



Réflexion sur la gestion des changements au contrat : Pourrait-on faire mieux?



Richard Nichols, ing., MBA, LL. B.
Conseiller supérieur

Introduction

Pour situer l'objet de cette réflexion, citons d'entrée de jeu un extrait de la préface du livre *How to Get Paid for Construction Changes*, publié en 1998, lequel expose de façon synthétique une approche professionnelle ainsi que diverses techniques de présentation de demandes en vue d'émettre un ordre de changement rapidement, efficacement et à la satisfaction de tous les participants :

After working 25 years in construction and engineering, the need for a rational, nonadversarial, and cost-effective approach to resolving construction disputes was obvious. Too often I saw disputes between contractors and owners escalate into litigation, or contractors absorb a major loss to avoid drawn-out disputes and damaged business relations. Too often I found records inadequate for verifying the facts and quantifying costs. And too often I saw contractors and their attorneys being forced to rely on claim experts, who present plausible and reasonable testimony yet cannot adequately substantiate their professional opinions. The financial and emotional cost is excessive and creates an atmosphere of ill will and discord within the industry!

Cet extrait résume en peu de mots l'une des principales difficultés de l'administration d'un contrat de construction, à savoir la gestion des changements qui surviennent en cours d'exécution du contrat, de même que l'impact qui s'ensuit sur les relations entre participants à la réalisation du projet.

Les changements sont trop souvent source de tension entre les parties et autres participants impliqués dans la réalisation du projet. Chacun met en doute la bonne foi de l'autre, et s'installe progressivement un climat de méfiance réciproque. Il arrivera même que les participants ne parviendront pas à s'entendre sur la conclusion de certains ordres de changement dans le cours ordinaire de l'administration du contrat, et ils devront alors s'engager dans un processus de règlement des différends.

Souvent prévu aux termes du contrat, ce processus requiert généralement un examen détaillé, précis et complet des circonstances, d'impliquer de nouveaux intervenants, de procéder par étapes, de préparer divers documents, etc., le tout représentant inmanquablement temps et argent. S'ensuivront ainsi émotions, tensions, et une détérioration de la relation d'affaires.

Cet extrait montre du doigt une importante cause, très fréquente, à la source de cette difficulté, **soit le manque d'information sur les faits, les tenants et aboutissants, les où, quand, comment qui permettent d'abord d'apprécier s'il y a effectivement un changement aux conditions du contrat, et, le cas échéant, l'étendue de ce changement et son impact sur l'exécution des travaux, notamment en termes de temps et de coûts.**

Cet article vise à susciter la réflexion sur l'effort que doit fournir chaque participant : maître de l'ouvrage, entrepreneur, professionnel, ou autres, afin d'assurer que les décideurs à quelque niveau que ce soit disposent de toute l'information nécessaire à la prise de décisions éclairées et raisonnables, le tout avec efficacité et en temps opportun.

Pourrait-on faire mieux? C'est-à-dire de faire en sorte que :

- dès la survenance de l'événement donnant lieu à une demande de changement, les avis soient donnés, les mesures d'atténuation soient prises, les documents et les renseignements pertinents soient conservés au dossier et bien classés, et, enfin, que dans un délai raisonnable, la demande soit soumise avec les justifications à l'appui sur le fondement, le montant et le délai réclamés;
- l'émission de tous les ordres de changement demeure, autant que possible, entre les mains des participants directement impliqués dans l'administration ordinaire du contrat de construction;
- soient mis en place une approche et un processus rationnels, non adversaires, efficaces, et, enfin, propres à assurer la fluidité et la saine administration du contrat de construction;
- l'administration du contrat de construction se déroule dans un climat de transparence, de confiance mutuelle, de collaboration, le tout de manière à développer une relation d'affaires pérenne.

Gestion des changements préconisée par le CCDC

Les principaux acteurs de l'industrie ont pourtant bien compris l'importance pour un décideur d'avoir en main toutes les informations pertinentes, détaillées, précises et complètes au moment de convenir d'un ordre de changement. C'est ce qui ressort de l'examen de n'importe quel des documents émis par le Comité canadien des documents de construction (CCDC), lequel est composé de représentants des maîtres d'ouvrages publics et privés, des entrepreneurs, des architectes et des ingénieurs œuvrant à l'échelle canadienne.

Clauses normalisées relatives aux changements

Ces documents comportent de nombreuses clauses portant sur la collecte, la consignation, la communication et le partage de cette information entre les participants dans le cadre de la gestion des changements de toutes sortes qui surviennent en cours d'exécution d'un contrat de construction.

Par exemple, après avoir d'abord stipulé le droit du maître de l'ouvrage d'apporter des modifications au contrat, le *CCDC2 – Contrat à forfait 2020* spécifie les conditions qui suivent en matière de modification² :

CG 6.2 AVENANT DE MODIFICATION

6.2.1 Lorsqu'une modification à l'*ouvrage* est proposée ou exigée, le *professionnel* en fournit une.

description écrite à l'entrepreneur. L'entrepreneur doit présenter rapidement au professionnel, sous une forme qui en permet une évaluation raisonnable, une méthode ou un montant de rajustement au prix du contrat, s'il y a lieu, et le rajustement du délai d'exécution du contrat, s'il y a lieu, pour la modification proposée à l'ouvrage³.

Le processus d'émission d'un avenant de modification, tel que décrit ci-haut, est illustré à la Figure 1.

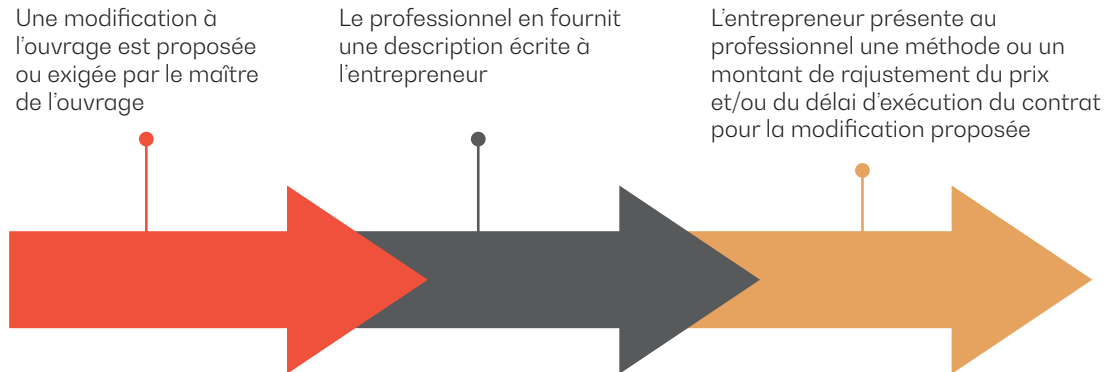


Figure 1 - Processus d'émission d'un avenant de modification tel que recommandé par le CCDC

Pour ce qui est des changements au prix du contrat, le *CCDC2 – Contrat à forfait 2020* spécifie les conditions suivantes :

CG 6.6 DEMANDES DE MODIFICATION AU PRIX DU CONTRAT

- 6.6.1 Si l'*entrepreneur* a l'intention de demander une augmentation du *prix du contrat*, ou si le *maître de l'ouvrage* a l'intention de réclamer à l'*entrepreneur* un crédit au *prix du contrat*, la partie qui entend présenter une demande doit donner en temps opportun un avis écrit à l'autre partie et au professionnel les informant de son intention.
- 6.6.2 Dès le début de l'événement ou de la série d'événements donnant lieu à une demande, la partie qui entend présenter la demande doit :
1. prendre toutes les mesures raisonnables pour atténuer toute perte ou dépense qui peuvent être encourues à la suite de cet événement ou de cette série d'événements, et
 2. conserver en dossiers tout ce qui peut être nécessaire pour appuyer la demande.
- 6.6.3 La partie qui présente la demande doit soumettre au *professionnel*, dans un délai raisonnable, le détail du montant réclaté et les fondements sur lesquels repose la demande, et le *professionnel* prendra une décision à l'égard d'une telle demande⁴.

Dans l'éventualité où le maître de l'ouvrage aurait besoin que l'entrepreneur exécute une modification à l'ouvrage avant qu'il y ait eu entente entre les parties sur les rajustements nécessaires, il devra à cet effet lui donner une directive de modification, comme le décrit le *CCDC2 – Contrat à forfait 2020* :

CG 6.3 DIRECTIVE DE MODIFICATION

- 6.3.1 Si le maître de l'ouvrage veut exiger de l'entrepreneur l'exécution d'une modification à l'ouvrage avant qu'il y ait eu entente entre eux sur un rajustement correspondant du *prix du contrat* et du *délai d'exécution du contrat*, il doit donner une directive de modification, par l'entremise du *professionnel*.

[...]

- 6.3.6 Le rajustement du prix du contrat relatif à une modification demandée par le biais d'une directive de modification doit être déterminé à partir du montant réel des dépenses effectuées et des économies réalisées par l'*entrepreneur* dans l'exécution de la *directive de modification*, évalué conformément au paragraphe 6.3.7 [...].

[...]

- 6.3.9 L'entrepreneur doit conserver les comptes et les dossiers complets et détaillés nécessaires à la justification du coût de l'exécution de l'ouvrage attribuable à la directive de modification et doit en fournir des copies au professionnel sur demande.
- 6.3.10 Aux fins de l'évaluation des *directives de modification*, le *maître de l'ouvrage* doit avoir un accès raisonnable à tous les documents pertinents de l'entrepreneur reliés au coût de l'exécution de l'ouvrage attribuable à la *directive de modification*⁵.

Objectifs du CCDC

En vue de favoriser l'utilisation de ses documents, le CCDC mentionne (ou répète) le pourquoi et les buts recherchés par ses prescriptions. Quelques exemples de ces mentions suivent :

- « Les documents normalisés du CCDC sont le fruit d'un processus fondé sur le consensus, visant à trouver un juste équilibre entre les intérêts de toutes les parties d'un projet de construction. Ils reflètent les pratiques recommandées de l'industrie⁶. »
- « Les formulaires du CCDC :
 - reconnaissent la nécessité de préserver et de protéger les intérêts et les droits des deux parties, de façon juste et équitable;
 - intègrent les pratiques et procédures actuelles standards de l'industrie;
 - définissent clairement le rôle et les obligations du maître de l'ouvrage, de l'entrepreneur et du professionnel [...]⁷. »
- « [Les documents du CCDC] sont élaborés dans un esprit de collaboration qui permet d'examiner attentivement les droits, les intérêts et les obligations de toutes les parties.
- L'utilisation de contrats équilibrés réduit le risque de réclamations et de différends et évite des coûts et des pertes de temps inutiles dans le processus de construction⁸. »

Clauses normalisées relatives au règlement des différends

Si, dans le cours de l'administration ordinaire du contrat, un différend n'a pu être réglé par une décision du professionnel, le CCDC prévoit un processus de règlement des différends qui comprend des étapes définies. Le processus de règlement des différends préconisé par le CCDC est illustré à la Figure 2.

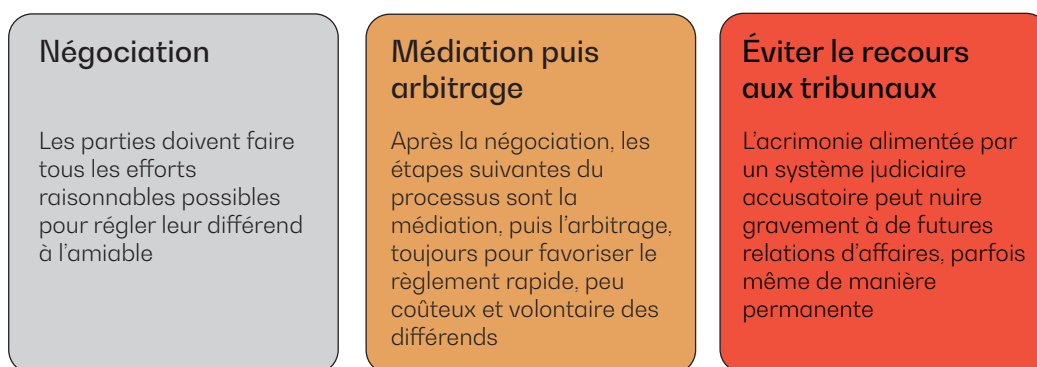


Figure 2 - Étapes du processus de règlement des différends préconisé par le CCDC

En première étape, le CCDC enjoint les parties de négocier de bonne foi :

- 8.3.3 Les parties doivent essayer, en faisant tous les efforts raisonnables possibles, de régler leur différend à l'amiable; elles conviennent de révéler tous les faits, de donner toutes les informations et de fournir tous les documents pertinents susceptibles de faciliter les négociations, le tout sans préjudice de leurs droits, de manière franche et en temps utile⁹.

En cas d'échec, il préconise la médiation, puis l'arbitrage¹⁰ :

La partie 8 définit de façon très précise la méthode de règlement des différends prévue dans CCDC 2 – 2008. Elle reconnaît qu'il est nécessaire de trouver des méthodes autres que le long et coûteux processus de l'affrontement devant les tribunaux; elle fait appel à une technique de règlement extrajudiciaire des différends (RED), basée sur la négociation, la médiation et l'arbitrage, propre à favoriser le règlement rapide, peu coûteux et volontaire des différends relatifs aux contrats de construction^{11 12}.

Le CCDC recommande expressément aux parties d'éviter le recours aux tribunaux :

Les différends sont monnaie courante dans les projets de construction. La multiplicité des parties et la complexité des processus de conception et de construction exposent les projets de construction à des désaccords entre les parties contractantes. Les coûts associés à la résolution des différends importants représentent un lourd fardeau, même pour les plus grandes entreprises. Les retards apportés à la résolution des différends peuvent causer de sérieux problèmes de liquidités pour les plus petites entreprises. L'acrimonie alimentée par un système judiciaire accusatoire peut nuire gravement à de futures relations d'affaires et parfois même de manière permanente. Si on ajoute à ces facteurs le problème de l'encombrement des tribunaux, il est facile de comprendre l'insatisfaction des intervenants de l'industrie de la construction à l'égard des procédures judiciaires, et de comprendre l'importance de trouver des façons efficaces de gérer les conflits dans les projets de construction¹³.

Gestion des changements prévue dans nos contrats de construction – Comparaison avec le CCDC

Le CCDC affirme que ses formules de contrat et ses guides intègrent les meilleures pratiques et procédures qui ont actuellement cours dans l'industrie de la construction au Canada. De ce fait, nous considérons que les règles qu'on y trouve constituent une très bonne référence pour amorcer la réflexion.

La question se pose de savoir si, en matière de gestion des changements, l'on trouve effectivement dans nos contrats de construction les règles préconisées par le CCDC, du moins, leur essence. Pour répondre à cette question, nous nous sommes penchés sur les pratiques adoptées en cette matière par différents acteurs du secteur privé et du secteur public. Nous ne présentons ici qu'un bref survol de cet examen, ne disposant évidemment pas dans cet article de l'espace nécessaire à une présentation détaillée.

Secteur privé

Les formules de contrat et les guides du CCDC sont grandement utilisés pour régler les relations contractuelles des parties dans le secteur privé au Canada, tant par les grands donneurs d'ouvrage que par les plus petits, ou encore entre les entrepreneurs généraux et leurs sous-traitants et fournisseurs.

Sur cette base, nous considérons que les règles de gestion des changements brièvement exposées dans les pages qui précèdent prévalent généralement dans les contrats de construction du secteur privé.

Secteur public

En ce qui concerne le secteur public, nous avons examiné les conditions générales des contrats de construction de quelques donneurs d'ouvrage des juridictions fédérale et provinciale.

De juridiction fédérale

Nous avons d'abord examiné les « Conditions générales et clauses¹⁴ » faisant partie intégrante des contrats de construction de Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC). En matière de gestion des changements, sont particulièrement pertinents les documents « CG6 – Retards et modifications des travaux », et « CG2 – Administration du contrat »¹⁵.

Les règles y sont formulées fort différemment de celles du CCDC, mais elles n'en demeurent pas moins essentiellement aux mêmes effets. Les procédures administratives y sont plus détaillées, plus précises, plus exigeantes et plus rigoureuses. Elles sont aussi beaucoup plus explicites en ce qui a trait à la tenue des livres, registres et pièces justificatives :

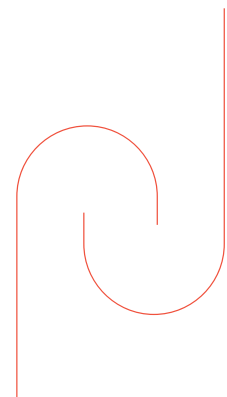
1. L'entrepreneur [...] tient des registres complets pour les coûts estimatifs et réels des travaux, ainsi que tous appels d'offres, offres de prix, contrats, correspondances, factures, reçus et pièces justificatives s'y rapportant, et doit mettre ceux-ci à la disposition du Canada et du sous-receveur général du Canada ou des personnes appelées à intervenir en leur nom, sur demande pour fin de vérifications et inspections.
[...]
4. L'entrepreneur doit obliger tous les sous-traitants à tous les niveaux et toutes les autres personnes contrôlées directement ou indirectement par lui ou qui lui sont affiliées, de même que toutes les personnes le contrôlant directement ou indirectement, à respecter les exigences de cette clause au même titre que lui¹⁶.

Les documents de Construction de défense Canada¹⁷ et de la société Les Ponts Jacques Cartier et Champlain Incorporée¹⁸ contiennent des dispositions semblables et aux mêmes effets.

De juridiction provinciale

L'examen des « Conditions générales » des contrats de construction de trois donneurs d'ouvrage publics québécois, à savoir ceux de la Société québécoise des infrastructures (SQI)¹⁹, du Ministère des Transports du Québec (MTQ)²⁰ et de la société d'état Hydro-Québec²¹, montre des dispositions semblables et aux mêmes effets.

Nous invitons le lecteur à faire l'examen des clauses relatives à la gestion de l'information dans le cadre de l'administration des changements se trouvant dans les contrats de construction dans lesquels il est impliqué, et ce, tant pour ceux du secteur privé que du secteur public.



Y a-t-il respect des clauses lors de l'exécution des contrats?

- Le CCDC préconise de consigner et révéler tous les faits susceptibles de faciliter l'émission d'un ordre de changement.
- Nos contrats de construction canadiens convenus entre les parties contiennent des dispositions aux mêmes effets, prévoyant même des règles plus détaillées, précises, voire exigeantes.
- Bien que nos contrats soient rédigés afin de s'assurer du contraire, au moment de l'exécution de ces contrats, on constate néanmoins des manques au niveau de l'énonciation des faits relatifs aux changements. L'auteur Steven S. Pinnell considère ce manque fréquent comme principale cause des difficultés importantes de l'administration des contrats.
- Ces manques sont trop souvent à l'origine des différends, lesquels dégènèrent à l'occasion en litige, source de pertes de temps, de coûts importants et de détérioration des relations d'affaires.

Le concept de la décision éclairée

La démarche prévue dans nos contrats de construction suppose l'application du concept de la décision éclairée. Elle requiert des parties et autres participants à l'administration du contrat de faire en sorte que tous les faits pertinents soient exposés afin que les décideurs soient en mesure de prendre une décision conforme aux faits et au droit.

Plus concrètement, les dispositions sur l'administration des changements sont détaillées, précises et exigeantes. Elles visent le dévoilement de tous les faits pertinents afin d'être en position de déterminer, d'abord, s'il y a effectivement changement, et, le cas échéant, son impact sur l'exécution des travaux, incluant les coûts et les retards.

À cet égard, ne disposons-nous pas aujourd'hui de moyens informatiques propres à colliger facilement tous les documents et renseignements, à gérer et traiter adéquatement toutes les informations pertinentes, détaillées, précises et complètes pour analyser, voire apprécier tous et chacun des paramètres relatifs à un changement?

Cette hypothèse vaut non seulement pour les questions de faits simples, à la portée d'un gestionnaire de contrat, mais également pour les questions de faits qui requièrent l'apport d'experts, de manière à ce que ces derniers disposent de tous les éléments d'information pour procéder à leurs analyses, puis émettre leurs observations et opinions, que ce soit en matière de retards à l'échéancier, de productivité, ou encore de nature technique, selon leur expertise particulière.

À notre connaissance, ces moyens informatiques performants sont aujourd'hui grandement utilisés par les divers participants à l'exécution des contrats de construction afin d'en effectuer un contrôle efficace, tant à l'égard de la qualité, que des coûts et des échéanciers. Ces outils informatiques permettent la compilation d'importants renseignements et/ou documents portant sur les faits pertinents. Mais y a-t-il partage de ces informations entre les parties? Trop souvent, ce n'est pas le cas.

La bonne foi dans le règlement efficace des différends

Pourtant, les règles prévues à nos contrats de construction ne font-elles pas également appel au concept de la bonne foi, qui doit être toujours présente, notamment au moment de négociations? « Les parties [...] conviennent de révéler tous les faits, de donner toutes les informations et de fournir tous les documents pertinents susceptibles de faciliter les négociations²². »

Donc, on recherche une décision éclairée, mais pas de n'importe quoi : nous recherchons l'éclairage de la vérité. L'on sait que la vérité se cache dans les détails, ce qui va de pair avec le « jurez-vous de dire la vérité, toute la vérité et seulement la vérité » prononcé en cour. Le juge cherche ainsi à être en position de rendre une décision conforme aux faits et au droit. Cela vaut pour tous les décideurs!

Alors, pourrait-on faire mieux dans la gestion des changements au contrat? Nous croyons que si la bonne foi est présente, les parties sont capables de prendre elles-mêmes la bonne décision, et ce, sans l'intervention d'un juge ou d'un autre tiers qui le ferait à leur place, comme le suggère une récente publication de la Fondation du Barreau du Québec²³ – il faut penser affaires.

- 1 Steven S. Pinnell, *How to Get Paid for Construction Changes : Preparation, Resolution Tools and Techniques*, New York : McGraw Hill, 1998, p. xi.
- 2 Note : les italiques dans les extraits des documents du CCDC cités se trouvent dans les sources originales. Les soulignements sont de Revay.
- 3 « Partie 6 Modifications à l'ouvrage », dans *Contrat à forfait, CCDC 2 – 2020*, CG 6.2, p. 16.
- 4 *Ibid.*, CG 6.6, p. 19.
- 5 *Ibid.*, CG 6.3, p. 16-18.
- 6 *Guide d'utilisation du contrat à forfait CCDC 2 – 2008; CCDC 20 – 2008*, p. 1.
- 7 *Ibid.*, p. 3.
- 8 *Ibid.*, p. 2.
- 9 « Partie 8 Règlement des différends », dans *Contrat à forfait, CCDC 2 – 2020*, CG 8.3, p. 22.
- 10 Nous renvoyons le lecteur aux *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux travaux de Construction; CCDC 40 – 2018*.
- 11 « Partie 8 Règlement des différends », dans *Guide d'utilisation du contrat à forfait CCDC 2 – 2008; CCDC 20 – 2008*, p. 28.
- 12 L'on notera qu'au moment de la publication de cet article, l'édition 2020 du *Guide d'utilisation du contrat à forfait CCDC 2* n'a pas encore été publiée. Nous nous référons donc ici à la version qui demeure à ce jour la plus récente, soit le *Guide d'utilisation du contrat à forfait CCDC 2 – 2008; CCDC 20 – 2008*.
- 13 *Règles de médiation et d'arbitrage pour les différends relatifs aux travaux de Construction; CCDC 40 – 2018*, p. 1.
- 14 TPSGC, « Conditions générales et clauses », documents CG1 à CG10; ainsi que le document intitulé « Coûts admissibles pour les modifications de contrat sous CG6.4.1 ».
- 15 *Ibid.*
- 16 TPSGC, « CG2.8 (2014-06-26), 'Comptes et vérifications' », dans « Conditions générales (CG) 2 – Administration du contrat ».
- 17 CDC, « Conditions générales » CDL 32 (R-2012-03), et plus particulièrement les articles CG2.8, CG6 et CG8.
- 18 PJCCI, « Section 8 – Conditions générales (NV) » V20181214, et plus particulièrement les articles CG5, CG30, et CG46 à CG52.
- 19 S.Q., « Conditions générales – Travaux de construction », CG-2404-AO-U25, août 2021.
- 20 MTQ, *Cahier des charges et devis généraux – Infrastructures routières – Construction et réparation* (édition 2021), art. 8.4 et 8.8.
- 21 H-Q, « Clauses générales – Travaux et services spécialisés de plus de 100 000 \$ » (version du 22 mars 2021), art. 6.7, 15, 16, 18 et 19.
- 22 « Partie 8 Règlement des différends », dans *Contrat à forfait, CCDC 2 – 2020*, CG 8.3, § 8.3.3, p. 22.
- 23 Fondation du Barreau du Québec, guide *Votre conflit, vos solutions; en affaires*, tome 2, 2021.

Le Bulletin Revay est une publication de Revay et associés limitée, une firme canadienne du secteur de la construction se spécialisant dans les services de gestion des réclamations et de règlement des différends. Nous aidons nos clients à voir clair dans les questions complexes. Les articles peuvent être reproduits moyennant mention de la source.

Les principes énoncés dans le présent article sont ceux de l'auteur et peuvent ne pas nécessairement refléter ceux de l'entreprise. L'auteur recommande de consulter un conseiller juridique avant d'appliquer ces principes à des situations réelles.

Vos commentaires et suggestions pour de futurs articles sont les bienvenus.

S.V.P. aviser le bureau de Montréal de tout changement d'adresse ou de destinataire.

English version available at: www.revay.com

MONTRÉAL

4333, rue Sainte-Catherine O. | bur. 500
Montréal (Quebec) H3Z 1P9
(514) 932-2188
montreal@revay.com

OTTAWA

150 Isabella Street | Suite 810
Ottawa, ON K1S 1V7
(613) 721-6801
ottawa@revay.com

VANCOUVER

1040 West Georgia St. | Suite 430
Vancouver, BC V6E 4H1
(604) 428-8350
vancouver@revay.com

TORONTO

2255 Sheppard Avenue E. | Suite 402
Toronto, ON M2J 4Y1
(416) 498-1303
toronto@revay.com

CALGARY

715 5th Avenue S.W. | Suite 418
Calgary, AB T2P 2X6
(403) 777-4904
calgary@revay.com

WILMINGTON

1105 N. Market Street | Suite 1300
Wilmington, DE 19801
(514) 932-2188
wilmington@revay.com