

Comment préparer et rédiger les contrats pour éviter les litiges¹

Pour avoir été impliqué dans un nombre important de projets et à partir aussi de mon expérience de litiges et de réclamations, je peux vous assurer qu'une des causes premières des conflits provient de lacunes dans les documents contractuels et que le temps consacré à la préparation des contrats est un investissement de premier ordre.

Les contrats ont évidemment pour rôle d'organiser et de répartir entre les partenaires du projet les tâches qu'exige sa réalisation, et de pourvoir à leur rémunération. Chacune de ces tâches présente des risques de litige, qu'il faut appréhender, minimiser et assumer; une adéquation satisfaisante du contrat aux besoins précis et aux apports réels des partenaires du projet contribue à son bon déroulement et donc à son succès. Cette adéquation sera possible seulement si le soin requis est consacré à la préparation, à la négociation et à la rédaction de contrats qui décrivent réellement la véritable entente des partenaires.

L'objectif de cet exposé est de présenter des idées et des outils destinés à faciliter l'atteinte et la confirmation écrite de cette entente dans les contrats. ²

¹ Texte d'une conférence donnée par l'auteur en octobre 2003.

² Cette présentation obéit autant que faire se peut à un ordre chronologique, mais les notions développées sont interdépendantes et d'application constante tout au long du projet. Précisons également qu'elle ne s'adresse qu'à des projets nationaux, c'est-à-dire qu'elle ne traite pas de problèmes issus de différences culturelles, politiques et juridiques transnationaux, là où les risques de mauvaise compréhension sont encore plus grands du fait que le bagage de références est différent. Dans ces cas, les mêmes notions générales s'appliquent mais demandent une préparation et une attention plus approfondie.

I – Objectif commun

À l'occasion de la négociation du contrat, les parties ont la possibilité de créer un lien de confiance réciproque. Il est évident qu'elles y arrivent avec des formations différentes et des objectifs qui peuvent sembler divergents. Le donneur d'ouvrage veut avoir le meilleur au plus bas prix; l'entrepreneur veut en tirer le meilleur profit le plus rapidement et le professionnel est inséré entre les deux tout en ayant lui-même ses propres visées.

Malgré ces divergences, il demeure possible de rapprocher les parties autour d'un but commun qui est celui de compléter le projet sans heurts, à l'avantage de tous.

Pour ce faire, il m'apparaît nécessaire de générer un esprit de collaboration réciproque à partir de certains éléments que je vais tenter d'élaborer, et dont beaucoup reposent sur une bonne compréhension des attentes et des capacités des autres. Sans tomber dans l'angélisme, la phase contractuelle me semble être une excellente occasion pour les parties d'atteindre, dès le début du projet, un certain niveau de confort qu'elles devraient pouvoir conserver jusqu'à la fin malgré l'arrivée inévitable d'éléments imprévus et de situations conflictuelles.

II – Repérage et information

Avant d'entreprendre la négociation avec le ou les futurs co-contractants, chacun doit parfaire sa propre préparation. Celle-ci porte évidemment sur le projet en lui-même, ce qui va de soi, mais je veux insister ici sur la connaissance du contexte général dans lequel ce projet existe.

Connaissance des règles et usages

Pour résumer le bagage de connaissances générales que la loi impose aux parties, citons le Code civil:

«Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi.»³

Le législateur prévoit donc que les parties n'ont pas à transcrire au contrat tout ce qui «va sans dire». Je vous recommanderai plus loin d'être le plus précis possible dans la rédaction des contrats mais je vous souligne d'entrée de jeu que l'ensemble des règles de comportement social s'y applique, même si elles n'y sont pas inscrites; il faut donc les connaître.

³ article 1434.

Ainsi, le sens commun exige que chaque partie au contrat connaisse les «règles de l'art». Le Code civil impose en effet à l'entrepreneur et au professionnel ⁴ «d'agir conformément au ... règles de leur art»⁵. Mais il ne les définit pas. On s'entend généralement pour établir qu'il s'agit essentiellement des standards technologiques et scientifiques qui sont la norme de qualité commune du domaine. Elles vont au-delà du strict respect des règlements et codes de construction - quoique ceux-ci en soient une composante - puisqu'il s'agit de l'application de ces standards au projet spécifique. Il faut retenir que le donneur d'ouvrage est justifié de s'attendre à ce que ces règles de l'art soient respectées; elles font partie intégrante des obligations du contrat, même si elles n'y sont pas spécifiquement énoncées.

Les parties doivent aussi respecter les «usages». En effet, le Code civil impose aussi à l'entrepreneur et au professionnel «d'agir conformément aux usages ...»⁶ et précise que ceux-ci figurent parmi les critères servant à interpréter le contrat⁷. Là non plus le Code ne définit pas ce que sont les usages mais il faut comprendre qu'il s'agit de l'ensemble des conventions sociales et des habitudes de fonctionnement particulières à l'endroit où les travaux sont réalisés et où le contrat est passé.

Il faut également savoir que d'autres règles de droit, plus précises, peuvent s'appliquer au contrat même sans y être écrites: il s'agit des règles dites supplétives et des règles d'ordre public.

⁴ décrits, pour les fins du Code civil, comme le «prestataire de services»

⁵ article 2100, alinéa 1

⁶ article 2100, alinéa 1.

⁷ article 1426 (notre soulignement).

Les règles supplétives sont celles qui s'imposent aux parties quant le contrat est silencieux à leur sujet. En réalité, il s'agit habituellement d'un usage que le Code civil prend la peine de préciser. Par exemple, les parties ont droit de résilier, c'est-à-dire d'annuler le contrat, unilatéralement⁸. Si les conséquences de cette résiliation sont prévues au contrat, on s'en tiendra à ces dispositions spécifiques. Si elles n'y sont pas prévues ou si elles sont incomplètes, le Code civil en fixe les critères aux articles 2125 à 2129.⁹

Quant aux règles d'ordre public, ce sont celles qui s'imposent aux parties même si le contrat dit le contraire. En matière de construction, la plus connue est certainement la responsabilité quinquennale, imposée par l'ancien article 1688 CcBC et reprise, avec certaines atténuations, aux articles 2118 et suivants du «nouveau» Code civil. Selon cette règle, les professionnels et les entrepreneurs sont solidairement tenus, pendant 5 ans, de la perte de l'ouvrage découlant d'un vice de conception, de construction ou de sol.¹⁰

Il me paraît certain que les parties doivent, avant d'entreprendre la négociation du contrat, avoir une connaissance au moins générale de l'ensemble de ces règles non

⁸ quoique à certaines conditions, pour le professionnel et l'entrepreneur (2125 et 2126 C.c.Q.). Voir plus loin.

⁹ Parmi les autres règles supplétives qui peuvent être pertinentes, mentionnons le libre choix des moyens d'exécution du contrat (2099 C.c.Q.), le droit de s'adjoindre un tiers (2101 C.c.Q.) et l'obligation de fournir les biens nécessaires (2103 C.c.Q.).

¹⁰ Parmi les autres règles d'ordre public pertinentes, mentionnons l'impossibilité de limiter sa responsabilité pour une faute lourde (1474 al.1 C.c.Q.) ou devant un préjudice corporel (1474 al.2 C.c.Q.) et l'impossibilité de renoncer au droit de publier une hypothèque légale de construction.

seulement parce qu'elles s'imposent à tous mais également parce qu'elles permettent d'appréhender ce à quoi l'autre partie s'attend ou est en droit de s'attendre même si elle ne l'exprime pas spécifiquement. C'est là une des raisons pour lesquelles il est avantageux, quant on œuvre à l'extérieur de son territoire coutumier, de s'adjoindre un partenaire local qui puisse nous renseigner sur ces attentes légitimes de notre co-contractant.

Utilisation d'une formule contractuelle adéquate

Plusieurs formules contractuelles ont été développées au cours des années (particulièrement: le modèle traditionnel¹¹, la gérance - gestion¹², le design construction¹³, et le report du transfert de propriété¹⁴). L'étude des seuls critères du choix d'une formule contractuelle adéquate peut être en elle-même l'objet d'une conférence et n'est pas notre propos d'aujourd'hui.

Chacun de ces modèles possède des qualités et des défauts mais chacun permet de faire tout le travail. Le choix doit être guidé par les particularités du projet et

¹¹ Celui où le donneur d'ouvrage passe des contrats avec deux entités : d'abord un pour l'exécution des services professionnels; ensuite, après que la conception a été complétée, un second contrat pour l'ensemble de la construction, avec un entrepreneur général.

¹² Celui où le donneur d'ouvrage passe directement des contrats avec chacun des concepteurs et entrepreneurs spécialisés . Il est son propre gérant (ou gestionnaire) de projet, ou il engage un tiers pour l'assister, le conseiller et le représenter.

¹³ Celui où le donneur d'ouvrage passe un contrat pour l'ensemble du projet avec une seule entreprise (ou 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».

¹⁴ Il s'agit par exemple du modèle propriétaire-constructeur, ou d'un contrat de concession (BOT, BOOT ou DBOOT).

l'importance relative de chacun des critères que sont l'expertise du donneur d'ouvrage, sa tolérance au risque, la recherche de la qualité, de l'innovation, de la rapidité et du respect du budget.

Bien qu'elle soit souvent imposée par le donneur d'ouvrage, la formule contractuelle peut faire l'objet de discussion entre les parties. En aucun cas le choix ne saurait être pris à la légère, puisqu'il détermine de façon fondamentale l'équilibre du partage des tâches et des responsabilités.

Équipes de projet et canaux de communication

Une fois le contexte général connu, chacun doit mettre sur pied un comité interne pour diriger ou suivre le projet et les parties au contrat doivent créer ensemble une équipe commune¹⁵. Évidemment, l'ampleur des équipes est proportionnelle à l'ampleur du projet mais dans tous les cas, les personnes clé doivent être nommément identifiées et les moyens de les rejoindre doivent être clairement définis, de sorte que les canaux de communication soient bien établis.

Par dessus tout, il importe d'identifier, pour chaque partie, et pour chaque sujet, le plus petit nombre possible de porte-parole et le plus petit nombre possible de décideurs.

¹⁵ Par exemple, pour un projet de construction industrielle, l'équipe du donneur d'ouvrage pourrait être constituée du responsable du projet, d'un représentant du Service des finances, du gérant de la future usine, du responsable de l'approvisionnement, du responsable des assurances, d'un représentant du service juridique, des spécialistes de la construction affectés au projet et d'un délégué syndical. L'équipe commune réunira le responsable du projet de chaque partie, les représentants des conseillers techniques et des professionnels engagés pour le projet, l'entrepreneur général et, dans les cas de «partenariat, un tiers indépendant.

Idéalement, il n'y aura qu'un seul porte-parole pour chaque partie, qui soit en même temps le principal décideur. Cette restriction a pour objet de faire en sorte d'éviter, autant pour la partie elle-même que pour ses partenaires, qu'il y ait des contradictions entre les différents porte-parole et que les canaux de communication soit embrouillés. Et chacun des décideurs et chacun des porte-parole doit être doté par la partie qu'ils représentent de pouvoirs pertinents réels, de manière à accélérer le processus décisionnel.

De même je recommande fortement que les sujets en discussion, et surtout les décisions prises, soient transcrits par écrit¹⁶ et que ces écrits soient transmis aux décideurs et porte-parole de chaque partie, pour approbation lorsque pertinent et au moins pour information. C'est à ce prix que les discussions avancent, que les décisions sont correctement prises et qu'elles sont respectées. L'ensemble de ces écrits constituera la mémoire collective des partenaires du projet.

Échange d'information

Pour un contrat réussi, il est indispensable que l'échange d'information soit complet, pertinent et réciproque.

Il y a manifestement un ordre logique à suivre. C'est au donneur d'ouvrage à décrire d'abord ce qu'il veut et ensuite il appartient aux autres parties de dire comment ils

¹⁶ Procès-verbaux de réunions et échange rapide de mémos et de confirmations.

peuvent répondre à ces attentes; mais au-delà de cette évidence, il faut insister sur l'importance de la qualité et de la quantité de l'information qui doit circuler entre les parties. C'est là la base même de la bonne foi, qui doit gouverner tous les contrats, et dont notre droit commun fait une règle déterminante qu'il édicte dès l'ouverture du Code civil et plus particulièrement à son article 6:

«Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon
les exigences de la bonne foi.»

et, pour faire bonne mesure, il le réitère au tout début du chapitre traitant des contrats, à l'article 1375:

«La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au
moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son
exécution ou de son extinction.»

Or, la bonne foi ce n'est pas qu'une attitude ou un état d'âme. Elle doit se manifester concrètement et sa première manifestation, dans la négociation d'un contrat, consiste à fournir au co-contractant l'ensemble des informations dont il a besoin, en plus de l'ensemble des informations pertinentes qu'il demande, de manière à ce que le contrat, éventuellement conclu, soit la concrétisation d'un échange de consentements réels. Le Code civil l'exprime ainsi:

«Le consentement doit être libre et éclairé»¹⁷

On peut également ajouter que le Code civil spécifie que:

¹⁷ 1399 alinéa 1 (notre soulignement).

«L'erreur vicie le consentement ... lorsqu'elle porte sur...
l'objet de la prestation ou, encore, sur tout élément essentiel
qui a déterminé le consentement¹⁸

et enfin que,

«le dol (*c'est-à-dire le fait de tromper une autre partie*) peut
résulter du silence...¹⁹».

C'est à partir de ces règles, et du sens commun, que nos tribunaux ont développé un corpus de jurisprudence²⁰ précisant les contours d'un devoir de renseignement, c'est-à-dire de l'obligation de fournir les informations pertinentes aux engagements que l'autre prendra, doublé d'un devoir de chaque partie de s'informer, c'est-à-dire non seulement de recevoir cette information mais également de rechercher raisonnablement à obtenir par ses propres moyens de l'information pertinente ²¹.

¹⁸ article 1400

¹⁹ article 1401

²⁰ Dont la célèbre décision *Banque de Montréal c. Bail*, [1992] 2 R.C.S. 554, mais aussi quantité d'autres qui l'ont précédé et suivi.

²¹ Comme l'enseigne le juge Baudouin, «[l']obligation d'information n'est ni générale, ni universelle. Elle ne s'étend pas à l'information que le cocontractant possède déjà ou à laquelle il pouvait accéder en se comportant avec une prudence et une diligence raisonnable. [...] Dans la mesure, en effet, où, d'une façon générale, le cocontractant a la possibilité de connaître l'information ou d'y avoir accès (en dehors évidemment des hypothèses où la loi impose l'obligation absolue de communiquer le renseignement), l'obligation de se renseigner vient faire échec au devoir corrélatif de renseignement. Le droit ne vient pas au secours de ceux qui dorment ...» J.-L.BAUDOUIN, P.-G.JOBIN *Les obligations* (5^e), Cowansville, Yvon Blais, 1998, au no.315, à la p. 270.
Voir aussi *Banque nationale du Canada c. Denevers Marketing Inc.*, J.E. 95-2268 (C.S.); *Maison funéraires Blais Inc. c. Ouellet*, J.E. 95-1086 (C.Q.); *Banque Royale du Canada c. Audet*, J.E. 97-882 (C.S.); *Fiducie du groupe Investors Ltée c. 2632-0580 Québec Inc.*, [1997] R.J.Q. 1107(C.S.); *Voncorp Inc. c. 147013 Canada Inc.*, J.E. 97-1474 (C.S.); *Marine Property Leasehold Ltd. c. Chisos Investment Co.*, J. E. 96-2023 (C. S.)

D'ailleurs en matière de construction, ce devoir de donner et ce droit d'obtenir l'information existent tout au long du projet. Par exemple, au cours de la construction, le client a le droit de vérifier l'état d'avancement des travaux, la qualité des matériaux et du travail et la comptabilité du projet²². Mais en ce qui concerne mon propos, c'est-à-dire, la formation du contrat lui-même, je réitère que le fait de cacher de l'information, sciemment ou accidentellement, est la meilleure façon de s'attirer des difficultés et de générer des litiges. Si le projet pose des difficultés ou présente des risques, c'est avant qu'il commence et avant que le contrat soit passé qu'il faut y faire face de manière à les prévoir, les prévenir et envisager les moyens de les contourner ou de les régler. C'est la loi mais c'est également la prudence et la bonne gestion.

Cette obligation d'information s'impose évidemment au donneur d'ouvrage, on peut facilement comprendre pourquoi, mais elle existe également pour les autres parties au contrat. La loi le reconnaît également entre autres à l'article 2102 C.c.Q.:

«L'entrepreneur ou le prestataire de services est tenu, avant la conclusion du contrat, de fournir au client, dans la mesure où les circonstances le permettent, toute information utile relativement à la nature de la tâche qu'il s'engage à effectuer ainsi qu'aux biens et au temps nécessaires à cette fin.»

Une autre illustration de cette exigence se trouve à l'article 2104 qui prévoit, entre autres, que même quand des matériaux sont fournis par le donneur d'ouvrage lui-même

²² article 2117 C.c.Q.

et non pas par l'entrepreneur, et qu'ils sont inadéquats ou atteints d'un vice apparent, ou même d'un vice caché qu'un homme de l'art doit connaître, le professionnel et l'entrepreneur sont tenus d'en informer leur client, sans quoi c'est eux qui en sont responsables.

Donc, l'information ne va pas que dans un sens mais elle est réciproque.

Si je réfère fréquemment dans cette partie de la présentation au Code civil, ce n'est pas parce que ce sujet est essentiellement juridique mais pour illustrer que les notions de normes du milieu, de bonne foi et d'échange d'information sont tellement fondamentales à la formation des contrats que le droit commun du Québec a choisi de les imposer. Mais même si elles n'apparaissent pas au Code, elles devraient être respectées parce qu'elles constituent la base première de la bonne réussite des contrats et de leur capacité à permettre aux parties de gérer harmonieusement les projets de construction.

Compréhension commune

Cet échange d'information et les discussions qui vont inévitablement s'ensuivre permettront aux parties d'identifier et d'avoir une compréhension commune des éléments clé du projet, principalement:

1. des objectifs du projet, c'est-à-dire de ce que le donneur d'ouvrage souhaite obtenir et des standards (identifiés le plus précisément possible) qu'il entend voir

respecter de même que des objectifs des autres partenaires. Il est légitime pour chacun de vouloir tirer un profit de l'ouvrage et il est même légitime de vouloir tirer un profit qui ne soit pas seulement financier du projet: si le concepteur cherche une occasion d'innover, qu'il le propose; si l'entrepreneur cherche une vitrine pour asseoir sa compétence et souhaite que cela fasse partie des objectifs du projet, qu'il le mentionne. Les objectifs sur lesquels on se sera mis d'accord feront partie des intentions et des buts du projet et la recherche conjointe de leur atteinte facilitera l'harmonie entre les partenaires;

2. des moyens financiers, matériels, techniques permettant aux participants l'atteinte des objectifs;
3. des tâches à accomplir, au moins dans les grandes lignes, de manière à ce que chacun des partenaires comprenne la pertinence, la difficulté et l'intérêt des tâches accomplies par les autres pour éventuellement apprécier leur participation à l'ouvrage et juger des délais requis pour leur exécution et de la qualité du résultat;
4. des risques prévisibles qui se présentent et qui devront être pris en charge par l'un ou l'autre ou par l'ensemble des partenaires, qu'il s'agissent de risques
- financiers (capacité de payer du donneur d'ouvrage, contrôle des coûts, solvabilité des partenaires, étalement des paiements, etc.),

- techniques (internes, c'est-à-dire inhérents à la difficulté du projet lui-même; ou externes, c'est-à-dire découlant de facteurs réglementaires, environnementaux ou autres qui s'imposent au projet),
- accidentels,
- relatifs à la gestion même du projet (circulation d'informations, gestion de la documentation, respect des échéanciers, exigences des autorités administratives, etc.)
- et enfin, du risque de violation, fortuite ou volontaire, du contrat par une autre partie.

Forte de la connaissance de l'ensemble de ces éléments, chaque partie peut contribuer efficacement au projet. Cependant, ce n'est que si ces éléments d'information sont échangés qu'on pourra, dans la mesure où cela est accessible, obtenir un contrat où il n'y aura ni attente irréaliste, ni difficulté insurmontable de part ou d'autre.

On peut maintenant passer à la négociation proprement dite.

III – Négociation et positionnement

À cette étape on doit d'abord partager adéquatement les tâches, c'est-à-dire préciser l'apport de chacun des partenaires à la réalisation du projet. La clé ici consiste à en arriver à une bonne adéquation des tâches et des compétences. Il est irréaliste de confier à quelqu'un une tâche qu'il n'est capable ni d'accomplir ni de déléguer.

Si le donneur d'ouvrage a peu d'expérience en construction, et s'il ne dispose pas des personnes ressources pour l'aider, il est préférable de ne pas compter sur lui pour fournir toute la participation qu'un donneur d'ouvrage plus compétent en la matière aurait autrement fourni. Éventuellement, le donneur d'ouvrage sera peut-être responsable des conséquences de ses lacunes, mais entre-temps, on aura fait face à des difficultés, des délais, et des frais d'avocats qu'une vision plus réaliste de la situation aurait permis d'éviter. Il ne suffit pas ici, si on veut éviter le litige, d'établir les responsabilités mais bien de les partager entre des partenaires aptes à les relever.

Et à chaque tâche, doivent être associés le pouvoir et la marge de manœuvre requises à son accomplissement.

La négociation doit également porter sur une rémunération juste et équitable, proportionnée à l'ampleur de la tâche assumée par chacun et garante du niveau de qualité que l'on veut atteindre tout en permettant à chacun de réaliser les objectifs sur

lesquels on s'est entendu, la rémunération devant tenir compte de chacun de ces objectifs.

Les risques ayant été identifiés, il faut, par la discussion et la négociation, tenter dans toute la mesure du possible de les mitiger et de les contrôler. Pour ce faire, l'expérience et l'expertise de tous les partenaires peuvent être utiles. Chacun veut et a intérêt à réussir le contrat et le projet.

Tout en mitigeant les risques, on cherche également à en faire un partage équitable et raisonnable entre les parties en fonction des compétences, des tâches et de la rémunération de chacun. Il est inutile de confier la gestion d'un risque à une partie peu intéressée ou inapte à le contrôler adéquatement. Encore ici, l'objectif n'est pas de refiler la difficulté à un autre, mais de la confier au plus habile à la régler.

«Plusieurs parties tentent de réaliser leur projet sans assumer de risques, quelque soit leurs responsabilités réelles. Cependant, chaque risque devrait logiquement être assumé par la partie qui est le mieux en mesure de le contrôler et de l'assurer.²³

Il convient ensuite de confirmer l'acceptation des risques de chacun par des garanties véritablement exécutoires qui clarifient la part de chacun et protègent en cas d'échec.

²³ Le Groupe Encon, «La gestion des risques par une terminologie contractuelle appropriée», 1998, p. 36;

Aussi, on peut et on doit normalement choisir de transférer certains risques à des tiers, assureurs, cautions, financiers, garants, etc. Il faut ici équilibrer le coût de ce transfert avec l'importance du risque.s

Le contrat est conclu à une date donnée mais les circonstances peuvent, par la suite, évoluer, ce qui demande que le contrat soit susceptible d'adaptation. Soit que des informations nouvelles sont apportées aux parties, soit que certaines données ont changé, soit aussi tout simplement que certains éléments sont réévalués. Cela est normal et doit donc être prévu; même ce qui doit être fixé, par exemple le prix dans le cadre d'un contrat forfaitaire, ne peut l'être qu'à certaines conditions et que pendant une période de temps limitée. Les parties doivent donc s'entendre sur les méthodes de gestion des changements, qu'ils soient imposés par les circonstances ou volontaires.

On voudra en particulier déterminer non pas nécessairement les conséquences des changements dont on ne connaît pas encore évidemment la nature et la portée mais au moins le procédé par lequel sera déterminé l'impact de ces changements sur le prix, les délais, le partage des tâches et des risques.

On a vu plus tôt que le Code civil donne aux parties le droit de résilier unilatéralement le contrat. Le client peut le faire en tout temps²⁴, le professionnel ou l'entrepreneur ne

²⁴ article 2125 C.c.Q.

peuvent le faire qu'à certaines conditions²⁵. L'article 2129 qui prévoit les conséquences de cette résiliation unilatérale n'est que de droit supplétif et non pas d'ordre public. Le contrat peut donc prévoir les conséquences d'une résiliation par une partie, par exemple qu'il y aura ou non paiement non seulement du coût des travaux réalisés à date mais d'une portion ou de la totalité des profits qui auraient autrement été payables sur les travaux résiliés. On peut aussi prévoir les conditions différentes selon que la résiliation aura été motivée par une juste cause de résiliation, ou par une force majeure, ou encore par des motifs inhérents à la partie qui résilie.

Il est également indispensable de prévoir dans la négociation du contrat les critères de satisfaction des attentes. Que sera l'ouvrage réalisé et à partir de quand cette réalisation sera-t-elle complétée? S'il s'agit d'un édifice à logements usuel, les attentes sont satisfaites quand l'édifice a été construit en conformité avec la conception prévue. S'il s'agit cependant de travaux industriels, on doit identifier, aussi précisément que faire se peut, les critères, comme la mise en service, le niveau de production ou la vitesse d'exécution ou une combinaison de différents facteurs permettant d'établir que la tâche est accomplie, et ce de la manière la plus objective possible de façon à ce que l'entente soit claire et vérifiable.

²⁵

article 2126 C.c.Q.:

«L'entrepreneur ou le prestataire de services ne peut résilier unilatéralement le contrat que pour un motif sérieux et, même alors, il ne peut le faire à contretemps; autrement, il est tenu de réparer le préjudice causé au client par cette résiliation.

Il est tenu, lorsqu'il résilie le contrat, de faire tout ce qui est immédiatement nécessaire pour prévenir une perte.»

On doit aussi, à cette étape, et c'est souvent ce qui est le plus difficile, établir non seulement les gratifications en cas de réussite au-delà des attentes mais surtout les pénalités en cas d'échec ou de retard, les responsabilités, les garanties, de même que les engagements d'indemnisation et dans tous les cas, les limites à ces obligations. Cette tâche est habituellement ardue. Souvent parce que les parties n'ont pas envie au moment du mariage, de déterminer les conditions du divorce. On peut facilement les comprendre.

Pourquoi en passer par là? C'est que si cela est difficile au moment du mariage, ce le sera d'autant plus au moment du divorce sans avoir à passer par une décision imposée par un tiers. Par ailleurs, c'est souvent à cette étape des discussions que l'importance accordée par le donneur d'ouvrage à certains éléments paraissent le plus parce que c'est à leur égard qu'il demandera une plus grande pénalité. Les limites aussi de ce que le fournisseur s'attend à pouvoir accomplir sont également habituellement révélées à ce moment puisque le degré de confiance de sa capacité à respecter les critères de satisfaction déterminera dans une large mesure son adhésion aux conséquences en cas d'échec. Comme ailleurs, mais peut-être avec plus de précisions, la clé du succès à cette étape est triple: information ouverte, bonne foi et recherche de l'équité.

Parmi les éléments les plus importants à inscrire dans un contrat dont l'objectif consiste à éviter les conflits figure paradoxalement l'établissement d'une méthode saine et efficace de résolution des conflits. Ces derniers sont en effet à peu près inévitables.

Mais la résolution des conflits ne passe pas nécessairement par un litige en Cour Suprême. Il y a des étapes. Je recommande d'abord d'insérer dans le contrat une clause, qui peut être la clause # 1, établissant le principe de la collaboration des parties. Un exemple en est fourni en annexe. Elle engage les parties à collaborer à la solution des difficultés de tous ordres qui pourront survenir dans le cadre du contrat. Plus qu'une clause de style, elle établit le principe qui doit guider la conduite des parties qui l'auront librement négociée et acceptée.

Je suggère d'aller un peu plus loin et de prévoir d'autres outils de «partenariat» c'est-à-dire de déterminer des moyens permettant de régler les conflits au fur et à mesure de leur avènement, avant qu'ils ne dégénèrent en litige, sans pour autant empêcher, ni même retarder dans toute la mesure du possible, l'avancement de l'ouvrage. On peut envisager par exemple de mettre sur pied un comité bipartite d'étude des problèmes, ou un comité d'experts indépendants à appeler en consultation lorsque requis pour suggérer des solutions, ou faire appel à un tiers qui, depuis le départ, suit le projet et est habilité à prendre des décisions soit finales, soit temporaires, visant à permettre l'avancement de l'ouvrage.

Enfin, l'expérience enseigne qu'il est quelques fois utile de faire appel à la médiation ou à d'autres modes alternatifs de résolution des conflits, ce qui a habituellement l'avantage d'être plus rapide et moins onéreux qu'un procès tout en demeurant à peu de chose près confidentiel. Enfin, dans certains cas, il est préférable d'envisager, si les

parties, même avec l'aide d'un médiateur ou d'un conciliateur, n'arrivaient pas à s'entendre, un arbitrage privé plutôt qu'un procès public.

À l'étape de la préparation du contrat, il est important de prévoir un cadre progressif de résolution des conflits avec lequel les partenaires seront à l'aise, en espérant qu'ils n'aient pas à l'utiliser.

Pour l'ensemble de la négociation, on a donc insisté sur l'échange ouvert de l'information, sur la bonne foi, et l'équité. Ajoutons également, pour compléter le tableau, qu'une négociation réussie procède également du réalisme et de la flexibilité.

IV – Rédaction du contrat

Recommandations

En ce qui concerne les textes même des contrats, ils 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'équipe.²⁶

Il est habituellement préférable de préciser les intentions générales des parties et le but du contrat dans des paragraphes introductifs (les «Attendu que»), de manière à fixer les intentions des parties au contrat, ce qui non seulement pourra être utilisé à des fins de référence mais surtout qui facilitera l'interprétation à donner au contrat par les parties et, au besoin, par un tiers. Il s'agit en réalité d'un espèce de sommaire du contrat.

On voudra également donner un cadre général d'interprétation du contrat, tout en tenant compte de ce que la loi détermine à cet égard, c'est-à-dire que:

«Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.»²⁷

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

C'est donc ainsi qu'il est pertinent d'établir cette intention commune dès le début du contrat, et de prévoir de la sorte de ne pas accorder d'importance aux petits oublis ou aux erreurs de rédaction qui auraient pu être commises.

Le contrat doit être complet. Tous les éléments négociés doivent y être inclus, l'écrit commun garantissant que l'accord a été fait et est conservé pour consultation future.

Un seul document, ou une seule série de documents conçue comme un ensemble, doit être préparée, chaque document et chaque section de documents traitant complètement et uniquement d'un sujet. On évite ainsi que les différents documents se contredisent ou se chevauchent maladroitement. On permet aussi, tant pendant la phase de négociation pré-contractuelle que pour les amendements à venir, que les inévitables changements doivent être apportés à plus d'un endroit à la fois. On garantit aussi de n'avoir qu'un seul outil de référence, unique et commun à toutes les parties, ce qui évite les mauvaises interprétations et les malentendus.

Cependant, il est fréquent qu'il y ait plus d'un document. On n'a qu'à penser aux conditions générales et aux conditions particulières, aux plans, aux devis, etc. Quoiqu'il soit préférable que chaque élément du contrat ne soit traité qu'à un seul endroit, cela n'est pas toujours possible. Il est donc préférable de prévoir un ordre de préséance entre les documents. Ainsi, par exemple, il est normal de prévoir que les conditions

²⁷ article 1425 C.c.Q.

particulières, préparées spécifiquement pour le projet, aient préséance sur les conditions générales.

Il faut faire attention aux termes employés. Les mots les plus importants doivent être définis de manière à ce que leur sens soit clairement établi. Ce sont eux qu'il faudra utiliser dans le texte là où on voudra faire appel aux notions qu'ils décrivent. Si les termes portent à confusion, l'exécution du contrat sera aussi nébuleuse. Il est également préférable d'uniformiser les termes employés de manière à ce que non seulement un même mot ait toujours le même sens mais surtout qu'une même idée soit toujours présentée avec le même vocabulaire. Une des règles d'interprétation des lois utilisées par les tribunaux veut que si le rédacteur a utilisé des termes différents, c'est qu'il voulait énoncer des notions différentes. Cette règle n'est pas d'un usage absolu en matière d'interprétation de contrat mais elle constitue une règle de rédaction à suivre dans toute la mesure du possible.

Il est préférable d'éviter d'utiliser les clauses de style du genre, en anglais, «time is of the essence». Cette clause se trouve dans à peu près dans tous les contrats et risque de n'avoir plus beaucoup de portée tellement elle est galvaudée. Il vaut beaucoup mieux préciser les raisons pour lesquelles les échéances sont importantes et identifier clairement les délais et les étapes. Pour faciliter le respect des échéances, il est pertinent d'établir une procédure de vérification et de fixer la rémunération par étapes en fonction des échéances importantes. Non seulement parce qu'il est normal de vouloir être récompensé de ses efforts mais aussi parce qu'il est commercialement

efficace non seulement pour le payeur mais aussi pour le créancier, de répartir les paiements dans le temps.

Les modèles de contrats

L'utilisation de certains modèles de contrats est assez répandue. Elle est habituellement avantageuse pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les modèles, quand ils sont bien faits, énumèrent la liste des sujets dont un contrat doit traiter et constituent donc un aide-mémoire efficace. Deuxièmement, les modèles de contrats sont habituellement mis à jour périodiquement, de telle sorte qu'ils s'ajustent à l'évolution des normes et du droit, malgré un inévitable décalage. Surtout, quelques-uns d'entre eux sont assez connus des parties dont le confort se trouve conséquemment accru²⁸.

Cependant, il ne s'agit que de modèles et non pas d'absolus. Ils ne sont pas conçus pour aucun projet en particulier. En conséquence, il est indispensable de les ajuster aux besoins propres de chaque projet et de chaque contrat, tout comme il est insuffisant de faire la conception d'un édifice en se contentant de référer au *Code de construction*. Il est indispensable de passer de l'application générale à l'application particulière. Pour ce faire, le plus simple consiste à ajouter au modèle un document spécifique où on indique les modifications précises sur lesquelles les parties se sont entendues, cet ajout ayant préséance sur le document de base.

²⁸ Se trouvant en terrain de connaissance, chacun disposera de points de repère. Chaque élément d'incertitude, même au niveau des obligations des parties, augmente le prix et le risque.

La moralité contractuelle

En terminant, je tiens à rappeler le contexte général de moralité contractuelle qui influence l'interprétation des contrats. L'expression «moralité contractuelle» définit un mouvement doctrinal, jurisprudentiel et législatif qui a mis de l'avant des notions visant à tempérer la liberté contractuelle et à moduler sa force obligatoire, de manière à en contenir les excès²⁹.

Ces notions sont l'égalité, l'équilibre et la fraternité contractuels³⁰ et elles ont plusieurs conséquences : d'abord, les cocontractants sont conçus plus comme des partenaires que des adversaires; ensuite, l'interprétation du contrat est assouplie, habituellement par une plus grande emphase mise sur les obligations d'information, de conseil, de sécurité, de coopération et de loyauté³¹, dont la source commune est l'obligation de bonne foi³²; enfin, le tribunal dispose d'une plus grande latitude dans l'interprétation du contrat.

A cette moralité doit correspondre un comportement de négociation et des textes qui en respectent les principes, gages de réussite.

²⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, (1997) 2 RTD civ. 357 (avr.-juin), aux pp. 357-358

³⁰ *Id.*, aux pp. 377 et ss.

³¹ *Id.*, à la p. 365

³² P. G. JOBIN, *La modernité du droit commun des contrats dans le code civil du Québec : quelle modernité?*, [2000] 1 R.I.D.C. 49, à la p. 53; J.-L. BAUDOIN, *Les obligations*(5^e), Cowansville, Yvon Blais, 1998, aux nos. 90 et ss., aux pp. 112 et ss.; B. LEFEBVRE, «La bonne foi : notion protéiforme», (1996) 26 R.D.U.S. 401; B. LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Yvon Blais, 1998; L. ROLLAND, «La bonne foi dans le Code civil du Québec : du général au particulier», (1996) 26 R.D.U.S. 377

Les 6 «R»

En finale, cet extrait d'une présentation faite par un professeur d'architecture américain à une conférence du Conseil international du bâtiment tenue à Montréal en 1998, qui résume en quelques lignes ce que doit contenir un contrat stratégiquement efficace:

«My particular approach to viewing procurement strategy (particularly when I talk with my students) is to address it in terms of six 'Rs':

- the **R**easons for building,
the **R**oles assigned to those who are going to be involved in the process,
- the **R**esponsibilities they are going to assume,
- the **R**isks to be addressed (not only to be *assumed*),
- the **R**ewards to be distributed (since risk and rewards seem to have a fairly intimate relationship one to the other), and finally,
- the **R**ecognition that the process of building is filled with uncertainties.»³³

³³ D. HAVILAND, *Procurement Strategy – key to quality for building owners*, p. 9 in C.H. DAVIDSON, *Procurement – the way forward / la maîtrise d'ouvrage de demain*, IF et CIB, publication 217, Montréal, janvier 1998;

Annexe Clause de collaboration

Il est entendu entre les Parties que, tout au long du Projet, si une dispute ou un malentendu survient entre les Parties, ou en cas de survenance d'un élément inattendu qui pourrait affecter le Projet, la ligne de conduite suivante est adoptée:

- 1) une consultation intervient en premier lieu entre les Parties;
- 2) les Parties conviennent de conduire la consultation dans un esprit de coopération et de bonne foi;
- 3) le temps disponible pour la consultation dépend du degré d'urgence du sujet et de l'échéancier du Projet;
- 4) si les Parties en arrivent à un accord en conclusion de cette consultation, elles prennent dès lors les mesures nécessaires pour mettre en oeuvre la solution convenue dès que raisonnablement possible;
- 5) aucune consultation n'a cependant lieu ou ne se poursuit dans les cas suivants:
 - 5.1 quand il y a menace imminente concernant la sûreté et la sécurité des personnes;
 - 5.2 quand il y a menace imminente de dommage à l'environnement;
 - 5.3 quand il y a menace imminente à la sauvegarde d'une quelconque partie du Projet, ou de toute propriété attenante;
 - 5.4 quand la consultation retarde ou met en danger l'opération continue des installations du donneur d'ouvrage;
6. si les Parties ne peuvent atteindre dans un délai raisonnable un accord en conclusion de cette consultation, une décision sur le sujet litigieux est prise par le donneur d'ouvrage;
7. si le fournisseur de services n'est pas d'accord avec la décision du donneur d'ouvrage, il poursuit néanmoins l'exécution des services, sans préjudice à tous autres recours qu'il peut avoir, pour autant que, avant de commencer l'exécution des services, il adresse une notification écrite qu'il exécute les services litigieux sous contestation;
8. toute dispute ou tout malentendu restant entre les Parties est résolu en accord avec la clause "Médiation/Arbitrage" du Contrat;
9. rien dans cette clause ne peut être considéré comme constituant une renonciation par une Partie à tout droit quelconque découlant du Contrat.