

Repères, Septembre, 2020

John CLIFFORD* et Graham BEVANS*

Chronique – Les conséquences incertaines de la renonciation aux dommages résultants dans les conventions de F&A

Indexation

OBLIGATIONS ; CONTRAT ; EFFETS ENTRE LES PARTIES ; CLAUSE D'EXONÉRATION ; EXÉCUTION ; EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ ; EXÉCUTION PAR ÉQUIVALENT ; DOMMAGES-INTÉRÊTS

TABLE DES MATIÈRES

[INTRODUCTION](#)

[LES CATÉGORIES DE DOMMAGES RECOUVRABLES](#)

[MISE EN GARDE](#)

Résumé

Les auteurs traitent des catégories de dommages recouvrables ou non en lien avec les clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité.

INTRODUCTION

Les clauses d'exclusion et de limitation de responsabilité sont un élément essentiel des dispositions d'indemnisation dans les conventions de fusion et acquisition (F&A) et autres contrats commerciaux. Ces clauses servent à répartir les risques liés à l'opération entre les parties de manière très directe, en limitant ou en empêchant le recouvrement de certains types de dommages pouvant être réclamés si le contrat est violé ou qu'une déclaration se révèle fausse.

En ce sens, elles sont très simples. C'est peut-être la raison pour laquelle on n'y fait pas très attention dans le cadre de négociations contractuelles.

Ainsi, même lorsque le reste des dispositions d'une convention de F&A sont examinées à la loupe et négociées de manière très serrée, il n'est pas rare de voir des parties reprendre des clauses d'exclusion ou de limitation de responsabilité standards sans guère de discussion. Ces clauses visent souvent les dommages « résultants » (*consequential damages*) et les dommages « indirects » et les sous-catégories telles que la « perte de profits », le « manque à gagner » (*loss of profits*) ou la « perte de revenus » et empêchent le recouvrement de ces dommages. Toutefois, pour les avocats agissant dans le cadre d'une opération de F&A, l'emploi systématique de ces termes crée l'illusion que tout le monde en comprend la signification. La vérité est un peu plus complexe qu'il n'y paraît, et un examen des commentaires et de la jurisprudence canadienne actuels révèle que ces termes ne sont pas assortis de définitions juridiques stables.

LES CATÉGORIES DE DOMMAGES RECOUVRABLES

Les principes sous-jacents au recouvrement de dommages pour bris de contrat ne sont pas récents et remontent à la célèbre affaire *Hadley v. Baxendale* ((1854) 156 E.R. 145), dans laquelle le demandeur réclamait des dommages dans le cadre d'un différend portant sur un bris de vilebrequin. La Cour a posé le principe selon lequel les dommages réclamés par un plaignant sont ceux que les parties peuvent raisonnablement envisager lors de la formation du contrat. Cette méthode ne vise pas nécessairement à indemniser toutes les pertes subies par une partie, mais vise ce qui est promis dans un contrat et tente, autant qu'une réparation pécuniaire puisse le faire, de remettre le plaignant dans la position qu'il avait négociée, n'eût été du bris de contrat.

Les tribunaux et les commentateurs ont depuis lors généralement compris cette méthode comme créant deux catégories de dommages recouvrables selon leur prévisibilité et leur caractère éloigné. Dans le premier cas, les dommages sont ceux qui sont objectivement prévisibles et dont on peut raisonnablement dire qu'ils découlent naturellement du bris de contrat lui-même ou que les parties les ont raisonnablement prévus lorsqu'elles ont conclu le contrat. Dans le second cas, les dommages sont ceux qui sont subjectivement prévisibles et qui découlent des circonstances particulières d'une partie et se situent en dehors du cours normal des choses. Cette seconde catégorie de dommages n'est recouvrable que si les circonstances particulières ont été communiquées à la partie défaillante et que les dommages réclamés sont ceux dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils découlent du bris de contrat dans les circonstances. Si les pertes ne relèvent pas de l'une ou l'autre catégorie, elles ne sont pas prévisibles et elles sont trop éloignées pour pouvoir être recouvrées.

Bien que l'existence de ces deux catégories soit largement reconnue, la question de savoir quelles pertes tombent dans l'une ou l'autre de ces catégories (et comment) fait l'objet de débats et prête à confusion. Elle a des conséquences directes sur les clauses d'exclusion de dommages, car le libellé utilisé par les tribunaux et la doctrine pour décrire ces dommages sous chacune de ces catégories est largement repris par les avocats qui rédigent des contrats dans le cadre d'une opération de F&A. Le problème est que le sens de ces termes ne fait pas consensus. En fait, il existe différentes manières de faire la distinction entre les catégories de dommages et de définir les divers termes employés pour décrire les dommages entrant dans l'une ou l'autre de ces catégories.

Les termes « dommages généraux » (*general damages*) et « dommages directs » (*direct damages*) sont largement employés pour décrire les pertes relevant de la première catégorie, et les termes « dommages résultants » (*consequential damages*) et « dommages indirects », pour décrire les dommages relevant de la seconde catégorie. Alors que dans la décision *Hadley*, la discussion était centrée sur la notion de prévisibilité, pour beaucoup, ces termes supposent une distinction fondée sur le lien de causalité entre les dommages et le bris de contrat. Selon cette compréhension, les dommages de la première catégorie sont le résultat immédiat et direct du bris de contrat. Ils sont parfois appelés les conséquences naturelles, voire physiques ou matérielles du bris de contrat. Les dommages relevant de la seconde catégorie visent les conséquences moins directes ou les conséquences postérieures du bris de contrat lui-même, ou encore les suites des conséquences immédiates qui relèvent de la première catégorie de dommages. Fort heureusement, la plupart des décisions des tribunaux canadiens semblent suivre la dichotomie initiale énoncée dans l'arrêt *Hadley* et faire une distinction entre les dommages directs et les « dommages résultants » (*consequential damages*) selon le critère de la prévisibilité et, le cas échéant, la mesure de cette prévisibilité. Néanmoins, les explications fondées sur le lien de causalité trouvent encore écho auprès d'une minorité de juges, de commentateurs et d'avocats.

Un examen attentif de la jurisprudence connue fait ressortir qu'une ambiguïté importante demeure et que la manière dont ces termes doivent être employés et leur signification sont loin de faire l'objet d'un consensus. Pourtant, de nombreux avocats agissant dans le cadre d'opérations les traitent comme des concepts largement compris. Cette confusion entourant une terminologie apparemment de base pose des risques réels pour l'emploi de clauses standards simples d'exclusion et de limitation de responsabilité couramment employées dans le cadre d'opérations de F&A et d'autres opérations commerciales. La méthode initiale fondée sur la prévisibilité énoncée dans l'arrêt *Hadley* et l'approche double du lien causal ne conduisent pas toujours aux mêmes résultats lorsqu'il s'agit de qualifier les dommages et, appliquées au libellé d'un contrat, lorsqu'il s'agit de déterminer si les parties ont convenu d'exclure ou de limiter le recouvrement de dommages-intérêts.

La question de savoir comment les parties et les tribunaux font la distinction entre les catégories de dommages et définissent ces termes revêt une importance primordiale. Par exemple, si un juge applique une clause d'exclusion des « dommages résultants » (*consequential damages*) sur le fondement de la prévisibilité d'une perte en particulier, ce résultat pourrait paraître surprenant à une partie qui pensait que le terme limitait le recouvrement uniquement aux pertes immédiates occasionnées par le bris de contrat et non aux effets postérieurs de ce bris. Si un acquéreur acquiert un actif générateur de revenus, comme une pièce d'équipement qui fonctionne mal ou une entreprise qui doit fermer ses portes temporairement en raison des restrictions liées à la pandémie de COVID-19 par exemple, les revenus ou les bénéfices liés à cet actif qui ont été perdus constituent fort probablement une perte directe dans la mesure où les dommages sont objectivement prévisibles. Toutefois, on pourrait soutenir que ces revenus ou bénéfices perdus sont aussi des dommages résultants (*consequential damages*) en ce qu'ils sont la conséquence d'une situation qui a été causée par le bris lui-même. Que cette interprétation joue en faveur du plaignant ou du défendeur dans le cadre d'un litige lié à un bris de contrat sera surtout une question de faits, et indépendamment de la question de savoir qui en bénéficie, elle signifie que les parties ont été tenues de supporter une série de risques bien différents de ceux qu'elles ont négociés.

En conséquence d'une telle situation, les avocats qui agissent dans le cadre d'opérations au Canada ne peuvent pas reprendre des clauses standards d'exclusion et de limitation de responsabilité sans les avoir d'abord examinées, parce que toute disposition qui exclut simplement des pertes comme des « dommages résultants » (*consequential damages*) est source d'ambiguïté dans la convention d'acquisition. En droit canadien, il n'existe aucune présomption ou règle qui permet une définition prévisible de ces expressions, et les avocats ne devraient pas agir comme si c'était le cas. Les avocats qui agissent dans le cadre d'opérations de F&A devraient traiter ces expressions comme toute autre modalité d'une convention de F&A et, selon ce qui est approprié pour l'opération, définir de manière plus précise les exclusions de pertes et les limites au recouvrement des dommages s'y rapportant. Toute perte particulière pouvant être cernée devrait être décrite expressément. On évite ainsi le dilemme de savoir si une perte particulière devrait être interprétée à la lumière d'autres modalités (par exemple, en tant que sous-ensemble de celles-ci). Ni les parties à une opération ni leurs avocats ne peuvent présumer que l'autre partie ou un juge comprendra de la même manière qu'eux la teneur de ces expressions courantes.

Pour un examen approfondi de la jurisprudence et une analyse des questions entourant ces expressions et des termes connexes souvent mal compris comme « dommages incidents » et « dommages spéciaux », nous vous invitons à prendre connaissance de notre article (corédigé avec notre collègue Charlotte Conlin), « The Uncertain Consequences of Waiving Consequential Damages » ((2020), 63 C.B.L.J. 178) récemment publié dans le *Canadian Business Law Journal*¹ (avec abonnement) et aussi disponible sur notre site Web².

Pour en savoir plus à ce propos, communiquez avec les personnes suivantes :

Toronto	John Clifford	416.865.7134	john.clifford@mcmillan.ca
Toronto	Graham Bevans	416.865.5514	graham.bevans@mcmillan.ca

MISE EN GARDE

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt consulter ses propres conseillers juridiques.

* M^e John Clifford est un associé du groupe de droit des affaires chez McMillan. M^e Graham Bevans est sociétaire au sein du même cabinet. Le présent texte a été publié sur le site du cabinet en août 2020.

[1. https://www.thomsonreuters.ca/en/westlawnnext-canada/canadian-business-law-journal.html](https://www.thomsonreuters.ca/en/westlawnnext-canada/canadian-business-law-journal.html).

[2. https://mcmillan.ca/webfiles/The-Uncertain-Consequences-of-Waiving-Consequential-Damages.pdf](https://mcmillan.ca/webfiles/The-Uncertain-Consequences-of-Waiving-Consequential-Damages.pdf).

Date de dépôt : 14 septembre 2020

Éditions Yvon Blais, une société Thomson Reuters.

©Thomson Reuters Canada Limitée. Tous droits réservés.