idée que pour réaliser un contrat de construction supplémentaire, une entreprise de construction n'a possiblement aucune dépense supplémentaire à encourir au chapitre des frais généraux. Le bénéfice brut tiré d'un tel contrat supplémentaire sert à l'entreprise pour couvrir ses frais généraux et éventuellement accroître son profit. Déterminer une indemnité pour gain manqué à la suite de la perte d'un contrat en retranchant les frais généraux du montant des bénéfices bruts perdus mène tout droit à la sous-indemnisation de la victime puisque cela empêche l'entreprise d'avoir les ressources requises pour acquitter ses frais généraux. Les frais généraux ne sont en principe aucunement influencés par la perte du contrat donnant lieu au litige. Si elle n'obtient pas un montant correspondant à son bénéfice brut sur le contrat qu'elle a perdu, une réclamante se trouve grandement appauvrie, et ce, sans justification au titre de la règle de la réparation intégrale du préjudice. En effet, le défendeur n'a pas de motif valable pour demander que soit retranché de l'indemnité qu'il doit payer à la victime un pourcentage lié à des frais généraux qui resteront inchangés.

³⁸ 2004 CarswellQue 2638 (C.A.).

Les auteurs Cimon et Gosselin expriment très bien cette idée dans leur ouvrage.³⁹

« 4.3 Les frais généraux et le profit

Les frais généraux s'entendent des dépenses reliées aux activités du siège social de l'entreprise tels la comptabilité, les achats et l'administration générale qui sont assumés par l'entrepreneur pour pouvoir effectuer les travaux. Ils constituent une dépense nécessaire et utile pour permettre l'exploitation de l'entreprise. Cela implique en retour que tous les revenus générés par les travaux effectués sur les chantiers doivent contribuer à acquitter ces frais généraux même s'il est difficile, voire impossible de les relier directement à un projet en particulier.

Il faut donc en conclure que le prix de la soumission de l'entrepreneur inclut toujours un montant servant à assumer une partie des frais totaux du siège social pour la durée prévue des travaux. Ce montant est habituellement représenté comme un pourcentage des coûts estimatifs. » (références omises)

En 2007, dans *Magasins libre services Pitt inc. c. Nazaraly*,⁴⁰ la Cour d'appel indemniserait l'appelante sur la base du bénéfice brut qu'elle pouvait escompter tirer de chaussures commandées de l'intimée et qui s'étaient avérées défectueuses. En fonction du nombre de chaussures faisant l'objet de la commande, le gain manqué déterminé par la Cour d'appel fut établi en retranchant du prix vendant des chaussures leur prix d'achat majoré des taxes d'assises. Ainsi, les autres frais de vente de l'appelante ainsi que ses frais généraux encourus dans le cadre de ses opérations n'ont pas — à juste titre, selon nous — été pris en compte pour déterminer ce que l'intimée devait à l'appelante en raison de la mauvaise qualité du produit livré.

Dans ce cas, comme dans celui de *Métal Laurentide*, il était certainement improbable que le fait d'avoir en magasin un produit à vendre supplémentaire allait avoir un effet à la hausse sur les frais d'exploitation

³⁹ Ian Gosselin et Pierre Cimon, « La responsabilité du propriétaire », dans Olivier F. Kott et Claudine Roy (dir.), *La Construction au Québec : perspective juridique*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, p. 403 et 404. Soulignons que dans *Dawcolectric inc. c. Hydro-Québec*, 2014 QCCA 948, p. 28-30, c'est sur cette même opinion des auteurs Gosselin et Cimon que la Cour s'est fondée pour accorder à la réclamante une majoration de 13,76 % sur ses coûts d'impact dûment prouvés, ce pourcentage correspondant à la moyenne « historique » de ses « frais généraux » et de son « profit ». La majoration ainsi octroyée correspondait au bénéfice brut que, de manière générale, Dawcolectric tirait de la réalisation de ses contrats.

⁴⁰ 2007 QCCA 454.

de Pitt. Le bénéfice brut tiré des ventes perdues constituait donc sans aucun doute la juste balise à considérer aux fins d'établir l'indemnité.

L'affaire *Agences Jacques Parent inc. c. Meubles Concordia ltée*,⁴¹ en 2011, constitue une bonne illustration d'un cas d'espèce, celui de sociétés comptant un seul employé. Dans cette affaire, l'appelante avait vu son contrat d'agence être résilié par l'intimée sans qu'ait été donné un préavis suffisant. La décision du juge de première instance, qui avait déterminé que le préavis devait être d'une année, ne fut pas renversée en appel, mais il n'en ira pas de même pour ce qui est de la quantification du gain manqué par l'appelante durant cette période.

En effet, le premier juge avait établi l'indemnité en multipliant les bénéfices nets après impôts de l'appelante par 31 %, soit le pourcentage que représentait le contrat rompu par l'intimée sur l'ensemble des revenus de l'appelante.

Se basant sur un courant de jurisprudence provenant de la Cour supérieure, la Cour d'appel va plutôt appliquer le pourcentage de 31 % sur le montant constitué par les bénéfices nets avant impôts de la société, additionnés des salaires et avantages sociaux versés annuellement par la demanderesse. De cette manière, la Cour se trouvait à indemniser en fonction d'un montant correspondant au bénéfice brut de la société tiré du contrat rompu.

Finalement, en 2015, dans *Vidéotron, s.e.n.c. c. Bell ExpressVu, l.p.*,⁴² l'appelante cherchait à être indemnisée pour la perte de revenus sur ses services de câblodistribution résultant de la négligence de l'intimée à protéger contre le piratage son propre service de transmission de signaux télévisuels à ses abonnés. Dans un jugement étoffé où il est notamment longuement question du pouvoir d'intervention de la Cour d'appel en matière de quantification des dommages, l'indemnité est établie en fonction du flux monétaire qui aurait été entraîné par les abonnements perdus moins les coûts liés à l'acquisition des abonnés. Calculée de la sorte, l'indemnisation correspondait aux bénéfices brut perdus par l'appelante en raison de la faute reprochée aux intimés.

Les chapitres subséquents du présent texte montreront que la Cour d'appel aborde sa tâche consistant à indemniser le gain manqué de façon très variable, selon les circonstances.

⁴¹ 2011 QCCA 1694.

⁴² 2015 QCCA 422, requête pour permission d'en appeler rejetée, *Vidéotron s.e.n.c. c. Bell ExpressVu, l.p.*, 2015 CarswellQue 9607 (CSC).

5.3 Décisions de la Cour d'appel ayant octroyé l'indemnité pour gain manqué en fonction du bénéfice net

L'examen de la jurisprudence de la Cour d'appel permet d'observer une tendance à quantifier de plus en plus régulièrement le gain manqué en fonction de la perte de bénéfice net. « En principe », selon ce qui ressort de cette jurisprudence, le gain manqué consisterait dans le profit net perdu en raison de la faute commise. Cette tendance résulte peut-être en partie de la crainte de surindemniser les victimes.

Dans certaines circonstances, notamment lorsque la faute commise affecte l'entreprise dans son entièreté et qu'il en résulte la fin de ses opérations, le bénéfice net anticipé est indiscutablement un bon point de départ⁴³ dans l'évaluation du préjudice subi puisque, comme nous l'avons mentionné précédemment, l'entreprise, en cessant ses activités, cesse aussi d'encourir des frais fixes.

Par contre, nous suggérons respectueusement que dans d'autres cas où seule une activité productrice de revenus est affectée, l'idée consistant à indemniser en fonction du bénéfice net perdu mène tout droit à la sous-indemnisation des victimes. Voyons les principaux jugements rendus par la Cour d'appel au cours des 40 dernières années où l'indemnisation fut établie en fonction du bénéfice net perdu. Trois cas-types distincts seront traités successivement.

a) *Situations où la faute affecte l'ensemble des activités de l'entreprise et mène à la fin de ses opérations*

D'emblée, nous pouvons dire que nous sommes d'avis que l'emploi de la balise que constitue le taux de bénéfice net de l'entreprise peut être approprié quand la tâche consiste à rétablir la situation patrimoniale de l'entreprise dont l'ensemble des activités ont été affectées par la faute et qu'il s'ensuit une fin de ses opérations. En effet, dans un tel cas, le profit net est un outil utile puisqu'il a précisément pour fonction de montrer le rendement global de l'entreprise et qu'il constitue ainsi un point de départ pertinent pour déterminer l'ampleur de la perte découlant de son extinction.

Ainsi, dans l'arrêt *Banque de Hongkong du Canada c. Bert Friedman Enterprises Ltd.*,⁴⁴ rendu en 1996, il apparaît justifié que les dommages aient été établis sur la base de bénéfices nets anticipés. En effet, le litige

⁴³ Dans un tel cas, le dommage pourrait correspondre à la valeur de l'entreprise laquelle devrait alors être déterminée selon une méthode reconnue en évaluation d'entreprise.

⁴⁴ 1996 CarswellQue 781 (C.A.).

découlait du fait que l'appelant avait mis fin de façon intempestive à sa relation d'affaires avec l'intimée. En conséquence, l'intimée qui faisait affaire dans l'importation et la vente des fruits et légumes avait été obligée de procéder à une forme de vente en bloc de ses actifs. Ce faisant, il est bien possible que la nécessité pour l'intimée d'engager des frais fixes avait été éliminée. Ainsi, il était vraisemblablement justifié que l'indemnité ait été ramenée au seul gain net perdu durant l'année affectée par la vente en bloc.⁴⁵

De même, en 1996, dans *Subaru Auto Canada Ltée c. Caravane & Auto du Cap Inc.*,⁴⁶ la Cour d'appel avalise l'évaluation des dommages résultant de la résiliation hâtive d'un contrat de franchise qui avait amené le premier juge à quantifier le gain manqué en retranchant des profits bruts escomptés les frais d'exploitation à encourir pour opérer le commerce. Cela dégageait la perte nette subie qui constituait sans doute la juste indemnité dans les circonstances.⁴⁷

En 1998, le jugement dans l'affaire *Crédit Bombardier Ltée c. Meloche*⁴⁸ portait sur la réclamation de dommages logée par l'intimé et deux sociétés exploitées par lui qui faisaient affaire dans le commerce de la vente et de la réparation d'embarcations et de moteurs. À la suite d'une prise de possession intempestive par l'appelante Crédit Bombardier, les deux commerces avaient été contraints de fermer leurs portes. Au niveau de la détermination de l'indemnité, il s'agissait d'établir le gain manqué par les deux sociétés pour la période nécessaire à une relance des affaires. La période requise fut établie à 3 ou 4 ans et l'indemnité fut calculée en fonction du bénéfice annuel net avant impôts moyen des sociétés multiplié par 3,5 années. Dans les circonstances décrites, l'emploi de la balise constituée par le bénéfice net perdu était un choix approprié.

L'arrêt de 2003 dans *Aéroports de Montréal c. Hôtel de l'Aéroport de Mirabel inc.*⁴⁹ est une autre illustration d'une affaire où la Cour était justifiée de procéder à l'indemnisation sur la base de profits nets escomptés. En effet, il s'agissait en l'espèce de compenser la société intimée de la perte progressive de l'ensemble de sa capacité de gain découlant de la fermeture de l'aéroport de Mirabel aux vols de passagers. Il était donc normal dans ces circonstances que la recherche de la juste

⁴⁵ Les détails de l'affaire ne permettent pas de déterminer si l'indemnité correspondait ou aurait dû correspondre à la valeur de l'entreprise compte tenu du produit net de disposition des actifs.

⁴⁶ 1996 CarswellQue 228 (C.A.).

⁴⁷ Les détails de l'affaire ne permettent pas de déterminer si l'indemnité correspondait ou aurait dû correspondre à la valeur de l'entreprise.

⁴⁸ 1998 CarswellQue 779 (C.A.).

⁴⁹ 2003 CarswellQue 1768 (C.A.).

indemnité se fasse en fonction du bénéfice net que la société intimée était en droit de tirer de son hôtel.

Par ailleurs, dans *Yaskawa Motoman Canada Ltd. c. Bercar Electronics Ltd.*,⁵⁰ jugée en 2006, il s'agissait de la résiliation d'un contrat de distribution 7 mois avant son échéance fixée au 31 décembre 2002. Or, dès le début de 2003, la demanderesse appelante ferme ses portes. Dans son action, elle réclamait d'être indemnisée pour les pertes qu'elle disait avoir subi en raison de la résiliation illégale du contrat de distribution. Or, dans la dernière année, la compagnie demanderesse affichait des résultats déficitaires de sorte que la défenderesse prétendait que la résiliation ne lui avait occasionné aucune perte.

Malgré cela, le premier juge avait maintenu l'action en se fondant sur les résultats de la demanderesse pour les exercices précédents, et ce, dans un contexte où, bien entendu, la résiliation du contrat de distribution avait influencé négativement les résultats de l'année 2002.

Si la Cour d'appel adhérerait à la logique voulant que l'on ne devait pas se fonder sur les résultats de la dernière année pour quantifier le préjudice subi, elle réformerait tout de même le jugement de première instance en procédant au calcul de l'indemnité sur la base de 7 mois de profits nets escomptés et non sur la base de 7 mois de profits bruts. Ce faisant, elle prendra assise sur son jugement dans *Construction Gesmonde ltée c. 2908557 Canada inc.*⁵¹ dont elle dit qu'il énoncerait la « règle habituelle » voulant que les dommages-intérêts sont établis à partir des profits nets et non des profits bruts d'une entreprise.

Nous traiterons de cette affaire *Gesmonde* dans une prochaine section de ce texte. Il sera démontré que ce qui est défini dans *Yaskawa* comme une « règle habituelle » semble en fait être une porte de sortie dont la Cour d'appel a cru bon de se doter en cas d'insuffisance de preuve à l'égard du gain manqué spécifique découlant d'un contrat en particulier.

b) Situations où la valeur de l'entreprise est affectée par la faute, sans que cela n'entraîne la fin de ses opérations

Lorsque la faute n'entraîne pas la fin des opérations de l'entreprise, mais qu'elle est de nature à en affecter son niveau de rentabilité et sa valeur, l'emploi du barème que constitue le profit net peut vraisemblablement permettre de quantifier la variation dans la situation patrimoniale de la

⁵⁰ 2006 QCCA 1575.

⁵¹ 2005 QCCA 537.

victime qui résulte de la faute. Selon le résultat de nos recherches couvrant les 40 dernières années, deux arrêts ressortent comme correspondant à cette trame factuelle.

Dans l'affaire *Provigo Distribution Inc. c. Supermarché A.R.G. Inc.*,⁵² jugée en 1997, le litige consistait à déterminer si une indemnité était due aux intimées, propriétaires de 4 supermarchés de la région de Granby, dont les ventes, les prix d'achat des stocks et certains frais d'opération avaient été affectés par une campagne de concurrence déloyale à laquelle s'était livrée l'appelante. La faute n'avait pas contrecarré une activité parmi plusieurs autres, mais elle avait plutôt affecté globalement la rentabilité et la valeur des supermarchés. Il apparaît donc logique que les résultats financiers globaux montrant la réduction des bénéfices nets que l'on escomptait tirer des supermarchés aient été utilisés comme base aux fins d'établir l'indemnité due par le contrevenant.

Par ailleurs, l'arrêt de 2017 dans *Sainte-Marthe-sur-le-Lac (Ville) c. Expert-conseils RB inc.*,⁵³ constitue un autre exemple d'un cas semblable où l'on a vraisemblablement procédé à bon escient à la détermination du gain manqué sur la base du bénéfice net perdu.

Dans cette affaire, il s'agissait de compenser l'intimée pour les conséquences financières préjudiciables découlant des propos diffamatoires tenus à son endroit par les représentants de la municipalité appelante. Pour ce faire, la Cour a jugé opportun de déterminer l'impact des gestes fautifs de la Ville sur les bénéfices nets de la société durant toute la période où les conséquences du discours diffamatoire s'étaient fait sentir.

La preuve de la perte de certains contrats spécifiques avait été faite en première instance, mais comme l'ampleur de l'ensemble des affaires de la société d'ingénierie avait apparemment été affectée par le comportement fautif reproché à la Ville, il semblait justifié, dans ces circonstances, de quantifier l'indemnité sur la base de la réduction constatée dans les profits nets de la demanderesse pendant la période pertinente.

c) Situations où la faute affecte une seule activité de l'entreprise

La recherche que nous avons effectuée a révélé que, pendant la période sous étude, dans plusieurs jugements, la Cour d'appel a employé une méthode de calcul de la perte de profit fondée sur le taux de bénéfice net

⁵² 1997 CarswellQue 1250 (C.A.).

⁵³ 2017 QCCA 381.

de la victime de la faute. Cette méthode fut employée en dépit du fait que le revenu dont l'entreprise demanderesse était privée était marginal par rapport à l'ensemble de ses activités. Cette façon de faire, contraire aux enseignements contenus dans le jugement-phare *Concreters Ready Mix*, nous semble méconnaître le fait qu'il n'y a qu'un rapport lointain entre le bénéfice net d'une entreprise et le gain qu'elle compte tirer d'une opération commerciale ou d'un contrat en particulier.

Il est par ailleurs préoccupant que certains jugements de la Cour réfèrent à cette pratique comme à une « règle », ce qui n'est pas sans impact sur la jurisprudence provenant ensuite des tribunaux d'instances inférieures en semblable matière. Plus sérieux encore est le fait que, selon nous, dans bien des cas, cette « règle » vient en contradiction avec celle de la réparation intégrale du préjudice qui, elle, est cardinale.

Nous verrons d'ailleurs que la « règle » consistant à calculer l'indemnité pour compenser la perte d'un contrat en fonction de la marge de bénéfice nette n'est en fait qu'un palliatif à des situations où la Cour était aux prises avec une carence de preuve. Cet état de choses avait amené les juges à réduire l'indemnité accordée parce que la démonstration du bénéfice brut perdu qui était réclamé ne leur apparaissait pas convaincante. Il est important de souligner cette situation parce qu'elle est de nature à ouvrir la porte à la remise en question de la « règle » décrite plus haut.

En passant en revue la jurisprudence pertinente à la question sous étude, il y a d'abord lieu de mentionner l'arrêt *Benoit & Kersen Ltd. c. Magil Construction Ltd.*,⁵⁴ rendu en 1978.

Dans cette affaire, aux termes d'un jugement extrêmement laconique au niveau du quantum, la Cour d'appel a établi l'indemnité payable au soumissionnaire privé du contrat qui lui revenait en retranchant de l'indemnité demandée par la demanderesse « une part des frais fixes (*overhead*) de son entreprise » qui faisaient partie du montant réclamé. Cela veut dire que l'indemnité accordée se limitait vraisemblablement à un montant correspondant au taux de profit net appliqué au prix du contrat manqué.

Ensuite, en 1980, dans *Landry c. Econ Oil Co.*,⁵⁵ la Cour a confirmé la décision du premier juge qui avait rejeté une réclamation pour bénéfice brut perdu et plutôt fixé — arbitrairement — les dommages de la victime de la faute commise en fonction du profit net perdu. En l'occurrence, il

⁵⁴ [1978] C.A. 301 (Qué.).

⁵⁵ [1980] C.A. 166 (Qué.).

s'agissait d'un cas de rupture par l'appelant d'un contrat d'approvisionnement en huile à chauffage. La demanderesse avait établi que sa marge brute par gallon d'huile était de 0,09 \$ et que les coûts de transport de l'huile vers l'immeuble de l'appelant étaient de l'ordre de 0,01 \$ le gallon. Or, afin de ramener l'indemnité au profit net, le premier juge avait réduit la réclamation d'environ 25 % pour prendre en compte l'« *overhead* » et les « autres dépenses » au sujet desquels aucune preuve n'avait été apportée.

Compte tenu du fait que l'approvisionnement de l'immeuble de Landry ne constituait qu'une vente de plus sur l'ensemble des ventes de l'intimée, il est improbable que le contrat d'approvisionnement en question entraînait pour Econ Oil une augmentation de ses frais fixes (« *overhead* ») . Par conséquent, ce jugement a vraisemblablement résulté en une sous-indemnisation de la victime de la faute.

L'emploi d'une méthodologie d'indemnisation en fonction des profits nets nous semble par contre encore moins heureux dans l'affaire *Acier Mutual Inc. c. Fertek Inc.*,⁵⁶ rendu en 1996. Il s'agit en l'occurrence d'un jugement très important compte tenu de l'influence considérable qu'il a eu par la suite sur la jurisprudence portant sur la détermination de l'indemnité due comme suite à une faute commise dans le cadre d'un appel d'offres.

Dans son jugement, la Cour semble malheureusement présenter le profit brut et le profit net comme des balises interchangeable au gré du décideur dans son rôle consistant à indemniser la victime de la perte d'un contrat. De plus, la Cour d'appel semble conclure que l'estimation des bénéfices nets perdus constituerait une valeur sûre et la balise dominante sur laquelle les tribunaux devraient se guider en matière d'indemnisation des dommages pour gain manqué. Or, la trame factuelle particulière de ce jugement faisait selon nous en sorte qu'il aurait été préférable d'y voir un cas d'espèce plutôt qu'une autorité d'application générale.⁵⁷

Dans cette affaire, Fertek réclamait d'être indemnisée pour la perte d'un sous-contrat qui aurait dû lui revenir dans la spécialité d'acier d'armature. Le témoin entendu pour Fertek avait témoigné que le profit escompté sur le contrat (bénéfice brut) était de 20 % et devait atteindre 136 600 \$. Cette preuve était vigoureusement contestée par l'appelante sur la base des états financiers de Fertek qui montraient un profit net

⁵⁶ 1996 CarswellQue 194 (C.A.).

⁵⁷ À cet égard, on doit dire que l'on observe un certain retour du balancier dans l'arrêt *Gesmonde*. Il en sera question un peu plus loin.

annuel moyen de moins de 3 %. De plus, la Cour était aux prises avec une faiblesse dans la preuve de Fertek en ce que le témoin aurait énoncé que le coût moyen de la tonne d'acier d'armature se situait à 350 \$ la tonne, alors que d'autres témoins le situait plutôt entre 370 \$ et 400 \$ la tonne. Selon la Cour, cette divergence à elle seule représentait une somme de 36 750 \$ en fonction de laquelle les dommages allégués par Fertek auraient été surestimés. À l'évidence, l'exagération attribuée au témoin de Fertek a été perçue comme entachant tout son témoignage.

La Cour s'est affairée ensuite à comparer le profit net moyen de l'entreprise au profit brut rajusté sur le contrat manqué qui aurait été de 15 % une fois la correction appliquée sur le prix de l'acier. Elle s'étonne du fait que, selon les prétentions du témoin de Fertek, sa performance financière sur le contrat manqué aurait eu pour effet d'accroître de 35 % ses profits nets cette année-là, tout en ne représentant que 8,5 % des ventes totales.⁵⁸ Selon la Cour, cette rentabilité exceptionnelle n'était pas expliquée.

La Cour en arrive ensuite à cette conclusion :

« Dès lors, à mon avis, devant ces contradictions et surtout ces évidentes exagérations, et en l'absence de toute autre indication, j'estime que la méthode la plus sérieuse d'évaluation du dommage, soit le gain net qu'aurait pu générer l'ouvrage s'il avait été exécuté, consiste à reporter sur la valeur de la soumission le même profit que celui de l'ensemble des activités de l'entreprise pour les années 1981 et 1982, soit 3,75 %. Au 30 avril 1982, le bénéfice net avant impôt était de 286 056 \$ pour des ventes de 7 984 000 \$, soit 3,5 % et, au 30 avril 1981, de 290 331 \$ sur des ventes de 7 160 202 \$, soit 4 %; la moyenne était de 3,75 %. C'est ainsi que, si j'arrondis le chiffre obtenu, j'en arrive à la somme de 26 000 \$ à laquelle j'ajouterais l'intérêt et l'indemnité additionnelle. »⁵⁹

Cette conclusion allait être lourde de conséquences durant les années à venir en ce qu'elle allait contribuer à élever la décision *Acier Mutual* au rang de décision de principe en vertu de laquelle l'indemnisation du gain manqué devrait en général se faire en fonction des bénéfices nets affichés aux états financiers de la réclamante et non pas en fonction de ses bénéfices bruts.

⁵⁸ En fait, cela était tout à fait possible.

⁵⁹ *Supra*, note 56, p.11

Selon nous, les commentaires de la Cour à l'encontre de la preuve offerte par Fertek démontrent que le jugement rendu est fortement influencé par ce qui fut perçu comme une preuve lacunaire, voire une preuve mensongère. Cela a sans doute contribué à amener la Cour à procéder à cette comparaison inappropriée entre les profits nets annuels de l'entreprise et les bénéfices escomptés sur le contrat manqué. Or, cette comparaison était bien risquée puisque les postes de dépense appliqués aux bénéfices bruts pour en dégager le bénéfice net n'étaient pas connus. De plus, des explications sur le degré de profitabilité du contrat perdu par rapport à celui d'autres contrats réalisés auraient été plus utiles que la démarche effectuée consistant à comparer les bénéfices escomptés de la demanderesse sur un contrat en particulier à ses profits nets avant impôts. S'il y a un rapport entre les deux, ce rapport est fort imparfait et lointain. À ce titre, qu'il suffise de rappeler qu'il n'y a aucune impossibilité de principe à ce qu'une entreprise déficitaire fasse un bénéfice sur une opération en particulier.

À notre avis, cette illustration à elle seule démontre à quel point l'énoncé de « principe » tiré de l'arrêt *Acier Mutual* devrait être examiné avec beaucoup de circonspection et distingué dans la plupart des cas. En effet, comme le calcul du profit net passe obligatoirement par la soustraction des frais fixes du montant des bénéfices bruts tirés de chaque activité de production, on ne peut considérer que l'on replace une réclamante dans la situation financière qui aurait été la sienne en lui versant un montant correspondant seulement à son taux de profit net appliqué au prix d'un contrat perdu. Cela constitue à notre avis, et cela dit en tout respect, une sous-indemnisation manifeste.

Dans *Laboratoires Bio-Recherches ltée c. Technilab inc.*,⁶⁰ remontant à 2001, il s'agissait de compenser Technilab pour ses gains manqués découlant du retard dans sa capacité de commercialiser un médicament. Ce retard résultait de la faute de Laboratoires Bio-Recherches à qui Technilab avait confié le mandat de faire homologuer ledit médicament auprès des autorités compétentes. Étant donné que le médicament en question n'était qu'un parmi de nombreux médicaments génériques fabriqués et commercialisés par Technilab, toute l'entreprise n'était pas vouée exclusivement à la commercialisation du produit pertinent aux fins des procédures. Ainsi, dans le processus de fixation de l'indemnité, la prise en compte des frais fixes de toutes natures devant être déduits du

⁶⁰ 2001 CarswellQue 208 (C.A.), requête pour permission d'en appeler rejetée, 2001 CarswellQue 2205 (CSC).

bénéfice brut aux fins de dégager le bénéfice net menait tout droit à la sous-indemnisation de Technilab pour le préjudice subi par elle.

En 2002, dans *Entrepreneurs électriciens Comtel inc. c. Compagnie Loomex électrique ltée*,⁶¹ il s'agissait d'indemniser l'intimée pour son gain manqué résultant de la perte d'un contrat en raison d'un geste fautif de l'appelante dans le cadre d'un processus d'appel d'offres. Le premier juge avait déterminé que l'indemnité devait être établie à 11,245 % du prix du contrat manqué, ce taux représentant une valeur se situant entre le bénéfice brut et le bénéfice net généralement enregistré par Loomex. Or, en énonçant que la preuve ne justifiait « absolument pas » ce pourcentage, la Cour d'appel a plutôt établi à 5,6 % le taux de gain en fonction duquel l'indemnité devait être fixée. Ce montant représentait le taux moyen de profit net de la demanderesse pour les deux années antérieures et pour l'année postérieure. Dans cet arrêt, il importe de noter que la Cour traite incorrectement de ce taux comme d'« une moyenne de profit brut ». En effet, la révision du jugement de première instance où la preuve est relatée de façon détaillée convainc que les termes « une moyenne de profit brut » contenus dans le jugement de la Cour d'appel relèvent vraisemblablement du simple lapsus.⁶² On aurait dû plutôt lire « moyenne de profit net ».

En 2013, dans *Canada (Procureur général) c. Construction Bé-Con inc.*,⁶³ la Cour citera un extrait de son arrêt *Construction Gesmonde*⁶⁴ - dont il sera abondamment question dans la prochaine section. Elle prendra assise sur ce jugement afin d'écarter l'argument de l'appelante voulant que les dommages pouvant être réclamés par l'entrepreneur se limiteraient au profit dévoilé dans sa formule de soumission. En effet, tel que cela est énoncé dans *Gesmonde*, le profit pouvant être réclamé n'est pas le profit que l'entrepreneur « espérait » réaliser, mais bien le profit qu'il aurait « de facto » réalisé.

Cependant, la Cour n'en avalisera pas moins le jugement de première instance dans le cadre duquel la première juge avait rejeté la preuve faite par l'entrepreneur que le contrat spécifique allait lui rapporter 245 000 \$ de profit — brut (?). Elle s'en remettra plutôt à un tableau préparé par l'entrepreneur dans lequel il déclinait son taux de profit net pour les années pertinentes. La Cour d'appel s'est dite justifiée d'agir ainsi en raison des « aléas inhérents aux contrats de construction ».⁶⁵

⁶¹ C.A. no 500-09-002843-969, le 27 mai 2002.

⁶² Voir *Cie Loomex Électrique Ltée c. Constructions Sicor Inc.*, 1996 CarswellQue 2249 (C.S.).

⁶³ 2013 QCCA 665.

⁶⁴ *Construction Gesmonde ltée c. 2908557 Canada inc.*, 2005 QCCA 537.

5.4 Décisions de la Cour d'appel ayant octroyé l'indemnité pour gain manqué en fonction d'une valeur composite entre le taux de bénéfice brut et le taux de bénéfice net

La jurisprudence qui démontre une tendance des tribunaux en général et de la Cour d'appel en particulier à procéder à l'indemnisation du gain manqué en fonction d'une évaluation du bénéfice net manqué est ponctuée de décisions qui affichent une vision plus nuancée de la quantification du préjudice subi. Dans ces affaires, le point de départ du calcul est le montant estimé en fonction du taux de bénéfice net, mais le tribunal procède à majorer l'indemnité découlant du calcul initial pour prendre en compte des frais généraux ou indirects.⁶⁶ Cela fait en sorte de créer une indemnité composite, à moitié-chemin entre le bénéfice brut et le bénéfice net.

Il faut souligner que, selon nous, cette approche va aussi à l'encontre du principe de réparation intégrale du préjudice. Cela étant, les jugements de cette catégorie sont des éléments importants du droit positif en la matière en ce qu'ils s'écartent d'une approche dogmatique de l'indemnisation qui ferait de la quantification en fonction du taux de bénéfice net une quasi-règle juridique. Or, nous l'avons vu, pour assurer le respect du principe de réparation intégrale, la « règle juridique » doit céder la place aux principes comptables appliqués judicieusement à la trame factuelle de chaque affaire. Encore ici, nous donnerons quelques illustrations de cette approche — qui semble aléatoire et qui reste imparfaite - telle qu'elle se retrouve dans le corpus jurisprudentiel de notre Cour d'appel.

Dans *Metroliquid Carriers Ltd c. Gasbec Inc.*,⁶⁷ un contrat exclusif de transport garantissait à la demanderesse, transporteuse, un revenu minimum de 240 000 \$ par année pour toute la période du contrat. Dans son action pour être indemnisée de son gain manqué, la demanderesse réclama son profit brut perdu et invoqua que le taux de ce profit brut était de 15 % de ses revenus. Il fut établi par ailleurs que le taux de profit net pour l'ensemble des affaires de la demanderesse se chiffrait à 5 % de ses revenus. Pour les fins du litige, le juge Michaud — qui allait plus tard

⁶⁵ En l'occurrence, le taux de profit net appliqué au prix du contrat procurait une indemnité de 190 660 \$, un montant qui semble élevé comme taux de profit net alors que l'entrepreneur prétendait que son profit brut était de 245 000 \$. Ainsi, la question se pose de savoir si les profits nets montrés au tableau constituaient de véritables « profits nets ». Il y a lieu de noter que, dans cette affaire, on avait fait défaut de produire en preuve les états financiers de la société réclamante.

⁶⁶ Ou l'inverse : détermination du « profit brut » dont on retranchera des sommes correspondant à une contribution du contrat aux frais généraux.

⁶⁷ [1987] R.R.A. 267 (C.S. Qué.).

devenir juge en chef de la Cour d'appel — fixa le revenu annuel de la demanderesse à la somme de 240 000 \$. Il octroya 10 % de cette somme à titre d'indemnité pour le profit net perdu pour chaque année restant au contrat. Ce faisant, il tenait compte du fait que le contrat perdu était la plus rentable de toutes les opérations de la demanderesse. Le taux de profit de la demanderesse sur ce contrat était supérieur à son taux général de profit net.

« Selon le comptable Tremblay, la perte de profits annuelle résultant de la perte du contrat avec la défenderesse s'établit à 5 % de la somme de 240 000 \$, si on tient compte des frais d'administration. Elle s'établit à 15 % si l'on ne tient pas compte des frais d'administration. Le contrat avec la défenderesse ne se faisait pas sans frais d'administration. Cependant, il n'est pas indiqué de faire une équation directe entre le pourcentage global des frais d'administration et ceux encourus pour l'administration du contrat avec la défenderesse. En effet, la preuve non contredite révèle que le contrat P-2 était, pour la demanderesse, beaucoup plus profitable que l'ensemble des autres contrats. »⁶⁸

Metroliquid Carriers — qui fut confirmé par la Cour d'appel en 1991⁶⁹ - est en conformité avec la tendance voulant que l'indemnisation soit déterminée en fonction des profits nets perdus, mais il montre une certaine retenue en ce qu'il attribue uniquement une portion qui serait représentative des frais d'administration au contrat rompu. Ce faisant, l'indemnité se rapproche du résultat du calcul du bénéfice brut que la demanderesse espérait tirer du contrat sans toutefois correspondre, selon notre analyse, au véritable préjudice subi.

Plusieurs années plus tard, en 2005, dans l'affaire *Construction Gesmonde ltée c. 2908557 Canada inc.*,⁷⁰ la Cour d'appel allait rendre un arrêt important parce qu'il révisait sensiblement les balises établies précédemment par elle en matière de quantification des dommages pour perte de profit. Ce jugement énonce en effet des nuances appréciables en rapport avec l'interprétation qui devrait être faite de son arrêt dans l'affaire *Acier Mutual* qui avait été rendu sur une base factuelle particulière, peu propice à l'établissement d'une « règle générale ». Nous en avons traité un peu plus tôt.

⁶⁸ *Ibid.*, paragraphe 20.

⁶⁹ *ICG gaz liquide ltée c. Metro Liquid Carriers Ltd.*, 1991 CarswellQue 522 (C.A.).

⁷⁰ *Supra*, note 64. Voir aussi le jugement de la Cour supérieure : *2908557 Canada inc. c. Construction Gesmonde ltée*, 2004 CaswellQue 95 (C.S.).

Dans *Gesmonde*, l'appel portait sur la quantification de la perte de profit subie par l'intimée qui aurait dû obtenir de Gesmonde un contrat de sous-traitance en électricité. Le premier juge avait accordé une indemnité correspondant au profit brut généralement tiré de ses contrats par l'intimée. Le taux de profit brut — 22,6 % — avait par la suite été réduit⁷¹ pour prendre en compte certains frais d'exploitation de l'entreprise.

Or, devant la Cour d'appel, le quantum des dommages sera considérablement diminué. Selon la Cour, le premier juge avait erré de façon manifeste puisque le témoignage du président de la réclamante avait révélé que l'entreprise avait soumissionné la main-d'œuvre au prix coûtant et qu'elle n'espérait tirer un profit que grâce à des escomptes qu'elle espérait obtenir sur le prix des équipements à intégrer au projet. La Cour accordera à l'intimée une indemnité correspondant à 15 % du gain représentant les escomptes à obtenir sur le matériel : 46 625,70 \$. Ce montant sera toutefois diminué ensuite pour en retrancher « certains frais d'exploitation » parce que la preuve démontrait en l'occurrence que ces frais s'accroissaient en fonction de l'augmentation du chiffre d'affaires, une indication que des frais variables y avaient probablement été comptabilisés. Sur la base de ce que démontraient les états financiers, la Cour en est arrivée à fixer à 5,2 % du montant de la soumission le gain que la réclamante pouvait espérer engranger en réalisant le contrat.

Selon la Cour, le caractère approprié de ce taux de gain applicable au contrat était démontré par le fait que le taux de profit net avant impôts de l'intimée était de 3,7 %. Or, comme ce taux de profit net prenait en compte l'amortissement comptable sur les équipements et autres biens, il n'y avait certainement pas lieu selon nous d'utiliser le taux de profit net pour calculer l'indemnité. En effet, la Cour explique que les amortissements sont des déductions légitimes à des fins fiscales, mais qu'ils ne représentent pas des coûts réels encourus dans l'immédiat. En tenant compte de ces amortissements, la Cour se conforte dans sa décision d'accorder les dommages en fonction d'un taux de gain de 5,2 % sur le prix du contrat manqué, un taux qui excédait le taux de bénéfice net de la demanderesse.

Puis se prononçant au sujet de l'arrêt *Acier Mutual*, la Cour dira ce qui suit :

« [6] En principe, ces profits doivent s'évaluer en fonction du contrat dont l'intimée a été privée. En d'autres mots, il faut

⁷¹ De 20 %.

évaluer le profit qu'aurait réalisé l'intimée si elle avait exécuté le contrat. *L'arrêt Acier Mutual Inc. c. Fertek inc.*, J.E. 96-602 (C.A.) n'établit pas que le profit perdu s'établit dans tous les cas en appliquant le taux moyen de profit de l'entreprise au prix du contrat manqué, mais plutôt que, faute d'une preuve suffisamment convaincante du profit qui aurait été réalisé à l'égard de ce contrat, la quantification du préjudice subi peut se faire à partir de la marge générale réalisée par l'entrepreneur, telle qu'elle appert de ses états financiers.

[7] De plus, il ne s'agit pas d'accorder le montant que la partie espérait réaliser lorsqu'elle a déposé sa soumission, mais bien celui qu'elle aurait de facto tiré de l'exécution de ce contrat si celui-ci avait été octroyé. En d'autres mots, le juge doit faire une projection de ce qui se serait passé. »⁷²

Selon nous, il est révélateur que dans cet extrait la Cour d'appel ne qualifie pas les « profits » dont elle parle comme des profits nets ou des profits bruts. Par ailleurs, ce *dictum* est aussi intéressant en ce qu'il invite à une évaluation du préjudice sur une base *in concreto* plutôt qu'en fonction d'une formule toute faite tirée de la jurisprudence et dont l'application peut s'avérer singulièrement inadéquate selon le contexte propre à chaque dossier.

Il nous semble qu'en rendant son jugement dans *Gesmonde*, la Cour d'appel souhaitait possiblement rectifier le tir quant à la lecture qui avait été faite de son arrêt *Acier Mutual* depuis que ce jugement avait été rendu, dix ans plus tôt. Toutefois, cela ne faisait pas pour autant de cette affaire *Gesmonde* un précédent de la stature de *Concreters Ready Mix* qui continuait alors à rester malencontreusement dans l'oubli.

Un an plus tard, en 2006, dans *MYG Informatique inc. c. René-Lévesque (Commission scolaire)*,⁷³ la Cour d'appel a eu une autre occasion de traiter de quantification de perte de profit. Il s'agissait du recours d'un fournisseur d'équipement informatique dont la candidature avait été injustement rejetée par la Commission scolaire intimée à l'issue de deux appels d'offres. Or, parce que l'action de l'appelante avait été rejetée en première instance, la Cour d'appel était aux prises avec un dossier grandement lacunaire au niveau de l'exercice de quantification des dommages.

⁷² *Supra*, note 64, p. 2.

⁷³ 2006 QCCA 1248.

On comprend de l'arrêt que la réclamation s'élevait à 15 % du prix des équipements que l'appelante estimait qu'elle aurait pu vendre à la Commission scolaire. Cette marge — une marge brute — lui était procurée au moyen d'un rabais qu'elle pouvait obtenir de son fournisseur dans la mesure où ses ventes atteignaient un certain seuil donnant lieu à des ristournes. Cependant, la preuve nécessaire pour établir le montant de ces ristournes manquait au dossier. De plus, il avait été établi en contre-interrogatoire que la « marge de profit » - nous comprenons du jugement qu'il s'agissait de profits nets — de la société s'était chiffrée à 6,45 %, 0,42 % et 4,8 % pour les trois années pertinentes aux fins de l'évaluation. Sur cette base, la Cour d'appel rejeta la réclamation fondée sur un taux de gain de 15 %.

Tenant compte d'une preuve qui établissait que les contrats de l'appelante conclus avec des organismes publics étaient plus rentables que la moyenne des contrats de l'entreprise, la Cour accordera des dommages se chiffrant à 8 % du prix de vente des équipements que l'appelante aurait dû pouvoir vendre à la Commission scolaire à l'issue des appels d'offres, n'eût été de la faute reprochée à cette dernière.

Dans *MYG Informatique*, malgré les carences de preuve observées, la Cour d'appel cherchera à déterminer l'indemnité en tenant compte de la rentabilité particulière qui était attendue des ventes perdues en raison de la faute. Cette affaire illustre bien l'interprétation qu'il faut tirer de l'affaire *Gesmonde* et de la relecture qu'elle comporte de l'arrêt *Acier Mutual*: ce ne serait qu'en l'absence d'une meilleure preuve que l'on devrait se replier sur la marge bénéficiaire nette de la société pour déterminer le montant des dommages subis. À cet égard, dans *MYG Informatique*, le juge Morissette s'exprimait d'ailleurs comme suit :

« Notre Cour a récemment réitéré dans l'arrêt *Construction Gesmonde* une règle tirée de l'arrêt *Acier Mutual inc. c. Fertek inc.* et que l'on peut exprimer comme ceci : faute d'une preuve suffisamment convaincante du profit qui aurait été réalisé à l'égard du contrat adjugé à un tiers, la quantification du préjudice subi peut se faire à partir de la marge généralement réalisée par l'entrepreneur, telle qu'elle apparaît de ses états financiers. Les exemples sont assez fréquents en jurisprudence récente portant sur des litiges du même genre, d'une preuve basée sur des états financiers. »⁷⁴

⁷⁴ *Ibid.*, p. 25.

Cela étant dit, nous le répétons, nous contestons l'idée qu'une quantification du gain manqué à la suite de la perte d'un contrat puisse être valablement réalisée en appliquant au revenu perdu la marge bénéficiaire nette de la victime, et ce, même après y avoir apporté des ajustements tels que ceux qui furent apportés dans les jugements discutés dans la présente section. Cela entraîne — nous l'avons vu — une sous-indemnisation importante de la victime en ce que cette méthode — décrite comme un palliatif à une preuve déficiente - ne peut permettre de reconstituer le patrimoine de la victime. En effet, cette méthode sous-évalue nécessairement les dommages subis.

5.5 L'arrêt *Electrolux c. AIM* : la notion de réparation intégrale du préjudice passée au déchiqueteur à ferraille ?

L'arrêt *Electrolux*, qui fut rendu à l'automne 2016, et qui est le prétexte initial de notre étude, est une décision traitant de l'évaluation des dommages résultant de la rupture d'un contrat d'approvisionnement en rebus de métal. Cette affaire récente constitue un cas-type très intéressant pour examiner et faire le point sur l'attitude de notre Cour d'appel face aux enjeux liés à la quantification de la perte de profit en matière commerciale.

Il est vrai que cette affaire soulève des enjeux liés à la suffisance de la preuve présentée et non seulement des questions propres à la quantification des dommages. Il demeure toutefois que, de notre point de vue et soit dit en tout respect, la Cour d'appel semble errer dans *Electrolux* quand elle y aborde la notion de perte de profit.

Dans notre analyse de cette décision, nous chercherons à faire abstraction des enjeux liés à la preuve afin de nous attarder uniquement au thème qui justifie notre commentaire, soit celui de la méthodologie de quantification du gain manqué.

a) Jugement de première instance

L'arrêt *Electrolux* résulte de l'appel d'une décision de première instance,⁷⁵ rendue par l'honorable juge Stéphane Sansfaçon de la Cour supérieure, dans laquelle *Electrolux Canada* (« *Electrolux* ») avait été condamnée à payer à la demanderesse *American Iron Metal LP* (« *AIM* ») la somme de 1 679 549,43 \$. Le recours faisait suite à la rupture d'un contrat aux termes duquel la défenderesse avait, pendant une période

⁷⁵ *American Iron Metal, l.p. c. Electrolux Canada Corp.*, 2015 QCCS 245.

donnée, l'obligation de vendre à AIM la totalité des diverses catégories de rebus de métal produits par ses activités de fabrication d'appareils électroménagers à son usine de L'Assomption. Le prix d'achat de ce métal de rebus était déterminé en fonction d'une grille représentant les données évolutives du prix du marché pour les différentes catégories de rebus de métaux produits par Electrolux.

De son côté, selon la preuve retenue par le tribunal, AIM avait comme débouché pour ces métaux de rebus la fonderie Ivaco. Avec Ivaco, AIM avait convenu d'un contrat d'approvisionnement en vertu duquel elle s'engageait à répondre à tous les besoins exprimés par Ivaco en matière de métaux de rebus. Le prix du contrat à long terme entre Ivaco et AIM établissait un tarif à la tonne pour chaque catégorie de métaux livrés à la fonderie à partir du site d'entreposage d'AIM.

À la lecture du jugement de première instance, on apprend que les rebus acquis par AIM chez Electrolux ne représentaient qu'une fraction minimale des acquisitions de métaux réalisées par elle auprès de divers fournisseurs. En effet, alors qu'AIM recueillait typiquement un conteneur par jour à l'usine d'Electrolux, entre 100 et 500 conteneurs lui étaient livrés quotidiennement de sources diverses. On comprend aussi du premier jugement que la totalité du métal acquis par AIM auprès d'Electrolux était destinée à Ivaco, dont elle était le fournisseur exclusif et dont l'appétit en métal était insatiable.

Il appert du récit des faits en première instance⁷⁶ qu'Electrolux a décidé de rompre illégalement son contrat avec AIM parce qu'elle avait trouvé un acheteur prêt à payer davantage pour ses métaux. Ainsi, la question de la responsabilité d'Electrolux pour avoir illégalement rompu son contrat avec AIM ne fut pas un enjeu en appel. Comme la responsabilité d'Electrolux allait de soi, seule la question du quantum des dommages et de sa preuve était en litige.

En première instance, l'indemnité accordée par le juge du procès avait été établie en fonction de la différence entre le prix payé par AIM à Electrolux par rapport au prix payé par Ivaco à AIM pour chaque catégorie de métaux. Les calculs du juge furent d'ailleurs effectués en fonction des quantités réelles des divers types de métaux qui furent livrées à l'entreprise qui avait pris la place d'AIM comme acheteuse des rebus de métal après la rupture illégale du contrat par Electrolux.

⁷⁶ Récit qui, à cet égard, n'est pas remis en question en appel.

À partir du gain brut tiré sur le différentiel entre le prix d'achat et le prix de revente, le premier juge a cherché à isoler le bénéfice qui était procuré à AIM comme fruit de son contrat avec Electrolux. Pour ce faire, il s'est fondé sur une preuve dont il reconnaît qu'elle comportait certaines carences et, aux fins d'en arriver à arbitrer le montant de profit perdu, le premier juge exprime qu'il a pris ces carences en considération.

Pour l'établissement du bénéfice tiré du contrat par AIM, le premier juge tient compte de la preuve lui ayant été présentée pour déterminer les frais d'exploitation liés à l'achat et la revente du matériel qui était acquis chez Electrolux, puis revendu chez Ivaco. Il s'agissait essentiellement de frais de transport et de manutention et les frais de transport à la tonne étaient d'ailleurs admis.

Au sujet des frais de manutention et de transformation des matériaux, le juge a analysé la preuve faite des dépenses qui étaient occasionnées spécifiquement par les matériaux en provenance d'Electrolux. Il s'agissait d'une proportion des salaires des manutentionnaires et du coût de location d'une grue assortie d'un électro-aimant.

Dans sa preuve, la demanderesse avait estimé que les coûts à la tonne pour la grue aimantée et les employés manutentionnaires se chiffraient à 4,64 \$ par tonne. Or, compte tenu des carences de la preuve de ces déboursés, le juge a cru opportun de plutôt considérer des coûts de grue et de manutention de 10 \$ la tonne, coûts qui, additionnés aux coûts de transport, l'amènèrent à déterminer que les frais directement applicables à l'achat et la revente du matériel acquis d'Electrolux par AIM se chiffraient à 34 \$ par tonne.

Il convient de noter que le premier juge a ainsi réduit de 34 \$ par tonne le montant de bénéfice brut obtenu pour le métal de rebus, et ce, malgré qu'il ait reconnu qu'il était improbable que la perte pour AIM du contrat avec Electrolux ait eu la moindre influence sur ses besoins en main-d'œuvre aux fins de ses opérations étant donné que le volume de métal en provenance de l'usine Electrolux ne représentait qu'une fraction négligeable de l'ensemble du matériel acquis par elle sur une base quotidienne: entre 1 % et 0,2 %. Un seul voyage sur 100 à 500 chargements de rebus métalliques par jour.

Cela étant, le juge de la Cour supérieure a rejeté la prétention défendue au procès par le témoin expert d'Electrolux au sujet de l'ensemble des dépenses à considérer aux fins d'isoler le « gain manqué » d'AIM à la suite de la rupture du contrat l'unissant à Electrolux. En effet, dans son témoignage, l'expert en défense prônait que l'on devait prendre en

compte les coûts d'exploitation de l'entreprise en entier afin de déterminer le dommage découlant de la rupture du contrat. Clairement, le juge Sansfaçon avait rejeté la thèse voulant que les dommages soient établis en fonction d'un taux de bénéfice net appliqué aux revenus du contrat rompu. Son jugement a consisté à déterminer le bénéfice brut perdu par AIM en raison de la rupture du contrat.

Le premier juge a également rejeté la thèse de la défenderesse, soutenue par son expert, voulant que le préjudice de AIM était inexistant puisque la contravention à son contrat par Electrolux n'avait jamais placée AIM en rupture de stock par rapport à son acheteur, Ivaco. En effet, malgré la contravention d'Electrolux, compte tenu de ses multiples sources d'approvisionnement auprès de divers fournisseurs, AIM ne s'était jamais retrouvée dans une situation où elle avait été empêchée de vendre à Ivaco un volume de métal qu'Ivaco proposait de lui acheter. De même, AIM n'avait pas eu à acheter du matériel à un prix supérieur à celui qui était convenu avec Electrolux afin de respecter son engagement d'approvisionnement auprès d'Ivaco. Pour Electrolux, cela établissait que la rupture du contrat n'avait causé aucun préjudice à AIM.

Or, sur la base de la preuve présentée par la demanderesse établissant que, tôt ou tard, le matériel acquis d'Electrolux aurait été vendu à Ivaco, le premier juge a rejeté cette thèse et confirmé l'existence d'un préjudice subi par AIM. En l'occurrence, le fait que le contrat avec Ivaco était à très long terme, et le fait que le matériel commercialisé était, par nature, impérissable, contribuaient aussi à établir que le préjudice futur était bien réel.

Le juge de la Cour supérieure a donc retenu la preuve offerte par la demanderesse établissant que les apports supplémentaires de matériel en provenance d'Electrolux se seraient additionnés à la masse composant l'inventaire tournant d'AIM qui avait toujours vendu à Ivaco tout le matériel acquis par elle des sources diverses auprès desquelles elle s'approvisionnait. Ainsi, tôt ou tard, le matériel qui devait être procuré par Electrolux aurait été vendu à profit à Ivaco.

b) *Jugement de la Cour d'appel*

Dans son arrêt, la Cour d'appel va entièrement rejeter l'approche adoptée par le premier juge au chapitre de la quantification des dommages subis par AIM. Pour une partie importante, le motif de ce rejet réside dans ce qui serait son erreur manifeste et dominante en lien avec le traitement de la preuve présentée au sujet des dommages. Le

premier juge aurait jugé et accordé des dommages malgré une carence, voire une absence, de preuve. Selon la Cour, le premier juge ne pouvait pallier cette absence de preuve en arbitrando l'indemnité. Ce faisant, il errait de façon manifeste et dominante.

La Cour d'appel reproche également au premier juge d'avoir considéré la preuve des dommages de la demanderesse, malgré que cette preuve n'était pas soutenue par l'opinion d'un expert.

De plus, la Cour indique qu'elle aurait, quant à elle, souscrit à l'opinion exprimée par l'expert en défense voulant que la détermination du « profit » perdu par AIM ne pouvait se faire qu'en prenant en compte l'ensemble des frais d'exploitation de la société. Or, comme cette preuve n'avait pas été faite et que les états financiers d'AIM n'avaient pas été produits, la preuve des dommages en demande ne respectait pas les conditions de validité minimales qui, selon la Cour d'appel, s'imposaient à la réclamante.

Concluant être face à une réclamation pour perte de profit non-valablement prouvée, la Cour rejeta donc la réclamation telle que présentée par AIM.

Toutefois, comme le montant du prix excédentaire obtenu par Electrolux de l'acheteur substitué à AIM avait été établi en preuve, la Cour a jugé bon de remplacer la condamnation initiale qui avait visé Electrolux (1 679 549,43 \$), par une condamnation au montant correspondant au gain supplémentaire tiré par Electrolux des ventes de rebuts de métal réalisées après la rupture (110 795 \$).

Dans l'arrêt, quatre paragraphes révèlent de façon éloquente la profonde divergence de vues entre le banc de la Cour d'appel et le premier juge. Ces paragraphes constituent à notre avis le cœur du jugement de la Cour d'appel.

« [13] Respondent could have sought to recoup its loss by proving an increased cost in sources of supply, alternate to Appellant. Instead, as was its right, Respondent sought the “profit of which it was deprived” because of Appellant’s breach. At paragraph 59 of the judgment, the judge erroneously described such profit as “...la différence entre le prix payé et le prix vendu, moins les coûts d’exploitation de l’entreprise pour cette activité”. In other words, he equates lost profit to revenue minus certain direct costs, as stated above.

[16] *Appellant's expert testified clearly and without contradiction, that loss of profit cannot be calculated without operating costs. The expert stated that there was no indication of sales' commission if any, overall salaries (i.e. not merely labour costs connected directly with the performance of this contract), costs of maintenance of machinery, depreciation and electricity. I would add to this enumeration, rent and fixed costs for mortgage, real estate tax, bank interest, utilities generally, insurance and administration.*

[17] *Respondent's attorney pleaded that overhead is a constant so that the proof of these cost items is unnecessary to show the loss of profit from this contract. The position is specious since, if it were true, then the contract in question would necessarily be treated for present purposes as supporting less operating expense and thus generating a higher profit margin than the rest of the Respondent's activities.*

[18] *I consider the absence of the proof of Respondent's overall costs enumerated above to be fatal to the proof of loss of profit. Respondent had the burden of proof of such loss. The judge's error in this regard is palpable and overriding and, given the absence of evidence, we cannot substitute our judgment for that of the trial judge by calculating a gross margin and applying it to the anticipated lost revenue as calculated by the judge to arrive at a figure of lost profit. »⁷⁷*

c) *Analyse*

Si la motivation principale de l'arrêt *Electrolux* était simplement le constat d'une carence de preuve, il s'agirait d'un jugement relativement banal et il ne vaudrait guère la peine de le commenter. Bien ou mal fondé, le jugement serait alors uniquement un cas d'espèce et il aurait été léger de conséquences. Cela dit, nous nous en voudrions de ne pas souligner à quel point le critère de perfection de la preuve des dommages semble avoir été placé à un niveau élevé dans *Electrolux* en comparaison au niveau où on le retrouve dans de multiples autres jugements, dont des jugements de la Cour d'appel, où l'on énonce que malgré que la tâche de quantifier le dommage soit difficile, les juges doivent tout de même y procéder, quitte à en être réduits à procéder à un arbitrage pour fixer

⁷⁷ *Supra*, note 2, p. 2-3.

l'indemnité. De nombreux exemples de cela ponctuent la jurisprudence.⁷⁸

Or, à l'évidence, le jugement de la Cour d'appel n'est pas seulement motivé par l'existence de faiblesses dans la preuve. Il est en réalité fondé d'abord et avant tout sur le fait que la Cour rejette la vision du premier juge sur ce qui constituait le fardeau de la preuve dont la demanderesse devait se décharger si elle voulait démontrer son gain manqué découlant de la rupture du contrat.

C'est cette mésentente qui justifie, à notre avis, que l'on s'attarde à l'arrêt *Electrolux*. Cette mésentente fait d'*Electrolux* un arrêt qui a de l'importance. Malgré qu'ils soient tirés d'un jugement qui rejette la réclamation de la victime basée sur sa propre perte, les passages cités contiennent des lignes directrices cruciales.

En l'espèce, compte tenu de la preuve faite de la capacité virtuellement illimitée d'AIM de vendre des rebuts de métal à Ivaco, le fait pour AIM de ne plus pouvoir obtenir les rebuts de métal d'Electrolux correspond à une perte de la capacité de vendre les matériaux qui étaient l'objet du contrat rompu. De cette perte de capacité de vendre résultait à l'évidence selon nous un dommage correspondant à la différence entre le prix de vente et le prix d'achat à la tonne, cette différence devant être réduite des dépenses liées directement à l'opération d'achat et de revente des matériaux qu'Electrolux avait décidé de vendre ailleurs.

Or, pour la Cour d'appel, prouver les données permettant de réaliser ce calcul ne constituait pas la preuve valable du « profit » manqué par AIM. Selon l'arrêt, la preuve du profit impliquerait la prise en compte de l'ensemble des dépenses liées à l'exploitation de l'entreprise victime de la faute. Ainsi, il n'y aurait eu perte sur le contrat rompu que dans la mesure où l'ensemble des activités de AIM étaient profitables et cette perte serait limitée au taux de ce bénéfice net appliqué au montant du contrat rompu.

Il est pourtant évident que la marge brute tirée du contrat avec Electrolux était de nature à permettre à AIM de couvrir en partie ses frais généraux et, éventuellement, de générer des profits. Dans

⁷⁸ Voir notamment : *Procureure générale du Québec c. Inter-Cité Construction ltée*, 2017 QCCA 1525; *Banque de Montréal c. TMI-Éducation.com inc. (Syndic de)*, 2014 QCCA 1431; *Brizard c. McNicoll*, 2013 QCCA 2192; *Sunrise Tradex Corp. c. Tri-Caddi International Inc.*, 2011 QCCA 2064, requête pour permission d'en appeler refusée, 2012 CarswellQue 4403 (CSC); *Société de gestion des activités communautaires de l'Île Notre-Dame c. Renaud*, 2004 CarswellQue 583 (C.A.); *Provigo inc. c. 9007-7876 Québec inc.*, 2004 CarswellQue 10072 (C.A.); *Beaver Foundations Ltd./Fondations Beaver ltée c. R.N.R Transport*, [1993] R.L. 391 (C.A. Qué.).

l'alternative, nul doute, compte tenu des éléments de preuve exposés dans le jugement de première instance, que le contrat avec *Electrolux* aurait permis à AIM de réduire ses pertes si tant est que l'entreprise avait été déficitaire.

Dans *Electrolux*, la Cour d'appel va plus loin qu'elle n'était jamais allée dans l'expression de l'idée qu'il existerait une règle imposant de quantifier le dommage pour perte de profit en fonction du taux de bénéfice net. À ce titre, le jugement vient en contradiction avec plusieurs de ses jugements antérieurs où elle a utilisé la marge bénéficiaire brute afin de quantifier la perte de profit. Par ailleurs, avec *Concreters Ready Mix*, le choc est frontal.

Selon nous, le décalage entre l'orientation mise en application par le premier juge et celle très différente qui fut préconisée par la Cour d'appel découle peut-être en partie de l'utilisation d'un vocabulaire imprécis — le terme « profit » - qui, en l'occurrence, est sans doute aggravée par la dualité linguistique du Québec et de son *Code civil*. Nous en avons traité. Cela étant dit, au-delà de l'enjeu lié au vocabulaire, nous croyons qu'*Electrolux* résulte sans doute d'une confusion malheureuse dans l'utilisation de concepts comptables.

Or, étant donné la position qu'occupe la Cour d'appel dans la hiérarchie de nos tribunaux, les énoncés cités, tirés d'un arrêt récent, qui sont d'ailleurs ceux d'une formation unanime, ont le potentiel pour faire école. Ces énoncés ne sont pas banals puisqu'ils font triompher l'idée que les dommages pour gain manqué devraient être déterminés en fonction d'un taux de profit net. Soit dit en tout respect, une telle idée, exprimée comme s'il s'agissait d'une règle générale, est contraire aux principes de la juricomptabilité. Nous l'avons vu.

Incidemment, *Electrolux* constitue en plus un très rare exemple d'un cas où l'indemnisation d'une victime d'une perte monétaire est déterminée en fonction du gain que la faute a permis au contrevenant de réaliser. Dans cette perspective, étant donné l'échec du réclamant dans sa démarche visant à prouver son préjudice, on lui procure une forme de prix de consolation consistant à dépouiller l'auteur de la faute du gain que sa contravention lui a procuré. Cette façon d'envisager l'indemnisation la transforme en une pénalité en s'écartant du même coup du principe de la réparation intégrale du préjudice. En effet, la démarche ne consiste alors plus du tout à replacer la victime dans la situation économique qui aurait été la sienne n'eût été de la faute. Même si un tel jugement n'était pas une première dans les annales judiciaires de la Cour

d'appel,⁷⁹ des questions sérieuses peuvent être soulevées puisque cette façon d'établir l'indemnisation en droit civil ne semble pas avoir été envisagée par le législateur.

De notre point de vue, tel que nous l'avons exprimé abondamment dans notre texte, la prise en compte de l'ensemble des coûts d'opération d'une entreprise aux fins de déterminer l'ampleur de la perte subie sur une opération donnée ne se justifie ni en termes juridiques, ni en termes comptables. Cela constitue d'ailleurs potentiellement une atteinte très grave au principe de la réparation intégrale du préjudice.

Le retour aux principes de base présidant à l'évaluation des dommages, appuyé d'un soutien de la juricomptabilité aux fins de démystifier certains concepts, s'impose afin de favoriser la rectification du droit positif en matière d'évaluation du préjudice pour perte de profit.

À cette fin, il nous semble évident que la solution pourrait résider dans un geste de la Cour mettant un terme à la mise au rencart de *Concreters Ready Mix* qui est à la fois étonnante et très peu heureuse. Nul doute, que l'arrêt *Concreters Ready Mix* constitue une balise fiable aux fins d'évaluer adéquatement le manque à gagner résultant de la rupture d'un contrat. Or, il se trouve qu'il est littéralement aux antipodes du jugement *Electrolux*.

6. CONCLUSION

La revue de la jurisprudence à laquelle nous avons procédé démontre qu'au cours des quarante dernières années, le parcours de la Cour d'appel du Québec sur la question de la quantification du gain manqué en matière commerciale est un parcours des plus sinueux. On a du mal à y trouver un fil conducteur. Certains jugements sont clairement contradictoires.

On y observe aussi une tendance à limiter le montant des indemnités ce qui, en matière d'indemnisation pour perte de profit, se traduit par l'existence d'une « quasi règle juridique » en vertu de laquelle, à défaut que soit offerte une preuve éloquente démontrant qu'ils s'élèvent à un montant plus élevé, les dommages pour profits perdus devraient se limiter au pourcentage de marge bénéficiaire nette appliqué aux revenus

⁷⁹ Voir *Uni-Sélect inc. c. Aktion Corp.*, 2002 CarswellQue 1896, REJB 2002-33889 (C.A.), requête pour permission d'en appeler rejetée, 2003 CarswellQue 1188 (CSC) où l'on avait aussi procédé de la sorte. *France Animation c. Robinson*, 2011 QCCA 1361, partiellement renversé 2013 CarswellQue 12345 (CSC) se distingue quant à elle du droit civil général puisqu'il s'agissait en l'occurrence d'indemniser la victime de la violation de son droit d'auteur.

perdus à cause de la faute. Cette « quasi règle », qui semble établie sur le postulat que le bénéfice net et le bénéfice brut seraient interchangeables quand il s'agit de quantifier le préjudice pour gain manqué, constitue une dérive du droit positif par rapport aux principes de base de la science comptable.

On observe finalement un glissement. Il y a quarante ans, la Cour rendait dans *Concreters Ready Mix* un jugement clair et limpide qui explique comment et pourquoi on doit indemniser le préjudice résultant de la rupture d'un contrat rompu ou perdu en recherchant la marge bénéficiaire brute qui en aurait été tirée. Ce jugement a malheureusement été complètement oublié. Or, il y a tout juste un an, en quatre paragraphes, la Cour exprimait exactement le contraire. Jamais, selon nous, avant son arrêt *Electrolux*, la Cour d'appel n'était allée aussi loin dans un énoncé de principe destiné à limiter au taux de la marge bénéficiaire nette appliquée au montant du contrat perdu ou rompu, l'indemnité pour gain manqué en matière commerciale.

Ce faisant, elle contrevenait selon nous, et soit dit avec respect, aux principes de juricomptabilité en matière de quantification de dommages économiques et elle heurtait la règle de réparation intégrale du préjudice. Reste à voir quel impact l'arrêt *Electrolux* aura sur le droit positif.

Souhaitons que cet impact sera limité.

