

# Clauses de recours exclusif: note et exemple de formulation

Full Description

## **Introduction**

Une clause de recours exclusif décrit les voies de recours dont une partie dispose pour un événement particulier exclusivement et exclut toute autre voie de recours. Une clause de dommages-intérêts conventionnels définit au préalable les dommages-intérêts et empêche les parties de demander des dommages-intérêts généraux. Les entrepreneurs demandent habituellement d'inclure une clause de recours exclusif dans un contrat. Du point de vue d'un propriétaire (généralement l'autorité publique), une clause de recours exclusif peut présenter un risque: elle peut empêcher le recouvrement des dommages-intérêts qui ne sont pas spécifiquement prévus dans le contrat.

Cette note étudie l'utilisation d'une clause de recours exclusif et quelques questions à prendre en considération lors de l'élaboration ou de la négociation d'une telle clause.

## **Position juridique**

Dans les juridictions soumises à la « common law », un contrat est une preuve concluante de l'accord entre les parties au contrat. Si les parties conviennent clairement et sans ambiguïté que leurs seuls recours sont ceux définis dans le contrat, ils seront rattachés par ces termes. Toutefois, les tribunaux d'un certain nombre de juridictions soumises à la « common law » ont été réticents à arriver à cette conclusion sans preuve précise d'une intention des parties de se soustraire à leurs droits légaux. [1] Cela signifie que, si le droit de poursuite de la « common law » pour manquement au contrat doit être contractuellement retiré, cela nécessite une formulation précise et sans ambiguïté.

## **Perspective de l'entrepreneur**

Afin d'être certain de leurs responsabilités potentielles, les parties peuvent souhaiter inclure une clause de recours exclusifs. Habituellement, l'entrepreneur est intéressé pour limiter ses engagements à ce qui est défini dans le contrat (par exemple, un taux de dommages-intérêts conventionnels en cas de retard et, le cas échéant, en cas de performance insuffisante de l'installation ou de l'équipement, ou bien un plafond pour le montant des dommages-intérêts conventionnels pour un unique manquement ou pour l'ensemble de ses responsabilités.

## **Perspective du propriétaire**

Le propriétaire est généralement moins intéressé par l'ajout d'une clause de recours exclusif. Une clause de recours exclusif limite le droit du propriétaire à recevoir des dommages-intérêts pour manquements de la part de l'entrepreneur à remplir ses obligations contractuelles relatives à ces mesures prévues dans le contrat, à moins que ce contrat prévoie une exception.

Par exemple, prenez le cas où le contrat ne prévoit aucune disposition pour le recouvrement de dommages-intérêts autres que les dommages-intérêts conventionnels. Si l'entrepreneur a soit versé le montant maximal de dommages-intérêts conventionnels, soit livré l'installation de façon à ce qu'aucun dommages-intérêts conventionnels ne soit dus (c'est à dire qu'elle est livrée à temps et répond aux spécifications), mais qu'il se trouve que, une fois la livraison effectuée, le propriétaire souhaite déposer une réclamation, par exemple pour défaut de conception qui se manifeste une fois les travaux terminés, alors le propriétaire ne sera aucunement en droit de recouvrer toute forme de dommages-intérêts, dans la mesure où le contrat exclut tout

recours pour vices cachés.

Le problème est intensifié puisque la plupart des réclamations effectuées par un propriétaire se rapportera, en quelque sorte, au rendement de l'installation ou de l'équipement et les dommages-intérêts conventionnels de rendement ont été définis comme étant le seul recours possible en cas d'échec de l'installation ou de l'équipement à fonctionner de la manière requise. Par exemple, pour déterminer si l'installation ou l'équipement est adaptée à son usage, la réponse dépendra nécessairement du niveau et de la qualité du rendement de cette installation ou de cet équipement.

Outre les réclamations relatives à la conformité à l'usage prévu, un propriétaire peut également souhaiter faire des réclamations pour, entre autres choses, manquement au contrat, violation de garantie ou de négligence.

Dans un contrat, la clause de recours exclusif et les dommages-intérêts conventionnels comme seuls recours pour retard et rendement insuffisant représentent le risque le plus important pour un propriétaire. Si, pour quelque raison que ce soit, les régimes de dommages-intérêts conventionnels sont considérés comme invalides, le propriétaire ne pourra exercer aucun recours contre l'entrepreneur dans la mesure où il ne serait pas en droit de recouvrer des dommages-intérêts généraux en justice. De cette façon, l'entrepreneur serait dégagé de toute responsabilité pour retard de livraison et rendement insuffisant de l'installation ou de l'équipement.

## **Suggestion de rédaction**

Dans les contrats qui contiennent une clause de recours exclusif, le propriétaire doit veiller à ce que toutes les exceptions nécessaires soient expressément incluses dans le contrat. En outre, il faut inclure la rédaction afin de permettre au propriétaire de recouvrer des dommages-intérêts généraux en justice en cas de retard et de rendement insuffisant si les régimes de dommages-intérêts conventionnels du contrat ne sont pas considérés comme valides.

Pour protéger la position d'un propriétaire (si, pour quelque raison que ce soit, des dommages-intérêts conventionnels se trouvent être inapplicables et qu'il y ait une clause de recours exclusif), les clauses suivantes peuvent être incluses dans le contrat:

*« [ ].1 Si la clause [dommages-intérêts conventionnels pour retard] s'avère être, pour quelque raison que ce soit, nulle, invalide ou autrement inopérante de façon à priver le Propriétaire de la possibilité de réclamer en justice des Dommages-intérêts pour Retard, le Propriétaire est en droit de réclamer des dommages à la loi à l'Entrepreneur pour son manquement à terminer les travaux avant la Date d'Achèvement Pratique. [ ].2 Si [ ].1 s'applique, les dommages réclamés par le Propriétaire ne doivent pas dépasser le montant indiqué au point [ ] de l'Annexe [ ] pour un jour de retard, et ne doivent pas dépasser le pourcentage du Prix du Contrat spécifié dans au point [ ] de l'Annexe [ ] pour retard cumulé. »*

Si les dommages-intérêts conventionnels sont considérés comme inapplicables pour quelque raison que ce soit, ces clauses (qui peuvent également s'appliquer à des dommages-intérêts conventionnels pour performance) n'empêchent pas le propriétaire de recouvrer des dommages-intérêts généraux en justice. Cependant, le montant des dommages-intérêts qui peuvent être recouverts en justice sera limité au montant des dommages-intérêts conventionnels que le propriétaire aurait pu recouvrer en vertu du contrat si le régime de dommages-intérêts conventionnels n'avait pas été considéré comme invalide. Pour cette raison, la rédaction proposée devrait être commercialement acceptable pour un entrepreneur dans la mesure où sa responsabilité en cas de retard et de rendement insuffisant restera inchangée par rapport à l'accord original envisagé par les parties lors de la conclusion du contrat.

En outre, si le contrat exclut le droit des parties à faire valoir leurs pertes directes ou indirectes, ces clauses peuvent constituer une exception à cette exclusion. La logique étant que les taux de dommages-intérêts

conventionnels sont susceptibles d'inclure un élément de pertes directes ou indirectes.

## **Conclusion**

Si une clause de dommages-intérêts conventionnels s'avère être invalide, alors un propriétaire ne conservera son droit à recouvrer des dommages-intérêts généraux en justice qu'en l'absence d'une clause de recours exclusif au contrat.

Pour cette raison, il est préférable pour un propriétaire de ne pas inclure une clause de recours exclusif dans le contrat, ce qui limite les recours à sa disposition pour tout manquement ou défaillance de l'entrepreneur [2].

Cependant, si un entrepreneur insiste pour ajouter une clause de recours exclusif, le propriétaire doit au moins rédiger des exceptions spécifiques à ce poste, y compris le droit de recouvrer des dommages-intérêts généraux en justice si les dispositions conventionnelles sont considérées comme invalides pour quelque raison que ce soit.

Reportez-vous à la Mise à Jour des Projets n° 9 pour une analyse de la situation juridique en ce qui concerne les conséquences du plafonnement de la responsabilité dans les cas où le régime de dommages-intérêts conventionnels a été considéré comme invalide.

---

[1] Baese Pty Limited v R.A Bracken Building Pty Ltd (1990) 6 BCL 137.

[2] Dans certaines juridictions américaines, une clause de recours exclusif peut ne pas être fatale à une demande en justice si un régime de dommages-intérêts conventionnels n'est pas valide.