



Par Steve Revay

Ces dernières années, les praticiens de la construction ont consacré une grande partie de leur temps et de leurs énergies à la recherche de solutions visant à éviter ou, à défaut, résoudre les différends. Cette intense recherche de moyens pour réduire sinon éliminer complètement l'antagonisme qui, de nos jours, empoisonne tant de projets de construction est peut-être la plus frappante illustration de certains des problèmes auxquels l'industrie doit faire face.

Les méthodes alternatives de règlement des différends (alternate dispute resolution) et le partenariat, les deux solutions les plus souvent pro-

posées pour régler ces problèmes, ne font malheureusement que traiter les symptômes sans pour autant guérir le malade. Même si l'on arrive à réduire la fréquence et l'intensité des conflits en construction en faisant appel au partenariat ou en introduisant la méthode alternative de règlement des différends, aucun de ces processus ne peut, à lui-seul, garantir un projet rentable et sans conflits. Le partenariat ainsi que la plupart des méthodes alternatives de règlement des différends, sauf peut-être l'arbitrage, échappent au pouvoir exécutoire, et au bout du compte, leur réussite dépend de la bonne volonté des parties. Autant le *bull-terrier* ne perd pas les traits caractéristiques de sa race pour avoir été dressé, autant une partie entêtée ne modifiera pas son comportement du fait d'avoir participé à la constitution d'une équipe, surtout si agir de bonne foi pourrait lui coûter très cher.

Qui plus est, les germes du conflit sont souvent en terre bien avant l'arrivée sur le chantier du premier entrepreneur ou avant le début d'un projet de constitution d'équipe. Par conséquent, c'est dans la phase d'avant-construction, autrement dit à l'étape de la conception et à l'étape de la préparation des contrats applicables qu'il faut chercher le remède. La juste répartition des risques de construction est considérée comme l'une des armes les plus efficaces dans la lutte aux différends. Notre article analyse le *New Engineering Contract*, le nouveau contrat de travaux de génie, récemment publié à Londres par la Institution of Civil Engineers (ICE). Nous prétendons que ce type de contrat, plus que toute autre forme utilisée aujourd'hui, contribue davantage à prévenir les conflits reliés aux projets de construction.

PEUT-ON ÉVITER LES LITIGES DANS LA CONSTRUCTION?

Plus que tout autre domaine peut-être, l'industrie de la construction est minée par des litiges issus du conflit d'intérêts inhérent qui oppose l'acheteur des services de construction, soit le propriétaire ou maître de l'ouvrage au fournisseur de tels services, soit l'entrepreneur. Alors que l'acheteur s'attend à en avoir toujours plus pour son argent, de son côté, le vendeur tente de réduire ses coûts au minimum, tout en respectant ses obligations contractuelles. Malheureusement, ces obligations sont rarement sinon jamais énoncées dans un langage suffisamment clair pour éviter les malentendus. Au fil des ans, l'industrie a appris à se fier au concepteur ingénieur/architecte, autrement dit, à celui qui, le plus souvent, est l'auteur même de la confusion, pour éclaircir ces malentendus et ainsi départager les responsabilités de chacun. À cet

égard, l'ingénieur ou l'architecte désigné nommément dans le contrat se trouve à agir à titre quasi-judiciaire. Ce système fonctionne depuis toujours, bien que l'ingénieur/architecte soit rémunéré par le propriétaire, et il se peut qu'il eût continué de fonctionner, n'eût été le désir du propriétaire d'économiser temps et argent à l'étape de la conception. De nos jours, les ingénieurs/architectes ont rarement le temps et l'argent pour achever la conception et préparer avant l'appel d'offres un cahier des charges propre à la tâche. Ainsi, les malentendus sont souvent la conséquence directe des imprécisions qui se trouvent dans un dossier d'appel d'offres laissé incomplet par le concepteur. Alors la clarification de ces imprécisions pourrait, en théorie, entraîner des ajouts à l'envergure des travaux, ajouts pour lesquels l'entrepreneur devra être compensé.

Est-il donc possible dans de telles circonstances qu'une partie intéressée puisse demeurer réellement indépendante et agir à titre quasi-judiciaire ? Il est permis d'en douter.

Qui plus est, l'énorme complexité des projets actuels entraînent inévitablement des réclamations fort complexes, dû au nombre toujours croissant d'entrepreneurs, de sous-traitants et de fournisseurs, chacun s'exécutant selon un contrat distinct et ayant des obligations parallèles visant l'achèvement d'un projet techniquement difficile dans des délais toujours plus serrés. Ces difficultés sont aggravées par la suspicion de partialité ou d'intérêt personnel qui accable l'ingénieur/architecte.

Pour surmonter ce problème fondamental et dégager le concepteur ingénieur/architecte de toute respon-

sabilité de gestion et de nature judiciaire, le *nouveau contrat* (NEC) répartit le rôle historique de l'ingénieur/architecte entre le gérant de projet, le surveillant, le concepteur et l'adjudicateur. Bien que cela ne soit pas la seule dérogation au contrat-type employé aujourd'hui, c'est vraisemblablement la plus importante.

Évolution du *nouveau contrat* (NEC)

Avant d'aborder la question des fonctions susmentionnées et des autres innovations introduites par le *nouveau contrat*, nous allons examiner les motifs de son apparition et son historique.

La "*Institution of Civil Engineers*" (ICE) publie des conditions contractuelles depuis plus longtemps probablement que tout autre organisme et elle en est actuellement à sa sixième édition révisée. Bien que ce type de contrat soit rarement utilisé en Amérique du Nord, nombre d'experts-conseils et d'entrepreneurs canadiens et américains en connaîtraient les dispositions pour avoir employé les *Conditions de contrat applicables aux marchés de travaux de génie civil* publiées par la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils, mieux connues sous le nom de Conditions FIDIC. Ces conditions sont le mode de contrat privilégié sur la scène internationale. Elles sont issues des conditions de l'ICE et s'y inspirent, notamment en ce qui concerne les pouvoirs quasi-judiciaires et l'important rôle administratif dont est investi l'ingénieur.

En 1985, l'ICE s'est décidée à «entamer une révision fondamentale des stratégies contractuelles alternatives en matière de conception et de construction des ouvrages de génie civil afin d'identifier les besoins relatifs aux règles de l'art.»

Le premier projet du *nouveau contrat* fut publié en 1991 et mis à l'essai au Royaume-Uni, en Afrique du Sud, à Hong Kong et à Bélize. Fort de l'expérience tirée de ces essais, on a révisé le langage du contrat sans pour autant en modifier les principes visés; le *nouveau contrat* fut relancé en 1993 sous forme de première édition. Un Groupe d'usagers du NEC fut constitué en janvier 1994 et, en juillet, Sir Michael Latham recommandait dans son rapport intitulé "*Final Report of the Government/Industry Review of Procurement and Contractual Arrangements in the UK Construction Industry*" que le *nouveau contrat* «serve de contrat général commun à l'ensemble de l'industrie.» La philosophie préconisée dans le nouveau contrat se rapproche probablement davantage des pratiques contractuelles appliquées sur

le continent européen que de celles régissant, soit les Conditions ICE ou les Conditions FIDIC. Par exemple, les pouvoirs du gérant de projet dans le *nouveau contrat* (NEC) ne diffèrent pas de ceux dont est investi le maître d'oeuvre en France. Il ne serait donc pas étonnant de voir la FIDIC suivre, dans un proche avenir, l'exemple donné par le *nouveau contrat*.

Modification des rôles

Fait à noter: le concepteur ingénieur/architecte brille par son absence dans le *nouveau contrat*. Son nom n'y est cité nul part et, de toute évidence, il n'a pas voix au chapitre en ce qui concerne l'exécution du contrat. On comprendrait mieux cet écartement évident de l'autorité de l'ingénieur/architecte à la faveur du gérant de projet s'il avait été recommandé par le *Project Management Institute* et on le prendrait moins au sérieux. Mais comme cette recommandation émane de la *Institution of Civil Engineers*, un des bastions du rôle classique des ingénieurs, elle mérite qu'on y porte attention. Il est vrai que l'auteur principal du *nouveau contrat*, le Dr. Martin Barnes, est un passionné et un ardent défenseur de l'évolution de la gestion de projet; il est cependant douteux qu'il ait pu à lui-seul infléchir à ce point l'orientation du contrat. Il est plus probable que l'ICE ait décidé que les intérêts de leurs concitoyens seraient mieux servis si les ingénieurs s'occupaient de faire ce pour quoi ils ont été formés; à savoir l'ingénierie et la conception de projets de qualité, respectueux de l'environnement.

Récemment, la *American Bar Association* mettait sur pied une commission d'étude dont l'objectif était de réexaminer les contrats de construction. Dans son avis provisoire, ce groupe arriva à une conclusion semblable, c'est-à-dire qu'il y a lieu de libérer de ses fonctions quasi-judiciaires le concepteur désigné, l'ingénieur/architecte classique.

Selon le *nouveau contrat*, le gérant de projet est chargé, avec plein pouvoir apparent, de s'occuper, pour le compte du maître de l'ouvrage (le propriétaire, dans le langage courant), de toutes les questions contractuelles, techniques et administratives qui peuvent surgir au cours du projet. Si, d'une manière ou d'une autre, il est restreint dans ses pouvoirs, soit par exemple par le montant de compensation supplémentaire qu'il lui est permis d'autoriser, il doit obtenir l'autorisation nécessaire dans les délais prévus par les dispositions applicables du *nouveau contrat*. À défaut par ce dernier d'agir dans les délais impartis, l'en-

trepreneur est en droit de recevoir une compensation supplémentaire. Avec tout ce pouvoir conféré au gérant de projet, il est permis de se demander comment les choses ont changé pour l'entrepreneur. Premièrement, le gérant de projet est indépendant du ou des concepteurs, il est donc impartial et n'a aucun intérêt personnel, implicite ou explicite, à occulter les lacunes dans l'étendue des travaux, les ambiguïtés dans le cahier des charges ou les vices de conception. Qui plus est, si l'entrepreneur considère que les actions ou décisions du gérant de projet ne sont pas conformes au contrat, il peut porter plainte auprès de l'adjudicateur. Cette disposition constitue une très importante garantie contre tout abus de pouvoir éventuel de la part du gérant de projet. De surcroît, l'ensemble du contrat, notamment la clause 6 — "Cas de compensation" — est construit de manière à empêcher le gérant de projet d'agir de manière déraisonnable.

Nouveaux acteurs

L'adjudicateur est nommé d'un commun accord par le maître de l'ouvrage et par l'entrepreneur; il n'intervient que lorsqu'il est saisi d'un différend. Il est donc indépendant de l'un et de l'autre et ses honoraires et dépenses sont partagés à parts égales entre les deux, qu'elle que soit sa ou ses décision(s). La clause 9 du contrat énonce les étapes à suivre pour en arriver à une décision. Des délais précis sont fixés pour chacune des étapes (p. ex. quatre semaines), ce qui fixe à 12 semaines maximales le délai durant lequel un différend peut être résolu, bien que rien n'empêche que l'on procède plus rapidement. La décision de l'adjudicateur est exécutoire et le gérant de projet ou l'entrepreneur, ou les deux sont tenus de la mettre à exécution. Par exemple, lorsqu'une décision impose le versement d'une compensation supplémentaire, le montant ainsi fixé doit être acquitté avec le prochain paiement progressif. Malgré le caractère exécutoire de la décision de l'adjudicateur, une partie peut soumettre le différend à l'arbitrage conventionnel, à la condition d'en aviser l'autre partie dans les quatre semaines qui suivent la réception de la décision. La procédure d'arbitrage est alors régie par la loi applicable en la matière, ou par une loi convenue entre les parties. Aucun différend ne peut être soumis à l'arbitrage sans que l'adjudicateur en ait été préalablement saisi, même s'il n'est pas nécessaire qu'il se soit prononcé. Le différend peut aussi être porté en arbitrage conventionnel lors du manquement de l'adjudicateur à rendre une décision dans les délais impartis. En ce

cas, le délai de quatre semaines débute à partir de la date à laquelle la décision aurait dû être rendue; une partie peut donc demander l'arbitrage conventionnel le lendemain de la date en question.

Le vérificateur est un nouvel acteur qui fait son apparition pour la première fois. Chargé de s'assurer que l'exécution des travaux est conforme aux plans et devis, son rôle est, en quelque sorte, celui d'un ingénieur résident ou encore d'un conducteur de travaux. Le vérificateur est nommé par le maître de l'ouvrage et peut faire partie de ses effectifs permanents ou encore appartenir à un organisme indépendant autre que le bureau des concepteurs. L'entrepreneur a les mêmes droits de contester une décision du vérificateur que celle du gérant de projet; en cas de désaccord, il peut saisir l'adjudicateur pour trancher la question.

La première édition du *nouveau contrat* est composée des parties suivantes:

- six versions du type de contrat *maître de l'ouvrage/entrepreneur*;
- un *nouveau contrat de sous-traitance*;
- les diagrammes de cheminement;
- les notes directives

La version *maître de l'ouvrage/entrepreneur*, le seul type de contrat faisant l'objet du présent article, peut servir à des travaux de construction mettant en oeuvre le tout ou partie des disciplines traditionnelles, telles les travaux de génie civil, d'électricité, de mécanique ou du bâtiment. Elle peut également servir lorsque l'entrepreneur n'a que quelques responsabilités, ou pleine et entière responsabilité, ou encore aucune responsabilité en matière de conception. Les six versions couvrent toutes les options généralement employées, telles les marchés à prix fixe avec échéancier de paiements, les marchés à prix unitaires avec bordereaux des quantités et des prix, les marchés à prix objectifs, les marchés à coûts remboursables et les contrats de gestion.

Ce qui donne au *nouveau contrat* son caractère unique est que sa structure et un certain nombre de clauses, entre autres les clauses fondamentales, sont identiques dans les six versions. Chaque type de contrat est composé de cinq éléments:

- les clauses fondamentales;
- les clauses facultatives propres à chaque version;
- les clauses facultatives secondaires pouvant servir à toute version;
- la liste des composantes du prix de revient servant à fixer le coût dans

les "cas de compensation";

- les données contractuelles énonçant les informations propres aux travaux;

Les exigences propres aux travaux en question et les questions reliées à la conception sont reléguées au cahier des charges techniques, faisant du *nouveau contrat* un document court mais souple.

Cluses fondamentales

Il y a neuf clauses fondamentales, dont trois comprennent des dispositions qui dérogent essentiellement aux dispositions retrouvées dans les contrats-types actuels. Cependant, les auteurs avertissent les usagers éventuels que, malgré la similitude du langage entre les autres types de contrats et le *nouveau contrat*, ce dernier a été entièrement révisé et ne devrait être utilisé que s'il est bien compris. Ces trois clauses sont:

- 6 — "Cas de compensation";
- 8 — Risques et assurances;
- 9 — Litiges et résiliation.

La clause 6 énumère seize causes donnant droit à une compensation supplémentaire pour l'entrepreneur, notamment:

- «En cas de retards indus pour cause d'essais ou d'inspection menés par le vérificateur»;
- «En cas de divergence dans l'information en regard du site y compris les informations auxquelles ledit document se réfère, l'*entrepreneur* est réputé avoir tenu compte des conditions physiques davantage propices à l'exécution des travaux»;
- «Lorsque l'une des *mesures météorologiques* comparées avec les *données météorologiques* démontre que telles conditions météorologiques enregistrées au cours d'un mois et avant la date d'achèvement pour l'ensemble des *travaux*, au lieu stipulé au contrat, apparaissent en moyenne moins souvent qu'une fois tous les dix ans.»

Cette clause décrit également les exigences en matière d'avis pour protéger les droits de l'entrepreneur, ainsi que le mode d'évaluation du montant de compensation. Le coût d'impact, par exemple, est traité de la manière suivante:

- «Si le *gérant de projet* décide qu'un "cas de compensation" est de nature trop incertaine pour en prévoir les effets avec un degré raisonnable de certitude, il énonce par rapport à sa nature des hypothèses sur lesquelles l'évaluation doit se fonder lorsqu'il signifie à l'entrepreneur de soumettre une offre de prix. S'il s'avère, par la

suite, que l'une ou l'autre de ces hypothèses est fautive, le *gérant de projet* notifie un redressement au titre d'un "cas de compensation".»

- «Des allocations couvrant les augmentations de coûts ou de retards des travaux susceptibles de se produire et qui sont aux risques de l'*entrepreneur*, sont incluses dans les prévisions des Coûts réels et de l'Achèvement» — autrement dit, ces sommes estimatives sont versées à l'entrepreneur.

Selon les auteurs du *nouveau contrat*, les raisons de cette apparente indulgence envers l'entrepreneur sont la reconnaissance qu'aucun des cas donnant lieu à une compensation ne sont imputables à ce dernier. Conséquemment, il est juste et raisonnable (et conforme au droit en matière de dommages) que l'entrepreneur soit remboursé des coûts supplémentaires qu'il n'aurait engagés n'eût été le cas en question.

La clause 8 décrit la répartition des risques de perte, de dommage matériel ou corporel ou de décès, la procédure à suivre pour traiter ces sinistres, les responsabilités auxquelles les parties doivent faire face, les indemnités souscrites par les parties, de même que les exigences en matière d'assurance. Une caractéristique exceptionnelle de cette clause est qu'elle dégage l'entrepreneur de toute responsabilité en cas de perte ou dommages aux ouvrages permanents, même en cours de construction, lorsque ces pertes ou dommages résultent d'une faute du maître de l'ouvrage ou de sa conception. La clause dégage également l'entrepreneur des risques de guerre, de contamination radioactive et d'autres risques spécifiques énumérés au contrat telles les questions environnementales ou la contamination du sol, etc. et dont le maître de l'ouvrage assume la responsabilité.

Options importantes

Parmi les types du contrat *maître de l'ouvrage/entrepreneur*, le marché à prix objectifs et le contrat de gestion méritent des commentaires particuliers.

Lorsqu'ils firent leur apparition, les marchés à prix objectifs furent présentés comme la solution idéale pour les projets de construction lorsque les travaux doivent débiter avant l'achèvement de la conception (projets en régime accéléré dits "fast-track"). Toutefois, leur popularité anticipée a beaucoup diminué, surtout à cause du problème d'ajustement des prix convenus initialement.

Le *nouveau contrat* semble contourner ce problème et recommande que la procédure en matière de "cas de

compensation" soit appliquée aux modifications. Dans le cas des marchés à prix objectif avec bordereau de quantités et de prix, il est prévu que:

- «L'écart entre la quantité finale des travaux exécutés et la quantité stipulée pour un item au bordereau des quantités à la date du contrat constitue un "cas de compensation" lorsque:
- cet écart a pour effet de modifier le coût unitaire réel et,
- que le taux cité dans le bordereau des quantités pour un item à la date du contrat, multiplié par la quantité des travaux exécutés, dépasse 0,1 % du total des prix à la date du contrat.

Constitue un "cas de compensation" tout écart entre la quantité finale des travaux exécutés et la quantité stipulée pour un item du bordereau des quantités à la date du contrat lorsque cet écart retarde l'achèvement des travaux.»

Il y a une grande similitude entre les conditions qui régissent les marchés à prix fixes et les marchés à prix objectifs. La procédure prévue pour l'ajustement des prix en cas de modification ou d'autres "cas de compensation", comme il est mentionné ci-dessus, est identique dans les deux versions. La différence est que les prix objectifs de la soumission excluent les frais généraux et les bénéfices, lesquels sont couverts par les honoraires qui, évidemment, peuvent être réduits par le partage des dépassements de coûts, conformément à la formule convenue. Dans le *nouveau contrat*, l'assurance d'honoraires minimums est garantie par la définition au contrat d'une fourchette appropriée au-delà de laquelle le partage devra s'appliquer.

Dans le contrat de gestion, les responsabilités de l'entrepreneur sont les mêmes que dans les autres options principales, à la différence que l'entrepreneur n'entreprend pas lui-même les travaux, ceux-ci étant entièrement sous-traités. Les services se limitent à la phase de construction et si le maître de l'ouvrage requiert d'importants services de pré-construction, il y a lieu de conclure un contrat de service distinct.

Les prix du contrat de sous-traitance sont versés à l'entrepreneur gestion-

naire à titre de coûts réels, étant précisé que ces prix ne peuvent varier qu'en fonction du processus de "cas de compensation". De surcroît, l'entrepreneur obtient le paiement des honoraires forfaitaires prévus dans sa soumission, lesquels couvrent les coûts de surveillance, d'administration et de conception (le cas échéant) ainsi que les bénéfices. Ces honoraires augmentent en fonction de la hausse des prix des sous-traitants pour cause de "cas de compensation", mais non par rapport au coût des services requis pour gérer les "cas de compensation". Comme on peut voir, le contrat de gestion est, en réalité, un marché à prix fixe, bien que le prix total ne soit déterminé qu'une fois tous les contrats de sous-traitance octroyés.

Options secondaires

Après avoir choisi une option principale, l'usager peut choisir l'une ou l'autre des options secondaires, bien qu'il ne soit pas nécessaire de le faire. Ces options sont les suivantes:

- Option G Cautionnement d'exécution
- Option H Cautionnement par la société-mère
- Option J Avance versée à l'entrepreneur
- Option K Monnaies multiples
- Option L Achèvement par sections
- Option M Limite de la responsabilité de l'entrepreneur compte tenu d'une compétence et prudence raisonnable (*Limitation of the Contractor's liability for his design to reasonable skill and care*)
- Option N Ajustement des prix pour cause d'inflation
- Option P Retenues
- Option Q Prime pour achèvement avancé
- Option R Dommages-intérêts pour retards
- Option S Dommages-intérêts pour mauvais rendement
- Option T Modification de la loi
- Option U Conditions contractuelles spéciales

Conclusions

Dans l'ensemble, le *nouveau contrat* paraît assez équitable; tous les

intéressés ne partageront pas cet avis, simplement parce qu'ils ne sont pas disposés à être justes et raisonnables envers les entrepreneurs. Que les esprits de contradiction soient avertis: plus les risques et les responsabilités pèsent lourd sur les épaules de l'entrepreneur, plus il y a risque que les litiges soient longs et coûteux, malgré le *partenariat* ou l'introduction des méthodes alternatives de règlement des litiges.

Sans doute est-il encore prématuré de spéculer sur l'acceptation des idées préconisées par le *nouveau contrat*, surtout en Amérique du Nord. Néanmoins, on peut prédire sans risque d'erreur que le *nouveau contrat*, dans sa forme actuelle ou sous une forme révisée subséquentement, aura un effet significatif sur les futures relations contractuelles dans le monde entier. Toutefois, il est clair que pour qu'il soit universellement adopté aux États-Unis et au Canada, le langage devra quelque peu changer pour le rendre plus conforme aux pratiques locales et aux lois en vigueur. Il se peut également que, dans certains états américains ou certaines provinces canadiennes, les lois sur les professions devront être changées pour permettre au maître de l'ouvrage de désigner un non-ingénieur ou un non-architecte comme gérant de projet, sauf évidemment si la présence d'un vérificateur professionnel peut résoudre le problème.

Il est aussi permis de demander si le remplacement d'un individu (l'ingénieur/architecte) par deux autres (le gérant de projet et le vérificateur) n'aura pas pour effet d'accroître inutilement les coûts de construction, notamment pour ce qui est des projets plus modestes. Bien que le *nouveau contrat* n'aborde pas cette question, nous prétendons que ni le gérant de projet ni le vérificateur ne doivent nécessairement être présents sur le chantier à plein temps, comme c'est le cas actuellement pour l'ingénieur/architecte. Toutes ces incertitudes et tous ces problèmes, perdraient cependant beaucoup d'importance si les innovations introduites par le nouveau contrat arrivaient effectivement à réduire les litiges et à améliorer le rendement dans la construction, comme nous croyons qu'il le pourra.

POUR NOUS CONTACTER

Veillez visiter www.revay.com pour les adresses actuelles de nos bureaux. Si vous voulez faire partie de la site d'envoi du *Bulletin Revay*, [cliquez ici](#).