



Association canadienne  
de la construction  
**Services axés sur les  
pratiques exemplaire**

# Maîtriser la gestion des risques dans les contrats de construction

Publié en septembre 2024

## Introduction

L'industrie de la construction a une longue expérience couronnée de succès en matière de gestion des risques de projet dans les contrats de construction. L'utilisation des formules de contrat normalisées publiées par le Comité canadien des documents de constructions (CCDC) contribue depuis plusieurs décennies à un partage équilibré des risques de projet entre les Maîtres de l'ouvrage et les Entrepreneurs. Le CCDC a toujours appliqué le principe voulant que le risque soit confié à la partie la plus apte à le gérer. Les formules de contrat normalisées ont régulièrement été mises à jour au fil des ans pour tenir compte de l'évolution des conditions du marché et s'y adapter.

Toutefois, l'industrie de la construction utilise aussi régulièrement des contrats et des conditions supplémentaires qui ne sont pas normalisés. Ces contrats ont souvent pour effet de transférer un plus grand risque aux Entrepreneurs et à leurs sous-traitants. Les Entrepreneurs sont généralement prêts à assumer des risques accrus, mais seulement ceux qu'ils peuvent contrôler et gérer. Les contrats non normalisés qui imposent des risques que les Entrepreneurs ne sont pas en mesure de contrôler et de gérer peuvent créer des risques importants pour les entreprises de construction au niveau de l'entreprise.

Le présent document est destiné à servir de référence aux Entrepreneurs qui soumissionnent sur des projets et négocient des contrats pour qu'ils comprennent bien les risques contractuels connexes et qu'ils les traitent correctement afin d'éviter des pertes financières importantes.

Ce document ne constitue pas une liste exhaustive de toutes les questions que les Entrepreneurs doivent prendre en considération avant de conclure un contrat et ne constitue pas un avis juridique. La liste de vérification est structurée de la même manière que les documents de contrat normalisés de l'Association canadienne de la construction (ACC) (CCDC 2, 3, 5A, 5B, 14, 15,17 et ACC1). Les éléments spécifiques aux modes de design-construction (D-C) et/ou aux partenariats public-privé (PPP) sont indiqués. Les concepts de chaque section ne sont pas classés par ordre d'importance.

## Articles de la convention (qui traitent notamment des documents contractuels, du prix, des honoraires et du calendrier)

**Compensation pour l'inflation/l'escalade des coûts :** Dans le marché post-COVID, on a assisté à une inflation importante et à une escalade des coûts dans la chaîne d'approvisionnement de l'industrie de la construction.

Les contrats devraient prévoir la capacité de gérer ce risque de manière équitable par les dispositions suivantes :

- l'inclusion d'une clause d'indexation des prix pour les matériaux du projet qui sont exposés à un risque d'inflation;

- si ce n'est pas possible, en s'assurant que le contrat comporte une clause de compensation adéquate pour tenir compte des problèmes de la chaîne d'approvisionnement (p. ex., en cas de force majeure ou d'une modification dans les dispositions de la loi relatives aux compensations);
- la création d'une allocation monétaire pour les matériaux ou les corps de métier à risque.

## Définitions

**Des termes définis de manière appropriée :** La section « Définitions » du contrat vise à apporter de la clarté aux parties et à réduire l'ambiguïté en établissant une compréhension commune des concepts clés, des rôles et des responsabilités. Le défaut de définir les termes de manière appropriée peut entraîner de graves risques pour les Entrepreneurs.

Par exemple :

- Les termes définis de manière trop restrictive peuvent rendre illusoires les compensations prévues dans d'autres articles du contrat. Par exemple, un contrat peut sembler fournir à l'Entrepreneur une compensation appropriée concernant le calendrier et les coûts si un « cas fortuit » survient. Toutefois, si le contrat définit le « cas fortuit » de manière trop restrictive, il limitera les circonstances dans lesquelles l'Entrepreneur peut effectivement invoquer la clause.
- Les termes définis de manière trop large peuvent imposer à l'Entrepreneur des obligations plus importantes que celles prévues à l'origine par les parties. Par exemple, si la définition de « l'ouvrage » est trop large, l'Entrepreneur peut être tenu responsable de travaux qui ne font pas partie de la portée de sa proposition initiale.
- Le défaut de définir adéquatement les termes ou de les utiliser de manière cohérente tout au long du contrat peut créer de l'ambiguïté et des contradictions dans le document, ce qui peut entraîner des différends coûteux entre les parties.

## Conditions générales

**Cession :** Les Maîtres d'ouvrage insistent parfois pour avoir le droit de céder les contrats à n'importe quelle partie sans le consentement de l'Entrepreneur et parfois même sans lui transmettre un avis approprié. Les Entrepreneurs sont ainsi exposés à un risque financier si le Maître de l'ouvrage cède le contrat à une nouvelle entité dont ils ne connaissent pas les capacités financières. Les Entrepreneurs devraient éviter d'accepter de telles modalités, en particulier si le Maître de l'ouvrage n'a pas fourni de garantie de paiement adéquate.

## Administration du contrat

**Transfert inapproprié du risque de conception :** De plus en plus, les clauses des contrats de design-construction censées transférer le risque de conception aux Entrepreneurs se retrouvent dans des contrats dans lesquels les Entrepreneurs ne sont pas responsables de la conception. Cela fait poser un risque important sur les Entrepreneurs, parce qu'ils ne sont pas en mesure de gérer efficacement le risque lié à la conception.

---

Les Entrepreneurs risquent également de devoir payer les coûts pour remédier à la piètre qualité des dessins, aux problèmes de conception, aux erreurs de codes, aux erreurs et aux omissions. Voici quelques exemples de concepts auxquels les Entrepreneurs doivent être attentifs :

- Les clauses qui rendent l'Entrepreneur responsable des erreurs ou omissions dans les dessins et les devis ou qui comportent des exigences de garantie selon lesquelles les travaux doivent « convenir à l'usage prévu ». Cette formulation est usuelle lorsque l'Entrepreneur assume le risque de conception, mais elle ne convient pas dans les contrats offres-construction, parce qu'Entrepreneur n'est pas en mesure de déterminer si un élément donné répond à l'intention de la conception. Les Entrepreneurs qui n'ont pas de mandat de conception doivent être tenus de respecter des normes claires et ne peuvent pas être tenus de respecter des normes qui exigent d'interpréter l'intention de la conception. La responsabilité de s'assurer qu'un élément donné répond à l'intention de la conception doit incomber expressément au concepteur.
- Les clauses qui imposent aux Entrepreneurs l'obligation d'examiner les documents de conception du Maître de l'ouvrage et de l'avertir de toute erreur. De telles clauses posent plusieurs problèmes aux Entrepreneurs, notamment parce qu'elles entraînent :
  - o des répercussions sur la couverture d'assurance;
  - o des conséquences financières en raison de l'examen par des pairs des documents de conception du Maître de l'ouvrage;
  - o le risque non couvert (parce que l'Entrepreneur n'a pas de contrat avec le concepteur du Maître d'ouvrage).

Pour ces raisons, toute clause qui impose aux Entrepreneurs l'obligation d'examiner les documents de conception et d'avertir le Maître de l'ouvrage de toute erreur doit se limiter aux erreurs que l'Entrepreneur peut observer manifestement, et non à celles qu'il aurait dû remarquer.

**Responsabilité des approbations de tierces parties :** Les Entrepreneurs doivent éviter d'accepter la responsabilité des approbations de tierces parties. Par exemple, un projet peut exiger que le Maître d'ouvrage procède à un examen de la conception afin de commenter la conformité de la conception avec les exigences du résultat final, mais il peut également exiger que les soumissionnaires ou les proposants demandent et obtiennent l'approbation discrétionnaire de la municipalité ou d'autres organismes qui exercent leurs activités sur l'emplacement ou dans l'installation du projet.

Il est raisonnable que les Maîtres d'ouvrage imposent aux Entrepreneurs la responsabilité de satisfaire aux exigences du code du bâtiment et des règlements locaux. Cependant, lorsque d'autres parties prenantes ont des droits d'approbation discrétionnaires, les Maîtres d'ouvrage doivent reconnaître que les Entrepreneurs n'ont qu'une capacité limitée, voire aucune capacité, d'accélérer l'examen de la conception par ces parties, et aucune capacité d'imposer une approbation ou de résoudre les problèmes liés aux exigences conflictuelles de divers organismes.

Voici quelques solutions possibles à ces situations :

- diviser la responsabilité relative aux tierces parties prenantes – par exemple, attribuer la responsabilité de la coordination et du développement de la conception aux Entrepreneurs, et laisser les approbations, les délais et le risque lié à la conciliation des exigences contradictoires à la charge des Maîtres d'ouvrage;
- les Maîtres d'ouvrage se coordonnent à l'avance avec les tierces parties prenantes afin de concilier les exigences de conception et d'énoncer un ensemble unifié d'exigences de résultat;
- les Maîtres d'ouvrage assument la responsabilité du respect des délais de l'examen de la conception par les tierces parties prenantes.

**Discrétion du Maître de l'ouvrage :** Lorsque le contrat donne au Maître de l'ouvrage la possibilité d'exercer sa discrétion (p. ex., pour l'approbation de certains documents soumis), il est important de préciser que ce pouvoir doit être exercé de manière raisonnable et éviter d'utiliser l'expression à « la seule discrétion » du Maître de l'ouvrage. Le défaut du Maître de l'ouvrage d'exercer sa discrétion d'une manière raisonnable pourrait avoir de graves conséquences sur les coûts et le calendrier pour les Entrepreneurs. Les Maîtres de l'ouvrage devraient être tenus au respect des mêmes normes raisonnables et opportunes que les Entrepreneurs.

## Prestation des services, exécution de l'ouvrage, responsabilités

**Norme de diligence :** Les Entrepreneurs doivent éviter les formulations qui imposent une norme de diligence plus élevée que celle exigée par la common law (p. ex., des formulations telles que « l'Entrepreneur fournira ses services selon les normes les plus élevées de l'industrie » sont problématiques). Une telle formulation expose l'Entrepreneur à un risque qui bien souvent n'est pas assurable (parce que les polices d'assurance excluent généralement la responsabilité découlant d'une norme de diligence plus élevée que la norme ordinaire). Elle expose également les Entrepreneurs à une responsabilité incertaine, car elle implique une norme qui se situe quelque part entre la norme de l'industrie et la perfection.

**Exigences de performance :** Les exigences de performance subjectives et ambiguës créent de l'incertitude pour les deux parties et risquent d'obliger les Entrepreneurs à réaliser des travaux supplémentaires sans compensation. Par conséquent, il est important que les Entrepreneurs identifient les critères des Maîtres d'ouvrage qui ne sont pas clairs et qu'ils envoient des demandes d'information (DI) pour obtenir des éclaircissements si nécessaire.

**Moyens et méthodes :** En règle générale, les Entrepreneurs sont responsables des moyens, méthodes, techniques, séquences et procédures de construction, ainsi que de la coordination des différentes parties des travaux. Toutefois, on voit de plus en plus apparaître des formulations supplémentaires qui ont pour effet de rendre l'Entrepreneur responsable lorsque c'est le Maître de l'ouvrage qui impose des moyens, des méthodes, des techniques, des séquences ou des procédures. De telles clauses posent problème, car elles rendent l'Entrepreneur responsable d'éléments sur lesquels il n'a aucun contrôle. Les Entrepreneurs doivent envisager l'exclusion complète de ce type de clause ou l'inclusion des exceptions appropriées pour s'assurer qu'ils ne sont responsables que de leurs propres choix opérationnels, et non de ceux fixés par les Maîtres d'ouvrage.

**Approbations d'aménagement (D-C/PPP) :** Dans certains contrats, les Maîtres d'ouvrage confient souvent à l'Entrepreneur la responsabilité d'obtenir les approbations d'aménagement et les approbations environnementales auprès des municipalités et d'autres autorités. En particulier dans le contexte actuel d'un marché de la construction en pleine ébullition, ces approbations peuvent être exceptionnellement longues à obtenir et sont soumises à la discrétion des autorités compétentes.

Il est normal que les Entrepreneurs préparent les documents nécessaires pour demander de tels permis. Toutefois, si ces documents sont conformes aux exigences de présentation des demandes, tout retard ultérieur dans la réception des permis ou les conditions discrétionnaires qui y sont rattachées devraient permettre aux Entrepreneurs de bénéficier d'une compensation relative aux coûts et au calendrier. Comme les Entrepreneurs ne peuvent pas obliger les autorités à fournir les approbations nécessaires en temps voulu, ou même à les fournir, il appartient au Maître de l'ouvrage de gérer ce risque.

**Améliorations des services publics (D-C/PPP) :** La responsabilité de l'amélioration de la capacité des services publics existants (p. ex., des travaux à la centrale de production électrique pour fournir l'électricité en quantité suffisante) doit relever du Maître de l'ouvrage ou être clairement incluse dans l'étendue des travaux de l'Entrepreneur.

Comme pour les approbations d'aménagement, le choix de l'emplacement d'une installation et l'établissement des critères de performance relèvent entièrement du Maître de l'ouvrage. Si les Entrepreneurs peuvent déterminer et chiffrer certains travaux sur place (p. ex., transformateurs, raccordements, améliorations sur place), les besoins d'améliorations au-delà de ceux-ci ne sont souvent pas perceptibles au stade de la proposition et, bien souvent, les contacts avec les sociétés de services publics sont expressément interdits.

**Critères de conformité irréalisables (D-C/PPP) :** Les critères de conformité irréalisables (p. ex., les contraintes liées au début des services prévus et les limites d'abordabilité) entravent la capacité des proposants à présenter des propositions conformes au cours de la phase de la Demande de propositions (DdP).

Les Entrepreneurs sont bien conscients que les Maîtres d'ouvrage doivent avoir la liberté d'établir les critères de conformité qui répondent le mieux à leurs besoins. Toutefois, les proposants doivent souvent supporter des coûts importants de conception préliminaire et d'autres coûts initiaux avant de pouvoir déterminer si une soumission pour un projet sera conforme aux contraintes imposées en matière de calendrier et d'abordabilité.

Voici quelques solutions que les Entrepreneurs peuvent suggérer :

- la suppression ou l'assouplissement des limites relatives au calendrier et à l'abordabilité;
  - la conservation du risque par les Maîtres d'ouvrage pour les responsabilités incertaines dans le temps, en particulier les permis d'aménagement, les permis environnementaux et les autres permis « à risque »;
  - la limitation des conséquences sur la notation en cas de non-respect des contraintes liées au calendrier et à l'abordabilité, plutôt que la disqualification;
  - l'augmentation des honoraires et la clarification du fait que ces honoraires sont payables même si les contraintes liées au calendrier ou au budget ne sont pas respectées.
-

**Procédure à risque (PPP) :** Dans les contrats de PPP, les clauses qui permettent aux Maîtres d'ouvrage d'imposer aux Entrepreneurs une « procédure à risque » imposent à ces derniers une charge procédurale improductive. Comme la barre est souvent basse, les Maîtres d'ouvrage peuvent faire passer presque n'importe quelle question au statut de « procédure à risque ». Cela déclenche une série d'événements qui obligent l'Entrepreneur, le Maître de l'ouvrage et le Certificateur indépendant à consacrer beaucoup de temps et d'argent pour déterminer si le Maître de l'ouvrage a « agi raisonnablement » en déclarant qu'une question relevait d'une « procédure à risque ». Tout ce travail ne profite pratiquement pas au projet. Par conséquent, les Entrepreneurs doivent s'assurer que les circonstances dans lesquelles les Maîtres d'ouvrage peuvent exercer ce droit sont appropriées.

**Trop grandes obligations en matière d'entretien des installations (D-C) :** Dans plusieurs projets de design-construction, les Maîtres d'ouvrage ont commencé à introduire des obligations d'entretien des installations à long terme, comme l'obligation d'assurer une durée de vie de 15 à 25 ans pour certaines composantes.

L'élaboration de la conception et la sélection des équipements peuvent tenir compte de solutions de durée de vie à plus long terme, mais ces exigences de performance ne peuvent être satisfaites de manière « générale » sans que les Maîtres d'ouvrage reconnaissent que l'exploitation, l'entretien et la durée du cycle de vie seront nécessaires pour atteindre les exigences de durée de vie énoncées, et que l'entretien et le bon fonctionnement des installations relèvent exclusivement de la responsabilité du Maître de l'ouvrage dans le cadre d'un projet réalisé en mode offres-construction, design-construction ou design-construction-financement. Par conséquent, ces exigences doivent être assorties de mises en garde appropriées ou décomposées en exigences plus normatives afin d'éviter les litiges après le transfert du projet.

**Restrictions inappropriées quant aux heures des travaux (PPP) :** De plus en plus, dans les contrats de PPP, les contrats de construction comprennent des restrictions sur le temps pendant lequel une zone peut être disponible pour les activités de construction (p. ex., trois fenêtres de temps égales à huit heures chacune sont prévues pour poser les clôtures pendant la construction) sans qu'il soit possible d'augmenter ces durées ou ces périodes. Cela crée le risque de « déclencher » un défaut auquel il est impossible de remédier. Les dispositions de ce type doivent être exclues.

## Allocations

**Allocations monétaires et compensation :** Les allocations monétaires peuvent constituer un élément clé de la stratégie de répartition des risques d'un Entrepreneur dans le cadre de l'exécution des travaux. Toutefois, cette répartition des risques peut être considérablement perturbée si le contrat ne précise pas de manière appropriée les circonstances dans lesquelles l'Entrepreneur peut utiliser une allocation monétaire ou s'il impose des conditions indûment onéreuses avant qu'il ne puisse le faire. De même, il est important que le contrat indique expressément si l'Entrepreneur a droit à un remboursement si ses coûts dépassent la valeur de l'allocation monétaire pour un élément donné. L'absence d'une telle clause dans le contrat peut entraîner des différends avec le Maître de l'ouvrage et potentiellement éroder les honoraires de l'Entrepreneur.

## Paiement

**Délais de paiement :** Alors qu'un cycle de paiement net de 30 jours était autrefois courant, les délais de paiement sont de plus en plus souvent de 60 jours ou plus. Cela peut imposer une charge financière importante aux

Entrepreneurs, en particulier lorsque les Maîtres d'ouvrage refusent de fournir une garantie de paiement adéquate. Pour pouvoir gérer efficacement les risques de crédit, les Entrepreneurs ont besoin d'une amélioration des délais de paiement et d'engagements clairs de la part des Maîtres d'ouvrage (y compris des garanties de la part des entités incluses au bilan).

Ce problème a été largement résolu dans les juridictions qui ont adopté une législation sur le paiement rapide, mais il reste un élément important à prendre en compte dans les autres juridictions. De plus, pour les Entrepreneurs qui exercent leurs activités dans des juridictions dotées d'une législation sur le paiement rapide, il est important de s'assurer que les délais de paiement prévus au contrat sont conformes à la législation.

**Retenues supplémentaires :** Les Maîtres d'ouvrage ont de plus en plus tendance à vouloir ajouter des retenues supplémentaires aux contrats, en plus des retenues traditionnelles pour privilèges des constructeurs.

En voici quelques exemples :

- une retenue de sécurité de la garantie, généralement de 2 pour cent;
- une retenue pour le Manuel d'exploitation, souvent pour les entrepreneurs en mécanique et en électricité, généralement d'un à cinq pour cent des contrats des sous-traitants;
- une retenue pour les déficiences, généralement d'un à trois pour cent du contrat.

Il est important que les Entrepreneurs examinent l'impact de ces retenues supplémentaires sur leur trésorerie et celle de leurs sous-traitants sur les projets.

**Application de déductions aux travaux défectueux (PPP) :** Le concept des déficiences mineures est bien établi dans l'industrie. Lorsqu'un projet atteint l'état d'achèvement substantiel, le Maître de l'ouvrage et l'Entrepreneur dressent une liste des déficiences mineures. Ces déficiences doivent être corrigées, mais les parties conviennent qu'elles n'empêchent pas le projet d'atteindre l'achèvement substantiel. Dans les projets en mode PPP, une fois l'achèvement substantiel atteint, le projet passe à la phase de l'exploitation.

Or, pendant la phase d'exploitation, certaines déficiences entraînent des déductions sur les paiements des services pour le mois au cours duquel la déficience a été constatée. En général, cela ne pose pas de problème, mais il arrive que des Maîtres d'ouvrage tentent d'appliquer des déductions de paiement de services à des déficiences qui ne devraient pas en faire l'objet. Pour éviter une telle situation, il est essentiel que les contrats de PPP définissent spécifiquement le type de déficiences qui donnent lieu à des déductions et celles que l'Entrepreneur peut corriger sans pénalité.

**Déductions excessives pour raison de non-disponibilité (PPP) :** La gravité des cas de non-disponibilité opérationnelle et des déductions sur les paiements a des incidences importantes sur les régimes de garantie et les coûts.

La gravité se manifeste de deux manières, souvent simultanées :

- le seuil d'évaluation d'un cas de non-disponibilité ou d'une déduction sur les paiements est plus bas, alors que
-



les normes de performance sont plus élevées, que les délais pour corriger les déficiences sont plus courts et qu'il y a moins de temps pour inspecter correctement les travaux et effectuer les réparations temporaires; et

- les pénalités imposées sont souvent excessives, allant parfois jusqu'à 500 000 dollars pour un seul cas.

Bien que l'imposition d'un régime de disponibilité/déduction soit conventionnelle dans les projets de PPP, la gravité croissante du transfert de risque et des pénalités érode la capacité des fournisseurs de services d'entretien et des exploitants des installations à fonctionner dans l'espace du PPP et se traduit par une importante exposition opérationnelle à long terme pour les Entrepreneurs.

**Critères d'achèvement substantiel/total :** Il est important de s'assurer que les définitions et les critères d'achèvement substantiel et/ou total sont raisonnables et réalisables. Cela est particulièrement vrai si le contrat prévoit des dommages-intérêts prédéterminés, des ajustements de paiement ou des libérations de retenues liés à ces dates d'étape. Il convient d'éviter les critères indûment onéreux ou relevant de la seule discrétion du Maître de l'ouvrage. Dans la mesure du possible, les critères doivent correspondre à ceux qui figurent dans le formulaire normalisé des documents du CCDC.

## Modifications

**Conditions cachées :** Les Entrepreneurs doivent éviter les clauses les obligeant à accepter tous les sites « dans l'état où ils sont », y compris les « vices cachés ». Ces clauses sont contraires aux clauses typiques sur les risques liés aux conditions inconnues, aux conditions cachées et au sous-sol (qui attribuent les risques à la partie la mieux à même de les gérer), car elles font peser ces risques presque entièrement sur les Entrepreneurs, avec des compensations limitées ou inexistantes et généralement sans que l'Entrepreneur ait la possibilité raisonnable de déterminer la véritable nature des conditions du site avant de présenter sa soumission. La solution consiste à revenir à une répartition des risques selon laquelle le Maître de l'ouvrage accepte les risques liés aux conditions préexistantes et aux conditions qui diffèrent matériellement de celles communiquées à l'Entrepreneur, ce qui accroît la fiabilité des rapports fournis à l'Entrepreneur par le Maître d'ouvrage.

**Compensation en cas de force majeure :** Dans un environnement de plus en plus volatil, il est impératif que les contrats prévoient des compensations appropriées et accessibles pour les Entrepreneurs en cas de circonstances indépendantes de la volonté des parties (communément appelées « événements de force majeure »). En l'absence d'un tel recours, des événements imprévus pourraient avoir des conséquences catastrophiques pour les Entrepreneurs.

Voici quelques facteurs à prendre en compte pour déterminer si une mesure de compensation en cas de force majeure est appropriée :

- la liste des événements qui donnent lieu à une compensation;
  - le degré d'impact requis pour donner lieu à une compensation (par exemple, la clause exige-t-elle que l'entrepreneur soit « empêché » d'exécuter les travaux, ou simplement « entravé » dans leur exécution?);
  - les obligations de minimisation imposées à l'Entrepreneur;
-

- la compensation prévue (c.-à-d., temps, argent ou les deux);
- l'exigence de notification imposée;
- la possibilité de résilier le contrat si l'événement persiste pendant une période prolongée.

**Restrictions sur la compensation pour les délais (PPP) :** De nombreux contrats de PPP, notamment ceux de l'Ontario, limitent inutilement les délais accordés aux Entrepreneurs pour les dommages causés par la négligence du Co-entrepreneur du projet, même s'il existe une assurance. Par exemple, si un incendie est déclenché en raison de la négligence d'un ouvrier d'un sous-traitant, aucun délai n'est accordé, même s'il existe une assurance pour payer les frais de recouvrement.

Si de tels risques sont assurés, les Entrepreneurs devraient avoir droit à une compensation pour les délais lorsque le produit de l'assurance est disponible, que les dommages/destructions soient dus à un événement fortuit ou à la négligence du Co-entrepreneur du projet.

**Restrictions sur la compensation en cas d'événement fortuit (PPP) :** Les entrepreneurs constatent un nombre croissant de clauses relatives à un événement fortuit qui contiennent des mises en garde, des seuils et des franchises problématiques pour la compensation, notamment :

- des restrictions sur toute réclamation jusqu'à ce que le calendrier du projet soit approuvé;
- des mises en garde selon lesquelles un événement fortuit doit entraîner un retard sur le chemin critique avant qu'une prolongation de délai ne soit accordée; et
- des seuils de temps et d'argent pour les demandes de compensation en cas d'événement fortuit, fixés par incident et de manière globale et, dans certains cas, réinitialisés sur une base annuelle.

Dans une certaine mesure, les Entrepreneurs peuvent faire face à ces restrictions en augmentant la provision pour imprévus et/ou la marge du calendrier, mais ces restrictions créent toujours un profil de risque accru pour les Entrepreneurs parce qu'il est difficile de prévoir la fréquence des événements. En particulier lorsqu'elles sont associées à des pénalités croissantes en cas de retard de livraison, ces restrictions constituent un risque important pour les Entrepreneurs.

Il est possible de remédier à cette situation en revenant à une formulation plus traditionnelle de ces dispositions, sans mise en garde et en mettant l'accent sur la compensation, en plaçant les parties dans une position « ni meilleure/ni pire ».

## Avis de défaillance

**Suspension et résiliation :** Il est courant que les contrats contiennent des dispositions permettant aux Maîtres d'ouvrage de suspendre ou de résilier les travaux dans certaines circonstances. Toutefois, étant donné les conséquences potentielles d'une telle suspension ou résiliation, il est important que les Entrepreneurs s'assurent que les circonstances dans lesquelles ces droits peuvent être exercés sont raisonnables.

Par exemple :

- si la résiliation ou la suspension est motivée, il faut s'assurer que le déclenchement de ces droits est raisonnable et qu'il est assorti d'une période de réparation appropriée afin de donner à l'Entrepreneur la possibilité de remédier à la défaillance avant que la suspension ou la résiliation formelle ne soit déclenchée;
- si la résiliation ou la suspension est motivée par une défaillance du Maître de l'ouvrage, ou s'il s'agit d'une résiliation ou d'une suspension sans cause, il est important de s'assurer que le contrat permet à l'Entrepreneur de recouvrer des coûts raisonnables et, le cas échéant, la perte du profit et des frais généraux qu'il prévoyait de réaliser dans le cadre du contrat résilié;
- si la suspension des travaux décidée par le Maître de l'ouvrage dure longtemps, il faut s'assurer que l'Entrepreneur dispose d'un délai raisonnable pour se remobiliser sur le site et qu'il bénéficie d'un ajustement équitable du délai d'exécution des travaux et du prix du contrat pour tenir compte du fait que les travaux ont été exécutés plus tard que prévu.

## Règlement des différends

**Processus de règlement des différends :** Les processus de règlement des différends excessifs ou indûment compliqués peuvent poser des problèmes importants aux Entrepreneurs, notamment l'augmentation des charges administratives pour les équipes de projet, l'augmentation des frais juridiques et des retards dans l'obtention d'une décision finale. Il est important de veiller à ce que les étapes intermédiaires (négociations, médiation, etc.) et finales (procédures judiciaires ou arbitrage) du processus de règlement des différends établissent un équilibre approprié entre la protection procédurale et la rapidité, en fonction des circonstances du projet en question.

**Refus de payer des montants non contestés :** Le refus des Maîtres d'ouvrage de payer aux Entrepreneurs des montants non contestés dans le cadre de réclamations et de modifications est de plus en plus fréquent, même dans les cas où des dispositions contractuelles claires exigent le paiement de ces montants non contestés. Le non-paiement peut peser lourdement sur la trésorerie des Entrepreneurs et augmente inutilement le profil de risque des Entrepreneurs et des sous-traitants. Ce problème pourrait être résolu par un processus de règlement « accéléré » des différends pour valider les montants non contestés et s'assurer que les paiements sont effectués rapidement sans avoir à attendre qu'un arbitre ou un tribunal rende une décision finale.

Comme pour le commentaire sur les paiements ci-dessus, ce problème a été largement résolu dans les juridictions dotées d'une législation sur le paiement rapide, car les mécanismes d'adjudication qu'elle contient permettent aux parties de résoudre rapidement les différends relatifs au non-paiement. Toutefois, cette question reste importante pour les provinces et territoires qui ne disposent pas d'une législation sur le paiement rapide.

**Exonérations de responsabilité inappropriées (D-C/PPP) :** Récemment, des Maîtres d'ouvrage de projets de PPP ont introduit des restrictions aux droits des Coentrepreneurs du projet de demander une réparation équitable en cas de différend. Bien qu'il soit courant que les contrats de PPP incluent une renonciation aux réclamations délictuelles, cette renonciation est réciproque et ne limite pas la capacité de l'une ou l'autre partie à demander d'autres réparations en cas de manquement.

Aucune partie ne souhaite qu'un différend contractuel débouche sur une action en justice, mais tenter de supprimer totalement les protections juridiques par le biais d'un contrat nuit gravement à l'équilibre de l'équité et à l'esprit de partenariat, en particulier lorsque ces restrictions sont imposées exclusivement à l'Entrepreneur.

## Protection des personnes et des biens

**Risque lié aux services publics :** Les Entrepreneurs doivent éviter d'accepter les risques liés à l'identification de l'emplacement des services publics et à leur déplacement dans le contexte des friches industrielles, en particulier lorsqu'il s'agit de sites encombrés ou en l'absence d'informations de base claires sur les services publics.

Diverses façons permettent de prendre ce risque en compte :

- L'entrepreneur est-il responsable de l'identification ou du déplacement des services publics? Si c'est le cas, limiter la responsabilité liée aux services publics aux renseignements fournis dans l'information de base.
- L'information de base fournie par le Maître de l'ouvrage est-elle adéquate? Si ce n'est pas le cas, est-il possible d'obtenir de l'information de base plus complète?
- L'Entrepreneur a-t-il droit à une compensation (temps et coûts) si l'emplacement des services publics n'est pas divulgué ou n'est pas à l'endroit prévu?

**Risque de contamination :** Les Entrepreneurs doivent éviter d'accepter la responsabilité d'une contamination qui peut être « déduite » des rapports de base ou qui pourrait être déduite d'une enquête « raisonnable » au-delà de ce qui est fourni dans le cadre des informations de base de la proposition (p. ex., rapports sur les sols, rapports sur les matériaux de construction contaminés, rapports environnementaux).

Cela est particulièrement dangereux dans les cas où :

- les rapports géotechniques ne sont pas suffisamment détaillés quant à la présence et aux niveaux de contaminants;
- le site du projet et les zones environnantes ne sont pas des sites inexploités et sont susceptibles de présenter des niveaux de contaminants non spécifiés et/ou non quantifiés;
- il y a des niveaux élevés de contamination préexistante (ou un risque de contamination du voisinage), par exemple sur des sites actuellement ou précédemment utilisés à des fins industrielles; et/ou
- le site du projet fera l'objet de travaux continus exécutés par d'autres parties entre l'appel d'offres et l'attribution du contrat et dans le cadre de ces travaux, il est possible qu'un remblai ne venant pas du site soit fourni ou il y a un risque de migration de la contamination.

**Voici quelques solutions à cette répartition déraisonnable des risques :**

- obtenir des rapports environnementaux plus normatifs qui concordent avec le modèle contractuel et réduisent les ambiguïtés/les mentions générales génériques;
-

- limiter la responsabilité de la contamination existante aux quantités et aux types effectivement identifiés dans les rapports environnementaux;
- utiliser une allocation monétaire dans le contrat pour le risque de contamination inconnue;
- lorsque le site n'est pas un site inexploité, traiter la contamination comme une allocation monétaire (à la fois en temps et en argent);
- lorsque des travaux d'habilitation sont réalisés avant l'attribution d'un contrat, mettre à jour les études environnementales et veiller à ce que les proposants bénéficient d'une compensation si les conditions du site changent;
- permettre à l'Entrepreneur de se fier aux rapports.

## Réglementation applicable

**Modifications législatives :** Les Entrepreneurs doivent éviter d'assumer les risques liés aux modifications législatives, en particulier lorsque ces modifications pourraient avoir un impact important sur le coût ou le calendrier de construction de l'Entrepreneur. Les Entrepreneurs n'ont aucun moyen d'anticiper ces modifications ou d'évaluer leur risque connexe. Par conséquent, le contrat devrait prévoir des compensations à cet égard.

**Droits, taxes et tarifs (PPP) :** Les formulaires de projet de PPP de l'Ontario ne prévoient pas de compensation pour les Entrepreneurs en cas de modification aux droits et tarifs qui peuvent être imposés sur les travaux. Cela est contraire aux mesures prévues pour les Entrepreneurs et les Design-constructeurs dans les formules de contrat normalisées du CCDC (par exemple, CCDC 2 et CCDC 14). Comme l'a démontré l'augmentation de la volatilité commerciale et politique au cours des dernières années, il s'agit d'un risque important que les Entrepreneurs ne peuvent ni prévoir ni évaluer. De même, les Entrepreneurs ne peuvent raisonnablement anticiper ou évaluer les implications financières de nouvelles taxes introduites après la présentation d'une soumission.

Ces questions peuvent être résolues en ajoutant des dispositions de compensation, qui concordent avec celles des contrats du CCDC et des contrats basés sur la performance en ce qui concerne les tarifs, les droits et les taxes nouveaux et modifiés imposés après l'appel d'offres.

## Assurance et garantie contractuelle

**Responsabilité relative aux franchises d'assurance :** Les Entrepreneurs doivent éviter d'assumer la responsabilité des franchises de l'assurance des biens à formule étendue (aussi appelée assurance des chantiers), en particulier dans les cas où l'Entrepreneur n'est pas responsable du sinistre. Souvent, les Entrepreneurs ne peuvent pas évaluer le risque d'avoir à payer les franchises d'assurance lorsque le sinistre est causé par des catastrophes naturelles, y compris les intempéries, les incendies de forêt, les inondations, les tremblements de terre, etc.

## Occupation par le maître de l'ouvrage

**Conditions préalables à l'occupation par le Maître de l'ouvrage :** Il est important de s'assurer que les conditions

préalables à l'occupation par le Maître de l'ouvrage sont raisonnables, réalisables et sous le contrôle raisonnable de l'Entrepreneur. De plus, le contrat doit expressément permettre à l'Entrepreneur de bénéficier d'un délai supplémentaire ou d'un report de ses obligations si une condition préalable particulière ne peut être remplie pour des raisons indépendantes de sa volonté. La raison en est que le non-respect de cette étape peut donner lieu à des pénalités contractuelles et/ou à une prolongation de la période de garantie de l'Entrepreneur, selon le libellé de la question contractuelle.

**Occupation anticipée par le Maître de l'ouvrage :** Si le contrat prévoit l'occupation anticipée par le Maître de l'ouvrage pour certaines parties de l'ouvrage, il doit également transférer expressément la responsabilité de cette ou ces parties au Maître de l'ouvrage. Cette disposition est importante pour protéger l'Entrepreneur au cas où le Maître de l'ouvrage (ou des entrepreneurs ultérieurs) causerait des dommages à l'ouvrage et demanderait réparation à l'Entrepreneur.

## Indemnisation, renonciation aux réclamations et garantie

**Limitations de responsabilité :** Les contrats qui ne prévoient pas de limitations de responsabilité appropriées peuvent présenter des risques potentiellement catastrophiques pour les Entrepreneurs. En règle générale, le risque encouru par un Entrepreneur dans l'exécution des travaux ne doit pas dépasser de manière significative les bénéfices potentiels. Les limitations de responsabilité doivent donc être adaptées aux circonstances de chaque projet.

Voici quelques questions à prendre en compte lors de la négociation des limitations de responsabilité dans les contrats :

- Le projet est-il une installation qui génère des revenus et, dans l'affirmative, existe-t-il une renonciation aux dommages indirects (voir ci-dessous)?
- Le contrat comporte-t-il des clauses d'indemnisation qui augmentent le profil de risque de l'Entrepreneur (voir ci-dessous)?
- Les travaux à exécuter ou l'emplacement du projet sont-ils intrinsèquement risqués ou dangereux?
- La clause de limitation de responsabilité prévaut-elle sur les autres dispositions du contrat?
- Le contrat comporte-t-il des exclusions à la clause de limitation de responsabilité et si oui, sont-elles raisonnables?

**Indemnités inappropriées :** Les indemnités peuvent considérablement élargir la portée de la responsabilité d'un Entrepreneur. Les Entrepreneurs doivent éviter les indemnités unilatérales et les indemnités en vertu desquelles l'obligation d'indemnisation est déclenchée sans exigence d'une faute (c'est-à-dire une négligence ou une faute intentionnelle) de la part de l'Entrepreneur. Ces indemnités sont très courantes dans les projets de construction commerciale et résidentielle. Les Entrepreneurs doivent également être attentifs aux personnes qu'ils acceptent d'indemniser et s'assurer que l'indemnisation n'étend pas déraisonnablement leurs obligations envers des tiers (par exemple, le professionnel du Maître de l'ouvrage) ou qu'elle ne porte pas atteinte à toute autre limitation de responsabilité prévue dans le contrat en faveur de l'Entrepreneur.

---

**Dommages-intérêts prédéterminés :** Les contrats des Maîtres d'ouvrage prévoient de plus en plus souvent des pénalités journalières importantes sous la forme de « dommages-intérêts prédéterminés » (DIP) pour les coûts résultant des retards du projet. Ces coûts comprennent parfois les salaires annuels du personnel qui doit participer au projet plus longtemps que prévu. Dans certains cas, les contrats contiennent une clause stipulant que les dommages-intérêts prédéterminés ne constituent pas le seul et unique recours du Maître de l'ouvrage en cas de retard, ce qui donne la possibilité aux Maîtres d'ouvrage de réclamer des dommages pour retard au-delà du montant des dommages-intérêts prédéterminés.

Les clauses relatives aux DIP ne sont pas nécessairement problématiques. Elles visent à établir un équilibre qui profite aux deux parties – elles libèrent les Maîtres d'ouvrage de l'obligation de prouver les dommages réels causés par les retards et permettent aux Entrepreneurs de quantifier l'impact potentiel des retards du projet. Toutefois, cet équilibre est rompu lorsque le Maître de l'ouvrage se réserve le droit de poursuivre l'Entrepreneur pour d'autres dommages liés aux retards dépassant les dommages-intérêts prédéterminés.

Pour maintenir l'équilibre, les DIP doivent être le seul et unique recours du Maître de l'ouvrage en cas de retard. Par ailleurs, si le Maître de l'ouvrage insiste pour supprimer cette protection, le contrat doit prévoir un plafond global pour les dommages dus à un retard afin de permettre à l'Entrepreneur de quantifier le risque de retard potentiel. Dans tous les cas, les Entrepreneurs doivent s'assurer que le montant quotidien des DIP est raisonnable et envisager de constituer des provisions appropriées pour en tenir compte.

**Clauses de pénalité :** Les pénalités imposées aux Entrepreneurs pour non-conformité, soumission tardive des plans, remplacement de personnes clés et autres questions relatives à l'administration du contrat sont de plus en plus courantes. Le caractère exécutoire de ces « pénalités » contractuelles a toujours fait l'objet d'un certain débat judiciaire, mais les tribunaux sont de plus en plus enclins à donner effet à l'accord des parties.

Les Maîtres d'ouvrage ont fait valoir qu'une « bonne » administration des contrats permettrait d'éviter ces coûts, mais ce n'est pas toujours le cas, et la fréquence et le montant de ces pénalités sont souvent excessifs. L'imposition d'une multitude de dispositions de pénalités entraîne une augmentation significative des frais généraux et des besoins en personnel pour les projets, augmente le profil de risque sans ajouter de valeur, et réduit la productivité en raison des lourdes exigences administratives supplémentaires. Enfin, les Maîtres d'ouvrage cherchent souvent à faire de l'acceptation de ces pénalités une condition à l'obtention du certificat d'achèvement substantiel ou final, ce qui augmente considérablement le profil de risque global des projets au point de le rendre intenable pour les Entrepreneurs.

Par conséquent, il est essentiel que les Entrepreneurs examinent dans leur intégralité les dispositions de pénalités proposées et s'assurent que le profil de risque global est raisonnable.

**Renonciation aux dommages indirects, à la perte de profit, etc. :** les risques pour le Maître de l'ouvrage associés aux dommages indirects, à la perte de profit, à la perte de revenus et à la perte d'utilisation sont potentiellement énormes et difficiles, voire impossibles, à quantifier pour les Entrepreneurs. Sans une renonciation appropriée aux dommages indirects pour fournir la protection nécessaire, les Entrepreneurs peuvent être exposés à des risques potentiellement catastrophiques. Cela est particulièrement vrai pour les projets de construction d'installations

qui génèrent des revenus (par exemple, les casinos). Les Maîtres d'ouvrage font souvent valoir que ces risques peuvent être assurés. Souvent, toutefois, ce n'est pas le cas et ce n'est pas la bonne solution, car exposer les programmes d'assurance à des risques inutiles entraîne un risque plus élevé de réclamations et d'augmentation des primes.

Voici certains points à prendre en compte lors de la négociation des renonciations aux dommages indirects :

- Le projet est-il une installation qui génère des revenus?
- Le contrat prévoit-il des dommages-intérêts prédéterminés (voir ci-dessous) qui constituent le seul et unique recours du Maître de l'ouvrage en cas de retard?

La renonciation doit couvrir :

- les pertes indirectes;
- les dommages indirects;
- la perte de profits;
- la perte d'utilisation;
- la perte de revenus;
- la perte de produit;
- la perte d'opportunité;
- les coûts de financement.

**Périodes de garantie :** Les Entrepreneurs doivent faire preuve de prudence avant d'accepter des périodes de garantie trop longues. Ces dernières années, les périodes de garantie ont augmenté, passant d'un an à partir de l'achèvement substantiel des travaux, comme c'était la norme dans l'industrie, à deux ou trois ans dans certains cas. Les Entrepreneurs sont donc contraints d'imposer cette exigence aux sous-traitants, ce qui crée un risque supplémentaire qu'ils ne sont pas toujours en mesure de gérer. Ce risque est exacerbé dans les projets de construction à long terme, car les garanties des sous-traitants des premiers travaux peuvent ne commencer à courir que deux ou trois ans après la fin de leur exécution. Il est possible d'atténuer certains de ces effets en veillant à ce que le contrat prévoie la libération progressive des retenues, mais les entrepreneurs doivent être attentifs à ce point.

---





Association canadienne  
de la construction  
**Services axés sur les  
pratiques exemplaire**