

CHOISIR UN TYPE DE CONTRAT POUR LA CONSTRUCTION ¹

Introduction

Le rôle des contrats consiste à organiser et à répartir entre les partenaires du projet de construction chacune des tâches qu'exige sa réalisation. Ces tâches sont, en ordre variable selon les projets:

- la détermination des besoins du donneur d'ouvrage,
- la recherche du financement,
- l'identification des partenaires,
- la conception de l'ouvrage,
- l'approvisionnement,
- l'exécution des travaux,
- leur réception et approbation,
- leur paiement,
- leur utilisation,
- le partage des responsabilités en cas de pépin,

et tout au long du processus: la gestion du projet et la gestion de ses risques.

En effet chacune de ces tâches, isolément et collectivement, présente des risques qu'il faut appréhender, minimiser et assumer; le choix du modèle contractuel approprié participe à la gestion du projet et des risques, dans la mesure où une adéquation satisfaisante du modèle contractuel aux besoins et aux moyens des partenaires du projet contribue à son bon déroulement et donc à son succès.

L'objectif de cet exposé est de présenter, dans les grandes lignes, les critères qui permettent d'exercer le choix le plus pertinent entre les principaux modèles existants.

Ceci étant, le droit québécois, comme la plupart des régimes juridiques, permet des variations contractuelles presque sans limites. Le contrat demeure la loi des parties, sous réserve d'excès contrôlés par des mesures d'ordre public². Cela permet d'adapter le contrat aux besoins de chaque projet (à l'intérieur d'un modèle existant ou en les amalgamant - ou encore en les adaptant aux circonstances propres au projet, ou, à la limite, en créant un tout nouveau type de contrat).

Par ailleurs, et sans doute même à cause de cela, la définition précise des modèles peut varier d'un système juridique à l'autre, voire d'un auteur à l'autre. Dans une discussion entre personnes issues de systèmes juridiques différents, la première étape du travail consiste à s'entendre sur la définition du vocabulaire, et ensuite sur le contenu des modèles, avant de discuter de leur usage.

¹ Texte tiré d'une conférence donnée par l'auteur en novembre 2002.

² Par exemple, certaines exonérations de responsabilité sont impossibles (2118 CcQ).

I - Présentation des différents modèles contractuels

Sans nous engager dans une description détaillée des contrats, mais dans le but faciliter la présentation du sujet de ce texte, il paraît utile de regrouper les modèles contractuels comme il suit:³

Modèle traditionnel

Le donneur d'ouvrage passe des contrats avec deux entités :
d'abord un premier contrat pour l'exécution des services professionnels⁴;
ensuite, après que la conception a été complétée⁵, un second contrat pour l'ensemble de la construction, avec un entrepreneur général.

Le professionnel et l'entrepreneur engagent à leur tour le personnel et les sous-traitants dont ils ont besoin.

Modèle gérance

Le donneur d'ouvrage passe directement des contrats avec chacun des concepteurs et entrepreneurs spécialisés⁶. Il est son propre gérant (ou gestionnaire⁷) de projet, ou il engage un gérant pour l'assister, le conseiller et le représenter.

Les tâches du gérant peuvent être plus ou moins importantes. Si ce partenaire assiste le donneur d'ouvrage dans l'ensemble du projet (conception et construction), il s'agit d'un gérant de projet ; s'il ne l'assiste qu'à l'égard de la réalisation des travaux, il s'agit d'un gérant de construction. On peut aussi lui demander d'assumer certaines tâches spécifiques de construction, par exemple la fabrication des installations temporaires, l'entretien du chantier, la surveillance des travaux ou certains petits travaux qu'il ne vaut pas la peine de donner à l'externe, de même que la responsabilité de la sécurité sur le chantier.

Mais pour l'essentiel, le gérant ne procède lui-même ni à la conception ni à la réalisation des travaux; son rôle en est un de gérance, ou de coordination pour le donneur d'ouvrage.

³ Puisque la définition des modèles est variable, les regroupements peuvent être différents, ou fondés sur d'autres critères.

⁴ Il peut aussi y avoir plus d'un contrat de services professionnels : architecture, expertise en sol, ingénierie de structure, ingénierie de mécanique - électricité, etc.

⁵ Au moins pour une partie, mais habituellement pour la totalité de l'ouvrage.

⁶ Il n'y a pas d'entrepreneur général; c'est le donneur d'ouvrage qui en joue le rôle. Il assume donc une plus grande part des risques.

⁷ Le lecteur ne trouvera dans la suite du texte que le mot «gérant», même si on emploie aussi le mot «gestionnaire». Ainsi, on utilise habituellement les expressions «gestionnaire de projet» et «gérant de construction».

Si cependant il assume la responsabilité complète de la conception, on dit alors que son contrat est de type IAGC, pour Ingénierie, Approvisionnement et Gérance de Construction.⁸

Modèle design-construction⁹

Le donneur d'ouvrage passe un contrat pour l'ensemble du projet avec une seule entreprise (ce peut être une coentreprise) qui se charge de faire tant la conception que la construction des travaux, sur la base d'une description des besoins fournie par donneur d'ouvrage, exprimée dans un «programme». Ce programme peut être plus ou moins précis, et peut prendre la forme ou inclure une description des performances attendues.

Il existe un certain nombre de variantes de ce modèle. À titre d'exemple, dans les modèles de contrats proposés par la FIDIC¹⁰, se trouve une distinction entre le design-construction et le «clé en main» («turnkey») : dans le second cas, tous les risques techniques du projet sont imputés au design-constructeur, même celui de vérifier la faisabilité du programme présenté par le donneur d'ouvrage, ce qui est différent dans le premier cas, où ce risque relève exclusivement du donneur d'ouvrage.

D'autres modèles de contrats empruntent les caractéristiques de l'un ou l'autre des modèles que nous connaissons. Ainsi, le «bridging» est un amalgame entre le modèle traditionnel et le modèle design-construction. Le terme est utilisé aux États-Unis où le concept est employé particulièrement pour des bâtisses à usage industriel. Le donneur d'ouvrage retient d'abord les services d'un professionnel qui prépare un devis qui est, à certains égards, un devis de performance, mais qui demeure, sur plusieurs sujets techniques, un devis détaillé traditionnel. Ce devis sert ensuite de base au contrat d'un design-constructeur, dont le professionnel fera la conception de construction finale. La particularité est donc que la conception est partagée entre le professionnel engagé par le donneur d'ouvrage et celui du design-constructeur. Par ailleurs, dans ce type de contrat, la construction ne commence généralement pas avant que la conception ne soit entièrement terminée.

⁸ À première vue on peut avoir l'impression que les contrats IAGC et «EPCM» (engineering, procurement, construction, management) ne sont que la version francophone et anglophone du même concept. Cela n'est pas nécessairement le cas. Au Québec, on pense habituellement au IAGC comme étant un contrat où un fournisseur de services fournit lui-même l'ingénierie et fait la gérance de la construction. L'équivalent en anglais serait un contrat EPCM, où ces lettres signifieraient : engineering, procurement and construction management. Mais un contrat EPCM est aussi celui où le fournisseur de services fait l'ingénierie, l'approvisionnement et se charge lui-même de la construction et non pas seulement de sa gérance, et où en plus il gère l'ouvrage après la fin de la construction, ce qui est analogue à un des contrats de concession, qui seront décrits plus loin.

Toutefois, on s'entend normalement pour dire qu'un contrat «EPC» est celui où le fournisseur de services fait l'ingénierie, l'approvisionnement et se charge de la construction ; il s'agit là d'un design-construction.

⁹ Un effort de définition du contrat de design-construction à forfait a été réalisé dans le dossier *Groupe Guy Pépin inc. c. Nova P.B. inc.*, REJB 1999-16792 (C. S.).

¹⁰ Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.

Sous-catégorie fondée sur le report du transfert de propriété

Ces types de contrat sont mieux connus sous leurs appellations anglaises. Le premier se voit surtout en construction domiciliaire. Il s'agit du modèle propriétaire-constructeur («owner-builder»), soit le cas de celui qui érige un immeuble sur son propre terrain avant de vendre à la fois le terrain et l'immeuble.¹¹

Les trois autres sont les contrats dits de «concession»:

- BOT («build, own, transfer»);
- BOOT («build, own, operate, transfer»);
- DBOOT («design, build, own, operate, transfer»),

dont la particularité est que le constructeur ne transfère la propriété de l'ouvrage à son client qu'après la fin de la construction, voire après avoir exploité l'ouvrage pendant une certaine période.

Enfin, on peut aussi penser au «development proposal» qui est un «clé en main» dans lequel le donneur d'ouvrage passe un contrat avec une équipe constituée de concepteurs et d'entrepreneurs, auxquels se joint un promoteur. Cette équipe fait l'acquisition du terrain et y fait aménager tous les services. Elle peut même aller jusqu'à financer la construction. La propriété passe au client seulement quand la construction est terminée. Habituellement, l'étape préparatoire à un tel projet est assez longue dans la mesure où tous les éléments doivent en être définis, au moins dans les grandes lignes, avant que le contrat ne soit passé.¹²

Comment s'y retrouver dans cette jungle? D'abord en choisissant le concept général qui, pour l'essentiel, convient le mieux à ses besoins propres. Ensuite, en l'adaptant au projet particulier qui nous intéresse: c'est au contrat à répondre aux besoins, et non l'inverse. Enfin, il est souhaitable d'éviter autant que possible de s'éloigner des modèles qui sont les mieux connus dans le milieu où le projet est réalisé, de manière à faciliter la compréhension commune des éléments du contrat par tous les partenaires.

¹¹ Ses responsabilités sont celles qui découlent des contrats de service et d'entreprise (1794 CcQ).

¹² Le risque au donneur d'ouvrage est réduit puisqu'il ne deviendra propriétaire qu'à la toute fin, quand la construction sera complétée. Cependant, il s'engage à l'avance à devenir éventuellement propriétaire. Parmi les avantages, se trouve celui que tous les éléments du projet sont gérés par une équipe unique, ce qui réduit les risques de conflits entre les partenaires. Cependant, le propriétaire n'exerce que très peu de contrôle sur le projet après la signature du contrat et le coût peut être considérablement accru du fait que sa contribution au travail est extrêmement limitée.

II - Choix en fonction du donneur d'ouvrage

Les premiers critères de choix d'un modèle contractuel sont évidemment ceux qui dépendent du donneur d'ouvrage lui-même.

Ses compétences

Quand le donneur d'ouvrage n'a aucune ou peu d'expertise en construction, il a avantage à s'en remettre à des mandataires et à des consultants. La méthode traditionnelle, où au moins un professionnel est à son service dès le départ pour traduire ses besoins en une conception détaillée, et où ce même professionnel peut ensuite être engagé pour surveiller la construction en son nom, répond normalement à cette problématique.

Le modèle gérance, où le donneur d'ouvrage doit s'impliquer dans l'administration du projet, fut-ce avec l'aide d'un mandataire, ne lui convient probablement pas. Cependant, un projet design-construction, où sa tâche principale ne consiste qu'à définir ses besoins, pourra le satisfaire.

Entre le modèle traditionnel et le design-construction, le choix repose en grande partie sur le degré de confiance que le donneur d'ouvrage est disposé à accorder à ses partenaires concepteurs et constructeurs. A-t-il besoin que l'entrepreneur l'informe des doutes qu'il entretient sur la conception? A-t-il besoin que le professionnel l'informe des doutes qu'il entretient sur l'exécution? Plus les réponses sont positives, plus on s'éloigne du design-construction.

Mais la méthode traditionnelle et le design-construction reposent tous deux pour une large part sur des services rendus par des tiers. Or ces services ont un coût, la dépendance envers des tiers peut entraîner des délais et le donneur d'ouvrage n'exerce pas de contrôle aussi direct sur son projet.

À l'autre extrême, un donneur d'ouvrage plus sophistiqué en construction voudra s'impliquer plus avant, dans le but de contrôler le projet de plus près et aussi de profiter de ses compétences pour économiser des coûts de consultation et d'expertise externes. Évidemment, plus la tâche du donneur d'ouvrage est importante, plus grande est la part des risques dont il assume lui-même la responsabilité. Mais le modèle gérance, surtout quand cette gérance est effectuée à l'interne, est peut-être celui qui lui convient le mieux.

En réalité, dans tous les cas où le propriétaire veut jouer un rôle important dans la marche de son projet, il faut envisager attentivement le modèle gérance, à cause de la mainmise que le donneur d'ouvrage conserve alors sur la plupart des aspects du projet. Des économies considérables sont possibles; en contrepartie les conséquences d'erreurs sont plus coûteuses pour le donneur d'ouvrage. Le modèle design-

construction, où une grande marge de manoeuvre est laissée au cocontractant, est alors moins approprié.

Son confort

Pour un donneur d'ouvrage qui est réticent à toute forme d'insécurité, le modèle traditionnel à prix forfaitaire offre une plus grande quiétude, puisque le système est bien connu et que le rôle de chacun est déterminé par l'expérience et la tradition ; de plus la conception est complètement définie avant le début des travaux et les risques de dépassements de coûts après l'accord du contrat d'entreprise générale sont largement réduits par le caractère forfaitaire du contrat.

De même, si le donneur d'ouvrage juge nécessaire d'avoir le dernier mot sur chacun des détails du concept ou de la construction, la formule design-construction ne lui convient pas parce qu'elle laisse une grande latitude au design-constructeur.

Mais si le donneur d'ouvrage peut faire preuve de souplesse dans l'analyse des soumissions, il se donnera une plus grande marge de manoeuvre. Ainsi, depuis que les municipalités peuvent utiliser un système d'évaluation des soumissions qui ne soit pas fondé exclusivement sur la plus basse soumission reçue mais aussi sur une pondération d'autres facteurs, il leur est plus facile de procéder par des devis de performance puisque la grille d'analyse plus large requise par l'évaluation des soumissions obéissant à un tel devis leur est ouverte. En effet, pour ce faire, le donneur d'ouvrage doit disposer de la capacité d'accepter et analyser des variantes dans la conception de son projet. S'il ne possède pas cette capacité, les devis de performance¹³, moins rigides, lui sont moins familiers, et le design-construction, qui leur est souvent associé, ne lui convient pas, car il lui sera difficile de comparer les propositions des soumissionnaires les unes aux autres, puisqu'elles ne reposent pas sur la même conception.

Le design-construction demande plus de flexibilité de la part du donneur d'ouvrage non seulement à l'étude des soumissions mais aussi tout au long du projet, qui est géré par le design-constructeur. Une façon de minimiser les conséquences de l'absence de contrôle sur l'évolution du projet consiste à prévoir des vérifications, des tests, des inspections par le donneur d'ouvrage ou ses représentants à certaines étapes du projet. Mais si le donneur d'ouvrage est incapable de résister à la tentation ou à la nécessité d'engager des professionnels pour vérifier la conception ou pour superviser l'avancement des travaux, les économies de coûts et l'efficacité que pourraient autrement permettre le modèle design-construction risquent d'être anéanties. En fait, on risque même d'augmenter la difficulté du projet puisqu'on fait alors face à deux équipes de professionnels: celle du donneur d'ouvrage et celle du design-constructeur, ce qui peut s'avérer tout aussi utile que néfaste.

¹³ Pratiquement tous les modèles peuvent être fondés sur une demande de performance, mais on en a vu moins en modèle traditionnel, qui manque de la souplesse requise par le procédé. L'avènement de codes normatifs basés sur la performance peut modifier cette habitude.

III - Choix en fonction du projet

Là où la qualité est requise

Le choix du modèle a-t-il une influence sur la qualité de la construction ? Pas directement : celle-ci dépend plutôt de la volonté et des talents des partenaires. Mais la façon dont sont déterminés les droits et les obligations de ces partenaires peut avoir un impact non négligeable.

Ainsi, un des inconvénients du modèle traditionnel est que, sauf exception, le donneur d'ouvrage ne choisit pas chacun des sous-contractants. Il en va de même du modèle design-construction. En conséquence, l'un ou l'autre d'entre eux peut ne pas lui convenir ou ne pas être en mesure de fournir la qualité requise. Le modèle gérance permet, au contraire, au donneur d'ouvrage de choisir directement chacun des concepteurs, des fournisseurs et des entrepreneurs spécialisés.

Aussi, on peut reprocher au design-construction de présenter un plus grand risque au niveau de la qualité. En effet le professionnel qui, dans un modèle traditionnel, a pour tâche de surveiller la qualité au nom du donneur d'ouvrage, fait cette fois-ci partie de l'équipe de design-construction et peut se voir déchiré entre ses devoirs professionnels et ses intérêts financiers. Quand il vérifie la qualité de l'ouvrage, quand il interprète les obligations des parties, quand il recommande un paiement, il peut être en conflit d'intérêt ou de loyauté. De plus le design-constructeur, dans le cadre d'un projet à forfait, assume depuis l'étape de la soumission, c'est-à-dire avant même que la conception ne soit complétée, la totalité du risque associé aux coûts de la conception et de la construction ; il peut être tenté, si les coûts dépassent ses attentes, de rogner sur la longévité, la fiabilité ou la facilité d'entretien de l'ouvrage. Il en va un peu de même dans tous les contrats à forfaits, mais le design-construction est celui qui offre le plus de latitude au constructeur et le moins de contrôle au donneur d'ouvrage.

Ces inconvénients sont moins flagrants en modèles traditionnel et gérance. La gérance offre également une plus grande flexibilité parce qu'elle permet plus facilement de procéder à des ajustements en cours de projet, puisque les commandes ne sont pas toutes passées en bloc.

Par contre, dans un contrat de design-construction il est beaucoup plus facile d'obtenir des garanties de bonne performance de la part du design-constructeur que dans un modèle traditionnel où l'entrepreneur n'a pas fait la conception, ou dans un modèle de gérance où les tâches sont partagées entre plusieurs partenaires autonomes. Cependant si le projet se définit difficilement en terme de performance, on devrait hésiter à utiliser le modèle design-construction. Et si les attentes du donneur d'ouvrage ne sont pas clairement exprimées, le risque qu'il soit insatisfait du produit final augmente.

Normalement, les contrats de concession facilitent l'atteinte d'une plus grande qualité puisque le constructeur demeurera propriétaire de l'ouvrage, et devra en faire l'exploitation, pendant un certain temps, de telle sorte qu'il sera lui-même la première victime des problèmes de mauvaise qualité¹⁴. Il a donc tout avantage à les minimiser.

Si le temps presse

Si le critère de base est l'échéancier, on envisagera de passer par un «régime accéléré»¹⁵ où conception et exécution sont faits «en même temps», ou plutôt concurremment.

Le régime accéléré sera favorisé, malgré les risques qu'il comporte, quand il y a un avantage financier pour le donneur d'ouvrage à terminer rapidement. Ainsi, dans une entreprise de haute technologie, où les produits deviennent rapidement désuets, il est souvent indispensable que l'ouvrage qui sert à la production de ces produits soit complété rapidement. On peut même penser que, puisque les produits deviendront vite obsolètes, il n'est pas nécessaire que l'ouvrage permettant sa fabrication ait une très grande durée de vie. Dans ces cas, le «fast track» est à sa place. Il réduit le temps mais pas nécessairement le coût, ni en terme de frais de gestion, ni en terme de frais de construction.

En théorie tous les modèles de contrats peuvent donner ouverture au régime accéléré mais cela est moins compatible avec le modèle traditionnel où toute la conception doit être complétée avant d'entamer le processus de soumission du contrat d'entreprise générale: il faut alors envisager le projet par étapes successives de conception, soumission et entreprise générale, et le gain de temps est moins facilement réalisable. En réalité, si l'échéancier est vraiment un problème, le mode traditionnel est probablement à écarter.

Le régime accéléré est plus facilement associé au modèle gérance. Le design-construction peut aussi être assez souple pour permettre le chevauchement de la conception et de la construction, et ce d'autant plus aisément que le concepteur et le constructeur font partie de la même équipe et travaillent de pair.

Au départ, le modèle gérance permet de démarrer plus vite le projet parce que le gérant de la construction, que ce soit le donneur d'ouvrage ou un mandataire, entame son travail en même temps que le professionnel. Il permet aussi d'aller en soumission de façon séquentielle, par étapes, puisqu'il y a plusieurs contrats avec chacun des entrepreneurs spécialisés.

¹⁴ En plus de devoir respecter les garanties que le contrat ne manquera pas de comporter.

¹⁵ «fast track»

Quand le budget est serré

Normalement, plus la tâche que le donneur d'ouvrage assume lui-même est importante, moins il aura à payer à des tiers pour sa réalisation. Ainsi, s'il est en mesure de gérer adéquatement la construction, le modèle gérance à l'interne lui permet de ne pas avoir à payer les frais de cette gérance à un tiers. Mais une économie dans les frais de consultation ne signifie pas nécessairement que le projet sera moins onéreux. Ni qu'il sera mieux contrôlé. En gérance, et en régime accéléré, la construction commence souvent avant que le coût complet du projet ne soit connu. Le risque financier est accru quand le projet dure un certain temps et que le marché de la construction varie ou est instable durant cette période.

En modèle gérance, l'économie de coûts réalisée du fait qu'il n'y a pas d'entrepreneur général a une contrepartie du fait que le donneur d'ouvrage, assumant la tâche et les responsabilités de l'entrepreneur général dans la coordination des travaux de construction, prend ainsi une plus grande part de risques. Le fait de confier cette tâche à un mandataire gérant diminue en partie ces risques¹⁶, mais atténue considérablement l'économie de coûts de gestion. Et dans une certaine mesure, la tâche du gérant de construction fait double emploi avec celle du professionnel surveillant la construction.

Le design-construction ne permet pas nécessairement de faire une grande économie de coûts, surtout si le donneur d'ouvrage, ne voulant pas s'en remettre entièrement au design-constructeur et n'ayant pas à l'interne les ressources appropriées, doit engager un tiers pour l'aider à identifier ses besoins au départ, et ensuite à gérer ses rapports avec le design-constructeur.

Aussi en design-construction, on court le risque de voir moins de soumissionnaires intéressés à faire tous les efforts requis pour répondre à l'appel d'offre, puisque le coût d'estimation est élevé, et en conséquence il peut y avoir moins de compétition sur les prix et les délais. De plus, les fournisseurs, assumant plus de risques, peuvent être tentés d'augmenter le prix de leurs soumissions.

De la sorte, on aura tendance à favoriser un modèle traditionnel quand il ne sera pas nécessaire de faire chevaucher la conception et la construction et quand le marché permettra d'obtenir des soumissions compétitives.

Veut-on innover?

Si le donneur d'ouvrage manifeste de l'intérêt pour une technologie nouvelle ou une conception originale, il peut être intéressant de tenter de bénéficier dès le départ d'une plus grande communication entre les concepteurs et les constructeurs, ce qui pousse à s'éloigner du modèle traditionnel pour favoriser le modèle gérance - si le propriétaire veut s'impliquer de près - ou le modèle design-construction - s'il se satisfait d'énoncer

¹⁶ Quoique les responsabilités du mandataire en cas d'échec ne soient pas clairement définies.

ses exigences au départ, ou encore s'il estime tirer un avantage du fait de recevoir des propositions plus variées des design-constructeurs soumissionnaires.

Ces modèles sont souvent doublés de devis de performance, qui eux-mêmes ouvrent la porte à l'innovation en permettant aux soumissionnaires de proposer des technologies concurrentes.

Le modèle design-construction est certainement le modèle qui permet la plus grande collaboration entre le concepteur et le constructeur puisqu'ils font partie de la même équipe et partagent un plus grand nombre d'intérêts communs, ce qui n'a que des avantages, tant qu'on n'a pas de mauvaises surprises.

IV - Impact de la méthode de fixation du prix

Le coût de la construction peut être établi suivant l'une ou l'autre des méthodes suivantes:

- à prix unitaires,
- à prix coûtant majoré,¹⁷
- à prix coûtant majoré avec maximum garanti,
- à partage des risques¹⁸,
- sur estimation¹⁹,
- à forfait.

En théorie chacune des méthodes de fixation du prix est conciliable avec chacun des modèles, mais certains modèles se conçoivent mieux selon une méthode donnée. Par exemple, le design-construction se conçoit habituellement à forfait. Le modèle traditionnel offre toute latitude à cet égard, mais il n'y a qu'un seul contrat pour toute la réalisation des travaux. La gérance offre également tous les choix et elle le fait pour chacun des contrats d'exécution des travaux.

Du point de vue du constructeur, un contrat à prix variable est moins risqué, surtout quand il y a de l'incertitude à l'égard de l'ampleur de la tâche. Mais pour le donneur d'ouvrage un contrat à prix unitaire pose au départ plus d'incertitude et donc plus de risques, puisque le coût n'est pas connu à l'origine. Il en va de même évidemment du contrat à prix coûtant majoré. Ils permettent cependant, surtout quand il y a un contrôle serré des coûts et des quantités, de faire correspondre plus précisément le coût des travaux à leur valeur réelle. Le risque d'incertitude peut être atténué soit par le jeu d'une

¹⁷ C'est-à-dire autre qu'à forfait.

¹⁸ Ce qui consiste en un contrat à prix variable, doublé d'un partage des bénéfices si on arrive en deçà d'un certain montant; on peut y ajouter un partage des coûts si on dépasse le plateau.

¹⁹ L'estimation de prix est gouvernée par l'article 2107 du *Code civil du Québec*, en vertu duquel l'entrepreneur doit justifier toute augmentation du prix qui a fait l'objet d'une estimation et ne sera payé que si cette augmentation «résulte de travaux, de services ou de dépenses qui n'étaient pas prévisibles ... au moment de la conclusion du contrat.»

estimation ou encore par le compromis que constitue l'établissement d'un prix maximum garanti ou d'un partage des risques.

Plus l'incertitude est grande, plus le donneur d'ouvrage devra exercer ou faire exercer une surveillance attentive des quantités et des coûts ; moins ce risque est grand, moins cette surveillance est nécessaire - elle doit alors se déplacer plutôt vers la qualité. Dans un monde idéal, le donneur d'ouvrage fait confiance à l'entrepreneur et l'entrepreneur mérite cette confiance. C'est un idéal.

Le contrat à prix variable peut permettre d'accélérer le projet, même en modèle traditionnel, parce qu'il n'exige pas une aussi grande précision dans la préparation des plans et devis avant que ne commence l'exécution des travaux. Cependant, le coût est plus incertain, ce qui ne veut pas dire pour autant qu'il sera à tout coup plus élevé.

Tout contrat à forfait offre une certaine sécurité au niveau du prix puisque l'ordre de grandeur en est établi au départ, sous réserve de coûts supplémentaires permis par le contrat ou par la loi. Cela convient à certains donneurs d'ouvrage et à leurs créanciers. Cependant, si les plans et devis sont mal préparés, on s'expose à des coûts additionnels et à des litiges. Et le coût risque d'être un peu plus élevé du fait que l'entrepreneur sachant, au moment de déposer sa soumission, qu'il devient responsable du coût des travaux, est tenté de se protéger des risques de dépassement. Dans l'ensemble, le contrat à forfait est habituellement recommandable dans un projet relativement simple, où il peut y avoir une bonne compétition entre quelques soumissionnaires, et qui est peu susceptible, de part et d'autre, de créer des surprises.

V - Autres critères de choix

La tâche qui est la plus confortable pour un constructeur est sans doute celle de gérant de projet. Il a l'oeil sur tout mais les risques qu'il prend sont très amoindris. Il supervise la conception mais n'est pas responsable des erreurs dans les plans et devis; il conseille le donneur d'ouvrage dans les contrats qu'il passe avec les entrepreneurs spécialisés mais n'est pas le cocontractant de ces derniers envers lesquels il n'a aucune obligation contractuelle; il supervise la construction mais n'est pas responsable²⁰ en dernier recours ni de la mauvaise exécution²¹, ni du paiement.

Les contrats de concession sont utilisés principalement quand le donneur d'ouvrage doit compter sur des revenus générés par l'exploitation de l'ouvrage pour en payer le prix. Il doit donc s'agir d'un ouvrage générateur de revenus. On les rencontre assez fréquemment dans des projets situés dans des pays en voie de développement. L'entreprise qui offre un tel arrangement doit, par elle-même ou à l'aide de partenaires

²⁰ Il l'est encore moins quand en plus un professionnel est chargé de la surveillance des travaux.

²¹ La jurisprudence n'est pas définitive sur ces sujets mais c'est certainement là ce que prétendent les gérants.

financiers, être en mesure de faire face à tout (ou à une grande partie²²) de l'investissement requis par le projet et ce, soit pendant la période de construction (BOT), soit pendant une période plus longue (BOOT ou DBOOT), auquel cas elle doit également être en mesure d'opérer l'ouvrage. Puisqu'elle assume un risque plus important et pendant une plus longue période de temps²³, sa rémunération doit être plus importante et en conséquence le coût pour le donneur d'ouvrage est plus grand. Normalement, un donneur d'ouvrage qui est en mesure de financer lui-même le projet ne devrait pas opter pour une telle méthode.

À l'opposé, un entrepreneur qui n'est pas en mesure de financer l'achat du terrain, ni la construction de la bâtisse, ne devrait pas utiliser ces modèles, ni le modèle «owner-builder». Ce dernier est très largement répandu en construction domiciliaire.

Certains projets spécialisés

Lorsque l'exécution du projet n'est accessible qu'à certaines entreprises spécialisées, le modèle design-construction s'impose. On les met en compétition les unes avec les autres pour obtenir le meilleur prix possible et on passe un contrat avec l'une d'entre elles.

Il y a aussi avantage à choisir un design-construction quand la bâtisse doit obéir à une fonction spécifique où l'architecture est relativement secondaire : par exemple, quand la principale fonction de la bâtisse consiste à accueillir des équipements de production. Aussi bien alors que le fournisseur de l'installation s'occupe aussi du bâtiment qui lui est nécessaire. Cela est d'autant plus vrai quand le donneur d'ouvrage ne dispose pas d'un service technique de construction. L'important pour le donneur d'ouvrage n'est pas la bâtisse mais l'équipement industriel : il concentrera alors l'essentiel de ses efforts, avec ses gens de production, à la surveillance de l'installation de l'équipement en testant de temps à autre ses performances.

Le partage des responsabilités

Dans le modèle gérance, la nature des rapports entre les parties et le partage des responsabilités sont plus nébuleux. Certaines directives contradictoires peuvent être données et certaines tâches peuvent tomber entre deux chaises. Des conflits peuvent en résulter.

Par ailleurs, une des conséquences que les professionnels et entrepreneurs ne saisissent pas toujours des contrats de design-construction est que leurs obligations

²² Puisque rien n'interdit qu'une partie du paiement soit fait avant le transfert de propriété.

²³ Le pire est évidemment le contrat DBOOT. Dans ce cas, le constructeur assume les risques de la conception et de la construction, il assume les risques du financement du projet, il assume les risques de l'opération et de l'entretien de l'ouvrage et il assume tous les risques juridiques et politiques du projet, pendant une longue période.

propres sont accrues. Leur marge de manoeuvre est plus grande, mais aussi les risques qu'ils assument. Ainsi, il leur faut envisager devoir faire face à une obligation de résultat non seulement à l'égard de l'exécution des travaux, ce à quoi les entrepreneurs sont habitués, mais également à l'égard de leur conception, ce qui n'est pas toujours le cas en modèle traditionnel. Quant au professionnel qui fait partie de cette équipe, il devient responsable de l'exécution des travaux envers le donneur d'ouvrage non seulement à titre de concepteur et de surveillant mais aussi parce qu'il assume face à lui les responsabilités du constructeur²⁴.

En cas de difficulté, le donneur d'ouvrage d'un design-construction n'a pas à déterminer qui est fautif: il adresse tous ses reproches au fournisseur unique. Mais prudence: il traite probablement avec un consortium temporaire (créé spécialement pour un projet ou pour quelques uns), et il doit réaliser que ce consortium ne vivra peut-être pas aussi longtemps que les garanties de bonne exécution ou que les responsabilités découlant du contrat. Il doit donc s'assurer que chacun des membres du consortium assume personnellement les responsabilités de l'ensemble et espérer qu'ils soient financièrement aptes à y faire face au moment opportun. L'inconvénient de traiter avec une seule entité est que si elle devient insolvable, il n'y a plus aucun répondant²⁵.

²⁴ La prudence s'impose avec les assurances, cautionnements et autres sûretés: il faut bien vérifier que les tâches assumées par les partenaires du projet soient effectivement protégées - certaines «sûretés» ne sont pas adaptées - e. g. : l'assurance responsabilité professionnelle ne protège pas nécessairement les responsabilités de construction de l'ingénieur qui s'engage dans un design-construction. Le constructeur lui-même n'est probablement pas assuré en responsabilité post-construction ou s'il l'est, il ne l'est pas aussi longtemps que la responsabilité qu'il assume. Par ailleurs, il peut y avoir un vacuum entre le cautionnement d'exécution et l'assurance responsabilité du professionnel. Les garanties de performance posent problème parce qu'elles ne sont habituellement pas couvertes par les cautionnements et ne le sont pas toujours par l'assurance responsabilité professionnelle. Celle-ci peut aussi porter une exclusion pour les travaux faits en coentreprise.

²⁵ En design-construction, de même qu'en modèle traditionnel, c'est-à-dire dans tous les cas où le donneur d'ouvrage n'a pas de contrat directement avec les fournisseurs et les entrepreneurs spécialisés, il faut s'assurer que les garanties soient données directement au donneur d'ouvrage.

Conclusion

On ne peut évidemment pas écarter tous les risques. On investit des sommes énormes dans un objet qu'on ne peut pas voir au moment de la prise de décision. Tous les modèles ont des qualités et des défauts mais chacun d'entre eux permet de faire tout le travail. Le choix doit être guidé par les particularités du projet et l'importance relative de chacun des critères de choix.

Quelque soit le modèle choisi, le ou les contrats doivent:

1. traiter de tous les sujets clé;
2. être clairs et non équivoques;
3. être compatibles les uns avec les autres;
4. équilibrer les risques, les responsabilités et la rémunération;
5. encourager le travail d'équipe²⁶.

Il faut éviter, sauf si on y trouve un avantage important ou si on n'a pas le choix, de présenter un système contractuel trop particulier, pour lequel le marché n'aurait pas de point de repère: chaque élément d'incertitude, même au niveau des obligations des parties, augmente le prix et le risque. Enfin, il faut aller au delà des modes; par exemple, le modèle de design-construction a été pendant un certain temps, incontournable, mais il est aujourd'hui critiqué - et dans les deux cas, pas toujours pour les bonnes raisons.

²⁶ *Construction Strategy Code of Practice*, British Construction Industry Board, Thomas Telford Publishing, London, GB, 1977, p. 10.