



Geza R. Banfai

PROCÉDURE JUDICIAIRE : L'OPTION DE RETRAIT

par Geza R. Banfai
associé et président du groupe ACES
Blaney McMurtry LLP, Toronto

INTRODUCTION

C'est une ironie du meilleur cru : la *common law* britannique, source de notre système juridique, rejetait à l'origine le concept de contrat !

Les temps ont changé. Débattre de différends contractuels devant les tribunaux de la Couronne est devenu la norme depuis déjà plusieurs siècles, et la procédure demeure aujourd'hui le choix implicite en matière de mise en application des contrats. J'entends par « procédure » le mécanisme public et étatique en vertu duquel une tierce partie indépendante (un juge) recueille les versions opposées des parties sur les faits (la « preuve » orale et documentaire), décide de quels éléments du témoignage des parties sont recevables ou sont à rejeter ou à écarter tout simplement (la « constatation quant aux faits »), détermine quelles règles (ou « principes juridiques ») parmi d'autres sont à invoquer, applique lesdits principes juridiques aux éléments de preuve retenus, puis rend une « décision ». Ainsi, la procédure est un processus en vertu duquel un juge applique la loi aux faits énoncés pour parvenir à une conclusion.

Le présent article démontre notamment que la procédure comporte d'importantes lacunes intrinsèques qui atténuent son efficacité à résoudre les différends contractuels du secteur de la construction. Ces lacunes

sont en fait insurmontables — bien qu'elles soient en partie atténuées par des évolutions récentes destinées à alléger le processus et à mettre en place des méthodes de substitution et des avenues complémentaires, p. ex. la médiation obligatoire.

Le présent article vise également à démontrer que, même si la liberté contractuelle reste bien vivante au Canada, les parties à des conflits de construction n'en apprécient pas toujours pleinement la portée. La liberté contractuelle ne consiste pas uniquement à préciser les droits et obligations liés à l'exécution d'un projet donné; elle permet également aux parties, dans une perspective plus large, de définir les modalités qui régissent leur relation en général, y compris le processus de gestion des différends pouvant les opposer en cours de projet. En négligeant cette capacité de « légiférer » leur relation, les parties contractantes perdent de belles occasions de raffermir leur avantage concurrentiel et augmentent inutilement leur risque financier.

Enfin, cet article montre que les meilleurs praticiens de l'industrie du bâtiment tendent à éviter cette erreur et qu'ils tirent pleinement parti de la capacité « législative » que leur confère le processus contractuel. Autant que faire se peut, on évite la procédure comme mécanisme implicite. On préfère exercer une « option de retrait » au stade de la formation du contrat et définir puis mettre en application des mécanismes d'évitement des conflits propres à favoriser l'auto-exécution de ses obligations contractuelles. Au besoin, on fera appel à des tiers pour apporter indépendance, objectivité et

expertise particulière. Ces mécanismes d'évitement des conflits sont étoffés par des méthodes de résolution des différends adaptées au projet en cours, toujours en privilégiant l'auto-exécution. On n'envisage la procédure classique que comme un dernier recours, à envisager lorsque toutes les autres méthodes ont échoué — et uniquement si la situation s'y prête véritablement.

L'AVÈNEMENT DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

À l'origine, la *common law* britannique ne visait que les délits graves et les cas liés à la propriété et à l'utilisation des terres. En 1180, le commentateur Glanville écrit qu'« il n'est pas coutume que la cour de Sa Majesté le Roi protège des actes sous seing privé »¹. Ces actes devaient néanmoins être protégés d'une quelconque façon et, avant que l'on confère aux tribunaux d'État britanniques un pouvoir décisionnel en matière d'actes sous seing privé, on dénombrait, en dehors du système de la *common law*, « une singulière variété de tribunaux veillant à l'exécution des différentes lois. On recensait notamment des cours universitaires et ecclésiastiques, des cours de comté, de bourg, de manoir, de marché et de foire, ainsi que de lieux privilégiés tels que les Cinq Ports. »²

Trois cents ans se sont écoulés avant que cette pléthore de systèmes juridiques commence à se cristalliser autour de la Couronne. Au début du XVI^e siècle, les cours royales d'Angleterre sont devenues compétentes en matière d'ententes formelles; ces dernières étaient considérées comme particulièrement importantes du fait qu'elles étaient écrites et, selon la coutume de l'époque, scellées d'un sceau de cire. Peu après, les cours ont commencé à entendre des causes dites « actions d'*assumpsit* », qui portaient sur des ententes informelles conclues verbalement. C'est alors que débute l'évolution de la *common law* britannique en ce qui a trait aux contrats. Depuis lors également, on observe une relation serrée, voire symbiotique entre le droit des contrats et la procédure.

Trois cents autres années de procédure se sont écoulées avant que les tribunaux britan-

Geza R. Banfai est associé et président fondateur du ACES Group (groupe des services d'architecture, de construction et d'ingénierie) de la société Blaney McMurtry. M. Banfai est un spécialiste du droit de la construction agréé par The Law Society of Upper Canada et il est membre du Collège canadien des avocats en droit de construction. Il exerce des mandats diversifiés, qui vont de la négociation de contrats de construction à la conclusion d'alliances et de coentreprises, en passant par le règlement de différends contractuels, notamment de réclamations portant sur des biens et privilèges. Très actif au sein de l'industrie, M. Banfai siège actuellement au conseil de l'Association canadienne de la construction et de la Consulting Engineers of Ontario. On le sollicite régulièrement à titre de conférencier à des événements à caractère professionnel et industriel afin de traiter de divers aspects du droit de la construction et de son exercice.

niques entreprennent véritablement d'élaborer un ensemble de règles régissant les contrats, comme on l'entend de nos jours. Cheshire, Fifoot et Furmston, auteurs d'un ouvrage britannique de premier plan sur le droit des contrats, ont fait observer que ce phénomène a coïncidé avec l'avènement au XIXe siècle d'« une solide école de pensée tribulaire de l'œuvre d'Adam Smith, [qui] voyait dans le prolongement de la coopération sociale volontaire que constitue le droit des contrats et, en particulier, la « liberté contractuelle », un primordial facteur de progrès social et de satisfaction individuelle, totalement distinct de la possession passive de biens privés.»³ Les auteurs résumant les origines et la signification de la « liberté contractuelle » en ces termes :

« L'individualisme était de rigueur et triomphant : la liberté et l'esprit d'entreprise étaient tenus pour les emblèmes incontournables et immuables d'une société civilisée. En l'occurrence, l'État déléguait à ses membres le pouvoir de « légiférer ». Lorsque, de façon délibérée et dans la poursuite de ses intérêts, on concluait un contrat, on générait un document de droit privé qui liait les parties et qui profitait à elles-mêmes et à la collectivité dans son ensemble. La liberté et l'inviolabilité des contrats étaient perçus comme les instruments nécessaires du laissez-faire, tandis qu'il incombait aux tribunaux de trancher en faveur des uns et de sanctionner les autres. »⁴

Cette compétence reconnue par l'État de légiférer une relation privée, ce pouvoir des parties contractantes de générer un « document de droit privé » a été une avancée majeure dans l'histoire des idées, dont les ramifications se font sentir aujourd'hui encore. Les intervenants de l'industrie de la construction devraient assurément se voir à la fine pointe d'une évolution en marche. Car, pour le meilleur ou pour le pire, c'est précisément à ce stade qu'ils se trouvent.

LA PROCÉDURE ET SES LACUNES

Les critiques habituelles sur la procédure — son caractère imprévisible, onéreux et lent — sont bien connues de quiconque a déjà pris part à un procès lié à un conflit de construction. Aussi, il est inutile de s'étendre davantage sur la question, sauf peut-être pour réaffirmer l'évidence : bien qu'il se trouve des membres de l'industrie de la construction pour se targuer de leurs « prouesses de parieurs » après avoir misé leur entreprise sur un quelconque projet, il reste qu'à l'instar des autres gens d'affaires, les dirigeants d'entreprises de construction qui réussissent ne se vantent pas de leur chance aux jeux de hasard mais font plutôt état de leur capacité de prévoir, de contrôler et de gérer. La réussite concurrentielle tient à la capacité de prévoir les risques, de les contrôler et de gérer au mieux un processus dynamique. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les entrepreneurs qui ont du succès aient la procédure en horreur.

Certains prétendent que c'est la menace de poursuite qui assure l'exécution des contrats dans le monde réel de la construction. Or la menace d'engager un recours mal approprié n'a pas pour effet de légitimer le recours en question. Plus précisément, réduire les perspectives d'exécution d'un contrat à la crainte d'une poursuite équivaut à faire l'im-

passer sur des solutions potentiellement plus efficaces.

On dénombre au moins deux autres caractéristiques de la procédure qui font de cette dernière une façon inadéquate d'assurer l'exécution d'un contrat de construction. Inhérentes au processus lui-même et à la procédure, l'une et l'autre illustrent globalement des processus de règlement de conflits fondés sur l'intervention d'un tiers.

1. La procédure est un processus « statiquement factuel », presque toujours mis en œuvre après les faits, alors que l'exécution d'un contrat de construction est un processus « dynamiquement relationnel », qui se déroule en temps réel. La réparation a posteriori qui découle d'une décision judiciaire survient trop tard pour protéger les intérêts relationnels des parties.

Toute la procédure — les plaidoiries, la production documentaire volumineuse et méticuleusement organisée, les jours, voire les semaines d'interrogatoires préalables, l'intensive préparation au procès, l'ensemble de la preuve présentée et des mémoires déposés de même que les efforts déployés par le juge pour analyser la preuve et rendre une décision écrite — vise à répondre à ces questions fondamentales : « Quels sont les faits et quelles en sont les conséquences juridiques ? ».

La procédure est en grande partie un exercice archéologique, qui consiste à remonter le fil du temps et à passer au crible les artefacts que sont les événements antérieurs, en tenant compte des exposés oraux des témoins, afin d'établir la grille des faits, puis à y appliquer des principes juridiques afin de dégager une conclusion logique. Un esprit cynique pourrait soutenir que la procédure contradictoire nord-américaine est un exercice archéologique mené par une équipe profondément dysfonctionnelle, où un groupe creuse frénétiquement le sol alors que l'autre s'emploie tout aussi furieusement à enfouir ou à démolir ce qui a été mis au jour ! (Vérifier si l'on peut en dire autant des systèmes de justice inquisitoires, tels que ceux en vigueur dans une grande partie de l'Europe continentale.) Quoi qu'il en soit, il faut qu'en cours de procès, les faits qui sous-tendent le conflit soient rendus statiques, fixes, afin de permettre l'évaluation de la preuve. Telle est la constatation quant aux faits.

Il importe incidemment de noter qu'il y a souvent dichotomie entre les « faits légaux » établis devant un tribunal et les faits réels. Indépendamment des cas de tromperie délibérée, il y a des limites à la capacité des gens de percevoir les événements avec précision, de les assimiler et de les relater avec justesse. De nombreux ouvrages de psychologie font état des lacunes de la mémoire humaine, faisant notamment référence à la tendance à associer une idée à une source erronée, de tenir pour fiables des souvenirs inférés par des questions ou des commentaires suggestifs antérieurement formulés et d'évoquer comme vérité d'évangile des événements passés dont la perception s'est altérée ou a été infléchi par des influences inconscientes⁵.

Bien que les juges ne ménagent pas leurs efforts pour prêter attention à l'ensemble de la preuve et pour bien l'assimiler, autrement

dit pour l'apprécier rigoureusement, ils sont néanmoins assujettis aux mêmes limites de mémoire, de perception et de compréhension que n'importe qui. En fait, une appréciation de la preuve un tant soit peu inexacte est presque inévitable — en particulier quand l'instance est longue et complexe. Lorsqu'une telle erreur d'interprétation est assez grave pour causer une injustice, il y a procédure d'appel. Le processus connexe est cependant onéreux, et les tribunaux d'appel accordent généralement une grande déférence au juge de première instance.

Il faut par ailleurs reconnaître que la procédure comporte aussi une dimension prévisionnelle. Toute décision marque à la fois la conclusion d'un conflit antérieur donné et constitue un précédent propre à infléchir l'issue de différends à venir. Ce serait une erreur que de négliger l'importance de cet aspect de la procédure : après tout, le précédent n'est-il pas un élément central de la *common law*? Mais si chaque décision rendue est utile à titre de précédent, cette utilité se rapproche de celle d'une autopsie : elle est potentiellement salutaire pour des tiers, mais bien peu profitable pour la personne décédée.

Toute décision rendue est donc un instantané, une représentation synchronique d'un différend antérieur, dont quelque chose se perd inévitablement dans le grain de l'image. Mais les participants à un projet de construction en cours ne sont guère patients face à un processus photographique ou archéologique et ne sont nullement intéressés à établir des précédents judiciaires. Si les parties sont clairement intéressées à obtenir une réponse à la question « Quels sont les faits et quelles en sont les conséquences juridiques ? », la poursuite de leurs relations soulève nécessairement une autre question au moins aussi pressante : « Que faire maintenant ? ». Si les tribunaux sont la seule réponse possible, les incidences sont généralement négatives, les perspectives décidément limitées et l'issue parfois néfaste.

À titre d'exemple, envisageons le cas d'Eakins Construction, cet infortuné sous-traitant dans la célèbre décision de la Cour suprême du Canada en l'affaire **Peter Kiewit Sons' Co. of Canada c. Eakins Construction Ltd.**⁶ L'entrepreneur général Kiewit a en l'occurrence retenu les services d'Eakins pour l'exécution de travaux d'enfoncement de pieux dans le cadre du projet de Second Narrows Bridge à Vancouver. Les plans et devis sur lesquels Eakins a fondé sa soumission exigeaient que les pieux assurent une portance de 20 tonnes. Après l'adjudication du contrat de sous-traitance, l'ingénieur du projet a annoncé une nouvelle exigence, selon laquelle la base des pieux de bois devait se trouver sous le niveau du rideau de palplanche, contraignant Eakins à surfoncer un grand nombre de pieux. Eakins a fait valoir que cette exigence entraînait de plus amples travaux que ceux stipulés au contrat, ce qu'a nié l'ingénieur de projet, qui a enjoint Eakins d'effectuer les travaux sans supplément, sous peine de voir son contrat révoqué et son cautionnement mis en jeu. Eakins a donc exécuté les travaux sauf recours et a par la suite engagé une poursuite en vue de recouvrer ses frais supplémentaires.

Le juge de première instance a rejeté la demande d'Eakins. Puis, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision et fait droit à la demande d'Eakins. Kiewit a ensuite porté l'affaire devant la Cour suprême du Canada qui, dans une décision partagée de quatre voix contre une, a accueilli favorablement l'appel et rejeté la réclamation d'Eakins.

Chaque palier judiciaire a consacré des efforts considérables à interpréter le contrat, parvenant en cours de route à des conclusions divergentes. Au bout du compte, la Cour suprême du Canada a majoritairement conclu que, confronté au refus de l'ingénieur de projet de reconnaître que les travaux de surenfoncement demandés étaient en sus de ceux stipulés au contrat, Eakins aurait dû refuser d'exécuter tous travaux qu'il considérait comme supplémentaires par rapport à son interprétation du contrat et qu'il aurait dû, si son interprétation était rejetée, considérer le contrat comme caduque et engager alors une poursuite en dommages-intérêts. À défaut d'avoir agi de la sorte et en l'absence de disposition du contrat prévoyant des recours subséquents, Eakins a été débouté.

Seul juge de la Cour suprême dissident, le juge Cartwright avait peine à contenir son indignation :

« Il est dit que le défendeur [Eakins] (dont l'interprétation du contrat de sous-traitance se révèle juste en l'occurrence) aurait dû avoir le courage de ses convictions, qu'il aurait dû refuser d'exécuter les travaux non stipulés au contrat et qu'il aurait dû, après avoir été renvoyé, poursuivre l'appelant [Kiewit] en dommages-intérêts. Il importe par ailleurs de rappeler que le contrat de sous-traitance était à ce point difficile à interpréter que les juges ont divergé d'avis quant à sa portée véritable. L'appelant (dont l'interprétation du contrat de sous-traitance est erronée en l'occurrence) a menacé le défendeur d'un préjudice pouvant entraîner sa ruine financière s'il n'exécutait pas des travaux que le contrat ne l'obligeait pourtant pas à effectuer... Soutenir que, parce que le défendeur n'était pas prêt à interrompre les travaux et à risquer dans les circonstances une perte ruineuse si son interprétation du contrat avait été erronée, l'appelant peut conserver l'avantage des travaux additionnels exécutés sans rémunération par le défendeur, équivaldrait à approuver un enrichissement injuste et odieux... qu'il faut sanctionner en imposant à l'appelant l'obligation de payer... »⁷

Malheureusement pour Eakins, des cinq juges en présence, seul le juge Cartwright était de cet avis. Aux fins du présent exposé, cette décision illustre avec éclat le grave problème qui se pose lorsque l'approche a posteriori de la procédure est le seul mécanisme de règlement d'un conflit relatif à un contrat de construction en cours. S'en tenant à une logique irréprochable, les juges de la Cour suprême du Canada sont majoritairement parvenus à une conclusion légalement valide, mais sans doute diamétralement opposée à celle que la plupart des maîtres d'œuvre se seraient attendus en semblables circonstances. Il est profondément troublant

d'apprendre après coup qu'une partie contractante comme Eakins ne disposait d'aucun recours parce que le contrat était dépourvu de disposition expresse prévoyant la mise en veilleuse des différends pendant le déroulement des travaux et que la partie en question n'avait pour toute alternative que d'accepter la position de l'autre partie (potentiellement erronée) ou de mettre fin à la relation en cours de route et tenter sa chance devant les tribunaux. Qu'il y ait ou non des différends, il ne se trouve guère de maîtres d'œuvre pour quitter volontiers un chantier, non seulement en raison des risques de poursuites judiciaires mais aussi pour des raisons telles que la réputation professionnelle, la cote de solvabilité et d'autres facteurs tout aussi importants.

D'autres problèmes se posent évidemment lorsque la procédure apparaît comme la seule réponse à la question « Que faire maintenant ? ». Les maîtres d'œuvre et les avocats de la construction chevronnés savent bien ce qui se produit lorsqu'au cours d'un projet, il devient manifeste qu'un différend mènera les parties devant les tribunaux. Dans les faits, la poursuite débute aussitôt, les démarches juridiques étant une formalité à remplir par la suite. Chaque partie commence à protéger ses arrières, et l'objectif commun du contrat devient secondaire. Tout comme la confiance mutuelle, l'esprit d'équipe tend à s'envoler. Les accommodements informels qui caractérisent les échanges d'information habituels cèdent le pas à des lettres intéressées, à une vigoureuse prise de notes et à une propension à réécrire les faits. Chacun est en effet parfaitement conscient de l'exercice archéologique qui se profile à l'horizon.

Le plus triste est cependant la perte de la *capacité de trouver des solutions créatives*, qui faisait initialement partie intrinsèque de la relation entre les parties. Même les plus âpres gestionnaires de construction connaissent le sentiment que procure la faculté de générer des solutions originales : pensons seulement à la créativité qu'exige le processus initial d'appel d'offres, à l'analyse des coûts, aux rajustements à apporter à l'ordonancement et à l'affectation des ressources humaines et matérielles, parfois même à des éléments de la conception technique — autant de ressources dont il faut régulièrement faire preuve dans des projets normaux où les parties travaillent de concert avec dynamisme, dans une relation axée sur des objectifs communs. Cette faculté créative sous-tend l'exécution de tout projet de construction fructueux, de même que le règlement efficace des différends qui surviennent en cours de route.

Mais la solution créative qu'on aurait pu trouver est fort peu pertinente dans le contexte de la procédure. Il est vrai que cette faculté peut ressurgir lorsqu'une séance de médiation obligatoire intervient au milieu d'une poursuite. Dans la plupart des cas cependant, les travaux sont alors achevés, de sorte que les ressources créatives se limitent pour l'essentiel à l'aménagement des modalités de paiement. De plus, avant que ne débute la médiation à la demande du tribunal, les parties sont déjà aigries par un cycle d'accusations et de contre-accusations, et elles ont investi d'importantes sommes en vue de « remporter la guerre ». Lorsque le processus de médiation se révèle infruc-

tueux, le différend revient devant le tribunal — et le bassin des solutions créatives est alors généralement tari pour de bon.

2. La procédure est un mécanisme hautement imparfait pour définir l'entente réelle indépendamment de l'entente contractuelle.

Il n'existe pas de contrat de construction parfait.

Pour plusieurs raisons, superbement résumées par Stewart Macaulay⁸, professeur de droit à l'Université du Wisconsin, il est impossible de produire un document qui rende compte intégralement et sans ambiguïté de l'intention mutuelle des parties et qui exprime parfaitement sous forme écrite l'ensemble de leurs attentes réciproques. Voici quelques-unes de ces raisons :

- les mots n'ont pas exactement le même sens pour tous : « Nous inférons le sens de la langue écrite en associant aux mots un certain contexte, des hypothèses sous-jacentes, nos propres expériences et, trop souvent, nos préjugés, notre ignorance et notre manque de bon sens »⁹;
- il y a des limites à notre capacité de prédire l'avenir et de tenir compte d'événements futurs en termes contractuels;
- il y a des limites aux ressources (temps et argent) que l'on peut consacrer à un contrat écrit : tôt ou tard, le document doit être considéré comme « satisfaisant »;
- on hésite à négocier à l'excès et dans le moindre détail les modalités d'un contrat de crainte que cette attitude soit interprétée comme de la méfiance, en particulier lorsque les parties souhaitent nouer des liens serrés et durables;
- les personnes qui rédigent un contrat ne sont généralement pas les mêmes qui ont initialement négocié l'entente commerciale ni celles qui sont tenues d'exécuter les obligations contractuelles en situation réelle; il y a des limites à la capacité des intervenants de bien saisir les besoins et les exigences de l'autre partie et de lui en faire part clairement;
- il arrive que, délibérément et pour des raisons stratégiques, on préfère que certaines conditions contractuelles demeurent tacites, notamment par crainte que l'autre partie n'exige une concession en retour; et
- on accepte souvent que les modalités techniques du contrat soient exprimées en « jargon juridique » en tenant pour acquis que les exceptions ou les détails, ne valant pas la peine d'être énumérées à l'avance, s'appliqueront de toute façon le cas échéant.

Bref, il y a l'entente réelle et l'entente contractuelle, ainsi qu'un écart inévitable entre les deux. Les parties contractantes sont généralement conscientes de cet écart (même si elles seraient généralement incapables de mettre le doigt dessus avec précision). Elles admettent en général que les éventuels décalages entre la teneur du contrat et les événements marquant l'exécution réelle du contrat seront comblés au cas par cas et à leur satisfaction mutuelle.

C'est évidemment de cet écart que naissent la plupart des différends contractuels. Les juristes débattent depuis longtemps du juste rôle des tribunaux en l'occurrence. D'une part, les « constructionnistes » purs et durs favorisent la prédictibilité et s'en tiennent à

la lettre des documents contractuels, à l'exclusion des preuves contradictoires quant à l'intention réelle des parties. D'autre part, les « relativistes » soutiennent qu'on doit, au nom de la justice, accorder la primauté aux attentes des parties — même si ces attentes sont imparfaitement consignées dans le contrat. Entre ces écoles de pensée « extrêmes », il y a certes beaucoup de place pour des solutions juridiques ingénieuses, nonobstant la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque. D'où le problème le plus direct qui se pose lorsque de tels différends sont soumis à une tierce partie : le fait que l'issue dépend en grande partie de la position relative du juge ou de l'arbitre entre ces extrêmes. Il n'est pas rare qu'un juge constructionniste et qu'un juge relativiste en arrivent à des conclusions fort différentes relativement à des conflits qui exigent l'interprétation d'un contrat écrit — des conclusions que les parties ont probablement moins de possibilité d'infléchir qu'elles ne le croient.

Or le problème est plus profond encore. Ce n'est pas sans raison que les parties à un contrat de construction initient une relation d'affaires malgré une certaine appréhension, en sachant que leur entente écrite n'est pas nécessairement parfaite. Leur motivation tient au fait qu'elles se fient à la perception qu'elles ont l'une de l'autre. Les parties abordent la relation avec un éventail d'attentes fondées sur les antécédents, le savoir-faire technique, la compétence organisationnelle, l'intégrité et la fiabilité. Or bien peu de ces facteurs peuvent en fait être consignés dans un contrat, sauf en des termes extrêmement généraux et normatifs. Ces attentes et ces postulats, de même que les plans et devis, les dispositions générales et autres stipulations écrites, constituent l'entente réelle.

Les parties qui négocient directement un différend en cours de contrat tendent à placer l'entente réelle au centre de leurs échanges. Elles tiennent tout pour pertinent dans un esprit de dynamisme et d'ouverture : non seulement les écrits mais aussi les attentes et postulats. Les parties qui négocient en cours de projet — qui pratiquent l'auto-exécution — le font dans le contexte d'une relation qu'elles continuent généralement de considérer comme importante et qui dépasse habituellement le cadre du différend en cause. En cours de route, plusieurs attentes et postulats tacites sont nécessairement formulés et sont soit vérifiés (donnant lieu aux changements d'attitudes qui s'imposent le cas échéant), soit suffisamment modifiés pour que la relation suive son cours. En pareilles circonstances, il est certes difficile de regarder son vis-à-vis dans les yeux et de nier l'entente réelle.

Lors d'un procès relatif à un projet de construction, les parties n'ont aucunement à se regarder dans les yeux. Il leur suffit de river les yeux à un document. Lors d'une poursuite, l'attention se concentre généralement sur les écrits, qui sont considérés comme le registre fidèle d'une séquence d'événements antérieurs. L'une des parties souligne l'ambiguïté et les omissions du contrat, tandis que l'autre insiste sur la clarté et la concision du libellé. La preuve liée aux attentes et aux postulats, dans la mesure où ces facteurs demeurent un tant soit peu pertinents, ont alors été soigneusement « emballés » aux fins du procès. Une large part a été oubliée,

et ce dont on se rappelle a été soigneusement filtré. Chacun est un modèle de « vertu contractuelle », ou faisait mieux de l'être.

Le lecteur imaginera sans peine à quel point le rôle du juge est ardu dans ces circonstances. Cela dit sans compter que les juges sont le plus souvent des généralistes, qui connaissent peu ou pas les rouages de la construction. Je rappellerai ici ce qui précède sur les attentes et les postulats. Dans le secteur du bâtiment, ceux-ci englobent des dizaines, voire des centaines de conventions très largement acceptées, notamment le cours normal des échanges entre les entrepreneurs généraux et les sous-traitants; le professionnalisme des architectes et des ingénieurs; le niveau de collaboration et de réactivité normal d'un maître d'ouvrage responsable; le véritable sens de la coordination de projet; l'impact sur le déroulement des travaux que peuvent avoir les modifications, la météo, les heures supplémentaires excessives, une attitude agressive de la part d'un contremaître de chantier, etc.; les conséquences des retards pour un maître d'œuvre; le sens véritable de la productivité; les répercussions financières d'une situation de sous-productivité pour le donneur d'ouvrage, etc. Au sein de l'industrie, ces diverses conventions sont partagées et (au moins à titre officieux) font l'objet d'un étonnant consensus qui fait également partie de l'entente réelle.

On observe souvent une dérive subtile lorsqu'on fait appel à une tierce partie pour régler un conflit : une tendance d'une ou des parties à déformer l'entente réelle. On estime qu'il est stratégiquement profitable d'agir ainsi — et c'est généralement le cas. Aussi, ce qui était au départ une divergence sur un défaut de construction présumé devient un long débat sur l'adéquation du devis initial du maître d'ouvrage, une omission possible du projeteur, l'ampleur de l'obligation du maître d'œuvre d'examiner et de superviser les travaux, une lacune éventuelle d'un précédent soustraitant, etc.

J'estime depuis longtemps qu'outre les habituels critères de diligence et de discrétion, la véritable raison pour laquelle les parties préfèrent un arbitre qui possède une expérience concrète de la construction est la conviction que ce dernier ira droit au cœur du problème et qu'on évitera les dissimulations souvent observées lors des procès. Et si en acceptant à l'avance un arbitrage obligatoire, on renonce à la possibilité de se livrer soi-même à un peu de dissimulation, le jeu en vaut la chandelle quand l'autre option, la procédure, ne peut rendre compte de l'entente réelle dans toute sa complexité et sa richesse implicites.

OPTIMISER L'EXÉCUTION DES CONTRATS

Le lecteur doit se garder de conclure de ce qui précède que le contrat écrit a peu d'importance. Au contraire, la portée du document de droit privé que constitue un contrat de construction écrit dépasse largement la simple stipulation des prix, de la portée et du calendrier des travaux. En fait, un contrat écrit rigoureusement élaboré recèle souvent les clés de son exécution.

Un contrat écrit *équilibré* est le meilleur outil dont les parties à un contrat de construction

peuvent disposer pour éviter des conflits. Chaque partie possède un ensemble de compétences fondamentales qui font partie intégrante de son activité professionnelle. Dans un contrat équilibré, toutes les responsabilités inhérentes au projet et les risques connexes sont attribués à la partie à qui il incombe de les gérer. Autrement dit, il y a alignement des compétences et des risques afférents au contrat. Par comparaison, un contrat déséquilibré contraint les parties à assumer des responsabilités qui ne font pas partie de leur champ de compétences et rémunère inadéquatement le supplément de risques. (La rémunération est liée à l'équilibre du contrat. Un maître d'œuvre à qui l'on demanderait de construire un immeuble d'une valeur de un million de dollars en contrepartie du même montant de rémunération et qui devrait assumer des risques extraordinaires considérerait le contrat comme déséquilibré. Si on lui confiait le mandat d'ériger le même immeuble tout en assumant le même niveau de risques mais cette fois en lui accordant une rémunération de 10 millions de dollars, le maître d'œuvre s'interrogerait sûrement sur la santé mentale du maître d'ouvrage mais ne considérerait jamais le contrat comme déséquilibré.)

Un contrat déséquilibré contrevient à l'exécution optimale d'un contrat car la partie lésée doit inévitablement consacrer de l'énergie à gérer la prise en charge d'un risque pour lequel elle n'est ni qualifiée ni rémunérée. Par ailleurs, un contrat équilibré est transparent sur le plan opérationnel, les parties ressentant rarement le besoin de consulter lesdits contrats en cours de route. Dans un contrat équilibré, l'auto-exécution tend à s'imposer d'elle-même alors que, dans un contrat déséquilibré, on doit souvent faire appel à une tierce partie pour amener une partie à exécuter le contrat dans l'amertume et le ressentiment.

S'il est avantageux d'exprimer les attentes et les postulats tacites qui constituent les éléments de l'entente réelle, il s'ensuit qu'il est également bénéfique de structurer le contrat écrit de façon à y adjoindre les activités en partenariat qui sont pertinentes au projet. On a beaucoup parlé du partenariat, bien que cette formule n'ait pas encore livré son plein potentiel au Canada¹⁰. Le partenariat consiste essentiellement pour les parties à dégager et à scruter les attentes tacites qui font partie de leur lien contractuel d'une façon ordonnée et dès le départ, alors que leur relation est intacte et hautement valorisée. Un tiers compétent et expérimenté fait en l'occurrence office de facilitateur. Il importe de percevoir le mécanisme comme favorisant l'auto-exécution du contrat par les parties, comme une façon pour chacune de s'acquitter au mieux de ses attributions plutôt que comme un simple processus de médiation visant à régler des différends réels ou potentiels. (L'une des raisons pour lesquelles le partenariat se révèle parfois

peu efficace est qu'on l'envisage en quelque sorte comme une autre forme de médiation — à mon avis une finalité erronée, qui dérouté et éloigne les parties.)

Enfin, les parties doivent saisir cette occasion pour « légiférer » les modalités de règlement de leurs différends. À défaut de quoi, la procédure s'impose comme la seule avenue implicite. Il faut en l'occurrence stipuler clairement dans le contrat les lignes directrices que les parties doivent suivre en cas de conflit de façon qu'en toute circonstance, chacune puisse répondre à la question « Que faire maintenant ? ».

Ces lignes directrices doivent comporter les caractéristiques suivantes :

- Elles doivent être rigoureusement précises, ne laissant aucune ambiguïté quant à la marche à suivre. En effet, il n'est guère réaliste de penser qu'une fois en conflit, les parties conviendront d'un mécanisme de règlement. (C'est d'ailleurs pourquoi j'estime que les clauses d'arbitrage et de médiation « facultatives » sont d'une utilité concrète fort limitée.)
- Dans toute la mesure du possible, elles doivent viser un règlement des différends en temps réel. Rappelez-vous les commentaires précédents sur les limites de la perception et de la mémoire, ainsi que la pertinence de l'entente réelle dans le cadre de négociations menées pendant que la relation est bien vivante et valorisée. Le règlement des différends en temps réel est au cœur des méthodes « progressives » de résolution de conflits aujourd'hui couramment utilisées; ces dernières prescrivent que les conflits doivent être pris en charge séance tenante directement au niveau du projet et qu'en cas d'échec, il faut les soumettre à la direction et, ensuite seulement, envisager une intervention externe.
- Elles doivent amener les parties à échanger le plus directement possible, aussi longtemps que raisonnablement nécessaire, avant tout recours éventuel à une tierce partie. Il s'agit encore une fois de maintenir l'entente réelle au centre des efforts des personnes qui la connaissent le mieux, pendant que la relation est encore intacte, et de préserver leur faculté de trouver des solutions créatives.
- L'intervention de tiers doit être soupesée minutieusement et définie explicitement. Un grand nombre de tierces parties qualifiées peuvent apporter une précieuse assistance en matière d'exécution de contrats. Leurs rôles peuvent aller de l'investigation sans caractère exécutoire à la médiation (parfois appelée « négociation assistée ») et à l'arbitrage de points particuliers, en passant par l'arbitrage en bonne et due forme. Il y a une différence fondamentale entre les mandats de médiation non exécutoires et les procédés décisionnels tels que l'arbitrage : dans le premier

cas, les parties concluent elles-mêmes la paix (sans assistance extérieure) alors que, dans le second, la paix leur est imposée. Les modalités d'intervention de tierces parties ne sont limitées que par la complexité et la valeur d'un projet, ainsi que par la créativité des parties. Dans des projets de grande envergure ou hautement complexe, il peut être opportun de répartir des mandats entre divers intervenants. Il est cependant avisé de désigner d'avance les intervenants en question ou, au moins, de s'entendre sur un échantillon de candidats potentiels de façon à pouvoir solliciter leurs services sans délai indu, le cas échéant.

Voilà quelques-uns des principaux éléments dont les parties à un contrat de construction devraient tenir compte en « légiférant » leur relation dans une optique qui favorise une bonne exécution contractuelle et en exerçant une « option de retrait » face à la procédure.

Pourquoi ne pas être conséquent et terminer cet article sur une autre pointe d'ironie ? Si la *common law* se désintéressait des actes sous seing privé il y a 900 ans, les parties contractantes peuvent aujourd'hui « rendre la faveur » en réduisant simplement leur dépendance à l'égard de la procédure, que la *common law* présente de nos jours comme la principale façon de régler les litiges. Il incombera vraisemblablement à des observateurs d'une autre époque d'apprécier les fruits d'un tel virage...

¹ Cheshire, Fifoot et Furmston, *Law of Contract*, 13e édition (Butterworths, 1996), p. 1

² *Ibid.*, p. 2. Incidemment, Cinq Ports désigne un ensemble de ports de mer du Sud-Est de l'Angleterre formant une association maritime et défensive au XIe siècle.

³ *Supra*, p. 11

⁴ *Supra*, p. 18

⁵ Voir, par exemple, Schacter, D.L., *The Seven Sins of Memory*, in *American Psychologist*, vol. 54, no 3, mars 1999, p. 182; Loftus, E. F., *Make-Believe Memories*, in *American Psychologist*, vol. 58, no 11, novembre 2003, p. 867

⁶ [1960] S.C.R. 361

⁷ *Ibid.*, pp. 379, 380

⁸ *The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, dans *Implicit Dimensions of Contract* (Campbell, Collins and Wightman éd., Hart Publishing, 2003), pp. 51 et suiv.

⁹ *Ibid.*, p. 54

¹⁰ Voir, par exemple, les observations de W.R. Gillan, *Faciliter le processus de résolution des conflits de construction*, *Le Bulletin Revay*, vol. 23, no. 1, mars 2004.